



INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director: **Doctor José W. Tobías**

ESTUDIOS SOBRE CONTRATOS EN HOMENAJE AL ACADÉMICO JORGE HORACIO ALTERINI

Ignacio E. Alterini - Alberto B. Bianchi - Alejandro Borda - Alberto J. Bueres - Carlos A. Calvo Costa - Juan Carlos Cassagne - Manuel Cobas - Rubén H. Compagnucci de Caso - Nelson G. A. Cossari - Mariano Gagliardo - Juan Carlos Hariri - Lidia Beatriz Hernández - Aída Kemelmajer de Carlucci - Luis F. P. Leiva Fernández - Delia Lipszyc - Roberto Enrique Luqui - Osvaldo J. Marzorati - Graciela Medina - José M. Orelle - Eduardo A. Sambrizzi - Andrés Sánchez Herrero - José W. Tobías - Zulema Wilde

THOMSON REUTERS

LA LEY

*Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad
de los autores y no reflejan necesariamente la opinión
de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA
La Ley Sociedad Anónima
Tucumán 1471
C.P. 1050 AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Argentina
Tel.: (005411) 4378-4841

PUBLICACIONES DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 - 7 de octubre - 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 57.

SERIE II - OBRAS

- 1.— *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.— *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.— *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.— *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.— *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.— *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.— *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.— *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.— *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.— *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.— *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.— *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.— *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.— *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.— *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.— *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.— *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
- 18.— *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
- 20.— *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.— *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.— *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.— *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.— *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.— *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.— *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.— *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.— *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

30.— *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

31.— *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

32.— *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

33.— *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

34.— *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

35.— *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?* XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - N° 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1.— *Estudios sobre Derecho Civil.*

2.— *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*

3.— *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*

4.— *Estudios sobre derecho ambiental.*

5.— *Estudios sobre daño moral.*

6.— *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*

7.— *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*

8.— *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*

9.— *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*

10.— *Los vicios de la voluntad.*

11.— *Los vicios de la voluntad. Parte II.*

12.— *Capacidad civil de las personas.*

13.— *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*

14.— *Sociedad Conyugal.*

15.— *Teoría y práctica de los contratos.*

16.— *Código Civil y Comercial.*

17.— *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*

18.— *Estudios de los Derechos Personalísimos.*

19.— *Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini.*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

1.— *Estudios de Derecho Civil.*

2.— *Estudios de Derecho Civil. Año 2018.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

— *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*

— *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*

— *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*

— *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*

— *Derecho Internacional.*

- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*
- *Normativa modelo base de Habeas Corpus.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

Presidente

Académico Dr. Roberto E. Luqui

Vicepresidente

Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Secretarios

*Académico Dr. José W. Tobías
Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi*

Tesorero

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director Honorario

Académico Dr. Jaime L. Anaya

Director de Publicaciones

Académico Dr. Gregorio Badeni

Vocales

Académico Dr. José W. Tobías
Académico Dr. Alberto B. Bianchi

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	7 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	7 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018
Dr. Eduardo M. Quintana	Carlos Pellegrini	13 diciembre 2018
Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso	Manuel Obarrio	13 diciembre 2018
Dr. Marcelo Gebhardt	Alfredo Colmo	13 diciembre 2018
Dr. Carlos A. Etala	Eduardo Acevedo	13 diciembre 2018

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Hugo Caminos	13 septiembre 2018
------------------	--------------------

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrey Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	7 diciembre 2017

ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente provisorio, decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7/10/1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019
Dr. Roberto E. Luqui	2019/2022

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogúe
Dr. Juan R. Aguirre Lanari
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Jorge H. Alterini
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia
Dr. Antonio Bermej
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Germán J. Bidart Campos
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Carlos María Bidegain
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. José O. Casás
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Santos Cifuentes
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Julio César Cueto Rúa
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Daract
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano de Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Horacio P. Fargosi

Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Roberto Guyer
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Ibareguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Largaúa
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Julio H. G. Olivera
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma

Dr. Julio César Otaegui
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. José D. Ray
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto Rodríguez Galán
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno

Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Félix A. Trigo Represas
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

SUMARIO

Homenaje POR JOSÉ W. TOBÍAS	1
La protección constitucional del contrato (un régimen bipolar) POR ALBERTO B. BIANCHI	3
Razonabilidad y contratación privada POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI.....	17
Contractualización del derecho de familia POR GRACIELA MEDINA	69
Teoría general de los contratos en el Código Civil y Comercial POR JUAN CARLOS HARIRI.....	101
Incapacidad POR MANUEL COBAS	123
Contratos entre cónyuges POR EDUARDO A. SAMBRIZZI	133
Oferta de contrato POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO	187
Forma jurídica: lineamientos de una teoría POR JOSÉ M. ORELLE	207
La causa final en los negocios jurídicos POR ALBERTO J. BUERES	275
La interpretación de los contratos en el Código Civil y Comercial argentino POR ALEJANDRO BORDA	301
La autonomía de la voluntad ante la estructura del derecho real. Tipi- cidad de fuente contractual POR IGNACIO E. ALTERINI	339

La autonomía de la voluntad excede el campo contractual (los contratos en los derechos reales)	
POR LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ.....	375
Relaciones entre los derechos reales y los contratos	
POR NELSON G. A. COSSARI	397
La alteración extraordinaria de las circunstancias en el régimen de la imprevisión contractual	
POR ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERO	423
La resolución por autoridad del acreedor	
POR JOSÉ W. TOBIÁS	459
Sobre las nuevas tendencias del derecho administrativo en materia contractual	
POR JUAN CARLOS CASSAGNE	487
Los contratos de participación público privada. ¿Una solución de compromiso o el abandono de las reglas de la contratación pública?	
POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI.....	501
Panorama del contrato de consumo	
POR MARIANO GAGLIARDO	529
El contrato de cesión de derechos en el Código Civil y Comercial	
POR CARLOS A. CALVO COSTA	555
El concepto de la distribución selectiva. Su incorporación a la normativa argentina	
POR OSVALDO J. MARZORATI	583
Particularidades de los contratos de derecho de autor	
POR DELIA LIPSZYC	605
Partición por donación	
POR LIDIA BEATRIZ HERNÁNDEZ	621
El contrato y la herencia futura	
POR ZULEMA WILDE.....	645

HOMENAJE

POR JOSÉ W. TOBÍAS

Por decisión de sus miembros, el Instituto de Derecho Civil resolvió que la actividad académica del año 2019 se realizara en homenaje a quien fue su director desde el 24 de noviembre de 2016 hasta su fallecimiento ocurrido en junio de 2018 (1).

Nada más justo que este homenaje. Jorge Horacio Alterini fue brillante en todos sus emprendimientos. Se graduó con medalla de oro en el Colegio Nacional Mariano Moreno y obtuvo el título de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con el premio Universitario (medalla de oro). Alcanzó el grado de Doctor en Jurisprudencia en la Universidad Nacional de La Plata con su tesis doctoral que fue calificada de Sobresaliente.

Luego de una extensa carrera docente en la facultad donde se graduó y en las facultades de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata y Católica Argentina, las tres universidades lo designaron Profesor titular emérito.

Honró durante 27 años con su saber y sus votos una de las salas más prestigiosas de la Cámara Nacional en lo Civil. Se destacó por su temple de jurista, por la sabiduría de sus opiniones y el equilibrio ponderado de su prudencia. Aludiendo a su desempeño judicial, el académico Roberto Martínez Ruiz destacó en el discurso de su recepción a la Academia, que el nuevo miembro había cumplido con creces una antiquísima inscripción al lado del rey Carlos X existente en el frontispicio de unas de las viejas Cortes de Apelaciones, que decía: “la fuerza que os he dado en poder, devolvédmela en derecho y justicia”.

Sus aportes a la codificación del derecho privado son notorios. Fue miembro de las Comisiones que elaboraron los Proyectos de 1987, de la

(1) Reiteró, así, la similar decisión acerca de la actividad académica del año 2018, que se realizó en homenaje a su anterior director, el académico Santos Cifuentes.

Comisión federal y de 1998 (todos antecedentes relevantes del Cód. Civ. y Com.).

Se incorporó a la Academia en el año 2000 a propuesta de los recordados académicos Santos Cifuentes, José Domingo Ray y Federico Videla Escalada y de su actual miembro Jorge Vanossi. Quiso el destino que ocupara el sitial del eminente civilista Alfredo Colmo y que su antecesor inmediato fuera otro insigne civilista, Elías Guastavino, quien fue también ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los estudios que conforman esta publicación abordan diversas cuestiones de los contratos en su regulación por el Cód. Civ. y Com., han contado con el aporte de ocho académicos de número (además del propio) y de un miembro del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia, todos los cuales se apresuraron a anticipar su participación en el homenaje apenas conocieron la decisión del Instituto. Cuenta también con el aporte, en calidad de invitado especial, de Ignacio Ezequiel Alterini, hijo del homenajeado, quien fue coordinador del *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* que dirigió su padre y es coautor con él del magnífico *Tratado de derechos reales*.

No encuentro otra manera de concluir estas líneas que recordar un pensamiento del homenajeado que, creo, refleja en plenitud su pensamiento de jurista y maestro. Aludiendo a la existencia de una noción central de la buena fe —superadora de los dos ángulos de observación con que se la suele considerar— enfatizó en distintas oportunidades: "...si el Derecho tuviera que resumirse en una sola norma, ese precepto con la mayor riqueza y suficiente generalidad, debería imponer a las personas comportarse de buena fe...".

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONTRATO (UN RÉGIMEN BIPOLAR)

POR ALBERTO B. BIANCHI

I. AGRADECIMIENTO

Agradezco al Sr. Director del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Académico Dr. José W. Tobías, la amabilidad y generosidad de haberme invitado a escribir estas líneas en el libro de homenaje al Académico Dr. Jorge Alterini. Es un gran honor para mí poder hacer una modesta contribución, desde el Derecho Constitucional, a esta obra que rinde un justo tributo a quien fuera un extraordinario jurista.

II. UNA CATEGORÍA COMPLEJA Y MULTIFACÉTICA

Sin lugar a dudas, el contrato está indisolublemente ligado a la vida humana misma. Esta afirmación no es exagerada y cobra sentido si tenemos en cuenta dos factores. En primer lugar, el contrato es una de las manifestaciones más ricas y fructíferas de la autonomía de la voluntad, que es uno de los principales atributos del ser humano. En segundo lugar, nuestra vida cotidiana se nutre permanente, constante e indispensablemente, de contrataciones que realizamos a cada momento, muchas veces sin siquiera parar mientes en ellas.

A la autonomía de la voluntad me referiré constantemente a lo largo de estas líneas pues, la mayor o menor protección constitucional que otorguemos al contrato, está en relación directa con el mayor o menor respeto que profesemos por aquella. Pero valga recordar, inicialmente, que el contrato es el más importante de todos los actos vo-

luntarios (1) y, como tal, reúne tres requisitos propios del ser humano: el discernimiento, la intención y la libertad, reconocidos expresamente por el art. 260 del Cód. Civ. y Com. (2), los cuales, tal como señala Tobías, deben darse conjuntamente, pues la ausencia de cualquiera de ellos priva al acto de su carácter de voluntario (3).

En cuanto a la comprobación de la cotidianeidad contractual, basta con repasar nuestra agenda diaria, para verificar hasta qué punto dependemos de la celebración de un contrato para cumplir con nuestra rutina habitual (4). Y si salimos de la pequeña escala individual, veremos que, salvo en las economías totalmente colectivistas, no puede llevarse a cabo ningún gran emprendimiento sin un entramado de contratos —a

(1) Tan es así que algunos Códigos Civiles prescinden de regular una teoría general de los actos jurídicos y legislan directamente sobre el contrato. Tal es el caso del Cód. Civil de Quebec de 1994 o del Cód. Civil italiano de 1942. Entre nosotros, en cambio, siempre se ha preferido legislar en general sobre los actos jurídicos y, dentro de ellos, sobre el contrato. Así lo hizo en su momento el Código de Vélez, siguieron estas corrientes los proyectos de reforma (Anteproyecto de Bibiloni, Proyecto de 1936, Anteproyecto de 1954, Proyecto de 1998) y lo ha hecho también el Cód. Civ. y Com.

(2) Cód. Civ. y Com., art. 260 “El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”.

(3) TOBIÁS, José W., *Tratado de derecho civil. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 209.

(4) Salimos a la mañana de nuestra casa, la que hemos comprado o alquilado. Nos dirigimos a nuestro trabajo en algún medio de transporte. Si es nuestro automóvil, seguramente lo hemos comprado. Si tomamos un medio público, habremos celebrado un contrato de transporte con el ferrocarril, con la empresa de ómnibus, o de subterráneos, o bien, con el taxista que nos conduce. Si en el trabajo estamos en relación de dependencia, nos liga con nuestro empleador un contrato de trabajo, si somos trabajadores autónomos habremos alquilado o comprado nuestro local, nuestra oficina, sus instalaciones y, tal vez, hayamos celebrado un contrato de trabajo con nuestros empleados. En medio de la rutina del trabajo seguramente haremos alguna operación bancaria, para lo cual previamente hemos celebrado un contrato con el banco en el cual tenemos una cuenta corriente o caja de ahorros. Al mediodía almorzaremos y, aunque no esté legislado el “contrato de almuerzo”, el mismo existe. A la tarde atenderemos a nuestros clientes, con quienes nos ligan convenios de honorarios; enviaremos e-mails, por medio de un dispositivo (notebook, teléfono celular u otro) que hemos comprado; tal vez comencemos a programar un viaje, cuya concreción requiere celebrar múltiples contratos y, en medio de todo ello, habremos pagado numerosas cuentas (medicina prepaga, tarjetas de crédito, servicios públicos, colegios o universidades de nuestros hijos, etc.), que son el reflejo contable de múltiples contratos celebrados. Esta descripción, muy incompleta y que puede resultar muy obvia, tiene por objeto poner de resalto algo que, por ser obvio, puede pasarnos desapercibido en la rutina cotidiana. Pero, precisamente, que forme parte de esa rutina, es la prueba más concreta de la íntima y permanente relación que tenemos con el contrato en todas sus formas y manifestaciones.

veces muy complejo— que lo hagan posible (5). Tan es así que incluso, en ocasiones, los entes estatales celebran contratos entre sí, dando lugar a los llamados “contratos interadministrativos” (6).

Esta importancia del contrato en todos los aspectos de nuestra vida permite encontrarlo —con múltiples variantes— en todas las disciplinas jurídicas. Ninguna de ellas es ajena la noción de contrato. Pensemos que, aun en institutos del derecho público dominados por la prerrogativa estatal, como es la expropiación, la ley permite que el expropiante y el expropiado lleguen a un acuerdo (el llamado “avenimiento”) sobre el monto de la indemnización (7). También en cuestiones fiscales, otra materia donde, como regla, predomina la voluntad unilateral del Estado, una agencia recaudadora, como sujeto activo de la obligación tributaria y el contribuyente, como sujeto pasivo de la misma, pueden acordar el pago en cuotas de un impuesto o tasa por medio de las llamadas “moratorias”. En materia procesal, asimismo, está previsto que un proceso termine por medio de una transacción o conciliación entre las partes (8), dos modalidades típicamente contractuales y hasta las leyes del Congreso —y la Constitución misma— pese a ser actos típicamente unilaterales y soberanos, son el fruto de la deliberación y el acuerdo de los legisladores, de sus bloques parlamentarios y de los partidos políticos a los que aquellos pertenecen (9). Es innegable, entonces, que, en el proceso de formación y sanción de las leyes, existe también una matriz contractual (10).

(5) Tal como señala Rivera: “el contrato es el centro de la vida de los negocios”. RIVERA, Julio César - CROVI, Luis D. - DI CHIAZZA, Iván G., *Contratos. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 4.

(6) Ver: CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 12ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, p. 385.

(7) Ver, en el orden nacional, los arts. 8º, 15, 16, 17, 18, 32, 37, 38, 43, 61 y 72 de la ley 21.499 de Expropiaciones.

(8) Arts. 308 y 309, respectivamente, del Cód. Proc. Civ. y Com.

(9) Tal como ha dicho la Corte Suprema en un caso reciente “...en el debate legislativo se traduce de forma más genuina la participación de todas las voces sociales y se consolida la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa”. “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional” [CSJ 140/2011 (47-B)/CS1], 4/6/2019.

(10) Si bien no es el caso de nuestro sistema constitucional, cabe recordar que en el Reino Unido, donde no existe una Constitución formalmente recogida en un texto único y claramente diferenciado de las leyes ordinarias, una de las principales fuentes del derecho constitucional, son las llamadas “convenciones constitucionales” (*constitutional conventions*), que son acuerdos usualmente celebrados entre las mayorías y minorías parlamentarias, para regular cuestiones constitucionales no previstas en texto legal alguno. Ver: DICEY, Albert V., *Introduction to the Law of the Constitution*, 8th ed., Macmillan, London, 1915 (reprint by Liberty Classics, Indianapolis, 1982), ps. 77 y

Ahora bien, esta fuerza expansiva del contrato lo ha desviado, inevitablemente, de sus cauces originarios —donde era el fruto de la autonomía de la voluntad en estado puro— provocando la “crisis del contrato”, hecho del cual ya se lamentaba Risolía hace muchas décadas (11). Los “horizontes del contrato” a los que se refería Lafaille al comenzar su clásico estudio (12), lo han llevado por sendas muy diferentes a las conocidas en la época de la sanción del derogado Cód. Civil (13).

Cierto es que si bien, como especie de los actos voluntarios, el contrato nace del discernimiento, la intención y la libertad, el problema no es tanto su origen, pues no están en discusión los elementos que lo gestan, ni se han modificado sustancialmente los vicios de la voluntad que pueden comprometer esa gestación (14). La cuestión radica en su ejecución, es decir, en las modificaciones que puede sufrir, mientras se ponen en marcha las prestaciones pactadas, a raíz de los ajustes que, eventualmente, deban hacerse para impedir que la letra original se convierta en fuente de abuso. Allí es donde aparecen los elementos de corrección del texto primigenio, entre otros, la teoría de la imprevisión.

ss.; TURPIN, Colin - TOMKINS, Adam, *British Government and the Constitution*, 7th ed., Cambridge University Press, 2012, ps. 182 y ss.; LEYLAND, Peter, *The Constitution of the United Kingdom. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, ps. 32 y ss.; PARP WORTH, Neil, *Constitutional & Administrative Law*, 10th ed., Oxford University Press, 2016, chapter 10, ps. 216-231.

(11) RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.

(12) Según este autor “[b]ajo esta denominación se comprende la más variada serie de relaciones jurídicas conocidas que excede los límites del derecho civil y hasta la esfera del derecho privado”. LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil*, Ediar, Buenos Aires, 1953, t. VIII, “Contratos”, vol. I, p. 6.

(13) Pensemos tan solo en la contratación pública, donde la autonomía de la voluntad de la Administración es reducida. Así lo ha reconocido la Corte suprema al decir que, en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad la Administración Pública, esta se halla sujeta al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y someterla a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal. Caso “SACIFIE c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 333:1922 (2010); “SA Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado”, Fallos 321:174 (1998).

(14) Conforme expresa Tobías: “...el estudio del negocio jurídico se inserta en la más amplia consideración de la autonomía privada... el negocio jurídico está inescindiblemente vinculado a la autonomía privada. Es la expresión máxima de esa autonomía”. TOBIÁS, José W., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. III, p. 401.

El resultado de ello, en nuestro derecho positivo, se advierte en las diferencias existentes entre el art. 1197 del Código de Vélez, una disposición típicamente decimonónica y el art. 959 del Cód. Civ. y Com. Mientras el primero decía: “[l]as convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma”, el segundo dispone “[t]odo 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”. Así, de un principio de obligatoriedad absoluta de las obligaciones que nacen del contrato, se ha pasado a una obligatoriedad relativa, sujeta —como elemento externo a la voluntad de las partes— a las modificaciones o extinciones aplicables “en los supuestos en que la ley lo prevé”. Más aún, el art. 959 no aclara si tales modificaciones y extinciones son, tan solo, las vigentes al momento de la celebración del contrato, o si están incluidas también las que se sancionen con posterioridad, durante la ejecución del contrato. La práctica indica que estas últimas también se computan, especialmente cuando provienen de normas de orden público que, generalmente, son normas de emergencia.

Todo ello me lleva a indagar cuál es el grado de protección constitucional que posee actualmente el contrato, y lo que más interesa es cómo juega esta protección frente a las normas de emergencia económica, que constituyen la principal amenaza a la autonomía de la voluntad de las partes. Todo ello está en manos de la Corte Suprema, cuya jurisprudencia analizaré seguidamente.

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

III.1. La formulación de la regla y su vigencia actual

A diferencia de la Constitución de los Estados Unidos, donde hay una cláusula que prohíbe a los estados dictar leyes que interfieran en las obligaciones contractuales, provocando un desequilibrio entre las mismas (15), la Constitución Nacional nada dice al respecto (16).

(15) Art. I, section 10, clause 1 “No State shall ... pass any ... Law impairing the Obligation of Contracts”.

(16) Aun así, en los Estados Unidos, bien que excepcionalmente, se ha admitido la constitucionalidad de leyes estatales que han modificado los contratos celebrados entre particulares. El caso más célebre es “Home Building & Loan Association v. Blaisdell”, 290 US 398 (1934), resuelto durante la Gran Depresión, en el cual se convalidó una ley de Minesotta (*Mortgage Moratorium Act*) que había establecido una moratoria hipotecaria. Un análisis muy exhaustivo de este caso puede verse en FLITER, John A.

De todos modos, la Corte Suprema, en “Bourdieu c. Municipalidad de la Capital” (17), estableció claramente el concepto de “propiedad”, bajo el art. 17 de la CN y dijo, además, que los derechos emergentes de los contratos gozan de protección constitucional.

Según dice esta sentencia, “...el término propiedad comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera 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, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, integra el concepto constitucional de propiedad” (18).

Agrega luego en relación con los contratos “...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. Mientras se halle garantizada en la Constitución la inviolabilidad de la propiedad o en tanto que el Congreso no se halle investido de facultades constitucionales expresas que lo habiliten para tomar la propiedad privada sin la correspondiente indemnización o para alterar los derechos derivados de los contratos ha dicho esta Corte (t. 137, p. 47) (19) la limitación existe para el departamento legislativo cualquiera que sea el carácter y finalidad de la ley” (20).

Define también el concepto de contrato en estos términos “...reviste calidad de contrato todo convenio o concierto entre dos o más partes, sea que las obligaciones emergentes del mismo se hallen incumplidas o hayan sido ejecutadas... [l]a prohibición de alterar las obligaciones de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden, es decir, tanto a las realizadas entre particulares como a las concertadas entre estos y los Estados o por los Estados entre sí” (21).

- HOFF, Derek S., *Fighting Foreclosure. The Blaisdell Case, the Contract Clause and the Great Depression*, University Press of Kansas, 2012. En esta sentencia se inspiró nuestra Corte Suprema para resolver, pocos meses después, “Avico c. De la Pesa”, Fallos 172:21 (1934), donde también se discutía la constitucionalidad de una ley de moratoria hipotecaria.

(17) Fallos 145:307 (1925).

(18) Fallos 145:327.

(19) Cita el caso “Horta c. Harguindeguy”, Fallos 137:47 (1922), al cual me referiré más adelante.

(20) Fallos 145:328.

(21) Fallos 145:328-329.

Si bien es cierto que la definición de propiedad y sus consecuencias en el contrato son decimonónicas, como que fueron tomadas de la Corte Suprema de los Estados Unidos en plena época del expansionismo económico sin mayores límites estatales (22), no lo es menos que la Corte Suprema ha mantenido esta definición y la protección contractual que de ella deriva, hasta épocas recientes. Ejemplos de ellos pueden encontrarse en casos como “Ventura c. Banco Central de la República Argentina” (23), “Industria Mecánica SAIC c. Gas del Estado” (24). Asimismo, en casos más recientes, el expresidente del Tribunal, Dr. Lorenzetti, ha dicho que “...el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19, Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14, Constitución Nacional) y de libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43, Constitución Nacional). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. Es en este sentido como debe ser interpretado el término ‘propiedad’ constitucional (art. 17, Constitución Nacional)... Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho”. Ver entre otros: “Massa c. Poder Ejecutivo Nacional” (25); “Cuello c. Lucena” (26), “Rinaldi c. Guzmán Toledo” (27), “Cambiaso Péres de Nealón c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas” (28).

A mayor abundamiento, la Corte Suprema ha equiparado los derechos emergentes de los contratos a los que nacen de una sentencia firme. Así fue establecido en “Gaggiamo c. Provincia de Santa Fe” (29) en estos términos: “...son derechos adquiridos los que nacen de una sentencia

(22) Fueron tomadas del voto del juez Bradley en “Campbell v. Holt”, 115 US 620, 631 (1885).

(23) Fallos 294:152 (1976).

(24) Fallos 304:856 (1982).

(25) Fallos 329:5913 (2006).

(26) Fallos 330:3483 (2007).

(27) Fallos 330:855 (2007).

(28) Fallos 330:3725 (2007).

(29) Fallos 314:1477 (1991).

firme, o de un contrato o del acto administrativo que otorga una jubilación: en los tres supuestos tienen la índole jurídica de la propiedad *lato sensu* y rige la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional” (30).

Me atrevería a decir, incluso, que la mera celebración del contrato genera derechos adquiridos, no siendo exigible que los mismos hayan sido ejercidos. Es aplicable a este supuesto la noción de “derecho adquirido” elaborada por la Corte Suprema (31). Una opinión similar había emitido en su momento Miguel S. Marienhoff (32).

III.2. La aplicación de la regla en los contratos administrativos

La regla clásica antes enunciada, como vemos, ha sido aplicada por la Corte en numerosas ocasiones. Una mención especial merece el caso de la contratación administrativa, dado el especial impacto que tienen en ella las llamadas prerrogativas de poder público, que habilitan un

(30) Fallos 314:1483.

(31) De acuerdo con una definición tradicional de la Corte Suprema, “cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y lo requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se transformó en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del agente que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado en el art 17 de la Constitución Nacional”. Este criterio ha sido reiterado en numerosos precedentes. Ver entre otros: “Blanco de Mazzina c. ANSeS”, Fallos 331:232 (2008); “Banco Extrader SA”, Fallos 330:1026 (2007); “Teyma Abengoa SA c. Provincia de Salta”, Fallos 328:2440 (2005); “Amigo c. Oviedo”, Fallos 328:1381 (2005); “Frigorífico Moreno SA c. Trade SA”, Fallos 326:2180 (2003); “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, Fallos 326:417 (2003); “Germán c. ANSeS”, Fallos 325:3000 (2002); “Radiodifusora Mediterránea SRL c. Estado Nacional”, Fallos 325:2875 (2002); “Smith c. Estado Nacional”, Fallos 325:28 (2002); “Audioacústica SA”, Fallos 324:4404 (2001); “Gaibisso c. Estado Nacional”, Fallos 324:1177 (2001); “Banco Florencia SA c. Modern Plastic SA”, Fallos 321:330 (1998); “Roberto Raúl Nasti”, Fallos 320:2599 (1997); “Dellutri c. Banco de la Provincia de Santa Cruz”, Fallos 306:1799 (1984); “Tredicce c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 306:1249 (1984); “Quinteros c. Demoliciones Centro”, Fallos 304:871 (1982); “Mercorelli c. Christiani”, Fallos 302:1329 (1980); “Banco del Interior y Buenos Aires SA c. Kupferberg de Olsak”, Fallos 298:472 (1977); “De Martín c. Banco Hipotecario Nacional”, Fallos 296:723 (1976); “Aguinaga c. Nación Argentina”, Fallos 296:719 (1976); “Miguel Conrado Martini”, Fallos 287:178 (1973). Ver también “Gaubeca c. Estado Nacional”, Fallos 320:2491 (1997).

(32) MARIENHOFF, Miguel S., “Derecho adquirido y derecho ejercido: pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica”, LL 1989-B-776.

ius variandi usualmente más amplio e intenso que el de los contratos entre particulares (33).

También en estos casos la Corte Suprema se ha inclinado, en general, por respetar los derechos emergentes de los contratos administrativos, entre ellos, los de prestación de servicios públicos, tal como revelan los estudios doctrinarios realizados sobre este asunto (34). Este principio se observa en antiguos casos como: “Tomás Devoto y Cía. c. Empresa FFCC Central de Buenos Aires” (35); “Gregorio Gutiérrez c. Compañía Hispano Argentina de Electricidad” (36); “Ferrocarril del Sud c. Nación Argentina” (37); “Ferrocarril de Entre Ríos c. Na-

(33) El caso más típico es el del art. 38 de la Ley de Obras Públicas (ley 13.064) según el cual “Si en el contrato de obras públicas celebrado, la administración hubiera fijado precios unitarios y las modificaciones o errores a que se refieren los arts. 30 y 37 importasen en algún ítem un aumento o disminución superiores a un 20 % del importe del mismo, la administración o el contratista tendrá derecho que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo. En caso de disminución, el nuevo precio se aplicará a la totalidad del trabajo a realizar en el ítem, pero si se trata de aumentos, solo se aplicará a la cantidad de trabajo que exceda de la que para este ítem figura en el presupuesto oficial de la obra. Si no se lograra acuerdo entre los contratantes la administración podrá disponer que los trabajos del ítem disminuido o los excedentes del que se ha aumentado, se lleven a cabo directamente o por nuevo contrato, sin derecho a reclamación alguna por parte del contratista”. En otras palabras, solo cuando el aumento o la disminución superan el 20% del ítem en cuestión, el contratista está habilitado a reclamar una modificación en los precios. Hasta esa cantidad, está obligado a ejecutar la obra en los precios originariamente pactados.

(34) Ver: SACRISTÁN, Estela B., “Aspectos constitucionales de la renegociación de los contratos de prestación de los servicios públicos”, *Debates-Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, año XVIII, nro. 191, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, julio-octubre 2003, ps. 15-35.

(35) Fallos 147:5 (1926). Aquí se debatía si la empresa ferroviaria podía cobrar tarifas no aprobadas expresamente por el gobierno sino aprobadas en forma tácita por el paso de determinada cantidad de meses. La Corte Suprema afirmó que las empresas tenían un derecho a cobrar las tarifas aprobadas —en el caso, tácitamente— señalando que dicho derecho “constituye una propiedad en la acepción constitucional”. Por ende, aun cuando no hizo mención de la preexistencia de un contrato, el Alto Tribunal otorgó al derecho en debate la calidad de propiedad en sentido constitucional.

(36) Fallos 158:268 (1930). Lo que se discutía en este caso era si la concesionaria podía percibir una suma por control y conservación del medidor legislada en una norma local. La Corte resolvió la cuestión extendiendo la protección del derecho de propiedad a las concesiones de ferrocarriles, tranvías, electricidad, teléfonos y explotación de canales; y sostuvo la prohibición de alterar los contratos, no solo las convenciones celebradas entre particulares, sino también las concertadas entre estos y el Estado.

(37) Fallos 183:116 (1939). En este caso la Corte Suprema ratificó que los derechos emergentes de una concesión se encuentran tan protegidos por las garantías consa-

ción Argentina” (38), “Empresa de FFCC de Entre Ríos c. La Nación” (39); “Cía. Suizo Argentina de Electricidad c. Provincia de Santiago del Estero” (40); “Cía. de Tranvías Anglo Argentina Ltda. c. Provincia de Buenos Aires” (41); “Cía. Dock Sud de Buenos Aires c. Nación Argentina” (42) y “Compañía Avellaneda de Transportes S.A. c. Nación Argentina” (43).

Incluso, en “Maruba SCA c. Estado Nacional” (44), un caso que no fue favorable a las pretensiones del concesionario, la Corte Suprema ratificó la vigencia del principio de la rentabilidad razonable de la empresa prestadora del servicio, agregando que “...aun cuando las tarifas no constituyen un precio único e inmutable para regir durante todo el tiempo de la concesión, el concesionario tiene derecho a reclamar la indemnización correspondiente en el caso que los nuevos precios alteren la ecuación económico financiera de la concesión” (45), agregando que “un cierto menoscabo” en la tarifa no es indemnizable en tanto se mantenga la rentabilidad razonable de la misma (46).

Asimismo, en casos vinculados con contratos de obra pública se ha establecido que “la oferta, más la cláusula de reajuste, constituyeron el

gradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como el titular de un derecho real de dominio.

(38) Fallos 176:363 (1937). Dijo la Corte Suprema en este caso que, si bien el concesionario de una línea férrea no es su propietario, en el sentido técnico de la palabra, pues su derecho se diferencia substancialmente del dominio privado por la naturaleza y las limitaciones que reconoce a favor del interés del Estado, ese derecho, en cuanto escapa a tales limitaciones, es tan efectivo y respetable como los bienes que salvaguarda la garantía constitucional en toda la latitud reconocida a la cláusula 17 de la CN.

(39) Fallos 184:148 (1939). Se avaló en este caso la aplicabilidad de la ley vigente al momento de radicación e inversión del capital en el país.

(40) Fallos 188:469 (1940). Fue establecido en este caso que, habiéndose acordado a la compañía concesionaria, en el contrato respectivo, la exención de todo impuesto provincial o municipal, durante un cierto término, no puede el fisco revocar ese privilegio ni siquiera parcialmente, sin violar la propiedad de la empresa.

(41) Fallos 191:348 (1941). En este caso fue declarado inconstitucional un impuesto provincial aplicado a una compañía concesionaria que actuaba en forma interjurisdiccional.

(42) Fallos 201:385 (1942). En este caso y en el siguiente, la Corte estableció que debía remunerarse en forma justa el patrimonio aportado por el concesionario, generándose, caso contrario, responsabilidad contractual del Estado.

(43) Fallos 289:462 (1974).

(44) Fallos 321:1784 (1998).

(45) Fallos 321:1789-1790. Consid. 14.

(46) Ídem, p. 1790, consid. 15.

precio del trabajo que, pactado de tal forma, representa para el adjudicatario un derecho de carácter patrimonial protegido por el art. 17 de la Ley Fundamental". Así lo ha dicho la CS en "Industria Mecánica SAIC c. Gas del Estado SE" (47); "Pizarro Aráoz c. Dirección General de Fabricaciones Militares" (48) y "Marocco y Cía. SAC/IFIC/A. c. Dirección Nacional de Vialidad" (49). Un caso típico de protección de la propiedad frente a la rescisión de un contrato de obra pública por razones de interés público (oportunidad mérito y conveniencia) fue "Sánchez Granel c. Dirección Nacional de Vialidad" (50), fallo en el cual se resolvió acordar una indemnización comprensiva del daño emergente y del lucro cesante al contratista estatal perjudicado con una revocación unilateral de su contrato de obra pública.

En fallos más contemporáneos, la Corte Suprema también ha hecho valer la libertad de contratar. Uno de ellos es "Pescargen SA c. Provincia de Chubut" (51), donde fue declarado inconstitucional el art. 14 de la ley 5639 de la Provincia del Chubut, por condicionar el otorgamiento o renovación de permisos de pesca comercial para operar con buques congeladores, a la relación entre la capacidad de bodega de los buques y la generación proporcional de puestos de trabajo en tierra, lo cual se entendió contrario a la libertad de contratar, trabajar y de practicar el comercio, de raigambre constitucional y con los pertinentes principios que resultan del régimen federal de pesca. Similares principios fueron aplicados en "Argenova SA c. Provincia de Santa Cruz" (52).

III.3. De la normalidad a la anormalidad contractual

Hasta aquí podríamos decir que la protección constitucional de los derechos emergentes de los contratos, en tiempos de normalidad contractual, ha sido razonablemente respetada por la Corte Suprema, a lo largo de sus diferentes composiciones. El problema surge en las épocas de anormalidad contractual, es decir, cuando sobreviene la legislación de emergencia, que desbarata por completo todo el sinalagma de los contratos por ella alcanzados, cuya amplitud ha sido creciente hasta abarcar, prácticamente, todas las obligaciones existentes.

(47) Fallos 304:856 (1982).

(48) Fallos 303:323 (1981).

(49) Fallos 312:84 (1989).

(50) Fallos 306:1409 (1984).

(51) Fallos 335:1794 (2012).

(52) Fallos 333:2367 (2010).

En este terreno la Corte Suprema ha sido sumamente tolerante con las medidas de emergencia económica que, en general, han sido declaradas constitucionales, salvo en casos muy excepcionales sobre medidas muy específicas (53), o bien dándole al fallo alcances muy limitados (54). Esta deferencia judicial hacia las normas de emergencia me ha llevado a pensar que las situaciones de crisis se comportan ante la Corte Suprema como una cuestión política encubierta. Nunca se las ha declarado como tal, pero poseen un estatus muy similar (55).

Una enumeración meramente ejemplificativa, permite advertir que esta aprobación ha recaído sobre una gran cantidad de materias, entre ellas: la reducción y congelamiento de alquileres pactados, tanto urbanos (56) como rurales (57); la prórroga legal de las locaciones urbanas (58); la moratoria hipotecaria y la reducción de los intereses pactados (59); la suspensión de la ejecución de sentencias y paralización de procesos judiciales de desalojo (60); la suspensión de las ejecuciones de honorarios (61); la fijación de precios máximos para la venta de ciertos productos (62); la disminución de haberes jubilatorios ya acordados (63); la obligación de las salas de cine de contratar los llamados números vivos (64); la sustitución de los depósitos bancarios por un bono que

(53) “Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía”, Fallos 318:1154 (1995) y “Risolia de Ocampo c. Rojas”, Fallos 323:1934 (2000).

(54) “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, Fallos 326:417 (2003).

(55) BIANCHI, Alberto B., “El enigma de las cuestiones políticas”, cit., ps. 1089-1115, esp. ps. 1112-1114.

(56) “Ercolano c. Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:161 (1922); “Alfredo R. Castro s/ sucesión”, Fallos 204:359 (1946).

(57) “Fernández Orquín c. Ripoll”, Fallos 264:416 (1966).

(58) “Ferrari c. Peiti”, Fallos 199:466 (1944); “Cello de Ciarrapico c. Marino”, Fallos 204:195 (1946).

(59) “Avico c. De la Pesa”, Fallos 172:21 (1934); “Yaben c. Lavallén”, Fallos 172:291 (1934).

(60) “Russo c. Delle Donne”, Fallos 243:467 (1959).

(61) “Videla Cuello c. Provincia de La Rioja”, Fallos 313:1638 (1990).

(62) La jurisprudencia sobre este punto es amplísima. Me remito para su estudio al exhaustivo trabajo sobre las leyes de abastecimiento de CASTRO VIDELA, Santiago - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, Ábaco, Buenos Aires, 2015.

(63) “Frugoni Zavala c. Nación”, Fallos 173:5 (1935); “López c. Provincia de Tucumán”, Fallos 179:394 (1937).

(64) “Cine Callao”, Fallos 247:121 (1960).

todavía no había sido emitido (65); el desagio de las obligaciones contractuales (66); la devolución parcial del ahorro obligatorio (67); la transformación de la deuda financiera externa privada en deuda externa pública y el diferimiento de su pago a períodos futuros (68); la reducción de los haberes de los agentes públicos (69); la conversión forzosa a pesos (pesificación) de todas las obligaciones contraídas en moneda extranjera, entre ellas, los depósitos bancarios (70), las deudas consolidadas en bonos de la deuda pública, tanto nacionales (71) como provinciales (72), los mutuos hipotecarios (73) y las emisiones de deuda pública reconocidas por un tribunal extranjero (74).

Toda esta extensa serie jurisprudencial pone de relieve que, frente a las normas de emergencia económica, la protección constitucional del contrato se evapora. Me atrevería a decir, incluso, que la existencia misma de los contratos frente a la “doctrina de la emergencia” entra en crisis, pues sus cláusulas principales son sustituidas por normas de orden público. Como agravante de todo ello, la vigencia de las normas de emergencia es cada vez más prolongada, pensemos tan solo que la ley 25.561, sancionada en enero de 2002 (75), sigue parcialmente vigente (76).

Todo ello indica que no estamos ante un régimen ocasional, sino de alcances prolongados y, en algunos casos, permanentes, cuyas líneas fundamentales fueron escritas en “Avico c. de la Pesa” (77) y luego am-

(65) “Peralta c. Estado Nacional”, Fallos 313:1513 (1990).

(66) “Porcelli c. Banco de la Nación Argentina”, Fallos 312:555 (1989).

(67) “Horvath c. Fisco Nacional (DGI)”, Fallos 318:676 (1995).

(68) “Brunicardi c. Estado Nacional - BCRA”, Fallos 319:2886 (1996).

(69) “Guida c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 323:1566 (2000).

(70) “Bustos c. Estado Nacional”, Fallos 327:4495 (2004); “Massa c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 329:5913 (2006).

(71) “Galli c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 328:690 (2005); “Viplán SA c. Banco Central de la República Argentina”, Fallos 329:4309 (2006).

(72) “Assisa c. Provincia de Misiones”, Fallos 334:596 (2011) y “Misa c. Provincia de Formosa” [M. 757. XXXVIII], 24/5/2011.

(73) “Rinaldi c. Guzmán Toledo”, Fallos 330:855 (2007).

(74) “Claren Corporation c. Estado Nacional”, Fallos 337:133 (2014). Ver: SACRISTÁN, Estela B., “Empréstito público. Desarrollos recientes”, LL 2013-F-712/727.

(75) BO del 7/1/2002.

(76) Su última prórroga, hasta 31 de diciembre de 2019, fue establecida por ley 27.345 (BO 23/12/2016).

(77) Ver: CIANCIARDO, Juan - SACRISTÁN, Estela B., “El caso ‘Avico’ y sus ecos ochenta años después”, LL 2014-C-635/652.

pliadas en “Peralta c. Estado Nacional”, caso este que sentó las bases de lo que luego serían los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) elevados a rango constitucional por la reforma constitucional de 1994, que se han convertido en una fuente de legislación permanente por parte del Poder Ejecutivo (78).

IV. CONCLUSIONES

No es posible analizar cabalmente los alcances de la protección constitucional del contrato, si no reparamos en que en la Argentina existen dos códigos de derecho: el de la normalidad contractual y el de la anormalidad contractual.

El primero, integrado por la legislación ordinaria, es razonablemente respetuoso de dicha protección y la Corte Suprema acostumbra entonarle cantos de alabanza.

El segundo, que desconoce por completo la protección constitucional del contrato, debería ser un régimen de excepción, pero en la práctica no lo ha sido. Por el contrario, su repetición constante y su prolongación en el tiempo, lo han convertido en un régimen usual y permanente, capaz de influir en nuestros derechos tanto o más que el primero. A este régimen, que ha dado lugar a la “doctrina de la emergencia”, la Corte Suprema no le rinde homenaje, pero lo tolera ampliamente.

En síntesis, y sin ánimo de hacer psicología de bolsillo, debemos admitir que en nuestro derecho la protección constitucional del contrato es bipolar y, como tal, se mueve con gran flexibilidad de un extremo a otro.

(78) Incluso, un presidente moderado y razonablemente respetuoso del ordenamiento jurídico, como Mauricio Macri, ha hecho un uso intensivo de este recurso. Entre ellos, cabe mencionar el dec. 27/2018 (BO del 11/1/2018) llamado de “desburocratización y simplificación”, por medio del cual se modificaron unas 191 leyes y el dec. 62/2019 (BO 22/1/2019), que crea el “Régimen de extinción de dominio”, cuyos impecables fines (la extinción del dominio de aquellos bienes obtenidos mediante actos de corrupción) no lo ponen a cubierto de ciertas inconstitucionalidades manifiestas en las que ha incurrido, entre ellas, la violación del principio de inocencia y la inversión de la carga de la prueba.

RAZONABILIDAD Y CONTRATACIÓN PRIVADA

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

*¿Hay en el mundo algún conocimiento tan cierto
que ningún hombre razonable pueda
dudar de él?(1).*

*Un presupuesto obvio de la interpretación
jurídica corriente es que entre varios significados
posibles de un texto normativo debe preferirse
el más razonable, el más conforme a la lógica
y al buen sentido(2).*

I. PRELIMINARES

La noción de razonabilidad (*'ragionevolezza'*, *'raisonnable'*, *'reasonableness'* en italiano, francés, inglés, respectivamente) (3) se encuentra en ámbitos muy diversos; es factible abordarla desde la filosofía (4) (en el

(1) RUSSELL, Bertrand, *Los problemas de la filosofía*, trad. de Joaquín Xirau, 7ª ed., Labor SA, Barcelona, 1981, p. 15.

(2) DE STEFANO, Rodolfo, "Conoscenza ermeneutica e linguaggio ermeneutico nella interpretazione dei testi normativi", en *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 513.

(3) La palabra no existe en todos los idiomas. George Fletcher recuerda que el vocablo *reasonableness* (que aparece en numerosos estatutos ingleses) era muy difícil traducir al hebreo; cuando el Estado de Israel se creó, el Departamento de Justicia decidió incorporar en los textos, como equivalente, la palabra *saviv*. Desde entonces, el término se expandió de modo inusual al lenguaje cotidiano. Se espera, dice, que otro tanto ocurra en árabe y en chino (FLETCHER, George, "The Language of law: Common an Civil", en Pozzo, Barbara [a cura di] *Ordinary Language and Legal Language*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 95).

(4) Obras clásicas son, en la filosofía latinoamericana, RECASENS SICHES, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971; en la europea, PERELMAN, Chaïm, *Le raisonnaable et le déraisonna-*

que se la considera un concepto central) (5), la historia, la sociología, la economía, la psicología, etc. (6). Se ha dicho, incluso, que es un instrumento precientífico (7), “omnipresente y subyacente, por lo que está en todas y en ninguna parte” (8). La bibliografía, pues, es inmensa (9).

El concepto tiene gran importancia en todo el derecho; así, en el penal, integra el convencimiento *beyond reasonable doubt*, necesario para poder condenar; en el administrativo exige a las autoridades, entre otras cosas, no ejercer la función de modo *irrazonable* y que las tarifas de los servicios públicos sean justas y *razonables* (10); en el procesal constitucional/convenional requiere que el proceso concluya dentro de un *plazo razonable* (11); en la responsabilidad civil, demanda el deber de *cuidado razonable* (12), etcétera.

ble en droit, LGDJ, Paris, 1984; AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

(5) ZORZETTO, Silvia, “Ragionevolezza, razionalità e argomentazione giuridica”, en BOMBELLI, G., e altro [a cura di], *Ragionare per decidere*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 140 y sus citas.

(6) MACCORMICK, Neil, “On reasonableness”, en PERELMAN, Chaïm - VANDER ELST, R., *Les notions a contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 132.

(7) GIORGINI, Erika, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Scientifiche Italiana, Nápoli, 2010, p. 10.

(8) PERLINGIERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil*, trad. de A. Luna Serrano, Dykinson, Madrid, 2015, p. 20; RICCI, Annarita, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2007, p. XI; de la misma autora, “La ragionevolezza nel diritto privato: primi riflessioni”, *Riv. Contratto e Impresa*, nro. 2, 2005, ps. 619 y ss.

(9) Aclaro que todas las citas de Internet contenidas en este artículo han sido compulsadas durante la segunda mitad de diciembre de 2018 y la primera quincena de enero de 2019.

(10) Entre muchos, STINCO, Juan, *Tarifa justa y razonable*, Astrea, Buenos Aires, 2018.

(11) Ver, de mi autoría, “Responsabilidad del Estado por la violación al derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su proyección en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en PEYRANO, Jorge, (dir.), *Nuevas Herramientas Procesales-III*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 499-533 y en *Anales de la Academia de Derecho de Buenos Aires*, año LIX, nro. 52, 2014, p. 155.

(12) ZHOU, Han-Ru, “Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile”, *Revue du Barreau*, t. 61, Automne, 2001, p. 451.

Los juristas del *common law* comprendieron su importancia hace muchos años y, por eso, la *reasonableness* les parece “evidente” (13). Al parecer, el éxito de su uso está asociado al origen del *common law*, que entiende a la ley como *law of reason*. En este sentido, el famoso jurista inglés Edward Coke sostenía que “el *Common Law* no es otra cosa que razón” (14). Es necesario señalar, desde el inicio, que esa razón inglesa comprende no solo a la racionalidad, sino a la razón *pragmática*, fundada en la *experiencia* (15). De allí la frase acuñada posteriormente por el juez norteamericano Holmes: “La vida del derecho no ha sido la lógica; ha sido la experiencia”.

Ahora bien, el hecho de que los operadores jurídicos (*decision-makers*) (abogados, jueces, etc.) de ese sistema tengan tan asumida esta noción (utilizada frecuentemente, incluso, en el lenguaje cotidiano (16)), no implica que la razonabilidad pertenezca exclusivamente al *common law*; por el contrario, se extiende al llamado *civil law* (17).

En la Argentina, esta pertenencia común ha sido marcada por la doctrina y la jurisprudencia.

(13) BEAUCHARD, Jean, “Préface” a RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Hobinavalona, *Le raisonnable en droit des contrats*, LGDJ, Paris, 2009, p. (i).

(14) En este sentido, Coke se oponía a Hobbes, quien decía que “no es la sabiduría la que hace el derecho, sino la autoridad” (cit. por CRISCUOLI, Giovanni, “Buona fede e ragionevolezza”, *Riv. de Diritto Civile*, anno XXX, 1984, parte prima, p. 725). La frase en latín *Auctoritas non veritas facit legem* es traducida por otros autores como “No es la verdad sino la autoridad la que hace el derecho” (ver LA TORRE, Massimo, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Scientifica, Nápoli, 2012, p. 51). Cualquiera sea la traducción, según Criscuoli, la frase de Hobbes se ve atenuada en otros pasajes de su obra, en los que se acerca al pensamiento de Coke.

(15) TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2005, p. 87. Aclaro que, para este autor, es imposible trasponer sin variantes la noción de razonabilidad del *Common Law* al *Civil Law*.

(16) George Fletcher dice que si los abogados norteamericanos escucharan con atención la forma en la que hablan, se sorprenderían de la penetrante confianza que tienen en el término razonable y cómo rutinariamente se refieren a expresiones como plazo razonable, confianza razonable, cuidado razonable, etc. (FLETCHER, George, *El derecho y lo razonable*, trad. de Edgardo Donna y Natalia Barbero, Fundación Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997, p. 13).

(17) Obviamente, no se trata de la única noción que se ha “importado” del *Common Law*. Así, p. ej., el “derecho al debido proceso legal”, o sea el *due process of law*, ha sido incorporado sin esfuerzos a las constituciones y legislaciones del *civil law* (FERRER MAC-GREGOR, E. - LANDA ARROYO, César, “Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH”, en FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 902).

En este sentido, Augusto M. Morello decía que “el operador jurídico debe armonizar, en un equilibrio prudente y dinámico, los tres principios en que se sostiene el orden jurídico: legalidad, seguridad y razonabilidad; este último es el comodín más eficaz para no incurrir en demasías que precipiten en la arbitrariedad” (18). Bidart Campos argumentó: “La regla de la razonabilidad marca un límite más allá del cual la irrazonabilidad implica una violación a la Constitución [...] lo razonable es, entonces, lo ajustado a la Constitución, no tanto a su letra, cuanto a su espíritu; y lo irrazonable es lo que conculca a la Constitución”. “Irrazonabilidad, inconstitucionalidad, arbitrariedad e injusticia, pueden considerarse sinónimos” (19). Por su parte, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, en diversas decisiones, vinculó la razonabilidad a la igualdad: “En estos casos, lo razonable está relacionado con el principio que manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos [...] La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad” (20). No debe asombrar, pues, que prestigiosas universidades argentinas hayan organizado seminarios sobre el tema (21).

Con igual criterio, desde otros países del *civil law*, se afirma: “La razonabilidad está permanentemente presente entre los juristas y una aplicación cuidada del derecho siempre debe ponderar el criterio de razonabilidad, ya que las normas irracionales necesariamente deben declararse inconstitucionales. La razonabilidad, por lo tanto, se invoca como un instrumento para individualizar la solución más adaptable a los tiempos y a las circunstancias, la más lógica y la que da mejores respuestas a las exigencias económico-sociales del momento”. Es que “la razonabilidad

(18) MORELLO, Augusto M., *El final de una época*, Platense, La Plata, 2001, p. 157, nota 17.

(19) BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1964, t. I, ps. 228, 229 y 230.

(20) CS, 24/4/2012, “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, LL 2012-C-220; 2012-C-257 y 2012-C-390.

(21) Así, p. ej., el realizado en la facultad de derecho de la Universidad Nacional de Rosario el 4/12/2000, bajo la dirección de la profesora Noemí Nicolás y la coordinación de Carlos Hernández.

es una categoría conceptual que pertenece a todos los ámbitos y, sobre todo, es propia de todos los seres humanos llamados a decidir y a solucionar las más espinosas y controvertidas cuestiones jurídicas” (22).

En definitiva, las expresiones razonabilidad, persona razonable, etc. son usadas por los tribunales de los dos sistemas jurídicos (23). Así, según un autor, en agosto de 2014, la base de datos *CanLII* contenía 9712 decisiones de la Corte Suprema de Canadá, de las cuales 315 contenían la expresión “persona razonable” (24). Una investigación realizada en Francia en noviembre de 2009 marcó 2007 referencias de la palabra razonable, de las cuales 640 eran decisiones de la Corte de Casación (25). En Italia, la palabra razonabilidad figura en el índice de las Relaciones anuales de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (26).

No pretendo, ni puedo, llevar adelante un tratamiento que comprenda todos estos aspectos. Mi propósito es más acotado: mostrar de qué modo esta noción ha impregnado el derecho contractual privado argentino contenido en el articulado del Código Civil y Comercial argentino (de ahora en más, Cód. Civ. y Com.).

(22) STAMILE, Natalia, “Razonabilidad (Principio de)”, *Eunomía*, nro. 8, 2015, ps. 222-228, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2488>.

(23) GIORGINI, Erika, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, cit., prefazione. Para una serie de casos en diversos países de los dos sistemas, ver ZORZETTO, Silvia, “Ragionevolezza, razionalità e argomentazione giuridica”, en BOMBELLI, G. e altro (a cura di), *Ragionare per decidere*, cit., ps. 142 y ss.

(24) CHENERVERT, Paul, “La variabilité du concept de personne raisonnable dans les décisions de la Cour suprême de Canada”, <https://corpus.ulaval.ca/jspui/bitstream/20.500.11794/25882/1/31560.pdf>. Para la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana hasta 2013, ver “I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee, giurisprudenza costituzionale 1993-2013”, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/ppr.pdf. Para la española en el mismo período, ver ROCA TRÍAS, Encarna - AHUMADA RUIZ, M. Ángeles, “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2013-10-24-00-00/2013-PonenciaEspa%C3%B1a.pdf>. Según las autoras, el empleo de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad por el Tribunal Constitucional de España remite a un derecho común europeo; en efecto, el Tribunal local ha incorporado y hecho suya la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales europeos y, en relación con el principio de proporcionalidad, ha adoptado como propio el llamado “test alemán”.

(25) MAINGUY, Daniel, “Le ‘raisonnable’ en droit (des affaires)”, <http://ddata.overblog.com/xxxxyy/3/61/42/26/le-raisonnable-en-droit-des-affaires.pdf>.

(26) PERLINGIERI, Giovanni, “Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della Corte Costituzionale”, *Attualidad Jurídica Iberoamericana*, nro. 10, febrero 2019, ps. 10-51, ISSN: 2386-4567.

II. ETIMOLOGÍA

Razón, racional y razonabilidad derivan de la palabra latina *ratio*.

El verbo *ratio*, en el origen, significaba cuenta, cálculo. Al pasar a otras lenguas, como el italiano, el español, el francés, *ratio* empezó a ser usado como sinónimo de fundamento inteligible de las cosas; también como facultad humana de escoger, o sea, como pensamiento, juicio, razonamiento (27); la razón es, entonces, un atributo del ser humano, una facultad que permite a la persona conocer, juzgar y actuar conforme a principios. Las expresiones *ratio legis*, *ratio juris* responden a este sentido.

Ahora bien, como se verá en los puntos siguientes, razonabilidad y racionalidad no son sinónimos (28), aun cuando en diversas ocasiones se las use como tales (29). Adelanto, con el riesgo de las simplificaciones, que podría decirse que “lo racional operaría como razón *pura*, y lo razonable como razón *práctica*” (30).

III. CONCEPTO. RACIONAL Y RAZONABLE. DIVERSOS SIGNIFICADOS

La palabra razonabilidad responde a diversos significados. Para algunos son tan variados, que cabe preguntarse si recurrir a esta noción “representa una mera coincidencia lingüística o ha nacido una nueva dimensión del saber jurídico cuyo punto central es la adaptación del dato normativo a la realidad concreta” (31). Sostienen que el intento

(27) TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2005 p. 31; RICCI, Annarita, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2007, p. 2.

(28) Para las diferencias gramaticales entre razonabilidad y racionalidad, ver NICOLAU, Noemí L., “El principio de razonabilidad en el derecho privado”, *Revista de Derecho Privado*, año nro. 94, mes 1, 2010, ps. 3-25, ISSN 0034-7922. Para la diferencia entre razonable y racional en Hart y en otros filósofos, ver TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “La sustitución del ‘buen padre de familia’ por el estándar de la ‘persona razonable’: reforma en Francia y valoración de su alcance”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nro. 1 (enero-marzo, 2015), Estudios, ps. 57-103, ISSN 2341-2216, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

(29) ZORZETTO, Silvia, “Ragionevolezza, razionalità e argomentazione giuridica”, en BOMBELLI, G. e altro (a cura di), *Ragionare per decidere*, cit., p. 138.

(30) MAINGUY, Daniel, “Le ‘raisonnable...’”, cit.

(31) RICCI, Annarita, *Il criterio...*, cit., p. XI.

“desesperado” (32) de llegar a un concepto unitario resulta imposible de alcanzar, por lo que solo cabe ocuparse de explicar las diversas acepciones (33).

(I) Según un autor italiano (34), si se trata de distinguir razonabilidad de racionalidad, puede hablarse de *razonabilidad* en tres sentidos:

(a) En una primera acepción, se es razonable cuando se es racional desde alguna perspectiva. La razonabilidad sería un tipo de racionalidad, contraria a una lógica implacable; o sea, una especie de racionalidad *flexible* o *edulcorada*.

(b) Un segundo significado la acerca a la racionalidad *práctica*, que no se reduce a la racionalidad deductiva o inductiva, sino que se aproxima a la lógica deóntica. El juicio de razonabilidad estaría dirigido a los valores.

(c) El tercero la acerca al modo como argumentan los tribunales constitucionales; razonable coincide con el criterio de igualdad y de coherencia sistémica; es el mismo tipo que se usa en Alemania para el test de proporcionalidad (35).

(32) Ver autores citados por PERLINGIERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos...*, cit., p. 22, nota 6.

(33) Para las distintas acepciones en el derecho constitucional ver LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970, nros. 43 y ss.; RUGGERI, Antonio, “Interpretazione costituzionale e ragionevolezza”, en AA.VV., *Il rapporto civilistico nell’interpretazione della Corte costituzionale. La Corte Costituzionale nella costruzione dell’ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Scientifiche Italiane, Napoli, t. I vol. 2, ps. 233 y ss.

(34) LA TORRE, Massimo, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Scientifica, 2012, Napoli, ps. 70 y ss.

(35) De allí que Cianciardo afirme que mientras en Europa continental suele hablarse del principio de *proporcionalidad*, en USA se emplea especialmente la expresión principio de *razonabilidad* (CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 25). Del mismo autor ver “Requisito de la trascendencia y tutela efectiva de los derechos. Entre la proporcionalidad y la razonabilidad”, LL del 8/3/2019, p. 1; cita online: AR/DOC/433/2019: “Las leyes que regulan derechos fundamentales deben ser proporcionadas, y la interpretación que se hace de esas leyes debe ser razonable. Una y otra exigencia (proporcionalidad y razonabilidad) fueron creaciones jurisprudenciales ancladas en normas constitucionales que las prevenían de modo más o menos directo, según los casos. La exigencia de razonabilidad en la interpretación proviene, en cambio, del desarrollo jurisprudencial de normas constitucionales referidas a la interdicción de arbitrariedad, el debido proceso o la tutela judicial efectiva”.

(II) Una tesis publicada en Francia (36) enseña que la definición de razonable puede alcanzarse desde una doble visión: positiva o negativa.

a) Desde el ángulo *positivo*, o sea, intentando decir qué es, la primera aproximación renvía a lo *racional*, o a la *racionalidad*, noción que conduce a la idea de una acción llevada a cabo *siguiendo criterios o principios, y no el mero capricho, impulso, o intuición*. La racionalidad es definida, entonces, como el carácter que obedece a las leyes de la razón, mejor aún, que puede ser conocido y explicado por la razón. Francia, patria de Descartes, es la tierra de la racionalidad, en tanto la razón es la facultad pensante que permite al hombre conocer, actuar y juzgar conforme a principios (37).

Ahora bien, hoy se abre camino la idea de una racionalidad *no absoluta*, atenta a la complejidad del ser y, consecuente, no dogmática, que tiene capacidad para aceptar la posibilidad de que lo que cada uno cree puede no coincidir con lo que realmente existe; o sea, que las creencias pueden ser desmentidas por la realidad, en tanto responden a una multiplicidad de factores. En el mundo de la física, la imagen es la *cadena*, que nunca resulta más sólida que el más débil de sus eslabones (38).

En el terreno de la argumentación razonable, en cambio, esa imagen es el *tejido*, “mucho más sólido que los hilos que lo componen; por lo tanto, si bien cada uno de los argumentos podrían no ser rigurosamente convincentes, es el conjunto, el tejido y convergencia la que lo hace fuerte”. En otros términos, “la razonabilidad se coloca en la realidad vivida e integral del conocimiento, en el conjunto de la actividad humana; lo universal, construido o descubierto por la razón, debe ser reportado en concreto, a la singularidad, a través de la razonabilidad. De este modo, si bien razonabilidad y racionalidad son dos términos diferentes no son contrapuestos; la razonabilidad presupone la razón; la razonabilidad sin la razón pierde sus límites; razón y razonabilidad están en relación de complementariedad y convergencia. En definitiva, la razonabilidad es contextual al repudio de los conceptos absolutos y totalizantes. Además,

(36) RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Hobinavalona, *Le raisonnable...*, cit.

(37) LAFAY, Fabien, *La modulation du droit par le juge*, Presses Universitaires, Marseille, 2006, nro. 167.

(38) Expresión que se atribuye al filósofo escocés Thomas Reid, quien la incluyó en su obra *Ensayo sobre las capacidades intelectuales del hombre*, de 1785, incorporado en el libro *La filosofía del sentido común, Breve antología de textos de Thomas Reid*, trad. por José Hernández Prado, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2003, p. 211.

la razonabilidad lleva a la *interpretación evolutiva*, que ningún legislador ha logrado impedir desde Justiniano en adelante” (39).

En definitiva, pese a los “avances” o “progresos” de la racionalidad, la razonabilidad no se reduce a ella. En sentido amplio, razonabilidad sería sinónimo de “*moderado, medido, que encuentra un punto medio*, lo que resulta finalmente aceptable”. En este sentido, se afirma que “prescindir de la noción de razonabilidad, o prohibir su uso puede conducir a que interpretaciones contra *natura* hagan carrera, o que lo hagan lecturas rayanas en lo absurdo, o en lo insólito o en lo ilógico, desafiando toda pauta de cordura, *sindéresis*, coherencia y de buen sentido” (40).

b) Otros autores consideran que, en lugar de la aproximación positiva antes descrita, es preferible llegar al concepto por la *negativa*, o sea, señalando lo que resulta *irrazonable (dérasonnable, unreasonable)* (41); ello derivaría de que, si bien ante una determinada situación puede haber varias soluciones razonables, normalmente hay acuerdo frente a lo que es decididamente irrazonable. Ocurre como con la dignidad; es difícil decir qué es; en cambio, hay coincidencia en lo que se califica como indigno. Desde esta perspectiva, lo irrazonable es lo absurdo, lo que produce consecuencias inaceptables o intolerables, lo ridículo, inapropiado, insensato, inaceptable racionalmente (42).

(39) GIORGINI, Erika, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, cit., p. 22. Una crítica al uso de la razonabilidad como alternativa al pensamiento lógico-formal y la necesidad de acudir a lo racional, no a lo razonable, puede verse en HABA, Enrique, “Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible? (I)”, *Doxa*, nro. 7, 1990, ps. 169 y ss.

(40) JARAMILLO, J. Carlos I., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, Ibáñez/Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2016, p. 691 y en *Derecho privado. Estudios y escritos de derecho patrimonial*, Ibáñez, Bogotá, 2014, t. III, vol. I, “Derecho de los contratos”, ps. 651 y ss., con cita de jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana.

(41) Compulsar ÁLVAREZ, Silvina, “Razonabilidad, corrección moral y coto vedado”, *Doxa*, nro. 30, 2007, ps. 39 y ss. La autora comenta el artículo de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”

(42) La fórmula que utiliza la Corte Suprema de la Nación para ingresar en cuestiones que son de derecho común es suficientemente expresiva; así, por ej., afirma “Aun cuando los agravios remiten al examen de materias de derecho común y procesal ajenas, como regla y por su naturaleza, al ámbito del recurso reglado en el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a tal principio cuando, como sucede en el caso, la decisión resulta *claramente irrazonable* en virtud de la aplicación automática de tasas de interés que arrojan un resultado desproporcionado (\$ 16.906.439,58 según liquidación obrante a fs. 2672/2673) que prescinde de la realidad económica existente al momento del pronunciamiento”; CS, 26/2/2019, elDial.com - AAB11E, publicado el 6/3/2019.

Esta vía podría ser más conveniente, sobre todo si se piensa, como un prestigioso autor colombiano, que la interpretación que debe primar no es solamente la que resulta *per se* razonable, sino aquella que luce *más razonable*. “Entre diferentes alternativas de interpretación de una cláusula, el intérprete debe guiarse por aquella que potencializa en mayor grado la razonabilidad; de este modo, si en el ejercicio hermenéutico surgen varios entendimientos que cumplen con algún grado de razonabilidad, el hermeneuta debe optar por aquel que, en estrictez, resulte ser el más razonable” (43).

(III) Kairallah en un artículo muy citado, publicado en 1984 (44), distinguió dos conjuntos de normas que mencionan la razonabilidad con los siguientes significados:

(a) lo razonable de *modulación*, en los que la flexibilidad de la regla posibilita una solución aceptable (p. ej., plazo razonable);

(b) lo razonable de *conformidad*, que postula un modelo de referencia y, a través del juicio, permite verificar la correspondencia a este modelo de sujeto o de objeto considerado (p. ej., precio o motivo razonable).

(IV) En suma, el punto de partida es la toma de consciencia de que no hay un significado unívoco y constante de razonabilidad, sino que depende de la función que la razonabilidad misma está destinada a realizar dentro del sistema (45).

No hay que temer. La indeterminación de algunos conceptos no siempre es condenable; en numerosas ocasiones es sinónimo de riqueza del sistema jurídico, en cuanto “es capaz de adaptarse al cambio de la sociedad, a la variabilidad de la exigencia y a las instancias que derivan de una fuerte heterogeneidad de la realidad” (46).

Presenta, además, otra ventaja: impone tomar la decisión solo después de haber analizado todas las posibilidades, de modo tal que esa solución sea la expresión del resultado que emerge de un examen completo de la realidad de los hechos, todo lo cual impone al juez, al árbitro,

(43) JARAMILLO, Carlos I., *Derecho privado...*, t. III, vol. I, “Derecho de los contratos”, p. 656.

(44) Entre muchos, por MAINGUY, Daniel, “Le ‘raisonnable’...”, cit.

(45) GIORGINI, Erika, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, cit., p. 29.

(46) STAMILE, Natalia, “Razonabilidad (Principio de)”, cit., ps. 222-228.

al administrador *motivar* adecuadamente, a fin de posibilitar el control social (47).

(V) Quizás, habría que preocuparse menos por la definición. Como sostiene la profesora Delmas-Marty, “las cosas se comprenden mejor si no se definen; después de todo, en el ámbito jurídico, pese a la evidente voluntad de racionalizar y de explicar cada concepto, quedan muchas zonas de sombra con las que convivimos” (48).

IV. UBICACIÓN DE LA RAZONABILIDAD ENTRE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS O DE CONTENIDO VARIABLE

No es esta la oportunidad para distinguir entre principios generales, reglas, cláusulas generales, parámetros, criterios, cánones, directivas, estándares, conceptos jurídicos indeterminados o de contenido variable, etc. (49).

Aunque las diferencias conceptuales pueden ser relevantes, la tarea no resulta totalmente útil desde que los tribunales utilizan, a veces alternativamente, varias de las denominaciones mencionadas en el párrafo anterior (50); la doctrina tampoco se pronuncia de modo coincidente: así, por ejemplo, Carlo Castronovo, que integró la comisión Lando, no duda en incluir la razonabilidad entre las “cláusulas generales” (51); MacCormick la considera una “noción de contenido variable” y recuerda a Julius Stone, que la califica de “categoría legal de referencia

(47) CORTEN, Olivier, “L’interprétation du ‘raisonnable’ par les juridictions internationales: au-delà du positivisme juridique?”, extrait de la *Revue Générale de Droit International Public*, nro. 1, Janvier-Mars 1998, p. 14; RICCI, Annarita, *Il criterio...*, cit., p. 4.

(48) Citado por LAFAY, Fabien, *La modulation du droit par le juge*, cit., nro. 117, p. 81, nota 316.

(49) El maestro Fernando Hinestrosa decía: “Por doquier se ha hablado, se habla, se seguirá hablando, en términos jurídicos, de reglas, máximas, brocardos, etc. en una palabra, de principios” (HINESTROSA, Fernando, “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”, en ESBORRAZ, David F. (coord.), *Sistema jurídico Latinoamericano y derecho de los contratos*, Porrúa/Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, México, 2006, p. 183.

(50) Para algunas diferencias entre estos términos ver RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Hobinavalona, *Le raisonnement...*, cit.; PATTI, Salvatore, *Ragionevolezza e clausole generali*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2016, p. 1.

(51) CASTRONOVO, Carlo, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. XLII, nro. 11.

indeterminada” (52); otros la catalogan de “estándar” (53) y algunos dudan de que pueda ser in “principio” (54); sin embargo, en la Argentina, Noemí Nicolau (55) y Juan Carlos Rezzónico (56) hablan de “principio”; Hernández y Fresneda afirman que “se sitúa dentro del amplio marco que suministran los principios generales del derecho, dado que es evidente que actúa como una cláusula abierta o estándar reconocido por el art. 28 de la CN” (57). De allí que el título de estas reflexiones sea “la razonabilidad” a secas, sin adicionales.

En cambio, interesa destacar que, durante los últimos años, “frecuentemente, por no decir sistemáticamente, el derecho reposa en nociones variables de múltiples contornos. Como afirma Van Drooghenbroeck, la regla de *hierro rígido* se sustituye por la regla de *plomo flexible*, infinitamente más respetuosa de la singularidad de las situaciones que los seres humanos viven” (58).

V. BREVE DATO HISTÓRICO

Se afirma que la categoría conceptual “razonabilidad”, en cuanto expresa términos como *rationabilis*, *rationabiliter*, *irrationabilis*, debe ser atribuida a Apuleio, filósofo nacido en 125 DC, que solía acuñar palabras

(52) MACCORMICK, Neil, “On reasonableness”, en PERELMAN, Chaïm - VANDER ELST, R., *Les notions...*, cit., p. 131.

(53) MAINGUY, Daniel, “Le ‘raisonnable’..”, cit. El autor entiende que, desde esa perspectiva, es un concepto peligroso y dice: ¡Dios nos guarde del juez de los estándares!

(54) LÓPEZ DÍAZ, Patricia V., “La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el íter contractual: una aproximación desde la doctrina y la jurisprudencia chilenas”, *Revista de Derecho Privado*, nro. 36, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2019, ps. 127-168, <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.05>.

(55) NICOLAU, Noemí L., “El principio de razonabilidad...”, cit., ps. 3-25.

(56) REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, nro. 162.

(57) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRESNEDA SAIEG, Mónica, “El principio de razonabilidad como manifestación del derecho contractual de la modernidad”, en AAVV., *La contratación en el siglo XXI*, El Derecho, Buenos Aires, 2008, p. 32.

(58) Cit. por GUILMAIN, Antoine, “Sur les traces du principe de proportionnalité: une esquisse généalogique”, *McGill Law Journal*, vol. 61, nro. 1, september 2015, <https://doi.org/10.7202/1035386ar>.

nuevas para ofrecer variantes lingüísticas que tenían la misma raíz, por lo que el significado habría nacido con carácter meramente retórico (59).

VI. DEL HOMBRE RAZONABLE A LA PERSONA RAZONABLE. LAS MUTACIONES SOCIALES

Como es sabido, la tradicional “persona razonable” (60) es una figura central en el *common law*; así, por ejemplo, la Corte Suprema de Canadá afirma que “las normas deben ser aplicadas por los tribunales judiciales y administrativos en función de lo que una *persona razonable* haría o creería en la misma situación o en las mismas circunstancias” (61).

Esa persona razonable, que responde a los criterios objetivos de la comunidad donde vive, apareció tempranamente, en 1834, en el caso “Britton v. Turner” (62). Se trataba de un contrato de servicios por un año completo; a los nueve meses, el trabajador dejó el empleo, sin consentimiento del empleador. Se debía resolver si el empleado tenía derecho a una compensación proporcional al trabajo realizado útilmente durante ese período. La respuesta negativa podía fundarse en que las cláusulas contractuales eran claras, en tanto expresaban que la compensación económica solo se debería si se cumplía el año de trabajo. Sin embargo, la Corte confirmó la decisión del jurado y dijo: tenemos muchas razones para creer que, en general, la comprensión de la comunidad es que ese empleado debe ser compensado por los servicios realizados, y debe presumirse que este contrato se hizo según esa comprensión comunitaria. En definitiva, es *irrazonable* lo que resulta inadmisibles en una comunidad en un momento dado; de allí que, en el caso, la razonabilidad de la

(59) STAMILE, Natalia, “Razonabilidad (Principio de)”, cit., ps. 222-228.

(60) Ver DIMATTEO, Larry A., “The Counterpoise of Contracts: The Reasonable Person Standard and the Subjectivity of Judgment”, *48 South Carolina Law Review* (Winter 1997), ps. 293-355. Para las diferencias entre la persona razonable y la persona racional, ver ZORZETTO, Silvia, “Ragionevolezza, razionalità e argomentazione giuridica”, en BOMBELLI, G. e altro (a cura di), *Ragionare per decidere*, cit., ps. 154-158.

(61) Cit. por CHENERVERT, Paul, “La variabilité...”, cit.

(62) LAUBET, Herbert D., “The defaulting employee-Britton v. Turner re-viewed”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 83 may, 1935, nro. 7, https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=8735&context=penn_law_review.

comunidad fue usada para dejar sin efecto lo que parecía ser la intención de las partes (63).

La importancia de la figura del “hombre razonable” es innegable. Lord Denning describió el potencial conflicto entre la teoría que busca la intención de los contratantes y el uso del canon de la persona razonable y se preguntó: ¿Es correcto apelar a esta palabra *solo* cuando es necesario para determinar la intención de las partes, o está permitido cuando es razonable para determinar qué es justo y legal entre los contratantes? Contestó: El derecho contractual del siglo XX ha devenido, al menos parcialmente, el reflejo de lo que la sociedad cree que es justo; por eso, tiene como implícitos aspectos necesariamente razonables que quizás no fueron tenidos en mira por las partes. El resultado es que el contrato se viene moviendo del dominio puramente privado a uno casi público; la persona razonable, esa que responde a los criterios de la comunidad, ha devenido, así, un *funcionario no elegido*. En suma, Lord Denning entendía que el canon de la persona razonable es un instrumento útil para ser usado por el juez para asegurar la razonabilidad en las transacciones, aun filtrando las palabras claras del contrato, que son “tiranías”, decía, “solo si contienen el verdadero fin del contrato” (64).

Esta persona era conocida como el *man on the Clapham bus* (expresión usada por los tribunales ingleses, desde la época Victoriana, para identificar al hombre hipotéticamente común y razonable (65)).

No faltaron críticas al uso de este parámetro; algunos lo definieron como el “dios fantasma del derecho”; concordantemente, dijeron que la razonabilidad es un “concepto misterioso”, ubicado en el filo de la navaja (*fil du rasoir*) o en la *cuerda floja* (66).

Sin embargo, la noción sigue viviendo en la jurisprudencia anglosajona, tal como prueba la decisión de 30 de julio de 2014 de la Suprema Corte del Reino Unido, en el caso “Healthcare at Home Limited (Ap-

(63) Para un análisis de la jurisprudencia inglesa posterior en el ámbito contractual, ver CRISCUOLI, Giovanni, “Buona fede e ragionevolezza”, *Riv de Diritto Civile*, anno XXX, 1984, parte prima, ps. 726 y ss.

(64) Cit. por DIMATTEO, Larry A., “The Counterpoise of Contracts...”, cit., ps. 293-355.

(65) De alguna manera, podría decirse, es aquel que responde al “sentido común” al “*common sense*” (para el tema del sentido común y el ámbito jurídico, ver PALMA, Antonio, *Giustizia e senso comune*, Giappichelli, Torino, 2000).

(66) MAINGUY, Daniel, “Le ‘raisonnable’...”, cit., p. 325.

pellant) v. The Common Services Agency (Respondent)” (67). Efectivamente, el voto del juez Lord Reed, al que adhieren Lord Mance, Lord Kerr, Lord Sumption and Lord Hughes, comienza con este razonamiento: “El Clapham bus tiene muchos pasajeros. El más venerable es el hombre razonable, que nació durante el reinado de Victoria, pero sobrevive con vigorosa salud. Entre los otros pasajeros están el padre razonable, el propietario razonable, el observador informado, etc. El bus conducido por caballos que recorría el camino entre Knightsbridge y Clapham era real; pero el más famoso pasajero y los otros mencionados son ficciones legales; pertenecen a una tradición intelectual que define un estándar legal por referencia a una persona hipotética, que se remonta a la creación de los juristas romanos bajo la figura del *bonus paterfamilias* como representación antropomórfica de la justicia”. Como la controversia versaba sobre una licitación pública de un suministro de servicios de salud y se discutía el incumplimiento por parte del Estado del deber de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia en las condiciones de la licitación, después de haber rememorado al *Clapham bus man*, el tribunal se refirió al *reasonable well-informed and diligent tenderer* (RWIND), o sea, el *licitante razonable bien informado y diligente*, describiéndolo como nacido en Luxemburgo, gracias a las directivas de la Comunidad Europea, entre otras, la más relevante para el caso, la 2004/18/EC de 31 marzo 2004.

Adviértase, entonces, que el modelo de la persona razonable se fabrica en la mente del juez, quien debe interpretar los hechos en un contexto social con determinados valores y principios en un tiempo o época determinados. Dado que esos valores cambian, también lo hacen las *pautas de evaluación* de la *persona* razonable.

Véanse los siguientes ejemplos:

a) En 1888 una mujer belga, doctora en derecho, peticionó su inscripción en el colegio de abogados; el asunto llegó ante la Corte de casación belga; el 11/11/1889 ese tribunal dijo que “si el legislador no había excluido con una disposición formal a las mujeres era porque se trataba de un axioma demasiado evidente como para entender que hacía falta decir que el servicio de la justicia estaba reservado a los hombres”. Ahora bien, tres décadas después, la ley de 7/4/1922 autorizó a las mujeres belgas a jurar ante el colegio de abogados, hecho que muestra claramente que lo

(67) https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0108_Judgment.pdf.

que en 1889 era evidente para el más alto tribunal de ese país, años más tarde había devenido *irrazonable* (68).

En efecto, en sus orígenes, la persona razonable era el “*hombre razonable*” (69), a punto tal que el famoso juez Lord Devlin lo definía como el que se sentaba en el banco del jurado, *predominantemente hombre, de mediana edad, de clase media y de inteligencia media*” (70). El concepto representaba al hombre de la época victoriana, de la sociedad decimonónica, en la que la mujer no se había incorporado aún al trabajo ocupando un papel secundario y subordinado; era entendible, entonces, “que el lenguaje jurídico dejara a la mujer fuera del estereotipo más importante del Derecho privado anglosajón; que ella fuera invisible al arquetipo jurídico por excelencia”.

Posteriormente, se produce la adaptación en términos de neutralidad de género y, en lugar de *reasonable man* comienza a utilizarse la expresión políticamente correcta *reasonable person*. “Ese ajuste lingüístico pretende superar las críticas al estándar del hombre razonable que dirigían con cierta ironía algunos autores ingleses que se preguntaban por la existencia, si es que la había, de una *reasonable woman*”.

El cambio ha sido de ciento ochenta grados; las nuevas legislaciones, como el Cód. Civ. y Com. argentino y la reforma francesa al *Code*, como se verá, han eliminado la expresión “buen padre” para sustituirla por *persona razonable* (71).

b) La pauta relativa al género no fue la única que evolucionó. El voto en disidencia del juez Holmes, en el caso “*Lochner v. New York*”, resuelto por la Corte norteamericana en 1905, puede ser ejemplo de otro tipo de cambios. Apoyado en un contrato aceptado por el trabajador, un panadero había hecho trabajar a un empleado más de diez horas, en infracción a lo que decía una ley. El Estado de New York le impuso una multa, que el panadero recurrió. La Corte norteamericana, por 5 votos contra 4, anuló la multa considerando que la ley era inconstitucional por violar el

(68) Citado por PERELMAN, Chaïm, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, LGDJ, Paris, 1984, p. 15.

(69) Para la historia de la expresión *reasonable person* y las críticas del feminismo, ver TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “La sustitución del ‘buen padre de familia...’”, cit., ps. 57-103. Para el tema, en general, ver RUBIO, Ana, “El lenguaje y la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Rev. Bio y Der. Barcelona*, nro. 38, 2016, ps. 5-24.

(70) Citado por TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza...*, cit., p. 82.

(71) TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “La sustitución del ‘buen padre de familia...’”, cit., ps. 57-103.

principio de autonomía contractual. En minoría, el voto del juez Holmes dijo: Un hombre razonable podría considerar que se trata de una medida que protege la salud pública. Los hombres, que según mi opinión no tienen nada de irrazonables, la validarían como un primer paso en una reglamentación general de las horas de trabajo (72). Aclaro que esa Corte modificó su posición recién en 1937.

c) Otro ejemplo es el caso “Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA (in liquidation)”, decidido por la Corte de los Lores en 1997. El tribunal reconoció a dos ex dependientes de un banco que se fue a la quiebra por actos delictivos, el derecho a ser compensados por los llamados *stigma damages*, o sea, daños provenientes de la mala reputación que recayó sobre ellos por la conducta ilícita de los principales; la decisión reconoce la existencia y violación del deber de *trust and confidence* y para la determinación de ese deber puso énfasis en que debe ser analizado a la luz de la *evolución de las prácticas objetivamente observables*, comprendidas en la naturaleza, en el *razonable significado económico de la relación de trabajo*. El juez Lord Steyn dijo que se trata de un deber, hijo de la *evolución cultural* del contrato, que refleja un *razonable* punto de equilibrio entre los intereses contrapuestos de la patronal en el manejo de su negocio y del empleado de no ser injustamente explotado (73).

VII. LA RAZONABILIDAD EN EL DERECHO PRIVADO

Pese a la existencia de numerosos casos similares a los mencionados en los puntos anteriores, hasta hace algunas décadas, se seguía sosteniendo que la razonabilidad es un concepto extraño al contexto del derecho privado, ámbito en el que se trata de “una nueva palabra vacía”, excesivamente indeterminada, sin significado específico.

Esto explicaría que el Cód. Civil francés de 1804, paradigma del derecho privado, mencionara la razonabilidad una sola vez, en el art. 1112, al exigir, para que la violencia pueda ser causa de nulidad del acto, que cause impresión a una persona *raisonnable*. La reticencia al uso obedecería a que el legislador francés no quiso dar al juez el poder que la razonabilidad otorga al juzgador inglés (74).

(72) Sentencia transcripta en ZOLLER, Elisabeth, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Puf, Paris, 1977, ps. 323 y ss.

(73) Relatado por MARCHETTI, Carlo, *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 125.

(74) RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Hobinavalona, *Le raisonnable...*, cit.

En el mismo camino, el Cód. Civil argentino, en su redacción original, mencionaba el adjetivo razonable solo en tres artículos: el 441 para calificar al precio y los arts. 1635 y 2279, referidos al plazo.

En el Cód. italiano de 1942, muy posterior a los dos códigos decimonónicos mencionados, la expresión razonabilidad (y sus derivados razonable, irrazonable, racional, etc.) también es poco frecuente (75); se verifica en los siguientes artículos: 49 referido a quien razonablemente cree tener derechos sobre los bienes del ausente; 1711, que atribuye al mandatario el poder de apartarse de las instrucciones recibidas cuando no puede comunicarse con el mandante y aparecen circunstancias desconocidas por este, permitiéndole actuar como él cree razonablemente que lo hubiese hecho el mandante; y 1637, que menciona al locatario que asume el riesgo del caso fortuito conforme a lo razonablemente probable.

¡Cuánta agua ha pasado debajo del puente!

La doctrina francesa más actualizada sostiene que la razonabilidad impregna a todo el Código (76). La prueba más terminante de este aserto es el nuevo art. 1188 que dice expresamente: “el contrato se interpreta según la común intención de las partes más que según el sentido literal de los términos. Cuando esta intención común no pueda ser detectada, el contrato se interpreta según el sentido que le daría una *persona razonable* ubicada en la misma situación”.

Los autores italianos afirman que el uso de la expresión razonable y sus derivados es hoy frecuente como consecuencia de la incorporación

(75) TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza...*, cit., p. 5.

(76) RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Hobinavalona, *Le raisonnée...*, cit. El profesor Didier Guével afirma: La palabra razonable puede pasar por muy “anglo-americana”, pero es un “estándar”, un lugar común del Derecho que hoy hace parte de nuestro patrimonio jurídico (probablemente, primicia de un *global law* futuro). El adjetivo y sus derivados (razonablemente) se encuentran en los arts. 601, 627, 1386-4, 1728, 1729, 1766 e 1880 del *Code civil*. El “*plazo razonable*” se visualiza, especialmente, en los arts. L. 134-7, L. 430-7 y L. 465-1 del Código de Comercio, en los arts. L. 141-1, L. 121-1-1, L. 121-19-2, L. 138-2, L. 218-5-5, L. 311-17 e L. 311-26 del Código del Consumo. El nuevo art. 1188, parágrafo 2º, del Código Civil hace referencia al concepto de “*persona razonable*”. Cuando, en 2014, el legislador quiso suprimir del derecho francés la expresión *buen padre de familia*, la reemplazó por una fórmula que incluye el adjetivo “razonable” y, en 2016, en la ley sobre el fin de la vida, recurrió a su antónimo, al hacer mención a una “*obstinación irrazonable*” (GUÉVEL, Didier, “La imprevisión en el Código Civil francés: una reforma, dos revoluciones”, *Rev. Responsabilidad Civil y Seguros*, número especial, año XXI, 2019, p. 72).

de las normas comunitarias, la estandarización de los contratos y el derecho de los consumidores (77).

En España se señala que “Cuando el legalismo es absoluto e inflexible, de inmediato se empieza a propugnar la concesión de un mayor arbitrio judicial, pues cuando parecía que el concepto de ley podía llenar por completo los anhelos humanos, se vuelven contra este concepto todas las críticas contra lo abstracto y lo general a favor del individuo, o sea, de lo concreto. El problema y su dificultad consiste en la fijación de límites; tan absurdo e inadmisibles es el arbitrio judicial sin fronteras como el rígido legalismo que impide la equidad del caso concreto. Las normas generalmente contenidas en los códigos intentan combinar armónicamente ambas tendencias, desde que los artículos son suficientemente amplios y prudentes para permitir una limitada discrecionalidad judicial, dentro de principios vinculantes para el intérprete” (78).

No debe extrañar, entonces, que en Latinoamérica se enseñe que “sin desconocer otras áreas del derecho, el concepto y alcance de la razonabilidad tienen notable proyección en el ámbito contractual” (79).

VIII. LA RAZONABILIDAD EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

Cabe entrar ahora, de lleno, al tema de la razonabilidad en el derecho contractual. Varias cuestiones ayudan a comprender su importancia; entre otras: la razonabilidad como límite a la autonomía negocial, su rol en la interpretación e integración del contrato, sus conexiones con el abuso del derecho, la equidad y la buena fe, su incidencia en el concepto de caso fortuito.

(77) RICCI, Annarita, *Il criterio...*, cit., p. 46; SCOGNAMIGLIO, Claudio, “Clausole generali e linguaggio del legislatore. Lo standard della ragionevolezza nel DPR 24, maggio 1988, nro. 224”, en VISINTINI, Giovanna (a cura di), *Analisi di leggi-campione. Problemi di tecnica legislativa*, Cedam, Padova, p. 233.

(78) CANO MATA, Antonio, “La interpretación de los contratos civiles”, en *El control de garantías por el tribunal constitucional y otros estudios*, Edersa, Madrid, 1984, p. 140.

(79) JARAMILLO, J. Carlos I., *Principios rectores...*, cit., p. 683.

VIII.1. La razonabilidad como límite a la autonomía negocial

Bien se afirma que, del mismo modo que en el derecho público la razonabilidad pone límites a la arbitrariedad de la autoridad, en el privado los coloca a la autonomía individual (80).

La razonabilidad entendida como límite a la autonomía privada se inserta, así, en el tema de la *justicia contractual* desde que se asocia al necesario balance de los intereses de las partes; la razonabilidad se presenta, entonces, como un *instrumento de medida* de los hechos y de las situaciones, dotado de gran elasticidad.

Se la define como “la máxima que obliga a obrar de manera arreglada, en concordancia con los principios del sentido común y con los juicios de valor generalmente aceptados” y se le asignan tres funciones: (i) servir como un *modelo de conducta*; (ii) constituir un *estándar de responsabilidad* y (iii) permitir *conservar el equilibrio* entre los intereses en conflicto (81).

Si la razonabilidad pone límites a la autonomía de las partes, podría pensarse que la forma en la que los contratos se redactan en los países del *common law* pone mayores barreras a los jueces; en efecto, son frecuentes contratos muy extensos que hasta definen cada uno de los términos usados; o sea, las propias partes crean un verdadero estatuto (82), lo que no sucede en el *civil law*, porque las normas supletorias funcionan normalmente. No obstante, parece que la diferencia no es tal, en tanto también en el *common law* existen especiales disposiciones legales sobre cláusulas abusivas: por ejemplo, la Unfair Contract Term Act de 1977 inglesa que, incluso, contiene expresas previsiones sobre el test de razonabilidad (83).

(80) NICOLAU, Noemí L., “El principio de razonabilidad...”, cit., ps. 3-25.

(81) LÓPEZ DÍAZ, Patricia. V., “La confianza razonable...” cit., ps. 127-168.

(82) VIGLIONE, Filippo, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra Common Law e Civil Law*, Giappichelli, Torino, 2011, ps. 51 y ss.

(83) 11. The “reasonableness” test. (1) In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act, section 3 of the M6 Misrepresentation Act 1967 and section 3 of the M7 Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967 is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.

(2) In determining for the purposes of section 6 or 7 above whether a contract term satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular to the

VIII.2. La razonabilidad y la interpretación e integración del contrato (84)

Quizás con alguna exageración, a diferencia de lo que se sostenía hasta hace pocos años, hoy se afirma que “la interpretación *literal* se ha sustituido por el canon objetivo del hombre razonable. En lugar de acudir al texto literal, el acento se desplaza, con apoyo en la buena fe, al sentido que habrían dado al contrato en igual situación personas prudentes,

matters specified in Schedule 2 to this Act; but this subsection does not prevent the court or arbitrator from holding, in accordance with any rule of law, that a term which purports to exclude or restrict any relevant liability is not a term of the contract.

(3) In relation to a notice (not being a notice having contractual effect), the requirement of reasonableness under this Act is that it should be fair and reasonable to allow reliance on it, having regard to all the circumstances obtaining when the liability arose or (but for the notice) would have arisen.

(4) Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to:

(a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and

(b) how far it was open to him to cover himself by insurance.

(5) It is for those claiming that a contract term or notice satisfies the requirement of reasonableness to show that it does.

Para una explicación de la norma y la jurisprudencia aplicativa, ver FURMSTON, Michael, *Law of contract*, 16 th., Oxford University Press, 2007, p. 245; MACCORMICK, Neil, “On reasonableness”, en PERELMAN, Chaïm - VANDER ELST, R., *Les notions...*, cit., p. 137.

(84) El breve tratamiento de esta cuestión realizado en el texto no pretende terciar en el debate entre los dos sistemas clásicos de interpretación contractual (subjetivo y objetivo), sino señalar cómo el concepto de razonabilidad ha dado fuerte apoyo a la tesis de que ambos criterios se complementan. De cualquier modo, resulta útil recordar, como lo hizo Javier M Rodríguez Olmos durante su intervención en las Jornadas de Derecho civil organizadas por la Universidad del Externado los días 6 y 7 de febrero de 2019, en Bogotá, que la regla de la “intención de los contratantes” se conecta al valor de la libertad contractual, considerado “supremo” y, consecuentemente, al deseo de mantener *a raya* al juez para que no anule o sustituya esa libertad; de esa posición surge la errónea regla *in claris non fit interpretatio*, que refleja el temor de que el juez utilice de forma equivocada su poder y haga decir al contrato lo que las partes no querían decir. Para el debate entre los sistemas clásicos de interpretación contractual, ver JARAMILLO, Carlos I., “La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano. Panorámico examen legal, jurisprudencial y doctrinal”, en SOTO COAGURA, Carlos A. (dir.), *Tratado de la interpretación del contrato*, Universidad del Externado, Rubinzal, Bogotá-Buenos Aires, t. II, ps. 826 y ss.

razonables u honestas de la misma condición de las partes, atendiendo a todas las circunstancias del caso” (85).

En esta línea, la razonabilidad fue usada, desde antiguo, en el derecho judicial inglés, por ejemplo, para reconocer una *cláusula implícita*, porque sin ella el contrato pierde eficacia negocial. Así, en el caso “Moorcock”, de 1889 (86) se entendió implícita una obligación de garantía. Los hechos eran los siguientes: El dueño de un barco contrató con el administrador de un muelle para que lo descargara en un embarcadero, situado en el río Támesis, aguas abajo. El lecho del río adyacente al embarcadero no tenía muelle y el demandado no tomó ninguna medida para verificar la seguridad del lugar; el barco sufrió daños causados por las imperfecciones del lecho del río en la zona del embarcadero. El dueño reclamó por incumplimiento de contrato. El demandado sostuvo que: (i) el contrato no establecía la obligación de verificar el lecho del río; (ii) no había ninguna garantía implícita de que el espacio fuese un lugar seguro para el buque; (iii) no había prueba de falta de cuidado razonable; (iv) no tenía manera de prever el riesgo. El dueño del barco alegó que el contrato preveía implícitamente que el lecho del río era seguro, porque el embarcadero no podía ser utilizado de ninguna otra manera; por lo tanto, el demandado debió haber probado que había tomados los recaudos razonables. La demanda prosperó. El tribunal argumentó que la finalidad del contrato era utilizar el embarcadero; por lo tanto, la garantía existía, aunque nada se hubiese mencionado expresamente.

La opción judicial de integrar o no la convención depende, esencialmente, de un juicio dirigido a valorar la necesaria razonabilidad a la luz de la lógica económica, empresarial o comercial financiera de la concreta operación que el juez tiene a la vista. A tal fin, el juez inglés estudia y describe detalladamente el contexto, el ambiente, los usos, el cuadro del conjunto en el cual la operación se ha perfeccionado, todo lo que resulta natural, normal, respecto de la operación concreta; introduce la cláusula implícita solo si, al considerar el significado razonable de la operación económica examinada, se convence que esa cláusula debe integrar ese contrato; por el contrario, si el razonable significado económico de la operación prescinde de la cláusula que se quiere incorporar, entonces, respeta el silencio (87). “Con el fin de no tornar miope a la persona razo-

(85) VATTIER FUENZALIDA, “Interpretación del contrato”, en VATTIER FUENZALIDA, Carlos - SOTO COAGUILA, Carlos, *Libertad de contratar y libertad contractual*, Ibáñez, Bogotá, 2010, ps. 345-346.

(86) <https://www.lawteacher.net/cases/the-moorcock.php>.

(87) MARCHETTI, Carlo, *Il silenzio del contratto...*, cit., p. 96.

nable y no ubicarse en la misma posición de las partes, el intérprete debe considerar todas las posibilidades hermenéuticas, anteriores y sucesivas a la estipulación contractual, haciendo del criterio de la razonabilidad un parámetro de admisibilidad de los instrumentos probatorios generalmente escuchados en los ordenamientos del *civil law*. La complejidad del procedimiento hermenéutico consiente, entonces, en privilegiar un parámetro dúctil, como es la razonabilidad” (88).

En esta línea, y para el derecho comunitario, la Corte de Justicia de la Unión Europea ha elaborado la doctrina de los *poderes implícitos*, según la cual, “la norma y la convención internacional presumen la regla sin la cual estarían privadas de significado, o no podrían ser razonable y útilmente aplicadas” (89).

VIII.3. Razonabilidad, abuso del derecho, equidad y buena fe

Algunos autores apuntan a distinguir la razonabilidad del abuso del derecho y de la equidad (90). Desde esta óptica, Perlingieri afirma que es diversa del *abuso del derecho*, pues este presupone la violación de la regla general de la buena fe y corrección, y la razonabilidad prescinde del ejercicio contra funcional de la propia situación subjetiva. Tampoco puede equipararse a la *equidad*, toda vez que esta solo opera si el legislador la contempla para un caso concreto; en cambio, la razonabilidad es un instrumento de control de aplicación normativa y permite evitar antinomias que no puedan resolverse a través de la interpretación y encontrar la solución jurídica más adecuada (91).

Otros distinguen *confianza razonable* y *buena fe*; la primera sería una categoría conceptual más *técnica* y, a la vez, más *amplia*, al no exigir lealtad y probidad ni agotarse en consideraciones exclusivamente *morales*, expandiéndose a otras de carácter utilitario o de eficiencia económica (92).

(88) VIGLIONE, Filippo, *Metodi e modelli...*, cit., p. 268.

(89) ZORZETTO, Silvia, “Ragionevolezza, razionalità e argomentazione giuridica”, en BOMBELLI, G. e altro (a cura di), *Ragionare per decidere*, cit., p. 142.

(90) El uso de las expresiones en singular no implica desconocer las discordancias existentes en torno a la conceptualización de cada una de las tres expresiones. A vía de ej., véase AA. VV., *L'équité ou les équités. Confrontation occident et monde arabe*, Société de Législation Comparée, Paris, 2004.

(91) PERLINGIERI, Giovanni, *Aspettos applicativos...*, cit., p. 22.

(92) LÓPEZ DÍAZ, Patricia V., “La confianza razonable...”, cit., ps. 127-168.

Más allá de su acierto o error, estas distinciones no implican negar la gran correlación entre estos conceptos. Así, por ejemplo, el art. 7° del Cód. Civil de Quebec, al regular el *abuso* del derecho dispone: “Ningún derecho puede ser ejercido con vistas a dañar a otro, o de una manera excesiva o *irrazonable*, en contra de las exigencias de la *buena fe*” (93).

Desde esta perspectiva, la *razonabilidad* sería, entonces, un principio derivado de la buena fe, por lo que, siguiendo algunos textos del *soft law* (a los que hago referencia más adelante) se entiende por “razonable y por lo tanto exigible, lo que cualquier persona, actuando de buena fe, que se hallare en la misma situación, considerase como tal” (94).

En la misma línea, en el derecho argentino se afirma que “el carácter *razonable* debe juzgarse de acuerdo con lo que considerarían personas que actúan de *buena fe* y en la misma situación que las partes. En concreto, para determinar lo que es razonable, se deben tener en cuenta la naturaleza y el fin del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de los ramos de negocios involucrados” (95).

El derecho inglés actual no estaría lejos de esta posición; tiempo atrás se decía que el principio de buena fe es ajeno al *Common Law*; sin embargo, la sentencia, “Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corp. Ltd.” ([2013] EWHC 111 (QB); [2013] 1 All ER (Comm) 1321) cuestiona el aserto y entiende que la buena fe tiene encaje a través de los *implied terms* (96). En el caso, el demandante, había concluido un contrato de distribución de ciertos productos (fragancias y artículos de aseo) bajo la marca “Manchester United”, en exclusiva, en un número determinado de territorios. El acuerdo se firmó por un periodo de treinta meses, pero después de quince, el demandante dio por terminado el contrato alegando una serie de incumplimientos por parte del proveedor, tales como: los pedidos no se enviaron rápidamente; los productos no estaban disponibles; el precio acordado con el distribuidor para los *duty frees* se había modificado; se había proporcionado información falsa, etc. El demandante sostenía que

(93) En el mismo sentido, señalando los grandes vínculos entre las figuras, JARAMILLO, Carlos I., *El “abuso del derecho” y su proyección en los ámbitos sustancial y procesal civil; perfiles de la conducta abusiva y su estrecha conexión con la buena fe*, Ibáñez, Bogotá, 2019, p. 270, nota 258.

(94) ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Desequilibrio en los contratos (privados y públicos)*, Universidad Católica, Montevideo, 2008, p. 155.

(95) STIGLITZ, Rubén, *Contratos civiles y comerciales, Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. XXVIII.

(96) MATO PACÍN, M. Natalia, “El papel de la buena fe en el derecho contractual inglés”, *Rev. InDret* 2/2018, p. 6.

en el contrato había una obligación implícita (un *implied term*) de que las partes se comportaran de buena fe. La sentencia del juez Leggatt analiza la existencia del principio legal de buena fe, de aplicación general en la mayoría de los ordenamientos de *civil law*, en el derecho comunitario e, incluso, en otros países pertenecientes al *common law*, como Estados Unidos, Canadá, Australia o Escocia donde existe un cierto reconocimiento, en mayor o menor medida, del principio de *good faith and fair dealing*. Reconoce que, en el derecho inglés no ha alcanzado un estadio en el que pueda afirmarse como obligación implícita en *todos* los contratos comerciales, pero se encuentra *implied by law* en ciertas categorías de contratos, teniendo como base la intención presunta de las partes. En esos contratos, dice, existen valores y normas de comportamiento comunes a los contratantes que se dan por supuestos, sin necesidad de expresarlos en detalle, desde el valor básico *honestidad*, subyacente en casi todas las relaciones contractuales, hasta otras exigencias mayores, dependiendo del contexto. En el caso, el contrato de distribución a largo plazo entra en la categoría de los denominados *relational contracts*, por lo que es razonable aceptar que existe un cierto nivel de cooperación o lealtad esperado implícitamente por las partes.

En definitiva, el juez inglés no desconoce el significado y la importancia de la cooperación, pero está dispuesto a redistribuir una pérdida o un riesgo en nombre de esa cooperación solo si lo exige la naturaleza económica, comercial y empresarial del contrato tal como objetivamente resulta del contexto completo en el cual se coloca (97).

En Italia, la sentencia nro. 20106, de 18/9/2009 de la Casación, dictada en el llamado *caso Renault*, después de analizar la cuestión desde el abuso del derecho y de la buena fe, dejó establecida, en forma expresa, la posibilidad del control judicial de la autonomía negocial en términos de un juicio de razonabilidad. El caso se refería a una acción deducida por la asociación de concesionarios y diversos concesionarios que demandaban a la concedente por haber extinguido unilateralmente el contrato. Los jueces de grado rechazaron la demanda sosteniendo, entre otros argumentos, (i) que se trataba de una facultad de la concedente fundada en la autonomía negocial que el juez no puede controlar y (ii) la imposibilidad de proceder a un juicio de razonabilidad en el ámbito del derecho privado, particularmente, en el contractual, en el cual los valores de referencia no son unitarios sino contrapuestos, por lo que la composición del conflicto se produce siguiendo los parámetros legales del encuentro de la voluntad sobre una causa elegida por el ordenamiento como mere-

(97) MARCHETTI, Carlo, *Il silenzio del contratto...*, cit., p. 164.

cedora de tutela; el juez puede intervenir solo si se está frente a normas imperativas; fuera de estas hipótesis típicas, normativamente previstas, queda a la autonomía privada la más amplia libertad, por tratarse de un tema de política empresarial.

La Casación dejó sin efecto la decisión por no compartir las argumentaciones; en lo que aquí interesa, dijo:

(i) El punto de partida según el cual no es función del juez evaluar las *opciones empresariales* es correcto; obviamente, esas opciones están fuera del control judicial. Sin embargo, los intereses contractuales, incluso contrapuestos, pueden entrar en una etapa patológica que requieran la intervención judicial, por ejemplo, para interpretar el contrato, conforme el principio de buena fe. En otros términos, las opciones en materia económica no son objeto de control jurisdiccional ingresando en las prerrogativas del empresario que opera en el mercado y que asume el riesgo económico de la elección. Pero el ejercicio del poder contractual fundado en la autonomía debe ser analizado respecto de cánones generales, entre otros, el de la buena fe objetiva, la corrección, etc. controlables por el juez.

(ii) Yerra el juez de mérito cuando afirma que hay una imposibilidad de proceder a un juicio de razonabilidad para controlar el ejercicio del receso por tratarse de una evaluación política. El problema no es político sino jurídico, por lo que está investido de los remedios contra el abuso de la autonomía privada en las relaciones de fuerza del mercado, problemas que son objeto de atención por parte de todos los ordenamientos contemporáneos a causa del incremento de las situaciones de disparidad de fuerzas entre los operadores económicos.

Según Scognamiglio (98), el debate al que dio lugar esta sentencia está justificado por la gran abundancia, sino superabundancia, de algunos argumentos sobre puntos de gran importancia en la teoría general del contrato.

En opinión de Patti (99), la Casación italiana se encontró frente a esta alternativa: aplicar las normas del Cód. Civil relativas al receso y, en consecuencia, verificar si el caso encuadraba en la norma, o hacer un

(98) SCOGNAMIGLIO, Claudio, "Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto)", en PAGLIANTINI, Stefano (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 203.

(99) PATTI, Salvatore, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 108.

análisis más amplio de la relación y de los fines y, eventualmente decir, a la luz del principio de buena fe que, en realidad, la concedente había ejercido abusivamente su derecho; optó, audazmente, por la segunda alternativa; ni siquiera el Tribunal Supremo alemán, con normas expresas sobre buena fe, ha llegado a tanto.

Giorgini va más allá; sostiene que de esta sentencia se deriva que los tres criterios que analiza (buena fe, el abuso del derecho y razonabilidad) deben ser judicialmente revisados a la luz de los *principios constitucionales*. Por eso, la casación italiana suele hablar de la razonabilidad con los mismos términos de la Corte constitucional: la *razonabilidad* como *igualdad*, como *racionalidad* y como *balance* (100).

VIII.4. Razonabilidad y valoración de la imprevisibilidad e inevitabilidad en el caso fortuito o fuerza mayor

A la hora de considerar qué es lo imprevisto o lo imposible de los hechos que se pretenden configurativos del caso fortuito o de la fuerza mayor, o del hecho del tercero, la doctrina clásica exigió que estos requisitos fueran objetivos y absolutos. Hoy, de la mano de la buena fe, se ha impuesto la ponderación de la *razonabilidad*. Así, lo imposible para ser tal, exige la consideración del caso concreto y determinar si, en parámetros de razonabilidad, se podía prever lo ocurrido; dicho de otro modo, la razonabilidad opera como límite del sacrificio o de la exigibilidad de la prestación (101).

En esta misma línea, un sector de la doctrina argentina sostiene que la previsibilidad va unida a la razonabilidad; así lo señalaba Vélez Sarsfield en la nota al derogado art. 512, que definía la culpa y, con cita de Zacharie, decía: “El artículo se reduce a un consejo a los jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino *los cuidados razonables*”. En consecuencia, el antiguo 514 (hoy art. 1730) aludiría a la imprevisibilidad *razonable*, de acuerdo con las circunstancias de persona, tiempo y lugar (102). En apoyo de esta flexibilización que alivia la carga de la prueba de la inevi-

(100) GIORGINI, Erika, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, cit., p. 153.

(101) ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Desequilibrio...*, cit., p. 155.

(102) Ver, entre muchos, MAYO, Jorge, “Comentario a los arts. 513 y 514”, en BELLUSCIO, AUGUSTO C. - ZANNONI, EDUARDO A., *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. 2, p. 663. El art. 1732 confirma esta interpretación al disponer: “Imposibilidad de cumplimiento. El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable

tabilidad, se cita la Convención de Viena (103). Por su lado, la jurisprudencia afirma: “dado que el caso fortuito es la contracara de la causalidad adecuada, lo imprevisible es lo que el hombre medio no está en condiciones de saber porque normalmente no ocurre de acuerdo con el curso natural y ordinario de las cosas; se trata de una previsibilidad razonable, no extraordinaria (104); por ende, un hecho se considera imprevisible cuando un hombre de mediana prudencia no tenga por qué suponer que normalmente habrá de ocurrir; no se trata de un ilimitado deber de prever pues, aunque en este mundo todo es posible, lo que las personas están obligadas a prevenir es solamente lo razonable (105).

IX. LA RAZONABILIDAD EN LOS CONTRATOS PRIVADOS INTERNACIONALES

IX.1. Preliminares

La influencia de las fuentes supranacionales en el régimen contractual es una de las causas del incremento del uso del criterio de la razonabilidad. Más aún, se atribuye a la razonabilidad la función de instrumento de armonización de las diferentes legislaciones (106).

¿Por qué la razonabilidad es reiteradamente citada en los documentos internacionales que regulan la contratación?

Para algunos, es la expresión que permite salir adelante sobre ciertos puntos en los que no se tiene acuerdo. La palabra razonable se introduce porque se sabe que, finalmente, la cuestión será apreciada por el juez o el árbitro (107).

al obligado. *La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos*”.

(103) Ver *infra* 9.b). ALTERINI, Atilio A., voz “Caso fortuito”, en ALTERINI, Atilio - LÓPEZ CABANA, ROBERTO, *Enciclopedia de la responsabilidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 116; también, de ambos autores, “El impedimento ajeno a la voluntad como causal liberatoria en la Convención de Viena de 1980 (ley 22.765)”, *Lecciones y Ensayos*, nro. 53, Buenos Aires, 1989, p. 17.

(104) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 235.

(105) CNCiv, sala D, 3/4/2008, *Rev. Resp. Civil y Seguros*, año X, nro. 8, agosto 2008, p. 80.

(106) RICCI, Annarita, *Il criterio...*, cit., p. 108.

(107) RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Hobinavalona, *Le raisonnement...*, cit. Para algunos casos resueltos en el arbitraje internacional, ver CORTEN, Olivier, “L’interprétation du ‘raisonnable’...”, cit., ps. 6 ss.

Otros sostienen que este concepto jurídico indeterminado se utiliza para superar los problemas del multilingüismo y de necesaria armonización del derecho (108).

En materia de contratos no negociados se ha sostenido que sirve como regulador del mercado (109).

Cualquiera sea la razón, es indiscutible que, a partir de la Convención de Viena, la palabra razonable (y sus derivados) es de uso frecuentísimo, podría decirse sistemático, en las convenciones relativas a los contratos comerciales internacionales, habiendo dado lugar a centenas de decisiones judiciales y arbitrales. La cláusula de razonabilidad es, pues, patrimonio difuso de muchas convenciones de sectores específicos del derecho comercial internacional y en el derecho de la navegación.

Las críticas no faltan; según una opinión, los instrumentos armonizadores europeos están abusando del estándar de lo razonable, por lo que cabe preguntarse si hay seguridad jurídica cuando realmente se abusa de la razonabilidad para aplicaciones improcedentes, y hasta qué punto ello contribuye a la unificación jurídica. Ese exceso, se dice, “transforma la razonabilidad en una vaga aspiración de justicia y equilibrio contractual y le quita toda sustancia jurídica real” (110). Para otros, en cambio, la razonabilidad ha devenido un verdadero y propio *topos* de la legislación internacional uniforme y comunitaria (111).

IX.2. Convención de Viena sobre compraventa internacional

La Convención de Viena sobre Compraventa internacional tiene gran importancia en el derecho de los negocios comerciales internacionales; efectivamente, más del 70% de esas operaciones son compraventas de mercaderías (112).

(108) GIORGINI, Erika, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, cit., p. 13.

(109) AZZARO, Andrea M., *I contratti non negoziati*, Scientifiche Italiane, Nápoli, 2000, p. 197.

(110) TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “La sustitución del ‘buen padre de familia’...”, cit., p. 36.

(111) TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza...*, cit., ps. 22 y ss.

(112) ALMANZA TORRES, Dennis J. - PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla, “La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la función social del contrato en el derecho brasilero”, *Rev. de Derecho Privado, Universidad del Externado*, Colombia, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537012009>.

Pues bien, esta convención tiene aproximadamente cuarenta referencias a lo razonable (113); lo hace como adverbio y como adjetivo, en distintas expresiones idiomáticas, para referirse a “persona razonable”, “plazo razonable”; “comportamiento razonable”, “oportunidad razonable”, “excusa razonable”, “valoración razonable”, “actos que razonablemente quepa esperar”, “duración razonable”, “antelación razonable”, “de manera razonable”, “que pueda razonablemente sustituir”, “medidas razonables”, “gastos razonables”, “antelación razonable”, “gestión razonable”, “si el destinatario podía razonablemente considerar”, etcétera.

La pluralidad muestra, para algunos, la tremenda influencia del *common law* en este documento (114); para otros, que la razonabilidad es un principio fundamental implícito, de igual valor que el principio de buena fe (115), etcétera.

De esta normativa, solo transcribo dos, estrechamente vinculadas a estas reflexiones, marcando con cursivas la expresión razonabilidad o sus derivados.

Art. 8º:

(1) A los efectos de la presente convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.

(2) Si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una *persona razonable* de la misma condición que la otra parte.

(3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una *persona razonable* deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualquier práctica que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

(113) RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Hobinavalona, *Le raisonnée...*, cit.; RICCI, Annarita, *Il criterio...*, cit., p. 103; NICOLAU, Noemí L., “El principio de razonabilidad...”, cit., ps. 3-25.

(114) TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza...*, cit., p. 168; ALMANZA TORRES, Dennis J. - PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla, “La Convención de Viena...”, cit.

(115) Ver autores citados por TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza...*, cit., p. 171, quien no comparte esta posición.

Art. 79:

1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no *cabía razonablemente esperar* que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias (116).

IX.3. Principios generales sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit (PICC)

Los principios de Unidroit contienen 58 referencias a lo razonable (117).

Interesan, especialmente, los siguientes artículos:

Art. 4.1 (Intención de las partes).

El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares *personas razonables* de la misma condición que las partes”.

El comentario dice:

El significado de una cláusula puede ser diferente a su significado literal en el idioma utilizado y diferir del significado que una *persona sensata* pudiera darle, siempre y cuando pueda establecerse que este ha sido el significado que las partes han querido darle a dicha cláusula al momento de celebrarse el contrato.

Es muy poco probable que las partes en los negocios mercantiles utilicen un lenguaje totalmente diferente a su significado; aún en este supuesto, sería muy difícil de probar en una controversia cuál ha sido el significado preciso que se alegue como la intención común.

El criterio para determinar qué debe entenderse por *razonabilidad* no es general y abstracto, sino que se refiere al entendimiento que cabe

(116) Una explicación del texto se encuentra en TRASCIA, Francesco P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Scientifich, Napoli, 2003, p. 25.

(117) RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Hobinavalona, *Le raisonnée...*, cit., p. 15; TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza...*, cit., p. 173.

esperar de una persona con los mismos conocimientos de idioma, experiencia técnica, o en los negocios, que el de las partes en el contrato.

Ni el criterio subjetivo establecido en el párrafo (1), ni la referencia a la razonabilidad a la que se refiere el párrafo (2) son adecuados para interpretar las cláusulas estándar. Estas deben ser interpretadas de acuerdo con lo que podría esperarse de la mayoría de los usuarios de dichas cláusulas, independientemente de la intención común de las partes en un determinado contrato o del significado que le habrían dado *personas razonables* de la misma condición.

Art. 4.2 (Interpretación de declaraciones y otros actos).

Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.

Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una *persona razonable* de la misma condición que la otra parte.

Art. 7.17.

El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía *razonablemente esperar*, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias(118).

IX.4. Principios de derecho europeo de contratos (Proyecto Lando) (PECL)

Se calcula que, aproximadamente, uno de cada tres artículos de los PECL contiene, al menos una vez, la palabra “razonable” o sus derivados, tales como irrazonable, razonablemente, etc. El art. 7º: 110 lo utiliza seis veces y en total la palabra razonable es utilizada 81 veces. Para sus redactores, lo razonable es un “concepto llave”, que se extiende al conjunto de esta construcción que se pretende pueda servir de modelo europeo,

(118) Compulsar FONTAINE, Michel, “Les dispositions relatives au hardship et à la force majeure”; BERNARDINI, Piero, “Hardship e force majeure”, ambos en BONELLI, M. - BONELLI, F. (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Giuffrè, Milano, 1997, ps. 185 y ss.; ORLANDO, Salvatore, *Rischio e vendita internazionale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 113; CORAPI, Diego, “L’equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit”, *Rev. Europa e Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2002-1-29.

por lo que presenta un “tejido abierto”; en suma, la razonabilidad es una pasarela entre el sistema romanista y el *common law* (119).

Me ocupo solo de algunos artículos relacionados con los puntos antes explicados.

Art. 1:302:

“Para los presentes principios, lo que se entienda por *razonable* se debe juzgar según lo que *cualquier persona de buena fe*, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera”.

La nota dice:

El art. 1:301 expresa lo que parece ser el núcleo de los ordenamientos jurídicos. No existe ninguna disposición legislativa de este género en ninguno de los Estados miembros. Algunas disposiciones de la ley de 1977 del Reino Unido sobre las cláusulas abusivas hacen referencia al “requisito de la razonabilidad”, o sea, a lo que es ‘correcto y razonable’, al describir las circunstancias en las cuales las cláusulas contractuales que excluyen o limitan la responsabilidad pueden hacerse valer. El párrafo 2 de la ley proporciona las líneas guías para la aplicación de este test de razonabilidad”.

En los comentarios al art. 1º:301 se lee:

Las categorías “razonable” y “no razonable” en los principios.

En los principios, la palabra razonable es utilizada para expresar diversos requisitos. Por ej.

— qué cosa se puede esperar que una parte conozca o tenga en consideración: arts. 1:303.4; 2:102; 2:202, 3); 3:209,3; 5:101, 3.

— cuánto puede una parte temporalmente esperar antes de actuar; arts. 2:206; 3:203; 9.506.

— de cuánto tiempo tienen necesidad las partes para alcanzar un acuerdo Art. 6:111.3.

— cuánto tiempo se debe considerar necesario para una notificación Art. 4:113; 8: 104.

(119) DUONG, Lêmy, “Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats”, *Rev. Internationale de Droit Comparé*, 2008, nro. 3, p. 708.

- el precio o la cláusula, es correcto? Art. 4:105.
- qué esfuerzo es legítimo esperar de una parte? Art. 7:110.
- hay proporción este esfuerzo y valor? Art. 7:110.
- hay proporción entre la gravedad del incumplimiento y el remedio al que se ha recurrido? Art. 9:201, 1.
- qué probabilidad hay que se verifique cierto hecho? Art. 1:303; 8:105.

No razonable

La palabra no razonable se adopta.

- para explicar cuántas molestias una parte debe soportar por la conducta de la otra; art. 7:103.
- qué cosa constituye un uso insostenible; art. 1:105.
- no hay proporción entre valor y costo.
- qué es una omisión irrazonable: art. 9:303.
- qué hace demasiado gravoso el peso para una parte: 9:101,2, b.

Estándar para evaluar la razonabilidad

En el contexto de los artículos, la razonabilidad debe ser evaluada con relación a los contratantes que actúan de buena fe y en la misma situación de las partes.

Al establecer lo que es razonable se deben tener en cuenta todos los elementos relevantes, como la naturaleza y el objeto del contrato. Así, el plazo dentro del cual se debe comunicar la resolución del art. 9:303 depende de la necesidad mayor o menor que la parte insatisfecha actúe con prontitud. Un caso de este tipo puede ser el de quien, postergando la notificación, puede extraer ventajas de la fluctuación de los precios, frecuente en el comercio.

Se debe tener en cuenta las circunstancias del caso; así, la notificación destinada a disolver un contrato de distribución a tiempo indeterminado (art. 6.109) debe ser más largo cuando el contrato ha tenido gran duración o cuando el distribuidor ha hecho notables inversiones para cumplir el contrato, y más breve si el contrato ha durado un período corto o el distribuidor ha hecho pocas inversiones.

Además, los usos y las prácticas del comercio o de la profesión deben ser tenidas en consideración; ellos generalmente reflejan el com-

portamiento de las partes razonables. Así, al establecer si el precio u otra cláusula del contrato es razonable a los fines de los arts. 6:104 o 6:106,2, se deben considerar contratos similares estipulados en circunstancias análogas.

En definitiva, el artículo vincula la *razonabilidad* a la *buena fe*; indica que lo razonable “se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe”. No se queda allí; también menciona los *usos y prácticas de comercio*. En suma, “el juez incluirá dos criterios: por una parte, la buena fe, y por otra, una regla estándar que aparece construida sobre la base de elementos generales del uso y giro de los negocios y actitudes de una determinada profesión o ramo de actividad” (120).

Carlo Castronovo (121) explica que buena fe y razonabilidad están cerca, aunque tengan distinto origen y no se confundan; de hecho, la expresión anglosajona se refiere al criterio de *fair, just and reasonable*, o sea, la corrección y lealtad (*fair*) de una parte, y la razonabilidad de la otra, parecen coronar en lo que es justo. Son categorías que se encuentran en la misma línea; las dos constituyen una categoría compleja que entiende ser una directiva para la política judicial.

Por eso, al igual que en el 1.302, el 3.201 3) sobre la representación expresa, implícita y aparente, adopta la expresión “razonablemente y de buena fe”, que confirma el hecho que las dos categorías están orientadas a la misma función de igual respeto de las partes contrapuestas; la razonabilidad expresa la razón práctica; la buena fe constituye una regla de conducta impartida a esta última. Este modo de concebir emerge del comentario B al art. 1201 en el que se afirma que ese artículo impone a cada parte el deber de observar una conducta razonable de corrección y de mostrar el debido respeto por los intereses de la otra parte. Por ejemplo, el constructor C, cuyos obreros se han enfermado en gran número, ha pedido al propietario O la prórroga de un mes para concluir la obra que consiste en un depósito para bebidas alcohólicas, pero O se opuso a esa prórroga. Con posterioridad, la licencia para la venta de alcoholes que O creía obtener con una práctica de rutina se bloqueó por una huelga de empleados públicos, con el resultado que O estará en condiciones de usar la construcción recién tres meses después de la fecha fijada. La buena fe exige que O comunique a C que no tendrá necesidad de tener la construcción completada dentro del plazo establecido.

(120) DIEZ PICAZO, L. - ROCA TRIAS, E. - MORALES, A. M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 256.

(121) CASTROVONO, Carlo (a cura di), *Principi di Diritto Europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. XLIII.

El autor italiano señala tres cuestiones relativas a los vínculos entre razonabilidad y buena fe:

(i) La buena fe tiene una posición de preeminencia, dada su colocación en la sección segunda del capítulo I entre los deberes generales, mientras la razonabilidad está contemplada en la sección tercera, dedicada a la terminología y otras reglas;

(ii) La buena fe tiene mayor relevancia desde que es mencionada de modo más general con la autonomía negocial (art. 1:302, 1).

(iii) Se define la razonabilidad, pero no la buena fe.

En definitiva, en los Principios, la razonabilidad tiene un ámbito más limitado que la buena fe y parece más cercana a la noción de diligencia como criterio de evaluación de una conducta y, por lo tanto, como regla de acción.

Art. 5:101

Los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes (...) 3. Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados (1) y (2), el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda *persona razonable* de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas condiciones.

Los comentarios dan el siguiente ejemplo: Una cláusula de un contrato de seguro prevé que la póliza cubre el hurto de joyas solo en caso de acceso *clandestino* al lugar en el cual las joyas se encuentran. Un individuo A se presenta falsamente como técnico de teléfonos en la casa de la Sra. B para reparar el teléfono. Distrae a la señora con un pretexto y le roba las joyas. La aseguradora se opone a pagar porque el acceso no fue clandestino. Según una interpretación *razonable*, un acceso logrado con engaño integra la noción de acceso clandestino. De cualquier modo, la interpretación objetiva no autoriza al juez a reformar el contrato yendo en contra de la inequívoca intención de las partes.

El punto 4 de las notas dice:

La interpretación según el significado que dé a las palabras cualquier *persona razonable* en la misma situación es regla basilar en todos los sistemas; por ej., art. 236,1 CC portugués. Generalmente, el principio de la interpretación razonable no está expreso formalmente, pero se aplica como consecuencia de la buena fe; es lo que sucede en el derecho alemán, francés, belga, holandés, italiano, español y griego.

Art. 8:108: Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento:

Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera *razonable* que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias.

IX.5. Marco Común Europeo de Referencia (MCR) (122)

La doctrina critica el exceso de menciones de la palabra *razonabilidad* y sus derivados en el MCR; según unos autores, cercanas a las 500 (123); por el contrario, otros sostienen que el uso frecuente del concepto *reasonable* es uno de los “puntos fuertes” del MCR (124).

De todas estas normas, cabe elegir el art. 8:101 que dice:

Normas generales.

1) Los contratos se interpretarán de conformidad con la intención común de las partes, incluso cuando esta no coincida con el significado literal de las palabras utilizadas.

2) Si una parte quiso dar un sentido determinado al contrato o a una cláusula o expresión del mismo y en momento de la celebración del acuerdo la otra parte conocía o es *razonable* suponer que conocía esta intención, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera.

3) El contrato se interpretará de la forma que normalmente lo haría una *persona razonable*:

(122) En inglés, *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) 2009.

(123) EIDENMÜLLER, Horst y otros, “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)”, trad. de Bruno Rodríguez-Rosado, *Rev. ADC*, t. LXII, 2009, fasc. IV, p. 1482; PATTI, Salvatore, *Ragionevolezza e clause generali*, cit., p. 114; TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “La sustitución del ‘buen padre de familia...’, cit., p. 91. Para una crítica a la regulación del Marco Europeo Contractual de Referencia sobre el derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual RIVERA-RESTREPO, José M., “Marco común de referencia y derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual”, en *Dikaion*, 25, 2 (2016), ps. 266-288. DOI: 10.5294/dika.2016.25.2.6.

(124) TROIANO, Stefano, “Das Konzept der Reasonableness als Mittel der Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts”, en SCHULZE, R. (ed.), *New Features in Contract Law*, Munich, 2007, ps. 375 y ss. citado por EIDENMÜLLER, Horst y otros, “El marco común de referencia...”, cit., p. 1483.

(a) si no se puede determinar la intención de las partes de acuerdo con lo dispuesto en los dos apartados anteriores;

(b) si surge una cuestión respecto a una persona que no es parte del contrato o a la que la ley no confiere derechos más amplios que si lo fuera, y que *razonablemente* y de buena fe confió en el significado aparente del contrato.

El anexo se encarga de definir qué se entiende por *razonable*, advirtiéndose una discordancia con las nociones acuñadas por los principios de la comisión Lando, antes transcritos.

En efecto, el Anexo del *MCR* prescinde de cualquier referencia a la buena fe, toda vez que señala que “lo razonable de una actuación se verificará objetivamente, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de lo que se realiza, las circunstancias del caso, y los usos y prácticas relevantes”, remitiéndose al art. i.1:104 que conceptualiza la *razonabilidad* en los mismos términos. Para algunos, esa explicación solo sustituye un concepto jurídico indeterminado por otras fórmulas igualmente vacías (125).

IX.6. Algunas directivas de la Comunidad Europea

Como dije, la expresión razonabilidad y sus derivados aparecen frecuentemente en el derecho comunitario.

Entre otras normas, pueden compulsarse:

IX.6.1. Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembro en lo referente a los agentes comerciales independientes (126)

Véanse, entre otros, los siguientes artículos:

Art. 3.2: El agente comercial, en particular, deberá:... c) ajustarse a las instrucciones *razonables* que le haya dado el empresario.

Art. 4.2. El empresario, en particular, deberá: ... b) procurar al agente comercial las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia, y, en particular, en el momento en que prevea que el volumen de las operaciones comerciales va a ser sensiblemente infe-

(125) EIDENMÜLLER, Horst y otros, “El marco común de referencia...”, cit., p. 1482.

(126) Compulsar PATTI, Salvatore, *Ragionevolezza e clause generali*, cit., ps. 10 y ss.

rior al que el agente comercial hubiera podido esperar, ponerle al corriente de ello, *con razonable antelación*.

Art. 4.3. El empresario, por otra parte, deberá informar al agente comercial, *dentro de un plazo razonable*, de su aceptación, su rechazo o de la no ejecución de una operación comercial que el agente le haya proporcionado.

***IX.6.2. Anexo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (127)**

Enumera, entre las cláusulas contempladas en el apart. 3º del art. 3º 1. las cláusulas que tengan por objeto o por efecto: “g) autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación *razonable*, salvo por motivos graves”.

Cabe señalar que, aun antes de esta directiva, la jurisprudencia europea tuvo en cuenta la razonabilidad como pilar básico para declarar la validez o invalidez de una cláusula; en otras palabras, el abuso existe cuando la cláusula es irrazonable. A veces, esta noción funciona de modo semejante a la cláusula sorpresiva. Así, p. ej., en el caso “Smith c. Eric Bush”, la Cámara de los Lores declaró ineficaz una cláusula de exclusión de responsabilidad a favor de un profesional cuya obligación era tasar una vivienda en un contrato de préstamo. Según la decisión, no podía esperarse que el actor, un hombre común de recursos modestos que pretendía comprar una vivienda, pague sumas adicionales para obtener cobertura contra el riesgo de negligencia profesional. El renombrado juez Lord Devlin dijo que “cuanto más irrazonable sea la cláusula, mayor debe ser la información que debe darse”; la frase debe ser correctamente interpretada, desde que, a pesar de que la correlación entre información y efecto sorpresa es correcta, no puede darse validez a cualquier cláusula por mucho que se haya destacado (128).

En los Estados Unidos, se dio un paso más adelante a través de la llamada “doctrina de las expectativas razonables de los adherentes”, usada

(127) Ver TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza...*, cit., ps. 514 y ss. Según el autor, se trata de la razonabilidad que deriva del deber de solidaridad, vía buena fe objetiva; comportarse de buena fe significa aquí hacerse cargo del interés del otro equilibrándolo de modo equitativo con el propio.

(128) Caso relatado por BANAKAS, S., “Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: la europeización del derecho inglés”, *Rev. Responsabilidad Civil y Seguros*, año II, nro. 3, mayo/junio 2000, p. 9.

por algunos tribunales a partir de la década de 1960, al inicio, solo para los contratos de seguros celebrados como contratos de adhesión, y posteriormente, a la generalidad de los contratos de adhesión. En la primera etapa, Keeton la formuló de la siguiente manera: “Las expectativas objetivamente razonables de los demandantes y los beneficiarios relativos a los términos del contrato de seguro deben ser respetadas, aun cuando el estudio minucioso de las previsiones de la póliza hubiese llevado a negar estas expectativas”. En otras palabras, se propugna el respeto de las expectativas que, de manera *objetivamente razonable*, el adherente se haya podido formar, con independencia de lo que exprese el formulario utilizado por el predisponente, de manera que tales expectativas privan de toda validez al texto firmado que no se conforma a ellas; o sea, las partes están vinculadas por los términos del formulario tal como razonablemente esperan que estén redactados, con independencia de lo que realmente expresan (129).

IX.6.3. Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo

Esta directiva menciona la palabra razonable en seis artículos. De cualquier modo, señalo que existen diferencias en las distintas versiones lingüísticas. Así, por ej., los textos en inglés y en francés del inc. d) del art. 2-2-d, que regula la obligación del vendedor de entregar al consumidor un bien conforme al contrato, dicen:

d) show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can *reasonably expect*, given the nature of the goods and taking into account any public statements on the specific characteristics of the goods made about them by the seller, the producer or his representative, particularly in advertising or on labelling.

d) s'il présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut *raisonnablement s'attendre*, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage.

(129) Citado por BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Bosch, Barcelona, 1999, ps. 165-218, cap. IV.

En cambio, en español, expresa:

d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede *fundadamente* esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado.

Suele decirse que “cada traducción contiene una interpretación”; el aserto adquiere gran importancia cuando el texto traducido es una norma; “en tal caso, la exigencia principal no es tanto decir la misma cosa o casi la misma cosa, porque hasta una traducción perfectamente correspondiente al texto original puede no ser la exacta comprensión del significado de la norma” (130).

Otras normas son:

Art. 3º. Derechos del consumidor Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, *no sean razonables*, teniendo en cuenta:

- el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad,
- la relevancia de la falta de conformidad, y
- si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor.

IX.6.4. Otras directivas que mencionan la palabra razonable o sus derivados

La palabra razonabilidad tampoco es ajena a las siguientes directivas: 85/374/CEE, 25 de julio, relativa a la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (131); 85/577/ sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; 87/102/, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo, modificada por las Directivas 90/88 (DO L 61 de 10/3/1990, p. 14) y

(130) PATTI, Salvatore, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., ps. 165 y 171.

(131) Compulsar SCOGNAMIGLIO, Claudio, “Clausole generali e linguaggio del legislatore. Lo standard della ragionevolezza nel DPR 24, maggio 1988 nro. 224”, en VISINTINI, Giovanna (a cura di), *Analisi di leggi-campione*, cit., p. 233.

98/7 (DO L 101 de 1/4/1998, p. 17); 90/314/ de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; 97/7/ 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; 2000/31/ de 8 de junio de 2000 sobre el comercio electrónico; Directiva 2014/17/ de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial; 2000/35/, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, etc.

IX.6.5. Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a un derecho común europeo de la venta (CESL)

En esta propuesta, las palabras razonables y razonabilidad aparecen más de sesenta veces en un conjunto de alrededor de ciento ochenta y seis artículos (132). Se ha dicho que este uso masivo del término comporta un evidente desbalance, pero podría también hablarse de un traspaso de poderes a favor del juez, llamado a formular, con amplia discrecionalidad, la regla del caso concreto (133). Al igual que en el MCR, y a diferencia de lo que acontece con los PECL, la razonabilidad no se relaciona con la buena fe.

X. PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS (134)

Desde una visión absolutamente diferente a la que he señalado en los puntos anteriores, en la explicación de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos, se lee: “Se evitó, por otro lado, el recurso a lo razonable y se prefirió evocar la buena fe, principio rector del derecho de los contratos, algo inasible pero que debe domarse con la aplicación concreta en los derechos locales o a través de las decisiones judiciales o arbitrales”. Sin embargo, al mismo tiempo se dice: “No se busca una

(132) PERLINGIERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos...*, cit., p. 22.

(133) PATTI, Salvatore, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 4.

(134) Texto publicado por el Boletín Oficial de España, 2018; texto, presentación y fundamentos de I. de la Maza y otros, p. 17.

interacción de otros principios o procesos de armonización contractual. Eso no obsta a que se hayan tenido presentes los PELC, los Principios Unidroit y el Marco Común de Referencia, pero muchas otras fuentes fueron utilizadas, destacando la propuesta de reforma al derecho de las obligaciones en España, los Proyectos franceses de reforma al derecho de las obligaciones y los contratos y la reforma misma ya aprobada, los Códigos civiles de los países de la región, y la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías, etc.”.

El declarado rechazo a la razonabilidad, pues, no es absoluto: he señalado que la mayoría de las fuentes reconocidas contienen innumerables referencias a la razonabilidad; además, las palabras razonabilidad, razonable, etc., aparecen en algunos artículos de estos Principios, como el 28, referido al error que permite anular el contrato, el 84, que regula el cambio de circunstancias que autorizan finalizar el contrato, el 87, sobre caracteres del incumplimiento esencial, el 92, para el plazo para denunciar los defectos, el 93, relativo al plazo de subsanación, el 109, en torno a la mitigación del daño.

XI. LA RAZONABILIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El Cód. Civ. y Com. contiene más de cincuenta artículos que incluyen la palabra “razonabilidad” o sus derivados; puede decirse que, al igual que en el proyecto de 1998 (135), es una noción que atraviesa buena parte de las figuras en todos los ámbitos (ver, a vía de ejemplo, arts. 3º, 32, 67, 107, 133, 134, 194, 367, 389, 409, 434, 482, 553, 589, 847, 859, inc. b], 961, 974, 998, 1011, 1019, 1026, 1088, 1141, inc. b], 1156, inc. b], 1183, 1184, 1185, 1256, incs. a] y e], 1279, 1317, 1324, inc. b], 1328, inc. a], 1357, 1360, 1428, y 1494, inc. e], 1710, 1712, 1714, 1739, 1746, 1781, 1792, 1931, inc. c) 1994, 2392, 2525, 2602, 2629, entre otros)(136).

(135) Ver HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRESNEDA SAIEG, Mónica, “El principio de razonabilidad como manifestación del derecho contractual de la modernidad”, en AA.VV., *La contratación en el siglo XXI*, cit., p. 44.

(136) Una autora cuenta 89 artículos. TAVANO, María J., “El azar en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Rev. Argentina de Derecho Civil*, nro. 4, abril 2019, 18/4/2019, Cita: IJ-DCCXXXIX-537.

El Cód. Civ. y Com. también contiene numerosas menciones a la buena fe y al abuso del derecho. Para la buena fe ver arts. 9º, 961, 1011, 1061; solo para el ámbito contractual, 1009, 1011, 1079, 1166, 1170, 1171, 1301, 1366, 1483, 1681, 1688, 1707, etc. La interdicción del ejercicio abusivo de los derechos es mencionada entre otros, en los arts. 10,11,14, 171,480, 775, 794,988,989, 1011, 1095, 1101, 1120, 1121, 1122, 1720, 1732, 1740, 1743, 1747, 1810, 1963, 2151, 2226, 2593.

Catalogaré solo algunos, aclarando que pueden ubicarse en diversos tipos:

(a) art. 3º. “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión *razonablemente* fundada”.

Se trata de una norma fundamental del nuevo ordenamiento. Lejos de darle al juez “un cheque en blanco”, como han sostenido algunos críticos del Cód. Civ. y Com., limita su arbitrariedad, en tanto obliga, como he explicado en el punto 3 (4) a un plus de esfuerzos en la argumentación (137).

Otras normas se refieren a la motivación razonable; así, por ejemplo, art. 67 (nombre de la persona divorciada), la persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por *motivos razonables*, el juez la autorice a conservarlo; art. 107 (tutela dativa), el juez debe fundar *razonablemente* los motivos que justifican la idoneidad de la persona designada; art. 859 inc. b) para los requisitos de la rendición de cuentas, incluir las referencias y explicaciones *razonablemente necesarias* para su comprensión.

(b) Vinculados a la buena fe y al abuso del derecho: art. 961... los contratos obligan no solo 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; art. 1011, en los contratos de larga duración, debe dar a la otra la *oportunidad razonable* de renegociar de buena fe, sin incurrir en *ejercicio abusivo* de los derechos; art. 1088 el incumplimiento que autoriza a resolver, si es parcial debe privar sustancialmente de lo que *razonablemente* la parte tenía derecho a esperar; art. 1141, inc. b), entre las obligaciones del comprador... la obligación de recibir consiste en realizar todos los *actos que razonablemente cabe esperar* del comprador; art. 1156 Se considera que las cosas muebles son adecuadas al contrato si: b) son aptas para cualquier fin especial... excepto que de las circunstancias resulte que el comprador no confió *o no era razonable que confiara*”; art. 1184, el incumplimiento que permite la resolución del contrato de suministro debe ser de notable importancia, “de forma tal de poner *razonablemente en duda* la posibilidad del incumplidor de atender con exactitud los posteriores vencimientos”; análoga fórmula tiene el art. 1494, inc. e) para resolver el contrato de agencia y el art. 1185, para la suspensión del contrato de suministro; art. 1498, no hay derecho a com-

(137) Compulsar GOZAÍNI, Osvaldo, “La sentencia razonablemente fundada”, en GOZAÍNI, O. A. (dir.), *Cuestiones procesales del Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal, Santa Fe, 2018, p. 93.

pensación por clientela si el agente pone fin al contrato, a menos que “la edad, invalidez o enfermedad del agente no le permiten exigir *razonablemente* la continuidad de sus actividades”.

(c) Disposiciones que hacen referencia al *tiempo* y a la *información razonable*: art. 482, cada uno de los copartícipes (en la indivisión comunitaria) tiene la obligación de informar al otro, con *antelación razonable*, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos; art. 1994 los condóminos deben ser informados de la finalidad de la convocatoria y citados a la asamblea en forma fehaciente y con anticipación *razonable*; art. 974, obligación del proponente de la oferta de esperar hasta el momento en que puede *razonablemente* esperarse la recepción de la respuesta; art. 1515 inc. b) en el contrato de franquicia, la obligación de proporcionar las informaciones que *razonablemente* requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo de la actividad; art. 1183 en los contratos de suministro por tiempo indeterminado, el aviso debe cursarse en un *término razonable* según las circunstancias; art. 1185 se autoriza la suspensión del suministro si ha advertido al incumplidor... con una *anticipación razonable* atendiendo a las circunstancias; art. 1256, son obligaciones del prestador... e) ejecutar la obra o el servicio en el tiempo convenido o, en su defecto, en el que *razonablemente* corresponda según su índole; art. 1279 cualquiera de las partes del contrato de servicios continuados puede poner fin al contrato de duración indeterminada; para ello debe dar preaviso con *razonable anticipación*; art. 1504, inc. d) es obligación del concedente proveer durante un *período razonable* repuestos para los productos comercializados; art. 1537, si el comodatario sabe que la cosa que se le ha entregado es hurtada o perdida, debe denunciarlo al dueño para que este la reclame judicialmente en un *plazo razonable*.

(d) Normas vinculadas a la *medida* o la *proporcionalidad*: Art. 32 (personas con capacidad restringida) el juez debe designar el o los apoyos necesarios, especificando las funciones con los *ajustes razonables* en función de las necesidades y circunstancias de la persona; art. 194, el patrimonio inicial de las fundaciones debe posibilitar *razonablemente* el cumplimiento de los fines propuestos estatutariamente; art. 434, alimentos después del divorcio, a favor del cónyuge que no tiene recursos propios suficientes ni *posibilidad razonable* de procurárselos; art. 553 (juicio de alimentos), el juez puede disponer, en caso de incumplimiento reiterado del obligado al pago de la obligación alimentaria, *medidas razonables* para asegurar la eficacia de la sentencia”; idéntica disposición para el incumplimiento reiterado del deber de permitir la comunicación (art. 557); art. 559, para la acción de impugnación de la filiación matri-

monial cuando la filiación presumida por la ley *no debe ser razonablemente mantenida* de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño; art. 1019, los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una *razonable convicción*; art. 1428, la transmisión de los derechos del crédito cedido debe ser notificada al deudor cedido por cualquier medio que evidencie *razonablemente* la recepción; art. 1499, las cláusulas de no competencia son válidas en la agencia en tanto... se apliquen a un territorio o grupo de personas que resulten *razonables*, habida cuenta de las circunstancias; una fórmula análoga tiene el 1522 último párrafo para el contrato de franquicia; art. 1515, inc. b) es obligación del franquiciado proporcionar las informaciones que *razonablemente* requiera el franquiciante; art. 1781, hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un *motivo razonable...*; art. 1931, inc. d), la posesión y la tenencia se extinguen si desaparece la *probabilidad razonable* de hallar la cosa perdida; art. 2602, los jueces argentinos pueden intervenir... siempre que *no sea razonable exigir* la iniciación de la demanda en el extranjero; art. 2609, las acciones sobre la prestación alimentaria deben interponerse... si fuese *razonable* según las circunstancias del caso, ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes.

(e) la llamada razonabilidad de conformidad a un patrón para *gastos, precio, montos e intereses razonables*: art. 133, quien ejerce la tutela tiene derecho a la restitución de los *gastos razonables* hechos en la gestión; art. 847 c) el acreedor solidario que realiza *gastos razonables* en interés común tiene derecho a reclamar a los demás la participación en el reembolso de su valor; art. 1328, el mandante está obligado a compensar al mandatario todo *gasto razonable* en que haya incurrido para el cumplimiento del encargo; art. 1357, si se pacta la gratuidad del depósito, no se debe remuneración, pero el depositante debe reembolsar al depositario *los gastos razonables* en que incurra para la custodia y restitución; art. 1360, si para la conservación de la cosa es necesario hacer gastos extraordinarios, el depositario debe realizar los *gastos razonables* causados por actos que no puedan demorarse; art. 389, 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; art. 1514, inc. e) es obligación del franquiciante... asegurar la provisión en cantidades adecuadas y a *precios razonables*, según usos y costumbres comerciales locales o internacionales; art. 1580, la fianza comprende... los gastos que *razonablemente* demande el cobro de la principal; art. 1685, el fiduciario debe contratar el seguro que establezca la reglamentación y, en defecto de esta, los que sean *razonables*; art. 1792 son *gastos* funerarios los que tienen relación *razonable* con las

circunstancias de la persona y los usos del lugar; art. 2392 no son colacionables los gastos de boda que no exceden de lo *razonable*; art. 2525, los honorarios del abogado patrocinante del albacea solo deben ser sufragados por la sucesión si sus trabajos resultan necesarios o *razonablemente* convenientes para el cumplimiento del albaceazgo.

(f) Vinculados al principio de apariencia: art. 367, cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer *razonablemente* que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente.

(g) En el derecho de daños; estas normas no son ajenas al ámbito contractual, desde que el Código contiene un régimen unificado de la responsabilidad contractual y extracontractual: art. 134, la indemnización debida por el tutor que no rinde cuentas no debe ser inferior a lo que los bienes han podido *razonablemente* producir; art. 1710 ,inc. b), “toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa... adoptar, de *buena fe* y conforme a las circunstancias, las *medidas razonables* para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud”; art. 1712, están legitimados para reclamar quienes acreditan un *interés razonable* en la prevención del daño; art. 1739, la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea *razonable*... art. 1746, en caso de lesiones... la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital... que se agote al término del plazo en que *razonablemente* pudo continuar realizando tales actividades.

(h) Vinculado a la noción de diligencia: art. 409, el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió... hubiese *apreciado razonablemente* la unión que contraía; art. 988, son abusivas las cláusulas que “por su contenido, redacción o presentación, no son *razonablemente* previsibles; art. 1026, quien promete el hecho de un tercero queda obligado a hacer lo *razonablemente necesario* para que el tercero acepte la promesa; art. 1256 inc. a) son obligaciones del contratista o prestador de servicios ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los *conocimientos razonablemente requeridos* al tiempo de su realización; art. 1317 la obligación del transportista con reexpedición de las cosas se extingue al entregarla, sin obligaciones adicionales que la de emplear una *razonable diligencia* en la contratación del transportista siguiente; art. 1324, b) son obligaciones del mandatario dar aviso inmediato al mandante de cualquier circunstancia sobreviniente que *razonablemente aconseje* apartarse de las instrucciones recibidas.

”(i) artículos referidos implícitamente al hombre razonable: art. 964, el contenido del contrato se integra con... c) los usos y prácticas del lugar de celebración... excepto que su aplicación sea *irrazonable*”.

(j) por el opuesto, es decir, la irrazonabilidad: art. 1655, las medidas previas adoptadas por los árbitros... pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean *irrazonables*; art. 1685, el fiduciario es responsable... cuando no haya contratado seguro “o cuando este resulte *irrazonable* en la cobertura de riesgos o montos”; art. 1714 si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una *punición irrazonable* o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.

XII. PALABRAS PROVISORIAS DE CIERRE

Las opiniones de los autores y las normas referenciadas me permiten creer que el camino que la Argentina está recorriendo a través del Cód. Civ. y Com. es el correcto. Diré por qué:

a) La mayoría de los Estados atraviesan dos procesos que alteran las estructuras de sus ordenamientos jurídicos: por un lado, el de constitucionalización del derecho privado, y por el otro, el de globalización comercial (138). Ambos han favorecido la incorporación expresa de la razonabilidad como pauta necesaria para la interpretación y aplicación de las normas generales (leyes, decretos, reglamentos, etc.) e individuales (contratos, entre otras). En efecto:

— la constitucionalización del derecho privado implica, en este ámbito, el aumento de los conceptos jurídicos indeterminados, propios del lenguaje constitucional y, consecuentemente, la necesaria ampliación de las facultades judiciales para su concretización en el caso.

— la globalización comercial exige la armonización de los derechos locales y, como se vio, la razonabilidad cumple un rol esencial.

(b) Si bien jurídicamente la razonabilidad apareció en el derecho constitucional, como instrumento de medida de la acción del legislador, nada impide trasladarla al derecho privado como medida o límite de la actividad de las partes. Como dice MacCormick, “la teoría de la interpre-

(138) ALMANZA TORRES, Dennis J. - PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla, “La Convención de Viena...”, cit.

tación, como tema intrínseco al estudio de la argumentación práctica, nos conduce necesariamente a las aguas más profundas de la normativa constitucional” (139). Este traspaso no tiene demasiadas dificultades en la Argentina, en tanto el Cód. Civ. y Com. argentino ha debilitado las fronteras, como resulta manifiesto de la expresa mención del bloque de constitucionalidad (arts. 1º y 2º).

(c) La razonabilidad es un valioso instrumento de lucha contra los absolutos. Ser razonable significa darse cuenta de las circunstancias y de las limitaciones que ellas implican (140). Un mundo en el que rige el pluralismo, expresamente aceptado por el Cód. Civ. y Com. al recoger diversos tipos de personas y de vida familiar, solo puede ser gobernado por razones que, en línea de principios, los interesados puedan aceptar; cuanto más aumenta el conflicto de opiniones, tanto más necesario es recurrir a la razón (141).

Podría decirse que lo irrazonable, a pesar de lo que esta palabra tiene de cambiante, pone a los operadores de derecho un límite en el ejercicio del poder discrecional que les es reconocido. Este poder les confiere, en todos los ámbitos, el derecho de elegir entre las diversas opciones que se les ofrecen, pero a condición de que la elección no sea irrazonable, porque en tal caso, se considerará contraria a derecho, sea público o privado.

(d) Cualquier posición que rechace *a priori* el valor de la razonabilidad significa negar el carácter social de la ciencia jurídica. El derecho, como ciencia social, deber ser válido para la realidad; la realidad es, por sí misma, infinitamente multiforme y está sujeta a continua evolución; por lo tanto, el derecho no puede ser encerrado en fórmulas unívocas e inmodificables; por el contrario, debe ponderar las situaciones concretas (142). El Cód. Civ. y Com. acepta expresamente la interpretación evolutiva, tal como surge del art. 2º, que se refiere a los fines y no mira hacia atrás buscando el antiguo “espíritu del legislador”.

(e) Como ha dicho el tribunal constitucional alemán en sentencia del 5/4/1990, la interpretación jurídica tiene el carácter de un discurso en el

(139) MACCORMICK, Neil, “Argumentación e interpretación en el derecho”, *Rev. Doxa*, nro. 33, 2010, p. 77.

(140) RICCI, Annarita, *Il criterio...*, cit., p. 7.

(141) VIOLA, Francesco, “Prólogo” al libro de CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, cit., p. 10.

(142) LUNA SERRANO, Agustín, prólogo al libro de PERLINGIERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos...*, cit., p. 12; RICCI, Annarita, *Il criterio...*, cit., p. 45; PATTI, Salvatore, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 29.

que se hacen valer argumentos y contrargumentos y, al final, deciden las mejores razones, que no son creadas arbitrariamente por el intérprete, sino que son dictadas por las fuentes vigentes jerárquicamente superiores (143). Por eso, hoy parece ser cierto que “Nadie puede afirmar seriamente que la aplicación de las normas jurídicas consiste solo en una subsumción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente” (144). Es que “el derecho es el mundo de la decisión; decide el legislador cuando resuelve un conflicto de intereses; decide el sujeto cuando se interroga sobre las modalidades de ejercicio de un derecho o de una situación subjetiva determinando su propia conducta; decide el juez constitucional cuando valora la constitucionalidad de una norma; decide el juez de la legalidad cuando da la razón o la niega a las partes que litigan. Pero la decisión presupone siempre una duda. El paso de la duda a la decisión sigue un recorrido que conduce de la pluralidad de decisiones posibles a la que, de manera responsable, se elige adoptar; de allí que el control de razonabilidad sea esencial” (145).

(f) Por eso, la razonabilidad no priva de seguridad. La certeza del derecho no depende de la repetitividad y de la perpetuidad de la solución sino de la previsibilidad y control o, si se prefiere, de poder calcular la solución, en tanto el supuesto de hecho, aunque esté minuciosamente fijado por el legislador, siempre será incompleto (146).

(g) La razonabilidad, entonces, debe buscarse y encontrarse *dentro del sistema jurídico*. La razonabilidad no es una virtud del ser humano inspirada en valores iusnaturalistas y fuera del sistema; no se trata de la moral subjetiva del juez; no por aquello de que la “ética es un *china-shop* en el que se puede encontrar de todo” (147), sino porque la seguridad jurídica exige de un criterio que, dentro del principio de legalidad, contribuya a encontrar una solución en el momento de aplicación que, entre todas, es la preferible conforme la lógica del sistema y de sus valores constitucionales (148). Por eso, el art. 2º del Cód. Civ. y Com. convoca a los principios y los valores *jurídicos*.

(143) Sentencia recordada por PERLINGIERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos...*, cit., p. 83.

(144) ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 23.

(145) PERLINGIERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos...*, cit., p. 162.

(146) PERLINGIERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos...*, cit., p. 59.

(147) Palabras del profesor R. Powell citadas por CRISCUOLI, Giovanni, “Buona fede e ragionevolezza”, *Riv. de Diritto Civile*, anno XXX, 1984, parte prima, p. 718.

(148) PERLINGIERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos...*, cit., ps. 43-45.

(h) Aun los autores que desconfían de la razonabilidad reconocen que su empleo, especialmente en el derecho de los contratos, es un dato de la realidad del que no se puede prescindir (149); no se trata, pues, de una moda pasajera (150) de la que no valga la pena ocuparse.

(i) Quizás sea cierto que, desde esta perspectiva amplia, la razonabilidad “pierde autonomía conceptual y se acerca a otras nociones como la buena fe, la diligencia, la equidad, la proporcionalidad (151), la confianza, la proscripción del abuso, pero también podría decirse que es una noción que las engloba, sin anular a ninguna de ellas (152). Todas ellas derivan de haber abandonado la visión antagonista del contrato para acoger directivas que encarnan otros valores como la cooperación y la solidaridad (153). De allí que el Cód. Civ. y Com. las mencione a todas, compartiendo la frase que dice “ninguna noción fundamental es concebible aisladamente de las demás” (154).

(j) Es verdad que, como dice Giovanni Criscuoli (155), el peso de una regla no se mide por el número de citas normativas sino por el rol que cumple; no obstante, creo que puede servir como pauta de cuánto significa para el ordenamiento, especialmente para mostrar que la razonabilidad, antes que nada, resulta ser un instrumento útil, funcional, pragmático (156).

(k) Quizás la exigencia de la razonabilidad, tan propiamente humana, sea la prueba de que la robótica no podrá sustituir a la persona humana en la importante misión de solucionar los conflictos (157).

(l) *Last but not least*, reflexionar sobre los orígenes de la razonabilidad ha servido para insistir en que el idioma no es neutral: la expresión

(149) TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza...*, cit., p. 555.

(150) PATTI, Salvatore, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 1.

(151) Para las diferencias entre proporcionalidad y razonabilidad, DUONG, Lêmy, “Le raisonnable...”, cit., p. 703; GUILMAIN, Antoine, “Sur les traces...”, cit.

(152) TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza...*, cit., p. 450. El autor alerta sobre el peligro que implica la anulación de cualquiera de estos tres conceptos.

(153) MARCHETTI, Carlo, *Il silenzio del contratto...*, cit., p. 49.

(154) PERLINGIERI, Giovanni, *Ragionevolezza e bilanciamento...*, cit., p. 38.

(155) CRISCUOLI, Giovanni, “Buona fede e ragionevolezza”, cit., p. 710.

(156) Para las relaciones entre la razonabilidad y las corrientes filosóficas pragmáticas, ver NICOLAU, Noemí L., “El principio de razonabilidad...”, cit., ps. 3-25.

(157) RECASENS SICHES, Luis, *Experiencia jurídica...*, cit., p. 546.

persona razonable hoy respeta, el lenguaje igualitario, a diferencia del “buen padre de familia” o el “buen hombre de negocios”.

(II) Si nada de esto convence, entonces, habrá que conformarse con repetir el dicho popular “Alegrémonos de ser razonables, no de tener razón”.

CONTRACTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

POR GRACIELA MEDINA

Conocí al Dr. Jorge Alterini siendo alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza a través de su obra que contribuyó mucho a mi formación académica y profesional. En el año 1991 cuando vine a vivir a Buenos Aires lo traté personalmente al ser él un prestigioso magistrado de la Cámara Nacional Civil y yo juez de Primera Instancia. Desde ese momento lo admiré, tanto por la equidad de sus fallos, como por la modestia, discreción y decoro que trasuntaba en su vida diaria, que son valores inescindibles de la condición de magistrado.

Más tarde tuve el honor de relacionarme en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires donde ambos éramos profesores y lo recuerdo con el respeto que se le debe a los maestros del derecho, con mucho agradecimiento porque siempre me alentó a seguir publicando y estudiando y porque constituyó un ejemplo a seguir en orden a su perseverancia, seriedad científica y bonhomía de bien.

De modo que para mí resulta sumamente grato participar de este homenaje, para el que he elegido un tema que se relaciona directamente con la materia contractual. En efecto, esta contribución versa sobre la “contractualización del derecho de familia”.

I. CONCEPTO Y ALCANCES DE LA DENOMINACIÓN

La “contractualización del derecho de familia” es un fenómeno nuevo en el derecho de familia, que es tratado integralmente en pocos estudios, entre los cuales se puede citar la investigación realizada por el profesor Frederick Swennen titulada la “Contractualización del Derecho

de Familia en Europa” (1) y cuyo interés, importancia y trascendencia se ponen de relieve en el *XIX Congreso Internacional de Derecho Comparado* celebrado en Viena del 20 al 27 de julio del 2014, que elige este tema para su análisis específico por los especialistas en derecho comparado.

Cuando se hace referencia a la contractualización del derecho se alude a la *regulación privada realizada por individuos o familias de sus derechos y obligaciones familiares a través de instrumentos privados jurídicamente vinculantes*.

El término “contractualización” es ejemplificativo, ya que, en realidad, deberíamos hablar de “convencionalización del derecho de familia” y no de contractualización, porque no se trata de contratos, sino de convenios, pero en español “convencionalización” es un neologismo que no suena bien.

Decimos que no se tratan de contratos, ya que contrato, según el art. 957 del Cód. Civ. y Com. “es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir *relaciones jurídicas patrimoniales*” (2). Mientras que cuando se alude a la contractualización del derecho de familia se hace referencia a las convenciones de los miembros de la familia para regular sus relaciones familiares que pueden ser patrimoniales o personales.

A los fines de este artículo seguiremos utilizando la expresión contractualización del derecho de familia, con la advertencia que aludimos con ella a los convenios del derecho de familia que pueden en algunos casos no cumplir con el objeto de los contratos establecidos en el art. 1003 del Cód. Civ. y Com. en orden a su valoración económica.

Lo importante en orden a la “contractualización del derecho de familia” es el papel que juega la autonomía de la voluntad en la regulación de las realidades familiares.

Sabido es que la autonomía de la voluntad tenía un poder muy relativo en el derecho de familia clásico decimonónico y del siglo XX, ya

(1) SWENNEN, Frederick, “Contractualisation of family law: global perspectives”, Heidelberg, Springer, 2015, Volume/paginering 372 p. ISBN 978-3-319-17228-6.

(2) Con RIVERA, Julio César - CROVI, Daniel - DI CHIAZZA, Iván, *Contratos. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 12. El contrato, según Spota, es un acto jurídico bilateral y patrimonial, esto implica que las relaciones jurídicas han de desenvolverse en el campo patrimonial.

que esta rama del derecho, en el Cód. Civil estaba regido por normas de orden público que determinaban la forma de la creación, regulación y disolución de la familia, con escasa o nula participación de la voluntad de las partes para determinar su forma de constitución, ordenación o finalización.

Esto varía en el Cód. Civ. y Com., donde la autonomía de la voluntad, tanto en las relaciones personales como en las relaciones patrimoniales, cobra una mayor importancia, ya sea para la creación de relaciones familiares, como para su regulación y extinción.

En este trabajo lo que intentaremos hacer es: en primer lugar, establecer qué valor tiene la autonomía de la voluntad para regular mediante convenciones privadas tanto la constitución de lazos familiares, como su regulación y extinción en el Cód. Civ. y Com. 2015 (3).

En segundo lugar, queremos precisar si a estas convenciones que regulan las relaciones de familia se le aplican las limitaciones a la autonomía de la voluntad que rigen los contratos, como ser, la lesión, la teoría de la imprevisión, el fraude, y el abuso del derecho, con igual extensión que a los contratos particulares.

Y, por último, especificar si las convenciones familiares tienen diferentes límites que los contratos en general, en orden a su revisión y eficacia, como ser el “interés superior del menor”, “la protección del cónyuge más débil” y la “solidaridad familiar”.

Vamos a tratar en forma separada la contractualización en las relaciones patrimoniales de los miembros de la pareja (relaciones horizontales) y la contractualización en las relaciones entre padres e hijos (relaciones verticales).

II. EL DERECHO DE FAMILIA. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y LA CONTRACTUALIZACIÓN

El Cód. Civil original contenía un modelo de familia patriarcal, basado en el matrimonio indisoluble, donde la patria potestad era ejercida por el padre, los hijos matrimoniales tenían más derechos que los extramatrimoniales y no existía ninguna mención a las uniones entre

(3) BORRILLO, Daniel, “La contractualización de los vínculos de familia”, RDF 79-1; cita online: AR/DOC/3544/2017.

personas de igual sexo. En ese contexto las convenciones para regular los derechos familiares no tenían ningún lugar y fueron expresamente prohibidas.

El derecho de familia argentino se ha reformado profundamente en los últimos años. Las leyes de divorcio vincular, patria potestad compartida, protección de los niños, niñas y adolescentes, protección integral de la mujer, matrimonio entre personas del mismo sexo, igualdad de género, muerte digna y transexuales, han transformado radicalmente el derecho de familia que no tiene ya casi ningún punto de contacto con la regulación original del Cód. Civil.

Este nuevo entorno legislativo abre las puertas a la posibilidad de dictar convenciones entre partes que sean obligatorias para ellas y terceros en orden a regular sus derechos familiares, que requieren de una base normativa específica para que estas convenciones tengan efectividad.

Ese proceso termina su consolidación con la sanción del Cód. Civ. y Com., aprobado en octubre del 2014, por el Senado de la Nación Argentina, que entró a regir el 1º de agosto del 2015; y que en el tema que nos ocupa tiene modificaciones relevantes, ya que admite una mayor contractualización del derecho de familia, la que se refleja en: (i) la obligación de presentar acuerdos sobre régimen de bienes, alimentos, custodia de los niños y régimen de comunicación para que se dé curso al proceso de divorcio (ii) Posibilidad de realizar pactos sobre régimen patrimonial matrimonial, (iii) posibilidad de pactar la delegación de la responsabilidad parental, (iv) voluntad procreacional y (v) pactos sobre herencia futura. Los cuatro últimos pactos en el Cód. Civil se encontraban prohibidos, en virtud del carácter imperativo y de orden público de las normas que regulaban el régimen patrimonial, la patria potestad, la determinación de la filiación y la herencia.

III. LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO A LA LIBERTAD Y LA REGULACIÓN ESTATAL

El derecho de familia ha sido desde siempre de carácter imperativo; y, si bien en la realidad, cada familia se organiza como quiere (prueba de ello es la existencia de familias musulmanas en países que no lo son), lo cierto es que el fundamento de la autodeterminación familiar reside en la necesidad de que los individuos que la componen puedan desarrollarse como tales.

La cuestión radica en determinar en qué medida la autonomía de la voluntad puede regular las relaciones familiares y fundamentalmente, ¿con qué límites puede aceptarse que los miembros de la familia pacten las consecuencias de su Estado?

Es indiscutible que las personas pueden regular sus relaciones privadas como más les guste y convenga, pero también resulta necesario que el Estado establezca normas imperativas que les permitan a los individuos desarrollar sus derechos fundamentales (4).

Así, la autonomía de la voluntad va a aparecer limitada cuando se trata de proteger el interés superior del niño o en la determinación de la edad para contraer matrimonio, porque el Estado ha puesto normas imperativas que tienden a proteger a la posibilidad del sujeto de autorrealizarse, lo que sería imposible si se aceptara la violencia contra la mujer o el matrimonio infantil. Pero de allí no se deriva que todo el derecho de familia sea o deba ser de carácter imperativo.

Por el contrario, como la razón de ser de permitir la existencia de normas obligatorias es la necesidad de lograr que se puedan ejercitar los derechos fundamentales, se debe admitir la posibilidad de la libertad de autorregulación como respeto al derecho de libertad y de autodeterminación, y la aceptación de las diferencias culturales.

Por otra parte, debemos partir de afirmar que la posibilidad de autorregulación o autodeterminación se da en las relaciones horizontales patrimoniales entre iguales y resulta más dificultoso en las relaciones horizontales personales y en las verticales como las que se suscitan entre padres o hijos.

Tras realizar estas afirmaciones de carácter general trataremos en forma particular los convenios que regulan las relaciones patrimoniales, en especial los convenios relativos al régimen patrimonial matrimonial, los convenios de regulación de la unión convivencial, los convenios en previsión de la ruptura y los pactos sobre herencia futura. Para luego referirnos a los convenios que regulan las relaciones entre padres e hijos y trataremos de dar razones que justifiquen la libertad de autodeterminación en estas materias que son proclives a la contractualización.

(4) ROCA TRÍAS, Encarna, "Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis", en *Libro homenaje al Profesor Luis Puig i Ferriol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, ps. 2107, 2138.

IV. CONVENIOS PATRIMONIALES EN LA PAREJA

IV.1. Convenios en el régimen patrimonial matrimonial

En el Cód. Civil argentino los contratos entre cónyuges se encontraban muy limitados y en muchos casos expresamente prohibidos, motivado, en gran medida, porque tanto las normas que determinaban el régimen de bienes entre cónyuges y las obligaciones personales entre los esposos como las que establecían el sistema de la sucesión *ab-intestato* eran de orden público e inderogables por la voluntad de las partes.

En primer lugar, no se podían celebrar pactos sobre el régimen patrimonial matrimonial, porque la ley solo permitía el régimen de comunidad de bienes, que era único inderogable y de orden público (5).

En segundo lugar, entre esposos, se encontraba expresamente prohibida la celebración de pactos sobre herencia futura.

Los convenios sobre régimen patrimonial se prohibían porque el legislador consideraba que el régimen de comunidad de bienes protegía más a la mujer y a la familia; por ello, se sancionaba con nulidad absoluta tanto los pactos que establecieran otro tipo de régimen de bienes como los que de alguna forma vulneraban o limitaban el régimen de comunidad.

El fundamento de la prohibición de contratar entre cónyuges era evitar que por medio de contratos se cambiara el único régimen patrimonial que la ley admitía.

Nuestro país desde el momento de la sanción del Cód. Civil estableció un *régimen legal único forzoso e imperativo para los cónyuges, y lo mantuvo hasta el siglo XXI*.

La imperatividad del régimen patrimonial matrimonial era una excepción en la legislación mundial, ya que casi la totalidad de los países permitían la opción de régimen patrimonial. Pocos eran los Estados en el mundo que mantenían en el siglo XXI el principio de la inmutabilidad, entre ellos se encontraba Bolivia, Cuba y algún Estado de México.

En la Argentina la mayoría de los doctrinarios del derecho civil se inclinaban por admitir la posibilidad de que los cónyuges pudieran convenir el régimen patrimonial que más les conviniera.

(5) MEDINA, Graciela, "El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial", DFyP 2012 (noviembre), p. 3.

Lo cierto es que la existencia de un solo régimen patrimonial del matrimonio tenía sentido en la sociedad del siglo antepasado y en la primera mitad del siglo XX, cuando existía un solo modelo de familia, impuesto de manera imperativa para que fuera adoptado por todos los ciudadanos. En esa época en la cual el matrimonio se concebía solo entre personas de diferente sexo, donde no había divorcio vincular y la mujer, incapaz relativa, no trabajaba fuera del hogar conyugal, se justificaba que se estableciera un régimen de ganancialidad obligatorio como una forma de proteger a la mujer.

En el año 2015, la existencia obligatoria de un solo régimen patrimonial matrimonial no se justificaba, ya que existían diferentes modelos de familia matrimoniales que requerían diferentes formas de organización económica de su faz patrimonial.

Así en la segunda década del siglo XXI en un país, donde la mujer gozaba de igualdad de derechos y oportunidades, donde hacía 30 años que se aceptaba el divorcio vincular y 5 años que se reconocía el matrimonio entre personas de igual sexo, se imponía la necesidad de dar un margen mayor de autonomía de la voluntad a las personas casadas, permitiendo que pudieran optar al menos entre el régimen de comunidad y el de separación de bienes, ya que si se ampliaba la autonomía de la libertad en las relaciones personales no se advertía porque no hacerlo en las relaciones patrimoniales, porque ni el intervencionismo estatal, ni el mejor legislador, ni la mejor sentencia pueden dar a las partes una mejor respuesta que la que los contrayentes puedan darse a sus aspiraciones y deseos económicos, por supuesto sin desatender la solidaridad familiar, la que ha de protegerse mediante el dictado de normas básicas que rijan para todos los regímenes patrimoniales matrimoniales y que resulten inderogables por la voluntad de las partes.

Por estas razones el sistema establecido en el Cód. Civ. y Com. unificado permite pactar limitadamente el régimen patrimonial matrimonial.

En conclusión, en el aspecto patrimonial del matrimonio el Cód. Civ. y Com. avanza sobre el Cód. Civil al admitir las convenciones matrimoniales, permitiendo que se opte entre el régimen de comunidad y el régimen de separación de bienes.

Se trata de verdaderos contratos porque son bilaterales, tienen contenido económico y están sujetos al régimen de los actos jurídicos y sus nulidades.

Aplaudimos la libertad establecida en esta materia, aunque advertimos que la posibilidad de pactar el régimen patrimonial matrimonial

debió ser más amplia, ya que nada justifica la limitación a solo dos regímenes patrimoniales, máxime cuando en los aspectos personales del derecho de familia el reconocimiento de la autodeterminación es muchísimo mayor. Así, en un país que se admite el matrimonio entre personas de igual sexo y se reconoce el derecho al cambio de sexo, sin ningún control judicial para permitir la autorrealización de la persona, no se advierte porque se limita la posibilidad de pactar el régimen patrimonial matrimonial que también contribuye a la realización personal.

IV.2. Pactos en la unión convivencial

En cambio, en la Unión Convivencial la posibilidad de pactar todas las cuestiones patrimoniales durante la convivencia es más amplia, ya que solamente se encuentra limitada por el orden público, el principio de igualdad de los convivientes y los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial. Es decir, que los convivientes no se encuentran limitados a optar entre el régimen de comunidad y el de separación y tienen como únicos límite el orden público y el principio de igualdad de los convivientes.

Según el art. 513, los límites para celebrar pactos de convivencia consisten en que estos no pueden ser contrarios al orden público ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

Por nuestra parte, agregamos, que tampoco podrían ser válidos si se celebraran con existencia de un eventual abuso de posición dominante en el proceso negociador.

En principio, estos pactos prevalecen sobre las normas previstas en el Código (argumento art. 513). Sin embargo, ellos están limitados y existen materias donde no puede acordarse, estos límites hacen a la solidaridad familiar.

Así, los pactos no pueden dejar sin efecto lo dispuesto por los arts. 519 (asistencia recíproca), 520 (contribución en los gastos), 521 (responsabilidad por deudas contraídas por unos de los convivientes para solventar los gastos del hogar o mantenimiento y educación de los hijos) y 522 (protección de la vivienda familiar). Estos ítems conforman el régimen primario, que es inderogable por la voluntad de las partes y aplicable a cualquier pacto de convivencia al que ellas decidan someterse.

El art. 514 dispone que los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: a) la contribución a las cargas del hogar durante la

vida en común; b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.

De esta forma se permite, aunque con limitaciones propias de la solidaridad familiar, la confección de un “traje a medida” que siempre hace más cómodo su uso que un traje estándar que no se adapta plenamente a las necesidades de las partes y obliga a los miembros de la familia o bien a violarlo o bien a adaptar sus necesidades patrimoniales sin ningún fin que lo justifique.

IV.3. Pactos en previsión de la ruptura (6)

Los pactos económicos en previsión de la ruptura son los convenios celebrados por una pareja antes de contraer matrimonio o comenzar la convivencia o durante la vida en pareja con la finalidad de concretar las consecuencias de una futura y eventual ruptura, incluso con el objeto de adaptar la relación personal de los cónyuges, constante la convivencia, a sus particulares convicciones y circunstancias. Se trata de pactos caren-

(6) CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; ROCA TRÍAS, Encarna, *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; FIGUEROA TORRES, Marta, *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de la ruptura*, en *España Estados Unidos y Puerto Rico*, Dykinson, Madrid, 2016; CERVILLA GARZÓN, María Dolores, “Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual derecho de los Estados Unidos: The uniform premarital and marital agreement act (2012)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, nro. 2 (abril-junio, 2017), Estudios, ps. 3-54, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>; Barcia, Rodrigo, “Análisis económico del derecho de familia: una breve mirada al derecho de familia como una forma de promover la estabilidad del matrimonio”, *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, nro. 4, 2011; ALLUEVA AZNAR, Laura, “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, comentario a la STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal, Secc. 1ª), de 12/7/2012, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, *InDret*, enero 2013, www.indret.com; ALASCIO CARRASCO, Laura - MARÍN GARCÍA, Ignacio, “Contigo o sin ti: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo. Aproximación al análisis económico del divorcio en la ley 15/2005, de 8 de julio”, *Revista para el Análisis del Derecho*, *InDret*, www.indret.com; MNOOKIN, Robert H. - KORNHAUSER, Lewis, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce”, *Yale Law Journal*, vol. 88, nro. 5, Dispute Resolution (April, 1979), ps. 950-997; GASPARELERA, Silvia, “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, trabajo enmarcado en el Proyecto de investigación “Validez y eficacia de normas y actos jurídicos” (DER2008-01669/JURI), del que es investigador principal el Dr. Jesús Delgado Echeverría. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia”, ponencia a les *XII Jornades de Dret Català a Tossa*, Segona Ponència, Les relacions econòmiques en la crisi familiar.

tes de tradición en el derecho argentino, que no se han introduciendo expresamente en nuestro ordenamiento por la reforma del Cód. Civ. y Com. y que son muy conocidos en el derecho norteamericano y relativamente conocidos en el derecho europeo.

Los pactos en previsión de una futura ruptura se asocian, desde una perspectiva sociológica, a personas que ya han atravesado los costes emocionales y financieros de un divorcio, o a otros sujetos que han visto de cerca las consecuencias traumáticas de una ruptura, por vivencias de parientes y amigos; ello los lleva a adoptar precauciones frente a una experiencia amarga que no se desean repetir o vivir en carne propia. Asimismo, la existencia de descendencia no común, fruto de una unión anterior hace que se arrastren cargas familiares, como, por ejemplo, pensiones compensatorias o de alimentos. En tales casos, la prudencia y una visión realista de los recursos hacen de esta clase de acuerdos una necesidad sentida y acuciante. En otras ocasiones, su perfección puede tener lugar tras un desencuentro salvable en el que los interesados se conceden un período de reflexión, durante una separación de hecho libremente consentida (7), y solo bajo ciertas “condiciones” desean restablecer la convivencia marital (8).

Pero los acuerdos en previsión de una futura ruptura no son un instrumento jurídico reservado solamente a “escarmentados” o a quienes continúan arrastrando el pago de pensiones provenientes de un matrimonio anterior. Aunque la práctica evidencia esa voluntad de proteger el propio patrimonio en beneficio de los hijos procedentes de un enlace anterior frente al nuevo cónyuge, el contrato rector de una crisis es idóneo en otros escenarios distintos de las familias reconstituidas. Puede resultar útil en patrimonios de cierta entidad que cuenten con algún factor de singularización, y así, por ejemplo, dejar a salvo la empresa familiar de los avatares que pueda padecer la relación sentimental o de pareja si no puede salvarse el matrimonio al menos que el negocio quede intacto y pueda asegurarse su continuidad. Estas previsiones, en contemplación a un futuro divorcio suelen ser materia integrada en los protocolos familiares, siguiendo el consejo de algunos profesionales. Sin embargo, al igual que sucede con el compromiso de otorgar capitulaciones obligándose a pactar separación de bienes, es bastante dudoso que pueda impo-

(7) Así fue resuelto en una sentencia del Superior Tribunal de Justicia español Sentencia TS 217/2011 (sala 1ª) del 31 de marzo.

(8) BARRIO GALLARDO, Aurelio, “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español”, http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/58009/Documento_completo_.pdf-PDFA.pdf?sequence=1.

nerse la perfección de un acuerdo prematrimonial entre los miembros de la familia empresaria y sus consortes (9).

En nuestro derecho el sistema matrimonial es débil, porque el divorcio es incausado y unilateral y las uniones convivenciales se disuelven por la mera falta de convivencia. En este contexto el catedrático español Martínez Aguirre señala que “Ambos cónyuges saben, cuando se casan, que entran en una relación institucionalmente inestable, fácilmente rompible por cualquiera de ellos sin que el otro pueda impedirlo, de forma que está en su mano no tomar decisiones acerca de su propia conducta y patrimonio (por ejemplo, dejar su profesión o trabajo) que puedan generar un desequilibrio, o establecer en su caso las cautelas necesarias por vía de la autonomía de la voluntad. Pero en este punto las tradiciones jurídicas tanto española como argentina no están todavía muy desarrolladas, y quizá haya que esperar a ver la evolución en los próximos años: la situación en Derecho español, desde luego, está muy alejada de la importancia que tienen los acuerdos prematrimoniales, por ejemplo, en el Derecho de EE.UU.” (10).

IV.3.1. Los pactos en previsión de la ruptura. Diferencias con otros contratos que regulan las relaciones económicas entre los cónyuges

Los negocios jurídicos entre cónyuges y convivientes que son fruto de la autonomía de la voluntad y que regulan sus relaciones económicas son:

a) Las “convenciones matrimoniales y los acuerdos convivenciales”, que son los modelos para organizar la economía conyugal o convivencial y que establecen los bienes que los cónyuges o convivientes llevan a la pareja, las donaciones que se realizan y fundamentalmente establecen el régimen de bienes que ha de regir la vida en común.

b) Los “convenios reguladores” que son un vínculo formal que permite la expresión de la voluntad de los cónyuges cuando estos se divorcian, que es el llamado convenio regulador que aparece regulado en el art. 439 del Cód. Civ. y Com.

(9) BARRIO GALLARDO, Aurelio, “Pactos en previsión...”, cit.

(10) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *La compensación por desequilibrio en caso de divorcio*, Universidad de Zaragoza, España, versión escrita de la conferencia pronunciada sobre el mismo tema en la Fundación de Estudios Superiores e Investigación (Fundesi), Buenos Aires, septiembre de 2017.

c) Los “convenios atípicos otorgados en ocasión de la crisis matrimonial”, que se dan normalmente durante la separación de hecho, anterior al matrimonio, que pueden contener pautas de los convenios reguladores, pero que no constituyen en realidad típicos convenios reguladores porque no han sido homologados judicialmente. Ellos en realidad constituyen pactos atípicos realizados durante el matrimonio, cuando la crisis ya se ha producido sin que tengan la entidad de convenios reguladores. La jurisprudencia española ha aceptado su validez, pero al no tener la homologación judicial carecen de su fuerza ejecutoria. Estos acuerdos son válidos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, siempre que concurren los requisitos exigidos para los contratos, es decir, consentimiento, objeto y causa; por otra parte cabe señalar que no es necesaria la homologación judicial para su eficacia, que tienen efectos inter-partes, que no pueden proyectar su eficacia frente a terceros por su falta de publicidad y, que por supuesto, tienen los límites impuestos en general a la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

d) Finalmente, tenemos los pactos en previsión de la ruptura que son los convenios atípicos realizados por las partes, previendo las consecuencias económicas que una futura ruptura les podría producir.

IV.3.2. Validez de los pactos en previsión de la ruptura con relación al derecho argentino (11)

Cabe preguntarse si son válidos los pactos económicos con relación a la ruptura en el derecho argentino.

Con respecto a este tema, cabe distinguir los pactos realizados con anterioridad a la celebración de la unión convivencial; o del matrimonio, de los pactos y convenios realizados durante el matrimonio y la unión convivencial y de los convenios realizados como consecuencia de la crisis, cuyo contenido típico son las previsiones de una ruptura que ya es una realidad.

IV.3.3. Tipos de acuerdos. Matrimoniales o prematrimoniales. Acuerdos previos a la unión convivencial o celebrados durante la unión convivencial. Acuerdos de convenio regulador no homologados o no presentados judicialmente

En este sentido, debemos distinguir como se hace en el derecho norteamericano el acuerdo matrimonial o convencional del acuerdo premarital o preconvenional. A saber:

(11) MEDINA, Graciela, “Derecho patrimonial de familia. Desafíos pendientes”, LL del 13/3/2018, p. 1; LL 2018-B-668; cita online: AR/DOC/448/2018.

El “acuerdo matrimonial o convencional” es un acuerdo entre cónyuges o convivientes que desean permanecer casados que afirma, modifica o renuncia a los derechos u obligaciones que surjan al fin de la relación, entre ellos al derecho a la compensación económica en caso de divorcio o finalización de la unión convivencial.

“Acuerdo premarital o preconvivencial” significa un acuerdo entre individuos que tienen la intención de casarse que afirma, modifica o renuncia a los derechos u obligaciones conyugales que de otro modo surjan entre ellos durante el matrimonio o en el divorcio o la disolución de la unión convivencial o, la muerte de uno de los cónyuges o convivientes.

IV.3.4. Convenios prematrimoniales o premaritales

Cabe señalar que el derecho argentino establece como norma en el art. 446: Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.

Por otra parte, el art. 447 establece: “Nulidad de otros acuerdos. Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor”.

Las limitaciones fijadas por estas normas hacen muy difícil admitir la validez de los convenios en previsión de la ruptura celebrados antes de la celebración del matrimonio.

IV.3.5. Convenios matrimoniales

En principio, no podrían ser válidos los contratos atípicos celebrados con previsión de la ruptura en el derecho argentino entre cónyuges unidos por el régimen de comunidad, porque no se pueden realizar ningún tipo de contratos entre esposos casados por el régimen de ganancialidad pendiente el matrimonio. Conforme lo dispone el art. 1002 del Cód. Civ. y Com. que dice: “Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio... d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad”, entre sí.

Pero sí serían plenamente válidos los convenios en previsión de la ruptura celebrados durante el matrimonio por cónyuges unidos con un régimen de separación de bienes.

IV.3.6. Convenios en previsión de la ruptura en las uniones convivenciales

El art. 514 dispone que los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.

Tal como se encuentra redactada la norma la enumeración dada es solamente enunciativa, pudiendo pactarse otras cuestiones que no se encuentren mencionadas, de allí que pueda regularse los pactos en previsión de la ruptura inclusive con relación a la compensación económica porque estamos frente a una materia disponible.

Los límites serán que los pactos no pueden tener cláusulas o condiciones que violenten la igualdad de los convivientes, ni tampoco condiciones prohibidas (art. 344).

IV.3.7. Que ocurre con los pactos en previsión de la ruptura y el cambio de las circunstancias

La mayor dificultad de los pactos en previsión de la ruptura se presenta cuando las circunstancias cambian por circunstancias imprevisibles e inevitables para las partes. La cuestión es saber si un cambio en las circunstancias le permitiría al juez declarar la invalidez del acuerdo en previsión de la ruptura.

No cualquier cambio de las circunstancias permite al juez declarar ineficaz el acuerdo prematrimonial, sino que debe tratarse de un cambio dramático que tenga lugar por acontecer en circunstancias inusuales, como lo ejemplifica el caso “*Crews v. Crews*”, donde la Corte de Connecticut aborda el divorcio de una pareja tras treinta y nueve años de casada. Las partes habían firmado un acuerdo prematrimonial con renuncia al régimen de comunidad de bienes, así como cualquier derecho a percibir una pensión compensatoria en caso de ruptura. Durante ese extenso período de vida conyugal, el esposo había incrementado considerablemente sus ingresos, por medio de la adquisición de importantes bienes; la esposa, como consecuencia de un accidente de coches, estaba en casa con la movilidad limitada, habiendo tenido que renunciar a desempeñar trabajo retribuido alguno. El tribunal apreció el cambio de circunstan-

cias que califica como “dramático”, por lo que procedió a declarar inválido el acuerdo prematrimonial.

Un caso semejante se produjo *in re* “Marriage of Rosendale”, sentencia del 28 de junio de 2004, Corte de Apelación de California, cuarto Distrito, División; en este caso la esposa impugna el acuerdo prematrimonial suscrito en el que renunciaba a la pensión compensatoria que pudiera corresponderle en caso de divorcio. Como hecho decisivo del fallo es de tener en cuenta que la esposa durante el matrimonio había sufrido un grave accidente tras el que quedó afectada física y psíquicamente, estando totalmente imposibilitada para desempeñar trabajo retribuido alguno. La Corte de Apelación estima que la renuncia a la pensión no es inválida en sí misma, solo lo será si existe una desproporción al tiempo de ejecutarse el acuerdo, actuando en consecuencia y estimando que los hechos probados así demandan la ineficacia de la renuncia.

Como fruto de la jurisprudencia, se incorporó al Derecho interno del *Uniform Premarital Agreement Act* una nueva causa de ineficacia: El cambio de las circunstancias.

De acuerdo con esta causa de ineficacia, un acuerdo que nace válido y proporcionado al momento de la celebración puede convertirse en injusto y desproporcionado en el momento de su ejecución y llegar a un resultado injusto o no razonable.

Se trata de lo que en nuestro derecho se enuncia en la cláusula *rebus sic stantibus*, la que no se refiere a una cuestión de validez intrínseca del acuerdo, sino que se orienta a mantener, restringir o eliminar sus consecuencias, materia objeto de valoración judicial caso por caso. La finalidad de esta doctrina estriba en declarar la ineficacia, por causas exógenas e inimputables al sujeto, de un negocio jurídico que es inicialmente válido.

IV.3.8. Conclusiones sobre pactos en previsión de la ruptura

Creemos que los pactos en previsión de ruptura realizados antes de la celebración del matrimonio deberían ser válidos y que los realizados antes del comienzo de la unión convivencial o durante su vigencia, tendientes a regular las consecuencias económicas de la ruptura de la pareja, son válidos siempre que hayan sido celebradas por escrito, no sean contrarios al orden público ni a los derechos fundamentales de las partes y que respondan a un consentimiento libre e informado para lo cual, necesariamente, tienen que haber contado con asistencia técnica a su

realización, ya que este instituto es sumamente novedoso y, en general es desconocido por la gente no letrada.

Por otra parte, estamos convencidos que un cambio sustancial en las circunstancias determinaría la invalidez del convenio o al menos su recomposición.

IV.4. Pactos sobre herencia futura

Dentro de los convenios que pueden realizar los miembros de la familia se encuentran los destinados a regular las relaciones patrimoniales de los familiares y el cónyuge, para después de la muerte, fundamentalmente con respecto a la empresa familia, a los que se denomina pactos sobre herencia futura.

Los pactos sobre herencia futura pueden ser definidos como la convención por la cual el causante organiza su sucesión con otros interesados o estos estipulando por si en vida del causante transfieren o abdican derechos o se comprometen en orden a la administración y a la resolución de futuros conflictos relacionados con una empresa (12).

Estos convenios estaban prohibidos en el Cód. Civil, mientras que el Cód. Civ. y Com. tiene una mayor apertura a su realización. El art. 1010 del Cód. Civ. y Com. específicamente dice: "Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

"Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros".

El Cód. Civil sancionaba con la nulidad a los pactos sobre herencia futura porque consideraba que era inmoral especular sobre la muerte de una persona y porque buscaba impedir que se generaran convenciones que vulneraran el principio democrático de la división igualitaria entre

(12) Sobre la definición de los contratos sobre herencia futura ver GUASTAVINO, Elías, *Pactos sobre herencia futura*, Ediar, Buenos Aires, 1968, ps. 73 y ss.

sucesores y que se realizaran estipulaciones usurarias acerca del deceso de una persona(13).

La inmoralidad atribuida a estos pactos no puede predicarse de los convenios sobre herencia futura que tienen por objeto una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos porque en estos casos no hay una razón inmoral dado que no se especula con la futura muerte sino que se acepta el fallecimiento como un hecho inevitable y se tiende a minimizar los impactos sobre las empresas o a prevenir y solucionar los conflictos que la transmisión empresarial genera, de allí que el Cód. Civ. y Com. los acepte ampliando así la contractualización del derecho de familia al permitir al causante y a su cónyuge o a los herederos pactar sobre ciertos aspectos de la herencia(14).

Coincidimos con el profesor Luschini Guastalla en señalar que cuando muere el dueño el fundador o el director de la sociedad y la empresa entra en sucesión no existe solamente un tema económico sino también un tema de gestión directa o indirecta que hace a la economía en general. Fundado en ello destacamos el valor de la continuidad de la gestión de la empresa y porque dudamos que el testamento sea la forma más apta para solucionar estos problemas, creemos que es el contrato, el instrumento más apto para este objeto (15).

V. CONVENIOS RELATIVOS A LAS RELACIONES ENTRE PADRES E HIJOS

V.1. Filiación. Conceptos generales

El régimen de filiación determinado en el Cód. Civil era de orden público. En ese régimen no existía posibilidad alguna de determinar la filiación por convenios, ya que la ley solo aceptaba dos tipos de filiación, por naturaleza y por adopción.

(13) Ver la jurisprudencia citada por MEDINA, Graciela, en FERRER, FRANCISCO - MEDINA, GRACIELA (dirs.), *Código Civil comentado. Sucesiones*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 106.

(14) MEDINA DE RIVERA, Graciela - MARSALA, Gladys, "Empresa familiar: necesidad de su regulación", RDF 88-189; cita online: AR/DOC/1112/201.

(15) MEDINA, Graciela, "Pactos sobre herencia futura", LL del 13/10/2015, p. 1; LL 2015-E-1144; AR/DOC/3398/2015.

El Cód. Civil no regulaba la filiación por voluntad procreacional, por lo tanto, no se aceptaban ni los contratos de maternidad subrogada, ni los convenios relativos a la paternidad o maternidad, en casos de filiación por técnicas de fecundación asistida.

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, en especial en los campos de la biomedicina y la biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como Técnicas de Reproducción Asistida o Artificial.

Durante el siglo pasado la ciencia ha llegado a dominar el proceso procreativo, lo ha separado del acto sexual y lo ha convertido en un acto médico a través de las técnicas de asistencia médica a la procreación humana, que se definen como “las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda otra técnica de efecto equivalente que posibilite la procreación por fuera del proceso natural”.

La utilización de estas técnicas ha obligado a repensar las reglas relativas a la filiación las cuales desde el derecho romano se han encontrado asociadas a la relación sexual o a la adopción.

Cuando se disocia el sexo de la procreación es necesario determinar nuevas normas que regulen la filiación entre quien solicita el uso de la técnica y quien nace como consecuencia de ella, al mismo tiempo se tiene que establecer la relación entre el niño y las personas con quien está ligado genéticamente y el destino de los embriones supernumerarios, es decir, de aquellos que fueron creados con el fin de la implantación, pero nunca llegaron a implantarse.

El Cód. Civ. y Com. argentino advierte las enormes diferencias que existen entre la filiación por naturaleza y la adoptiva con la filiación por técnicas de reproducción asistida y regula a esta última por separado, denominándola filiación por voluntad procreacional. Esta filiación nace básicamente por la voluntad de las partes.

V.2. La filiación por voluntad procreacional en el de Código Civil y Comercial 2015 (16)

El Cód. Civ. y Com. establece en el art. 558 que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

(16) BASSET, Ursula C., “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial”, LL del 14/7/2015, p. 1; LL 2015-D-663; AR/

Es en la filiación por técnicas de fecundación asistida donde más claramente se ve la contractualización del derecho de familia, ya que la filiación no va a surgir ni de la ley, como la adopción, ni de la naturaleza, sino de un convenio multilateral de técnicas de reproducción humana asistida.

Básicamente en la filiación por voluntad procreacional el vínculo filiatorio se establece por el consentimiento libre e informado para la realización de las técnicas, es decir, por un acto voluntario sin considerar la relación genética.

Así, en el art. 561, se determina que los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

En el proyecto originario existían normas de gestación por sustitución que determinaban que la filiación quedaba establecida, entre el niño y los contratantes si el contrato era homologado judicialmente. Esta propuesta generó muchas resistencias y fue eliminada en el Senado de la Nación Argentina.

Por otra parte, tanto el Cód. Civil como el Cód. Civ. y Com., permiten que el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial se realice por instrumento público o privado debidamente reconocido (art. 571).

La posibilidad de determinar la filiación por un acuerdo entre partes con independencia de la realidad biológica es un concepto revolucionario donde se advierte claramente la contractualización del derecho de familia al permitir el nacimiento de una relación filial por el consentimiento de las partes. Esta posibilidad solo se aplica para las técnicas de fecundación asistida y no para los convenios sobre adopción.

DOC/2099/2015; RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, "La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado", *Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*, 20/5/2015, p. 67; LL del 20/5/2015; AR/DOC/1325/2015; MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, *Derecho de familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 509 y ss.

V.3. Gestación por subrogación

El pacto de gestación por subrogación es el convenio por el cual una mujer se compromete a llevar a cabo un embarazo para entregar el hijo a otra persona al mismo se lo ha denominado “alquiler de vientres”, “maternidad por otro”, “maternidad por sustitución” y “gestación por otro” (17), por nuestra parte, nos inclinamos por esta última deno-

(17) MEDINA, Graciela, “Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. la situación en el derecho comparado”, DFyP 2012 (septiembre), 1/9/2012, p. 3; cita online: AR/DOC/4369/2012, (1) ANDRUET (h.), Armando S., “Reproducción humana asistida. Un desafortunado proyecto de ley”, LL 1991-C-484, 1991; ARSON DE GLINBERG, Gloria H. - SILVA RUIZ, Pedro F., “La libertad de procreación”, LL 1991-B-1198; AZPIRI, Jorge O., “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, DFyP del 1/7/2012, p. 115; BERBERE DELGADO, Jorge C., “El derecho filial en el proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, DFyP del 1/7/2012, p. 141; LAJE, Alejandro, “Las derivaciones inmediatas y mediatas del vínculo materno-filial”, DFyP del 1/7/2012, p. 136; BERGER, Sabrina M., “Maternidad subrogada: un contrato de objeto ilícito”, *Supl. Act.* del 10/8/2010, p. 1; “Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución”, DFyP 2015 (noviembre), 4/11/2015, p. 208. Juz. Nac. 1ª Inst. Civil nro. 102, 18/5/2015, “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”, AR/DOC/3169/2015. DREYZIN DE KLOR, Adriana, “Doble filiación paterna de menores: las soluciones desde el derecho internacional de familia”, DFyP del 1/11/2009, p. 3; FAMÁ, María Victoria, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, LL 2011-C-1204; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El derecho igualitario a la seguridad social y las nuevas proyecciones del recurso extraordinario federal”, LL 2011-D-172; “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, LL 2012-B-1251; GITTER, Andrés, “Gestación por sustitución”, DFyP 2013 (noviembre), 1/11/2013, p. 105. Juzg. Nac. 1ª Inst. Civ. nro. 86, 18/6/2013, “N. N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento”, AR/DOC/3214/2013; HOOF, Pedro F., “Procreación artificial y manipulación genética. Comentario crítico a la ley española sobre procreación asistida”, LL 1991-A-775; IÑIGO, Delia B. - LEVY, Lea M. - WAGMAISTER, Adriana, “Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida (Esquema comparativo de tres legislaciones vigentes)”, LL 1991-B-1135; JÁUREGUI, Rodolfo G., “La concepción y la responsabilidad parental”, LL del 26/10/2011, p. 1; MEDINA, Graciela, “Maternidad por sustitución. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana”, LL 1997-C-1433; MILLÁN, Fernando, “El derecho a procrear en los matrimonios de personas del mismo sexo. Una división comparada”, DFyP del 16/9/2011, p. 47; MIZRAHI, Mauricio L., “Observaciones al proyecto en materia de filiación”, DFyP del 1/7/2012, p. 124; OYARZÁBAL, Mario J. A., “El reconocimiento en la Argentina de la paternidad de hijos concebidos en el extranjero por inseminación artificial de pareja de homosexuales hombres”, *Supl. Act.* del 21/2/2006, p. 1; LAFFERRIÉRE, Jorge N., “La Ley 26.618 y sus implicaciones en materia de filiación a la luz del derecho a la identidad del niño”, DFyP del 1/3/2012, p. 36; SAMBRIZZI, Eduardo A., “Apuntes sobre la filiación en el proyecto”, DFyP del 1/7/2012, p. 129; “La voluntad procreacional. La reforma del Código Civil en materia de filiación”, LL del 3/11/2011, p. 1; “Maternidad subrogada. Reforma proyectada”, LL 2011-F-1172; DFyP del 1/1/2012, p. 24; TRINANT, Eduardo L., “Implantación de embriones crioconservados de la pareja pese a la

minación, que fue la utilizada por el proyecto de Cód. Civ. y Com. en el artículo que fue suprimido al ser tratado en el Sanado en el año 2014, y es la que mejor refleja el espíritu del convenio.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye dentro de los procedimientos de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) a la Gestación por Sustitución (18) (GS), expresando que Gestante subrogada es la mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros (19).

La maternidad subrogada es mirada con disfavor por la mayoría de la doctrina argentina que considera que el contrato es nulo porque tiene por objeto la entrega de un niño y, además, porque cosifica a la mujer y al hijo. Pero ha sido admitido por la jurisprudencia partiendo de la teoría que todo aquello que no está prohibido está permitido.

Se advierte que, aun cuando se considere que este tipo de convenios es nulo, lo cierto es que en los hechos se celebra y la sanción de nulidad no alcanza a la hora de determinar la filiación cuando el pacto se cumple y el niño se entrega a la madre genética o de intención, quien no será su madre legal y deberá recurrir a los tribunales a fin de impugnar la maternidad de quien lo dio a luz, o de reclamar la propia, poniendo a los jueces entre la disyuntiva de dejar de lado la maternidad de la gestante y favorecer la concreción de un contrato nulo o dejar al niño sin madre real.

oposición del marido”, LL del 26/10/2011, p. 1; UGARTE, Luis A., “La ley 26.618 y su incidencia en el derecho sucesorio”, DFyP del 24/1/2011, p. 135; VERGARA, Leandro, “La finalidad en los contratos de fertilización asistida”, LL del 26/10/2011, p. 1; WEBB, María Soledad, “¿En la fertilización asistida colisiona el derecho a procrear con la integridad de la vida en estado embrionario?”, DFyP del 1/11/2010, p. 294; ZANNONI, Eduardo A., “La genética actual y el derecho de familia”, LL 1990-D-1332.

(18) Concretamente dice que Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.

(19) Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), disponible en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/e/.

El convenio de gestación por sustitución no está expresamente regulado en nuestro derecho, pero en la práctica esta técnica se realiza tanto aquí como en el extranjero y da lugar a diferentes problemas, que varían según que el niño haya nacido en el extranjero o en la Argentina.

Uno de los problemas que se les presenta a los padres de intención que realizan la técnica de gestación por subrogación en extranjero, es inscribir al hijo a su nombre. La cuestión es tremendamente complicada, cuando en algunos países como la India (20) o Georgia (21) se prohíbe la inscripción del niño nacido por esta técnica como hijo de la gestante, mientras que en nuestro país la madre es en principio quien lo da a luz. En estos casos que la técnica de gestación por otro se realice en un país que prohíbe la inscripción a nombre de la gestante al tiempo que no reconoce el matrimonio entre personas de igual sexo los comitentes requerirán inscribir en el consulado al niño como hijo de ellos, para lo cual deberán solicitar una orden judicial en nuestro país que ordene al Ministerio de Relaciones Exteriores que ordene al cónsul inscribir el niño como hijo de los comitentes, aun cuando la gestación por sustitución no se encuentra regulada en la Argentina.

Si el niño nace en Argentina, genera diferentes dificultades tanto si el contrato se cumple como si no se cumple. La primera dificultad consiste en que en nuestro país la maternidad se determina por el hecho del parto y la mujer que lo da a luz, al gestar por otro, no quiere tener vínculos filiatorios con el hijo que gestó, mientras que, quienes entregan el material biológico, pretenden inscribirlo como hijo de ellos. El problema presenta diferentes aristas ya sea que el embrión provenga del material genético de quienes otorgaron su voluntad procreacional ya sea que el material genético sea de terceros distintos de quien manifiestan su voluntad procreacional. En todos estos casos hay que lograr cambiar el vínculo que nace del parto y establecer la filiación exclusivamente por la voluntad procreacional independientemente del embarazo.

No cabe duda de que la determinación de la filiación es importante para el niño para lograr su derecho a la identidad, pero fundamentalmente, en los primeros meses de vida es trascendente a los fines de acce-

(20) Un caso de gestación por otro originado en la India se resolvió por CCont. Adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 26/10/2015, "D. N. S. E. y otros c. GCBA s/amparo".

(21) Un caso de gestión por subrogación que se origina en Georgia resolvió la CN-Fed. Civ. y Com., sala I, 23/12/2013, "B. C. R. y otro c. Dirección General de Asuntos Consulares s/medida autosatisfactiva", LL Online, AR/JUR/101744/2013.

der a su derecho a la salud, es que obtener el vínculo filial es imprescindible a los fines de lograr la obra social o medicina privada de sus padres.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido una opinión consultiva, ante un pedido realizado por Francia sobre los pactos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero cuando el padre (22).

Y ha dicho que “Según la jurisprudencia del Tribunal, el art. 8º del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero y el padre comitente en el caso de que sea el padre biológico. Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal declaró expresamente en *Mennesson*, antes citado, que la falta de esa posibilidad entrañaba una violación del derecho del niño al respeto de su vida privada garantizado por el art. 8º (véase *Mennesson*, citado anteriormente, §§ 100-01; véase también “*Labassee c. Francia*”, nro. 65941/11, de 26 de junio de 2014; “*Foulon y Bouvet c. Francia*”, nro. 9063/14 y nro. 10410/14, de 21 de julio de 2016; y “*Laborie c. Francia*”, nro. 44024/13, de 19 de enero de 2017).

Concretamente, el Tribunal de Derechos Humanos ha señalado que el art. 8º del Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer ab initio una relación paterno-filial entre el niño y la madre comitente. Lo que el interés superior del niño —que debe ser evaluado principalmente *in concreto* y no *in abstracto*— requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica.

El Tribunal de Derechos Humanos de Europa da valor a estos convenios de gestación por otro en razón del interés superior del niño, pero deja librado a cada estado la forma como debe reconocerlos, cuando el interés superior del niño lo exija. Así, “El Tribunal considera que el art. 8º del Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer *ab initio* una relación paterno-filial entre el niño y la madre comitente. Lo que el interés superior del niño —que debe ser evaluado principalmente *in concreto* y no *in abstracto*— requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica. En principio, no corresponde al Tribunal, sino sobre todo a las autoridades nacionales evaluar si, en las circunstancias concretas del caso, dicha relación se ha convertido en una realidad práctica”. El interés superior del

(22) Tribunal de Casación francés (demanda nro. P16-2018-001). Estrasburgo, 10/4/2019.

niño, entendido de esta manera, no puede interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial entre el niño y la madre comitente, necesario para garantizar el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del art. 8º del Convenio, implique la obligación de que los Estados registren los detalles del certificado de nacimiento extranjero en la medida en que designe a la madre comitente como madre legítima. Dependiendo de las circunstancias de cada caso, otros medios también pueden servir a esos intereses de manera adecuada, incluida la adopción, que, con respecto al reconocimiento de esa relación, produce efectos similares al del registro de los datos de los nacimientos en el extranjero.

La cuestión del alcance a dar a los pactos sobre gestación por subrogación exige una urgente regulación legislativa porque estos convenios se realizan en la Argentina y por argentinos y al momento de inscribir al niño se debe recurrir a la justicia a fin de despejar el silencio legal y ello no es beneficioso para el interés superior del niño.

V.4. Convenciones sobre responsabilidad parental

En el Cód. Civil, el ejercicio de la patria potestad era de orden público y estaba previsto en el art. 264. En este régimen no se permitían convenios por los cuales se delegará contractualmente la patria potestad, la que se consideraba de inherencia personal.

En otra muestra clara del avance de la contractualización del derecho de familia el Cód. Civ. y Com. autoriza la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental realizada por contrato homologado judicialmente, siempre que los progenitores conserven la titularidad de la responsabilidad parental (art. 643) (23).

Los arts. 643 y 674 del Cód. Civ. y Com. dejan de lado uno de los caracteres atribuido a la patria potestad, cual es el de la indelegabilidad. En efecto, siempre se sostuvo que la patria potestad reconocida por la ley, era intransmisible. Esta característica era conocida como la indisponibilidad o inalienabilidad de los derechos y deberes de los padres frente a los hijos. La norma en cuestión viene a determinar que el ejercicio de

(23) TORDI, Nadia A. - DÍAZ, Rodolfo G. - NEIROTTI, Carlos E., "Figuras derivadas de la responsabilidad parental: la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a un tercero", RDF 79-175; BURGÚÉS, Marisol, "Responsabilidad parental, tutela y adopción en el Código Civil y Comercial. Aportes e implicancias en las medidas de protección excepcional", DFyP 2016 (noviembre), p. 3; AR/DOC/3332/2016; cita online: AR/DOC/3558/2017.

estos derechos puede delegarse, es decir, que mediante una convención el ejercicio de la responsabilidad parental puede transferirse.

En definitiva, teniendo en cuenta el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo.

En principio la ley le fija un plazo a la delegación convencional de la responsabilidad parental de un (1) año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas.

Cabe señalar que lo que se delega contractualmente es el ejercicio de la responsabilidad parental y no la titularidad y que los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que solo tiene un vínculo filial establecido.

El ejercicio de la responsabilidad parental también puede ser delegado convencionalmente al progenitor según lo establecido en el art. 674, Cód. Civ. y Com.

El sistema está pensado fundamentalmente para poder delegar ciertos aspectos de la responsabilidad en los padres por afinidad o padrastros que conviven con los niños quienes muchas veces asumen de hecho funciones parentales que requieren delegación y no está diseñado para delegar la guarda con fines de adopción (24).

En definitiva, la contractualización de la delegación de la responsabilidad parental, si bien constituye un cambio de paradigma importante con relación a la transmisibilidad de la patria potestad, esta convencionalización está limitada (25), ya que solo puede ser realizada con respecto al

(24) BADO, Carlos A., "El rol del progenitor afín", DFyP 2018 (diciembre), p. 24; AR/DOC/1585/2018.

(25) De la responsabilidad parental se deriva tanto la titularidad como el ejercicio, mientras que, la titularidad alude al conjunto de deberes y derechos que la ley reconoce a favor de ambos padres, el ejercicio se refiere a la posibilidad de actuar en cumplimiento de esos deberes y derechos.

La titularidad de la responsabilidad parental indica a la persona que es titular de los derechos y deberes sobre la persona y bienes de los hijos menores, mientras que el ejercicio de la responsabilidad parental pone de relieve la forma en que se van a efec-

ejercicio de la responsabilidad parental y no a la titularidad, en favor de determinadas personas, por un plazo establecido, en interés del menor y en principio requiere de homologación judicial.

Para determinar el “interés del niño” indefectiblemente se debe escuchar su opinión, ya que, en virtud de la Convención de Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional, tiene derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta de acuerdo con su capacidad progresiva, ello implica que no serán tenidas en cuenta de la misma manera los dichos de un infante de 4 años que los de un adolescente de 12 años. De todas maneras, cabe recalcar que el “derecho del niño a ser oído” no implica que obligatoriamente el juez debe fallar de acuerdo con lo que este exprese porque puede ocurrir que lo que el niño quiere no sea lo mejor para su “interés superior”.

V.5. Contratos sobre alimentos, custodia y cuidado personal

En el Cód. Civil, ambos padres tenían la obligación de prestar alimentos a sus hijos tanto en el supuesto que convivieran como si estaban separados o divorciados.

En el caso de divorcio los padres podían convenir sobre los siguientes aspectos:

1 Tenencia y régimen de visitas de los hijos;

2 Atribución del hogar conyugal;

3 Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización.

El juez podía objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos.

Tanto los convenios sobre alimentos como los pactos sobre tenencia y régimen de visitas se encontraban sujetos a las limitaciones generales de todos los actos jurídicos, y, por ende, no podían ser contrarios a la moral, la buena fe y el abuso del derecho y son siempre revisables según el interés superior del menor y de la persona con discapacidad.

tivizar los derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad y no emancipados.

Un claro avance del régimen de la contractualización en materia de familia se observa también en la regulación de los convenios de alimentos, custodia y cuidado personal.

En este tema el Cód. Civ. y Com. unificado acepta que los padres puedan pactar que el cuidado personal del hijo pueda ser asumido por un progenitor o por ambos.

El art. 650 dice que “El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”.

Según el art. 655, en caso de divorcio las partes pueden presentar convenios relativos a:

- a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;
- b) responsabilidades que cada uno asume;
- c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;
- d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando este reside con el otro progenitor.

El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas.

Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación.

Este contrato debe ser homologado judicialmente para que tenga efecto.

El plan de parentalidad es un pacto o acuerdo al que arriban los progenitores según su voluntad en el que se prevé todas aquellas cuestiones referentes al cuidado y reparto de responsabilidades relativas a los hijos menores habidos en común, constituye otro ejemplo de contractualización del derecho de familia que se encuentra limitado por el interés superior del niño y la necesidad de homologación judicial.

Por otro lado, el recto cumplimiento de los deberes que pesan sobre los magistrados impone que estos —antes de proceder a la homologación— tomen contacto directo con los hijos; y no solo para recabar su opinión sino, además, para verificar si ellos han tenido la debida participación en el plan acordado que se somete a su aprobación, conforme lo normado en el art. 655, *in fine*, del Cód. Civ. y Com.

V.6. Contratos sobre adopción. La cuestión de las guardas directas

Se encuentra discutido en doctrina si los padres pueden elegir a quien dar su hijo en adopción, los sostenedores de la posición negativa buscan evitar el tráfico de niños, los sostenedores de la posición positiva buscan proteger la autonomía de la voluntad de la madre, evitar el aborto y facilitar la adopción (26).

La entrega de la guarda con fines de adopción encierra un acuerdo de voluntades entre el progenitor biológico y los futuros adoptantes, aunque el Cód. Civ. y Com. la denomina guarda de hecho, sin lugar a duda es un acuerdo y no un simple hecho jurídico (27).

(26) MEDINA, Graciela, “La guarda de hecho y el necesario respeto a los derechos humanos de la mujer”, DFyP 2012 (enero-febrero), p. 65, AR/DOC/5608/2011. La madre tiene el deber de proteger a su hijo y es en esta regla del derecho natural que encuentra fundamento su derecho a entregarlo en guarda y a quien quiera y por los motivos que ella quiera, mientras sean lícitos y no hagan peligrar al niño.

No son los jueces quienes deben juzgar las causas íntimas por los que una mujer entrega su hijo en *adopción*, ya que el estado no les ha dado poder para juzgar ni los pensamientos, ni las intenciones de las madres que no ponen en peligro a sus hijos, ni pierden en vista su interés superior.

La potestad que el estado ha dado a los jueces de familia les ha sido entregada para que protejan a los niños del abandono o de la violencia de sus progenitores. Pero cuando los niños no se encuentran en ninguna forma de desprotección, ni de peligro, el estado no se encuentra legitimado para intervenir en aras del interés del menor, cuando este no se encuentra comprometido.

Avala la postura que la madre puede entregar al hijo en *adopción* lo dispuesto por el art. 275 del Cód. Civil, primer párrafo: “Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que estos le hubiesen asignado, sin licencia de sus padres” y lo establecido en materia de tutela testamentaria en el art. 382, Cód. Civil que confiere a los padres el poder para designar la persona que después de su fallecimiento lo reemplazará velando por el bienestar y educación de sus hijos.

(27) En efecto, la guarda de hecho se caracteriza por constituirse sin ningún tipo de formalidad, sin intervención de autoridades administrativas o judiciales. En la cual la evaluación de idoneidad es realizada por los progenitores biológicos que siempre buscan lo mejor para el interés del niño que dan a luz y quieren entregar a la mejor persona posible.

La CS ha conferido adopciones a los adoptantes elegidos por los padres, en aras de proteger el interés del menor cuando se trata de situaciones consolidadas en el tiempo, en las cuales la separación del niño de la familia de crianza sería contraria a su interés.

La ley 24.779 introdujo la prohibición de la entrega en guarda de niños mediante escritura pública o acto administrativo (art. 318 del Cód. Civil), el nuevo art. 611 del Cód. Civ. y Com. va más allá al disponer la prohibición general expresa de los convenios de guardas, porque considera que estos acuerdos son contrarios a la institución de la adopción (28).

El texto del art. 611 del Cód. Civ. y Com. circunscribe la aceptación de las guardas de hecho o convenios sobre guarda, únicamente a los casos en que medie vínculo de parentesco entre los progenitores y los guardadores escogidos. Excluye la posibilidad cierta de elegir como futuros padres adoptivos a los llamados “referentes afectivos” (29).

Es decir, que el Cód. Civ. y Com. es respetuoso de la voluntad de los progenitores de entregar a su hijo en adopción a los parientes; solo en este caso se prioriza la autonomía de la voluntad personal y se respetan las conductas autorreferentes, en tanto no resulten contrarias a la moral y las buenas costumbres.

Lo importante es determinar qué valor tienen esos acuerdos por los que el o los progenitores eligen a quien quieren entregar su hijo en adopción, y lo hacen (30).

(28) MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, *Derecho de familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 640 y ss.

(29) Creemos que hubiera sido pertinente el debate acerca de la extensión del término “referentes afectivos”; posibilidad que queda truncada con la supresión del texto del artículo en comentario de la expresión “vínculo (...) afectivo”.

(30) SAMBRIZZI, Eduardo A., “La prevalencia del interés superior del niño y la omisión de la inscripción en el registro de adoptantes”, DFyP 2014 (julio), p. 57, fallo comentado: CApel. Concordia, sala civil y comercial I, 8/4/2014, “P. M. M. s/guarda con fines de adopción”. IGNACIO, Graciela, “Tratamiento de las guardas de hecho por la Ley de Procedimiento en materia de Adopción en la Provincia de Buenos Aires”, DFyP 2013 (octubre), p. 3; AR/DOC/3422/2013; “Derecho de la madre biológica a elegir los guardadores. Medida de abrigo. Restitución de la menor”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 3, nro. 9. FERRARI DE BELIGNI, María Isabel - VENINI, Guillermina, “Necesidad de contemplar las guardas de hecho y los desprendimientos maternos en el Proyecto de Código”, DFyP 2013 (enero-febrero), p. 23. MEDINA, Graciela, “Guarda de hecho y adopción”, JA 1998-III-959; “La guarda de hecho y el necesario respeto de los derechos humanos de la mujer”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, nro. 1. MIZRAHI, Mauricio, “La guarda de hecho, los aspirantes a la adopción y el interés del niño”, JA 2001-I-27. WAIGMASTER, Adriana, “La guarda preadoptiva, la

El ya mencionado art. 611 sanciona con la nulidad a los acuerdos que se entrega al niño, e impide que se otorgue la adopción cuando ha mediado una entrega directa de los padres a los pretendidos adoptantes y obliga a los jueces a separar al niño de sus guardadores.

Tal sanción a los convenios relativos a las guardas directas creemos que él es objetable a la luz del *corpus iuris* de los derechos humanos, pues omite considerar el interés superior del niño en el caso concreto, situación que se da en una creciente cantidad de casos que ocupan la escena de los procesos judiciales de adopción —y sus instancias previas—. Allí es frecuente la entrega en guarda de niños a personas con las que *no los unen lazos de parentesco, sino de afecto, culturales, religiosos*.

Cabe preguntarse si la conducta de un progenitor que entrega a su hijo por las razones apuntadas configura un hecho ilícito, o bien, por qué motivo el mismo ordenamiento que respeta la voluntad del progenitor al delegar la responsabilidad parental no respeta la voluntad materna de entregar a un niño en adopción a una persona en lugar de otra, cuando de este modo protege a la persona menor de edad.

Reconocida doctrina se ha inclinado en favor del reconocimiento de las entregas directas durante la vigencia de la ley 24.779. En su favor se ha sostenido: “que un progenitor entregue en guarda a su hijo no es un hecho antijurídico (...) muy por el contrario, la madre tiene el deber de proteger a su hijo y es en esta regla del derecho natural que encuentra fundamento su derecho a entregarlo en guarda y a quien quiera y por los motivos que ella quiera, mientras sean lícitos y no hagan peligrar al niño”.

En la medida en que no se encubra el comercio de un niño y que los adoptantes reúnan los recaudos para su admisibilidad como tales, debería respetarse la voluntad de los progenitores, en el marco de un derecho de familia que privilegia la autonomía de la voluntad como forma de lograr el pleno desarrollo de sus integrantes.

Esta es la posición seguida por la CS en los casos que ha debido juzgar después de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. en donde ha considerado que *las resoluciones en materia de guardas de niños se deben tomar dejando de lado teorizaciones abstractas y valorando el interés concreto del niño*. A la luz de esas pautas, se observó que las resoluciones relativas a la modificación del estado del menor deben adoptarse previa

adopción y el interés superior del niño en los recientes fallos de altos tribunales”, *Revista de Derecho de Familia*, nro. 45, Abeledo Perrot.

ponderación exhaustiva de las derivaciones que las medidas podían provocar en su desarrollo integral y no sobre la base de teorizaciones desarrolladas en abstracto (31).

No debe olvidarse que el rol del Estado en las relaciones de familia es siempre subsidiario a la voluntad familiar, por lo que solo puede intervenir en la guarda cuando los padres no hayan realizado previsiones sobre el destino de sus hijos (32).

Al exceptuarse de la prohibición de guardas de hecho únicamente al supuesto de lazos de parentesco, se excluye también ejemplos tales como la pareja no casada de la madre que fallece la pareja del progenitor de origen, o los pseudo “parientes afines” —en los casos en que media una relación convivencial—.

Se trata de un claro desacierto, que de algún modo deberá sortearse mediante la aplicación del interés del niño en el caso puntual, pauta de fuerza tal que no solo llena vacíos legales, sino que también puede impedir la aplicación de toda normativa contraria.

VI. CONCLUSIONES

A partir de la vigencia del Cód. Civ. y Com. el derecho de familia admite una mayor apertura a la regulación de las relaciones de sus miembros por la autonomía de la voluntad, de allí que exista una creciente apertura a la contractualización. para la creación de relaciones familiares, como para su regulación y extinción.

La aceptación de la posibilidad de la autorregulación en materia familiar es una manera de respetar el derecho de libertad y el derecho de autodeterminación, de las personas y es una forma de la aceptar sus diferencias culturales.

(31) CS, 27/5/2015, “M., M. S. s/guarda”, LL del 27/7/2015, p. 6 con nota Marisa HERRERA; LL 2015-D-203 con nota de Marisa HERRERA; DFyP 2015 (agosto), p. 77 con nota de Graciela MEDINA; LL del 6/8/2015, p. 5; LL 2015-D-269; DJ del 26/8/2015, p. 24 con nota de Romina A. MÉNDEZ y Eduardo G. ROVEDA; DJ del 28/10/2015, p. 24; ED 266-14; AR/JUR/14754/2015; CS, 27/11/2018, “S., M. A. s/art. 19 de la CIDN”, LL del 31/1/2019, p. 3; DFyP 2019 (junio), p. 51 con nota de Carlos A. BADO, AR/JUR/63273/2018.

(32) MIZRAHI, Mauricio L., “Niños en guardas de hecho y judiciales. Discutible interpretación del artículo 611 del Código Civil y Comercial”, LL del 11/2/2019, p. 1; AR/DOC/17/2019.

Si bien en nuestro país hay un avance en esta materia existen incongruencias y cuestiones que requieren una mayor apertura y una imprescindible regulación.

En el régimen patrimonial matrimonial advertimos que si bien el Cód. Civ. y Com. ha avanzado al permitir a los cónyuges pactar su régimen patrimonial matrimonial, al limitarlo a solo dos regímenes se restringe innecesariamente la libertad de contratación, por lo cual proponemos la ampliación de la libertad de elección del régimen patrimonial matrimonial, en forma similar a la que existe para las uniones convivenciales, ya que nada justifica la limitación a solo dos regímenes patrimoniales, máxime cuando en los aspectos personales del derecho de familia el reconocimiento de la autodeterminación es muchísimo mayor. Así en un país que se admite el matrimonio entre personas de igual sexo y se reconoce el derecho al cambio de sexo, sin ningún control judicial para permitir la autorrealización de la persona, no se advierte porque se limita la posibilidad de pactar el régimen patrimonial matrimonial que también contribuye a la realización personal.

Los pactos sobre herencia futura que buscan preservar la continuidad de la empresa familiar constituyen poderosas herramientas no solo para favorecer el interés familiar sino también el interés económico general, que deberían ser objeto de una legislación más detallada como se propone en el anteproyecto de reforma al Cód. Civ. y Com. a fin de darles más efectividad.

En los contratos relativos a las relaciones entre padres e hijos es imprescindible regular los convenios de gestación por subrogación que nuestros ciudadanos celebran tanto aquí como en el extranjero y que, al no tener normas claras para la determinación de sus efectos, obligan a las partes a recurrir a los Tribunales para determinar la filiación del niño nacido de esas técnicas, lo que resulta contraria al interés superior del niño.

Por último, creemos que, si se admite la validez de los convenios de gestación por otro, carece de sentido considerar nulos los convenios de entrega directa en la adopción.

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR JUAN CARLOS HARIRI

Trataremos brevemente la teoría general de los contratos en el Cód. Civ. y Com. (ley 26.994), con el fin de testimoniar un sentido homenaje al doctor Jorge Horacio Alterini, quien desarrolló una fecunda labor tanto en el ámbito propio del derecho como en el ejercicio de la magistratura, la docencia y la doctrina, reconociéndole, además, su coautoría de los proyectos de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987 y 1993 y también de 1998.

Describir su biografía sería seguramente una tarea incompleta, por cuanto su nombre solamente es la mejor mención que resume todo su extraordinario desempeño lleno de claridad, concisión y método tal como expuso el doctor Guillermo A. Borda en su nota "Acerca del estilo de nuestros juristas" (LL 85-950).

Debe recordarse que fue designado profesor emérito en la Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, de la Universidad Nacional de La Plata y la Universidad Notarial Argentina, más allá de haber sido incorporado a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales en el año 2000, habiendo ocupado el sitial de Alfredo Colmo, donde honró en forma excepcional a sus antecesores.

Su última labor merece ser destacada por su trascendencia como es el Cód. Civ. y Com. comentado que dirigió (dos ediciones), compuesta por once tomos que proyectan sus conocimientos y las generaciones futuras de abogados sabrán valorar, pues evidentemente se trata de una obra que aporta entendimiento sobre una dogmática nueva que la jurisprudencia de algún modo recibirá.

Debe destacarse más allá de su inteligencia, que se trató de una persona buena y la familia que formó así lo demuestra, movidos por sentimientos sumamente enaltecidos.

I. LA TEORÍA GENERAL

1) Entendemos que la teoría general de los contratos reviste gran importancia sobre este acto jurídico patrimonial, pues advertimos que hay elementos que son comunes a todos que se particularizan en los estructurales, de modo tal que ello nos permite sostener la relevancia que tiene.

Así, el Cód. Civ. y Com., siguiendo los anteproyectos que sirvieron de base, para legislar en el Libro III, Título II “Contratos en General”, Capítulo 1 Disposiciones generales (arts. 957 al 1122), dejó patentizada la teoría general la cual se proyecta sobre los contratos en particular dispuesta en el Título IV (arts. 1123/1700).

En consecuencia, las reglas generales tienen una función normativa, no definición descriptiva (1).

2) La vida de relación se consolida, en primer término, en las convenciones y cuando tienen contenido patrimonial se forman los contratos los cuales son un acuerdo de voluntades con contenido económico, y por tanto deben contar con máximo respeto y protección legislativa.

El art. 1725 del Cód. Civ. y Com., siguiendo lo que disponía el art. 902 del Cód. Civil, establece una regla de conducta que las partes deben seguir para que su obrar —consentimiento— no sea producto de ligereza y que debe predominar antes de la celebración: “Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

También debe tenerse presente lo dispuesto en la primera parte del art. 1728 del Cód. Civ. y Com.: “Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración...”.

(1) MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, t. I, p. 3.

Por tanto, resulta necesario que los contratantes tengan conocimiento completo del negocio que formalizarán, pues las distintas modalidades contractuales que nos muestra la época necesitan mayor penetración de la ley para evitar el fracaso del contrato, debiendo rescatar el viejo principio que se formalizan para ser cumplidos.

De este modo, las disposiciones de los artículos citados prevén la consideración que debe tenerse presente para analizar la situación que tenían las partes al celebrar el acto jurídico.

Debemos decir que el art. 1728 debería estar incluido en el Título II, de este Libro III “Contratos en General”. Su análisis así lo indica.

El art. 958 del Cód. Civ. y Com. dispone la libertad de las partes para celebrar contratos y determinar su contenido, dentro de los límites de la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, así se reguló la autonomía de la voluntad y en concordancia con lo dispuesto por el art. 2º del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, que tuvo por finalidad disponer normas iguales para el tráfico comercial para los Estados que se integren en unión.

Téngase en cuenta que las convenciones particulares, entre ellas los contratos, no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público, tal como lo prevé el art. 12 del Cód. Civ. y Com.

En cambio, el art. 21 del Cód. Civil derogado incluía, también, las buenas costumbres situaciones estas que merecen todo el acatamiento como también la moral. Continúa el art. 959 indicando la obligatoriedad que tienen para las partes. Debemos decir que la redacción del art. 1197 del Cód. de Vélez Sarsfield reunía estos dos artículos con más diligencia y precisión.

Empero, ahora la ley determina claramente que los jueces no tienen facultades para modificar las cláusulas que contengan los contratos contemplando excepciones tales como que sea pedido por una de las partes o bien cuando se encuentre afectado el orden público (art. 960), y agregamos la moral y las buenas costumbres, de lo contrario se podrá incurrir en un exceso del poder que le fue otorgado y no pueden, por tanto, modificar las obligaciones que acordaron.

El art. 961 previó, en sentido similar al art. 1198 del Cód. Civil derogado, el estándar jurídico argentino en materia de “interpretación”

(en concordancia art. 2470 del Cód. Civ. y Com.), la cual siempre debe hacerse obrando con buena fe y buscando la común intención de las partes (2).

Dentro de la teoría general del contrato que trata el Cód. Civ. y Com. advertimos con todo acierto que se haya dispuesto expresamente que los contratos forman parte del derecho de propiedad (art. 965), aludido en el art. 17 de la CN.

Las disposiciones generales respecto de los contratos contenidas en los arts. 957 al 965 entendemos que no son las únicas que tienen esta trascendencia, pues, en nuestro criterio, deben necesariamente integrarse con lo dispuesto en el Título Preliminar, Capítulo 3 —Ejercicio de los Derechos—, especialmente por los arts. 9º, 10, 11 y 12 y también los arts. 54, 75, 1725, 1728 y 2651.

II. ABUSO DE DERECHO

Consideramos, como una regla de máxima expresión del derecho que deben ejercerse siempre de buena fe (art. 9º), y que el ejercicio abusivo de un derecho se verifica cuando en su titular “existió intención maligna, “culpa” o “falta legítima de interés” y “desviación de los fines sociales y económicos que el legislador tuvo en mira al conceder esa prerrogativa jurídica” (3).

La buena fe y la teoría del abuso legislada en el art. 10 son normas generales para todo el sistema contractual.

Un acto puede contrariar al derecho objetivo y estar de acuerdo con el derecho subjetivo (4). Por tal razón, el abuso encuentra su respuesta intrínseca en esta situación.

Pero debemos destacar que la palabra clave que trae el art. 10 es “regular” la cual fue incorporada al art. 1071 del Cód. Civil por la ley 17.711 y mantenida nuevamente en el art. 10 del Cód. Civ. y Com.

(2) MAZEAUD, H. y L., *Lecciones de derecho civil*, Ejea, Buenos Aires, 1969, Parte Segunda, vol. 1, “Obligaciones”, “El contrato”; “La promesa unilateral”, t. 5, nros. 342 y 350, ps. 377 y ss.

(3) FLEITAS, Abel, “El abuso del derecho en la reforma del Código Civil”, publicación que estuvo a cargo de la Sección publicitaria del Seminario de Ciencias Jurídicas.

(4) JOSSERTAND, *De l'abus de droit*, Rousseau, Ejea, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1952.

Adviértase que esta directiva pone en manos de los jueces una herramienta muy delicada y las partes pueden sentirse afectadas por la inestabilidad que una interpretación amplia pueda generar en sus derechos contractuales.

No debe permitirse a las partes que abusen de posiciones dominantes (argumento art. 11), la cual fue bien definida en el art. 1º de la ley 25.156 de la Defensa de la Competencia: “Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que contribuyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general...”.

III. PARTICULARIDADES

1) Los contratos que tengan por objeto realizar actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona no pueden ser exigibles (art. 54).

Así deberían prohibirse los actos de disposición que entrañen un riesgo grave o un atentado a la salud de la persona (5).

2) El art. 75 previó la elección de las partes contratantes sobre un domicilio especial para “...ejercicio de los derechos y obligaciones... que deriven del contrato”. Empero “ninguna disposición legal autoriza a atribuirle al domicilio contractual el efecto de que deba hacerse en él la notificación de la demanda” (6).

En definitiva, se trata de un domicilio especial donde sus alcances se encuentran limitados a los supuestos que las partes previeron al constituirlo.

3) Por último el art. 2651 refiere a la autonomía de la voluntad para establecer las partes del contrato el derecho que se le aplicará, permitiendo, entonces, que sea el extranjero que no se oponga a nuestras normas de orden público.

(5) RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 219.

(6) BORDA, G. A., *Tratado de derecho civil —Parte general—*, 7ª ed. actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1980, t. I, p. 379, nro. 404.

Ello está permitido por el derecho internacional privado argentino, teniendo presente que su elección no puede ser confusa.

4) A partir del art. 966 al 970 del Cód. Civ. y Com. se los clasificó en unilaterales y bilaterales; onerosos y gratuitos; conmutativos y aleatorios; formales y no formales; nominados e innominados y se dejó de lado la clasificación de consensuales y reales.

5) Llegamos así a una de las partes estructurales del contrato como es la formación del consentimiento —elemento esencial— (arts. 971/983), el cual tiene lugar con la oferta y la aceptación y de ese modo queda concluido el contrato.

El primer elemento —oferta— es la proposición que una parte dirige a otra determinada con el fin de celebrar un contrato; por tanto, debe ser completa, pues si fuere aceptada lisa y llanamente el contrato quedará concluido.

Se destacó que la oferta a una persona indeterminada es tenida como invitación a oír ofertas (art. 973), con la excepción allí indicada que contempla lo dispuesto por el art. 7° de la Ley de Defensa al Consumidor (ley 24.240), la cual se mantiene vigente, con la sanción dispuesta por el art. 47 y su modificación por la ley 26.361.

Debemos destacar que las ofertas se exteriorizan de distintas maneras, máxime si tenemos en cuenta aquellas que se difunden a través de la informática, sintetizada en Internet la cual influye notoriamente en el mundo de las relaciones jurídicas y del comercio, proyectándose aún más para el futuro.

La implementación de esa vía produce que las comunicaciones sean prácticamente inmediatas, provocando un nuevo modo de relacionarse para la formación de contratos.

Deberá tenerse presente que ese sistema de “comunicación” no tiene autoridad “regulatoria” desde que no distingue fronteras, y por tanto no existen aún antecedentes suficientes en el mundo del derecho, más allá de lo previsto por los arts. 1108, 1109 y concs. del Cód. Civ. y Com.

Su implementación es buena y será todavía mejor en la medida que se regule con criterio amplio, respetando la voluntad de las partes sin invadir su privacidad.

La regla principal deberá ser aquella que reconoce nuestra legislación: la buena fe que tienen que demostrar quienes acudan a este sistema y lo empleen para vincularse contractualmente.

Advertimos que nuestro ordenamiento jurídico es amplio y permitirá, incluso con sus propias excepciones, adecuarse e interpretar este medio que ofrece la tecnología que avanza con mayor rapidez que la legislación.

Sin duda alguna observamos que se están celebrando contratos mediante esa modalidad en números importantes y, por ello, el ordenamiento jurídico deberá darle el marco adecuado para su reconocimiento.

Es sumamente probable que el oferente, al otorgar su consentimiento se encuentre en un lugar diferente al de su domicilio, pero ello no debe ser considerado y, en cambio, proponemos que se tenga presente el domicilio del aceptante para determinar el lugar de celebración como también la jurisdicción y la ley aplicable. No participamos de lo previsto en tal sentido por el art. 1109.

6) La oferta efectuada de la manera que fuere obliga al proponente (art. 974); debe ser realizada como lo indica el art. 972, y por tanto requiere que su aceptación sea inmediata o bien que se expida dentro del plazo que se hubiere fijado y podrá ser retractada antes que ocurra su aceptación (art. 976), y el contrato queda concluido de conformidad como lo dispone el art. 978 a través de los modos de aceptación previstos por el art. 980.

Claro está que también la aceptación de la oferta puede ser retractada siempre y cuando ocurra antes de tener conocimiento el oferente (art. 981), advirtiendo que se trata del mismo principio que establece el art. 975.

En los casos señalados deberá tenerse en cuenta si nos encontramos entre partes presentes o entre ausentes.

7) Se legisló sobre los alcances de los acuerdos parciales (art. 982), pero el mejor antecedente lo encontramos en el fundamento 162 del anteproyecto de 1998 por cuanto: "...ellos concluyen el contrato cuando todas las partes expresan consentimiento sobre el objeto, la causa y los elementos esenciales particulares; la extensión de una minuta respecto de alguno de esos elementos, o de otros no esenciales, es irrelevante y, en la duda el contrato no se considera concluido (conf. Código Civil alemán 154)..." y también quedó redactado de la misma manera por el art. 916 del anteproyecto y el 917 quedó formulado en el art. 983 del Cód. Civ. y Com.

En suma, entendemos desde nuestro criterio, que haber dado el tratamiento que se le otorgó a los acuerdos parciales, son en definitiva ver-

daderos contratos y los aspectos que no fueron acordados quedan fuera de ese marco, pues de lo contrario se los hubiere incluidos.

8) No creemos que haya sido propio de la parte general haber incluido en la Sección 2|, del Título II, Libro III, los contratos por adhesión (arts. 984 al 989), pues debió tratarse a partir del Título IV —Contratos en particular— que tienen, además, amplia difusión, no obstante ser considerados como “discrecionales” o pre-redactados o ya redactados y son entendidos como “...una modalidad de expresar el consentimiento contractual” (7).

No obstante, no compartir su ubicación, ponderamos el hecho que se los haya regulado.

9) Sobre los arts. 990 al 993 se legisló las “tratativas contractuales”, en armonía con lo dispuesto en el art. 958 junto al deber de buena fe y de confiabilidad. Estamos ante la responsabilidad precontractual, pero en esta legislación se individualizan de la manera que indica la Sección 3ª.

La responsabilidad extracontractual o precontractual reconocida en forma ininterrumpida por nuestros tribunales la cual tiene su fundamento, en apretada síntesis, en la ruptura arbitraria y abusiva mientras suceden las negociaciones y las partes invirtieron expectativas susceptibles de valoración económica.

Así, el art. 992 impone el deber de confidencialidad que debe observarse desde el principio de toda negociación.

Por ello, el análisis de estas conductas debe interpretarse integralmente.

Debemos recordar que se encuentran “...bien separada la interpretación integradora de la integración, procedimiento, el último, que ha servido para la elaboración de ampliar soluciones del tipo de la doctrina de la imprevisión y que excede, por cierto, el marco de la hermenéutica” (8).

Esta responsabilidad también fue reconocida en el Título II —Formación del Contrato— Sección 1, Tratos preliminares a los cuales se refieren los arts. 6º al 10 del Código Europeo de Contratos, Academia de Pavía.

(7) ESBORRAZ, David F., “Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas en el Proyecto de Código Civil y Comercial (algunas reflexiones comparativas con el derecho italiano)”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año 16, nro. 7, 2014, ps. 15-38, ISSN 1666-4590.

(8) VIDELA ESCALADA, F. N., *La Interpretación de los contratos civiles*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 94.

En definitiva, el tema ya está sintetizado en el principio que todo el que por su culpa o dolo causa un daño debe repararlo (argumento arts. 1710, 1716 y conc. del Cód. Civ. y Com. y 1074 del Cód. Civil).

10) Los arts. 994 al 996 refieren a los contratos preliminares y para ser considerados así deben reunir un acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que determine el futuro contrato. También podemos denominarlos preparatorios los cuales darán paso a diferentes tipos de convenciones.

11) El pacto de preferencia donde el “vendedor se reserva el derecho de recomprar la cosa, si el comprador decide revenderla o darla en pago a terceros, ofreciendo las mismas condiciones que estos...” (9), fue tratado por los arts. 997 y 998 y genera una obligación de hacer, y también cuando se trata el contrato de compraventa en el art. 1165.

El concepto genérico que da el Código es más amplio, pero en el fondo plantea una situación semejante a la definida por el autor citado. “Se trata de una norma general, no aplicable a todos los contratos” (10).

12) Y el contrato sujeto a conformidad (art. 999), se refiere en definitiva a una condición suspensiva, pues dependerá su formación de una conformidad que podrá o no acontecer.

13) Incluyó el Capítulo la incapacidad y la inhabilidad para contratar (arts. 1000 al 1002), con especial referencia a los efectos que produce la nulidad del contrato celebrado por una persona incapaz o que ella esté restringida y en tal caso se prevé que la parte capaz carece de derecho para solicitar la restitución de lo pagado, excepto que hubiera ocurrido enriquecimiento del incapaz.

Téngase presente que la nulidad es una sanción legal que priva a los actos jurídicos de producir sus efectos propios o normales en virtud de un vicio originario.

Con estas directivas se llega a cumplir con los efectos de las nulidades, la cual es volver las cosas al estado anterior a la celebración del acto.

14) Continúa el capítulo refiriéndose a las inhabilidades para contratar (art. 1001), proyectándose a las incapacidades de derecho y las inhabilidades especiales descriptas en el art. 1002.

(9) BORDA, G. A., *Tratado de derecho civil argentino —Contratos—*, 3ª ed. actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1974, t. I, nro. 358.

(10) BORDA, Alejandro, *Derecho civil y comercial. contratos*, La Ley, Buenos Aires, 1974, p. 67, nro. 80.

El atributo de la capacidad debe analizarse también con lo normado por los arts. 22 al 50 (Libro Primero —Parte General— Capítulo 2 —Capacidad—).

15) Otro elemento de los contratos es el objeto, incluido en los arts. 1003 al 1011, el cual debe coincidir con el de los actos jurídicos previsto por el art. 279 permitiéndose que sea determinado también por un tercero (art. 1006).

Lo dispuesto por el art. 1010 respecto de las herencias futuras que no pueden ser objeto de los contratos como tampoco los eventuales derechos hereditarios sobre objetos particulares prevé una excepción importante y nueva para el ordenamiento jurídico argentino.

Ahora se admiten los pactos relativos sobre una explotación productiva o participaciones societarias que tengan por finalidad conservar la unidad de gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos; si así se presentara la situación, ellas pueden ser objeto de contratos, y por tanto podrá estarse también a lo dispuesto por el art. 379 siendo el juez quien hará la valoración en el supuesto que tal formula fuere atacada por otra parte para declarar la nulidad de esa disposición.

Entendemos que el pacto aludido —o contrato— deberá formarse entre quien será el causante de la sucesión y los herederos forzosos, debiendo tener presente que los bienes gananciales que pertenezcan al cónyuge supérstite no deberían ser objeto de tal acuerdo.

En definitiva, se ha incluido una formulación que no contaba con antecedentes en nuestro sistema, pero que podrá contar con buenos resultados si se instrumenta correctamente y no se afecten los derechos de los otros herederos legitimarios.

El Cód. Civil de España en su art. 1271 dispone en forma similar: "...sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al art. 1056..." que en su parte pertinente dice: "...El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo. Disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos".

Creemos que la mención sobre los negocios de explotación que se indican no es excluyente de otros. Su enunciación no es taxativa sino simplemente ejemplar, siempre y cuando se cumpla con la finalidad de

conservación de la unidad económica y respete la legítima de otros herederos forzosos.

16) También encontramos en el art. 1011 —contratos de larga duración— otra incorporación sin antecedentes en los proyectos de reformas anteriores.

Entendemos que este tipo de contrato podemos encontrarlos con las empresas de medicina “prepagas”, donde no se establecen plazos y se mantiene el contrato mientras quien lo suscribió abone la cuota a la cual se obligó y la empresa subsista.

17) La causa, otro elemento natural del contrato, se legisló en los arts. 1012 al 1014 remitiendo a los arts. 281 al 283 que refieren a la causa de los actos jurídicos.

No solamente ella debe existir en su formación, sino que debe permanecer durante su ejecución (art. 1013), y si es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres el contrato es nulo.

En este aspecto debemos recordar un fallo que dictó el 1º de junio de 1965 el entonces juez de Primera Instancia a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil nro. 17 doctor José Julián Carneiro, el cual no fue apelado. Se trató de que un profesor de francés demandó por cobro de una suma de dinero resultante de un contrato a la deudora por haberle realizado un estudio sobre un autor francés a los fines de concursar para obtener una beca. El trabajo fue presentado bajo su autoría, de modo que apareció la tarea intelectual como propia y el autor consintió esa presentación, pues era parte del monto dinerario que debía percibir. Como no obtuvo el premio se negó a pagar el saldo convenido.

La demanda le fue rechazada pues se trató de un contrato con causa inmoral(11), pero debemos ponderar los argumentos de los “considerandos” que contiene la sentencia.

18) En cuanto a la forma se mantuvo el principio de su libertad que tenía el Cód. Civil (art. 915), la cual receptan los arts. 1015 al 1018 y el art. 1017 dispuso en cuatro incisos los contratos que deben ser hechos por escritura pública, habiéndose abreviado lo dispuesto por el art. 1184 del Cód. Civil, diferenciándose de este modo a los “formales” de los “no formales”.

(11) Notas y fallos de CARNEIRO, J. J., “La Compraventa y otros contratos”, ed. de la Universidad Católica Argentina, p. 119.

Las formas son: “...un necesario vehículo de expresión de la voluntad contractual, la cual debe quedar exteriormente revestida con ellas con el fin de que alcance plena validez y eficacia jurídica” (12).

Es la manera como se relacionan las partes con el objeto.

19) Respecto de la prueba de los contratos, se trata entre los arts. 1019 y 1020, estableciéndose un régimen amplio en el sentido que se admiten todos los medios aptos para llegar a la convicción que impone la regla de la sana crítica remitiéndose acertadamente a las leyes procesales.

20) Una vez formulado el contrato produce sus “efectos” tratados en los arts. 1021 al 1024, los cuales solo ocurren entre las partes contratantes y los terceros no tiene derechos a invocarlo para que las partes cumplan sus obligaciones, excepto disposición de la ley.

El art. 1023 indica quienes son parte en el contrato, es decir, las personas que lo celebran, así quien lo otorga a nombre propio, aunque lo haga en interés ajeno.

Esta inclusión está íntimamente vinculada con lo dispuesto por el art. 1321 que previó el mandato sin representación donde el mandatario actúa en nombre propio, pero en interés del mandante.

Como el contrato integra el derecho de propiedad (art. 965), sus efectos se extienden activa y pasivamente a los sucesores universales, excepto que prevean obligaciones *intuitu personae* o que se haya prohibido expresamente (art. 1021), el cual siguió lo que disponía el art. 1195 del Cód. Civil.

21) También en los arts. 1025 al 1030 se previó la incorporación de terceros al contrato y quien lo hace de ese modo queda obligado si ejerce su representación.

Se permite que se contrate a nombre de un tercero siempre y cuando se ejerza representación y si ella no está el contrato es ineficaz —pero en el caso entendemos que era más categórico el art. 1161 del Cód. Civil al disponer que carecía de valor y no obliga al que lo hizo.

En suma, para celebrar un contrato en nombre de otro debe contarse con representación, que la puede dirimir un mandato (art. 1320).

(12) DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1996, t. I, p. 249.

La estipulación a favor de tercero beneficiario fue recibida por el art. 1027, permitiéndosele ser destinatario de una gracia que le concede el promitente, y por tanto tiene una declaración recepticia destinada al beneficiario.

Claro está quienes son los participantes y su denominación: a) estipulante: es quien individualiza al tercero beneficiario de la cláusula a su favor; b) promitente: es quien se obliga y asume la obligación y debe cumplir con la prestación a favor del tercero y c) beneficiario: tercero, que obtiene una ventaja.

Dentro de esta materia encontramos una modalidad que no contempló el Cód. Civil que es el contrato para persona a designar (art. 1029), o bien como se incorporan los terceros al contrato situación que incluyó el anteproyecto de 1998 en el art. 986.

“Es el contrato 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 (13).

Por último, el art. 1030 contrato por cuenta de quien corresponda o por cuenta ajena fue tratado por el art. 21 de la Ley 17.418 de Seguros.

Este contrato tiene un reconocimiento en el ambiente social y sus efectos se proyectan también a la economía y, por ello, la tutela de la extirpación a favor de terceros adquirirá nuevas revelaciones que deberán contemplarse con una adecuada y sostenida interpretación de las normas que lo regulan.

22) La suspensión del cumplimiento y tutela preventiva del contrato la incluyen los arts. 1031 y 1032; reconoce como antecedente lo dispuesto por los arts. 510, 1201 y 1203 del Cód. Civil, pero sin ninguna concordancia.

Estas normas están destinadas a los contratos bilaterales (art. 966), permitiendo a una de las partes suspender el cumplimiento de la prestación hasta tanto la otra cumpla u ofrezca cumplir (excepción de incumplimiento que tenía el art. 1201 del Cód. Civil), indicando, además, que

(13) ALTERINI, J. H. (dir. gal.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. V, p. 521 cita de PUIG BRUTAU, *Fundamentos del derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1978, t. II, vol. I, p. 271; DIEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, t. I, p. 416.

puede invocarse como acción la cual se resolverá no como excepción procesal, sino que se tratará con la sentencia.

Ahora, el art. 1032 reguló una situación novedosa, pues también permite que una de las partes suspenda el cumplimiento de las obligaciones que están a su cargo cuando sus derechos sufrieren una grave amenaza de daño porque la otra parte sufrió un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o bien en su solvencia.

Se trata de una figura nueva denominada tutela preventiva.

23) La obligación de saneamiento comprende la garantía de evicción y los vicios ocultos (art. 1034), y quedan obligados los sujetos responsables mencionados en el art. 1033, y luego los arts. 1035 al 1043 prevén los diferentes casos que pueden ocurrir. Ello es propio de los efectos de los contratos.

Así la evicción comprende la bondad del título que se transmite y los vicios ocultos son aquellos que no pudieron advertirse al tiempo de la celebración del contrato, los cuales estaban regulados por los arts. 2019 al 2117 y del 2118 al 2163 del Cód. Civil.

24) Se describió la responsabilidad por evicción que asegura la existencia y legitimidad del derecho transmitido (art. 1044 y se regulan algunas de las distintas situaciones que pueden presentarse (arts. 1045 al 1050).

De igual modo se refieren los arts. 1051 al 1058 sobre la responsabilidad derivada por vicios ocultos, pues si luego de haberse adquirido una cosa aparecen defectos que no podían descubrirse a la época de celebración del contrato, el vendedor queda obligado a su reparación dentro del plazo de prescripción.

25) Los arts. 1059 y 1060 tratan la seña o arras que ahora se expuso como confirmatoria y constituye una previsión que se estipula sobre un contrato y que estaba de este modo regulada en el Cód. Com. en el art. 475.

Se permite pactar la facultad de arrepentimiento siempre que se haya convenido. Si la ejercita el comprador pierde lo que entregó en ese concepto. En cambio, sí es el vendedor quien se arrepiente debe devolverla doblada, pues si no lo hace de esa manera carece de eficacia y no produce efectos jurídicos disolutorios del contrato (14).

(14) RISOLÍA, M. A., *Significación y Funcionamiento del Arras en el Código Civil argentino*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 66, nota 50.

En cuanto a la modalidad, se siguió el mismo criterio que disponía el art. 1202 del Cód. Civil, aunque es poco frecuente que aquel que entrega una seña no lo haga con dinero.

Debemos ponderar la eficacia que tiene la seña o arras en la celebración de los contratos y no debe confundirse con la “reserva” la cual si bien es empleada frecuentemente por los agentes inmobiliarios no tiene regulación legal como tal.

Simplemente se trata de un acuerdo que se celebra “ad referéndum” de quien vende y se realiza por intermedio de un tercero para que transmita la oferta al vendedor. Empero, si la oferta fuere aceptada por el vendedor y el oferente se arrepiente perderá sin más la suma entregada, la cual queda en beneficio del corredor, de acuerdo con los usos y costumbres pactados.

26) El nuevo Código a reguló en forma enérgica el tema de la “interpretación”. Así tratan los arts. 1061 al 1068 pero no podemos dejar de lado lo dispuesto por los arts. 961, 729, 987, 1074 y 1094.

La interpretación de un acto jurídico —contrato— requiere una aptitud cuya finalidad es dar el verdadero contenido y alcance que contienen las normas o lo que quisieron prever las partes y si llega a conocimiento del Juez deberá tener en cuenta la esencia central que tuvieron en mira al celebrarlo y así encontrar la voluntad cierta de los contratantes: “El resultado práctico de toda interpretación contractual consiste en la fijación del sentido global atribuible al contrato y, en especial, a los pactos y estipulaciones contenidas en él, lo que puede ser premisa de su ejecución o de la posterior decisión de las encontradas pretensiones mantenidas por las partes...” (15).

Las reglas que reconocen la ley, la doctrina y la jurisprudencia no siempre nos llevarán a la justa solución. Ponderemos, entonces, las reglas que nos da el Cód. Civ. y Com.

También el proyecto del Código Europeo de los Contratos de la Academia de Pavía, en el Título V —Interpretación del contrato— desarrolló en los arts. 39 al 41, reglas para establecer un sistema que ponga claridad a las cláusulas oscuras y que las partes cuestionen respecto al alcance de sus derechos.

(15) Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, t. I, “Introducción Ferial del Contrato”, p. 410, nro. 20.

27) Los arts. 1069 al 1072 refieren al subcontrato que no había tratado el Cód. Civil, excepto en materia de locación de cosas y la cesión del mandato (arts. 1583 y 1924 del Cód. Civil), entre otras.

Es necesario que exista un contrato principal y podemos afirmar que es “...un fenómeno en expansión en la realidad negocial moderna, porque permite desglosar el cumplimiento de la obligación contractual en varios contratos derivados...” (16).

Lo esencial de esta figura está en dirigir el contrato derivado de acuerdo con las pautas del principal sin alterar su esencia.

El subcontrato es un nuevo contrato, por el cual una persona extraña a la relación contractual asume las facultades que atañen a la posición de una de las partes por vía de sucesión constituida sin que se extinga la primitiva relación” (17).

28) Los contratos conexos se trataron en los arts. 1073 al 1075 y requieren para que existan la conexidad de dos o más contratos autónomos que se encuentran vinculados entre sí con la finalidad económica establecida con anterioridad.

La interpretación de los contratos debe ceñirse a las directivas previstas por el art. 1074 y los efectos que provoquen tendrán en miras las circunstancias una vez acreditada la conexidad (art. 1075).

Esta figura nueva en nuestro ordenamiento tiene su origen en la doctrina italiana desarrollada a partir de 1930 y se conoció como *il collegamento negaziale o contrattuale* la cual previó como ahora indica el art. 1073 dos o más contratos autónomos y que haya un fin económico común que los vincule.

29) La extinción, modificación y adecuación del contrato está desarrollada entre los arts. 1076 al 1091, indicándose que puede extinguirse por rescisión bilateral y si nada se dijo los efectos que provoque serán para el futuro (*ex tunc*). Naturalmente se refieren a contratos que no se encuentren concluidos.

También una de las partes, en forma unilateral, puede declarar rescindido el contrato, o bien revocarlo o resolverlo (art. 1077).

(16) ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles - comerciales - de consumo. Teoría general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 465, nro. 13.

(17) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 308

Se previeron disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes (art. 1078), las cuales no son normas imperativas sino supletorias atento que las partes pueden convenir otras diferentes.

El art. 1079 —norma supletoria— previó las consecuencias que tienen los efectos de la extinción cuando es unilateral, de modo que la rescisión y la revocación solo son para el futuro; en cambio, la resolución tiene efectos retroactivos, pero no debe afectar derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe.

Destacamos que estas disposiciones pusieron en su lugar estos términos —rescisión, resolución y revocación— que con frecuencia fueron mal interpretados; en igual sentido los arts. 1080 y 1081 disponen la restitución de lo recibido.

El art. 1082 dispone como debe repararse el daño provocado como consecuencia de haber operado la rescisión, la revocación o la resolución, siempre que las partes no hayan pactado otras distintas, así como las cláusulas penales las cuales se deben aplicar con los alcances previstos por los arts. 790 al 804.

El concepto del art. 790 es el mismo del art. 652 del Cód. Civil y constituye una forma de estipular los daños y perjuicios que debe abonar la parte incumplidora del contrato. Se trata de asegurar el cumplimiento y cuenta con la conformidad de las partes.

30) El pacto comisorio que regularon los arts. 1203 y 1204 del Cód. Civil, ahora son tratados por los arts. 1083 Y 1084 debiendo tener presente para que opere la resolución el incumplimiento debe tener una entidad importante como las mencionadas en los incs. a) y c) del art. 1084, aunque las partes podrán calificar otras situaciones que autoricen la resolución.

Otro principio nuevo es la directiva que contiene el art. 1085, en el sentido que ante el incumplimiento de la sentencia condenatoria a cumplir con las estipulaciones del contrato ello lleva implícito el apercibimiento durante la ejecución el derecho del acreedor a optar por la resolución con las consecuencias dispuestas por el art. 1081.

31) El art. 1086 —cláusula resolutive expresa— se ha seguido lo dispuesto por el párr. 3º del art. 1204 del Cód. Civil que trató el pacto comisorio tácito. Debe destacarse que para el caso que se invoque esta norma el pacto que se incluya tiene que ser completo y no debiera presentar dudas, pues deben encontrarse “debidamente identificados”.

32) La resolución implícita del contrato bilateral (art. 1087), es similar a lo dispuesto por el art. 1204 del Cód. Civil.

33) Empero, el art. 1088 previó las exigencias que debía contener la cláusula del art. 1084, y la interpelación al incumplidor debe ser no inferior a quince días, tal como disponía el art. 1204 del Cód. Civil y el 1089 alude a la innecesariedad de realizar la intimación que dispone el artículo anterior en los supuestos en que “la ley faculta a la parte” a informar unilateralmente la resolución del contrato.

La ley 14.005 que refiere sobre las ventas de inmuebles fraccionados en lotes impide en su art. 8º el pacto comisorio cuando el comprador pagó el 25% del precio, de modo que los artículos anteriores tendrán poca aplicación sobre esta forma de compraventa, aunque esta ley tenga muy poca difusión.

34) El art. 1090 trata la “frustración de la finalidad” situación que no fue tratada en el Cód. Civil la cual tendrá lugar para solicitar la resolución del contrato cuando la causa —elemento natural— se encuentre afectada y ello dará lugar a la extinción o bien a su modificación y es aplicable a los de ejecución continuada.

Debemos señalar que para que tenga operatividad esta norma la frustración de la causa debe provenir de un tercero ajeno a las partes del contrato, y se debe interpretar restrictivamente.

35) Con toda precisión se incluyó en la parte general la teoría de la imprevisión (art. 1091), aplicable a los contratos bilaterales, conmutativos, onerosos y de ejecución diferida o continuada.

La razón fundamental de esta teoría encuentra su fundamento en la excesiva onerosidad de las prestaciones que deberá valorar el Juez que intervenga, si ocurre una alteración extraordinaria sobrevenida por causas ajenas a las partes en ese caso podrá solicitarse la resolución total o parcial del contrato y también puede peticionarse por el tercero a quien se le otorgó derechos si fue convenido.

La imprevisión tuvo como antecedente el art. 1198 del Cód. Civil y su modificación por la ley 17.711 que impidió pedirla al que se encontrara en mora y fue aplicada por nuestros tribunales al producirse acontecimientos económicos excepcionales que alteraron los contratos y provocaron enormes alteraciones imposibilitando su cumplimiento cuando ocurrió el envilecimiento de la moneda y el mantenimiento del precio condujo a un resultado injusto.

Así se debe demostrar circunstancias similares con las del caso fortuito: imprevisibilidad o imposibilidad de evitar.

De todos modos, antes de decretarse la resolución deberá buscarse la adecuación debiendo tenerse presente que esta previsión tiene la posibilidad de adecuar la fuerza del contrato y así fue tratado en innumerables casos por nuestros tribunales, luego de haber ocurrido, lamentablemente, una gran devaluación de nuestra moneda.

36) Los arts. 1092 al 1095 refieren al contrato de consumo, refiriéndose expresamente a la relación.

Entendemos que su ubicación es ajena a la teoría general y, por ello, debió estar dentro del Capítulo IV —Contratos en particular— aunque debemos destacar que se lo tuvo presente como vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor.

37) En cuanto a la formación del consentimiento se regularon las prácticas que deben observar los proveedores (arts. 1096 al 1099), y la información y publicidad dirigida a los consumidores (art. 1100 al 1103).

El ámbito de aplicación son todas las personas expuestas a las prácticas comerciales de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1092.

Se imponen a quienes suministran reglas de conducta tales como observar un trato digno (art. 1097), equitativo y no discriminatorio (art. 1098), y se prohíben las prácticas que limiten la libertad de contratos (art. 1099).

El proveedor tiene la obligación de suministrar información al consumidor (art. 1100), y se prohíbe la falsa publicidad, o que fuere comparativa o abusiva (art. 1101), y quienes se encuentren afectados podrán solicitar al juez que cesen en esa conducta tipificada como ilícita (art. 1102), atento que aquello que indicó la publicidad se encuentra incluida en el contrato (art. 1103).

38) Los arts. 1104 al 1116 que trata el Capítulo 3 —Modalidades especiales— consideramos también que se encuentran fuera de la teoría general del contrato.

Se trata de relaciones que se celebran con modos donde intervienen “consumidores” situación que también están reguladas en las leyes 24.240, 26.361 y 27.250 ocurriendo una doble legislación.

39) Con relación a lo dispuesto en los arts. 1117 al 1112 —Cláusulas abusivas— respecto de los contratos de consumo debemos indi-

car que también se encuentran tratadas en forma análoga en las leyes señaladas.

En suma, entendemos que todo aquello relativo al contrato de consumo debió tratarse en la parte especial y haberse integrado con lo dispuesto en las leyes que también regulan el tema.

IV. LA FUNCIÓN DE LA TEORÍA GENERAL

a) La función que cumple esta teoría es la de prever las reglas generales que se aplican a todos los contratos teniendo en cuenta la clasificación a la cual pertenecen y después destinarle las propias de cada uno de ellos.

Una teoría amplia en tal sentido permitirá aplicarse también no solo a los contratos civiles y comerciales sino a otros del derecho privado, respetando aquellas de orden público —imperativas— sobre las supletorias.

Se trata de valorar las que se encuentren reguladas en la parte general cuya función es siempre normativa y no de descripción ni de definición.

Las normas de la teoría general dispuestas sobre la capacidad —atributo de las personas— se imponen sobre todos los contratos, aún sobre aquellos del derecho público.

También el respeto a las buenas costumbres, la moral y buena fe tienen el mismo alcance y su inobservancia traerá la ineficacia de los contratos que se formen que no atiendan a estos principios imperativos.

b) A partir del art. 1137 al 1316 el Cód. Civil del doctor Dalmacio Vélez Sarsfield también trató la teoría general del contrato, y fue desarrollada con sus capítulos —consentimiento, capacidad, objeto, forma, prueba y efectos—. Esta particularidad fue una característica trascendente ese cuerpo legal vigente por más de ciento cuarenta años. Posteriormente trató los contratos en particular.

c) El Cód. Civ. y Com. siguió ese criterio consistente en tratar primero la parte general y luego la especial donde se tratan los contratos típicos en particular, tal como lo hicieron los proyectos de 1936 del doctor Juan Antonio Bibiloni y el de 1954 del doctor Jorge Joaquín Llambías, y el anteproyecto de 1998 redactado por la comisión designada mediante dec. 685/1995 el cual sirvió de base para el Código actual.

V. CONCLUSIÓN

Haber destacado esta teoría jerarquizó al contrato, pues tiene importancia trascendente sobre la vida económica que se transmite sobre las relaciones de la sociedad, a quien, en definitiva, están dirigidas y se proyectan a otras materias del derecho civil y comercial.

INCAPACIDAD

POR MANUEL COBAS

Conforme el *Diccionario de la Lengua*, “incapacidad” implica la carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos o para ejercer determinados cargos públicos. Es esta en general, la falta de idoneidad para ser titular de derechos o para ejercerlos.

En la misma fuente puede apreciarse que la “capacidad” es la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones o la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho (1).

Capacidad e incapacidad(2) son, pues, términos antagónicos. Ghersi define a la capacidad de derecho como la “idoneidad o aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones(3). Para Rabinovich-Berkman, la capacidad de derecho implica tenerlos y la de hecho, su ejercicio(4). Para Cifuentes, la capacidad es “la aptitud o posibilidad

(1) *Diccionario enciclopédico Nuevo Espasa Ilustrado*, Espasa Calpe, España, 1999, p. 899. CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 130. “La capacidad es un concepto que admite grados, ausencia parcial, limitaciones o extensiones”. Edición PIANTONI, Mario A., *Contratos civiles*, Lerner, Córdoba, 1975, vol. I, ps. 899 y 315.

(2) GHERSI, Carlos A., *Derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 109 “la incapacidad este establecida para la protección como valor en sí mismo, ya que lo contrario las personas, en ciertos actos complejos, se hallarían en situación desventajosa o de desigualdad”. CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil. Parte general*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 175.

(3) GHERSI, Carlos A., *Derecho civil. Parte general*, cit., p. 104. ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles comerciales de consumo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 204. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Los incapaces absolutos y los incapaces relativos de hecho. (Estudio de Derecho argentino y comparado)”. Este trabajo complementa el publicado en *Jus*, nro. 17, La Plata. Internet.

(4) RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 238.

jurídica de gozar y obrar los derechos (5). Se trata a nuestro criterio de un atributo integrado por derechos humanos (6), que caracterizan a la propia persona, entendida esta como el ser humano y también comprendiendo la persona de existencia ideal o jurídica, actuando ambas en el campo de los hechos y actos jurídicos, identificados en el Título IV Capítulo 1 del Libro I del Cód. Civ. y Com., como el simple acto lícito regulado en el art. 258 de dicho cuerpo de leyes y fundamentalmente el art. 259 definiendo al acto jurídico, como el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones jurídicas, que se manifiestan por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material según lo propone el art. 262, dentro del marco que establecen a su vez los arts. 260 y 261, referido el primero al concepto del acto voluntario y el segundo a su antónimo, que así consideramos al acto involuntario (7).

Lo señalado antes establece una especie de andarivel por donde circula la noción de capacidad en sentido jurídico. Para determinarlo con mayor precisión, analizaremos algunas de las disposiciones del Código Civil y Comercial, las del anterior Código Civil, la doctrina y en su caso la jurisprudencia aplicable.

II. El Cód. Civ. y Com. vigente no contiene una definición de “capacidad”, pero si se refiere en sus arts. 22 y 23, en primer lugar, a la capacidad de derecho, y en segundo lugar a la denominada capacidad de hecho (8)-(9). El anterior Cód. Civ. y Com., tras definir a la “persona de existencia visible” en su art. 51, señalaba que esta era capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y por exclusión se refería a los incapaces.

(5) CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil. Parte general*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.

(6) ARAUZ CASTEX, Manuel, *Derecho civil. Parte general*, Empresa Técnico Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1965, t. I, ps. 280 y ss. “La capacidad es un atributo de la persona; esa es su naturaleza. Es el más típico atributo de la personalidad; aquel que sirve precisamente para definirla como tal”. FERNÁNDEZ, Silvia E., “La capacidad de las personas en el nuevo Código Civil y Comercial”. Internet.

(7) SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, 1948, t. I, “Parte general”, vol. 3.1, p. 17. “En realidad, tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar constituyen la regla”.

(8) RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Derecho civil. Parte general*, cit., p. 238.

(9) Puede consultarse sobre el particular a MOISSET DE ESPANÉS, “Los incapaces absolutos y los incapaces relativos de hecho. (Estudio de Derecho argentino y comparado)”. Internet.

Las personas capaces tuvieron permitido realizar los actos y ejercer los derechos que no le fuesen expresamente prohibidos, conforme la disposición del art. 53 del viejo Cód. Civil (10).

El antiguo Código enumeraba en su art. 54 a los incapaces de hecho absolutos, que eran según dicha disposición, las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no sabían darse a entender por escrito.

En el art. 55, Vélez se refirió a los menores adultos y a las mujeres casadas. La ley 17.711 cambió este texto para disponer que los menores adultos solo tenían capacidad para los actos que las leyes le autorizan a otorgar. Es decir, que en estos casos la incapacidad era la regla (11).

Esta incapacidad, se suplía con el sistema de representación. Así, el art. 57 del antiguo Cód. Civil determinaba que eran representantes de los incapaces, personas por nacer y menores no emancipados, sus padres o tutores, y a falta o incapacidad de estos, los curadores que se les nombraba y de los dementes o sordomudos, los curadores que se designaban.

El sistema apoyado en las normas del *Esboço* de Freitas reconoció, entonces, incapaces de hecho en grado absoluto y en grado relativo (12).

III. El art. 31 del Cód. Civ. y Com. actualmente en vigencia, establece los principios comunes en materia de restricciones a la capacidad. De allí resulta, que la capacidad general de la persona humana se presume, y que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre, en beneficio de la propia persona incapaz o con capacidad restringida.

En este sentido y conforme la norma del art. 32 del Código antes citado, resulta que el juez puede restringir la capacidad para determinados

(10) BORDA, Guillermo, *Manual de contratos*, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1968, ps. 66 y ss. CALEGARI DE GROSSO, Lydia E., *Contratos*, 2817 Impresiones, Buenos Aires, ps. 89 y ss.

(11) LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 336.

En la nota al art. 900 del Cód. Civil de Vélez, este señala que el elemento fundamental de todo acto es la voluntad del que lo ejecuta y es por ello que el hecho de un insensato o una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos no es considerada en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito. OLMO, Juan Pablo, *Salud mental y discapacidad*, Dunken, Buenos Aires, 2014.

(12) Ver los textos de los arts. 1041, 1042 y 1160 entre otros del Código Civil derogado. CNCiv., sala B, 31/10/2013, "L. A. A. s/art. 152 ter", LL 2013-F-285.

actos de una persona mayor de trece años, que padeciera una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puedan resultar daños a su persona, o a sus bienes (13).

La sentencia que se dicte en cada caso debe determinar la extensión y alcance de la restricción impuesta a la persona y especificar, las funciones y actos que se limitan (14).

De la normativa en vigencia resulta excluida pues la antigua clasificación de incapacidades absolutas y relativas.

Asimismo, se debe designar a una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo con lo establecido en el art. 32 del Cód. Civ. y Com. y señalar las condiciones de validez de los actos que específicamente se sujetan a esta a restricción, con indicación de la persona o personas intervinientes y la modalidad de actuación. La sentencia que se dicte debe ser inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, dejándose constancia marginal en el acta de nacimiento de la persona comprendida.

Los actos mencionados en este Capítulo 2 del Cód. Civ. y Com. producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de su inscripción, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Persona antes mencionado, como lo prescribe la segunda parte del art. 39.

Cabe señalar que se entiende por “apoyo”, conforme el art. 43 del Cód. Civ. y Com., a cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite, dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general, pudiendo el interesado proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza, para que le presten apoyo.

El art. 44 del Cód. Civ. y Com. dispone que los actos realizados por la persona incapaz o con capacidad restringida, que contraríen lo dispuesto en la respectiva sentencia, otorgados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, son

(13) Puede consultarse ACEVEDO, Mariano, “Incapacidad e inhabilidad para contratar”, *Supl. especial La Ley*, febrero 2015, p. 95.

(14) FERRERO, Eliana M., “Revisión oficiosa de las sentencias declarativas de incapacidad”, *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, vol. 8, nro. 1, Universidad Nacional de La Pampa, 2018.

nulos y a nuestro criterio de nulidad relativa, en tanto están impuestas a favor de personas determinadas (15).

Los actos anteriores a dicha inscripción pueden ser declarados nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, en determinadas circunstancias. Así, si la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; si quien contrató con estas personas era de mala fe o si el acto fuera a título gratuito, como, por ejemplo, un contrato de donación y así lo indica el art. 45 del Cód. Civ. y Com.

Son personas legitimadas para solicitar la declaración de incapacidad o capacidad restringida conforme el art. 33 del Cód. Civ. y Com., el propio interesado; el conyugue no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no hubiera cesado; los parientes dentro del cuarto grado y si fueran por afinidad dentro del segundo grado y por último, el Ministerio Público.

En materia sucesoria, el art. 2448 del Cód. Civ. y Com. regula el derecho del causante para mejorar las porciones sucesorias de descendientes o ascendientes, con discapacidad.

A los efectos indicados, se considera persona con discapacidad, a aquella que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que, en relación con su edad y medio social, implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral, según lo indica el último párrafo del mencionado art. 2448.

Los tutores y curadores no pueden recibir donaciones de quienes han estado bajo su tutela y curatela, antes de la rendición de cuentas y pago de cualquier suma que hubieren quedado adeudando a sus tutelados o curados, tal como lo dispone de manera especial el art. 1550 del Cód. Civ. y Com.

No pueden celebrar el contrato de comodato, los tutores, curadores y apoyos, respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida, que se encuentran bajo su representación ni tampoco los administradores de bienes ajenos, públicos o privados, respecto de los confiados a su gestión, excepto que tengan facultes expresas para ello, según lo señalan los incs. a) y b) del art. 1535 del Cód. Civ. y Com.

(15) ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Código Civil y Comercial*. Art. 386 y ss. *Código Civil y Comercial comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V, p. 268. FERRERO, Eliana M., "Revisión oficiosa...", cit.

Los progenitores, no pueden hacer contrato alguno con el hijo que está bajo su responsabilidad, excepto dice el art. 689 del Cód. Civ. y Com., para las donaciones sin cargo previstas en la norma del art. 1549. Tampoco pueden ni con autorización judicial, comprar por sí, ni por persona interpuesta, bienes de su hijo, ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra su hijo; ni hacer con su hijo partición privada del progenitor fallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios, ni obligar a su hijo como fiadores de ellos ni de terceros. Cabe señalar que esta disposición está incluida en el capítulo 8 del Libro II del Cód. Civil y Comercial que regula la representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad.

Se señalan a continuación algunos ejemplos, que suponen a nuestro criterio, falta de capacidad de las partes de un contrato o de alguna de ellas.

El consignatario no puede comprar ni vender para sí, las cosas comprendidas en la consignación, como lo ordena el art. 1341.

El corredor no puede adquirir por sí o por persona interpuesta, efectos cuya negociación le ha sido encargada o tener cualquier clase de participación o interés en la negociación o en los bienes comprendidos en ella, según lo dispone el art. 1348 del Cód. Civ. y Com.

En el matrimonio son impedimentos dirimentes para contraer el mismo, los enunciados en el art. 403 del Cód. Civ. y Com.

Por su parte el art. 12 del Cód. Penal, dispone que la reclusión y la prisión por más de tres años, llevan como inherente a la misma, la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, la que puede extenderse por tres años más, si así lo resuelve el tribunal, conforme la naturaleza del delito sancionado.

A su vez, la persona que es menor de edad y que ha obtenido un título habilitante para ejercer una determinada profesión, puede hacerlo por cuenta propia, sin necesidad de previa autorización, teniendo la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de dicho ejercicio, pudiendo estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas al mismo, tal como lo dispone el art. 30 del Cód. Civ. y Com.

No puede dejar de señalarse, que la parte que obró con incapacidad de ejercicio para el acto de que se trate, no puede alegarla si obró con dolo, conforme lo dispone la última parte del art. 388 del Cód. Civ. y Com.

La norma antes señalada dispone también que la nulidad referida, solo puede declararse a pedido de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente se autoriza a invocarla a la parte capaz, si es de buena fe y experimentó un perjuicio importante. Puede sanearse la nulidad antedicha, por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción.

Dicha restitución, comprende a los frutos cualquiera sea su naturaleza y a los productos.

Si la cosa objeto de la restitución, se ha perdido o no existe por alguna razón en el patrimonio de la persona capaz, resultará de aplicación lo normado por el art. 730 del Cód. Civ. y Com., pudiendo, entonces, el incapaz emplear los medios legales para que el deudor de la restitución le procure aquello a lo que ha obligado; hacérselo procurar por otro a costa del deudor y obtener de dicho deudor las indemnizaciones correspondientes.

El contratante que adolece de incapacidad no debe por su parte restituir lo percibido. Se ha dicho que tal circunstancia tiene por fundamento la protección de la persona incapaz y un medio para impedir su aprovechamiento contractual y económico por la persona capaz (16). Se trata en este caso de la aplicación del art. 1794 del Cód. Civil, que dispone que “Toda persona que sin causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio, determinado este debe restituir si subsiste la cosa en su poder, al tiempo de la demanda”.

La nulidad referida vuelve las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad conforme lo dispuesto por el art. 390 del Cód. Civ. y Com. y la parte capaz debe restituir lo recibido del incapaz. Este podrá a su vez reclamar de terceros en relación con inmuebles y muebles registrables, conforme lo normado en art. 392 del Código antes citado, que regula los efectos de la nulidad, respecto de cosas registrables y de terceros.

Debe señalarse también que el art. 388 del Código mentado en su última parte, establece que “La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo” y cuyo antecedente inmediato es el art. 1166 del derogado Cód. Civil, que hacía

(16) ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Código Civil y Comercial...*, cit., p. 273.

referencia para excluirlo, al incapaz que fuere menor o cuando el dolo hubiera consistido en el ocultamiento de la incapacidad.

La sentencia que se dicte en un proceso de incapacitación debe pronunciarse sobre el diagnóstico y pronóstico de la dolencia que afecta al paciente, la época en la misma se manifestó, los recursos personales, familiares y sociales existentes y el régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible de la persona.

Esta decisión judicial requiere de manera imprescindible, el dictamen de un equipo interdisciplinario, conforme lo ordena el art. 37 del Cód. Civ. y Com.

IV. La declaración de inhabilitación importa por su parte, la designación de un apoyo que debe asistir a la persona que se inhabilitó por la única razón que subsiste la prodigalidad conforme lo dispuesto por el art. 48 del Cód. Civ. y Com., en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y los demás actos que el juez interviniente fije en su sentencia, debiendo concurrir al otorgamiento de dichos actos e integrar los mismos según nuestro criterio, la persona designada como “apoyo” del respectivo otorgante.

V. Sin perjuicio de las normas de carácter general que hemos señalado antes, corresponde considerar las disposiciones del Capítulo 4 del Título II, del Libro III del Cód. Civ. y Com., que establecen disposiciones particulares en materia de “incapacidad e inhabilidad para contratar”, que consideramos de carácter enunciativo.

Así, el art. 1001 del mencionado Código, establece como regla general que no pueden contratar en interés propio o ajeno, según fuere el caso, los que están impedidos de hacerlo por disposiciones especiales, ni pueden otorgar por persona interpuesta los contratos, cuya celebración está prohibida a determinadas personas.

Además de la regla antes señalada, el art. 1002 en cuatro incisos determina prohibiciones o inhabilidades especiales para contratar en interés propio a: 1) Los funcionarios públicos respecto de los bienes de cuya administración o administración están o hubieran estado encargados; 2) Los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores y sus auxiliares, respecto de los bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido; 3) los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido y 4) los cónyuges bajo el régimen de comunidad, entre sí. Concluye esta disposición disponiendo que los albaceas que no son

herederos no pueden celebrar contrato de compraventa, sobre los bienes de las testamentarias que estén a su cargo.

La consecuencia de infringir las prohibiciones de carácter general y particular señaladas antes, es la nulidad del contrato (17). A su respecto prescribe el art. 1000 del Cód. Civ. y Com., que, declarada la nulidad, la parte capaz no tiene derecho para exigir la restitución o reembolso de lo que ha pagado o gastado, salvo que el contrato hubiera enriquecido a la parte incapaz del contrato o con capacidad restringida, y en la medida de ese enriquecimiento. Esta disposición tiene como antecedente directo la norma del art. 1165 del anterior Cód. Civil y establece una diferencia con lo dispuesto por el art. 390 del Cód. Civ. y Com., que prescribe en materia de efectos de la nulidad, la obligación de las partes del acto declarado nulo, de restituirse mutuamente lo que han recibido.

Por último, el Código Civil y Comercial se refiere en su art. 739 a la acción subrogatoria, y el acreedor podrá ejercer esta en los términos de dicha norma, en caso de omisión de su deudor, si esa omisión afecta el cobro de su crédito.

(17) Puede consultarse LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Frustración, nulidad e Inoponibilidad de los actos jurídicos", LL 1987-D-1154.

CONTRATOS ENTRE CÓNYUGES

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Antecedentes y fundamentos expresados para restringir la contratación entre esposos

Señalaremos muy brevemente que, salvo las donaciones practicadas antes de la celebración del matrimonio, ya en el derecho romano no se aceptaban las efectuadas entre esposos, lo que era así con la finalidad de evitar la transmisión de bienes de una línea familiar a la otra. Aunque sí podían celebrarse entre ellos contratos onerosos, los que con posterioridad también fueron prohibidos, para impedir que de esa forma se encubriera una liberalidad por medio de la simulación de, por ejemplo, una compraventa.

Esas prohibiciones pasaron luego a otros derechos, entre otros, al antiguo derecho francés, mientras que en el derecho español no existían, salvo en Las Partidas con relación a ciertas donaciones, siendo luego admitidas en el Cód. Civil de ese país, sobre la base del proyecto español del año 1851.

Desde la Edad Media, la razón de ser de prohibir la contratación entre los cónyuges fue la de tratar de garantizar que los bienes no salieran de la familia (1). Más adelante, dichas incapacidades fueron establecidas en razón de la dependencia —actualmente inexistente— que antes tenía por ley la mujer con respecto del marido (2); se quiso evitar que mediante el aprovechamiento de la situación de inferioridad jurídica en

(1) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, 2006, t. I, ps. 571 y 572, nro. 464.

(2) Conf. LAGOMARSINO, Carlos A. R., “Compraventa entre cónyuges”, LL 136-1396, I.

la que se hallaba la mujer, el marido la indujera a transferirle bienes (3), o que, ante la amenaza del divorcio, la donación fuese el precio de la paz matrimonial (4).

Aparte de la razón recién expresada, en el Código de Vélez las restricciones se mantuvieron con el objeto principal de impedir que la celebración de contratos entre los cónyuges pudiera causar perjuicios a terceros acreedores de uno de los esposos (5). Lo que era así aun con relación a los esposos con respecto a los cuales se hubiera dictado una sentencia de separación personal (6), ya que tal circunstancia no disolvía el vínculo matrimonial (art. 201 del Cód. Civil). Pero, en cambio, quedaban sin efecto en el supuesto de que se hubiera decretado el divorcio vincular. Jorge Mosset Iturraspe afirmaba al respecto que “se trata de prevenir un posible concierto fraudulento, tanto más probable cuanto que se trata de dos personas ligadas por una relación afectiva que las ha llevado al matrimonio y a la integración de la sociedad conyugal, compartiendo autoridad, derechos, deberes y responsabilidades” (7). Además, las restricciones para contratar tenían también por objeto evitar que pueda alterarse el régimen patrimonial imperativo —imbuido de orden público— establecido en el Cód. Civil entre los esposos (8), prohibiéndose, entre otros acuerdos, todo pacto que pudiera significar una renuncia con relación a los derechos sobre los bienes gananciales. En tal sentido, luego de enumerar en el art. 1217 las convenciones matrimoniales que los esposos podían pactar antes de la celebración del matrimonio, en los dos artículos siguientes se disponía que “toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de

(3) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, Buenos Aires, 2004, p. 35.

(4) BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, 8ª ed., Buenos Aires, 2008, t. 2, p. 40, parágr. 319, a).

(5) Véase al respecto, entre otros, VARELA DE MOTTA, María Inés, *Manual de derecho de familia*, 2ª ed., Montevideo, 1998, ps. 128 y ss. Como también, MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “¿Por qué, para qué y hasta cuándo las prohibiciones contractuales entre cónyuges?”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 42, p. 73, d.5.

(6) Conf., MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedades entre cónyuges: análisis de cuestiones no resueltas”, ED 206-1038-III.

(7) “Compraventa entre cónyuges disuelta la sociedad conyugal”, en *Derecho de Familia, Libro Homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, 1991, p. 258.

(8) Véase, al respecto, BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, 7ª ed., Buenos Aires, 2016, p. 217, parágr. 268.

la sociedad conyugal, es de ningún valor, y que ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio; ni el que se hubiere hecho antes, podrá ser revocado, alterado o modificado” (arts. 1218 y 1219). Esta última norma se refería a los contratos posteriores al matrimonio, mientras que los arts. 1217 y 1218 contemplaban el supuesto de los convenios entre esposos antes de su celebración.

Aparte de lo cual, se entendía que si los cónyuges pudieran transmitirse entre ellos con absoluta libertad bienes de su propiedad, podría llevar a “defraudar” a sus herederos, como ocurriría — en el ejemplo puesto por María Josefa Méndez Costa— con respecto a los hijos extramatrimoniales o de un matrimonio anterior del marido difunto que hubiera donado sus bienes a su segunda esposa, en la sucesión de la cual aquellos no recibirían bien alguno; aunque como aclara dicha autora, dichos hijos estarían protegidos en su legítima por la acción de reducción (9).

Por otra parte, como fundamento de las restricciones en cuestión se ha remarcado el conflicto de intereses ínsito en todo negocio jurídico, que implica la posibilidad, al estar los esposos colocados en situación de deudor y acreedor, de tener que enfrentarse en acciones judiciales de carácter patrimonial, lo cual es altamente inconveniente con respecto tanto al régimen patrimonial del matrimonio, como también con la idea de familia, en la que debe reinar la unidad y la complementariedad entre sus integrantes (10).

Debemos, sin embargo, puntualizar que en razón de que al no haber Vélez establecido una norma general prohibitiva de los contratos entre los esposos, los cónyuges se encontraban autorizados para concluir aquellos contratos que no se hallaban expresamente prohibidos, lo cual era así en razón de que, además de que las incapacidades de derecho deben ser expresas, las mismas deben ser interpretadas en forma restrictiva, por restringir la capacidad y la libertad de las personas (11). Con respecto a lo cual se resolvió que “si no existe una prohibición expresa

(9) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “¿Por qué, para qué...?” cit., ps. 70 y ss., c).

(10) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 36; SALERNO, Marcelo U., “Contratos entre cónyuges”, en AA.VV., *Enciclopedia de derecho de familia*, Buenos Aires, 1991, t. I, ps. 638 y ss.

(11) Conf., ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 576, nro. 466, a); FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 36; LAGOMARSINO, Carlos A. R., “Compraventa entre cónyuges”, cit., LA LEY, 136-1397; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “¿Por qué, para qué...?” cit., p. 67.

o si el fundamento del contrato no repugna a los principios legales en que se funda el régimen patrimonial, no es posible hacer pesar sobre los cónyuges una verdadera incapacidad de derecho, como es la de no poder contratar entre ellos” (12).

Pero no obstante lo hasta aquí dicho, Azpiri afirmaba antes de la reforma, con fundamento en la plena capacidad jurídica de la que ya en ese entonces gozaba la mujer casada, que la prohibición de celebrar ciertos contratos entre los esposos, que establecía el Código de Vélez, era algo anacrónico, aparte de provocar —según decía dicho autor— no pocas dificultades interpretativas (13). Esa doctrina llevó a que en el Anteproyecto del Cód. Civ. y Com. se permitieran los contratos entre cónyuges, cosa que, como veremos, fue modificado por el Congreso, que mantuvo —y amplió— las prohibiciones que contenía el Cód. Civil. No obstante, no se entienden con claridad los motivos que llevaron a mantenerlas, puesto que las mismas solo fueron establecidas para los esposos bajo el régimen de comunidad de bienes, pero no para los que optaron por el régimen de separación, que también pueden celebrar actos entre ellos en perjuicio de sus acreedores.

II. LA SITUACIÓN ESTANDO VIGENTE EL CÓDIGO CIVIL

Durante la vigencia del Cód. Civil no existía una disposición que con un alcance general permitiera o prohibiera que los cónyuges contrataran entre ellos. Había contratos prohibidos y otros permitidos, existiendo, asimismo, determinados supuestos en los que había dudas sobre la posibilidad de realizar ciertos contratos entre los mismos. A todo ello haremos seguidamente referencia.

II.1. Contratos prohibidos

Varias eran las normas que establecían en forma expresa ciertas prohibiciones para contratar entre los esposos. Ellas eran:

(12) CNCiv., sala D, ED 57-567.

(13) *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 55, parágr. 7. Conf. MIZRAHI, Mauricio L., “Hacia una reforma del régimen patrimonial del matrimonio”, en AA.VV., *Derecho de Familia. Libro en Homenaje a María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, 1991, ps. 288 y ss., b).

II.1.1. Compraventa

II.1.1.1. El principio general y los fundamentos de la prohibición

Entre las prohibiciones de contratar entre cónyuges, cabe, en primer lugar, recordar que el art. 1358 del Cód. Civil establecía que “el contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos”. Tampoco podía celebrarse el contrato de compraventa por interpósita persona, lo cual también se encontraba dentro de la prohibición legal, ya que, de celebrarse, la norma recién transcrita se vería violada en forma indirecta (14).

Aparte de lo más arriba expresado, la razón de la prohibición era, según manifestaba particularmente la doctrina con relación a la compraventa, que bajo la apariencia de un contrato de ese tipo —de carácter oneroso, por tanto—, se encubría una liberalidad (15), perjudicando a los herederos legitimarios (16), o más bien, diríamos, una donación, que, como más adelante veremos, se encontraba prohibida entre los esposos, conforme resultaba de lo normado en los arts. 1807 inc. 1º y 1820 del Cód. Civil (17).

II.1.1.2. Excepciones a la prohibición

No obstante, la clara disposición establecida en el art. 1358, había autores que, contra una interpretación exegética de la norma, oponían razones pragmáticas, las que llevaban, por de pronto, a admitir la existencia de excepciones al principio general que resulta de dicha norma. Entre las cuales, Mosset Iturraspe —que, en razón de la capacidad plena de la mujer casada, afirmaba que no se debía hacer una aplicación extensiva de las prohibiciones de contratar entre los esposos— mencionaba los casos en que la venta tendía a poner fin a un estado de indivisión hereditaria o a liquidar un condominio, así como también las hipótesis de

(14) Conf., SALERNO, Marcelo U., “Contratos entre cónyuges”, cit., p. 632, nro. 9.

(15) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 40; MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, t. 2, p. 345, parágr. 376, a); ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., ps. 654 y ss., parágr. 520.

(16) VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, 3ª ed., 6ª reimpr., Buenos Aires, 2005, p. 308, parágr. 274. Señala dicho autor que a la prohibición del art. 1358, se le suma la contenida en el inc. 2º del art. 1361, en el supuesto de que uno de los esposos sea curador del otro.

(17) Conf., SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., act., Buenos Aires, 1957, t. I, p. 313.

venta en subasta pública por disolución de la sociedad conyugal y por ejecución judicial (18).

Mazzinghi coincidía con la excepción resultante de la venta en subasta pública, que no estaba expresamente contemplada en el art. 1358 y a la cual, decía, no le alcanzaba por analogía la prohibición de la venta forzosa a que aludía el art. 1361, en cuyos siete incisos no se encontraban enumerados los cónyuges. Nada impide, agregaba Mazzinghi, que, si uno de los esposos es ejecutado por un tercero y a consecuencias de la ejecución sale a la venta en remate uno de sus bienes, el otro lo adquiera en la subasta pública con la finalidad de evitar que el bien salga del ámbito familiar (19). Además, dicho autor extendía la excepción a la venta en remate público no judicial, dado que constituye una oferta a persona indeterminada, siendo las especies adjudicadas al mejor postor, no presentándose tampoco en ese caso, afirmaba, los riesgos que podían implicar la compraventa entre esposos.

Se ha resuelto al respecto que “la prohibición de contratar entre esposos deja de funcionar cuando uno de los cónyuges compra en remate público con motivo de procederse a la disolución de la sociedad conyugal. La publicidad del acto y la concurrencia de otros postores son garan-

(18) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Compraventa entre cónyuges disuelta la sociedad conyugal”, en AA. VV., *Derecho de familia. Libro en homenaje a María Josefa Méndez Costa*, cit., ps. 258 y 260; CNCiv., sala A, LL 1986-E-155; ídem, LL 1987-C-307; ídem, sala C, LL 1982-B-82; ídem, ED 69-250; ídem, sala D, LL 63-124; CCiv. 2ª Cap., JA 36-1431; CNCom., Cap., ED 68-298. Conf. en cuanto a que la prohibición no rige en el supuesto de que la compra se haga en subasta pública, LAGOMARSINO, Carlos A. R., “Compraventa entre cónyuges”, cit., LL 136-1401, 10; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 656, parágr. 520; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 41; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, 10ª ed., act. por Guillermo Borda (h), Buenos Aires, 2008, t. I, ps. 344 y ss., nro. 416; VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 309, parágr. 274; ESCRIBANO, Carlos, “Las hijuelas conyugales desaparejas”, LL 1989-B-888, VIII, a); PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, 1ª ed., Buenos Aires, 2006, t. I, p. 863, b.1.; SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino...*, cit., p. 313, nro. 450, 2º, quien fundamenta su opinión en el hecho de que la concurrencia al remate de diversos interesados —además de la publicidad del acto— constituye una garantía suficiente contra los fraudes que la ley desea impedir. Dicho autor también admite como excepción el supuesto de la adquisición del inmueble por vía de adjudicación o licitación al ser liquidado un condominio existente entre los esposos.

(19) *Tratado de derecho de familia*, 4ª ed., cit., t. 2, p. 346, parágr. 376. Conf., MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, Santa Fe, 2004, p. 20, 3); SALERNO, Marcelo U., “Contratos entre cónyuges”, cit., p. 634, b). Contra, BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, ps. 44 y ss., parágr. 319, b).

tía suficiente contra la posibilidad de encubrir una donación o perjudicar a los acreedores” (20).

Nosotros pensábamos que no había inconveniente en que uno de los esposos adquiriera un bien perteneciente al otro cuando la venta era de carácter forzoso —en virtud de una ejecución—, o con motivo de la disolución de la sociedad conyugal, pero no en otros supuestos distintos. Es que el hecho de que la venta en remate no judicial constituya una oferta a persona indeterminada, y que el bien sea adjudicado al mejor postor, no obstaba a nuestro juicio, para que los esposos se pusieran de acuerdo para comprar uno de ellos sí o sí el bien del otro, a cualquier precio, pudiendo de tal manera constituir una maniobra por parte del esposo titular del mismo, para defraudar a sus acreedores por medio del vaciamiento de su patrimonio (21).

II.1.1.3. La situación en los casos de separación personal y de divorcio

Pero sin perjuicio de la existencia de las excepciones aludidas, Mosset Iturraspe también afirmaba que la prohibición contemplada en el art. 1358 no regía en los supuestos de separación personal o de divorcio, debido a que en dichas situaciones no se podría afirmar que pudiera existir entre los esposos —o entre quienes lo fueron— una confabulación para defraudar a terceros, que era precisamente lo que se quería evitar con la prohibición que establecía la ley (22). Agregaba Mosset Iturraspe que, a su juicio, esos supuestos no se encontraban contemplados en el art. 1358, que si se refería a “la separación judicial de los bienes”, solo lo hacía teniendo en vista el contenido de la primitiva redacción del art. 1294 del Cód. Civil, que permitía que la mujer pudiera requerir la separación de los bienes “cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios, o cuando hubiese hecho concurso de acreedores”. Lo que en realidad importa a los efectos de la prohibición de celebrar el contrato de compraventa —decía Mosset Itu-

(20) CNCiv., sala D, LL 63-123.

(21) Conf., PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 864, b.2.

(22) “Compraventa entre cónyuges disuelta la sociedad conyugal”, cit., p. 260. Conf. BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, cit., p. 157; CNCiv., sala E, ED 98-468, con nota aprobatoria de CAPPARELLI, Julio César, “La compraventa entre cónyuges divorciados. Un fallo esclarecedor”; PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, ps. 862 y ss., b). Conf. en cuanto a que la prohibición no rige en el supuesto de separación personal, FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., ps. 40 y ss.; CNCiv., sala E, LL 1982-C-117.

rraspe— es la subsistencia de la sociedad conyugal, tal como estableció el art. 1098 del Anteproyecto de Cód. Civil de 1954, donde se decía que “mientras subsista la sociedad conyugal el contrato de compraventa no puede tener lugar entre esposos, salvo que se efectúe en pública subasta, previa autorización judicial” (23).

También Zannoni se pronunciaba en el sentido de la procedencia de la celebración del contrato de compraventa entre cónyuges separados judicialmente, y manifestaba que luego de la sentencia de separación personal y de la consiguiente disolución de la sociedad conyugal, hay algo mucho más profundo que una mera separación de bienes, ya que la convivencia ha cesado y el deber de cohabitar se ha extinguido, lo que hacía innecesaria la prohibición (24). Al igual que Zannoni, tanto Lagomarsino (25) como Mazzinghi (26), afirmaban que el art. 1358 del Código debía ser interpretado en el sentido de que dicha norma no prohibía la celebración del contrato de compraventa a los esposos con sentencia de separación personal, sino únicamente con relación a los que se encontraran separados de bienes.

Nosotros también pensábamos que en el supuesto de separación personal parece difícil que se presente la hipótesis de la defraudación a terceros. No obstante lo cual, decíamos que el hecho de haber optado por esa alternativa en lugar de por el divorcio, podría ser interpretado en el sentido de que la situación entre los esposos no se hallaba tan deterio-

(23) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Compraventa entre cónyuges disuelta la sociedad conyugal”, en AA. VV., *Derecho de Familia, Libro en Homenaje a María Josefa Méndez Costa*, cit., p. 260. Señala, además, Mosset Iturraspe que cuando el legislador quiso referirse a la hipótesis de divorcio, lo hizo en forma expresa, tal como resulta del art. 3969 del Cód. Civil.

(24) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, ps. 655 y ss., parágr. 520. En el fallo antes citado de la CNCiv., sala E, ED 98-468, se afirma que la prohibición establecida en el art. 1358 obedece a la necesidad de evitar que por la confabulación de los cónyuges se pudiera alterar el régimen patrimonial del matrimonio y vulnerar de tal manera los derechos de los terceros, y al temor de que la influencia que pudiera ejercer el marido sobre la mujer funcionara como fuente de enriquecimiento de aquel. En el fallo se consideró que la prohibición de contratar entre cónyuges separados judicialmente constituía una restricción excesiva y sin mayor justificación, no pareciendo razonable —se dijo— presumir que quienes por sus desavenencias no pudieron mantener una convivencia normal, se confabulen para defraudar a terceros.

(25) LAGOMARSINO, Carlos A. R., “Compraventa entre cónyuges”, cit., LL 136-1399, 7. En realidad, Lagomarsino se refiere a los esposos divorciados, pero efectúa el análisis estando vigente la ley 2393, en que el divorcio tenía similar alcance al de la actual separación personal.

(26) *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 345, parágr. 376, b).

rada como para adoptar una solución como la de divorciarse, que parece más definitiva. También podía pensarse que lo que en realidad quisieron los esposos con la separación personal era eludir, ya sea la prohibición del art. 1358, o alguna otra, en especial si se tenía en cuenta la facilidad con la que la separación podía ser dejada sin efecto, mediante la reconciliación (art. 234, Cód. Civil). Lo expresado y el hecho de que, en definitiva, no obstante haberse dictado una sentencia de separación personal, los esposos continuaban siendo marido y mujer, hacía que concluyéramos en que la prohibición legal debía mantenerse en el supuesto de que se hubiera dictado una sentencia de separación personal (27). Distinta era la solución que a nuestro juicio correspondía, en el supuesto de que los esposos estuvieran divorciados, en que entendíamos que la prohibición ya no subsistía (28). Como tampoco subsistía en el caso de que se hubiera decretado la nulidad del matrimonio, por cuanto la misma borra la relación conyugal (29).

II.1.1.4. Supuesto del boleto de compraventa suscripto a favor de la persona con la cual el vendedor contrae matrimonio antes del otorgamiento de la escritura

Un supuesto particular lo constituía el caso de que el vendedor hubiera suscripto un boleto de compraventa de un inmueble a favor de una persona que no era su cónyuge, pero con quien contraía matrimonio antes de otorgada la escritura traslativa de dominio, que de acuerdo con

(27) Conf. LAFAILLE, Héctor, *Curso de contratos*, Buenos Aires, 1927, t. II, p. 25, nro. 40; LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 3ª ed., Buenos Aires, 1931, coment. al art. 1358, p. 60, I; BAIGORRI WALKER, Carlos M., "División, liquidación y adjudicación de bienes gananciales por partición notarial", LL 1986-B-787; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "Partición de gananciales: negocio jurídico único", LL 1986-E-162 y ss.; BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2I, ps. 43 y ss., nro. 319; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, p. 346, nro. 417; y *Tratado de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, 1961, t. I, p. 30, nro. 25, donde, sin embargo, afirma que la restricción le parece excesiva, debido a que, a su juicio, después que la separación de bienes ha ocurrido, no resulta razonable mantener la prohibición legal.

(28) Conf., entre muchos otros, ESCRIBANO, Carlos, "Las hijuelas conyugales desaparejas", cit., LL 1989-B-887, VII; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, p. 346, nro. 417; VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 308, parágr. 273; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 33, b); BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 44, parágr. 319.

(29) Conf., BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, ps. 353, nro. 426; VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 308, parágr. 273.

lo normado en el art. 1184, inc. 1º del Cód. Civil, constituía un requisito ineludible para transmitir la propiedad del mismo.

En un fallo del año 1961, la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió acertadamente una situación de esa naturaleza, al decidir que la transferencia del dominio del inmueble no era nula; afirmó el Tribunal al respecto que “dado el carácter consensual del contrato de compraventa, queda concluido desde que las partes manifestaron recíprocamente su consentimiento. La firma de la escritura pública, impuesta imperativamente por la ley, es solo un requisito de forma vinculado con la prueba de la convención” (30).

Por nuestra parte, aunque como recién señalamos, concordábamos con la solución a la que se arribó —puesto que, encontrándose el vendedor obligado por el boleto de compraventa, debe cumplir dicha obligación, a lo cual no puede obstar la celebración del casamiento posterior al boleto y antes del otorgamiento de la escritura—, no estábamos de acuerdo con el fundamento, ya que la escritura pública constituía —como también lo es actualmente— un requisito constitutivo del acto. Lo cual resultaba de lo que dispone el art. 1185 del Cód. Civil.

II.1.2. Donación

II.1.2.1. Las normas que prohibían la donación entre esposos

Asimismo, el Cód. Civil prohibía celebrar el contrato de donación entre los esposos. En efecto, de acuerdo con el inc. 1º del art. 1807, “no pueden hacer donaciones: 1º Los esposos el uno al otro durante el matrimonio”, disponiendo a su vez el art. 1820 que “las donaciones mutuas no son permitidas entre esposos”.

Asimismo y con la finalidad de evitar las donaciones indirectas de uno de los esposos al otro, el inc. 1º del art. 1807 también prohibía las donaciones por parte de “uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o las personas de quien este sea heredero presunto al tiempo de la donación”, habiéndose resuelto al respecto que

(30) LL 106-42, con nota aprobatoria en cuanto a la solución arribada, de RACCIATTI, Hernán, “Momento de la perfección del contrato de compraventa de bienes inmuebles celebrados por instrumento particular”. Conf. con la solución, ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 656, parágr. 520; VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 309, parágr. 274; BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 44, parágr. 319; SALERNO, Marcelo U., “Contratos entre cónyuges”, cit., p. 633, a).

“al decretarse la nulidad de la donación de un cónyuge al hijo del otro en virtud de una de las hipótesis contempladas por el art. 1807, inc. 1º, se respeta una prohibición legal (incapacidad de derecho que compromete el orden público) basada en que la ley presume que el donatario es un prestanombre y que el verdadero destinatario de la liberalidad es el cónyuge de su progenitor” (31).

Afirmaba Méndez Costa que la eficacia práctica de la prohibición dispuesta en el art. 1807 quedaba reducida a la donación de inmuebles o de cosas muebles registrables (32). Es que, en la práctica, la prohibición de la donación entre esposos no era difícil de transgredir, en particular cuando la misma se producía sobre otros bienes que los inmuebles, o los muebles o derechos registrables.

Queremos, asimismo, señalar que Radzyminski ha afirmado que la prohibición impuesta a los esposos en el art. 1807 del Código suscitaba no pocas vacilaciones con respecto a la constitucionalidad de una medida de esas características, recordando al respecto que en Italia dicha prohibición ha sido reputada por la Corte Constitucional en un fallo del mes de junio de 1973, que era constitucionalmente ilegítima (33).

II.1.2.2. Las causas de la prohibición

Aparte de lo ya expresado al respecto, solía afirmarse que el motivo de la prohibición radicaba en la posibilidad de que uno de los cónyuges utilizara la influencia que pudiera tener sobre el otro para enriquecerse a costa de este último (34) —se creía que, por lo general, a costa de la mujer, a la que se le atribuía una sujeción hacia el marido—, lo que en la actualidad resulta difícil de sostener, dado el cambio que se ha producido al respecto en las costumbres, gozando por otra parte desde hace ya tiempo ambos esposos de plena capacidad civil.

Mazzinghi afirmaba sobre el tema que las circunstancias del matrimonio han variado, por lo que el propósito tuitivo de la norma perdió un

(31) CNCiv., sala A, ED 183-681. En otro caso se decretó la nulidad de la donación de uno de los esposos a una sociedad que integraba junto con su cónyuge, para luego la sociedad donarle el bien a este último (CCiv. y Com. San Isidro, sala II, LL 2003-B-372).

(32) *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 19.

(33) RADZYMINSKI, Alejandro P., “Ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio en el derecho internacional privado argentino”, ED 156-895, nota 114.

(34) Véase al respecto, BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2I, p. 41, parágr. 319.

cierto interés, no obstante lo cual —agregaba—, la donación entre cónyuges no constituye un contrato que interese estimular (35).

II.1.2.3. La situación en los casos de separación personal y de divorcio

Al igual que en el supuesto de la compraventa, oportunamente hemos sostenido que la prohibición se mantenía aún en el supuesto de que se hubiera dictado una sentencia firme de separación personal. Pero no, en cambio, si los cónyuges se hubieran divorciado, por cuanto en ese caso dejan de ser esposos, cosa que no ocurría en la separación personal.

II.1.2.4. Con respecto a la donación entre los esposos para después de la muerte

También se ha sostenido la posibilidad de la donación entre los esposos para después de su muerte, acto que no se encontraba permitido con el alcance de un contrato, por cuanto como disponía el art. 1790 del Cód. Civil, tal declaración de voluntad será nula como contrato, y valdrá solo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos. De más está señalar la diferencia entre ambos actos, entre las cuales señalamos la unilateralidad del acto testamentario, el cual, además, es esencialmente revocable (36).

Cabe señalar que el supuesto aquí contemplado difería del legislado en el inc. 4º del art. 1217 del Cód. Civil, por cuanto este último constituía, en el Código de Vélez, una de las convenciones prematrimoniales admitidas en el Código, que, con posterioridad fue derogada.

II.1.2.5. En cuanto a las liberalidades y a los regalos de costumbre

Recordamos a todo evento que el Cód. Civil no consideraba donaciones a las liberalidades que enumeraba el art. 1791 (37), ni lo que el

(35) *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 343, parágr. 375, 3.

(36) Conf., MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 344, parágr. 375, c).

(37) Esta norma disponía que “no son donaciones:... 2º La renuncia de una hipoteca, o la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor esté insolvente; 3º El dejar de cumplir una condición al que esté subordinado un derecho eventual, aunque en la omisión se tenga la mira de beneficiar a alguno; 4º La omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella; 5º El dejar de interrumpir una prescripción para favorecer al propietario... 7º El servicio personal gratuito, por el cual el que

art. 3480 llamaba regalos de costumbre, por lo que podían practicarse entre los esposos (38). Afirmaba Perrino que la condición para que un regalo sea considerado como un presente de uso y, como consecuencia se considerase exceptuado de la prohibición establecida para las donaciones entre esposos, era que “su monto resulte módico en función de los ingresos del matrimonio, y tenga como finalidad la expresión del amor hacia el otro cónyuge y no procurar su enriquecimiento...” (39).

Mazzinghi señalaba acertadamente que ello debía evaluarse sobre la base del contexto económico del matrimonio, pues lo que para unos puede ser un regalo de poca importancia, para otros puede constituir una donación significativa, debiendo la interpretación ser amplia y admitirse la validez de las donaciones que no traspongan el límite de habitualidad y razonabilidad que, en caso de discrepancia al respecto, debía ser determinado por el juez. Decía, asimismo, dicho autor que el pago por uno de los esposos de deudas de su cónyuge, no debía ser considerado como una donación, afirmación con la que coincidimos (40).

II.1.3. Cesión de derechos y permuta

También se prohibía celebrar entre los esposos el contrato de cesión de derechos, al cual, cuando “fuese cedido por un precio en dinero, o rematado, o dado en pago, o adjudicado en virtud de ejecución de una sentencia”, se le debían aplicar las normas del contrato de compraventa (art. 1435); y si la cesión fuese gratuita, se le aplicaban las disposiciones sobre la donación (art. 1437).

Además, el art. 1441 establecía que “no puede haber cesión de derechos entre aquellas personas que no pueden celebrar entre sí el contrato de compra y venta”. Tampoco podían los cónyuges cederse entre sí derechos hereditarios, pues la capacidad que se requería para celebrar

lo hace acostumbra pedir un precio; 8º Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente; pero no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas”.

(38) Conf., VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 309, parágr. 274; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., ps. 18 y ss.

(39) *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 862, a.2.

(40) *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 343, parágr. 375, b), 1.

un convenio de esa naturaleza era la misma que se exigía para ceder un crédito (41).

Asimismo, no podían los esposos celebrar entre sí el contrato de permuta, por cuanto de acuerdo con lo normado en el art. 1490, “no pueden permutar, los que no pueden comprar y vender”; aparte de lo cual, en todo lo que no se haya determinado especialmente en el capítulo de la permutación, esta se regía “por las disposiciones concernientes a la venta” (art. 1492).

II.1.4. Dación en pago

Uno de los esposos no podía hacer al otro una dación en pago, por cuanto esta debía ser juzgada por las reglas de la cesión de derechos o de la compraventa, según que lo que se dé en pago fuese un crédito o una cosa, respectivamente (arts. 780 y 781), estando dichos actos prohibidos entre los cónyuges.

Aclaraba Mazzinghi que la prohibición de celebrar entre los esposos una dación en pago, regía únicamente durante la vigencia de la sociedad conyugal, pero no cuando se disolvía, circunstancia en que, a su juicio, dicho contrato podía ser celebrado entre los mismos, siendo en la práctica utilizado frecuentemente en los procesos de liquidación de la sociedad conyugal (42). Análogamente, Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda señalaban que las restricciones establecidas con relación a la cesión, permuta, dación en pago, etc., cedían cuando luego de disuelta la sociedad conyugal, los cónyuges llegaban a un acuerdo para su liquidación, pues dentro de ese marco —decían— resultan admisibles los actos referidos (43).

II.1.5. Usufructo

Tampoco es posible constituir entre cónyuges el derecho real de usufructo por contrato oneroso o gratuito sobre cosas no fungibles, ya que de acuerdo con el art. 2831 del Cód. Civil, para constituir ese derecho real, se debía tener capacidad, y no la tenía quien no la tuviera para vender (si

(41) Conf., MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 19, 2); FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 41.

(42) *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 347, parágr. 378. Conf., ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 671, parágr. 530.

(43) *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 41.

el contrato era oneroso) o para donar (si el mismo era gratuito), y, como hemos visto, el esposo no podía vender ni donar bienes a su cónyuge (44).

Asimismo, la prohibición de celebrar el contrato de compraventa entre esposos, le impedía a uno de ellos constituir a favor del otro un usufructo sobre bienes muebles o inmuebles, por contrato oneroso o disposición onerosa de última voluntad (art. 2836) (45).

II.1.6. Servidumbres

Recordamos, asimismo, que los esposos no podían entre ellos establecer o adquirir servidumbres, pues la capacidad requerida a esos efectos era “regida por las disposiciones establecidas para establecer o adquirir el derecho de usufructo” (art. 2979) (46).

II.1.7. Renta vitalicia

Como regla general, el contrato de renta vitalicia (47) no podía celebrarse entre los esposos, por cuanto, de ser oneroso, implicaría la transferencia de bienes entre ellos, lo que se encontraba prohibido; expresamente disponía el art. 2073 del Cód. Civil en su segunda parte, que “tiene capacidad para constituir una renta vitalicia por venta que hiciere de cosas muebles o inmuebles, el que la tuviera para venderlas; y tiene capacidad para obligarse a pagarlas, el que la tuviere para comprar”.

Tampoco podía dicho contrato celebrarse entre los cónyuges, aunque fuera gratuito, por cuanto de tal manera se estaría celebrando entre ellos una donación, que, como más arriba hemos visto, se encontraba expresamente prohibida (48).

(44) Conf., MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 21, 5).

(45) BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 50, parágr. 321, f).

(46) Conf., BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 50, parágr. 321, f).

(47) De acuerdo con lo establecido en el art. 2070 del Cód. Civil, dicho contrato se constituye cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciable en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos individuos, designados en el contrato.

(48) Conf., MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, ps. 346 y ss., parágr. 377; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 671, parágr. 529; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. 1, p. 353,

Sin embargo, como excepción, el contrato de renta vitalicia oneroso entre esposos era posible cuando era practicado por medio de la entrega en mutuo de una suma de dinero, por cuanto en tal caso la capacidad requerida era la de hacer empréstitos, para lo cual se encontraban capacitados los cónyuges (art. 2073) (49). Por su parte, Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda afirmaban que el contrato de renta vitalicia sería válido si la renta hubiera sido establecida como una forma de instrumentar la obligación asistencial y alimentaria dispuesta por el art. 198 del Cód. Civil (50); con lo cual concordábamos, aunque ello era así, siempre que el monto de la renta convenida fuera adecuado, en comparación a lo que razonablemente se hubiera fijado judicialmente como monto de la cuota alimentaria, de acuerdo con las circunstancias del caso.

Por otra parte, cabe señalar que no había inconveniente en que un tercero diera el precio a uno de los esposos, para que este pagara una renta a su cónyuge, por cuanto ese supuesto equivalía a una donación de un tercero a uno de los esposos (51).

II.1.8. Fideicomiso

Tal como resultaba del art. 1º de la ley 24.441, habrá contrato de fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra persona (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

Dicho contrato era válido si uno de los cónyuges era fiduciante y el otro, fiduciario, pues el dominio de los bienes no se transmite al fiduciario en forma plena, sino temporaria, a lo que no obsta que el fiduciario pueda usar y gozar de las cosas transmitidas. También lo era, si uno de

nro. 424; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 19, 2); SALERNO, Marcelo U., "Contratos entre cónyuges", cit., p. 631; PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 870, nro. 644.

(49) Conf., BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 50, parágr. 321, h); VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 312, parágr. 275.

(50) *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 42.

(51) BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 50, parágr. 321, h). Conf., VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 312, parágr. 275; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 30, 6).

los esposos era fiduciario y el otro, beneficiario o fideicomisario, pues la cosa no le pertenece en propiedad al fiduciario.

Pero no era válido, en cambio, en el supuesto de que el fiduciante era uno de los esposos, y el fiduciario debía transmitir en un determinado momento la propiedad de los bienes al cónyuge de aquel, pues en tal caso se produciría una transmisión de bienes por parte de uno de los cónyuges al otro, en clara violación a lo normado en los arts. 1218, 1219, 1437, y 1807 inc. 1º del Cód. Civil (52). No obstante, Méndez Costa exceptuaba de la prohibición el supuesto de que no existiera gratuidad, como ocurriría en el caso de que el contrato tuviera como finalidad cumplir con la obligación alimentaria o saldar una deuda emergente de responsabilidad civil (53), lo cual parecía admisible.

II.1.9. Otros actos excluidos

II.1.9.1. Prescripción

Por otra parte, y aun cuando no constituía un supuesto de incapacidad de derecho, debemos, asimismo, recordar que de conformidad a lo establecido por el art. 3969 del Cód. Civil, “la prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes y”, agregaba dicha disposición, “divorciados por autoridad competente”. La norma, que formaba parte de la redacción originaria del Código, se refería al divorcio sin disolución del vínculo, o sea, lo que luego fue denominado “separación personal”. Por lo que entendíamos que en el supuesto de que los esposos se hubieran divorciado, el art. 3969 resultaba inaplicable, en razón de que en tal caso ya habían dejado de ser marido y mujer.

No obstante, en un caso resuelto con fecha 2 de julio de 2006 por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, se computó el plazo de la prescripción adquisitiva de un inmueble producida entre cónyuges, desde la fecha en que se acordó entre los mismos adjudicar a la esposa el 100% del mismo, de carácter ganancial (expresamente se afirmó en el convenio que desde ese momento la esposa era la única propietaria del inmueble), estando en esa fecha separados de hecho y tramitando entre ellos un divorcio con fundamento en el art. 67 bis de la

(52) Conf., FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 46.

(53) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 19, 2).

ley 2393, o sea, un divorcio no vincular (54). Entre otros conceptos, en el fallo se afirmó que “la suspensión del curso de la prescripción de las acciones entre esposos tiene un sentido razonable y justas finalidades que llenar, en tanto subsiste la convivencia y el vínculo matrimonial se mantiene incólume; pero una vez producida la separación de hecho y abiertas las hostilidades, incluyendo acciones judiciales como las tendientes a obtener el divorcio y la separación de bienes, desaparece la razón de ser de la norma. Ambos cónyuges deben quedar en libertad para incoar y hacer valer entre ellos las acciones y derechos que les asisten”.

II.1.9.2. El cónyuge se encuentra entre los acreedores excluidos para solicitar la quiebra

El art. 81 de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, que sigue lo dispuesto por el art. 88 de la ley 19.551, enumera, entre los acreedores excluidos para solicitar la quiebra, al cónyuge, obviamente, del presunto fallido.

II.2. Contratos permitidos

Tal como veremos a continuación, varios eran los contratos que los esposos podían celebrar entre sí, pudiendo afirmarse que el principio general en esta materia consistía en que, salvo los contratos que estaban expresa o implícitamente prohibidos, los restantes podían ser celebrados entre los cónyuges.

II.2.1. Mandato

Los esposos podían celebrar entre sí el contrato de mandato, el cual, sostiene Méndez Costa, “exterioriza y fortalece la confianza que debe reinar entre los consortes y es de indiscutible utilidad práctica” (55).

Expresaba al respecto el párr. 3º del art. 1276 del Cód. Civil, que “uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los ganancias cuya administración le esté reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandatario no tendrá obligación de ren-

(54) Derecho de familia. RDF 2007-I-21, con nota aprobatoria de BÍSCARO, Beatriz R. - SANTÁNGELO, María Victoria, “Algo más sobre la validez de los convenios (A propósito de la aplicación de la prescripción adquisitiva entre cónyuges)”.

(55) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Mandato entre cónyuges”, JA, 1971, Secc. Doctr., p. 311.

dir cuentas". La norma era amplia, pudiendo el mandato ser conferido no solo para actos de administración y disposición, sino también para la realización de otros actos en general, como podría ser, entre otros, la representación en juicio. Además, el mismo podía ser expreso o tácito (56).

Señalamos, por último, que ya en el Código de Vélez se había permitido la celebración entre los esposos del contrato de mandato, tal como resultaba de los arts. 189 y 1281 del Cód. Civil.

II.2.2. Fianza

Al no existir una prohibición expresa, ni tampoco una razón plausible para prohibir el contrato de fianza, uno de los esposos podía constituirse en fiador de obligaciones asumidas por el otro. Lo que era así, decía Borda, porque el contrato de fianza se concierta entre el fiador y el tercero acreedor (57).

Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda señalaban la posibilidad —aunque lo consideraban un caso poco usual— de que uno de los esposos fuera fiador de las obligaciones asumidas por un tercero a favor del otro cónyuge (58). Con lo cual no estábamos de acuerdo, por cuanto si uno de los esposos garantizaba a favor de su cónyuge el cumplimiento de las obligaciones asumidas hacia el mismo por un tercero, se estaba configurando un contrato gratuito entre esposos, lo que se encontraba prohibido (59).

II.2.3. Mutuo y usufructo sobre cosas fungibles

Tampoco existía prohibición legal alguna de celebrar entre los esposos un contrato de mutuo, por lo que podían celebrarlo, aunque, a nues-

(56) Conf., entre otros, PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 871, nro. 645, a).

(57) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, p. 353, nro. 425. Conf., VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 312, parágrafo 275; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 30, 7); BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 49, parágrafo 321, e); PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 871, nro. 645, b).

(58) *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 38. Conf., ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 672, parágrafo 531, b); BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 49, parágrafo 321, e).

(59) Conf., BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, p. 353, nro. 425; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 19, 2); PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 871, nro. 645, b).

tro juicio, no resulta una situación que pueda ser considerada precisamente como ideal, dado la posibilidad de incumplimiento de devolver el dinero prestado por parte del mutuario, y la consiguiente acción judicial de reclamo.

En apoyo de la posibilidad de celebrar este contrato, Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda señalaban que “no se trata de una modificación patrimonial ni una liquidación parcial de la sociedad conyugal” (60), habiendo afirmado Belluscio al respecto la razonabilidad de que el cónyuge en dificultades económicas sea ayudado por un préstamo del otro, en lugar de tener que acudir a un tercero (61). Méndez Costa, por su parte, fundamentaba la admisibilidad de la celebración de este contrato entre esposos en la inexistencia de prohibición al respecto, además de que, según afirmaba dicha autora, más allá del deber alimentario, el mismo armoniza con las especiales relaciones entre los cónyuges, y no es incompatible con la libre administración y disposición de que goza el esposo propietario, con relación al dinero propio y ganancial, según resultaba del art. 1276 del Código (62).

A *contrario sensu* de lo dispuesto por el art. 2832 del Cód. Civil, quienes tenían capacidad para constituir un mutuo, también la tenían para constituir un usufructo sobre cosa fungible, por contrato ya sea oneroso o gratuito. En consecuencia, un esposo podía constituir usufructo a favor del otro, pero siempre que fuera sobre cosas fungibles, como resultaba de dicha norma, debiendo recordar que, como antes hemos señalado, de acuerdo con lo normado por los arts. 2831 y 2836 de dicho Código, el usufructo entre cónyuges no podía ser constituido por contrato oneroso sobre cosas no fungibles, o por contrato oneroso o disposición onerosa de última voluntad sobre bienes muebles o inmuebles.

II.2.4. Depósito y comodato

Al no encontrarse prohibidos ni existir una transferencia de la propiedad de uno de los esposos al otro —lo que hacía que no se alterase el

(60) *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 38. Conf., ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 672, parágr. 531, c); VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 312, parágr. 275; SALERNO, Marcelo U., “Contratos entre cónyuges”, cit., p. 638, nro. 17.

(61) *Manual de Derecho de Familia*, cit., t. 2, p. 49, parágr. 321, d). Conf., PERRINO, Jorge O., *Derecho de Familia*, cit., t. I, p. 871, nro. 645, c).

(62) *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 30, 4).

régimen patrimonial entre los cónyuges—, estos podían constituir entre ellos tanto el contrato de depósito, como el de comodato (63).

Perrino coincidía con ello, aunque agregaba que el contrato de comodato en la práctica carecía de sentido, puesto que el uso y goce de los bienes gananciales forma parte de las cargas del matrimonio (64).

II.2.5. Locación de obra

En el contrato de locación de obra no se da el supuesto de subordinación que existe en la locación de servicios, y que constituye quizás el principal argumento que llevaba a concluir en la prohibición de la celebración entre esposos de este último contrato.

Señalaba Méndez Costa que esa inexistencia de subordinación resulta del hecho de que tanto la dirección y la realización de la obra son asumidas por el locatario, circunstancia que, junto con la presunción *iuris tantum* de beneficiar a la persona a la que se presta el servicio, “en una razonable ampliación interpretativa del art. 1628 apoyada en el deber de asistencia conyugal”, llevaba a dicha autora a admitir la posibilidad de la celebración entre cónyuges del contrato de locación de obra (65).

Sin embargo, sostenía Salerno que en la única hipótesis en que el contrato de locación de obra no se encontraba permitido entre los esposos, era en el supuesto contemplado en el art. 1629 del Cód. Civil, en el cual el empresario ponía los materiales, lo que era así, afirmaba, debido a que entonces mediaba un acto traslativo de la propiedad de esos materiales (66).

II.2.6. Hipoteca, prenda y anticresis

De acuerdo con lo normado en el art. 1259 del Cód. Civil, el marido podía constituir una hipoteca a favor de su esposa, en garantía del pago de una deuda hacia la misma.

(63) Conf., ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 673, parágr. 531, d) y e); VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 312, parágr. 275; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 30, 5); FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., ps. 38 y ss.; SALERNO, Marcelo U., “Contratos entre cónyuges”, cit., p. 638, nro. 17.

(64) *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 872, d) y e).

(65) *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 26, 8).

(66) SALERNO, Marcelo U., “Contratos entre cónyuges”, cit., p. 637, nro. 14.

Lo cual llevaba a admitir la constitución de una prenda y también de anticresis, pues no solo la situación era similar, sino que, además, no existía una norma que lo prohibiera (67).

II.2.7. Sociedades comerciales

II.2.7.1. Introducción

Hasta la vigencia de la ley 19.550, de sociedades comerciales, constituía una cuestión controvertida la posibilidad de celebrar entre los cónyuges sociedades comerciales, habiéndose dictado sentencias tanto en uno como en otro sentido. Recordamos un fallo del año 1957 de la Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata, sala I, que resolvió que “los esposos pueden formar sociedad entre ellos porque la prohibición de los artículos 1217 a 1219 del Código civil se refiere sólo a convenciones matrimoniales; porque la mujer casada es plenamente capaz; porque la ley no trae —como ocurre con la compraventa, donación, cesión, etc.— prohibición expresa; y porque todo lo vinculado a incapacidad es de derecho estricto” (68).

Como fundamentos de la prohibición se sostenía que las sociedades entre esposos facilitaban el fraude entre ellos, además de que posibilitaban burlar la prohibición legal de efectuar donaciones entre los esposos, y los terceros verían así mermar su garantía, formada por el patrimonio de su deudor, conforme resultaba del art. 5º de la ley 11.357.

No obstante, Mazzinghi se mostraba contrario a la prohibición. Consideraba dicho autor que los esposos podían constituir entre ambas sociedades de responsabilidad ilimitada, dado que, a su juicio, ello favorecería una mayor vinculación patrimonial entre los cónyuges, lo que contribuiría de por sí a fortalecer la unidad matrimonial (69).

(67) Conf., MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado*, cit., p. 30, 8); BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 50, parágr. 321, f); VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 312, parágr. 275.

(68) Cit. por MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 350, parágr. 381, a), nota 30. En esa misma nota dicho autor cita un fallo en contra del año 1953 del mismo Tribunal (no especifica la sala), en el sentido de que “los cónyuges no pueden formar entre sí, y con mayor razón si intervienen extraños, una sociedad colectiva”.

(69) *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 354, parágr. 381, f).

II.2.7.2. *La norma introducida por la ley 19.550 y su fundamento*

En el año 1972 se sancionó la precitada ley 19.550, que aclaró en gran parte el panorama, al establecer en la primera parte de su art. 27 que “los esposos pueden celebrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada”.

La idea de restringir la posibilidad de celebrar entre los cónyuges únicamente ese tipo de sociedades comerciales radicaba en el hecho de que la responsabilidad de los socios se encuentra limitada. De la norma parcialmente transcrita resultaba que los cónyuges podían integrar en forma conjunta sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones, aunque no, en cambio, y como más adelante veremos, ser socios comanditados en la misma sociedad, por cuanto de tal manera ambos serían responsables subsidiariamente, en forma ilimitada y solidaria, por las obligaciones sociales, que es lo que se quería evitar.

Como se advierte, se trataba, fundamentalmente, de evitar que al integrar sociedades de responsabilidad ilimitada y solidaria, uno de los cónyuges debiera responder con dicho alcance por las deudas sociales que el otro esposo hubiera contraído, lo que podía alterar las responsabilidades en el matrimonio, que resultaban de lo dispuesto en los arts. 5º y 6º de la ley 11.357 (70); lo cual no ocurría cuando uno de los esposos integraba con terceros una sociedad de responsabilidad ilimitada, por cuanto las deudas de dicho cónyuge no podían ser ejecutadas sobre los bienes de los que era titular el otro esposo.

A su vez, en la segunda parte del citado art. 27 se limitaba la posibilidad por parte de los esposos de celebrar entre ellos otras sociedades comerciales distintas a las que resultaban de la primera parte de dicha norma, al disponer que “cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo (71), la sociedad deberá transformarse en el plazo de seis meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte al otro esposo o a un tercero en el

(70) Véase al respecto, entre otros, MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 21, 8); FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 39; AZPIRI, Jorge, “La sociedad de familia y la empresa familiar”, RDF, nro. 13, 1998, ps. 154 y ss., II. Para un exhaustivo desarrollo del tema remitimos a lo expresado al respecto por ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, ps. 664 y ss., parágr. 525; CAPPARELLI, Julio César, “Sociedades entre cónyuges”, ED 212-952.

(71) Estrictamente, no se es socio del otro cónyuge, como resulta de la norma, sino de la sociedad.

mismo plazo”. Como se advierte, de una interpretación *a contrario sensu* del artículo transcrito, resultaba la prohibición de constituir otro tipo de sociedades entre esposos que las expresamente permitidas, lo que se veía reforzado por la obligación que la norma imponía —en el supuesto que contemplaba— de transformar una sociedad de distinto tipo que las expresamente permitidas, en otra ya sea por acciones o de responsabilidad limitada.

Por otra parte, una interpretación racional del art. 27 de la Ley de Sociedades llevaba a la conclusión de que la prohibición de constituir otras sociedades que las permitidas no se limitaba a las constituidas únicamente entre ambos esposos, sino que también comprendía a las sociedades en las que, además, hubiera otros socios. Además de lo cual, la prohibición que resultaba de la mencionada norma abarcaba no solo el supuesto de que los cónyuges constituyeran una sociedad de las no permitidas, sino también el caso de que uno de ellos ingresara como socio a una de dichas sociedades, en la que el otro esposo ya era socio (72).

II.2.7.3. El caso de las sociedades en comandita por acciones

Un caso especial lo constituía el de la sociedad en comandita por acciones, en la cual los socios comanditados responden por las obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva —es decir, en forma ilimitada y solidaria—, mientras que los socios comanditarios limitan su responsabilidad al capital que suscriben (art. 315, ley 19.550). Por lo cual, entendíamos que no había inconveniente en que los esposos fueran socios de una sociedad de esa especie, pero siempre que uno de ellos fuera comanditado y el otro comanditario (73), o que los dos la integraran como comanditarios (74). Pero no ambos como comanditados, puesto que de esa manera cada uno de ellos debía responder

(72) Conf., MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedades entre cónyuges...”, cit., ED 206-1040 y ss., V y VI.

(73) Conf., VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 314, parágr. 275; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedades entre cónyuges...”, cit., ED 206-1039, IV.2. Contra, ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 668, parágr. 526, quien afirma que ante lo preceptuado en el art. 27 de la ley 19.550, no se puede sostener la interpretación expresada en el texto.

(74) Conf., BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 53, parágr. 322; VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 314, parágr. 275; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedades entre cónyuges...”, cit., ED 206-1039, IV.2.

en forma ilimitada y solidaria por las deudas que contrajera el otro, que es lo que, de acuerdo con el precitado art. 27 de la ley 19.550, se quería evitar (75).

Recordamos al respecto una sentencia del 27 de marzo de 1973 de la sala II de la Cámara 1ª Civil y Comercial de San Isidro, que resolvió la validez de una sociedad en comandita por acciones en la cual dos maridos revestían el carácter de socios solidarios, mientras que sus esposas eran socias comanditarias, habiéndose decidido en tal sentido debido a que, según se señaló, no existía una prohibición legal expresa, ni había violación de los bienes preservados en el art. 953 del Cód. Civil, ni tampoco se afectaba la comunidad conyugal, ni se creaba la posibilidad de alterar la normal convivencia de los esposos (76).

Mazzinghi coincidía con esa interpretación, debiendo no obstante preverse, agregaba, la posibilidad de que el esposo socio comanditario se inmiscuyera en la administración de la sociedad, pues en ese supuesto su responsabilidad se transformaría en ilimitada y solidaria, conforme establece el art. 137 para las sociedades en comandita simple, aplicable a las en comandita por acciones, de acuerdo con lo que resulta del art. 324 de la ley 19.550 (77).

En una posición distinta, Perrino consideraba que los esposos no podían integrar una sociedad en comandita por acciones, uno como socio comanditario, y el otro, como comanditado, dado que ello concurría, decía, “en disfavor del régimen patrimonial del matrimonio porque puede generar severas discrepancias en cuanto violaría la inmutabilidad del patrimonio de la sociedad conyugal y atentaría contra la expectativa de uno de los cónyuges a los gananciales que administra y dispone el otro, cuya distribución se hará al momento de la disolución de la sociedad conyugal” (78).

(75) Conf., MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 24, 4).

(76) LL 151-275, con nota aprobatoria de AZPIRI, Jorge O., “La sociedad en comandita por acciones constituida por cónyuges”, en la cual afirma, entre otras cuestiones, que “se encuentran viciadas de nulidad por afectar normas de orden público las sociedades en comandita por acciones en las que los esposos intervengan como socios solidarios”.

(77) *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, ps. 352 y ss., 381, d).

(78) *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 868.

II.2.7.4. *La sociedad en comandita simple y de capital e industria*

Mediante una interpretación exegética del art. 27 de la ley 19.550, Mazzinghi (79) incluía en la prohibición tanto a la posibilidad de ser uno de los cónyuges socio comanditario en una sociedad en comandita simple en la que el otro esposo también sea socio (80), como, asimismo, ser socio industrial con su cónyuge en una sociedad de capital e industria, no obstante que en dichas sociedades tanto el socio comanditario como el socio industrial no responden en forma ilimitada por las deudas sociales, conforme resulta de los arts. 134 y 141 de dicha ley (81).

II.2.7.5. *La sociedad accidental o en participación*

María Josefa Méndez Costa consideraba que los esposos podían válidamente ser socios de una sociedad accidental o en participación, lo que fundamentaba en la afirmación de que el socio gestor es el único que asume obligaciones hacia terceros. Pero esa validez, agregaba, se encuentra sujeta a que dicho socio no haga conocer los nombres de sus consocios con el consentimiento de estos, por cuanto de otra manera, los mismos quedarían obligados en forma ilimitada y solidaria hacia terceros (arts. 362 y 363, ley 19.550) (82).

II.2.7.6. *Efecto de violar la prohibición establecida*

La pena establecida en el párr. 1º del art. 29 de la ley 19.550 por la violación de la prohibición que resultaba de la segunda parte del art. 27, consistía en la nulidad de la sociedad (83). Lo que, además de poder afectar los intereses de terceros, también socios, se contradecía con el contenido del art. 16 de dicha ley, que dispone que *la nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, salvo que la participación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias.*

Molina Sandoval afirmaba que la nulidad dispuesta en el art. 29 de la Ley de Sociedades —que cuestionaba— era de carácter absoluto, pues

(79) *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 351, parágr. 381, c).

(80) Conf., CAPPARELLI, Julio César, "Sociedades entre cónyuges", cit., ED 212-952, a).

(81) Conf., PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, ps. 868 y ss., b).

(82) *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 25, 6).

(83) En la Exposición de Motivos de la que finalmente se sancionó como ley 19.550, se aclara que lo dispuesto en los arts. 27 y 29 solo tiene aplicación en el ámbito de las sociedades comerciales, y no en las sociedades civiles.

contrariaba una norma proyectada en el interés general y de orden público matrimonial, no obstante lo cual, aclaraba que dicha norma debía armonizarse con el recién transcrito art. 16 y con el sistema societario (art. 100 de la Ley de Sociedades), por lo cual la sociedad no siempre era nula, sino que solo el vínculo de los socios estaba viciado. Debe distinguirse —agregaba— el caso de que la sociedad esté formada únicamente por los esposos, en que la incapacidad jurídica de uno de ellos hará anulable el contrato, de aquel en el cual la sociedad tuviera más socios, supuesto en el que la sociedad solo será anulable cuando afecte la voluntad de los socios a los que pertenezca la mayoría de capital, o cuando la prestación deba considerarse esencial. En caso contrario, decía, la nulidad que afecte el vínculo no producirá la nulidad del contrato de sociedad, sino solo el vínculo de los esposos con la sociedad, imponiéndose en ese caso la nulidad parcial del contrato (84).

A nuestro juicio, no se advierte el sentido de la sanción establecida en el art. 29 de la Ley de Sociedades, que como bien sostenía Zannoni, no guardaba proporción con los medios de que se disponía para la preservación de la finalidad que se buscaba y a la que más arriba nos hemos referido, además de que dicha sanción no lograba, en definitiva, salvaguardar el régimen patrimonial del matrimonio, ya que, de todas maneras, de acuerdo con el art. 23 de la ley 19.550, “los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales” (naturalmente, para el pasado) (85). Además, la nulidad de la sociedad llevaba a que la misma pasara a convertirse en una sociedad irregular, lo que acarreaba la responsabilidad ilimitada y solidaria de los esposos, que era precisamente lo que se pretendía evitar (86). Lo lógico en todo caso hubiera sido la declaración de nulidad del vínculo en virtud del cual ambos esposos integraban una sociedad en la cual eran ilimitadamente responsables por los negocios sociales, pero no, en cambio, como resultaba del art. 29, la nulidad de la sociedad.

Por otra parte, la posibilidad que otorgaba el art. 27 de la ley 19.550 para evitar la nulidad, podía dar lugar a un conflicto, por cuanto tanto la transformación de la sociedad (art. 77 inc. 1º), como la cesión de la parte de uno de los esposos (esto último para la sociedad colectiva, aplicable a la sociedad en comandita simple: arts. 131 y 139) requería el acuerdo

(84) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedades entre cónyuges...”, cit., ED 206-1042, X. Conf., CAPPARELLI, Julio César, “Sociedades entre cónyuges”, cit., ED 212-957 y ss.

(85) *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, ps. 670 y ss., parágr. 528.

(86) Conf., PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 870, nro. 643.

unánime de los socios, lo que podía dificultar esos actos, lo que llevaba a tener que disolver la sociedad, o a la exclusión de uno de los socios (87).

II.3. Contratos controvertidos

Existían varios contratos con respecto a los cuales la doctrina no se puso de acuerdo sobre si los mismos podían o no ser celebrados entre los esposos. A ellos nos referiremos seguidamente.

II.3.1. *Locación de cosas*

La cuestión relativa a si el contrato de locación de cosas puede ser celebrado entre cónyuges, se encontraba controvertida.

II.3.1.1. *Doctrina negatoria*

La doctrina que negaba esa posibilidad se fundamentaba en lo normado por el art. 1494 del Cód. Civil, que en su segunda parte establecía que “todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compraventa, es aplicable al contrato de locación”. Se interpretó que la aplicación a la locación de cosas de disposiciones de la compraventa —que, como hemos visto, se hallaba prohibida entre los esposos—, llevaba a igual conclusión en cuanto a la celebración de aquel contrato (88). Aparte de que —también se decía— permitir la locación entre los cónyuges constituiría una fuente de conflictos entre ellos, no alcanzando este último argumento a convencer, puesto que, llevándolo a un extremo, debería haberse concluido en la prohibición de la celebración de cualquier otro contrato oneroso entre los esposos, aun los que se encontraban permitidos.

Se ha sostenido, asimismo, que permitir la locación entre los esposos, podría llevar a ser en perjuicio de terceros, como podría ocurrir en el supuesto de que uno de ellos hubiera celebrado un mutuo como prestatario, garantizado con una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad que luego alquila simuladamente a su cónyuge por un largo período de tiempo, disminuyendo de tal manera el valor de la garantía. A lo cual

(87) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 22. Véase, asimismo, al respecto, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedades entre cónyuges...”, cit., ED 206-1041 y ss.

(88) CNPaz, LL 92-31. Conf., BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, p. 347, nro. 418.

se podía replicar que ese tipo de actos podía ser perfectamente evitado mediante la inserción de una cláusula en el contrato de hipoteca que prohíba la locación, habiéndose resuelto en numerosas oportunidades la nulidad de una locación constituida a pesar de una prohibición de ese tipo (89).

II.3.1.2. Doctrina que admitía la posibilidad de celebrar el contrato de locación de cosas

Otra parte de la doctrina, con la que concordábamos, entendía que al no constituir el contrato de locación de cosas un acto de disposición de bienes, sino de administración, no le estaba prohibido a los esposos, además de que las incapacidades de derecho deben ser interpretadas en forma restrictiva, no habiendo por otra parte el art. 1494 —que establecía la aplicación subsidiaria de normas de la compraventa— aludido a la capacidad, regida por los arts. 1510 a 1513, sino a otras cuestiones (90).

Afirmaba Mazzinghi al respecto que decidir si la capacidad de derecho era uno de los *requisitos esenciales* a los que aludía el art. 1494 del Código, constituye un problema interpretativo que dicho autor resolvía por la negativa, por ser la índole de la locación distinta tanto a la compraventa, como a la permuta y a la cesión de créditos, ya que, en principio, se trata de un acto de administración, y no de disposición —como, en cambio, y por lo general lo es la compraventa—, por lo que su celebración no alteraba la composición ni el volumen del patrimonio de las partes, ni entraba en conflicto con el régimen de bienes del matrimonio (91).

(89) CNCiv., sala C, ED 22-569; SC Buenos Aires, LL 133-691. Conf., PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 865.

(90) Conf., entre otros, BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 48, parágr. 321, b); SALERNO, Marcelo U., “Contratos entre cónyuges”, cit., p. 636, nro. 13; PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 865, quien además señala que entre las razones de la prohibición de los contratos entre cónyuges se encuentra el de enriquecimiento de un esposo a costa del otro, lo que no ocurre en el contrato de locación de cosas. Conf., asimismo, ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, ps. 656 y ss., parágr. 521, autor que afirma con relación a la doctrina negatoria, que quienes piensan que el contrato de locación no se puede celebrar entre cónyuges, parten de la idea —implícita— de que al vedar el art. 1358 el contrato de compraventa entre los esposos, por extensión prohíbe todo contrato oneroso entre ellos.

(91) *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, ps. 348 y ss., parágr. 380.

II.3.1.3. *Con respecto al contrato de leasing*

En cambio, y como bien señalaba Zannoni (92), no estaba permitido entre esposos celebrar el contrato de *leasing* (locación con opción a compra al cabo del pago de determinada cantidad de cánones locativos), puesto que, como se ha señalado, dicho contrato lleva implícita la posibilidad de una transferencia patrimonial de uno de los cónyuges al otro, similar a la compraventa (93).

II.3.2. *Contrato de trabajo y locación de servicios*

Aunque no existía norma que lo prohibiera, pues nada se establecía al respecto en el Cód. Civil ni en la ley 20.744, se cuestionaba la posibilidad de celebrar entre los esposos un contrato de trabajo, o que uno de ellos contratara al otro para que realizara un determinado servicio. Nosotros sosteníamos que dichos contratos se encontraban impedidos de ser celebrados entre los cónyuges, por la muy especial relación que existe entre ambos, derivada de la unión matrimonial, que excluye en todos los aspectos que pudieran presentarse la relación de subordinación que resulta de un contrato laboral, así como la que surge de una locación de servicios.

También Zannoni afirmaba la existencia de incompatibilidad entre las relaciones derivadas de la unión matrimonial y las que suponen la prestación de trabajos considerados como objeto de una relación laboral. Agregaba dicho autor que, si un cónyuge presta a otro servicios o trabajos típicos de una relación de dependencia, debe suponerse que no lo hace en función de la subordinación jurídica propia del empleado o trabajador, sino dentro del contexto del *consortium omnis vitae* (94). De la misma opinión eran Vidal Taquini (95) y Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, agregando estos últimos que el contrato laboral entre esposos “afecta los deberes de los cónyuges y la igualdad jurídica dentro del matrimonio”, y que cuando uno de ellos trabaja junto al otro “no lo hace en relación de dependencia, sino que ambos están contribuyendo a la manutención de la familia”, pareciendo difícil admitir —agregaban— que uno de ellos pudiera reclamar al otro o ejercer los derechos derivados de

(92) *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, ps. 658 y ss., parágr. 521, f).

(93) Conf., MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 24, 3).

(94) *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 659, parágr. 522. Contra, SALERNO, Marcelo U., “Contratos entre cónyuges”, cit., p. 637, nro. 15.

(95) *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., ps. 310 y ss., parágr. 274.

la legislación laboral, tales como vacaciones, huelga, indemnización por despido, etc. (96).

Eso mismo señalaba Borda, quien afirmaba que la relación de subordinación que resulta de la relación empleado-principal, y que se crea con motivo de la celebración de un contrato de trabajo, resulta repugnante al espíritu en que deben desenvolverse las relaciones entre los esposos. Entre otros argumentos, señalaba también Borda que la colaboración y ayuda que uno de los cónyuges presta a los negocios del otro, forma parte del deber de asistencia recíproca, tanto más cuanto que el producido del negocio es de carácter ganancial, porque el cónyuge que ayuda en las actividades del otro, en definitiva, está trabajando en beneficio común (97).

En similar sentido, Mazzinghi afirmaba que la colaboración que podría constituir el contenido del contrato de trabajo queda incluida en el deber de asistencia que los esposos se deben uno al otro. Y agregaba que la colaboración entre cónyuges está prevista por la ley y retribuida con la división de los gananciales, así como que hacer que esa asistencia sea objeto de un contrato de trabajo según el cual los servicios son retribuidos con una suma de dinero, parece introducir en la relación conyugal un elemento que la desfigura. Por lo cual, afirmaba que el contrato de trabajo entre esposos sería nulo, de nulidad absoluta, lo que no ocurriría, aclaraba dicho autor, si uno de los esposos trabajara para una sociedad de la que formara parte el otro, porque en tal caso la persona del empleador sería distinta a la del cónyuge (98). Siguiendo iguales pautas, Perrino afirmaba al respecto que la colaboración mutua entre los esposos, o la de uno de ellos para con el otro, no puede crear una subordinación jurídica como la que resulta del contrato de trabajo (99).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto en un fallo de fecha 20 de agosto de 1975 que en el régimen jubilatorio de trabajadores en relación de dependencia no corresponde incluir al cónyuge que invoca un contrato de trabajo con el esposo, con quien realizara actividades lucrativas en beneficio de la sociedad conyugal, las que deben

(96) *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 45.

(97) *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, ps. 351 y ss., nro. 422.

(98) *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, ps. 355, parágr. 381, b). Conf. con el hecho de que uno de los esposos trabaje en una sociedad de la que forme parte el otro, BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, p. 352, nro. 422; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 45; VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 311, parágr. 274.

(99) *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 866, nro. 639.

reputarse cumplidas por cuenta propia (100). Por su parte, la sala 1ª de la Cámara Nacional del Trabajo ha resuelto la nulidad del contrato de trabajo celebrado entre los esposos, así como que no son computables los servicios prestados por la esposa junto a su cónyuge para la jubilación del personal de comercio y actividades civiles (101). En cambio, se ha resuelto la validez del contrato de trabajo celebrado por la esposa con una sociedad que integra el marido (102).

II.3.3. *Sociedad civil*

Se encontraba controvertida en doctrina la posibilidad por parte de los esposos de constituir una sociedad civil entre ellos o con terceros. Quienes la negaban sostenían que dicho contrato podría convertirse en una convención matrimonial —prohibida por los arts. 1217, 1218 y 1219 del Cód. Civil—, transmitiéndose de tal forma entre ellos bienes que les pertenecen en violación del régimen patrimonial del matrimonio, como también que uno de los esposos podría adquirir sobre los bienes del otro poderes que la ley no le confiere. Asimismo, se ha afirmado que, mediante el aporte de bienes a la sociedad, los esposos —o uno de ellos— podrían evadir la responsabilidad que frente a terceros tenían y les correspondía por aplicación de los arts. 5º y 6º de la ley 11.357.

Pero lo cierto es que no existía una disposición legal que prohibiera el contrato de sociedad civil entre los cónyuges o con terceros, y si con motivo de la misma se producía alguno de los supuestos más arriba señalados, o similares, se podía demandar la nulidad del acto practicado en desmedro de los terceros, o de disposiciones que se consideraban de orden público (103). En razón de lo cual entendíamos que dicho contrato podía ser celebrado entre los esposos, aunque ello era así, siempre que no se hubieran obligado en forma solidaria, como permitía el art. 1747 del Código en el caso de la sociedad civil (104). Borda coincidía con dicha solución, pues sostenía que a diferencia de la generalidad de los contratos que suponían un posible conflicto de intereses entre los esposos que

(100) ED 64-255; ídem, LL 143-235.

(101) ED 33-690.

(102) CNTrab., sala I, ED 33-691.

(103) Conf., ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 660, parágr. 523.

(104) Conf., VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 315, parágr. 275; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Sociedades entre cónyuges...", cit., ED 206-1039, IV.1; CAPPARELLI, Julio César, "Sociedades entre cónyuges", cit., ED 212-954, b).

repugna al espíritu que resulta de la comunidad conyugal, la sociedad importa una confluencia de intereses, que, por lo general, se adecua y favorece el espíritu comunitario (105), lo que ha llevado en viejos fallos a su aceptación jurisprudencial (106).

II.4. Efectos de la violación de la prohibición de contratar entre cónyuges

En el supuesto de que se violara la prohibición de contratar entre los cónyuges, el acto celebrado era nulo, lo que era así por aplicación de lo normado en el art. 1044 del Cód. Civil, que disponía que “son nulos los actos jurídicos... cuando fuese prohibido el objeto principal del acto”, no resultando de dicha norma si la nulidad allí establecida era de carácter absoluto o relativo.

Si bien relevante doctrina sostenía que la violación de la prohibición establecida de celebrar determinados contratos entre los esposos que pudiera alterar el sistema básico del régimen patrimonial del matrimonio que la ley estatuye, llevaba a una nulidad absoluta (107), a nuestro juicio no era posible dar una solución única a este problema, debiendo en cada caso concreto el juez apreciar si está interesada en la invalidez una razón de orden público o si, por el contrario, solo se ha pretendido proteger el interés de los particulares; de acuerdo con lo cual, resolverá que la nulidad es absoluta o relativa, respectivamente.

III. PROYECTO DE REFORMAS DE 1998

III.1. El Proyecto suprime las prohibiciones de contratar entre cónyuges

En efecto, ello es así (108), aunque el Proyecto mantiene la norma establecida en el art. 27 de la ley 19.550 de Sociedades, agregándole un

(105) *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, ps. 348 y ss., nro. 420. Contra, SALERNO, Marcelo U., “Contratos entre cónyuges”, cit., ps. 634 y ss., nro. 10.

(106) CCiv. y Com. Rosario, en pleno, LL 64-647; Juzg. 1ª Inst. Cap., LL 50-774; CCom. La Plata, JA 1946-I-389.

(107) MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 341, parágr. 373. Conf., BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, ps. 45 y ss., parágr. 319, 5); SALERNO, Marcelo U., “Contratos entre cónyuges”, cit., p. 640; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Partición de gananciales: negocio jurídico único”, LL 1986-E-158 y ss., 6); y *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 18, 2. a).

(108) Coincidentemente, en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en el año 1998 en la ciudad de Mendoza, se recomendó lo siguiente: “En aque-

párrafo mediante el cual se permite la constitución entre cónyuges de sociedades de tipo distinto a los expresamente previstos por la ley, con tal que de las mismas no surja responsabilidad solidaria ya sea entre los cónyuges o con la sociedad.

Recordamos, asimismo, que el Proyecto conserva la suspensión del curso de la prescripción entre cónyuges durante el matrimonio (art. 2479, inc. a)), lo que ha sido criticado por Méndez Costa, por ser dicha suspensión, afirma, inarmónica con la libertad de contratar entre sí que el Proyecto permite a los esposos, e inclusive, agrega, porque el mismo admite en distintas normas (arts. 448, 454, 455) la trascendencia del transcurso del tiempo y la inacción del interesado, por lo que dichas disposiciones operan —según considera, no obstante tratarse de plazos de caducidad— como excepciones a la prescripción (109).

IV. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

IV.1. Como norma general, se prohíben los contratos entre cónyuges en el régimen de comunidad

Contrariamente a lo dispuesto en las legislaciones más modernas, como también en el Proyecto de Reformas del año 1998, el art. 1002 del Cód. Civil y Comercial establece que *no pueden contratar en interés propio... d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí*. Por lo que sí pueden hacerlo los esposos que opten por el régimen de separación de bienes, resultando en este supuesto aplicable el art. 958, según el cual, *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*.

Como se advierte, contrariamente al Código de Vélez, de acuerdo con el cual, en principio, los contratos que los esposos no podían celebrar entre ellos eran únicamente los que expresamente les estaban vedados, la disposición más arriba transcrita establece una norma de carácter general, prohibitiva de la celebración de contratar entre los cónyuges, salvo la existencia de una norma especial que lo permita, como sucede, por ejemplo, y entre otros, en el caso del mandato, como más adelante veremos.

los países en que existen limitaciones para que los cónyuges contraten entre sí, se recomienda su supresión estableciendo una amplia libertad”.

(109) “Los cónyuges separados de bienes en el Proyecto de 1998”, LL 2000-E-1010, nro. 6.

El referido inc. d) del art. 1002 fue agregado por la Comisión Bicameral que analizó el Proyecto, pues en este no se establecían limitaciones para contratar entre los cónyuges, sea que los cónyuges se encontraran o no regidos por el régimen de comunidad (110). Sin embargo, al comentar el Proyecto, Carlos María Corbo afirmaba que “en un régimen de comunidad, al calificarse los bienes en propios y gananciales, los cónyuges no pueden alterar la naturaleza de dichos bienes mediante convenciones particulares ya que las mismas son violatorias de la ley y el orden público; como tampoco, por ejemplo, pueden celebrar entre sí los contratos de compraventa y donación en todas sus formas, ya sea permuta, cesión de derechos, etc.” (111).

Por nuestra parte, pensamos que, dado la absoluta igualdad actualmente existente en nuestra legislación entre el hombre y la mujer, no existen motivos valederos para prohibir la contratación entre esposos (112). Y en el supuesto de haberse permitido la contratación, si los cónyuges contrataran entre ellos en fraude de los derechos de terceros, a estos siempre les cabía la posibilidad de impugnar el acto. Diego Duprat afirma con respecto a la prohibición establecida en la norma en análisis, que la misma “altera la flexibilidad y autonomía que el sistema patrimonial del matrimonio quiso reconocer a los cónyuges y no guarda armonía ni coherencia con las disposiciones sobre gestión y administración de los bienes de cada cónyuge y la responsabilidad de éstos frente a terceros” (113). Mientras que Belluscio la califica de absurda (114). Cristina Silva, por su parte, entiende que la redacción del inc. d) del art. 1002 “colisionaría con el sistema de coherencia que el Código Civil y Comercial propone en el artículo 2º y con los valores de autonomía de la voluntad e igualdad que sustenta toda su filosofía del nuevo ordenamiento. Implicando, además, un notable retroceso legislativo que impide reali-

(110) Véase al respecto, entre otros, CAMPOS, Roberto D., “La regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Código proyectado”, RDFyP, año IV, nro. 10, noviembre de 2012, p. 46, IV. La Comisión Bicameral argumentó que “la eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges propicia conductas fraudulentas”, además de que “el fin principal de la prohibición es tratar de evitar los fraudes a los acreedores de alguno de los cónyuges”.

(111) “El régimen patrimonial del matrimonio. Proyecto de Reforma”, cit., p. 13, 2.

(112) Conf., BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, cit., p. 218, parágr. 269; MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, “Derecho de familia”, en AA.VV. - RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), *Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 2017, p. 358, 1.

(113) DUPRAT, Diego A. J., “Sociedad entre cónyuges”, RDFyP, año VII, nro. 11, diciembre de 2015, p. 43, VI.

(114) *Derecho de familia*, cit., p. 305, parágr. 216.

zar aquellos contratos que el Código Civil permitió efectuar a los cónyuges a lo largo de más de cien años...” (115).

También Molina de Juan critica la solución legal; sostiene dicha autora que la prohibición es desafortunada, por cuanto aparte de presumir la mala fe de los cónyuges y sus intenciones de defraudar a los terceros, “ignora los principios troncales de autonomía e igualdad que sustentan la nueva formulación e implica un notable retroceso legislativo en tanto sustituye el principio de libertad contractual hoy reconocido, por el de incapacidad” (116). Asimismo, Jorge Azpiri entiende que debió autorizarse que también los cónyuges sometidos al régimen de comunidad pudieran celebrar todo tipo de contratos entre sí, debiendo en todo caso los eventuales perjuicios a terceros, ser subsanados por medo de la aplicación de otros institutos (117). Por último, Néstor Solari afirma que la prohibición establecida evidencia cuatro inconsistencias: restringe inconstitucionalmente la libertad contractual por la circunstancia de estar los cónyuges sometidos al régimen de comunidad; va contra el contexto general del Código en cuanto en el mismo se destaca en el ámbito matrimonial la autonomía de la voluntad; la restricción se contradice con la libertad consagrada en materia de sociedades entre cónyuges; y se establece una discriminación según el régimen patrimonial en el que están incursos los esposos (118).

IV.2. Excepciones a la prohibición general

No obstante, la prohibición de carácter general que resulta del precitado art. 1002 del Código, existen ciertas disposiciones tanto en el Código como en la ley que lo aprobó, que constituyen verdaderas excepciones a la prohibición de contratar entre los esposos que como vimos, existe en el régimen de comunidad.

A ello haremos seguidamente referencia, sin perjuicio de previamente señalar que Adriana Krasnow —que también critica la limitación establecida en el inc. d) del art. 1002—, considera que se encuentran

(115) SILVA, Cristina, “Contratos entre cónyuges. El artículo 1002, inciso d), del Cód. Civil y Comercial y su incidencia en el régimen patrimonial matrimonial”, *RDFyP*, año VII, nro. 8, septiembre de 2015, p. 15.

(116) MOLINA DE JUAN, Mariel F., “Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges”, en *Suplemento Especial de Código Civil y Comercial de la Nación. Familia*, p. 29, VII.

(117) *Derecho de familia*, Buenos Aires, 2016, p. 151, c).

(118) *Derecho de las familias*, Buenos Aires, 2015, p. 215.

permitidos “aquellos contratos que ya se admitían en el sistema anterior como, entre otros, el contrato de locación, el contrato de mutuo, el contrato de depósito, el contrato de comodato” (119).

IV.2.1. Cambio de régimen matrimonial

De acuerdo con lo dispuesto en el párr. 1º del art. 449 del Cód. Civ. y Com., *después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.* Naturalmente que la excepción a la norma general de prohibición de contratar entre los esposos sólo se produce en el supuesto de que a los mismos les fuera aplicable las disposiciones del régimen de comunidad, y optaran por el régimen de separación, puesto que la modificación del régimen de separación al de comunidad no constituye excepción alguna, por cuanto como se vio, la prohibición contempla únicamente a los cónyuges bajo el régimen de comunidad.

Tal como resulta de la norma transcripta, la modificación del régimen de bienes solo puede ser practicada luego de transcurrido un año o más de aplicación del régimen patrimonial convencional o legal (120), reduciendo de tal manera el plazo de dos años establecido en los proyectos de Código precedentes. La modificación del régimen debe hacerse por escritura pública, que —al igual que la convención matrimonial de opción por el régimen de separación de bienes—, para que produzca efectos respecto de terceros, debe ser inscripta marginalmente en el acta de matrimonio. Mientras que, entre las partes, el cambio de régimen es válido desde la suscripción de la escritura de modificación del régimen (121).

El año no se cuenta desde la opción efectuada en la convención matrimonial por el régimen de separación de bienes, sino desde la celebra-

(119) KRASNOW, Adriana N., *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires, 2015, t. II, ps. 664 y ss.

(120) Solari considera que el plazo de un año es “desatinado”, pues, a su juicio, no existen razones justificadas para obligar a los cónyuges a esperar ese plazo (*Derecho de las familias*, cit., p., 121, 1.3.7., II).

(121) Conf., MOLINA DE JUAN, Mariel F., “Régimen de bienes...”, cit., p. 28, b); BASSET, Ursula C., “La convención matrimonial”, RDFyP, año VIII, nro. 6, julio de 2016, p. 6, I.

ción del matrimonio, ya que como resulta del precitado art. 449, la modificación puede ser practicada luego de transcurrido un año de *aplicación* del régimen de que se trate, que solo comienza su vigencia a partir de celebrado el matrimonio. Y en cuanto a las modificaciones posteriores, estimamos que el plazo de un año debe computarse desde la fecha del otorgamiento de la escritura de modificación del régimen (122).

Molina de Juan fundamenta la posibilidad de la modificación del régimen, en que, según afirma, “en la actualidad no existen razones sociológicas ni jurídicas que obliguen a los esposos a permanecer con un estatuto económico invariable durante toda la vigencia de su matrimonio. Contrariamente, hay argumentos de peso a favor de autorizar el cambio: las transformaciones sociales, la extensión de la expectativa de vida, la irrupción de la mujer en el mundo del trabajo, las fluctuaciones económicas personales y generales, las diferentes necesidades y posibilidades de los miembros del matrimonio en las distintas épocas de la vida, la existencia de legítimas aspiraciones de protección patrimonial de uno de los cónyuges frente a los actos del otro, etc.” (123).

El art. 449 no pone un límite a la cantidad de veces que los esposos pueden modificar el régimen patrimonial, por lo que lo pueden hacer cuantas veces quieran, ya que una solución contraria hubiera requerido una disposición expresa al respecto, lo que no ocurre. Nos parece cuestionable que no se haya establecido un cierto límite al respecto, dado la inseguridad jurídica que ello puede acarrear, en especial con respecto a los terceros acreedores de los cónyuges (124).

En cuanto a los matrimonios anteriores a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., coincidimos con Solari en que deben esperar un año desde la fecha en la que fueron celebrados (125).

IV.2.2. Contrato de mandato

Siguiendo la pauta de la última parte del art. 1276 del anterior Código, que permitía la celebración del contrato de mandato entre cónyuges

(122) Conf., SOLARI, Néstor E., *Derecho de las familias*, cit., p. 120, 1.3.7., ii).

(123) MOLINA DE JUAN, Mariel F., “Régimen de bienes...” cit., p. 27, B.

(124) Conf. con la crítica, ROVEDA, Eduardo G., “El régimen patrimonial del matrimonio”, en AA. VV., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, 2012, p. 357, nro. 5, quien afirma que la constante modificación es disfuncional a la vida marital.

(125) SOLARI, Néstor E., *Derecho de las familias*, cit., p. 12, 1.3.8.

ges, el actual Código permite la celebración entre los esposos del contrato de mandato. En efecto, el art. 459 del Código establece que *uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de evocar el poder no puede ser objeto de limitaciones, Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.* Naturalmente que los cónyuges también podrán otorgar mandato a favor de terceros para la administración de sus bienes.

Recordamos, asimismo, que de acuerdo con el art. 474, *si uno de los cónyuges administra los bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios, según sea el caso.*

IV.2.2.1. El mandato puede ser tanto para actos de administración como de disposición, pudiendo ser otorgado en forma expresa o tácita

El hecho de hacer mención el art. 459 al *ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye*, debe ser interpretado en el sentido de que el actual Código admite que el poder también puede ser otorgado por uno de los esposos al otro para actos de disposición.

Al no estar designada una forma determinada para la exteriorización de la voluntad para el otorgamiento de un mandato, los cónyuges pueden utilizar la que estimen conveniente (art. 284), pudiendo el mandato ser conferido y aceptado en forma expresa o tácitamente, debiendo al respecto recordar lo normado en la segunda parte del art. 1319, donde se dispone que *si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato.* También en la última parte del art. 460 se admite la posibilidad de la aplicación de las normas del mandato tácito.

Una situación de esa naturaleza podría darse por actos del mandatario practicados con conocimiento del otro cónyuge que nada objeta al respecto, lo que podría ocurrir, por ejemplo, en el supuesto de que uno de los esposos se ocupara de administrar un bien que se encuentra a nombre del otro, que no se opone a pesar de conocer la actuación de su consorte (126). En un caso en que la esposa había hecho presupuestar los costos de las reparaciones de un bien de administración reservada a su

(126) Véase, al respecto, PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 795, nro. 582.

cónyuge, con conocimiento y sin oposición de este, se resolvió que aquella se encontraba legitimada para reclamar a un tercero por los perjuicios que la cosa había experimentado con motivo de esas reparaciones, por entenderse que en el caso había existido un mandato tácito a favor de la misma por parte del marido (127). Lo que no puede ocurrir, es la existencia de un mandato tácito para actos de disposición, por cuanto para dichos actos son necesarias facultades expresas (conf., art. 375, inc. e)]; se sigue, de tal forma, lo normado en el art. 1881, incs. 7º y 15º del Cód. Civil.

Pero del hecho de la existencia de un mandato tácito para la realización de uno o más actos determinados, no puede inferirse que ese mandato haya sido otorgado para que el esposo mandatario pueda intervenir en todos los negocios de su cónyuge, ya que las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva (art. 375, parte 1ª), por lo que el mandato general debe ser otorgado en forma expresa (128). El mandato puede, en efecto, siguiendo las reglas de la representación, aplicables al caso, ser otorgado en términos generales, supuesto en el cual el mandatario no puede practicar los actos para los cuales —conforme establece el art. 375— se requieren facultades expresas, o ser otorgado únicamente para realizar uno o más actos; aunque un poder concebido en términos generales puede comprender la realización de actos para los cuales son necesarias facultades expresas.

IV.2.2.2. Con respecto a la remuneración del cónyuge mandatario

Si bien el art. 459 nada dispone sobre la remuneración del esposo mandatario, el art. 1322 del Código establece que el mandato se presume oneroso, por lo que, salvo acuerdo en contrario, el mandatario puede reclamar a su cónyuge una remuneración por los trabajos efectuados en cumplimiento del mismo.

La solución es, por tanto y a nuestro juicio, distinta a la que resultaba del anterior Código, según el cual entendemos que, en principio y salvo supuestos de excepción, el esposo mandatario carecía del derecho a una retribución. Recordamos al respecto lo normado en el art. 1871 del Cód. Civil, que establecía que “el mandato puede ser gratuito y oneroso.

(127) C1ª Civ. y Com. San Nicolás, 7/7/2005, cit. por FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 95, 4.

(128) Conf., MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 239, parágr. 317.

Presúmese que es gratuito, cuando no se hubiere convenido que el mandatario perciba una retribución por su trabajo. Presúmese que es oneroso cuando consista en atribuciones o funciones conferidas por la ley al mandatario, y cuando consista en los trabajos propios de la profesión lucrativa del mandatario, o de su modo de vivir” (129).

(129) Al comentar dicho artículo, Guastavino sostenía la inaplicabilidad entre esposos de las presunciones de onerosidad allí referidas, y afirmaba que no es razonable que un cónyuge ejerza profesión lucrativa respecto del otro, corroborando la gratuidad el deber de asistencia recíproca que existe entre ambos. Agregaba dicho autor que si la gestión de uno de los esposos con relación a la administración de un bien de titularidad conjunta se encuadrara en la figura de la gestión de negocios —en lugar de la del mandato—, tampoco surgiría la obligación de pagar una retribución, por aplicación de lo normado en el art. 2300 del Código derogado (“Bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos”, LL 145-635, 13). Con relación a la anterior normativa, Mazzinghi entendía que un acuerdo oneroso entre los esposos para desempeñar un mandato contrastaría con los principios que rigen la institución matrimonial. Afirmaba al respecto dicho autor que podían darse dos supuestos: que el negocio a practicar fuera oneroso, caso en el cual los frutos serían gananciales, por lo que el mandatario tendría derecho a participar de los mismos al disolverse la sociedad conyugal; o que no tuviera un significado lucrativo, por lo que en tal caso se trataría de un servicio prestado por uno de los esposos al otro, encuadrándose esa actitud en el deber genérico de asistencia que liga a ambos cónyuges, que constituye uno de los fines esenciales del matrimonio (*Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 247, parágr. 319. Conf., VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 332, parágr. 285). También Méndez Costa pensaba que la especial situación de marido y mujer imponía la gratuidad, aunque dicha autora reconocía la inexistencia de obstáculos legales para que el mandato fuera oneroso (*Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 29, 1.3.) Creemos que lo expresado por dichos autores no podría ser aplicado para todos los supuestos, ya que de tal forma se haría inaplicable el contenido del precepto art. 1871, además de que la aplicación indiscriminada de dicha doctrina podría llevar a situaciones sumamente injustas. Pongamos como ejemplo el caso de que uno de los cónyuges, como puede ser la esposa, sea propietaria de grandes extensiones de campo de carácter propio, que mediante un mandato administra su cónyuge, el que utiliza para ello la totalidad de su tiempo libre, prestándole un excelente servicio al respecto; con lo cual, aparte de la confianza que supone la intervención de su cónyuge, le permite a la esposa el ahorro de la remuneración que le hubiera tenido que pagar a un administrador que, de otra manera, tendría que contratar y controlar. No parece justo sino por el contrario, que en ese supuesto el marido careciera de derecho a cobrar una justa remuneración por su trabajo, teniendo que vivir —de no tener bienes propios— de la caridad de su mujer, en lugar de poderlo hacer con lo obtenido honestamente por su trabajo. La sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió, en un caso en que la esposa había otorgado a su marido un poder general para juicios, que los trabajos realizados por este como abogado de la matrícula en representación de su cónyuge, debían ser remunerados, por tratarse de trabajos propios de la profesión lucrativa del mandatario o de su modo de vivir (CNCiv., sala D, ED 227-386).

IV.2.2.3. *La eximición de rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos*

La eximición por parte del esposo mandatario —excepto convención en contrario—, de rendir cuentas que se establece en la última parte del art. 459, constituye una excepción al principio general establecido en el inc. f) del art. 1324, teniendo aquella norma su fundamento en la especial relación que existe entre los esposos, ya que el cónyuge no es un mandatario común.

La sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha afirmado que “la situación particular del mandato entre cónyuges (art. 1276, Cód. Civil) difiere fundamentalmente de la que corrientemente se origina en las demás situaciones, lo que explica que el mandante carezca de atribuciones para requerirle cuentas a su cónyuge mientras no se dé una situación de orden excepcional que obligue una solución distinta” (130). Cabe, asimismo, señalar con respecto a la eximición de rendir cuentas, que se ha decidido que la solución legal se refiere a cónyuges en convivencia normal que supone la confianza recíproca entre los integrantes del matrimonio, pero no puede subsistir si se ha promovido juicio de divorcio y separación de bienes (131). Con mayor razón, queda sin efecto la exención de rendir cuentas en el supuesto de que se hubiera producido el divorcio de los esposos, como también si se hubiera disuelto la comunidad por algún otro de los supuestos por los cuales ello puede ocurrir. En ese aspecto, se ha resuelto que “la sentencia de divorcio opera un desapoderamiento con efectos retroactivos y en cierto modo automático que autoriza a la esposa a pedir rendición de cuentas sobre la gestión que interesa a los bienes gananciales durante el lapso comprendido entre la notificación de la demanda o fecha de presentación conjunta y el dictado de la sentencia o eventualmente el de la aprobación de la partición” (132).

(130) ED 31-551.

(131) CNCiv., sala B, ED 102-275. Conf., ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 602, parágr. 483; BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, cit., p. 182, parágr. 214; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 27, 1.1; PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, ps. 797 y ss., nro. 585; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, p. 308, nro. 380.

(132) C1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, sala II, JA 1994-II-314. En este fallo también se dijo que la retroactividad de la sentencia de divorcio a los efectos de la disolución de la sociedad conyugal apunta a garantizar los derechos de la esposa tendiendo a evitar que en este especial iter del juicio de divorcio el esposo que continúa administrando de hecho los bienes gananciales pueda prevalerse de su particular situación para vaciar la comunidad que administra.

Borda justifica la solución legal en razón de que la confianza recíproca que supone el matrimonio haría absurda e impracticable la exigencia de llevar una contabilidad perfecta, con todos los gastos y comprobantes (133). No obstante, sostiene dicho autor que la obligación de rendir cuentas existe en el supuesto de la gestión de negocios, pero ello es así, agrega, si la gestión no fuera ratificada por el otro esposo, pues de haber ello ocurrido, se aplicarían las reglas del mandato, con la excepción de la necesidad de rendir cuentas. Agrega Borda que cuando la conducta del cónyuge no obligado a rendir cuentas es notoriamente sospechosa, cuando de acuerdo con las circunstancias del caso resulta la existencia de maniobras destinadas a perjudicar al otro cónyuge o a sus herederos, los jueces pueden obligarlo a rendirlas, aunque no fuera posible configurar el fraude (134). Con respecto a esto último, Vidal Taquini dice que el relevo de rendir cuentas no exime al cónyuge mandatario de los cargos que contra él acredite el mandante, ni de las consecuencias de un mandato que el mandatario ejecuta no obstante ser el mismo manifiestamente dañoso para el mandante, ni tampoco de las pérdidas e intereses que resultaren de la inejecución total o parcial del mandato, o del hecho de darle preeminencia a sus intereses por encima de los del mandante (135). Es que, de no entenderse de esa manera, podría configurarse un supuesto de abuso del derecho por parte del esposo mandatario, por lo que, como se ha sostenido, “ante una conducción sospechosa de ánimo doloso, las cuentas pueden pedirse como medio de comprobar el abuso y hacer efectiva la responsabilidad emergente” (136). Perrino, por su parte, la fundamenta en el carácter ético de las relaciones jurídicas familiares, en particular, dice, de quienes, como los esposos, constituyen una permanente comunidad de vida y de amor (137). En sentido similar, Méndez Costa afirma que la causa de la eximición de rendir cuentas “reside en el particularísimo lazo que une a mandante y mandatario, evita enojosos conflictos entre un cónyuge y los herederos del otro y concuerda con la concepción que incluye los frutos de todos los

(133) *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, p. 305, nro. 376.

(134) *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, ps. 305 y ss., y ps. 307 y ss., nro. 379.

(135) *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 333, parágr. 285, donde agrega que, si el mandato ha sido revocado o se ha promovido juicio de separación personal o divorcio, el cónyuge mandatario puede ser compelido a rendir cuentas de los frutos pendientes no percibidos.

(136) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 27, 1.1; y “Mandato entre cónyuges”, cit., JA, 1971, Secc. Doctr., p. 315, 5). Conf., PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 798, nro. 586, b).

(137) *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 796, nro. 583.

bienes, propios y gananciales, entre estos últimos, destinados al sostén económico de la familia”, así como también, que “el cónyuge obra en el interés común y se confía tan plenamente en él que resulta ilógico y, tal vez impracticable, la exigencia de minucioso control” (138).

Si bien la eximición de rendir cuentas parece hacer inaplicable lo normado en el art. 1324 del Código, que en sus incs. e) y g) establece que el mandatario está obligado a *dar aviso al mandante de todo valor que haya recibido en razón del mandato, y ponerlo a disposición de aquél; y a entregar al mandante las ganancias derivadas del negocio, con los intereses moratorios, de las sumas de dinero que haya utilizado en provecho propio*, el art. 459 solo se refiere a los frutos y rentas percibidos, lo que deja afuera de lo normado la necesidad de rendir cuentas con respecto a lo percibido con motivo de los actos de disposición (139). En virtud de lo cual el cónyuge que, por ejemplo, vendió un bien del otro, tiene la obligación de rendirle cuentas y de entregarle el producido de la venta, por tratarse de un acto de disposición que, como hemos señalado, no se encuentra contemplado en el precitado art. 459. Con fundamento en la normativa anteriormente vigente, se ha resuelto que la eximición del deber de rendir cuentas prevista en el art. 1276 del Cód. Civil está referida solo a los actos de administración, no así a los de disposición (140). De otra manera, dicen Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, el mandato podría convertirse en una vía indirecta para efectuar una transferencia prohibida entre los esposos (141). Belluscio afirma, por su parte, que el hecho de aceptar que no se deban rendir cuentas de los actos de disposición, implicaría que el mandatario pudiera hacer suyo el producto de la enajenación de los bienes de propiedad del mandante, aparte de que por vía del mandato para disponer se podría violar la prohibición de celebrar entre esposos el contrato de donación (142).

(138) “Mandato entre cónyuges”, cit., JA, 1971, Secc. Doctr., p. 315.

(139) Conf., BELLUSCIO, Augusto C., *Derecho de familia*, Buenos Aires, 2016, p. 312, parágr. 221.

(140) CNCiv., sala B, ED 102-275. Conf., MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 238, parágr. 316, b); VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 333, parágr. 285; PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 796, nro. 583; AZPIRI, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, 2002, p. 136. Contra, BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, p. 305, nro. 376.

(141) *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 92.

(142) *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 132, parágr. 379.

IV.2.2.4. Sobre la posibilidad de pactar que se deban rendir las cuentas

Contrariamente a la omisión en que al respecto incurre el anterior Código —que no establecía la posibilidad de poder convenir que se deban rendir las cuentas—, en la última parte del art. 459 del actual Código se deja a salvo la posibilidad de celebrar una convención en tal sentido. Sin perjuicio de lo cual y no obstante el silencio de la anterior normativa, la doctrina admitía la posibilidad de pactar entre los esposos que el cónyuge mandatario debe rendir cuentas de su gestión a su mandante, ya sea al finalizar la gestión del negocio de que se trata, o con una determinada regularidad, puesto que en ello no se puede decir que se encuentre interesado el orden público (143). Se trataría, decía Zannoni, de una derogación convencional de la norma general establecida en el anterior art. 1276 del anterior Código (144). Belluscio también estaba de acuerdo con la posibilidad de poder dejar sin efecto la eximición de rendir cuentas, y, entre otros conceptos, señalaba que, de lo contrario, el cónyuge podía verse forzado a optar por dar mandato a un extraño, en lugar de al otro cónyuge y en este supuesto perder los frutos, lo que no constituiría una solución razonable, pues para la armonía conyugal resulta más beneficioso que se favorezca la posibilidad del mandato entre cónyuges; además, dice, es lógico que quien pueda abstenerse de dar un mandato, pueda también otorgarlo restringiendo las consecuencias legales del mismo (145). El hecho de que de no poderse convenir el tener que rendir cuentas entre los esposos puede forzar al cónyuge a optar por dar mandato a un tercero, también constituía un argumento aludido por María Josefa Méndez Costa, quien, además, fundamentaba la solución que entendemos correcta, en argumentos tanto lógicos (si el cónyuge puede

(143) Conf., MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, p. 241, parágr. 318, 3; CICHERO, Néstor, “Separación de hecho de los cónyuges y venta de bien ganancial: destino del precio. Interpretación de la ley y del contrato”, ED 57-589; AZPIRI, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 136; VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 333, parágr. 285; PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, ps. 796 y ss., nro. 584; GUASTAVINO, Elías P., “Bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos”, cit., LL 145-633, 15; LLOVERAS, Nora, “Gestión de los bienes de los esposos en la sociedad conyugal”, JA 1986-II-882, III.

(144) *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 1, p. 601, parágr. 483. Recuerda Zannoni que en el despacho de la mayoría en el *IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, se propuso sustituir el último párrafo del art. 1276 del Cód. Civil, por el siguiente texto: “Cuando uno de los esposos confíe al otro la gestión de los bienes cuya administración le corresponde, serán aplicables las reglas del mandato. Sin embargo, el cónyuge mandatario está dispensado de rendir cuentas de los frutos que perciba, salvo que los esposos hubieran pactado lo contrario”.

(145) *Manual de derecho de familia*, cit., t. 2, ps. 132 y ss., parágr. 379.

abstenerse de conferir un mandato, puede hacerlo con restricciones) como jurídicos, pues decía que en el ámbito de la libertad contractual, para no poder convenir la rendición de cuentas, debía de haber existido una norma prohibitiva en tal sentido (146).

En cambio, Borda entendía que la norma que eximía de la obligación de rendir cuentas era de orden público, por lo que, a su juicio, no podía convenirse que debiera rendirlas, y agregaba que lo que debía hacer el esposo que de alguna manera no tiene suficiente confianza en el otro para que le administre sus bienes, es administrarlos él mismo, o darle poder a un tercero. Agregaba Borda que “sería anárquico, destructor de la unidad familiar, un verdadero escándalo jurídico, que uno de los cónyuges, sin separarse del otro, lo demande por rendición de cuentas” (147). Nosotros creemos que peor todavía sería que uno de los esposos tuviera que designar a un tercero para que le administre sus bienes, debido al hecho de no poder convenir con su cónyuge que le rinda cuenta de esa administración.

En el Proyecto de Código Civil del año 1993 se establecía expresamente que si bien el mandatario no se hallaba obligado a rendir cuentas *de las rentas y frutos percibidos* (de donde resulta que dicha eximición no se halla referida a los actos de disposición), se hacía excepción a la circunstancia de que en el poder se lo hubiera obligado en forma expresa a dicha rendición (art. 527) (148). En cambio, en el Proyecto de 1998 nada se decía sobre esto último (conf., art. 467), lo que ha sido criticado por Belluscio, que considera inadmisibles el hecho de que se exima al mandatario tácito o al gestor de la obligación de rendir cuentas (149).

IV.2.2.5. El deber de restituir lo recibido en virtud del mandato

No obstante, la eximición de rendir cuentas que dispone la última parte del art. 459, ello no implica, a nuestro juicio, que el mandatario

(146) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 27, l.1., y “Mandato entre cónyuges”, cit., JA, 1971, Secc. Doctr., p. 315, 5).

(147) *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, ps. 306 y ss., nro. 378. Conf., CORNEJO, Raúl J., “El régimen de bienes en el matrimonio y la ley 17.711”, LL 132-1353, VI.

(148) En el artículo siguiente se disponía que “si uno de los cónyuges administra los bienes de otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocio, según el caso”.

(149) “El régimen patrimonial del matrimonio en el Anteproyecto de Código Civil”, LL 1999-C-1150.

no deba entregar al mandante lo recibido en virtud del mandato (arg. art. 1324, incs. e] y g]).

Mazzinghi entiende que, si se tratara de un mandato general para administrar, que supone un conjunto de actos jurídicos diversos, un conjunto complejo de negocios insusceptibles de una consideración individual, que puede ser conocido en sus resultados únicamente a través de una rendición de cuentas, resultará muy difícil determinar lo que debería devolverse al mandante. Y agrega que en ese supuesto de mandato general (no aclara, en cambio, si el mandato tuviera carácter especial), los frutos percibidos por el mandatario con motivo del mandato y gastados en obligaciones contraídas por él para el sostenimiento de la familia, educación de los hijos o conservación de los bienes comunes, estarán exentos de la obligación de reintegro (150). En igual sentido, Capparelli afirma que, a su juicio, se debió haber liberado de la obligación de restituir, cuando lo percibido por el esposo administrador del bien se hubiera aplicado al cumplimiento del deber de sostenimiento de las cargas del matrimonio, en la parte que corresponde al mandante (151).

Nosotros creemos, en cambio, que el esposo mandatario no puede disponer por su cuenta y sin autorización de su cónyuge de frutos que no le pertenecen, obtenidos con motivo del mandato ejecutado.

IV.2.2.6. La responsabilidad del cónyuge mandatario

El hecho de que el esposo mandatario no deba rendir cuentas de su gestión, no lo exime de tener que responder por los daños causados a su cónyuge con motivo del dolo en el que hubiera incurrido en el ejercicio del mandato.

Pero, a nuestro juicio, no responde de los daños resultantes de la culpa. En efecto, tal como hemos afirmado en otra oportunidad (152), no debe al respecto dejarse de lado en el análisis, que las soluciones a adoptar en materia de reclamo de daños en los que se halla involucrada la familia, no son sencillas, fundamentalmente, porque la relación se presenta entre personas que tienen vínculos ya sea paterno-filiales o conyugales, que dentro de lo posible conviene preservar —o por lo menos,

(150) *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, ps. 244 y ss., 318, d), 2. Conf., PERRINO, Jorge O., *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 799, nro. 586, 1).

(151) CAPPARELLI, Julio César, “El régimen de separación de bienes”, ED 155-878.

(152) “El reclamo a los padres de una indemnización por enfermedades graves transmitidas genéticamente a los hijos”, LL 2006-F-1249, y *Revista Jurídica del Perú. Derecho Privado y Público*, nro. 85, del mes de marzo de 2008.

no ahondar la discrepancia existente— en beneficio de la familia toda, y como consecuencia, de la sociedad en su conjunto, circunstancia que hasta hace poco tiempo llevó a ser muy restrictivos en cuanto a la procedencia de las acciones indemnizatorias entre miembros de una misma familia. Se ha dicho al respecto que la solución jurídica en esta especie de reclamos indemnizatorios no debe perder de vista que debe estar sometida a criterios básicos de validez, entre los cuales se halla el axiológico, que impone tener en cuenta el peso relativo de los valores en juego, como el de los intereses individuales del damnificado, los intereses generales de la familia y de su estabilidad, y el sentimiento general de la comunidad, cuyo sentido de justicia debe ser orientativo. Ello ha llevado a afirmar la razonabilidad de la discusión sobre los límites de la responsabilidad civil en materia de derecho de familia, y a enfocar la cuestión de la reparación de los daños producidos entre miembros de una misma familia, bajo una óptica especial, distinta, por cierto, a la de los daños que se producen entre personas extrañas entre sí. Lo cual, siguiendo autorizada doctrina, fue receptado en el Proyecto de Reformas al Código Civil de 1998, en el que se admitió que no es absoluto el principio según el cual quien por culpa causa un daño injusto debe repararlo, y teniendo en la mira encontrar un punto de equilibrio entre los principios del derecho de familia y los del derecho de daños, se niega en determinados supuestos la acción resarcitoria en el ámbito de las relaciones de familia, se exige un factor de atribución especial —tal como el dolo o la culpa grave—, se modula el de culpa, o se pondera el daño con referencia individualizada a los sujetos de la relación. Por todo lo cual reiteramos lo más arriba expresado, en el sentido de que el esposo mandatario no debe responder ante su cónyuge por los daños resultantes de la culpa incurrida en la ejecución del mandato que se le confiriera.

En sentido coincidente, Mazinghi entiende que si bien el cónyuge mandatario debe responder del dolo en la ejecución del mandato —pues el mismo es insusceptible de ser dispensado al contraerse la obligación (art. 507 del anterior Código, y 1743 del actual)—, agrega que ello no es así en cuanto a la culpa, de la que, a su juicio, no responde. Y, si bien manifiesta que dicho criterio se encuentra huérfano de apoyo legal, afirma que el mismo constituye, a su juicio, una aplicación análoga legítima del principio que lo exime de rendir cuentas de su gestión, pareciéndole incongruente que el mandatario dispensado de rendir cuentas deba responder por una negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones (153).

(153) *Tratado de derecho de familia*, cit., t. 2, ps. 242 y ss., parágrafo 318.

IV.2.2.7. No se permite limitar la facultad de revocar el mandato

En efecto, el art. 459 del Código establece que *la facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones*, lo que significa que no se encuentra permitido convenir un mandato irrevocable.

No podemos sino estar de acuerdo con la normado al respecto, puesto que, de otra manera, el esposo mandatario tendría derecho a continuar ejerciendo con fundamento en el poder otorgado y no obstante la voluntad contraria del otro esposo, las facultades que el régimen matrimonial atribuye a ambos y cada uno de los cónyuges. Lo que no parece saludable en la relación entre esposos.

IV.2.3. Pacto sobre herencia futura

Otra de las excepciones la constituye lo normado en el art. 1010 del Código, según el cual, *la herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. 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.*

IV.2.4. Integración de sociedades

Cabe, asimismo, señalar que la ley 26.994 reformó, entre otras, la ley 19.550 de sociedades, en cuyo art. 27 se dispuso que *los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV*, que se ocupa de las sociedades no constituidas en forma regular (154).

Como se advierte, dicha disposición amplió la capacidad que con anterioridad a la sanción de la ley 26.994 tenían los esposos para constituir sociedades —incluso las no constituidas regularmente—, como resulta

(154) Véase, entre otros, BELLUSCIO, Augusto C., *Derecho de familia*, cit., p. 305. Conf. con la modificación del art. 27 de la ley 19.550, entre otros, DUPRAT, Diego A. J., “Sociedad entre cónyuges”, *RDFyP*, año VII, nro. 11, diciembre de 2015, ps. 40 y ss., I.

de lo expresado en el inc. 3º. g) que antecede. Con respecto a lo cual se ha sostenido, ciertamente con razón, que resulta una incongruencia que los cónyuges puedan constituir todo tipo de sociedades entre sí, inclusive de responsabilidad ilimitada, pero no puedan, en cambio, celebrar otros contratos entre ellos (155).

IV.3. Efecto de la violación de la prohibición

Si bien en el Cód. Civ. y Com. no existe una norma como la del art. 1044 del Cód. Civil, según el cual son nulos —entre otros— los actos jurídicos realizados no obstante encontrarse prohibido el objeto principal del acto, en el supuesto de haberse realizado un contrato en interés propio entre los cónyuges, creemos que no resulta posible dar una solución única a la violación de la prohibición. En efecto, no obstante que en todos los casos la sanción será la nulidad del acto, esta será de carácter absoluto o relativo, debiendo en cada caso concreto el juez apreciar si en la invalidez está interesada una razón de orden público, la moral o las buenas costumbres, o si, por el contrario, solo se ha pretendido proteger el interés de los particulares; de acuerdo con lo cual, resolverá que la nulidad es absoluta o relativa, respectivamente (conf., art. 386, Cód. Civ. y Com.).

V. DERECHO COMPARADO

V.1. En la legislación comparada existen distintos sistemas con respecto a la prohibición de contratar entre esposos

Se puede afirmar que, en líneas generales, en la legislación comparada existen tres sistemas relacionados con la posibilidad de realizar contratos entre los esposos, consistiendo uno de ellos en prohibirlos en forma absoluta, mientras que, de acuerdo con otro sistema, se prohíben solo algunos contratos en particular, permitiéndose los restantes. Por último, en legislaciones que han equiparado la situación jurídica del hombre y la mujer, en general han sido dejadas sin efecto las prohibiciones para contratar entre cónyuges.

V.1.1. Alemania

El Código Civil alemán no establece límite alguno para las capitulaciones matrimoniales, interpretándose de sus normas la inexistencia

(155) AZPIRI, Jorge, *Derecho de familia*, cit., p. 151, c).

de limitación para celebrar contratos entre esposos, los cuales, sin embargo, deberán ser celebrados en presencia de ambos cónyuges y bajo acta notarial (parágrafo. 1410).

V.1.2. España

Desde la sanción de la ley del 13 de mayo de 1981, que modificó, entre otros, el art. 1323 del Cód. Civil, al que más arriba hemos hecho referencia, los cónyuges tienen la posibilidad de celebrar sin restricciones contratos entre ellos, determinando al respecto dicha norma que “el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

A su vez y ya particularmente, el art. 1458 establece que “el marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente”.

V.1.3. Francia

Lo mismo es en el Código Civil francés, donde expresamente se permite la celebración entre los esposos del contrato de donación, el cual, no obstante, queda sujeto a revocación (arts. 1096 y ss., ref. por la ley 72-3 del 3/1/1972).

V.1.4. Suiza

La legislación suiza también permite que los esposos celebren contratos entre ellos, tal como resulta del art. 177 del Cód. Civil.

V.1.5. Japón

El contrato celebrado entre cónyuges puede ser anulado por cualquiera de ellos, mientras dure el matrimonio, siempre que no se perjudiquen los derechos de terceros (art. 754, Cód. Civil).

V.1.6. Países latinoamericanos

En el art. 242 del Anteproyecto de Código Civil boliviano redactado por Ángel Ossorio, también se prohibían los contratos entre cónyuges, los que tampoco podían hacerlo hasta seis años después de su divorcio o su separación; se admitía no obstante que celebraran contratos entre ellos, previa autorización judicial y siempre que no perjudicaran a terceros. Por su parte, el art. 591 del Cód. Civil boliviano de 1951 dejó sin

efecto la prohibición de celebrar el contrato de compraventa cuando los esposos estuvieran separados en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

También en el Cód. Civil peruano del año 1984 se han mantenido ciertas prohibiciones para contratar entre los cónyuges, lo que ha ocurrido con la intención de eliminar el excesivo influjo que uno de los cónyuges podría ejercer sobre el otro, a pesar, según se ha dicho, de que el principio de igualdad jurídica entre esposos elimina el fundamento de la prohibición legal (156).

Por aplicación del art. 3º de la ley 28, de Colombia, “son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el mandato general o especial”. El art. 102 del Cód. Com. de ese país dispuso la validez de la sociedad entre esposos, aunque sean los únicos asociados, habiendo dicha norma agregado “que los cónyuges, conjunta o separadamente, podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas”.

Los cónyuges no pueden en Chile celebrar válidamente entre ellos contratos de compraventa (art. 1796, Cód. Civil) ni de permuta (art. 1899, 2ª parte), pero sí pueden hacerlo luego del divorcio. En cambio, pueden celebrar el contrato de donación.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 174 del Cód. Civil para el Distrito Federal, salvo para el contrato de mandato, en México es exigida la previa autorización judicial para la celebración de contratos entre cónyuges. Además, el art. 232 establece que “los consortes pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos”; dichas donaciones no se anularán por la superveniencia de hijos, pero se reducirán cuando sean inoficiosas, en los mismos términos que las donaciones comunes (art. 234).

En Paraguay la ley 1/92 estableció al respecto que “los esposos no pueden contratar entre sí, respecto a los bienes propios y de la comunidad, no obstante lo cual, los mismos pueden constituir o integrar sociedades con limitación de responsabilidad” (art. 44)(157). Asimismo, los

(156) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de ARIAS SCHREIBER M., Ángela - PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Lima, 2006, t. III, p. 177.

(157) Al analizar dicha norma, Moreno Ruffinelli afirma que la misma debe entenderse, por interpretación a contrario, en el sentido de que queda excluida la posibilidad de constituir o integrar entre los cónyuges todas las sociedades en las que la res-

cónyuges pueden otorgarse mandatos, conforme resulta del art. 38 de dicha ley.

En Uruguay continúa vigente la prohibición que establece el art. 1675 del Cód. Civil, de celebrar los esposos entre sí el contrato de compraventa, la que queda sin efecto en los supuestos de divorcio y de separación de cuerpos. Tampoco pueden los cónyuges celebrar los contratos de donación y de permuta (arts. 1657 y 1775, respectivamente), encontrándose cuestionada por la doctrina la posibilidad de celebrar los contratos de mutuo, arrendamiento, renta vitalicia, sociedad y contrato de trabajo (158).

Recordamos, por último, que en el art. 1167 del Cód. Civil de Panamá se eliminaron las prohibiciones que existían para contratar entre cónyuges.

ponsabilidad resulta ilimitada, como, por ejemplo, la sociedad colectiva o la sociedad simple (*Derecho de familia*, Asunción, Paraguay, 2005, t. II, p. 678, nro. 47).

(158) Véase al respecto, VARELA DE MOTTA, María Inés, *Manual de derecho de familia*, cit., ps. 130 y ss.

OFERTA DE CONTRATO

POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO

I. NOCIONES GENERALES

Como advierte Messineo en la doctrina italiana, el contrato puede formarse con todos sus componentes en un mismo momento, lo que se denomina “conclusión instantánea”, o bien ser alcanzado el acuerdo con los elementos esenciales, quedando indeterminados los accesorios para un tiempo posterior (1).

También puede acaecer que la concreción del acuerdo se logre por una vía progresiva, es decir, ex intervalo, por el mismo contenido integral de oferta y aceptación, siendo este último acto componente del primero o por separado. Un ejemplo de lo último se brindaba en el art. 1795 del anterior Cód. Civil que, como excepción, admitía que después de muerto el donante que ofreció la transmisión gratuita de algún bien, era posible la aceptación por parte del donatario (2).

Es que el contrato tiene como esencia el acuerdo de las partes o lo que comúnmente se indica como “consentimiento”, vocablo que viene

(1) MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Ejea, Buenos Aires, 1986, trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Notas de Derecho argentino de Vittorio Neppi, t. I, p. 310. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1974, t. I, p. 280, nro. 173. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, 4ª ed., Bosch, Barcelona 1977, t. II, vol. I, p. 382.

(2) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Contrato de donación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, ps. 83 y ss.; BELLUSCIO, Augusto C., coment. al art. 1795, en: BELLUSCIO, A. C. (dir.) - ZANNONI, E. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentadas, anotadas*, Astrea, Buenos Aires, 2004, t. IX, p. 21. SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuente de las obligaciones*, 2ª ed., Tea, Buenos Aires, 1957, t. III, p. 17, nro. 1555. LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 599.

del latín *cum sentire* y significa un sentimiento común y forma su propio elemento y alma.

Al respecto, observa Castán, quien fuera uno de los más conspicuos representantes de la doctrina española que, para arribar al acuerdo completo siempre es necesario que se realicen en forma gradual y completen una serie de actos que son “los preliminares” del contrato (3).

Esos primeros pasos y movimientos se integran mediante tratos, conversaciones, acercamientos, cambio de opiniones, estudios u actos preliminares necesarios, lo que la doctrina francesa denomina gráficamente *pour parler*. Ello implica la aparición en escena de: la carta de intención (art. 993 del Cod. Civ. y Com.), la propuesta, el precontrato o contrato preliminar o promesa de contratar (art. 994), la invitación a ofertar (art. 973), la oferta propiamente dicha, o la policitación (art. 972) (4).

Pero, de todo lo indicado, es la oferta lo más importante y relevante para que se concrete el contrato; y ese es el tema principal que se trata de desarrollar en esta monografía.

II. OFERTA. CONCEPTO

En una simple definición es posible sostener que la oferta se integra con una manifestación unilateral de la voluntad que busca como finalidad inmediata que otro la acepte para concretar el negocio jurídico contractual (5).

(3) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 1978, 12ª ed. revisada y puesta al día por don Gabriel García Cantero, t. III, p. 568. CUADRADO PÉREZ, Carlos, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Estudia Albornotiana, Real Colegio de España, Bologna, 2003, p. 33. MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *La oferta de contrato*, Aranzadi, Madrid, 1998, ps. 24 y ss. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos*, Zavalía, 3ª ed., Buenos Aires, 1984, p. 102. APARICIO, Juan Manuel, *Contratos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 230, nro. 201.

(4) MARTY, Gabriel - RAYNAUD, Pierre, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, Paris 1988, 2ème. ed., t. I, p. 101, nro. 106. STARCK, Boris - ROLAND, Henri - BOYER, Laurent: *Droit civil. Obligations. Contrats et quasi contrat, régime général*, Litec, Paris 1986, 2ème. ed., t. II, p. 97, nro. 281. GHESTIN, Jacques, “La formation du contrat”, dans le GHESTIN, J. (dir.), *Traité de droit civil*, 3ème. ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 260, nro. 292 y ss. BIGLIAZZI GERI, L. - BRECCIA, U. - BUSNELLI, F. D. - NATOLI U., *Diritto civile. Obbligazioni e contratti*, Utet, Torino 2000 (ristampa), t. III, p. 304.

(5) CUADRADO PÉREZ, Carlos, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, cit., p. 77, afirma: “La oferta es una declaración unilateral de la voluntad con carácter recepticio que emite una de las partes (oferente) para proponer a otro u otros, la conclusión de

El art. 972 del Cod. Civ. y Com. define a la figura con cierta precisión: “La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada”.

En la doctrina de los autores también se ha considerado que la oferta contractual “...es una propuesta de contrato que hace una persona hacia otra”; o tal como lo expresa Ghestin se trata de: “une manifestation de volonté unilatérale para laquelle une personne fait connaître son intention de contracter e les conditions essentielles du contrat...”. Y para Sánchez Urite, sería “Una declaración de voluntad unilateral, autosuficiente y recepticia que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato” (6).

Carbonnier con cierta simpatía señala que, existe una gran variedad de formas de la oferta; desde aquella colectiva hecha al público en general (mediante anuncios de venta o de subastas), a las rudimentarias (menú fijado en la puerta de un restaurant), o en los distribuidores automáticos (maquinas que expenden bebidas o golosinas), o acompañadas de algunas reservas (cuando reciba la mercadería), o las que buscan contratar para empleos, etcétera (7).

Ahora bien, a pesar de este panorama amplio, es necesario determinar cuándo dicha oferta adquiere carácter y fuerza obligatoria, a fin de obtener y poder observar las consecuencias jurídicas de dicho acto. Para ello es preciso desentrañar su naturaleza.

un contrato en el que se contienen los elementos esenciales del mismo”. ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 268. DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, t. I, p. 283. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Oferta de contrato. Fuerza obligatoria”, en el libro *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil*, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba (Rep. Arg.), 2009, t. II, p. 922.

(6) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1978, p. 98. SALVAT Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino...*, cit., t. I, p. 52, nro. 41. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, La Ley, actualizado por el Dr. Alejandro Borda, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 147, nro. 1201. GHESTIN, Jacques, “La formation du contrat”, dans le GHESTIN, J. (dir.), *Traité de droit civil*, cit., p. 260, nro. 292. SÁNCHEZ URITE, Ernesto A., *La oferta de contrato. Fuerza vinculante*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 33. MALAURIE, Phillipe - AYNÉES, Laurent, *Les obligations*, 10ème. ed., Cuyas, Paris, 1999/2000, p. 227, nro. 230.

(7) CARBONNIER, Jean, *Derecho civil. El derecho de las obligaciones y la situación contractual*, trad. Manuel M. Zorrilla Ruiz, Bosch, Barcelona, 1971, t. II, vol. II, p. 174, nro. 98.

III. NATURALEZA JURÍDICA

Todo estudio sobre la naturaleza jurídica de una institución importa realizar un análisis comparativo sobre distintos puntos de vista y su relación a los institutos que pueden llegar a identificarse con la figura. En el caso de la oferta de contrato, cuyo concepto ya fue descrito, es posible señalar tres opiniones: a) que se trate de un negocio jurídico; b) o bien de un simple “acto jurídico”; o c) sencillamente de un acto prenegocial (8).

III.1. Negocio jurídico

Si toda manifestación de voluntad que encierra como fin inmediato producir efectos jurídicos hace a la figura del “negocio”, la oferta, tal como fuera delineada, es un verdadero “negocio jurídico”. Y ello porque se ubica en un lugar donde reina la declaración de la voluntad y cuando ella constituye una *fattispecie* normativa y el sujeto le suma la intención de producción de efectos legales, aparece la tipificación esbozada (9).

Es decir, la oferta se nutre de la voluntad del ofertante, y sus notorios deseos de que tenga efectos jurídicos precisos, de allí que no es posible evadir su ubicación como un verdadero negocio. Por ello, autores de relevancia como Albaladejo lo definen así: “Un acto jurídico lícito (género próximo), constituido al menos por una declaración de voluntad privada, que el derecho tutela reconociéndole como base (fundamento) para la prosecución de dichos efectos”. Por su parte, De Ruggiero y A. Trabucchi siguen similar criterio, al considerar que “...se trata de una manifestación de voluntad aprendida por el derecho, y tiende a finalidades prácticas y concretas” (10).

(8) SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada*, Montecorvo, Madrid, 1966, ps. 102 y ss. TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, RDP, Madrid, 1967, trad. de don Luis Martínez Calcerrada, t. II, p. 169. DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, cit., t. I, p. 192, nro. 33. MARTY, Gabriel - RAYNAUD, Pierre, *Droit civil. Les obligations*, cit., t. I, p. 102, nro. 109.

(9) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, RDP, Madrid, 1959, trad. Martín Pérez, p. 51. GALGANO, Francesco, “Il negozio giuridico”, en CICCU, A. - MESSINEO, F., *Trattato de diritto civile e commerciale*, continuato da Luigi Mengoni, Giuffrè, Milano, 1988, p. 6. COVIELLO, Nicola, *Doctrinas generales del derecho civil*, UTHEA, México, 1918, trad. Felipe de J. Tena, p. 343. STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, RDP, Madrid 1959, trad. J. Santos Briz, ps. 1 y ss. FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, trad. de J. M. Miquel González y E. Gómez Calle, ps. 48 y ss.

(10) ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 45, nro. 26. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, Reus, Madrid, 1931, trad.

Es conforme a este pensamiento que, si bien tienen algunas disidencias de sutiles detalles, en las obras de E. Betti, Pugliatti y Coviello no escapa a este amplio encuadre. De allí que es posible sostener que la oferta es una de las tantas exteriorizaciones negociales que ofrece la vida (11).

Además la definición dada en el art. 259 del Cod. Civ. y Com., que, resulta coincidente con lo ya indicado, dice: “El acto jurídico es un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. Los requisitos exigidos para el concepto de acto o negocio jurídico son los que debe sumar la oferta de contrato para integrarse como tal, y de allí sumo una nueva coincidencia en su propia esencia.

III.2. Acto jurídico no negocial

El acto jurídico no negocial, o simplemente acto lícito voluntario, se encuentra en lo dispuesto en el art. 260 del Cod. Civ. y Com., al mostrarlo como todo acto realizado con los elementos del discernimiento, la intención y libertad del sujeto que lo realiza (12).

Este interesante distingo entre los actos o negocios jurídicos, de los simples actos lícitos o no negociales, no tiene un desarrollo muy amplio en la doctrina civilista nacional, pero si ha sido objeto de análisis y estudio entre los autores italianos, españoles y alemanes.

En general se entiende que este tipo de accionar pertenece al género de los hechos humanos voluntarios cuando se manifiestan en un acto consciente. Von Tuhr enseña que resultan ser aquellos en los que el su-

de Serrano Suñer y J. Santa Cruz Teijeiro, t. I, p. 250. TRABUCCHI, A., *Instituciones de derecho civil*, cit., t. I, p. 147, nro. 64. DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas (reimpresión), Madrid, 1985, p. 21. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 65 y 68, nro. 14. CANDIÁN, Aurelio, *Instituciones de derecho privado*, Uthea, México, 1961, trad. Blanca de Caballero, p. 240.

(11) Los desacuerdos doctrinales se dividen entre los autores que se atienen a la “voluntad” con sentido psicológico, y otros que desechan dicho criterio, a aquellos que adhieren a un sentido objetivado de esa voluntad. Su análisis excede el objetivo de este ensayo, para su estudio y desarrollo puede verse: BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 51. PUGLIATTI, Salvatore, “La volontà elemento essenziale del negozio giuridico”, *Rivista de Diritto Commerciale*, 1940, p. 243. CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid 1956, trad. M. Albaladejo, p. 49, nro. 18.

(12) ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Zavalía, Buenos Aires, 1963, p. 29, nro. 14. DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, cit., p. 27. TRABUCCHI, A., *Instituciones de derecho civil*, cit., t. I, p. 145, nro. 68. CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 27, nro. 10.

jeto realiza mediante una conducta externa voluntaria y consciente, ya que el comportamiento externo e inconsciente no puede generar acto jurídico alguno (13).

En este caso la voluntariedad es valorada como hecho humano de acuerdo con la conciencia que lo predetermina, ante ello puede ser calificada como “acto jurídico”. Como bien lo explica Emilio Betti: “El derecho clasifica entre el hecho y el acto jurídico, de acuerdo a como los considera y valora. Por ello el comportamiento del hombre se transforma en un acto jurídico cuando se reconoce su trascendencia jurídica cuando se valora la conciencia que lo acompaña y la voluntad que lo determina”. Sigue diciendo que “Dicha conciencia es la que regularmente se aplica conforme a las denominadas conductas típicas, por ello fundadas en la experiencia o en la ‘previsión genérica’ de acuerdo a como se presentan en la vida” (14).

Es decir, si la manifestación de la voluntad está dirigida a la obtención de un resultado estrictamente factico, aun cuando la ley le imponga algunas consecuencias jurídicas, estamos en presencia de un acto jurídico que no llega a configurarse como un verdadero negocio. Para esta corriente de opinión la “oferta” se encuentra en esta categoría, pues como sostiene Mirabelli, la oferta resulta de una jerarquía menor a los actos negociales, ya que no alcanza a la producción inmediata de los efectos jurídicos, y solo busca un resultado práctico y propedéutico (15).

III.3. Acto prenegocial

Otro criterio es el que considera que la oferta constituye uno de los pasos necesarios para la concreción del contrato. Ya que, tanto ella como su aceptación, constituyen elementos formativos del acuerdo final y resultan “actos prenegociales”. Como afirma Santoro Pasarelli, la declaración de la oferta no configura un acto jurídico, sino un elemento

(13) VON TUHR, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, Depalma, Buenos Aires, 1947, trad. Tito Rava, t. III, vol. I, p. 117. BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 65. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., *El negocio jurídico*, cit., p. 38, nro. 4.

(14) BETTI, Emilio, *El negocio jurídico*, cit., p. 12, nro. 2.

(15) MIRABELLI, Giuseppe, *Dei contratti in generale*, Utet, Torino 1980, ps. 22 y ss. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, cit., t. I, p. 250.

del propio negocio que, por otra parte, es un prius, e integra el denominado “iter de desarrollo” (16).

En mi modesto parecer esta tesis es la que mejor se adapta al sentido y objetivo del acto de la oferta, porque el nacimiento del *idem placitum consensus* aparece como resultado final del camino a recorrer.

Reafirma esta postura aquello que Menéndez Mayo denomina los “rasgos esenciales de la oferta”. El autor español, define dicha circunstancia haciendo saber los siguientes caracteres: a) el acto precontractual hace referencia a un eventual acuerdo, y esa manifestación intenta poner en contacto a las partes; b) que en esta primera actividad aparece la voluntad manifestada para el inicio de esta fase; c) que es una actuación necesaria y fundamental para buscar un futuro éxito en la negociación; y d) viene para crear una “relación precontractual” en sentido estricto entre el oferente y su destinatario (17).

Me permito coincidir con esta idea. Es de notoriedad que la oferta resulta uno de los primeros pasos que tiene en mira y va en la búsqueda de un acuerdo de carácter contractual. Que como ya se ha visto, antes del resultado final siempre existen tratos o como se lo denomina en el lenguaje francés *pour parleurs*, para arribar a la conclusión de un contrato.

La oferta tiene ese colorido de anterioridad y requisito del “iter negocial” que se coloca entre los primeros pasos y, por ello, adquiere ese carácter de prenegocialidad.

IV. REQUISITOS DE LA OFERTA DE CONTRATO

Como todos los institutos jurídicos negociales o prenegociales, deben contener la integridad de los elementos necesarios para identificar

(16) SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas generales del derecho civil*, trad. Antonio Luna Serrano, RDP, Madrid, 1964, p. 251, nro. 47. Agrega: “...la declaración es un acto prenegocial cuando la voluntad está dirigida a producir un efecto previsional que se agota en la predisposición del negocio”. Y concluye “los ejemplos más significativos de actos prenegociales son la propuesta y la aceptación...”. BIANCA, Massimo, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, t. III, p. 21. Este relevante autor se muestra crítico con la tesis del acto “prenegocial”. Dice que tanto la oferta como la aceptación, son actos: “...dichiarazioni che integrano il contratto in formazione, sono quindi dichiarazione contrattuale...”.

(17) MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *La oferta contractual*, cit., ps. 36 y ss. Íd. FRANCESCHELLI, Paolo, *Il contratto in generale*, Maggioli, Rep. De San Marino 2007, p. 86.

las finalidades a que se dirigen, y para el caso concreto, los que corresponden al futuro contrato.

Si bien no existe unanimidad sobre su número y características, es posible ensayar y afirmar que ellos son los siguientes: a) sea completa o autosuficiente; b) contenga la intención de obligarse; y c) dirigida a persona determinada o determinable (18).

IV.1. Completa o autosuficiente

Este carácter que hace a lo completo de la oferta importa que esa declaración contenga todos los elementos esenciales negociales que permitan identificar al futuro contrato, de modo tal que la aceptación por parte del destinatario perfeccione el acuerdo (19).

El art. 1148 del Cód. Civil no vigente, disponía: “Para que haya promesa ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos”. En la última parte es donde se hace expresa referencia al requisito referido.

Por su parte, el art. 972 del nuevo Cód. Civ. y Com. especifica en su final que la oferta debe contener “...las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada”. Es decir, en ambas normas de similar redacción, aparece como imprescindible hacer conocer a la otra parte cuales son los elementos necesarios para que no exista dubitación alguna para aceptar o rechazar la solicitud, ya que todos los contenidos de la futura contratación se encuentran descriptos e integrados (20).

(18) APARICIO, Juan Manuel, *Contratos*, cit., t. I, p. 234, nro. 206. SCONAMIGLIO, Renato, *Il contratto in generale*, Vallardi. Milano 1961, p. 91, nro. 25. SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino...*, cit., t. I, p. 62, nro. 51. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2006, actualizado por el Dr. Alejandro Borda, t. II, p. 149, nro. 1202.

(19) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. I, p. 265, nro. 178, afirma que “...la declaración debe ser tal que permita al destinatario aceptarla o rechazarla, por ello debe ser plena, completa, y tener todas las condiciones y cláusulas necesarias para que sea ‘autosuficiente’”. CUADRADO PÉREZ, Carlos, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, cit., p. 79, nro. 3. Expone con meridiana claridad: “La oferta ha de contener todos los elementos necesarios del contrato proyectado (*essentialia negotii*), de tal manera que si recae la aceptación por parte de quién ha recibido la propuesta, el contrato queda perfeccionado...”

(20) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit., p. 99. Del mismo autor, coment. al art. 1148, en BUERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena, *Código Civil y leyes complementarias, análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, t. III- B,

En ese sentido se expide Aparicio: "...la oferta debe ser completa o autosuficiente: debe estar concebida en forma tal que baste la sola aceptación para que el contrato quede perfeccionado, sin necesidad de ninguna ulterior declaración del oferente..." (21).

De esta manera, se explica la autosuficiencia que exige la propuesta de contrato que se desarrolla mediante la oferta. Es posible señalar y, como caso de excepción, en ciertas oportunidades no aparecen bien determinados todos los elementos esenciales, ya que es dable indicar que —bajo ciertos límites— alguno de ellos puede restar a la voluntad del aceptante o de un tercero (22).

Reafirmando la regla general y como válido ejemplo, el art. 14 de la Convención de Viena (Austria) sobre el contrato internacional de compraventa de mercaderías dispone que, la propuesta contractual debe ser lo suficientemente precisa e indicar la intención del oferente en quedar obligado (23).

Por otro lado, lo mismo ocurre en el art. 2.2 de los convenios de "UNIDROIT" (Principles of International Commercial Contrats), al exigir que, "...una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta si es

p. 563. LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, RDP, Madrid, 1978, trad. Miguel Izquierdo y Macías Picabea, p. 708. HERSALIS, Marcelo J., comentario al art. 972, en BUERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena, *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. III-C, p. 115.

(21) APARICIO, Juan Manuel, *Contratos*, cit., t. I, p. 234, nro. 206.

(22) Como ejemplo de las excepciones referidas se puede observar lo que dispone el art. 1133 del Cod. Civ. y com., referido al precio en el contrato de compraventa. Ya que dicho precio puede ser fijado por las partes, o dejarlo al arbitrio de un tercero o con referencia a otra cosa cierta. ESPER, Mariano, comentario al art. 1133, en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial, comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, ps. 810-812. BREBBIA, Roberto H., "La compraventa y la fijación de precio", en *Instituciones de derecho civil*, Iuris, Rosario 1997, t. I, p. 348. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Contrato de compraventa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 109. SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino...*, cit., t. I, p. 302, nro. 431.

(23) El art. 14 de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, dispone: "La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa o tácitamente señala la cantidad o el precio o prevé un medio para determinarlo".

suficientemente precisa e indica la intención del oferente en quedar obligado” (24).

IV.2. Intención de obligarse

Afirma Diez Picazo que la oferta debe ser emitida “con una seria intención de obligarse, ser definitiva y dada a conocer al destinatario”. Cuestión que resulta de toda claridad y se comprende por sí misma, ya que constituye el único camino que la hace vinculante (25).

La oferta se nutre de la voluntad del sujeto que se manifiesta mediante la exteriorización de lo querido. De esa manera se lo hace saber a los destinatarios o al destinatario. Al respecto, afirma Messineo: “El elemento fundamental del negocio jurídico es la declaración de voluntad lo que presupone que existe una voluntad como sustrato de la declaración, teniendo esa declaración valor instrumental respecto a la voluntad” (26).

Esa voluntad se exterioriza mediante una manifestación donde se halla lo querido que, para el caso, es el deseo de contratar.

Entre los más distinguidos autores nacionales Atilio Aníbal Alterini aclara: “Es de interés señalar que el propio declarante puede despojar a su propuesta del carácter vinculante que la convierte en oferta, y ello a veces lo manifiesta de modo expreso, como cuando adiciona las cláusulas ‘sin compromiso’, ‘sujeto a confirmación’, u otras análogas” (27).

Tal como dicen Marty y Raynaud en el derecho francés, “L’offre doit être formé, c’est à dire exprimer une volonté nette de conclure le contrat si elle est accepté...”. Ello significa que no se le debe anejar ninguna condición ni reserva, pues su objeto es lograr el acuerdo con el destinatario. Por ello, muchos doctrinarios se agregaron variadas adjetivaciones que

(24) DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, “El concepto de oferta contractual en el comercio internacional. Un análisis de los principios Unidroit desde la perspectiva del derecho privado español”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1999, p. 1430.

(25) DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil*, cit., t. I, p. 283. Íd. en GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, 7ª ed., Cedam, Padova, 1992, p. 221. MARTY, Gabriel - RAYNAUD, Pierre, *Droit civil. Les obligations*, cit., t. I, p. 102, nro. 109, indican: “L’offre doit être ferme c’est à dire exprimer une volonté nette de conclure le contrat si elle est accepté”.

(26) MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Ejea, Buenos Aires, trad. Santiago Sentís Melendo, t. II, p. 359.

(27) ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 270 y ss.

dan más fuera de convicción a este principio. Así, se dice que debe ser “definitiva y seria”, o “inequívoca”, o emitida “con la intención directa de celebrar un contrato”, o “firme y definitiva”, etc. (28).

Es por dicha circunstancia que en los casos de incoincidencias conscientes entre la voluntad real y la voluntad declarada, nunca se producen los efectos jurídicos previstos. Por ello, resulta doctrina constante aquella que sostiene que la oferta que se emite sin seriedad, o en sorna (jocandi causa), sin intención de engañar y con el solo fin de realizar una chanza o broma, o un simple juego inocente, o bien con finalidad didáctica o hipótesis de escuela, o actuaciones teatrales, le falta la importante intención de vincularse y, por ello, resulta ineficaz y deviene carente de efectos jurídicos (29).

IV.3. Dirigida a persona determinada o determinable

El art. 972 del Cod. Civ. y Com., ya citado, dispone expresamente que la oferta debe ser hecha y dirigida hacia: “persona determinada o determinable”. Era en cierta medida lo que también preceptuaba el art. 1148 del anterior Cód. Civil, y aparece como una cuestión y tema de cierta sencillez en su entendimiento, no luce tan claro cuando se la profundiza.

En principio debe ser entendido que cuando se envía la oferta a una persona ya identificada previamente, con algunos otros elementos que la individualizan, la cuestión no genera dudas hermenéuticas. Por ejemplo, si el destinatario es el Sr. José Gómez, que vive en la calle Rosales nro. 424, de la Ciudad de Buenos Aires. De ese modo, se cumple perfectamente con la disposición legal y no se pueden abrigar interrogantes que, en el caso, la oferta es a persona “determinada” (30).

(28) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil, según el tratado de M. Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1964, trad. de Delia García Daireaux, t. IV, p. 214, nro. 323. TRABUCCHI, A., *Instituciones de derecho civil*, cit., p. 169. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, “Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil”, La Ley (española), año 1969-2, p. 1145. MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *La oferta de contrato*, cit., p. 130. HERSALIS, Marcelo J., comentario al art. 972, en BUERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena, *Código Civil y Comercial...*, cit., t. III-C, p. 114.

(29) GARCÍA AMIGO, Manuel, *Instituciones de derecho civil*, RDP, Madrid, 1979, p. 679. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., *El negocio jurídico*, cit., p. 133. DE COSSIO Y CORRAL, Antonio, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, t. I, p. 150. RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, *El negocio jurídico*, Ed. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1980, ps. 95 y ss.

(30) MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, 2ª ed., Lajouane, Buenos Aires, 1915, t. III, p. 446. TERRÉ, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris 1999, p. 110, nro. 108, dicen:

El otro aspecto, es decir, la oferta dirigida a “persona indeterminada o determinable” es quizá el que presenta interrogantes de mayor envergadura. Con el régimen previsto en el Cód. Civil anterior, y lo dispuesto en el citado art. 1148, se presentaron diferentes puntos de vista.

Era necesario formular algunas aclaraciones a priori, a fin de deslindar la cuestión y determinar cuáles son las posturas esgrimidas al respecto.

Tanto en la doctrina nacional como entre los autores extranjeros se han desarrollado dos ideas muy precisas. Algunos entienden, esgrimiendo buenas razones, que la oferta debe tener como contenido concreto la determinación del sujeto a quién se le remite. Es, por ello, —según esta línea de pensamiento— que las ofertas en general o no individualizadas, no son tales y aparecen simplemente como “invitaciones a ofertar” (31).

Para otra corriente de opinión, la invitación provisional no impide el efecto de la propuesta y, por ello, su aceptación produce el nacimiento del contrato. En esa dirección el Dr. Guillermo A. Borda, afirma: “Equivalen a persona indeterminada las determinables por un procedimiento claro establecido en la oferta...”. Y con anterioridad ya Segovia había entendido: “Para que la oferta obligue al promitente no es necesario se la formule a persona determinada, basta con que ésta sea determinable...”. Y en tiempos más recientes el profesor Aparicio afirma: “Cabe interpretar que cuando la ley prescribe que la oferta debe ser hecha a persona o personas determinadas, en puridad de concepto está exigiendo la posibilidad de determinación de su destinatario, lo que existe no solo cuando está individualizado, sino también cuando media un procedimiento que lo torna determinable...” (32).

“L’offre peut être adressé a une ou plusieurs personnes déterminées...” PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona 1978, t. II, vol. I (Doctrina general del contrato), p. 179. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., “Oferta de contrato. Fuerza obligatoria”, en los libros: *Homenaje a los Congresos de derecho civil*, cit., t. II, p. 927. RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Facultad de Derecho - Universidad Complutense, Madrid 1982, t. II, ps. 52 y ss.

(31) SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino...*, cit., t. I, p. 62, nro. 51. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos*, cit., t. I, p. 117.

(32) BORDA, G. A. - BORDA, A., *Tratado... Obligaciones*, cit., t. II, p. 150, nro. 178. En igual sentido SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. I, p. 266, nro. 178, afirma: “No cabe una comprensión asaz estrecha del art. 1148 (Cod. Civ.). No todos los aspectos marginales del negocio jurídico propuesto deben ser necesariamente incluidos en la oferta contractual, ni tampoco corresponde aseverar que la persona

Personalmente, y hace algún tiempo atrás, yo había sostenido que, en general sin perjuicio de ciertas aclaraciones, me resultaba y parecía más conveniente la primera de las posturas. La oferta tiene cualidad de tal cuando se dirige a una persona o varias perfectamente determinadas a priori; diferente y distinta es la situación de ciertas propuestas que aparecen como meras invitaciones a ofertar, y admiten que todos sin distinción puedan concretar ofrecimientos. Esta afirmativa cede ante ciertas situaciones particulares como cuando se trata de: ofertas al público, o bien rige la Ley de Consumidores, o existen algunos detalles que permiten dar cauce libre a la previa indeterminación del ofrecido (33).

Aparece como referencia interesante lo dispuesto en el art. 14 de la Convención de Viena sobre compraventa de cosas muebles. Allí se puede observar un criterio ecléctico entre ambas posturas, ya que se afirma que la oferta a persona indeterminada sin aclaración alguna ni invitación a ofertar no es vinculante. En cambio, obligan las dirigidas a personas determinadas, o a grupos determinados, o a sociedades irregulares, o grupos de negocios (34).

Como elemento novedoso y hoy bastante en boga es válido tener en cuenta los efectos de la comunicación mediante *mailing*, o correo electrónico. La cuestión se suscita cuando la oferta va dirigida a un número de personas determinadas por su nominación o que forman parte de un conjunto más incierto. Allí es necesario diferenciar cuando esa comunicación tiene solo carácter publicitario que no obliga, de aquella que tiene como finalidad una verdadera oferta que si obliga (35).

del destinatario tenga que hallarse determinada subjetivamente". SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina, sus explicaciones y críticas bajo la forma de notas*, nueva edición, La Facultad, Buenos Aires, 1933, t. I, p. 315. APARICIO, Juan Manuel, *Contratos*, t. I, p. 240, nro. 215. En la doctrina francesa: GHESTIN, Jacques, "La formation du contrat", dans le GHESTIN, J. (dir.), *Traité de droit civil*, p. 265, nro. 297. CUADRADO PÉREZ, Carlos, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, cit., p. 150, aclara que algunos autores distinguen entre las "ofertas al público", de las dirigidas a "un grupo de miembros de la comunidad". Por ejemplo, una agencia de viajes ofrece una visita a Venecia (Italia) para estudiantes de esa lengua, o bien a personas retiradas o jubiladas.

(33) MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Ejea, Buenos Aires, 1986, trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, con notas de Vittorio Nepi, t. I, p. 312. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit., p. 99. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos*, cit., t. I, ps. 117-118. COMPAGNUCCI DE CASO, "La oferta de contrato...", en el libro *Homenaje a los Congresos de derecho civil*, cit., t. II, p. 928.

(34) GHESTIN, Jacques, "La formation du contrat", dans le GHESTIN, J. (dir.), *Traité de droit civil*, p. 265, nro. 297. TERRÉ, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, cit., p. 111, nro. 108.

(35) DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil*, cit., t. I, p. 290, nro. 291. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *Derecho de los contratos*, Hammurabi, Buenos Aires, t. I,

En el nuevo Cód. Civ. y Com. el art. 973, sigue a la moderna doctrina y realiza una aclaración que merece la adhesión de los autores. Dice: “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”.

Insisto en lo interesante de toda esta gama de cuestiones, especialmente cuando se trata de: ofertas de los comerciantes al público, los remates, las subastas, el premio por el hallazgo, y lo previsto en la ley para los consumidores. Me ocupo solamente de lo referido a las “ofertas al público”, y lo previsto en la Ley de Consumidores.

V. OFERTAS AL PÚBLICO

Las ofertas al público en general tienen un importante grado de vinculación con las que lo son a personas indeterminadas. El ejemplo típico es el de los ofrecimientos de los comerciantes para la venta de mercaderías que se exhibe en escaparates, o bien circula en las publicaciones de internet, o en periódicos o revistas, etc. Para un amplio criterio doctrinal estos casos resultan dirigidas a un sujeto indeterminado provisionalmente, hasta que se produce la aceptación.

La indeterminación de los destinatarios es casi absoluta, ya que son aceptantes potenciales, esos futuros compradores integran los casos denominados como *in incertam personam* (36).

El concepto amplio sobre la validez de la oferta sin determinación del sujeto destinatario fue, hace ya mucho tiempo, sostenida por Segovia y también por otros celebres juristas como Salvat, Acuña Anzorena, Spota, y demás de similar enjundia (37).

p. 440, nro. 78, realiza un desarrollo muy importante del uso de los medios modernos de comunicación.

(36) SANTOS BRIZ, Jaime, *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada 1992, p. 76. MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *La oferta de contrato*, cit., p. 181. RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, cit., vol. II, p. 52.

(37) SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina*, cit., t. I, p. 216. SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino...*, cit., t. I, p. 62, nro. 51. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. I, p. 266, nro. 178. PLANIOL, M. - RIPERT, G. - SAVATIER, R., *Tratado de derecho civil*, Cultural, La Habana (Cuba), 1947, trad. Díaz Cruz, t. VI, nro. 142.

En el derecho francés moderno se sigue la misma idea. Ghestin señala que es válida la oferta dirigida a un número indeterminado de personas, ya que la misma va hacia todos los interesados. En su apoyo trae la referencia a un fallo de la Corte de Casación francesa donde se afirma: “L’offre faite au public lie le pollicitant à l’égard du premier acceptant dans les même conditions que l’offre à personne déterminée” (38).

Hay autores que apoyan un criterio más ajustado a la letra de la ley civil anterior (art. 1148 del Cod. Civil) entienden que la oferta debe tener siempre como objetivo a un sujeto previamente determinado a quien debe ser dirigida. Como ya se indicó anteriormente, este caso integraría uno de los supuestos de meras “invitaciones a ofertar”, es decir, *invitatio ad offerendum*, donde el ofertante es el que pretende adquirir los objetos, y el aceptante —para el ejemplo dado—, el comerciante vendedor (39).

En el Derecho italiano el art. 1336 del “Codice civile” dispone: “L’offerta al pubblico quando contiene gli estremi essenziale del contratto alla cui conclusioni è diretta vale comme proposta, salvo que risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi”. Lo cual implica que la oferta al público debe incluir todos los elementos esenciales del contrato, de forma tal que, con el simple conocimiento expedida de la aceptación de alguno de los destinatarios, se concluye con el acuerdo (40).

VI. LA OFERTA EN LA LEY DEL CONSUMIDOR

La ley 24.240 modificada por la ley 26.361, en su art. 7° regula lo relativo a las ofertas contractuales, dispone: “La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados obliga a quién la emite...”. De allí emerge una excepción legislativa a la regla prevista en el art. 972 en cuanto a que debe ser dirigida a persona determinada o determinable (41).

(38) GHESTIN, Jacques, “La formation du contrat”, dans le GHESTIN, J. (dir.), *Traité de droit civil*, p. 265, nro. 297.

(39) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos*, cit., t. I, ps. 117-118. APARICIO, Juan Manuel, *Contratos*, cit., t. I, p. 239. ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo*, cit., p. 272. BORDA, G. A. - BORDA, A., *Tratado... Obligaciones*, cit., t. II, p. 150, nro. 1202.

(40) MARICONDA, Vincenzo, *Delle obbligazioni e dei contratti, comentario*, Ipsosa, Roma 1984, p. 267. GALLO, Paolo, *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2000, p. 393.

(41) ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo*, cit., p. 301. STIGLITZ, Rubén - STIGLITZ, Gabriel, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas, y protección al consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 39 y ss. GREGORINI CLUSELLAS,

En el supuesto particular que se trate de un “consumidor” la oferta hecha a ese público y generalizada, debe ser entendida y tiene los efectos de una propuesta vinculante. Resulta necesario que se hayan publicitado los elementos esenciales del futuro contrato, que le permita al sujeto destinatario (indeterminado) conocer con fehaciencia lo necesario para individualizar el contenido de la relación jurídica a concretar. Como indica Menéndez Mato, en este caso se ve, en cierto modo, alterada la libertad de conclusión del contrato del empresario (42).

VII. FUERZA VINCULANTE DE LA OFERTA

La consecuente obligatoriedad de la oferta se adiciona a un problema que siempre tuvo aristas controvertidas, sobre si el ofertante tiene la obligación legal de mantenerla durante un cierto tiempo o la facultad plena de revocarla *ad nutum* (43).

Esta cuestión se plantea en los casos de presencia de ofertas simples que no contienen un término previsto de vigencia o la renuncia a su retiro.

En el Cód. Civil alemán (BGB, párrs. 145 y 147) y al igual que en muchas leyes modernas, se sigue la tendencia que lleva a considerar que (en los contratos entre ausentes), la simple declaración de una persona crea por si una especie de responsabilidad consiguiente y futuro vínculo

Eduardo, *Derecho de los contratos*, cit., t. I, p. 464, nro. 82. MOSSET ITURRASPE, J. - PIEDECASAS, Miguel A., *Código Civil comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 82. HERSALIS, Marcelo J., comentario al art. 972, en BUERES, A. J. (dir.) - GEBHARDT, M. - COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. III-C, p. 114.

(42) MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *La oferta de contrato*, cit., p. 185.

(43) MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, cit., t. III, ps. 447-448. BORDA, G. A. - BORDA, A., *Tratado... Obligaciones*, cit., t. II, p. 152, nro. 1204. SÁNCHEZ URITE, Ernesto A., *La oferta de contrato...*, cit., p. 127. SALVAT, Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino...*, cit., t. I, ps. 63-64, nros. 54 y 55. PLANIOL, M. - RIPERT, G. - SAVATIER, R., *Tratado de derecho civil*, cit., t. VI, p. 177, nro. 131. PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona 1978, t. II, vol. II, p. 189. Aclara bien este autor: “Son problemas distintos el de saber si el oferente puede revocar después de la aceptación u antes de la recepción de la misma si, con independencia de que el destinatario de la oferta haya aceptado, el oferente está obligado a no revocar hasta transcurrido cierto plazo...”

obligatorio. La revocación solo es posible concretarla, sin consecuencia negativa alguna, después de cierto tiempo (44).

A todo ello se afirma que, por aplicación del principio de la buena fe contractual y en virtud de las relaciones nacidas de la confianza, aun no habiéndose señalado un término de vigencia, la oferta adiciona una especie del carácter de irrevocable (45).

En ese sentido el art. 16 de la Convención de Viena, sobre la compraventa de mercaderías, le brinda el contenido de irrevocable a la oferta cuando suscita en el destinatario “una fundada confianza en dicho elemento”.

Esta cuestión, debatida, por cierto, se une a las reglas interpretativas que llevan a tratar de proteger a todos quienes pueden confiar en una situación creada por el proponente, conforme a las normas sobre hermenéutica y comportamientos de orden objetivo y generales (46).

Es por ello entendible que, una revocación intempestiva y acausada, lleva a oscilar entre pensar en la consecuencia de estar en presencia de la responsabilidad “precontractual”, o bien en un caso de irrevocabilidad donde la aceptación tardía, configura y concreta un acuerdo contractual (47).

(44) El parág. 145 del BGB dispone: “Quién propone a otro la conclusión de un contrato está vinculado a la oferta, a no ser que haya excluido la vinculación”. Y el párr. 147 preceptúa: “La oferta hecha a una persona presente solo puede ser aceptada inmediatamente... La oferta hecha a un ausente solo puede ser aceptada hasta el momento que el oferente puede esperar que la llegada de la respuesta en circunstancias normales”. Cód. Civil alemán (BGB), la traducción es de MELÓN INFANTE, Carlos, en ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLFE, Martin, *Tratado de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1871, Apéndice.

(45) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. II, p. 216. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos*, cit., t. I, p. 105. JUANES, Norma, “La fuerza vinculante de la oferta de contrato”, en el libro *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil*, cit., t. II, ps. 937 y ss.

(46) DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil*, cit., t. I, ps. 298-299. GHES-
TIN, Jacques, “La formation du contrat”, dans le GHES-
TIN, J. (dir.), *Traité de droit civil*,
p. 270, nro. 303. Enseña que el ofertante debe mantener la oferta durante un tiempo necesario para que el segundo tome conocimiento, la analice y después responda. A ello agrega: “Force obligatoire o libre revocation de l’offre ne sont pas nulle part admises de façon absolue”.

(47) ASÚA GONZÁLEZ, R. H., *La culpa “in contrahendo”*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, p. 25. BREBBIA, Roberto H., *Responsabilidad precontractual*, La Rocca, Buenos Aires, 1987, p. 46. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., “Responsabilidad precontractual”, LL 2006-E-1380. Del mismo autor: “Responsabilidad precontractual”, en el

El Cód. Civil (hoy no vigente), en seguimiento de los antecedentes del francés de 1804, en el art. 1150 estableció lo siguiente: “Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiese hecho hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas a permanecer en ellas hasta una época determinada”.

Ese fue el sistema del derecho romano, en cuyas ideas abrevó el régimen francés y siguió la ley nacional. Es una posibilidad que la ley otorga con amplia libertad al oferente que le permite el retiro de la oferta, y mantiene como un único límite que el destinatario no haya remitido con anterioridad su aceptación. Dejando a salvo también los casos en que el autor de la oferta haya renunciado a la facultad de retractarse o bien se obligó por un tiempo preestablecido (48).

El nuevo Cód. Civ. y Com. tiene en dos precisas normas (arts. 974 y 975) una solución que brinda claridad. De ese modo se anuda a los tiempos y acepta las nuevas corrientes adaptadas a la modernidad del derecho privado.

El art. 974 dispone varias soluciones referidas al tema en tratamiento. Por un lado, confirma la fuera obligatoria de la oferta, y distingue la realizada “entre presentes”, a la configurada entre personas “ausentes”. En

libro MOSSET ITURRASPE, J. (dir.) - GONZÁLEZ ZUND, Ricardo A. (coord.), *Responsabilidad civil*, en homenaje al Dr. Félix A. Trigo Represas, ConTexto, Resistencia (Chaco), 2018, ps. 313 y ss. TORRENTE, Andrea - SCHLESINGER, Piero, *Manuale de diritto privato*, 16ª ed., Giuffrè, Milano, 1999, p. 483, nro. 309. COBAS, Manuel O., “Responsabilidad precontractual”, en el libro *Derecho privado*, homenaje al Dr. Alberto J. Bueres, Hamurabi, Buenos Aires, 2001, ps. 1299 y ss. MENGONI, Luigi, “Sulla natura della responsabilità precontrattuale”, *Rivista de Diritto Commerciale*, 1956- II- 362.

(48) APARICIO, Juan Manuel, *Contratos*, cit., t. I, ps. 247 y 249, nros. 221 y 223. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos*, cit., t. I, p. 114. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. I, p. 273, nro. 182. BORDA, G. A. - BORDA, A., *Tratado... Obligaciones*, cit., t. II, p. 151, nro. 1204. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit., p. 101. Si bien es cierto que no hay norma expresa en el “Code civil français”, la doctrina casi de manera unánime sigue el principio romano: TERRÉ, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, cit., p. 113, nro. 111. MAZEAUD, Henri - LEON - CHABAS, François, *Leçons de droit civil*, 9ème. ed., Montchrestien, Paris, 1998, t. II, vol. I, p. 127. MALAURIE, Phillipe - AYNÉES, Laurent, *Les obligations*, cit., p. 220, nro. 385, aseveran que, ante la existencia de un término tácito de mantenimiento de la oferta, la revocación puede generar responsabilidad precontractual. Y, además, que el juez no tiene facultad de decidir que la sanción por la retractación se convierta en condición de un contrato, salvo en los casos en que el oferente se comprometió a no revocar en un término expreso o fijo.

lo primero, siendo la comunicación directa y sin término fijado, la aceptación debe ser inmediata (49).

La cuestión que interesa soberanamente se da cuando se trata de una contratación “entre ausentes”, y la ley vigente toma un sendero correcto y sensato. En este caso dispone que el proponente se mantiene obligado a sostener la oferta hasta el momento en que puede “razonablemente esperarse” que el destinatario llegue a poder responder por los medios comunes u ordinarios en que se realiza dicho acto (50).

La salida legal sigue una tesis de actualidad y se atiene a un sistema intermedio que brinda una solución de equidad y justicia. Es decir, como bien indica Leiva Fernández, mantiene la posibilidad de revocación de la oferta, pero no deja en total libertad al proponente a quien le exige una conducta proba y obrar con la debida buena fe contractual (51).

Es que el principio de la buena fe, como elemento extrajurídico, ingresa y complementa todo el complejo normativo que impera en la sociedad; ya que cuando la ley habla de “buena fe “lo hace teniendo en cuenta un criterio valorativo y constituye un concepto, que como lo enseña Emilio Betti, se lo asume y es “último destinatario de la conciencia social” (52).

Es evidente y notoria su aplicación al supuesto bajo estudio donde resulta necesaria su vigencia para brindar soluciones prácticas que no prescindan de lo ético. Como afirmaba Ripert: “El problema de la moral

(49) JUANES, Norma, “La fuerza vinculante de la oferta de contrato”, en el libro *Homenaje a los Congresos...*, cit., t. II, p. 947, cita un fallo de la CS, donde se decide la retractación de la oferta y su efecto vinculante (CS, Fallos 263:510). CUADRADO PÉREZ, Carlos, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, cit., ps. 102 y ss. MARTY, Gabriel - RAYNAUD, Pierre, *Droit civil. Les obligations*, cit., t. I, p. 106, nro. 111.

(50) SÁNCHEZ URITE, Ernesto A., *La oferta de contrato...*, cit., p. 127, nro. 258. SALVAT Raymundo - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino...*, cit., t. I, p. 63, nro. 54. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, cit., t. I, p. 273, nro. 182. MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, cit., t. I, p. 312.

(51) LEIVA FERNÁNDEZ, L., comentario al art. 974, en ALTERINI, J. H. (dir.) - ALTERINI, I. E. (coord.), en *Código civil y comercial, comentado*, cit., t. V, p. 124.

(52) BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, trad. J. L. De Los Mozos, RDP, Madrid, 1979, t. I, p. 70. WIEACKER, FRANZ, *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid 1986, trad. de J. L. Carró, prólogo de L. Diez Picazo, ps. 43 y ss. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., “El principio de la buena fe en las relaciones jurídicas de derecho privado”, en el libro CÓRDOBA, Marcos M. (dir.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2004, vol. I, ps. 167 y ss. DE LOS MOZOS, José L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Bosch, Barcelona, 1956, ps. 17 y ss.

en el derecho domina la elaboración de la ley por el legislador, su aplicación por los jueces y su interpretación por los doctores” (53).

VIII. LA FUERZA VINCULANTE EN EL IV CONGRESO DE DERECHO CIVIL

En el IV Congreso de Derecho Civil, celebrado en la Ciudad de Córdoba (Rep. Arg.), en el año 1969, que tuvo como tema general “La interpretación del derecho vigente”, y al expedirse sobre “la fuerza obligatoria en la promesa de contrato”, declaró: “...B) El segundo de los supuestos de la parte 2ª del art. 1150 del Cód. Civil (renuncia sine die a la facultad de retirar la oferta) debe interpretarse en el sentido de que la oferta se mantiene en el lapso mediante el cual puede esperarse la llegada a conocimiento del proponente de la aceptación remitida en tiempo y regularmente. C) Existiendo plazo, la retractación de la oferta carece de eficacia y la aceptación producida dentro de ese término sirve para formar el contrato. D) La aceptación que obsta a la revocación de la oferta (art. 1150, primera parte) es aquella que ha sido remitida al proponente conforme a lo establecido en el art. 1154 del Código Civil (contrato entre ausentes). F) La oferta irrevocable (art. 1150 segunda parte) subsiste y no caduca en caso de muerte o incapacidad del proponente, salvo que de la misma pueda inferirse lo contrario. G) La facultad de revocar la oferta tiene sus límites en los principios de la buena fe (art. 1198) y el ejercicio regular de los derechos (art. 1071) la responsabilidad que de la revocación podría derivarse, debe ser ampliamente acogida por la jurisprudencia” (54).

Resulta importante, a la vez que obra como una de las fuentes de la nueva normativa, lo decidido en esa reunión de eminentes juristas en el IV Congreso Nacional de Derecho civil, celebrado en la ciudad de Córdoba en 1969.

(53) RIPERT, Georges, *La règle moral dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 1949, ps. 5 y ss.

(54) JOANES, Norma, “La fuerza vinculante de la oferta de contrato”, en el libro *Homemaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil...*, cit., t. II, p. 941, donde se indica que fueron autores de las ponencias tratadas en ese Congreso, la de los Dres.: Mosset Iturraspe, J. A. Núñez, E. A. Ferreira, M. A. Piantoni, J. M. Aparicio, C. Díaz de Trebino, A. García Faure de Perlatti, M. A. Moisés y Federico Videla Escalada.

FORMA JURÍDICA: LINEAMIENTOS DE UNA TEORÍA

POR JOSÉ M. ORELLE

INTRODUCCIÓN

La presente investigación es el resultado de un proceso que comenzó hace ya varios años, consistente en una intuición difusa acerca del significado de la expresión “formas jurídicas”, en el sentido que más allá de los modos de expresión de la voluntad (palabras, gestos, acciones —edificar, sembrar, plantar—) quedan ocultos temas como los escenarios en los cuales se insertan las acciones humanas, la causalidad, el amplio campo de lo subjetivo, etcétera.

Con este enfoque, basado en una observación pragmática respecto al modo en el cual las personas operamos en el “mundo exterior” he desarrollado la estructura conceptual que paso a describir.

Adicionalmente, expreso mi satisfacción que estas reflexiones salgan a la luz en el muy merecido homenaje a mi maestro y hermano de la vida, Jorge H. Alterini, quien me honró con su amistad, y, además, fue quien —al invitarme a compartir en calidad de adjunto interino hace muchos años su cátedra de Derechos Reales— me permitió proseguir el camino de la docencia y la investigación con una metodología basada en la profundidad, la precisión conceptual y la permanente búsqueda de la justicia.

CAPÍTULO PRIMERO LOS PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS

Desde este plano, ubicar el tema del conjunto de acciones que constituyen el desarrollo de cada uno de los proyectos que constituyen la vida

humana, implicaría previamente definir el significado filosófico de los vocablos persona o sujeto, la conciencia, el yo, los otros, como nos comunicamos, rol del lenguaje y demás modos de expresarnos, grados de entendimiento, a que denominamos acciones, que son los objetos (reales e ideales), como los conocemos, como constituimos nuestro mundo de convivencia, como nos manejamos en él, que son las reglas, que legitimidad tienen, etc. Adicionalmente, reconocer que los seres humanos disponemos de la potencia de crear, y que efectivamente creamos a partir de acciones (potencia y acto) Es de toda evidencia que cada uno de dichos vocablos, desde el plano que estamos tratando, demandan un desarrollo que requiere una enciclopedia.

Por ello, es necesario dejar constancia, que, para este estudio, que denomino lineamientos, adoptare un método de exposición mixto, equilibrando lo pragmático con matices seleccionados de aspectos filosóficos, considerando que dicha armonización le permite al jurista un enfoque más técnico con la finalidad de flexibilizar ciertos conceptos jurídicos, que a veces se enuncian con cierta tonalidad “ontológica” cuando en realidad son —en un plano científico— propuestas técnicas. En el derecho no hay verdades en un sentido filosófico del término.

I. LA REALIDAD

I.1. Neutralidad de la acción

La acción en sí misma, por tratarse de un fenómeno físico, es neutra: simplemente sucede. Debido a ello, es desde los diversos mundos de reglas (social, moral, religioso, jurídico, etc.) que surgen los criterios valorativos de las acciones.

I.2. Contexto

Cualquier acontecimiento, para ser comprendido, exige que se lo ubique dentro de un contexto del cual forma parte (1). Así, un relámpago, cuyo contexto sería la noche, sequedad y tinieblas que lo preceden, el estruendo del trueno anterior, el clima reinante en ese momento, el antes de la tormenta y el después. El mundo en su contexto designa una unidad de sentido a partir del cual puede ser comprendido e interpretado en el interior de un horizonte unitario. La historicidad también es otro

(1) ROMANO, Claude, *El acontecimiento y el mundo*, trad. de María Cristina Greve, Biblos, Filosofía, Buenos Aires, 2016, p. 62.

elemento: un tren que llega a una estación aparece dotado de sentido dentro de una época y una cultura determinada, su construcción, puesta a punto, etc. El mundo designa la totalidad de posibilidades articuladas entre sí a partir de las cuales una interpretación es posible. El mundo es una enorme trama compuesta por una suma amplísima de factores: época, lugares, culturas, elementos físicos naturales, personas que interactúan, máquinas y construcciones, etc., y todo ello en un continuo movimiento y cambio.

I.3. Realidad como pluralidad de elementos

Entonces, la realidad no es un ente, es una pluralidad abierta de entes y fuerzas en movimiento continuo. Es un contexto aconteciario, es decir, fuente permanente de acontecimientos (2). En este contexto, el hecho o acontecimiento no es nada más que esa reconfiguración impersonal de mis posibles y del mundo que adviene en un hecho.

Schutz refiere que a través de mi actitud natural presupongo este mundo como mi realidad. Debo comprenderlo para entenderme con él, actuar dentro y sobre él, y llevar a cabo los proyectos que tengo entre manos. En este sentido el mundo está dado a mi experiencia y a mi interpretación. Mi percepción del mundo no es una mera acumulación de manchas, elementos, fuerza, sonidos, etc., sino un mundo de objetos bien delimitados con cualidades definidas, objetos entre los cuales me muevo y debo operar, y que me ofrece resistencias, que debo tener en cuenta para obtener mis finalidades. Percibo dicho mundo en parámetros de lugar y tiempo, conmigo como centro (3).

Por ello, reitero, el hecho en sí mismo es neutro en el plano del acontecer, pero simultáneamente, como luego veremos, es personal en el sentido de nacer como resultado de una decisión personal a la que doy sentido o significado con base en mis intereses.

II. REALIDAD Y TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

II.1. Realidad y convicción “ingenua”

Los seres humanos desarrollamos nuestro proyecto existencial en lo que consideramos “mundo exterior”, “donde estamos”, “nuestra reali-

(2) ROMANO, Claude, *El acontecimiento y el mundo*, cit., p. 55.

(3) SCHUTZ, Alfred, *El problema de la realidad social*, Escritos I, Amorrortu, Buenos Aires, 2015, p. 299.

dad, la de nuestros antecesores y la de nuestros sucesores”, “siempre fue así y seguirá siendo así”. Esta convicción, por una parte, ingenua —como veremos a continuación—, sin embargo, está tan enraizada, que a veces contamina la interpretación jurídica.

II.2. Realidad como percepción subjetiva

Sin embargo, aquello que denominamos realidad, no es más que un conjunto de relaciones con nuestra vida activa y emocional. La fuente de toda realidad es subjetiva, por ello, la palabra real es una orla de sentido (4). Existen tantas realidades como finalidades del observador: mundo de la ciencia, de las relaciones ideales, de los ídolos, la mitología la religión, etc. En la medida que se les presta atención, cada uno de estos mundos es real a su manera. Por ello, se ha afirmado que los órdenes de la realidad no se constituyen mediante la estructura ontológica de su objeto, sino más bien por el sentido de nuestra experiencia (5).

II.3. Realidad y conocimiento

Desde el plano de la teoría del conocimiento (6) la relación de los sujetos con la “realidad” puede esquematizarse así:

a. El dogmatismo da por supuesta la posibilidad y la realidad del contacto entre el sujeto y el objeto. Se sustenta en la confiabilidad de la razón humana, no debilitada por ninguna duda. Como actitud ingenua, el dogmatismo es la posición primera y más antigua, tanto psicológicamente como históricamente.

b. El escepticismo. Es la posición opuesta, también extrema. Según esta doctrina, en su versión absoluta, el sujeto no puede aprehender el objeto, no lo “ve”. Se focaliza exclusivamente en el plano subjetivo. Otra forma más flexible no niega la relación de modo tan rotundo, afirmando que no hay certeza, solo probabilidad.

(4) SCHUTZ, Alfred - LUCKMANN, Thomas, *Las estructuras del mundo de la vida*, 2ª reimp. en castellano, Amorrortu, Buenos Aires, 2009, p. 42.

(5) SCHUTZ, Alfred - LUCKMANN, Thomas, *Las estructuras del mundo de la vida*, cit., p. 43.

(6) HESSEN, J., *Teoría del conocimiento*, trad. de José Gaos, 24ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964, ps. 34 y ss. En la misma descripción GRAJALES, Amos Arturo - NEGRI, Nicolás, *Argumentación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 63.

c. El subjetivismo y el relativismo. Según esta posición, hay una verdad, pero tiene una validez limitada. No hay verdades universalmente válidas.

d. El pragmatismo. Como el escepticismo, abandona el criterio de la concordancia entre el pensamiento y el ser, pero lo reemplaza el concepto de verdad, considerando que es aquello que es valioso, útil fomentados de la vida. Según esta teoría el hombre no es en primer término un ser teórico, pensante, sino un ser práctico, un ser de voluntad de acción. El intelecto la ha sido dado al hombre no para investigar y conocer la verdad, sino para poder orientarse en la realidad. Por ello, la verdad es la congruencia entre los pensamientos y los fines prácticos del hombre.

e. El criticismo: comparte con el dogmatismo la confianza en la razón humana, pero no lo hace de modo incondicional. Examina, pregunta, desarrolla una actitud reflexiva y crítica. El fundador de esta doctrina fue Kant, quien denomina a su filosofía como criticismo. Aplica el método de investigar las fuentes de las propias afirmaciones y objeciones y las razones en que las mismas descansan, método que da la esperanza de llegar a la certeza.

III. REALIDAD Y LENGUAJE. LOS CONCEPTOS

III.1. Lenguaje. Conceptos. Ambigüedad. Vaguedad

Numerosos temas, entre los cuales se encuentra el tema de la realidad, parecieran estar reservados a la filosofía jurídica (quizás con una errónea aureola de desarrollos excesivamente teóricos) cuando “en realidad” debieran ser parte imprescindible de la formación curricular.

Los temas de la ambigüedad del lenguaje, de los conceptos, de aquello que llamamos “verdad jurídica” o “naturaleza jurídica” tienen esencial trascendencia para la interpretación jurídica, ya que señalan —por una parte— la relatividad de estos puntos, y por otra parte obligan al intérprete informado a desarrollar métodos de interpretación y argumentación más profundos, elaborados, sutiles.

Guibourg explica que “muy pocos sienten como una responsabilidad personal la de examinar y rectificar su propio sistema de pensamiento para ajustarlo a rigurosas condiciones lógicas y pragmáticas” (7).

(7) GUIBOURG, Ricardo A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Colihue Universidad, Filosofía, 2006, p. 11.

a. A cada uno de nosotros nos toca construir el propio sistema de pensamiento, acaso parcialmente coincidente con otras personas.

b. El material con el cual se construye el sistema, son decisiones metodológicas.

c. El conjunto de estas decisiones se nos impone desde afuera mediante las estructuras del lenguaje que nos enseñan, y el contenido de las culturas en las cuales nos educamos.

d. El requisito esencial de nuestro sistema es que no contenga contradicciones, pero, aun así, nada de aquello que decimos constituye una verdad absoluta. Es más bien una propuesta, que puede ser aceptable o plausible, susceptible de ser sopesada con otros enfoques o argumentos.

Agrega en otra obra (8):

e. El conocimiento de la realidad es siempre incompleto (moléculas, temas que escapan a los sentidos, etc.

f. Además el conocimiento este guiado por el interés del sujeto, o sea que partes le interesan.

g. Una misma realidad puede estructurarse mediante muchos (infinitos) modelo, conforme la inquietud del observador.

h. estructura de los modelos depende de los criterios que la conforman, pero habitualmente no tomamos conciencia de la cantidad de criterios que participan en la construcción de cada modelo.

i. Esta selección es muy práctica para el desenvolvimiento cotidiano, pero es peligrosa si en tema técnicos olvidamos sus características.

j. Aplicamos criterios de individuación (generando nombres para objetos), pero esta acción no implica caer en la convicción que esta parcela de realidad tiene colgada una etiqueta con el nombre que le hemos puesto.

k. Otra decisión es la clasificación, o sea agrupaciones que también sirven a los propios intereses.

l. Del mismo modo explicamos la causalidad.

(8) GUIBOURG, Ricardo, *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, ps. 197 y ss.

En la misma línea de profundización interpretativa, Carrió (9) expone distintos tipos de desacuerdos entre juristas:

a. Seudo disputas originadas en equívocos verbales. Sobre el punto afirma que no somos inmunes a la creencia (falsa) que cada palabra tiene un significado intrínseco o propio.

b. Seudo desacuerdos de hecho en torno a proposiciones analíticas: El peligro está en no advertir que cada autor o intérprete parte de ciertos presupuestos que condicionan su opinión, por lo cual sería muy útil partir de aclarar cuáles son tales presupuestos para facilitar la comunicación.

c. Disputas sobre clasificaciones: Las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, son serviciales o útiles y, además, arbitrarias en el sentido que son creadas por su autor. No son “hechos”. Se las puede adoptar por su conveniencia científica, didáctica o práctica.

d. Controversias sobre la “naturaleza jurídica” de una institución. Se pretende encontrar una justificación única para una cuestión, Es una tarea inútil. No tal certeza ni única respuesta. No vale la pena detenerse en esta pretensión.

e. Controversias. Generadas por un desacuerdo valorativo encubierto. Una definición persuasiva es una especie de trampa verbal que excede al oyente o lector.

IV. LENGUAJE Y VERDAD

El lenguaje es un sistema de esquemas tipificadores de la experiencia, basado en idealizaciones y anonimizaciones de la experiencia subjetiva inmediata (10).

Los esquemas significativos de experiencia predominante en la sociedad son imitados por el ordenamiento del lenguaje en campos semántico-sintácticos.

La utilidad de distinguir entre símbolos y signos y advertir la proyección sobre la naturaleza del lenguaje, debiera servir al intérprete para evitar el equívoco frecuente de identificar a las palabras como si tuvie-

(9) CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5ª ed., Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, ps. 95 y ss.

(10) SCHUTZ, Alfred - LUCKMANN, Thomas, *Las estructuras del mundo de la vida*, cit., p. 228.

ran una relación natural con lo que significan. La causa de la confusión es la concepción esencialista, que las vincula con la realidad, cuando en realidad se basa en una mera convención.

Por ello, no hay palabras correctas o incorrectas para las cosas, existe la libertad de mera estipulación. Este punto de partida permite reflexionar que las palabras no tienen un único y verdadero significado. La relación entre los símbolos lingüísticos y la realidad es convencional y no natural.

Sobre este punto, Guibourg nos recuerda (11) que el material con el que se construyen nuestras afirmaciones son decisiones metodológicas: no es un tema de “verdad”. Son propuestas, decisiones. Su valor lógico dependerá de la coherencia, o sea desprovisto de contradicciones. Por ello, es un error proclamar que una opinión personal sea una verdad absoluta, y que las demás sean erróneas. Si es que hay una realidad, no hay verdades, sino simplemente hechos, estado de cosas. La verdad es una característica de las de las proposiciones, que son instrumentos del ser humano creados y usados por este dentro de cierto método para comunicarse y describir los hechos.

Algunos criterios para definir la palabra verdad son los siguientes:

a. Nuestro concepto de verdad no debe resultar demasiado alejado del uso común, ni permitir una excesiva diversificación de “verdades”.

b. Debe permitirnos calificar como verdaderas o falsas ciertas que no se refieren a hechos directamente observables.

c. Debe tener algún punto de contacto con la realidad (o con nuestra percepción de ella) (12).

V. CONCLUSIONES

1. Aquello que denominamos “realidad” es un compuesto de una gran cantidad de factores físicos, sociales, percepciones subjetivas e

(11) GUIBOURG, Ricardo A., *La construcción del pensamiento...*, cit., p. 11.

(12) GUIBOURG, Ricardo - GHIGLIANI, Alejandro M. - GUARINONI, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico*, 3ª ed., 2ª reimp., Eudeba, Buenos Aires, 2001. Los autores describen didácticamente diferentes respuestas al criterio de la verdad: Lo he visto, No lo he visto pero estuve en situaciones semejantes y en todas ellas ocurrió lo que afirmo, es el resultado de mis cálculos y puedo demostrarlo, me lo dijeron o lo leí, no podría explicarlo, pero siento dentro de mí certidumbre, es cuestión de fe.

individuales diferentes, con infinitas combinaciones y —además— en constante movimiento. Por ello, es incognoscible para la mente humana. Solo podemos forjarnos mapas aproximados, en la medida necesaria para nuestro proyecto de vida en común.

2. También el lenguaje, los conceptos y clasificaciones, con los cuales nos comunicamos, tiene características de vaguedad y ambigüedad.

3. En síntesis, nuestras opiniones y afirmaciones sobre la realidad, y las diferentes disciplinas que constituyen nuestro bagaje de conocimiento, son hipótesis, y no susceptibles en el plano filosófico, de verdad o falsedad. Son propuestas cuyo valor puede medirse en términos de eficacia para la convivencia y por la congruencia lógica o técnica.

4. Tener en cuenta estas limitaciones favorece técnicamente la tarea de los juristas, para armonizar equilibradamente las teorías (hipótesis) con lo pragmático. Una de sus consecuencias es poder precaverse de los riesgos de “ontologizar” los significados de los vocablos y expresiones (naturaleza jurídica, p. ej.) y clasificaciones.

5. Ante el escenario descrito, en su proyección jurídica, resulta evidente la incidencia de las limitaciones y relatividad de nuestras definiciones sobre diligencia, negligencia, culpa, dolo, representación percepción, subjetivismo, racionalidad, responsabilidad, etcétera.

En el foco específico de este estudio, el vocablo “forma jurídica” revela ambigüedad y niveles de referencia posible variados.

a. La palabra forma, tiene una acepción en el lenguaje cotidiano que alude al contorno de los objetos.

b. En el lenguaje jurídico, su denotación —conforme la doctrina tradicional— remite a los modos de expresión de la voluntad: palabras, gestos, etc., e instrumentos.

c. Adicionalmente, la palabra acción en su denotación específica alude a movimiento, y en el lenguaje jurídico a uno de los resultados de la acción se denomina Actos, con lo cual se genera —por el uso del mismo vocablo a diferentes temas— un plano de confusión.

d. Es muy corriente la expresión jurídica “forma de los actos”.

Adelanto, que mi propuesta técnica sobre el tema de la forma, que desarrollaré en los capítulos siguientes, se basa en la tesis central que aquello que denominamos “forma” es una estructura de movimientos resultante de la decisión (proceso psíquico) de un agente, que tiene por

finalidad la obtención de un resultado pretendido por el mismo. Como consecuencia de dicha tesis:

e. La “forma” es una secuencia de movimientos.

f. Esa secuencia depende de las características del resultado querido por el agente (fin).

g. El acto es un resultado de dicha secuencia, y carece de forma exterior. Es un concepto, un objeto ideal del pensamiento.

h. La acción de fijación, registración o instrumentación es una operación jurídica adicional, que pertenece a la categoría conceptual de requisitos “artificiales” a los movimientos “naturales”. Observando el desarrollo de acciones para arribar a un contrato, la secuencia natural (mundo físico) finaliza con el acuerdo (consentimiento). Esta coincidencia o convergencia de voluntades (elemento verbal físico) es el que genera normativamente —como resultado— aquello que llamamos acto. Expresado en términos visuales. El consentimiento no genera un objeto material que se llama en las ciencias naturales contrato.

i. Debido a que forma —en mi tesis— alude a movimiento, los instrumentos son resultado (no parte) de dichas acciones. Son el resultado “material”.

6. Debido al contenido de este capítulo, me apartaré en el curso del presente trabajo de la pretensión de encontrar el vocablo exacto, de absoluta precisión sobre los temas que he seleccionado. Adopto el método de explicar el objeto de pensamiento, para tratar de evitar el aprisionamiento de las palabras y las clasificaciones.

CAPÍTULO SEGUNDO EL MUNDO FÍSICO

I. CARACTERÍSTICAS PRAGMÁTICAS DEL MUNDO EXTERIOR

Desde la óptica pragmática, puede afirmarse que todos percibimos las siguientes características generales:

A. Tiene dimensiones (ancho, largo, longitud, latitud, etc.) cuyo alcance surge de prolongado proceso histórico.

B. Materialidad (con una enorme variedad de densidades) de los elementos naturales: tierra, minerales, fluidos, elementos vegetales, piedras, y, asimismo, del mundo animal.

C. El Tiempo es un factor natural presente, unido a lo espacial.

D. Operan Leyes: Físicas, Mecánicas, Gravedad, etc., no solo internas del planeta en sí, sino de fuerzas provenientes del Universo.

E. Operan variaciones climáticas.

F. Suceden eventos tales como lluvias, vientos, tormentas, tempestades, tsunamis, Terremotos, erupciones volcánicas, movimientos de mareas, etc.

G. Más allá de leyes de cierta precisión operativa, ciertos fenómenos carecen de certeza en cuanto a su ocurrencia y hasta su causa.

H. Además de las fuerzas de la naturaleza, también tiene relevancia en el mundo físico, las características físicas de los sujetos: su fuerza, resistencia, agilidad, velocidad, etc.

I. Intervienen, asimismo, otros sujetos, e inclusive artefactos que hemos creado (vehículos, maquinarias, etc.).

J. Se encuentra en permanente cambio, movimientos múltiples de naturaleza, personas, artefactos, etc.

K. También se encuentra en este plano, el estado “material” de inmuebles, muebles y toda clase de objetos, en la medida que son relevantes para los presupuestos de hecho o tipo legal normativo. A modo de ejemplo, en el caso de siniestro de automotores, el estado anterior del vehículo antes del incidente, en la medida que puede relacionarse con las consecuencias del evento: buen o mal estado, estado de los frenos, de la dirección, etc. En el caso de inmuebles, sus características edilicias y estado físico, que tiene relevancia, entre muchos otros casos, cuando los mismos se destinan a espectáculos deportivos o culturales (casos de estragos que originan daños, una de cuyas causas es la aptitud y/o particularidades del mismo en relación con un siniestro.

I.1. Causalidad física

Utilizo la expresión causalidad física, anticipando que, a los efectos del presente trabajo, corresponde distinguir dos clases de causalidad:

a. La estrictamente física, cuyo significado es referir de modo exclusivo a la conexión entre un estado inicial de cosas y la generación de un movimiento físico (ya sea natural como a erupción de un volcán, o del movimiento de las mareas, ya sea por obra de un sujeto). En este plano, al

referir a esta clase de causalidad, es en el sentido exclusivo de los efectos de las fuerzas que opera el evento movilizador.

b. El otro significado, causalidad jurídica, refiere a la conexión entre voluntad o fin del sujeto, la planificación de su operar en el mundo físico, su cálculo de probabilidades, y que resultado pretende con dicho operar. Es otro concepto, que remite al estudio de la imputabilidad, autoría, fines, etc., que analizaré más adelante.

II. CONCLUSIONES

1. La naturaleza y sus fenómenos tienen su marco de influencia —por lo general— en la conducta.

2. Una de dichas consecuencias, de incidencia general, se refleja en la idiosincrasia de aquellas naciones o zonas geográfico climáticas de mucho frío o mucho calor, que genera respuestas sociales condicionadas por dichos factores.

3. En otro plano, los terremotos, inundaciones, nevadas, lluvias torrenciales, pueden producir situaciones de emergencia de tal repercusión que lleva a las personas a reaccionar de modo primitivo, fuera de su marco general de conducta.

4. Este plano de la naturaleza aporta uno de los elementos de la causalidad: el escenario geográfico, climático, y de las leyes que lo rigen. El otro elemento integrante de la causalidad es la acción humana en dicho escenario.

CAPÍTULO TERCERO EL MUNDO SOCIAL

I. PRIMERA SECCIÓN: LO SOCIAL COMO MARCO PSICOLÓGICO DE REFERENCIA

I.1. Concepto

La necesidad de marcos de referencia es innegable: las personas no pueden afrontar el desarrollo de su vida en los muy diversos mundos susceptibles de fijar atención (filosófico, social, ideal, artístico, religioso, moral, et, etc.) sin reglas orientadoras. Como lo demuestran los casos ex-

tremos de personas que han vivido en soledad absoluta (niños o adultos perdidos en la selva o lugares similares, pierden de modo casi absoluto los rasgos esenciales de humanidad: lenguaje, comunicación, sentido de pertenencia, de contención: quedan librados de modo exclusivo al instinto de supervivencia en estado puro.

Debido a ello, a través de un proceso antiquísimo que acompaña a la civilización desde sus albores, se ha creado de modo espontáneo una red compuesta de un entramado extraordinariamente rico en detalles, para facilitar la convivencia. Schutz refiere que a través de mi actitud natural presupongo este mundo como mi realidad. Debo comprenderlo para entenderme con él, actuar dentro y sobre él, y llevar a cabo los proyectos que tengo entre manos. En este sentido el mundo está dado a mi experiencia y a mi interpretación. Esta interpretación la realizo con el acervo de mis experiencias, que a modo de conocimiento inmediato funciona como esquema de referencia. Se agrega que mi percepción del mundo no es una mera acumulación de manchas, elementos, fuerza, sonidos, etc., sino un mundo de objetos bien delimitados con cualidades definidas, objetos entre los cuales me muevo y debo operar, y que me ofrece resistencias, que debo tener en cuenta para obtener mis finalidades. Percibo dicho mundo en parámetros de lugar y tiempo, conmigo como centro (13).

Por ello, desde lo pragmático compartimos las siguientes creencias:

- a) Que existe una realidad exterior.
- b) La existencia corpórea mía y de otras personas.
- c) Que los cuerpos están dotados de conciencias esencialmente similares a la mía.
- d) Que las cosas del mundo exterior incluidas en mi ambiente y en los de mis semejantes son las mismas para nosotros y tienen fundamentalmente el mismo sentido.
- e) Que puedo entrar en relaciones y acciones recíprocas con mis semejantes.
- f) Que puedo hacerme entender con ellos.
- g) Que un mundo social y cultural estratificado está dado como referencia históricamente de antemano como marco de referencia para

(13) SCHUTZ, Alfred, *El problema de la realidad social*, cit., p. 299.

mí y mis semejantes, de una manera tan presupuesta como el mundo natural.

h) Que la situación en que me encuentro en todo momento es solo en pequeña medida creada exclusivamente para mí (14).

Habermas aclara que el mundo de la vida no posee la sublime importancia del cosmos o del orden ejemplar de las cosas, ni la sucesión ordenada de sucesos relevantes para la salvación. Nos abarca, nos lleva a relacionarnos nosotros como seres finitos, con lo que nos sucede en el mundo. Nos experimentamos performativamente, como sujetos socializados en relaciones prácticas y vitales y con otros sujetos activos que intervienen en el mundo (15). Por ello, esta clase de aprendizaje social no debe confundirse con el conocimiento científico que reclama una síntesis de los resultados válidos provenientes de una investigación.

I.2. Acervo cultural y su generación

Los elementos del acervo de la vida no son proposiciones claras y exentas de contradicciones, sistemáticamente ordenadas en una jerarquía de universalidades. Es el resultado de sedimentación de experiencias subjetivas, que progresivamente han constituido una creencia colectiva social, que sirve de referencia práctica para las “cosas de la vida cotidiana”.

El conocimiento habitual surge de elementos que se ordenaron inicialmente en niveles de familiaridad (16) (cocinar un huevo, accionar un interruptor de luz, viajar en un ascensor) Basta el grado necesario de conocimiento conforme mis fines prácticos. Este conocimiento o aprendizaje se estratifica para su mayor utilidad en “tipos”: género, atributos de personas, objetos, sucesos.

El tipo condiciona la unidad de experiencia o el relativo del objeto presente en el flujo de la experiencia. Los grados de determinación del objeto, claridad y no contradicción dependen del tipo de acto y finalidad del sujeto. Para activar un interruptor de luz no necesito conocer las leyes de la electricidad, ni para andar en bicicleta las leyes de la mecánica.

(14) Esta caracterización la he tomado de SCHUTZ, Alfred - LUCKMANN, Thomas, *Las estructuras del mundo de la vida*, cit., p. 26.

(15) HABERMAS, Jürgen, *Mundo de la vida, política y religión*, trad. de Jorge Seca Gil, Trotta, Madrid, 2015, p. 24.

(16) SCHUTZ, Alfred - LUCKMANN, Thomas, *Las estructuras del mundo de la vida*, cit., p. 142.

I.3. Los símbolos

Palabras, notas musicales, sirenas de las ambulancias, semáforos, etc. Los símbolos tienen una relación convencional con los objetos representados. La representación no surge de una relación causal con el fenómeno representado, sino que convenciones establecidas implícitamente en la sociedad. Se han creado ciertos ruidos y se los ha convertido en símbolos.

I.4. Modo de transmitirse

La transmisión del acervo social se realiza a través de una progresión gradual, temporal, acumulativa, que comienza con los primeros aprendizajes en el seno familiar, luego extendido a través de las instituciones escolares, y posteriormente con los vínculos sociales, laborales, profesionales, etc. A ello, hoy en día, se agrega la trascendente influencia de las redes sociales, que ha expandido de modo exponencial dicha transmisión.

II. SEGUNDA SECCIÓN: LA SITUACIÓN SOCIAL AL MOMENTO DEL HECHO O ACTO

En los puntos anteriores se ha señalado la incidencia psicológica del mundo social en las personas. En el presente punto, me ocuparé de los factores sociológicos en el momento de la generación de hechos y actos, que pueden incidir, con variables grados de potencialidad.

Por otra parte, los factores políticos, tales como situaciones extremas de tiranía, o de descontrol de la economía, o de ausencia de protección de los derechos sociales, ambientales o individuales, o situaciones de caos social y político.

La situación de la economía de los países, tanto sea por su grado de dependencia del comercio mundial, como por temas internos de desmanejo de las variables económicas.

Los factores sociales, o sea el grado de equilibrio o desequilibrio de las clases sociales, la incidencia del estado de abundancia o escasez y sus grados, el respeto o avasallamiento de las diferencias, ya sea de género, o de opiniones, o razas, o religiones, o de elecciones individuales.

El factor del ordenamiento jurídico no solo en su diseño normativo, sino en la efectiva vigencia o falta de aplicación de las normas legales.

Este conjunto de factores, y muchos otros que son consecuencia o ramas de los enunciados, generan un marco de incidencia, a veces inconsciente, respecto a la realización de los hechos y actos.

III. CONCLUSIONES

1. Este plano social, también ejerce considerable influencia en el quehacer humano. Para el jurista, es otra de las fuentes que permiten una comprensión profundizada de la conducta.

2. La reacción de un sujeto en el marco de una guerra, o de extrema emergencia, se ven intensamente afectadas por el entorno social.

3. También influyen, sin necesidad de tal gravedad, en ciertos ambientes locales específicos: cárceles, asentamiento, zonas en las cuales, por muy diferentes motivos, constituyen verdaderas burbujas dentro de la sociedad general.

4. En estos casos, el impacto de lo social sobre el mundo subjetivo es considerable, y frecuentemente mencionado en las decisiones judiciales.

CAPÍTULO CUARTO EL O LOS SUJETOS DEL ACTO

I. LO BIOLÓGICO

Cada ser humano nace y se desarrolla conforme pautas biológicas individuales, tales como salud o patologías, niveles de capacidad o inteligencia, sensibilidad, fenotipo, plasticidad biológica, etc. Estas características básicas constituyen el “soporte físico-biológico” de cada individuo, e influyen en la integración con los otros “mundos” que se han referido. Un individuo con problemas trascendentes de salud tiene necesidades especiales, que influirá en su aptitud para desempeñarse en el mundo físico, y condicionará ciertos aspectos de su vida social.

II. CARÁCTER. TEMPERAMENTO

Desde el plano filosófico se distingue entre temperamento y carácter. Sobre la distinción no hay consenso pleno: Hay quienes opinan que carácter es el conjunto de todas las notas distintivas del sujeto, mientras

que temperamento es el que resulta de alguna clase de mezcla (17). Esta mezcla era considerada clásica como la que se da entre los humores del cuerpo de cada individuo: sangre, bilis, flema y atriblis. De allí deviene la caracterización de estilos: nervioso, apasionado, colérico, sentimental, sanguíneo, flemático, amorfo y apático.

Desde la perspectiva de los análisis psicológicos, el punto en estudio se estudia bajo la denominación de tipos psicológicos, advirtiéndose una gran dispersión de criterios para efectuar las clasificaciones: Así, a modo de breve referencia: Oswald: sabios clásicos y románticos, Kretschmer, esquizotímicos y ciclotímicos, Jung, que considera al carácter como un orientación predominantemente inconsciente, debido a predisposiciones orgánicas o de fundamento instintivo, describe los divide en introvertidos y extrvertidos (18). R. Le Senne reitera flemáticos, apasionados, sentimentales, nerviosos, coléricos, sanguíneos. Dilthey toma en base la consideración del mundo: naturalismo, materialismo, idealismo, objetivismo, idealismo de la libertad. Spranger: teórico, económico, estético, religioso, social y político.

Los rasgos más comunes e importantes de la distinción entre ambos conceptos, temperamento y carácter, son los siguientes:

El carácter es la manifestación objetiva de la personalidad humana o es esta misma personalidad en su aspecto objetivo, tal cual como se deja ver a través de la común experiencia humana o de las técnicas de investigación de la personalidad misma. Es el resultado de las elecciones efectuadas por un individuo y consiste en las consecuencias observables de las mismas.

El temperamento es un dato puramente orgánico, inmutable y necesario (19). En síntesis, más allá de las diferencias de criterios, el intento de las clasificaciones es hacer posible la comprensión de las individualidades humanas y de sus relaciones con el espíritu objetivo y los valores, sin que ello equivalga a suponer que en la realidad existen tipos puros (20).

(17) FERRATER MORA, J., *Diccionario de filosofía*, Ariel Filosofía, Barcelona, 1994, t. A-D, p. 479, vocablo "carácter".

(18) ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, actualizado y comentado por Giovanni Fornero, 4ª ed. en español, Fondo de Cultura, México, 2004, p. 140, vocablo "carácter".

(19) ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, cit., p. 141.

(20) FERRATER MORA, J., *Diccionario de filosofía*, cit., t. Q-Z, p. 3512.

En este plano de lo biológico, y aludiendo a lo referido respecto a temperamento y carácter, surge la existencia de ciertas predisposiciones innatas de los sujetos para responder ante los estímulos de su existencia.

III. LO BIOGRÁFICO

El individuo se inserta en el mundo exterior, contando con un acervo de conocimientos básico, proveniente de su historia personal (fecha de nacimiento, lugar geográfico, tipo de familia, de estatus social, de sus experiencias conforme a edad (instrucción, círculo social, etc.). Este conjunto, constituye el tema biográfico personal, individual. La situación presente se articula biográficamente (21).

Por ello es personal, intercambiable. Aun cuando dos personas hayan compartido similares flujos de experiencia: lugar, fechas, eventos, experiencias, siempre hay un elemento diferencial, ya que cada una —como estamos desarrollando en este capítulo— es fruto de componentes singulares. Aunque las experiencias estén en principio socializadas e insertas en contextos de sentido totalmente anónimos, idealizados y verbalmente objetivados, son singulares en su articulación biográfica.

El acervo de conocimiento tiene siempre un componente privado. Es cierto que algunas habilidades se adquieren de modo similar: caminar, hablar, orientarme, etc., pero otras, sobre todo en cuanto a su significado, devienen de experiencias, habilidades, conocimiento práctico, conocimiento de recetas, que se adquieren de modo estrictamente individual.

En síntesis: la secuencia, la cercanía y profundidad vivenciales y la duración de la experiencia determinan la articulación biográfica singular del acervo de conocimiento (22).

IV. LO PSÍQUICO

Conforme el psicoanálisis, se integra por consciencia, lo inconsciente, el subconsciente. Las relaciones entre lo consciente, lo subconsciente, y la conciencia determinan el perfil general de la vida psíquica (23).

(21) SCHUTZ, Alfred - LUCKMANN, Thomas, *Las estructuras del mundo de la vida*, cit., p. 120.

(22) SCHUTZ, Alfred - LUCKMANN, Thomas, *Las estructuras del mundo de la vida*, cit., p. 121.

(23) FERRATER MORA, J., *Diccionario de filosofía*, nueva edición actualizada por la cátedra Ferrater Mora bajo la dirección de Josep-María Terricabras, Ariel Filosofía, 1994, t. E-J, p. 1790.

IV.1. Lo inconsciente

El componente que en el lenguaje cotidiano se denomina “inconsciente” alude a una estructura compuesta de emociones, sensaciones, creencias, convicciones, etc., que influye en la vida emocional, con una característica decisiva: es una estructura que influye, pero no se la conoce, y menos aún se la domina. De allí la denominación de inconsciente, es decir, fuera de la conciencia, entendiendo por conciencia el conocimiento, el dominio de la misma.

Esta característica, que tiene cierto matiz de misterio, torna de cierta imprevisibilidad a las conductas, debido a la magnitud (desconocida, reitero) de la estructura.

En la experiencia conductual, se evidencia con frases tales como “no sé porque”, “me sale así”, “sentí la necesidad de...”.

En el psicoanálisis viene a ser la capa más profunda de los procesos psíquicos, la región completamente oscura, a diferencia de la claridad de la consciencia, o de la semiclaridad de lo subconsciente. No todos los procesos psíquicos vienen a ser conscientes, sino al contrario: la parte más considerable de la vida psíquica se desenvuelve en el inconsciente, ya sea ejerciendo una constante presión sobre la consciencia, la cual censura o no los actos, ya sea determinando la conciencia misma sin que ella lo advierta. Las relaciones entre lo consciente, lo subconsciente y la conciencia determinan el perfil general de la vida psíquica (24).

En la misma línea conceptual, se ha expresado, citando a Freud, que sobre este tema hay dos tesis fundamentales del psicoanálisis:

La primera de dichas premisas es que los procesos psíquicos son en sí mismo inconscientes, y que los procesos conscientes no son sino actos aislados o fracciones de la vida psíquica total.

El segundo principio es la afirmación que determinados impulsos instintivos pueden ser calificados de sexuales, tanto en el amplio sentido de esta palabra, como en su sentido estricto, desempeñan un papel como causas determinantes de las enfermedades nerviosas o psíquicas y, además, las mismas emociones sexuales tienen una parte importante en la creación, en los ámbitos de la cultura, del arte y de la vida social del espíritu humano (25).

(24) FERRATER MORA, J., *Diccionario de filosofía*, cit., t. E-J, p. 1790.

(25) ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, cit., p. 585.

El síntoma se forma como sustitución de algo que no ha conseguido manifestarse en el exterior. Ciertos procesos psíquicos que hubieran debido desarrollarse normalmente hasta llegar a la consciencia, han visto interrumpido o perturbado su curso por una causa cualquiera, y obligados a permanecer inconscientes y dan origen al síntoma neurótico (26).

IV.2. Lo subconsciente

Lo subconsciente es —según el psicoanálisis— la zona intermedia entre la consciencia y el inconsciente, donde son rechazados todos los fenómenos desagradables y donde permanecen huellas susceptibles de reavivarse (27).

IV.3. Lo racional

Es la esfera de la deliberación interna, de las evaluaciones, análisis del pro y contra de cada decisión, que implica generalmente la decisión de informarse, asesorarse, efectuar consultas, cuya intensidad depende de las características de cada acto.

V. CONCLUSIONES

1. Cada sujeto, por las características naturales de las personas, constituye un microcosmos, integrado por factores físicos y psíquicos.

2. En este capítulo, me refiero a los sujetos o personas en su faz pasiva, o sea en su conformación física y psíquica, a diferencia del capítulo en el cual examino en su faz dinámica el proceso psíquico de las acciones.

3. Estos factores —además— van cambiando con el tiempo, las experiencias y circunstancias de cada sujeto.

4. En el complejo análisis jurídico de las conductas, las características referidas en este capítulo son una parte de la fórmula global. A modo de ejemplo, una persona con un temperamento débil, influenciado, que, además, estuviera aquejado por una enfermedad, tiene mayor probabilidad de ser objeto de engaños, o actos lesivos, que una persona de fuerte temperamento, joven y con buena salud.

(26) ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, cit., p. 586.

(27) FERRATER MORA, J., *Diccionario de filosofía*, cit., t. Q-Z, p. 3391.

CAPÍTULO QUINTO

LA ETAPA PSÍQUICA DE LOS HECHOS

En este plano o nivel de estudio, me referiré a la estructura del acto en cuanto a sus componentes: el suceso, evento o tema que configuran el estímulo para el sujeto, la percepción del mismo, la reacción emocional, la etapa de deliberaciones, ponderaciones, evaluaciones (etapa racional), la decisión, que, en caso de resolver el desarrollo de la acción exterior correspondiente, requiere una etapa de planificación.

I. EL ESCENARIO ESPECÍFICO AL MOMENTO DE LA REALIZACIÓN DE ACCIONES

Anteriormente he mencionado la incidencia del escenario físico y sociológico, en un plano genérico. En este punto, me refiero a la incidencia de las características de dichos escenarios en el momento preciso de la realización de los actos. Se incluye la incidencia de lo político, lo económico, lo social, el factor temporal y territorial, o cualquier otro factor genérico. Cabe adicionar la incidencia de posibles factores de la naturaleza: rigor climático, tempestades, inundaciones, nieve, mareas extraordinarias, etc. Estos elementos, son los que en una expresión muy general y abstracta se denominan “las circunstancias de los actos”.

II. EL ESTADO DEL O LOS SUJETOS AL MOMENTO DEL ACTO

En el capítulo anterior, me he referido a las características de los sujetos en un plano general, abstracto. En este punto, el momento de la acción, debe retomarse el tema en cuanto a la incidencia del estado específico de las personas en el momento de la realización de actos: su estado de salud físico, psíquico, emocional, la ausencia o presencia de factores que comprometan su libertad o autonomía (enfermedades, estados de carencia, presiones, etc., que disminuyan el ejercicio de las facultades y aptitudes psico físicas para desarrollar un acto equilibrado, con plena comprensión, en un plano de igualdad negocial, con recursos, con información y en su caso asesoramiento necesarios. Como contrapartida, sin los vicios de error, dolo, violencia, lesión, simulación, fraude o sin respetar las solemnidades que el acto requiera.

III. LOS ESTÍMULOS

El primer elemento generador de la acción es un estímulo, tanto sea interno o externo. Interno, una ocurrencia (comprar una bicicleta para viajar al trabajo), externo (responder una agresión, una invitación a una reunión). Los estímulos se conectan fuertemente con las emociones, como veremos en el punto siguiente. En relación con el vocablo “causa”, el estímulo en la “causa psíquica” en el significado del origen de la respuesta. No cabe identificar con otro significado de la palabra “causa”, referida a la “causa jurídica” de los actos, que se identifica con los elementos jurídicos. Los diversos significados, e intensas polémicas sobre el vocablo “causa”, son ajenos a este trabajo, pero en el punto en examen basta con señalar la aludida diferencia entre causa psíquica y causa jurídica.

IV. LA PERCEPCIÓN DEL SUJETO

El concepto de percepción se ha modificado conforme los avances de los estudios, sobre todo a partir de la aparición de la neurofisiología (28). En una breve esquematización, suficiente para el propósito de este párrafo, cabe destacar:

En una primera etapa, que los autores especializados caracterizan como de elementarismo y asociacionismo, se sostuvo que había que separar la sensación como un simple fenómeno que aparecía en el sujeto como respuesta al estímulo periférico, de la percepción, que consiste en un proceso complejo realizado por adición o asociación, afectado por nuestros conocimientos actuales y por nuestras experiencias pasadas.

Las concepciones elementaristas fueron completamente superadas, con la aparición de la teoría de la Gestalt, que niega toda separación entre sensación y percepción: la construcción de la imagen del estímulo por adición de elementos ya no se admite, y se afirma el papel organizador y constructor de los procesos cerebrales, al igual que la correspondencia entre el campo perceptivo y campo cerebral. Un autor, Hoebchberg (29) expresa que la estructura percibida de un objeto comprende dos elemen-

(28) HECAEN, H., *Las perturbaciones de la percepción*, 1ª ed., Paidós, Biblioteca del Educador Contemporáneo, Buenos Aires, 1978, p. 9.

(29) Citado en HECAEN, H., *Las perturbaciones de la percepción*, cit., p. 14.

tos separables: a) Los rasgos aprehendidos en el “golpe de vista” de un momento (mapa esquemático) y estructura perceptiva.

Sin necesidad de ingresar en profundizaciones conceptuales propias de las investigaciones de la psicología, en lo concerniente a este estudio, lo referido permite aprehender que la captación sensorial de un estímulo, integra grados acumulativos o etapas, que pasan de una “primera impresión” a elaboraciones mucho más refinadas, que son proporcionales al interés del sujeto y a la complejidad del objeto de que se trate. Esta captación, integra a su vez disposiciones naturales, inconscientes propias de cada sujeto, tanto como mapas comprensivos nacidos de su biografía.

Conectando el tema con lo expresado respecto al acervo cultural sobre todo los marcos de referencia sociales, es deducible que los mismos contienen implícitamente “marcos de representación mental conjeturables” de las situaciones que integran las sedimentaciones sociales de conocimiento.

Por ejemplo: en materia de convenciones como el horario, medidas, modo de dirigirse a los demás, etc., la misma convención sugiere que cada sujeto integrante de la comunidad donde rige el acervo, ante un tema de horario, se “representa” el que rige en el lugar. La consecuencia es que, ante tal vigencia social, no cabría depender de la estimativa personal de cada sujeto, porque la convivencia se haría imposible. Esta puntualización tiene profundas implicancias en los temas jurídicos: un individuo que conduce un vehículo con un grado de alcoholización extremo es imputable por culpa con representación, aludiendo a que “debe haber previsto” que conducir en tal estado, puede generar un accidente. Esta “representación” se le aplica con total prescindencia de su existencia real (quizás no se le ocurrió en tal estado) pero para la armonía de la convivencia social no puede partirse de las individualidades psíquicas específicas, sino de un marco de referencia útil para la sociedad.

Desde otra perspectiva, las perturbaciones, pueden incidir en la evaluación de la conducta del sujeto, si está impedido (total o parcialmente) de ciertas aptitudes:

1. Desde el enfoque de la salud sensorial, existen numerosas perturbaciones que originan limitaciones de diversa gravedad (30): Ilusiones y alucinaciones visuales, ceguera cortical, perturbaciones del recono-

(30) HECAEN, H., *Las perturbaciones de la percepción*, cit., ps. 29, 63, 72, 87, 94, 100, 106, 117, 139, 165, y 191.

cimiento facial, sorderas corticales, ilusiones y alucinaciones auditivas, agnosis auditivas, perturbaciones asomatognosias, etcétera.

2. Desde la experiencia cotidiana, tanto sea personal (autorreflexión) como de los demás, es de toda evidencia que hay personalidades con diversos grados de confianza (reacciones frente a quien se acerca a solicitar un dato o información, o a pedir), de receptividad, que influyen en las reacciones frente a estímulos de aproximación social o aún de eventos (ruidos sorprendivos, sirenas, etc.).

V. LAS REACCIONES AL ESTÍMULO

Como consideración necesaria, la divido en dos secciones, emocional y racional, al solo efecto descriptivo. Pero es de toda evidencia, que la reacción de todo sujeto es un suceso interno continuo y mezclado, con prácticamente infinitas combinaciones y grados. Por ello, la separación es para extraer ciertas conclusiones útiles para los juristas, sin desconocer el funcionamiento dinámico inseparable del proceso psíquico en estudio. En dicho proceso es donde se localiza el objeto o fin del acto, y la causa fuente, y causa fin o motivo. Cabe advertir, el marco de ambigüedad de los vocablos objeto y causa en la Teoría General del Derecho. Es ajeno al presente estudio el desarrollo en profundidad de dicho tema, por ello, me circunscribiré a señalar el significado que adoptaré para extraer conclusiones idóneas para el contexto del presente.

V.1. La reacción emocional

1. Depende del conjunto de marcos de referencia del sujeto que constituyen el denominado “estilo de vida”, “modo de vida”, “Fulano es así”. El “mundo emocional” constituye una compleja trama interna, en parte inaccesible, en parte conocida por el sujeto, que opera como un sistema interno, generador de reacciones. Metafóricamente, es una plantilla o programa.

2. Es una energía sumamente poderosa, y en gran medida con fuentes desconocidas por las personas. A modo de ejemplo, desconocemos porque ciertos estímulos (olores, sabores, escenas o escenarios de la vida cotidiana) nos generan fuertes reacciones, ya sea de adhesión, rechazo, peligro, atracción. Entre muchas otras variaciones, el caso de las adicciones, de las alteraciones psíquicas (perversiones, vicios) y en su reverso

positivo de las pasiones por aprender, por innovar, por crear obras artísticas, literarias, científicas.

3. Tienen una intensidad muy variable en cada sujeto.

4.- La reacción emocional es inmediata y con muchos grados de persistencia en cada persona.

5. En algunos casos la intensidad del estímulo tiene relevancia: la conocida sensación de “Eureka”, o casos de legítima defensa o estado de necesidad.

6. Forman parte del “estilo de vida” de las personas.

7. Algunas reacciones emocionales se independizan del tiempo. En algunos casos en temas extremos de personas que se encuentran en un estado de sometimiento o verdadera esclavitud emocional de sujetos violentos, abusadores, drogadictos o alcohólicos, que generan en sus víctimas un estado intertemporal de sujeción o dominación, del cual salen en circunstancias muy extremas de su situación, con reacciones violentísimas, estando sus abusadores dormidos o drogados, pero el acto se consuma con una proyección intertemporal de estado de sufrimiento extremo que puede justificarse como legítima defensa, aunque exista en el tiempo del reloj una distancia entre el último abuso y la acción violenta defensiva. En el reverso positivo, el estado atemporal de artistas y científicos, que, en ocasiones de ocurrirse alguna idea extraordinaria, relatan luego que en dicho estado se sienten fuera del tiempo y del espacio, sumergidos en un estado inefable de creación e invención.

8. La reacción emocional es la que hace generar en el sujeto su deseo, aspiración, rechazo, u otra emoción involucrada.

9. Puede esquematizarse esta etapa así:

(i) La sensación interna de incomodidad, molestia, desagrado con el estado físico actual (sensación, autopercepción).

(ii) La sensación interna de modificar este estado (sensación unida a cierta imagen o sensación placentera futura).

(iii) Una sensación básica, emocional, espontánea, poco precisa del placer a obtener.

En esta etapa se definen de un modo provisional y sin plena precisión el objeto y causa fuente de posibles actos o hechos.

V.2. La etapa racional

De modo similar al mundo emocional, las personas generamos un complejo “mundo racional”, alimentado desde la perspectiva de nuestro plan o estilo elegido de vida, que sirve de marco de referencia genérico para orientarnos.

1. Implica un proceso de análisis, evaluación, deliberación interna.
2. Considerar opciones, alternativas.
3. Determinar y examinar los medios.
4. Que recursos se necesitan.
5. Asesorarse.
6. Evaluación de la energía propia para desarrollar objetivos.

Cabe destacar, que la evaluación en desarrollo, en verdad no es racional pura, las emociones se mezclan con el análisis, por ello, en situaciones altamente conflictivas las decisiones son tan difíciles: no pueden separarse los sentimientos como si se tratara de una mera operación de computación matemática neutra.

En esta etapa se agudiza la determinación de objeto y causa fuente.

V.3. La decisión

Podrá ser abandonar la ocurrencia (aspiración, deseo), postergarla con o sin fijación de plazo, o decidir accionar para la obtención del resultado apetecido u otra posibilidad elegida por el sujeto.

V.4. La planificación

Toda decisión humana, desde la compra de un diario hasta la construcción de una ciudad, requiere que las personas incluyan en su análisis la planificación, o consciencia de una secuencia de pasos necesarios conforme la clase de acción. Esta planificación también se desarrolla en etapas: un primer esbozo, y los necesarios ajustes posteriores, tanto sea en la planificación imaginaria, como en la ejecución, para vencer las resistencias propias del mundo exterior, y eventualmente la incidencia de la acción de otras personas.

VI. CONCLUSIONES

1. Son infinitas las reacciones de los sujetos por la variedad y combinaciones posibles de los factores que las condicionan.

2. Además, es imposible determinar, y menos aún efectuar mediciones y ponderaciones de los estados subjetivos por ser internos de los sujetos.

3. Solo pueden efectuarse conjeturas o hipótesis con base en los signos exteriores que dichos estados subjetivos generen.

4. Estos signos son los que constituyen el “material” de las pruebas.

5. Los ordenamientos jurídicos han regulado una estructura con el siguiente perfil.

A. Se presume que las personas despliegan sus acciones con intención, discernimiento, y libertad, y con el grado necesario de comprensión de las situaciones que deben afrontar.

B. Que actúan de Buena Fe y adoptando los recaudos propios de la diligencia exigible al “buen ciudadano”.

C. Que se conoce y respeta la obligación de no dañar.

D. Las acciones antijurídicas se enmarcan en las siguientes pautas.

(i) Son nulos los actos celebrados con los vicios de error, dolo, violencia, fraude, o lesión (aprovechamiento).

(ii) Los factores de atribución de responsabilidad son culpa y dolo.

(iii) Las causales de exoneración de responsabilidad son el Estado de Necesidad, Legítima Defensa, cumplimiento de un deber jurídico, acciones realizadas evitando un daño mayor, caso fortuito y fuerza mayor o imprevisión.

6. No obstante, ante la extraordinaria variedad subjetiva de las acciones, debe afrontarse el desafío de mejorar las técnicas de abordaje de los procesos psíquicos. Algunas líneas de investigación son:

(i) Trabajo interdisciplinario con diversas ramas psicológicas: tests, modernas técnicas de observación de los gestos y movimientos corporales de los sujetos.

(ii) Focalizar signos de peligrosidad y mecanismos de comunicación institucional, así como las respuestas, efectuados en el seno familiar, escuelas, clubes, trabajos, en síntesis, en los lugares en los cuales desarrolla su vida el sujeto.

(iii) Difundir y aplicar técnicas terapéuticas antes dichos signos.

CAPÍTULO SEXTO

LOS MOVIMIENTOS CONSTITUTIVOS DE LOS HECHOS

I. PRECISIONES METODOLÓGICAS Y SEMÁNTICAS

El tratamiento profundizado del tema requiere en mi opinión, esclarecer el significado de los vocablos que se emplearán, debido a la circunstancia original que los vocablos forma, acción, hechos, actos, tienen una ambigüedad semántica que dificulta considerablemente la claridad de las exposiciones.

I.1. Forma y movimiento

El tratamiento tradicional de los elementos de los actos incluye a la forma, vocablo respecto al cual ya he referido la impropiedad semántica respecto al objeto de la denominación, que propongo sustituir por acción (movimiento o conjunto de movimientos encaminados a la obtención de un resultado).

I.2. La expresión forma de los actos jurídicos

Como consecuencia, también es impreciso desde el plano semántico, la expresión forma del acto. Fundamento esta afirmación así:

a. Destaco una vez más que acción (vocablo con mayor intensidad denotativa) es siempre movimiento, expresión exterior de voluntad.

b. El nacimiento de hechos y actos es resultado de un proceso de desarrollo secuencial de acciones previas, que pueden o no culminar en un hecho o acto, según sea que se continúe o se desista de su realización.

c. El momento cúlmine de hechos y actos, se produce cuando se reúnen los elementos tanto sea de los presupuestos que la norma exige (ej., consentimiento) o la tipicidad en caso de ilícitos. El acto, en el instante

que nace, es un objeto ideal, carece de referencias que apunten a un significado de movimiento. Su “nacimiento” no opera en el plano físico, opera en plano ideal del Derecho. La generación de un contrato produce el mundo exterior un elemento físico “contrato” Remarco este aspecto del tema, para reforzar conceptualmente que el tratamiento técnico de la acción humana se focaliza —en lo exterior— en lo físico: movimientos, gestos, acciones.

La dificultad que pretendo evitar es el deslizamiento inconsciente desde la acción (plano físico) a los planos de las calificaciones y conceptos jurídicos. Es lo mismo que sucede en la vida cotidiana cuando nos referimos a la belleza, o a lo excelso, pasamos inadvertidamente de la realidad de aquello que calificamos, a una estimativa personal.

Aquello que sí merece el apelativo de forma o acción es el proceso de realización en sí mismo, o sea del desarrollo de los movimientos corporales (con el pertinente componente subjetivo de cada uno) que implican llegar a la consumación en acto.

A modo de ejemplificación, en el caso de una compraventa de un diario, él puede referirse así:

- a. Un estímulo interno: informarme.
- b. La reacción emocional pertinente: deseo estar informado.
- c. Una evaluación racional lo compro, lo pido prestado a un amigo, me informo por otra vía, etc.
- d. Decido comprarlo.
- e. Planifico hacerlo en la estación de subte a la cual accederé para viajar a mi trabajo.
- f. Habiendo llegado, encuentro el periódico que había pensado comprar, y le pido al kiosquero el mismo.
- g. Me lo entrega, lo pago y me retiro.

La forma es del proceso. El consentimiento es uno de los resultados de dicho proceso. Es un resultado jurídico virtual, perteneciente al plano de los elementos ideales, creados por el proceso de socialización de la humanidad que los ha generado para ordenar a convivencia, y sistematizados por diversas disciplinas, incluyendo al derecho. En síntesis, todo hecho o acto requiere de un previo proceso espacial y temporal.

I.3. Las expresiones “hechos jurídicos” y “actos jurídicos”

Propongo separar los siguientes significados:

a. El vocablo “movimiento” para designar aquellos que el agente realiza físicamente para obtener la finalidad perseguida. El conjunto de movimientos genera sucesos o eventos. Son vocablos que aluden a la dimensión física exclusivamente.

b. “Hechos jurídicos” (calificación del derecho) para designar el resultado de aquellos movimientos del agente que generan resultados jurídicos sin voluntad del agente. Es un concepto (objeto ideal) que denota una calificación, no a las características físicas.

c. “Acto jurídico”. “Negocio jurídico” (calificación del derecho) para designar el resultado de ciertos movimientos del agente que generan resultados debido a la voluntad del agente. Es un concepto (objeto ideal) que denota una calificación, no a las características físicas.

I.4. Concepto de acción jurídica o forma

Es un concepto integrado por numerosos factores:

Modo de expresar en Mundo Exterior

La decisión o voluntad adoptada al finalizar un proceso psíquico

Estructurada por un conjunto planificado de movimientos

De un sujeto

Conforme el tipo o clase de características del resultado

Que constituye la finalidad decidida y programada por el sujeto

A través de diversas modalidades de movimientos “materiales”

De diversa entidad física

En etapas témporo espaciales

Integradas por elementos subjetivos y físicos

Con incidencia de fuerzas físicas naturales, de terceros, de influencias sociológicas, económicas, políticas

Algunas previsibles, otras imprevisibles

Que generan diversas clases de resultados, algunos físicos, otros ideales, propios del derecho.

Susceptibles de calificaciones, clasificaciones, conceptos jurídicos

Que pueden fijarse, registrarse e instrumentarse de diversos modos y efectos conforme el procedimiento que se aplique.

II. LOS MOVIMIENTOS PSICOFÍSICOS

II.1. Acción humana

La acción, considerada en su dimensión física, es el o los movimientos corporales que — conforme el presupuesto de hecho (en los actos privados) o el tipo (derecho penal)— son los necesarios para generar la estimativa o calificación jurídica correspondiente (31). Schleider, en una primera estimativa, expresa que “las acciones son un tipo de sucesos que ocurren en el mundo y tienen impacto en él, que son fenómenos existentes y observables” (32). Me abstraigo en este punto, por ser ajeno a las características de una exposición sobre lineamientos de la acción, de las numerosas y profundas doctrinas filosóficas sobre el tema (33) que giran sobre la pregunta a que llamamos acción: impulso neuronal, movimientos musculares particularizados, varios, uno, etc. Consideraré desde lo pragmático o intuitivo que podemos determinar en la gran mayoría de los casos, que movimientos son relevantes para el tipo de resultado que pretendemos.

El concepto de acción, según Scheidler, es inseparable del elemento subjetivo (voluntad) encaminado a un resultado apetecido por el autor. Quedan afuera los actos reflejos o reacciones involuntarias. Lo hecho es el resultado de una acción, lo ocasionado son sus consecuencias (34).

(31) La misma opinión es esgrimida por GAGLIARDO, Mariano, en la disertación realizada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, titulada “Formas en el Derecho”, Anticipo de Anales. Año LXIV Segunda época, nro. 57, abril de 2019.

(32) SCHLEIDER, Tobías J., *Acción y resultado*, Didot, Buenos Aires, 2010, especialmente el cap. III, “Acción humana”, p. 203.

(33) Entre muchos autores, por su amplitud descriptiva: NINO, Carlos, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires, 1987; y SCHLEIDER, Tobías J., *Acción y resultado*, cit., especialmente el capítulo III, “Acción humana”, p. 201.

(34) SCHLEIDER, Tobías J., *Acción y resultado*, cit., especialmente el cap. III, “Acción humana”, p. 206.

Conforme la tesis que vengo desarrollando, la acción se integra no solo con intención, movimientos y resultados. Es producto de una estructura compuesta:

1. El mundo exterior al momento del acto.
2. El Mundo Social en el lugar del mismo.
3. El Mundo individual del agente.
4. El estímulo, interno o externo y sus características.
5. La percepción, grado de comprensión, y el tiempo de respuesta que permite el estímulo (no es lo mismo en el caso de decidir comprar un cuadro, que en una situación de naufragio).
6. La integración de lo emocional y lo racional en el proceso psíquico.
7. La decisión.
8. La planificación imaginaria para la obtención de aquello que ha elegido hacer, que requiere a su vez no solo movimientos sino la aplicación de los recursos necesarios: dinero, tiempo, energía, colaboración de terceros, cumplimiento de etapas, ajustes, correcciones, posibles desistimientos por vicisitudes.
9. Las acciones o conjunto de movimientos necesarios, conforme el tipo de resultado que pretendemos.

II.2. Eventos de la naturaleza

Movimientos en el mundo exterior también son generados por la fuerza de la naturaleza, y producen efectos jurídicos: inundaciones, incendios, nevadas, terremotos, etc., generan consecuencias. A modo de ejemplo, en contratos de seguro, o como elemento que incide en la exención o disminución de responsabilidad: estado de necesidad, etc. No obstante esta incidencia, no parece adecuado incluirlo en el concepto de acción, salvo como factor interno de la acción humana: Ej. fuerte viento que desvía el proyectil.

II.3. Los hechos mentales o subjetivos

¿Puede admitirse que los denominados hechos mentales o psíquicos estén comprendidos dentro del campo semántico de la acción? Por ejemplo, imaginar, recordar. Schleider refiere, que por lo general los ac-

tos mentales quedan excluidos del concepto estricto de acción. No obstante, cita a Davidson, quien admite —“generosamente”— como hechos mentales el calcular o decidir (35).

Algunos autores lo admiten, razonando que es el fundamento de la incidencia del discernimiento en las acciones.

Otros consideran que tal inclusión es inadmisibles, porque el tema de lo subjetivo de los actos es interno, incognoscible y, por ello, ajeno a campo de lo físico, que es donde se desarrollan las acciones (36).

En la presente exposición, en la cual he adoptado un enfoque pragmático, por el cual identifico acción con movimiento en el mundo exterior, no incorporo como tal, a los hechos mentales considerando a los mismos como elementos subjetivos sin exteriorización en el mundo exterior con signos ostensibles, perceptibles.

II.4. Dispositivos software

El avance tecnológico ha introducido situaciones jurídicas en las cuales dispositivos de variada naturaleza realizan “acciones” mecánicas o producto de programación. El desafío jurídico consiste en desarrollar una estructura conceptual que permita separar entre otros, los temas de autoría, de responsabilidad, incidencia de circunstancias específicas de tales artefactos (variaciones eléctricas u otras energías, de temperatura, insectos, etc.) de las acciones de quienes las operan, de quienes las mantienen en buen funcionamiento, etc., etc. El funcionamiento de dispositivos, artefactos, o cualquier denominación que se aplique a una creación artificial que desarrolla por si misma a partir de una activación, resultados estimables jurídicamente, no puede conceptuarse como acción humana. La acción humana es precedente: la creación del sistema o programa que luego desarrolla el artefacto.

II.5. Incidencia del contexto, el tipo de actos y sus circunstancias

Es evidente que la acción, en cuanto a cantidad y naturaleza de los fragmentos seleccionados por el intérprete, tiene conexión directa con la

(35) SCHLEIDER, Tobías J., *Acción y resultado*, cit., especialmente el cap. III, “Acción humana”, p. 223.

(36) TOBIÁS, José W., *Tratado de derecho civil. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 569. BREBBIA, Roberto, *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. I, p. 213.

complejidad y duración de los actos de los cuales se trate. La compra de un periódico (acto simple) se agota —por lo general— en un número acotado de acciones. He expresado “por lo general” porque a su vez depende de las circunstancias: si la decisión de comprar un periódico se dificulta por el horario, o la fecha, o la zona en la cual se encuentra el interesado, podría demandar una cantidad suplementaria de acciones. Desde otro punto de miraje, la adquisición de un laboratorio “llave en mano” demanda una cantidad amplia de acciones, y a su vez, en cada una de ellas variantes específicas debido a dicha complejidad.

II.6. Lugar

La acción humana siempre se desarrolla en un lugar físico, cuyas características inciden en el desarrollo de la misma. El grado de incidencia dependerá del tipo de acto, y del lugar. No es lo mismo un hecho o acto en plena naturaleza, que un hecho o acto en un local cerrado. Los factores propios del lugar: espacio físico, clima, ruidos, olores, colores, si fuera el caso sabores, personas, movimientos propios, ajenos, vehículos, leyes físicas (gravedad, las relativas al movimiento) grados de perceptibilidad del suceso, etc., generan consecuencias variables según el caso. Debe agregarse que dichos factores, además, están en constante movimiento. Como expresa Nino, la acción humana es fotográfica y cinematográfica (37).

II.7. Tiempo

El tiempo es otro de los factores constitutivos de la acción. Es una consecuencia de la inserción de los sucesos o eventos, en un mundo exterior en continuo movimiento. Es inconcebible una acción instantánea en el sentido riguroso del vocablo. Todos los hechos o actos, por mínimo que fuera, tienen una duración. Por ello, es que se distingue entre inicio, desarrollo (etapas) y resultado.

II.8. Desarrollo en etapas

Los movimientos psico-físicos necesarios para la obtención del fin de un sujeto, o en su caso de varios, configuran una estructura ordenada. No son aislados, son el resultado de nuestra experiencia del modo en que

(37) NINO, Carlos, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, cit., p. 10.

podemos “movernos” en el mundo exterior, con base en la influencia de energías naturales, de la intervención de otras personas, etc.

a. Sucesos o eventos y etapas:

Aun cuando pareciera obvio, cabe destacar que cualquier división en etapas del movimiento continuo en el cual desarrollamos nuestra existencia, es una elección arbitraria del observador o intérprete. Del mismo modo, las etapas de los procedimientos oficiales que luego desarrollaré son creaciones normativas para facilitar ciertas diligencias u operaciones jurídicas. La realidad es un flujo permanente de sucesos o eventos temporales. Sobre dicha realidad, creamos mapas para facilitar la convivencia, pero es relevante para todo análisis científico, recordar que son mapas para ciertos fines.

b. La trascendencia de visualización de etapas:

En otro plano, la segmentación en etapas resulta muy ilustrativo para los estudios y análisis descriptivos. Los ejemplos son innumerables: la reconstrucción de delitos, las etapas procedimentales, las pericias sobre accidentes que permiten reconstruir detalles de los siniestros. Dicha visualización tiene proyección sobre los elementos subjetivos: diligencia, error, culpa, dolo, lo imprevisible, etc.

Singular ejemplo es el caso de los procedimientos regulatorios de actos oficiales: procedimiento constitucional, legislativo, judicial procesal, administrativo, notarial, registral, etc. En cada etapa, aparecen con claridad perceptiva las finalidades particulares que detentan y que integran la finalidad esencial del conjunto.

c. En cada etapa elementos subjetivos y físicos:

Además, en cada etapa aparecen elementos subjetivos y físicos.

A modo de ejemplo: Un sujeto decide apoderarse de un objeto ajeno que se encuentra en un vehículo (finalidad). Decide y planifica como hacerlo. Se aproxima el vehículo (etapa 1, con la finalidad específica de observar y detectar el mejor momento para continuar. Luego, rompe el cristal de una ventanilla (etapa 2) con la finalidad de acceder al interior del vehículo. Abre la puerta (etapa 3) e ingresa, con la finalidad de apoderarse de un teléfono. Toma el teléfono (etapa 4) consumando su apoderamiento. Sale del vehículo (etapa 5) para huir del lugar del delito. Empuja a una persona, que lo increpa (etapa 6) para facilitar su huida. Corre apresuradamente (etapa 7) para evitar ser capturado.

II.9. Las vicisitudes

Al realizar la planificación del acto, en la etapa psíquica, el sujeto necesariamente realiza un trazado imaginario, que constituye un proyecto muy simplificado respecto a las circunstancias reales que se presentan al momento de la ejecución de cada etapa. Aun en los casos en los cuales se dedique un tiempo considerable, resulta imposible para la mente el prever de modo absoluto la totalidad de las circunstancias futuras. Por ello, siempre la planificación se enmarca en el terreno de las probabilidades.

Las vicisitudes pueden provenir de diferentes fuentes: cambios o fatiga del mismo agente, sucesos naturales: terremotos, incendios, tormentas intensas y aún sucesos naturales que en el caso específico (ej., lluvia o frío o calor) puedan alterar el desarrollo de las etapas, y aún la misma realización del hecho o acto. En el caso de la compra de un periódico, si el sujeto se encuentra en un lugar descampado, una lluvia de cierta intensidad pueden disuadirlo de su propósito.

Las vicisitudes también pueden provenir de hechos de terceros, de la autoridad, del tiempo, etc., etc. En uno de los planos de los efectos de las mismas pueden generar cambios o modificaciones del proyecto, en otro plano el desistimiento, en otro plano reelaborar el fin originario, etc.

No puede descartarse en este punto, la incidencia del azar o suerte, componente natural de las acciones humanas, y que puede generar efectos hasta el extremo del desconcierto: caso del tirador que opera con la firme decisión de cometer un homicidio, y que por un resbalón de la víctima hiere a un agresor próximo, evitando el homicidio. ¿Homicida o héroe? (38).

II.10. Causalidad

Uno de los matices de la causalidad lo he referido, al tratar el tema del proceso psíquico de los actos, en el punto de la planificación del acto. Esta operación imaginaria de todo sujeto debe incluir un cálculo de probabilidad, con base en las acciones a desarrollar para la obtención del fin del agente. La necesidad de cálculo es resultado del marco social e individual que todo sujeto detenta por el hecho de vivir en sociedad, que lo lleva a internalizar que las acciones se desarrollan en un verdadero “campo de fuerzas” debido a la convergencia de las leyes de la natura-

(38) El tema de la incidencia del azar y la suerte es un punto extensamente tratado en la obra de SCHLEIDER, Tobías J, *Acción y resultado*, cit., caps. I, II, y IV.

leza, de las acciones de otras personas, de objetos, máquinas, vehículos, animales, etcétera.

En el plano de realización de las acciones, estas fuerzas operan de modo directo, real, no imaginario: nos reinserta en el complejo tema de la causalidad que alude a la relación entre el movimiento del agente y el resultado, las demás fuerzas o energías que operan, los resultados parciales, posibles ajustes. El punto se conecta con variados temas jurídicos, entre los cuales se destacan: la imputabilidad o autoría, la responsabilidad por los resultados y los grados de dominabilidad de los factores de la acción.

Nino (39) sintetiza los temas esenciales de la causalidad en el concepto de acción así:

A. Un primer campo, intrínseco a la acción, es la relación entre las actitudes del agente y los movimientos corporales que construyen su acción. La relación entre razones y acciones es necesariamente causal.

B. Otro tramo es la relación entre la acción lo que se podría llamar el input de la acción, o sea aquellos fenómenos fisiológicos, psicológicos, sociales, etc. que preceden a una acción, de un modo tal que suele sostenerse que ella es un resultado causal de esos fenómenos.

C. El tercer tramo es el que refiere a aquello que se da entre los movimientos corporales constitutivos de cada acción y eventos sucesivos que constituyen el output de la acción, y que suelen verse como los efectos causales de la acción. En este plano, refiere que los teóricos, sobre todo del derecho penal, han desarrollado varias teorías para explicar la naturaleza del vínculo causal entre acción y resultado: (a) la doctrina de la equivalencia de condiciones, (b) la doctrina de la causalidad eficiente o próxima, (c) la teoría de la causalidad adecuada, (d) la teoría de la causa humana, y (e) la teoría de la causalidad típica.

II.11. Los denominados actos omisivos

La mera referencia a “actos omisivos” causa extrañeza ante la potente evidencia de una contradicción. La misma extrañeza ha llevado a los filósofos a buscar líneas directivas para clarificar el tema.

En lo concerniente al tema de la acción humana y en la medida de este trabajo, cabe referir:

(39) NINO, Carlos, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, cit., p. 90.

1. En un plano, que omitir un movimiento, remite a la existencia de un escenario más amplio, en el cual existe una obligación de actuar, que es contradicha por el agente. En este plano, la omisión, es una acción, si se quiere, negativa.

2. En otro plano, existen diferentes matices de la omisión. Como destaca Nino (40) un significado o sentido es el que surge de la descripción: Juan omitió presentarse al servicio militar (denominada omisión propia) y otro significado en el caso de Juan mató por omisión de haber operado a un paciente (omisión impropia o comisión por omisión).

II.12. Los actos multilaterales

En los actos bilaterales o multilaterales, uno de los temas más trascendentes es el fenómeno de la combinación de los factores físico-biológicos, y del mundo social e individual de cada agente.

Cada agente su fin, que puede o no ser coincidente. Es opuesto en los actos bilaterales: Ej. en la compraventa uno de los agentes tiene como fin la obtención del objeto de titularidad del otro agente: inmueble, dinero. En otros actos multilaterales, se comparte el fin: caso de las sociedades o contratos asociativos. Las características de cada agente se proyectan en su modo de accionar.

Dentro de dicho accionar, uno de los puntos más complejos es el de las características de la comunicación, su resultado: la comprensión. El punto es objeto de estudio con metodología y técnica pertinente, por los cultores de la Teoría de la Comunicación, que profundiza el análisis del contexto del caso, los posibles contenidos, la emisión de la declaración, el medio en que circula, la recepción, y los grados de comprensión de cada sujeto o agente.

De allí, que dicha combinación de factores subjetivos genera los conocidos ajustes de comprensión, y en algunos casos los conflictos derivados de los desentendimientos, y enfoques de cada agente.

III. CONCLUSIONES

1. En el plano semántico, las expresiones lingüísticas y los vocablos que se emplean generan frecuentemente ambivalencia semántica, por

(40) NINO, Carlos, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, cit., p. 96.

lo cual resulta necesaria evitarlo describiendo cada intérprete el significado objeto de sus reflexiones. A modo de ejemplo, la palabra forma se emplea para referir los movimientos (significado 1), la naturaleza del resultado de la secuencia de etapas para obtener el resultado querido por el agente (significado 2), los diversos modos de expresar la voluntad (palabras, gestos, silencio, etc.) (significado 3).

2. La acción de los sujetos en el mundo exterior, se desarrolla en lugares geográficos, y en lapsos temporales. Por su característica, no existen actos “instantáneos”. Por corto que sea, siempre se desarrolla en el tiempo. Por ello, la instantaneidad solo es procedente de modo metafórico aludiendo a movimientos de corta duración.

3. Como consecuencia de su temporalidad, los movimientos se presentan ante el observador como un conjunto. Las etapas son fragmentos arbitrarios, que cada observador o intérprete selecciona conforme a la finalidad que persigue.

4. Los movimientos físicos generan relaciones de causalidad con el o los resultados imaginados y planificados por el sujeto. En este plano, la causalidad se analiza combinando la finalidad (elemento subjetivo) con las acciones (elemento objetivo) y resultados (que pueden ser normativos, objetos ideales) y físicos (objetos materiales).

5. La expresión actos omisivos también es metafórica, aludiendo a no hacer (silencio debiendo expresarse, no aceptar una herencia prescindiendo de aceptar). En el plano de la acción son resultado de movimientos previos: haber concurrido para informarse, haber recibido notificaciones o intimaciones, etc.

CAPÍTULO SÉPTIMO

DIVERSOS RESULTADOS. LA GENERACIÓN DE HECHOS JURÍDICOS

Los resultados de las acciones se dividen en varios planos:

I. UN PLANO MATERIAL O FÍSICO

I.1. Concepto

Un edificio, un objeto, un sembrado, etc. Estos elementos “materiales”, además de su corporeidad, generan aquello que Habermas he denominado perspicazmente, efecto comunicativo de las acciones humanas,

u que tiene profunda trascendencia para el Derecho. Cuando un sujeto opera con sus movimientos en el mundo: alimentándose, corriendo, atacando, informa, muestra exhibe (con muy diversos grados de extensión) su voluntad, decisión o propósito. Es mucho más claro si lo hace con palabras que relatan íntegramente su voluntad, más parcial si son solo gestos.

I.2. El efecto comunicativo de las acciones

La expresión de voluntad siempre genera signos exteriores. Uno entre muchos de dichos efectos comunicativos, puede apreciarse en la relación posesoria, y en su antecedente causal, la tradición. El tema se vincula, entre otros temas, con el concepto de diligencia. Si una persona observa un predio (imaginemos que se trata de un interesado en comprarlo) y ve que hay personas en el mismo, edificaciones, plantaciones, cercos, debe presumir (aunque en realidad no lo haga) que hay un ocupante y que —con motivo de su interés— debe averiguar debido a qué título jurídico están dichas personas.

En este caso, aparece un matiz de ambigüedad (tema clásico de derechos reales), ya que la sola presencia no es demostrativa por sí misma de la causa jurídica de dicha presencia. Pero la falta de información suficiente no implica que sea descartada. Los signos exteriores de las acciones humanas no son iguales, tienen infinitos grados de potencialidad demostrativa, tema que es clásico en materia de prueba, que lidia con dichos grados variables de precisión informativa.

II. RESULTADOS IDEALES

Provenientes de las diferentes disciplinas de conocimiento: sociológicas, éticas, antropológicas, y tantas otras como disciplinas existan o sean creadas, tema que abordaré en capítulo aparte. En el plano jurídico, me detengo en la naturaleza de los hechos jurídicos (empleo el vocablo en su acepción amplia, tanto sea hechos jurídicos en sentido estricto, como actos y contratos).

II.1. Los hechos jurídicos como resultado de las acciones

Otro plano de los resultados de las acciones es la generación de Hechos Jurídicos, ya sea en sentido estricto (hecho que generan conse-

cuencias jurídicas sin que dependan de la voluntad de los autores) como Hechos Jurídicos en sentido amplio: Actos, Negocios Jurídicos. Están incluidos los Hechos Ilícitos.

II.2. Los hechos carecen de “forma”

Reitero que los Hechos como resultados de las acciones o movimientos psico físicos de los autores, carecen de Forma. Es en este punto, que la expresión “Forma de los Actos” resulta imprecisa técnicamente. Los hechos son objetos ideales, conceptos, fruto de una calificación jurídica. Carecen de materialidad. Lo material, físico, exterior, observable son los movimientos que los generan.

II.3. Sujetos, objeto y causa

En el método expositivo que desarrollo en cuanto al modo en el cual se generan los hechos, los elementos tradicionales objeto, causa y forma, son previos a la generación, aparecen en la etapa psíquica previa a la acción. Expresar que son constitutivos de los actos, es ubicarse en el plano de una descripción abstracta. Pero en el plano que describe la secuencia físico temporal de las acciones, los sujetos, objeto y causa son anteriores a su generación como resultado de un proceso.

II.4. Los hechos jurídicos son objetos ideales, no naturales

En el plano de la realidad, los eventos son neutros. Las calificaciones de las diversas disciplinas son las que “crean” o denominan efectos propios de cada una. En dicho plano, son las normas (elementos conceptuales) las que establecen parámetros o criterios calificativos.

III. CONCLUSIONES

1. Las acciones generan diversos resultados.
2. Una de sus consecuencias son resultados materiales: edificios, sembrados, lesiones, etc.
3. Otros resultados pertenecen al ámbito de los objetos ideales, una de cuyas clases son los resultados normativos, que corresponden al plano de las calificaciones jurídicas.

CAPÍTULO OCTAVO

LA FIJACIÓN, REGISTRACIÓN O INSTRUMENTACIÓN

I. LA FUGACIDAD DE LA ACCIÓN HUMANA Y LA NECESIDAD DE “MATERIALIZARLA” “REGISTRARLA” “FIJARLA EN SEDES ACCESIBLES”

He referido ya, que por sus características el mundo exterior exhibe un “continuo temporal espacial” cuya fragmentación la realiza cada observador, arbitrariamente, conforme sus fines. Los movimientos y efectos se desvanecen a medida que transcurren. Esta fugacidad ha originado desde el origen de la aparición de los seres humanos, la necesidad de “capturar” los eventos, de fijarlos, registrarlos, de “materializarlos”, para comunicar con permanencia el mensaje que cada protagonista pretende transmitir.

En el plano de lo jurídico, la necesidad específica es crear diferentes planos: recordar lo actuado (para los protagonistas y participantes) para exhibir, mostrar, acreditar ante los demás, y en un plano más profundo, el “probar la existencia del acto o hecho” en casos de conflictos de intereses.

Desde la perspectiva del intercambio de bienes, servicios, derechos, etc., los instrumentos constituyen un poderoso elemento de circulación de derechos con trascendencia económica: integran la cadena de circulación económica de bienes.

II. LA ACCIÓN DE FIJAR O INSTRUMENTAR

En las exposiciones tradicionales del tema de las formas, se efectúa una pormenorizada descripción de los modos de expresión de voluntad (verbales, gestos, dibujos, símbolos, señales, edificando, sembrando, etc.), y se concluye describiendo los diferentes instrumentos que regula el derecho objeto del estudio.

Esta tradición jurídica, ha dejado “en la sombra” la acción de fijar, instrumentar, fijar, que es la permite comprender —en mi opinión— el fundamento esencial de la potencia representativa y probatoria de los diferentes instrumentos.

Como contrapartida, los valores que se atribuyan a los instrumentos objeto de la interpretación jurídicos resultarán de modo inverso a los

riesgos referidos, o sea, en otras palabras, a las garantías aplicadas a cada uno de ellos para evitar o al menos disminuir esos riesgos.

Este enfoque también permite anticipar (tema que desarrollaré al tratar los instrumentos públicos) que el fundamento de la Fe Pública no es de modo exclusivo el dictado de una ley forma creadora de algún instrumento, ni la muy mentada atribución de Fe Pública a ciertos agentes. La Fe Pública, por sus características, jamás puede técnicamente atribuirse a personas (esto implicaría una gravísima falla constitucional por agravio al sistema republicano de poder público). Como luego desarrollaré, es el resultado de una estructura jurídica compuesta por varios elementos inescindibles, de cuya integración surgen las suficientes garantías para tamaña excepción del sistema probatorio. Además, el análisis de la acción de fijar o instrumentar, también permite visualizar con mayor claridad, la razón por la cual —con sus prácticamente infinitas mezclas de factores— la razón de las solemnidades (brindar garantías) y la razón de los diferentes matices probatorios de los demás instrumentos.

III. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN DE INSTRUMENTAR HECHOS EN SENTIDO AMPLIO

Un modelo abstracto meramente aproximado de los recaudos ideales de una fijación, registración o instrumentación de un suceso en sentido amplio, eventos en sí mismo. Es aproximado porque depende de factores muy variables: quien registra, para que, las características del evento, las circunstancias, etc.

a. Determinación de fecha y lugar y en caso de ser relevante horas, minutos, segundos.

b. Quienes intervienen.

c. Las etapas témporo espaciales del evento.

d. Niveles de detalle conforme la finalidad de la fijación (sonidos, luminosidad, ángulos y amplitud visual, colores, etc.).

e. En su caso de las declaraciones u otros modos de expresar voluntad.

f. Intervención de terceros, de fuerzas de la naturaleza.

g. Duración.

h. Fin del evento.

IV. LAS SOLEMNIDADES

IV.1. Concepto

Las solemnidades no son parte del desarrollo de movimientos en el mundo exterior, tal como se ha analizado en los párrafos anteriores. Son operaciones que se agregan, con una finalidad protectora como veremos. Pero estos agregados, son creaciones adicionales, ajenos a lo que podríamos llamar curso natural de los movimientos humanos. Por ello, aunque en el estudio de la acción de fijar deben ser incorporadas, deben separarse conceptualmente de las características normales, naturales de los movimientos físicos en el mundo exterior (41).

IV.2. El fundamento de las solemnidades

Se han esgrimido varios: Desde una perspectiva muy amplia, se ha afirmado que la observancia de la forma exigida por la ley es necesaria para la validez del acto (Mackeldey) (42). En otro enfoque más descriptivo, se ha invocado (43): a) Favorecer la reflexión. b) Aumento de la calidad y precisión de las declaraciones contractuales. c) Cuidar la seguridad jurídica. d) Dar certeza al acto. e) Facilitar la prueba. f) Colaborar con los sujetos negociales. g) Proteger el orden público y la moral social. h) Permitir el control fiscal.

Recientemente, se ha estructurado una posición doctrinaria sobre las solemnidades, basada en las siguientes notas esenciales (44): a) La regulación de las solemnidades es regulada en su intensidad por el legislador en toda clase de actos. b) No se adopta como punto de partida

(41) Mariano Gagliardo también refiere la posible diferenciación conceptual entre las solemnidades y el concepto estricto de forma: "Formas en el derecho", disertación en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales año LXIV, Segunda Época, nro. 57, abril de 2019.

(42) Citado por CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 203.

(43) MOSSET ITURRASPE, Jorge, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, t. 3-B, p. 664; *Código Civil de la República Argentina explicado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. IV, p. 179; CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, cit., p. 198; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 213.

(44) ORELLE, José M., *Actos e instrumentos notariales*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 130.

si la regulación se proyecta sobre la validez o la prueba, sino que parte de la importancia del acto y de la conveniencia social para ser regulado, atendiendo los intereses particulares y de la sociedad. c) Respecto a cada clase de actos, existe diferente intensidad de la protección. d) La relevancia de las solemnidades son consecuencia de la intervención estatal, y no causa de la misma. e) La diferenciación entre instrumentos públicos y privados no depende de la naturaleza de los instrumentos, sino de la naturaleza de los actos. Los actos públicos generan instrumentos públicos, los actos privados, instrumentos particulares. f) El fundamento esencial de las solemnidades, es la protección o tutela de los ciudadanos respecto ciertos actos.

IV.3. Clases de solemnidades

i) Previas al acto:

Constatación de identidad, verificación de la capacidad y legitimación de quienes intervienen, idoneidad de objeto y causa, verificación de la congruencia entre intención, voluntad y declaraciones. Comprensión plena del acto y sus consecuencias.

ii) Durante el acto:

Dirección técnica, Coactuación con los intervinientes. Verificación de los requisitos propios de cada acto. En caso necesario, intervención de testigos, traductores, apoyos, peritos, cónyuges, etc.

iii) Acción de instrumentar:

Que sea coetánea al desarrollo de las acciones, que la sede sea adecuada a los recaudos de permanencia, inalterabilidad. Tintas u otros ingredientes con los mismos requisitos anteriores. Impresión con elementos técnicamente adecuados. Idioma nacional, y en su caso traducciones acreditadas. Texto continuo (sin espacios en blanco). Uso limitado de abreviaturas y números. Formato homogéneo (espaciado, interlineado). Plenitud, integridad, fidelidad de lo narrado.

iv) Lectura que genera una reiteración de la comprensión y decisión de los sujetos y verificación de la identidad entre lo sucedido y lo narrado.

v) Verificación del consentimiento final, reiterado, mediante la firma del instrumento.

vi) Suscripción del instrumento por el oficial público.

vii) Actos u operaciones posteriores que el acto requiera: pago de impuestos, inscripciones, notificaciones, etc.

viii) Guarda, conservación y archivo de los documentos para permitir el acceso a ellos por personas con interés legítimo.

V. LA INTENSIDAD DE LA IMPOSICIÓN DE SOLEMNIDADES Y SU PROYECCIÓN SOBRE LA CREDIBILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS

V.1. Actos de solemnidad absoluta, relativa y formales no solemnes. Los actos con formalidades *ad probationem*

Como se ha expuesto, el principio rector en cuanto a la expresión de la voluntad (forma) es la libertad, en el sentido de que los actos con solemnidades impuestas son la excepción (45). La imposición de solemnidades ha dado lugar a variadas interpretaciones doctrinarias (46):

La clasificación más moderna, divide los actos en: actos de solemnidad absoluta, de solemnidad relativa y formales no solemnes. Los actos de solemnidad absoluta son aquellos en los cuales la solemnidad es parte esencial del acto, por lo cual su omisión genera la nulidad del acto (47). La nulidad del acto por defecto en la solemnidad impuesta, al ser absoluta, no genera efectos secundarios y no puede probarse por otros medios. El hecho de no poder probarse no significa negar la “realidad” de las declaraciones efectuadas de otro modo (p. ej., verbalmente), significa que la ley les niega operatividad, ya que el acto se ha realizado sin la protección necesaria, y, por ello, se le desconoce un efecto vinculante.

Los actos de solemnidad relativa son los mencionados por el art. 1017 del Cód. Civ. y Com. La omisión de la solemnidad no priva de efectos a las declaraciones de los sujetos negociales. No generan el efecto propio

(45) CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, cit., p. 199; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, cit., p. 207; BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 396; *Código Civil de la República Argentina explicado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. IV, p. 172; en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias...*, cit., t. 3-B, p. 660.

(46) CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, cit., ps. 204 y ss.

(47) CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, cit., p. 209.

del acto, pero genera la obligación de efectuarlo cumpliendo las formas impuestas (48).

Respecto a los no solemnes pueden probarse por otros medios de prueba, aunque, con excepciones regladas, no exclusivamente por testigos (art. 1019, Cód. Civ. y Com.). La omisión de la solemnidad se proyecta sobre la prueba. Si el acto se ha realizado con las formas impuestas (p. ej., un contrato de locación efectuado por escrito) el instrumento basta como prueba suficiente entre las partes. De haberse omitido, podrá probarse por otros medios, pero la prueba queda a cargo de quien pretenda hacerlo valer (49).

En otro rango de consideraciones, se ha criticado el concepto de forma *ad probationem* explicando que esta sería una forma no exigida para la validez del negocio, sino establecida con el fin de permitir que el negocio pueda ser probado únicamente a través de la forma prescripta (50). Se establece con fines probatorios (51). Esta clasificación, no tiene nada que ver con la forma verdadera, sino con la prueba de los negocios, por lo cual se superponen dos campos totalmente distintos. Si el negocio existente y válido tropieza por cualquier orden de causas (entre ellas por no haberse celebrado con la forma prescripta) es cosa que prácticamente tendrá toda la trascendencia que se quiera, pero teóricamente en nada afecta a su existencia, validez y eficacia civilmente plenas. Dichos negocios son válidos, aunque no se hayan observados las solemnidades, pueden ser probados. Esta crítica es coincidente con la conceptualización que se desarrolla en esta obra. Las solemnidades, elemento interno del negocio, operan en el campo de la validez. La prueba, que remite a la demostración de la existencia del acto y sus circunstancias, es un plano conceptualmente diferente, que se rige por otros elementos. Quizás la superposición conceptual es favorecida, debido a que muchas de las solemnidades facilitan la prueba, o aun la constituyen con un grado superior (el caso de los instrumentos públicos, que confieren fe pública a varios aspectos de ellos). Pero dicho efecto es una consecuencia de la solemnidad, no es que haya sido creada para facilitar la prueba. La solemnidad se impone para proteger al ciudadano en el

(48) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. en sus comentarios a la obra de SPOTA, Alberto G, *Contratos. Instituciones de derecho civil*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, t. III, ps. 14 y ss.

(49) TOBÍAS, José W., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. III, p. 572.

(50) ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1970, t. I, p. 421.

(51) GAGLIARDO, Mariano, "Formas en el derecho", cit.

desarrollo del acto, la prueba es para convencer que el acto ha existido, con las características descritas en el instrumento.

VI. AUTENTICIDAD INSTRUMENTAL

La autenticidad documental es proporcional a la fidelidad, plenitud, integridad y precisión entre el evento (en su dimensión de “realidad”) y lo narrado.

Para obtener dicho efecto, el Derecho se vale de herramientas —para ciertos actos que considera más trascendentes— que garantizan o disminuyen los riesgos que he señalado en punto anterior (los riesgos).

Estos recaudos de seguridad, se proyectan sobre la aptitud de quien redacta, la coetaneidad entre acto e instrumentación, los recaudos técnicos de la acción de instrumentar, el brindar la oportunidad a los intervinientes para confrontar la redacción y efectuar ajustes, el modo adecuado para efectuar enmiendas y salvados, los requisitos de la asunción de autoría: firma, y la guarda, conservación y archivo ordenado de documentos matrices en lugar neutral que permita el acceso toda vez que sea necesario (52).

Siempre hay grados de autenticidad, conforme la suma específica de recaudos de seguridad. Esta línea conceptual de gradualidad aparece en el nuevo Cód. Civ. y Com., en el art. 319, que, al referirse al valor probatorio de los instrumentos particulares, describe que el juez debe ponderar, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

Como consecuencia de esta característica, cuando un texto jurídico atribuye a un instrumento cierta calificación: instrumento público, o privado, o instrumento probatorio, etc., si bien pueden predicarse ciertos efectos centrales o nucleares de dicha calificación, en cada caso concreto habrá matices en cuanto a la autenticidad, debido a la cantidad e intensidad de los recaudos de seguridad aplicados en el caso.

(52) CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Uthea Argentina, Buenos Aires, 1944, t. II, p. 425.

En base a este marco de referencia, las clasificaciones jurídicas de los instrumentos y la descripción gramatical de los textos jurídicos deben ser apreciadas por el intérprete con amplitud, ya que —como sucede en general con el derecho escrito o cualquier otra ciencia— la pretensión de describir la totalidad de las conductas humanas y sus efectos, es una tarea imposible.

VII. EFECTOS DEL ACTO. EFECTOS DE LOS INSTRUMENTOS

El efecto específico de los actos y negocios jurídicos es la constitución, modificación o extinción de una relación, o de crear nuevas situaciones jurídicas (53). En otro plano, ya no de sus efectos negociales, sino de la oponibilidad, cabe distinguir entre efectos entre las partes y respecto a terceros (54).

El efecto jurídico de los instrumentos es mostrar, representar, exhibir, en un plano temporal reiterar, la existencia de un acto, hacerlo conocer (55). Produce este efecto a través de la específica “materialización” de lo fugaz de su realización al momento de generarse el acto. El hecho pasado debe hacerse presente (56). La prueba (en significado estricto, de contienda) es uno de los efectos, no el único.

La credibilidad en cuanto al contenido del instrumento (en sentido amplio: confianza, seguridad, en un sentido más específico autenticidad) es proporcional a los requisitos de seguridad aplicados al acto y a la acción de instrumentar y garantizar el acceso toda vez que sea necesario.

VIII. CONCLUSIONES

1. La acción de instrumentar los eventos jurídicos es la piedra angular para la comprensión de la diversidad de instrumentos y de los grados de autenticidad que los mismos.

(53) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000, p. 404.

(54) SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, trad. de Leysser L. León, Grijley, Perú, 2004, p. 337.

(55) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y derechos en el instrumento público*, publicación del Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950, p. 27.

(56) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y derechos en el instrumento público*, cit., p. 48.

2. También clarifica que la autenticidad de los instrumentos públicos es una consecuencia de la intensidad de requisitos destinados a garantizar la instrumentación, con lo cual surge la evidencia que dicha autenticidad es el resultado de integración del ejercicio de una Función Pública, por agentes rigurosamente seleccionados, investidos y auditados, que disponen de los conocimientos y técnicas para dotar al desarrollo de los actos en los cuales intervienen de plena credibilidad. Esta perspectiva permite captar, asimismo, que la fijación, registro o instrumentación de actos es un proceso o secuencia de etapas.

3. Las solemnidades no constituyen un elemento natural de las acciones. Son operaciones jurídicas adicionales, artificiales, que se agregan con la aludida finalidad de garantía. Con tal línea de pensamiento, las mismas deben ser parte de un capítulo independiente.

4. La autenticidad de un instrumento tiene grados:

A. Es efecto de ciertos puntos, no abarca la totalidad del contenido. A modo de ejemplo, en los instrumentos públicos alcanza al lugar, la fecha, la presencia de quienes intervienen y el hecho de sus declaraciones y entregas. No se extiende a la sinceridad de sus expresiones, ni de los juicios que emitan.

B. En otro plano presenta grados según sea la intensidad de los recaudos de seguridad que se hayan aplicado.

C. La autenticidad siempre se focaliza con los hechos percibidos sensorialmente por el agente que los narra.

CAPÍTULO NOVENO LOS INSTRUMENTOS

I. CONCEPTO DE INSTRUMENTO

En cuanto al modo de designar el efecto del documento respecto al hecho, se han propuesto los vocablos expresión (aludiendo a que expresa un pensamiento humano) incorporación (una especie de simbiosis, ya que el pensamiento no vive sin el documento, y perdido este, se pierde su contenido) y más modernamente, con Carnelutti, el de representación (57). Los elementos que integran el documento son: su corporalidad

(57) PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, 4ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 8.

(el papel o la materia de que se trate, los elementos inscriptorios), el autor, el contenido (58).

En cuanto a la sede de la instrumentación, existe una extensa tradición, en cuanto a los documentos jurídicos, que ellos consten en papel, situación que en los tiempos actuales ha comenzado a variar con fuerte intensidad por las innovaciones tecnológicas (59).

Se discute, asimismo, la naturaleza del instrumento. Algunos autores lo consideran una cosa mientras que otros colocan el acento en la acción de instrumentar (60). En realidad, se corresponde con ambos aspectos. En su realidad corpórea, material, no cabe duda de que es un objeto material. Sucede que el fin de su creación, es la materialización o representación “física” de un hecho o acto jurídico, efectuado por una acción humana. De allí, que dichos planos (inseparables) haya generado la discusión aludida.

Continuando el análisis que vengo desarrollando, debo reiterar que los instrumentos no son forma o acción jurídica, sino su resultado. En esta línea, reitero también, no es adecuado técnicamente referirse a la “forma” de los actos, ya que son objetos ideales normativos, no elementos materiales (61).

II. EXPRESIÓN ESCRITA. CLASES DE INSTRUMENTOS

El Cód. Civ. y Com. precisa que la expresión “escrita” puede realizarse (jurídicamente) por tres clases de instrumentos:

- A. Instrumentos públicos.
- B. Instrumentos particulares firmados (instrumentos privados).
- C. Instrumentos particulares no firmados.

Se ha entrecomillado el vocablo escrita, porque al incorporarse el instrumento electrónico, el significado de la acción de escribir (tradicionalmente asignada de modo exclusivo al papel, y con elementos gráficos

(58) PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, cit., p. 32.

(59) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., en sus comentarios a la obra de SPOTA, Alberto G, *Contratos. Instituciones de derecho civil*, cit., t. III, ps. 14 y ss.

(60) BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, cit., t. II, p. 409.

(61) Llega a la misma conclusión GAGLIARDO, Mariano, “Formas en el derecho”, cit.

tradicionales) queda ampliada de un modo considerable. Las dos primeras clases (instrumentos públicos e instrumentos privados) serán descriptas en las secciones respectivas.

III. INSTRUMENTOS PÚBLICOS. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES Y SU REPERCUSIÓN RESPECTO AL CONJUNTO DE MOVIMIENTOS (PROCEDIMIENTO) QUE DEBEN SER APLICADOS

III.1. Revisión de la clasificación de instrumentos públicos

Tradicionalmente, en las escuelas de derecho, se estudia como un capítulo de las formas de los actos, la diferente clase de documentos, siendo tradicional la distinción entre instrumentos privados e instrumentos públicos. Esta tradición, desde la perspectiva de un análisis profundizado del tema instrumental, tiene el riesgo de “dejar en la sombra” que la diferencia no radica en los instrumentos, sino en la naturaleza de los actos que les dan origen (62). Aplicando este enfoque, la consecuencia que genera, es colocar el núcleo temático, en las características de los actos: privados o públicos. De las mismas deriva con clara evidencia lógica, las características de los instrumentos.

Aplicando el punto de partida expuesto, los actos públicos presentan las siguientes notas esenciales:

III.1.1. Características generales

a) Son expresión del Estado de Derecho (63) y, por ello, son producto del ejercicio de una Función Pública, atribuida a órganos impersonales (evitando el riesgo de atribuciones personales y la Función de que se trate se ejerce por Agentes seleccionados por concurso, con título profesional oficial, con revisión de sus antecedentes personales, que son investidos en ceremonia pública y auditados en el ejercicio del cargo: jueces, funcionarios administrativos, escribanos, registradores, oficiales del Registro Civil, etcétera.

b) El desarrollo del acto en etapas (procedimiento regulado) es consecuencia de principios garantistas de homogeneidad, transparencia,

(62) ORELLE, José M., *Actos e instrumentos notariales*, cit., en cuya obra se desarrolla la tesis referida, ps. 31 y ss., 45 y ss., 89 y ss.

(63) Sistematizadas en la exposición de PITIS, Jesse, “Control social”, en *Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales*, Aguilar, Madrid, t. 4.

legalidad, tecnicismo, garantías de defensa del ciudadano, de comprensión, acompañamiento técnico, y riguroso procedimiento de instrumentación de modo coetáneo al acto, control del consentimiento, de la firma y homologación con firma y sello del agente. Se resguardan también las operaciones posteriores (impuestos, tasas) y la guarda, conservación y archivo.

Esta visualización permite captar que la fe pública propia de los instrumentos públicos se basa en este conjunto de factores, que fundamenta la credibilidad impuesta asignada a los mismos. Queda en evidencia que dicho efecto no surge solamente de la intervención de un agente —como es frecuente escuchar— sino del total de los requisitos descriptos. Cabe agregar, que lo expresado, la ley impone la intervención de agentes públicos en actos jurídicos cuya importancia trasciende el interés particular. Son actos de trascendencia familiar y en última instancia social: matrimonio herencias, donaciones, derechos reales, testamentos, etc.

c) Reiterando mi posición analítica en cuanto a distinguir la acción del resultado, en esta clase de actos, el vocablo tradicional forma, o en mi opinión, los movimientos psicofísicos que constituyen la secuencia para obtener el fin deseado, en el caso de los actos públicos es el conjunto de operaciones jurídicas que se han detallado. Forma o acciones son al conjunto de etapas que esta clase de actos requieren.

III.1.2. Notas esenciales de los instrumentos públicos que son consecuencia de actos públicos en los cuales intervienen particulares

Ejemplo: actas judiciales, matrimonios, actos notariales, actos registrales.

En esta división doctrinaria, al intervenir particulares, son actos compuestos, ya que se integran los intereses particulares, con la Función Pública de los Agentes. El poder público coopera.

El matiz que destaco es que, en dichas situaciones, los agentes colaboran con los particulares, garantizando con su actuación la transparencia, legalidad, idoneidad técnica, dirección, auditoría, comprensión, instrumentación, guarda y conservación. Esta clase de actos serían los que generan instrumentos públicos en sentido estricto.

III.1.3. Nota esencial de actos públicos, que generan instrumentos oficiales

En estos casos, el Poder Público interviene gestionando sus propios intereses en un marco de imposición sobre los particulares. Ejemplo: co-

bro de impuestos, imposición de peajes, etc. En consecuencia, ante tal conflicto, materia del derecho constitucional y del derecho administrativo, la naturaleza de los instrumentos es de menor intensidad, consecuencia de dicha tensión de intereses. La doctrina, como veremos en el punto siguiente, considera que son instrumentos oficiales, que no gozan de fe pública, sino que producen un efecto de presunción de autenticidad., invierten la carga de la prueba.

La diferencia entre fe pública (que requiere querrela de falsedad para ser impugnada) y simple prueba en contrario encuentra su fundamento en la diferente posición del Poder Público, cooperación o imposición.

III.1.4. Niveles o grados de solemnidades

Dentro de las características del presente estudio, que refiere a lineamientos generales, es procedente esquematizar, que no todos los instrumentos públicos son creados con la misma intensidad de solemnidades. Por ello, aunque carecemos de vocablos que expresen las diferencias (por lo cual mantengo mi decisión metodológica de describir la situación sin apegarme a la rigurosidad extrema de asignarle vocablos) los grados de autenticidad deben examinarse en cada caso:

A modo de ejemplo, las solemnidades en los actos notariales, de los Libros del Registro Civil, son extremas: obligación de controlar la identidad, capacidad, legitimación, la comprensión, libros de protocolo confeccionados con numerosas exigencias de seguridad, control de quienes están autorizados a recibirlos, fechas, foliatura, rúbrica oficial, control de formatos, idioma, abreviaturas, etc., etc.

En los expedientes judiciales, las solemnidades son menores, en plena armonía con las características de la Función. Los expedientes están foliados, pero con base en hojas comunes, se entregan en préstamo, las hojas están cosidos, se agregan escritos de particulares y de abogados, cédulas, oficios, con formatos más liberales, etc.

Del mismo modo los expedientes administrativos, aunque quizás con diferencias de detalle: no se entregan normalmente a los particulares.

III.1.5. Discusiones doctrinarias respecto al concepto de instrumento público

Estos aspectos han generado discusiones doctrinarias sobre la expresión instrumento público:

III.1.5.1. Tesis amplia

Propiciada por Spota, quien considera que basta la intervención de un agente o funcionario público para que exista instrumento público (64), ya que constituye expresión formal escrita de la administración. Los instrumentos públicos pueden tener por finalidad la existencia de un hecho, o un acto, o constituir la forma de ejercicio de un poder público. El instrumento que reúne una apariencia regular se supone emanado del poder público, y esa presunción se hace extensiva al contenido, supuesto que el acto que emana de un oficial público se supone eficaz. Los instrumentos públicos son mencionados de modo ejemplificativo, no excluyente por el Cód. Civil derogado (65).

III.1.5.2. Tesis restringida

Para quienes sostienen esta posición doctrinaria, es necesario que una ley específicamente confiera la potestad de dar fe (66), lo cual requiere que la naturaleza del acto contenga declaraciones o hechos que el agente presencie y autentique.

Para los sostenedores de esta teoría, debe distinguirse entre instrumentos públicos (los referidos en el párrafo anterior) y los instrumentos oficiales, que son todos los instrumentos unilaterales de los funcionarios, que contienen expresiones de voluntad institucional, pero no reúnen los requisitos propios de los actos en los cuales su objeto es la autenticación de actos o negocios realizados por particulares. Estos últimos gozan de presunción de legalidad, legitimidad y autenticidad, desvirtuable por simple prueba en contrario. La autenticidad que se reconoce al instrumento público es una fe impuesta y obligada al juez, a los interesados y a los terceros. Es una fe legitimada (en el sentido que no se basa en una creencia popular o generalizada subjetiva) sino que surge de una norma legislativa. Esta fe impuesta no puede ser potestad de cualquier sujeto, es el legislador el que la instituye, con exigentes y necesarios requisitos: 1) una norma del legislador; 2) el cumplimiento de las formas que garan-

(64) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, Vol. 3, núm. 2039, p. 226.

(65) SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, t. III, p. 178.

(66) FIORINI, B., "Acto administrativo e instrumento público", LL 146-1027; CARMINO CASTAGNO, José Carlos - SOLARI, Osvaldo - ZINNY, Mario A., "Necesidad de la escritura pública en la constitución de sociedades comerciales y sus modificaciones", *Revista del Notariado*, nro. 733, p. 110; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2004, t. 3, ps. VII-37 y ss.

tizan la fe legitimada que se atribuye al instrumento. No puede ser cualquier forma, sino la que en forma circunstanciada impone el legislador; 3) la determinación por el legislador de un sujeto que inviste la función de crear la fe legitimada.

III.1.5.3. Tesis intermedia

Cassagne, como se ha destacado precedentemente, parte de la base de considerar que el concepto de instrumento público no debe quedar circunscripto al derecho privado, sino que es propio de otras ramas del derecho. Si bien admite que no todos los instrumentos emanados de la Administración Pública son instrumentos públicos, considera que el instrumento público emanado de un órgano administrativo se caracteriza por su autenticación o refrendo (v.gr., decreto del Poder Ejecutivo Nacional), el cual puede tener lugar a través de la firma de otro funcionario distinto al que lo suscribe. También acepta que la publicación del documento en el Boletín Oficial le atribuye autenticidad, no solo por razones de seguridad jurídica, sino por analogía con lo que acontece en materia de los actos que emanan de los órganos provinciales. Agrega que, por excepción, una norma legal o reglamentaria (habida cuenta del carácter local del derecho administrativo) pueda otorgar la plena fe del instrumento a un acto, con la sola constancia de su suscripción por el funcionario actuante, siempre que se hayan cumplidos los recaudos propios de los actos formales (67).

III.1.5.4. Tesis que se basa en la naturaleza del acto (68)

Tradicionalmente, en las escuelas de derecho, se estudia como un capítulo de las formas de los actos, la diferente clase de documentos, siendo tradicional la distinción entre instrumentos privados e instrumentos públicos. Esta tradición, desde la perspectiva de un análisis profundizado del tema instrumental, tiene el riesgo de “dejar en la sombra” que la diferencia no radica en los instrumentos, sino en la naturaleza de los actos que les dan origen (69). Aplicando este enfoque, la consecuencia que genera, es que ciertos actos públicos (aquellos en los cuales el Estado coparticipa con los ciudadanos —p. ej.: matrimonios, testamen-

(67) CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio”, ED 63-899.

(68) ORELLE, José M., *Actos e instrumentos notariales*, cit.

(69) ORELLE, José M., *Actos e instrumentos notariales*, cit., en cuya obra se desarrolla la tesis referida, pp. 31 y ss., 45 y ss., 89 y ss.

tos, creación, modificación y extinción de derechos reales, donaciones, etc.— procedimientos judiciales y administrativos) tienen una estructura, presupuestos y elementos propios que se proyectan sobre la acción de instrumentar y sobre los instrumentos, mientras que los actos privados (cuyo ámbito propio es el de la autonomía privada) tienen otra estructura, que también se proyecta sobre la acción de instrumentarlos, y sobre las características de los instrumentos que los contienen.

Aplicando el punto de partida expuesto, los actos públicos presentan las siguientes notas esenciales:

a) Son expresión del Estado de Derecho (70) y se estatuyen conforme a los siguientes principios: a. Que todo derecho debe ser estatuido de modo racional, con arreglo a fines y valores, con pretensión de ser respetados por los ciudadanos. b. Que todo derecho es un cosmos de reglas abstractas, que deben ser aplicadas por las instituciones conforme a sus fines. c. Que el soberano obedece a su vez un orden impersonal por el que detenta su posición. d. Que el miembro de la asociación solo obedece al Derecho, no a la persona y dentro de la competencia específica que le ha sido asignada. e. Las competencias son un ámbito de derechos y servicios objetivamente limitado en virtud de una distribución de funciones. f. Las reglas se aplican por agentes con formación técnica o profesional, asegurada con pruebas que se aplican para su selección. g. Los cargos no son personales, para asegurar el carácter objetivo, independiente e imparcial del funcionario. h. Rige el principio de atenerse al expediente.

b) El poder estatal originario, se divide en funciones específicas, que son fragmentaciones del poder global, creadas para la satisfacción de los fines de la Organización de un Estado. Son específicas, de interpretación restrictiva. La división tradicional: administrativa, judicial, legislativa, que a su vez se subdivide en tantas especies como lo requiera la provisión de los servicios para los cuales han sido creadas (71).

c) Las funciones se atribuyen a órganos (72) o sea entidades abstractas, depositarias de la función. Esta atribución se fundamenta en la necesidad de fijar límites al poder público, evitando la personalización del poder. El ámbito de las facultades atribuidas al órgano se denomina

(70) Sistematizadas en la exposición de PRTIS, Jesse, "Control social", en *Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales*, Aguilar, Madrid, t. 4.

(71) BARRA, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 245.

(72) MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 519.

competencia (73), la que se encuentra afectada a los principios de especialidad, no es renunciable, resultando esencial para la validez del acto.

d) Las funciones atribuidas al órgano son ejercidas por el agente, cuyo acceso al cargo conlleva un minucioso procedimiento de selección, investidura y permanente auditoría (74). Uno de los pilares esenciales para el ejercicio de la función, es el deber de imparcialidad, que deviene de las características de la estructura de poder público al que pertenece.

e) El acto público. El desarrollo del acto en etapas es consecuencia de las acciones humanas en el mundo exterior (75). En los actos públicos (con las diferencias propias del ejercicio de cada función) se evidencian las siguientes:

i) El requerimiento o petición, iniciativa del ciudadano que activa la intervención del agente. En los actos públicos en los cuales el Estado coopera con los ciudadanos, no se actúa de oficio.

ii) Calificaciones: el oficial público evalúa la capacidad del agente, su comprensión del acto y consecuencias, su legitimación para obrar, la congruencia entre intención y voluntad, la identidad y la licitud.

iii) A través del diálogo personal con el solicitante, avanza en la configuración técnica del acto, informa, asesora, sobre el efecto y las consecuencias. En la mayoría de las veces, se examinan documentos acreditativos referidos al tipo de acto.

iv) El acto en sí: se despliega con la presencia de todos quienes deben intervenir, se realiza una explicación técnica de las características, se escuchan las declaraciones de los intervinientes, en su caso se generan las explicaciones y/o modificaciones, se realizan las entregas y los actos materiales propios de cada acto.

(73) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, con notas de Agustín Gordillo, 1ª ed. argentina, Thompson Civitas y La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 555.

(74) ORELLE, José M., *Actos e instrumentos notariales*, cit., p. 67.

(75) CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho*, trad. de Francisco Javier Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 355, quien ejemplifica: "si mi acción de apoderarme del pan fuera tomada cinematográficamente, cada fotografía por aislado descubriría las situaciones intermedias que separa el desenlace con el principio". En la misma línea de pensamiento: BARBERO, Domenico, *Sistema del derecho privado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 471; BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 32; CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. de Manuel Albadalejo, Aguilar, Madrid, 1956, p. 96.

v) En el mismo momento (coetáneamente) se procede a redactar una primera versión de lo sucedido. Esta acción de instrumentar, se efectúa con una intensa regulación de solemnidades, ya que se realiza en papel propio suministrado por el agente, con tintas, procedimientos de impresión y formatos oficiales, se evitan espacios en blanco, abreviaturas, u otros signos que puedan generar ambigüedades o riesgos, se utiliza el idioma nacional, se aplican reglas técnicas relevantes para el acto; en suma, requisitos que aseguren la validez, la eficacia, la legibilidad, la permanencia, la inalterabilidad, la claridad, la precisión técnica, la fidelidad entre lo sucedido y lo narrado y la plenitud de los elementos necesarios.

vi) Se procede a la lectura inmediata de lo redactado, para permitir reflexiones adicionales, certeza sobre la comprensión, y conformidad con las notas de identidad, plenitud y autosuficiencia del texto. En su caso, se realizan las adecuaciones del texto que sean necesarias para el mejor reflejo de lo sucedido. Es una tarea conjunta del agente con los demás participantes.

vii) Si fuera necesario, el agente efectúa enmiendas: borrados, entrelíneas, testados, etc.

viii) Se repite la lectura final.

ix) Se procede a la firma del instrumento, que implica la reiteración de la conformidad con el texto y la autoría que asume cada firmante.

x) El agente suscribe con su firma el instrumento, quedando cerrado el ciclo temporal del acto.

xi) El agente expide las copias necesarias y efectúa las diligencias posteriores propias de su función: pago de tributos, inscripciones, etcétera.

xii) Se procede a la guarda, conservación y archivo de los documentos matrices, que permiten el acceso posterior si fuere necesario, a las personas habilitadas: partes, sucesores, magistrados, etcétera.

Este análisis permite visualizar:

Que los actos públicos (en aquellos casos en que la función incluye la intervención en actos de ciudadanos para garantizar la validez y eficacia de actos legislativamente seleccionados) implica el ejercicio del poder público.

Que dicho ejercicio se realiza a través de órganos impersonales, para asegurar un desempeño transparente e impersonal.

Que la función atribuida al órgano se realiza a través de agentes, cuyo acceso, selección, investidura y auditoría *permanente*, dan garantías de la idoneidad moral y técnica de ellos.

Que, al exigirse un procedimiento con rigurosas exigencias, también coadyuva a integrar no solo garantías técnicas, sino de todos los elementos implicados, tales como los descriptos al referirnos a lo instrumental.

Que la fe pública propia de los instrumentos públicos se basa en este conjunto de factores, que fundamenta la credibilidad impuesta asignada a los mismos. Queda en evidencia que dicho efecto no surge solamente de la intervención de un agente, sino del total de los elementos descriptos.

III.1.6. Procedimiento

La característica esencial respecto a la acción o forma de los instrumentos públicos, es que los movimientos para generarlos están rigurosamente regulados, con requisitos numerosos, destinados a conferirles validez, eficacia, legalidad, oponibilidad, acceso. Si bien el vocablo proceso pareciera reservado al ámbito judicial, se aplica con similares recaudos en los actos administrativos, notariales, registrales.

El procedimiento varía con matices, según sea:

a. La finalidad de la función pública que ejerce cada agente. La finalidad esencial de la función judicial es garantizar la solución de conflictos en un ámbito de transparencia, ejercicio del derecho de accionar y de defensa. Debido a ello, las etapas procesales fijan las pautas que deben ser respetadas por quienes accionan. Además de garantizar lo sustantivo de la función judicial, otro efecto de la regulación del procedimiento es su homogeneidad, evitando arbitrariedades en su desarrollo. Es de imaginar, de no existir dicha regulación, que sucedería si cada magistrado tuviera que inventar el procedimiento aplicable en su juzgado.

b. En el caso de los actos administrativos, debido a la extensa fragmentación de la función originaria (administración de los recursos públicos), las características de cada sector y la necesidad que debe ser satisfecha determinarán las pautas de su procedimiento. No obstante, la Ley de Procedimientos Administrativos contiene lineamientos esenciales, pero la particularidad de cada segmento determina su individualidad. A modo de ejemplo, no corresponde identificar el procedimiento expropiatorio, con el procedimiento aplicable a infracciones de tránsito.

c. En el caso del procedimiento notarial, algunas directivas surgen del Cód. Civil (regulación de los instrumentos públicos y escrituras públicas) y otras de las leyes notariales. La función notarial tiene por finalidad que agentes seleccionados por su idoneidad moral y técnicamente preparados, intervengan en actos legislativamente seleccionados por su trascendencia, auditando con diligencias previas, durante y posteriores al acto como resultado, los presupuestos y elementos de dichos actos, dirigiendo técnicamente su desarrollo para que transcurra en un ámbito de libertad, autonomía, legalidad, e instrumentándolo de modo coetáneo con rigurosos recaudos que le brindan certeza, credibilidad y acceso permanente a terceros interesados, además de realizar pagos tributarios, inscripciones registrales, etc., y efectuar la guarda, conservación y archivo de los documentos.

d. En el caso de las funciones registrales, su finalidad esencial varía según sea el Registro Constitutivo o declarativo. Si es constitutivo, su finalidad es doble, por una parte, intervenir en el proceso de formación del acto de bienes que corresponda (ej., automotores) y, además, dotar de publicidad a las adquisiciones, modificaciones o extinción de los derechos reales sobre dichos bienes.

Por ello, como he descripto con anterioridad, los instrumentos en los cuales intervienen agentes públicos generan una especial credibilidad (en los instrumentos oficiales) y plena en los instrumentos públicos en sentido estricto. Dicha credibilidad es consecuencia de las garantías que surgen de los procedimientos de creación. No son consecuencia, como a veces se ha dicho, de la investidura de los agentes. Son consecuencia del ejercicio de una función pública, ejercida por agentes con idoneidad acreditada, que aplican obligatoriamente un procedimiento que con toda evidencia garantiza su autenticidad.

III.2. Instrumentos particulares firmados. Características esenciales

Las notas que los caracterizan son consecuencia, como he apuntado, de la naturaleza de los actos. Al tratarse de actos de menor trascendencia social, resulta congruente que los instrumentos respectivos tengan efectos de menor intensidad probatoria. No obstante, los particulares, ejercicio de la libertad de acción, pueden adoptar voluntariamente la decisión de generar instrumentos públicos en protección de sus intereses. A modo de ejemplo, en un contrato de locación por montos elevados y prologado plazo. Por otra parte, se advierte en casos en los cuales los su-

jetos buscan mayores recaudos, que se apliquen solemnidades adicionales, tales como autenticación de firmas, protocolizaciones, etc.

a. Libertad de procedimiento.

b. Los sujetos intervinientes deben verificar, además de obtener asesoramiento si fuera necesario:

(i) Capacidad.

(ii) Discernimiento.

(iii) Libertad, autonomía.

(iv) Idoneidad de objeto y causa.

(v) Desarrollo técnico.

(vi) Instrumentación con recaudos de seguridad.

(vii) Ejercer el control de lo redactado (lectura, modificaciones).

(viii) Controlar las firmas.

(ix) Controlar número de ejemplares necesarios para que cada uno disponga de prueba del acto.

(x) Proceder a la conservación y archivo del instrumento.

c. Pueden firmarlo en diferentes momentos y en diferentes lugares.

d. Situación de las partes: la creación de instrumentos les permite recordar y exhibir el acto que han celebrado, con limitaciones probatorias que se presumen conocidas por los autores.

e. Situación de los terceros a quienes se les exhiben o presentan. Los terceros interesados (o sea quienes son titulares de un interés en conflicto con el contenido del instrumento) se encuentran en libertad para aceptar estos instrumentos como prueba, o negar su existencia, en cuyo caso la carga de la prueba queda en manos de quien ha presentado el documento.

Es de plena evidencia, el fundamento de la diferencia en cuanto a credibilidad de estos instrumentos. Carecen de garantías. Esta característica no corresponde que se la interprete como una nota negativa. Sucede que, en el milenario avance de las reglas de convivencia, resulta clara la extraordinaria variedad de necesidades humanas y la forma de

regularlas. Los instrumentos privados son consecuencia de actos de menor transcendencia, que no requieren garantías adicionales. Por otra parte, en muchos casos, basta con aplicarles algunas solemnidades adicionales, tales como autenticación de firmas, sin que sea necesario llegar a instrumentos de mayor exigencia.

I.3. Instrumentos particulares no firmados. Características esenciales

El Cód. Civ. y Com. (art. 287) menciona impresos y registros. Estos últimos, enuncia, pueden ser auditivos, visuales, de hechos, palabras e información.

- a. El punto en análisis no se refiere a las acciones.
- b. Regula una modalidad de resultado instrumental.
- c. Amplía legislativamente la nómina de instrumentos admisibles.

d. En este ángulo estimativa, puede contener un negocio jurídico: ¿p. ej. compraventa? En la cotidianeidad jurídica, sí: por ejemplo, tickets de supermercado, o de cajeros bancarios. Dependerá de la extensión de cada instrumento, que aparezcan todos o algunos de los requisitos contractuales: sujetos, objeto, causa. Por lo general, en los tickets de supermercados está individualizada la parte vendedora (la empresa) los artículos adquiridos, el precio pagado, la fecha (y hora con minutos), y el lugar. No consta la individualización de la parte compradora. Tampoco las firmas.

e. Por lo expuesto, la diferencia se focaliza en el instrumento, no en la forma o secuencia de acciones.

f. Las consecuencias de la falta de firma en el documento se proyectan exclusivamente en el plano de la prueba. Si es incompleto, fragmentado, debe ser integrado con otros elementos exteriores para representar el acto, pasa a constituir un elemento documental de prueba, pero no es un instrumento (76) en el sentido estricto del término. En el plano, la carencia de firma genera la necesidad de probar la autoría, que el acto

(76) Esta afirmación, parte del presupuesto metodológico del autor del comentario sobre el concepto de instrumento. Por ello, podrá diferir el enfoque según sea dicho concepto para cada intérprete: GUIBOURG, Ricardo A., *La construcción del pensamiento...*, cit., p. 11.

se realizó y no se trata de un simple proyecto (77). Se ha propuesto, al momento de evaluar la potencialidad probatoria de estos instrumentos, la necesidad de separar dos situaciones:

1. Cuando el instrumento contiene exclusivamente declaraciones de ciencia (representación de lo que se conoce o sabe respecto a algún hecho) es suficiente probar su autenticidad para deducir de su contenido una confesión extrajudicial de su autor jurídico: ejemplo de ello: libros de contabilidad, papeles domésticos, los asientos de los corredores o agentes de cambio, las notas puestas por el acreedor al margen o al dorso (ejemplo: expresión pagado, u otra similar).

2. Cuando contiene declaraciones de voluntad o dispositivas, en cuyo caso se deberá probar que el acto se perfeccionó, y que tal escrito quedó como constancia histórica a pesar de no haberse firmado (78). En cuanto a la naturaleza de estos instrumentos, desde el ángulo de la prueba, se los califica como mero indicios (79)- (80).

I.4. Instrumentos electrónicos. Características esenciales

En un plano descriptivo, el instrumento electrónico tiene las siguientes características distintivas:

i) La acción de fijar o registrar la efectúa el operador mediante el empleo de un ordenador.

ii) La fijación del texto escrito se realiza en dicho artefacto, de modo electrónico o magnético, sin que pueda apreciarse sensorialmente por sentidos humanos, el o los lugares donde se efectúa la fijación. Los vocablos usualmente empleados, tales como memoria, fijación magnética o electrónica, se utilizan por simple adhesión a los que proponen los técni-

(77) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 2ª ed., Víctor. P. de Zavalía, Buenos Aires, 1972, t. II, p. 528.

(78) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., t. II, p. 557.

(79) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., t. II, p. 558, cita a Carnelutti en esta posición, que también sostiene LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. en sus comentarios a la obra de SPOTA, Alberto G, *Contratos. Instituciones de derecho civil*, cit., t. III, p. 187.

(80) En el CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial*, Astrea y Fen, Tomo I, p. 716, se cita jurisprudencia que califica a los faxes, y al correo electrónico como documentos que constituyen principio de prueba por escrito.

cos, sin que exista un conocimiento y visualización directa del resultado de la acción de fijar o registrar.

iii) El vocablo instrumento, generalmente utilizado para describir a la sede material de la acción de fijar, ya sea papel, u otros materiales, alude o remite a un elemento material que permite la lectura directa, inmediata, resultante de la acción de fijar también apreciable por los sentidos, que se va desarrollando gradualmente y de modo directo en el material empleado. En otras palabras, la acción de escribir y lo escrito se desarrollan de modo ostensible, visualmente apreciable, sin que exista falta de continuidad: el autor de la fijación y quien la presencia, ven paso a paso aquello que se va registrando.

iv) En el documento electrónico, estos pasos quedan disociados de una visualización directa e inmediata: el autor opera con un teclado o táctilmente, solo puede visualizar la presión en las teclas, y la aparición en pantalla de aquello que escribe. Finalizada la redacción, no ve físicamente donde se produce la guarda del texto, ni puede visualizar la identidad de lo guardado con lo redactado. Puede volver al texto con similares operaciones de teclado y pantalla, pero se pierde la inmediatez sensorial del proceso.

v) Debido a ello, queda modificado el concepto “normal” de instrumento. El elemento físico (teclado, ordenador y todos los demás elementos que quizás integran el artefacto utilizado) pasan a ser denominado instrumento (entendido por tal, el conjunto de artefactos utilizados). El texto, contenido del instrumento, es invisible de modo directo, solo puede visualizarse el resultado de la activación del proceso del o artefactos utilizados.

vi) Similar cambio se proyecta en las demás fases: los intervinientes solo ven aquello que aparece en la pantalla, o la impresión física que se efectúe. La firma se realiza también con un procedimiento electrónico, y tampoco puede visualizarse. La guarda o conservación queda invisible a los ojos humanos.

vii) No vemos físicamente dónde se realiza el desarrollo de la acción de escribir, donde queda guardado el texto, el resultado de la acción de firmar. Qué puede impugnarse: la firma, la fidelidad del texto, haber participado. Por ello, el instrumento electrónico no es autosuficiente, ya que tanto la firma como el texto se prueban de modo indirecto: por la identificación de quien ha retirado las claves, por la entrega del elemento en el que consta la firma digital.

Estas diferencias permiten apreciar que la confiabilidad o credibilidad de esta clase de instrumentos queda focalizada en la confianza sobre las apreciaciones técnicas de estos instrumentos, que se evidencia socialmente en el uso generalizado y creciente de los mismos. Este fenómeno tecnológico no es exclusivo de los instrumentos, se amplía extraordinariamente en la incorporación de toda clase de artefactos empleados en la vida cotidiana: celulares, dispositivos de los más diversos, que no comprendemos ni sabemos en qué consisten, pero los utilizamos cada vez más.

Desde la perspectiva del nuevo Código, más la incidencia de la ley 25.506, pueden apreciarse tres acepciones de instrumento electrónico:

a. Los que circulan “informalmente” en la sociedad, por ejemplo, los de las redes sociales.

b. Los que detentan resguardos de seguridad privados, en algunos casos con circulación restringida entre sus adherentes (por Ej. Bancos o Instituciones Financieras).

c. Los que exigen el requisito de la firma digital, que —en rasgos generales— presenta como características salientes la intervención de órganos públicos, y un conjunto de resguardos técnicos específicos: autoridades de aplicación, empleo de claves públicas y privadas, textos protegidos con mecanismos de criptografía, resguardos de los textos en instituciones oficiales, etc.

Desde un plano pragmático, cabe observar que esta clase de instrumentos, no obstante las limitaciones señaladas, ha ganado terreno en el comercio tanto nacional como internacional, desplazando al teléfono, fax y télex (81). También se observa un extenso avance en los medios de pago (82) y en la admisión de esta clase de instrumentos en materia probatoria (83). Se ha destacado acertadamente que aptitud probatoria de los instrumentos electrónicos se intensifica en caso de estar firmados con firma digital (84).

(81) NÚÑEZ, Javier F. “La formación del contrato por medios electrónicos en el derecho comparado”, SJA del 24/8/16, p. 73; JA 2016-III.

(82) DE CORES, Juan Carlos, “Innovación tecnológica y Derechos de los servicios Financieros. Régimen Jurídico de los medios de pago electrónicos”, ADLA 2015-3-45.

(83) ROBALLO, Marta H., “La prueba electrónica o informática. Antecedentes, valoración y eficacia en el derecho del trabajo”, DT, diciembre 2014, p. 3295.

(84) CCiv. y Com. Azul, sala I, autos “González Hugo A. c. Castellanos Yanel A. y otro s/daños y perjuicios, incumplimiento contractual”, AR/ JUR/22.650/2017.

En el tema, ha irrumpido con particular difusión, el sistema denominado *Blockchain*, creado con la finalidad de generar un sistema de registro de información, datos, contenido de documentos, etc., con original diseño que apunta a la seguridad. Originariamente fue creado para promover los bitcoins, pero luego se ha extendido a otras aplicaciones (85).

IV. CONCLUSIONES

1. Los instrumentos en sí mismos no son forma, son el resultado de la acción de fijar o instrumentar.

2. Las diferencias entre los diversos instrumentos y los requisitos y recaudos que se aplican en cada clase, son consecuencia de las correlativas diferencias respecto a su autenticidad y potencialidad probatoria.

CAPÍTULO DÉCIMO LA PRUEBA. ASPECTOS ESENCIALES

Consiste en la demostración de lo que ha ocurrido (86). En otro enfoque, se ha afirmado que la prueba integra tres concepciones: a) todo aquello que persuade al espíritu de una verdad; b) el hecho de producir ante el juez el elemento de convicción del que surge la existencia de un derecho, o c) el resultado procurado por la demostración del litigante (87). La prueba se basa en los registros o fijaciones (prueba documental), pero solo como un recurso más, ya que se sirve de todo aquello que pueda servir de evidencia, con diversos grados de inmediatez: testigos, confesión, indicios directos e indirectos, propia conducta, etc.

Aplicando una metáfora, un suceso a ser probado puede visualizarse como una película en la cual aparecen el conjunto de movimientos que configuran un resultado. Pueden ser “cortados” los fotogramas que integran la película en diversos fragmentos de diverso tamaño. Una vez separados, imaginemos que se entregan los fragmentos a personas que ignoran el contenido de la película y se los invita a inferir a través del

(85) MORA, Santiago I. “La tecnología *blockchain*. Contratos inteligentes. Ofertas Iniciales de monedas y demás casos de usos”, LL del 1/4/2019, p. 1.

(86) BARBERO, Domenico, *Sistema del derecho privado*, cit., t. I, p. 557.

(87) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil. Según el tratado de Planiol*, trad. de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 498.

fragmento entregado el relato global. Cada fragmento, según su tamaño tendrá diferente potencialidad para reconstruir la película.

Del mismo modo, las pruebas constituyen elementos de muy diversa naturaleza, plenitud y credibilidad para brindar certeza legal respecto al evento o suceso de que se trate.

Taruffo (88) describe los puntos esenciales de la prueba jurídica así:

- a. La relación entre prueba y verdad en el proceso.
- b. Las características del hecho.
- c. El significado de las calificaciones: verdad, verosimilitud, probabilidad, hipótesis, selecciones.
- d. Los enfoques respecto a las pruebas desde diferentes posiciones: juez, historiador, el científico.
- e. La trascendencia de la regulación de la prueba jurídica, tanto sea en las condiciones necesarias para su admisibilidad como los recaudos y controles para su generación.

Conclusiones

1. Forma o acción y prueba con elementos independientes de los hechos y actos jurídicos.
2. Como se ha definido, la acción es el conjunto de movimientos que generan un resultado.
3. Los instrumentos son los resultados de las acciones.
4. Prueba es todo aquello que permite con diversos grados de plenitud, legalidad, y credibilidad reconstruir el o los sucesos que se pretenden demostrar.

(88) TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 4ª ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2011.

LA CAUSA FINAL EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

POR ALBERTO J. BUERES

1. La discusión entre causalistas y anticausalistas, históricamente, es de antigua data. Antes de la sanción del Cód. Civ. y Com. de 2015, que consagra de forma expresa y acabada la causal final, el Cód. Civil de 1869 contenía normas inconexas y oscuras por lo que respecta al tema. De donde, los opositores al causalismo intentaron reducir el mencionado elemento esencial al ámbito de la voluntad o, a lo sumo, al del objeto del negocio jurídico. El antiguo art. 953 y las disposiciones inherentes a los actos voluntarios eran suficientes para dar solución al asunto de los fines, al cabo, confundidos con la intención. Y los arts. 500 a 502 resultaban ajenos a la causa final por contemplar aspectos de la génesis de las relaciones obligatorias.

Precisamente, Risolía, al referirse a la excesiva onerosidad sobrevenida, cuyo fundamento, para mí, es de neto cuño causalista, dice que la imprevisión es un instituto que responde a un cúmulo de consideraciones éticas desacordadas con la noción de contrato, pues estos son actos de previsión y se los pacta como irrevocables. Un régimen que quiera mantener la seguridad del tráfico exige que el deudor respete sus compromisos, arruinándose si fuese necesario (1). Una aplicación desbordada de la autonomía privada hasta unos límites que el más primario sentido de justicia no podría tolerar.

Esta exaltación de la regla moral recibida de Ripert deja traslucir las huellas del pensamiento racionalista. Sobre la base de un falso humanismo, se supone que el fin del derecho es el hombre en diversas fases. Para algunos, la libertad, para otros, que defienden una filosofía epicureísta, las riquezas, los intereses materiales y, en fin, para los moralistas

(1) RISOLÍA, Marco A., *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1946, ps. 151 y 152.

del derecho —Grocio y sus seguidores, inclusive Calvino y Domat—, el fin radica en las cualidades morales del individuo, en su virtud (2). Diferenciándose de este exagerado lineamiento, Arturo Barcia López es anticausalista, a semejanza de Freitas, pero parece acordar a la causa una mayor dimensión social. Al menos cuando se preocupa por combatir con amplitud de criterio los fines contrarios a derecho (“más allá de la causa pero siempre por el fin”) y cuando confiere significación al fin inmediato —o finalidad categórica— (3).

Sin defecto de estos desvíos, cabe puntualizar que la mayor parte de las teorías en las cuales se sustenta la imprevisión, apuntan a fundamentos inmediatos y no mediatos o remotos (como la buena fe, la regla moral, la justicia, la equidad, etc.) y se relacionan con la causa final en alguna de las manifestaciones que presentó al correr del tiempo —presuposición, equivalencia de las prestaciones, bases del negocio jurídico y otras (he de volver sobre estas cuestiones más adelante)—.

2. No obstante que no dudo de que la causa tiene autonomía en el cuadro de los elementos esenciales generales de los actos jurídicos, debo reconocer, como lo hacen numerosos autores, que las críticas formuladas por Antonio Ernst y sus continuadores al causalismo clásico —en el cual destacan en un primerísimo plano las ideas de Domat— fueron en buena medida justificadas, habida cuenta de las deficiencias del susodicho planteo clásico.

Cuadra destacar que Ernst ha sido un jurista belga, profesor de la Universidad de Lieja, que escribió en 1826 una monografía titulada ¿Es la causa una condición de validez de las convenciones? (*La cause est-elle une condition essentielle pour la validité*); y sus ideas tuvieron difusión inmediata siendo recibidas por Brissaud, Gauly, Bartin, Tarbuorich, Timbal, Cornil, Huc, Baudry-Lacantinerie y de manera destacada por Marcel Planiol (también por Giorgi en Italia y por Laurent y Dabin en Bélgica) (4).

(2) Cfr. VILLEY, Michel, *Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural*, trad. C. R. S., Ghersi, Buenos Aires, 1978, ps. 74 y 75.

(3) BARCIA LÓPEZ, Arturo, *La causa ilícita en las obligaciones y en los actos jurídicos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, ps. 81 a 95, en especial.

(4) El Cód. Civil francés en el art. 1108 *originario* mencionó los elementos esenciales de “los contratos”, entre los cuales incluyó una causa lícita, con lo cual separó con nitidez dicho elemento del objeto —cierto—. Vélez Sarsfield no fue tan categórico, pues, no se atuvo a pies juntillas al *Code Civil*, actitud que generó una corriente de pensamiento antifinalista, que por supuesto no fue absoluta. Ver, VIDELA ESCALADA,

3. Ciertamente, Domat fue un pionero en la elaboración de la teoría de la causa. Su construcción pretendió ser abstracta (por completo) y perenne, en coherencia con las ideas racionalistas que la inspiraron. El mencionado jurista se distanció de la glosa y del comentario de los textos, fragmentos y leyes romanas que integraban el *Corpus Iuris Civiles* y trató de adaptar un sistema racional y novedoso a la disciplina del derecho civil: *la exposición de las leyes civiles conforme al orden natural*. Vale decir: el racionalismo cartesiano aplicado a la ciencia jurídica (5). De acuerdo con una fundada opinión Domat se inspiró especialmente en Francisco Connano (1508-1551), en el *Commentarium iuris civilis*, Libro X, París, 1552 y 1558 (6). La teoría de Domat no admite los móviles causalizados; es una postura individualista, que también está impregnada de un excesivo tributo a la autonomía privada (7). Una visión diferente a la que propuso Risolía, que ha sido anticausalista, aunque ambas tengan en común la devoción (injusta por extravasada) de la autonomía de la voluntad —*supra*, 1—.

Para explicar su teoría, Domat se sirvió de tres categorías contractuales. En los contratos bilaterales, la causa (fundamento) de la obligación para una de las partes es la obligación de la otra. En los contratos reales, la causa de la obligación del único deudor, en vista de la unilateralidad de esta categoría de negocios (*hoy abolida por el Cód. Civ. y Com. de 2015* (8)), radica en la entrega de la cosa (p. ej., en el mutuo la *datio rei* previa es la razón de ser —causa— del negocio restitutorio). Y en los contratos gratuitos la causa es un motivo justo y razonable (servicios prestados al donante, cualquier mérito del donatario, el mero placer de efectuar el bien). La insinuación de que en los contratos gratuitos la causa es motivo justo y razonable, inclusive con aportación de ejemplos, pudo hacer suponer que Domat avizoró la causa impulsiva o emocional de los juristas de siglo XX o XXI (móviles causalizados) —que ya había echado raíces en las investigaciones de los canonistas—. Pero esa afirmación de

Federico, *La causa final en el derecho civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, nro. 86, ps. 39 y ss.

(5) Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 149.

(6) CAPITANT, Henri, *De la causa de las obligaciones*, trad. E. Tarragato y Contreras, Góngora, Madrid, 1927, ps. 157 y ss.

(7) FLOUR, Jacques - AUBERT, Jean-Luc, *Les obligations*, Armand Colin, París, 1994, t. I, nro. 272; GHESTIN, Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 2006, p. 26 donde explica con solvencia la visión tedesca de los actos abstractos y causales.

(8) BUERES, Alberto J., *La entrega de la cosa en los contratos reales*, Ábaco, Buenos Aires, 1977, ps. 66 y ss.

Domat es un espejismo, pues los referidos móviles no tuvieron ningún alcance para penetrar en los aspectos definidamente íntimos de la voluntad —particularmente en materia de causa ilícita—, de acuerdo con la interpretación que puede hacerse del pensamiento completo del autor. De ahí que, en resumidas cuentas, la causa en estos supuestos vendría a ser el *animus donandi* desprovisto de motivaciones relevantes (9). En una posición aislada se ha dicho que los móviles, que, según Domat, pasarían a ser causa en las liberalidades, fueron desechados por Pothier, para quien la causa en estos casos es la generosidad hacia la otra parte —esta consideración del citado Pothier contribuyó a la consolidación de la llamada teoría clásica— (10).

4. Las críticas formuladas por los antifinalistas a la teoría de Domat, son variadas y concordantes (en general).

— No hay una noción uniforme de causa, pues en cada categoría contractual de las elegidas por Domat promedia un concepto diferente (11).

— La causa impulsiva o emocional, como ya señalé, no tiene desarrollo alguno, a despecho de lo que pueda suponer Gaudemet de forma vacilante acerca de los motivos en los contratos gratuitos. En rigor de verdad, no sería aventurado señalar que, en los hechos, la construcción racional de Domat, en el sinalagma, prácticamente prescindió del fin, aun cuando no fuera más que del fin abstracto y genético (en lugar de adicionarlo al cúmulo de obligaciones o “compromisos”); y que llamó causa a un *quid* creado artificialmente. Por cierto que, si se dice de forma radical que en los contratos bilaterales la causa de la obligación consiste de modo objetivo en la otra obligación o, en todo caso, si una de tales obligaciones es fundamento a secas de la restante, me parece que conclusión enunciada es inatacable. De donde cabe aceptar la justicia de las críticas antifinalistas en torno a que, en la susodicha categoría contractual, la causa se confunde con el objeto.

Está claro que, bajo esta luz, se difumina el rol de la voluntad como soporte causal. Una obligación necesita mecánicamente la presencia de la otra, pero no se indica en forma diáfana que ambas son fines —o fin—. Insisto, que en el esquema por extremo objetivo de Domat no se rela-

(9) VIDELA ESCALADA, Federico, *La causa final...*, cit., ps. 33 y ss. e *infra* 4.

(10) GAUDEMET, Eugène, *Teoría general de las obligaciones*, trad. P. Macedo, Porrúa, México, 1974, ps. 137 y 138.

(11) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., p. 150 y sus amplias consideraciones sobre las deficiencias de la teoría y los problemas que generaría su aplicación en ciertos contratos.

ciona la voluntad con la obligación —o la prestación—, en el sentido de que tal obligación —o prestación— es deseada por aquella voluntad (el equivalente querido de Maury). También han sido lógicos los reparos de los antifinalistas, cuando señalaron que en la concepción de Domat la forma se aproxima a la causa. Estimo que, no obstante ser la forma un resello de la voluntad, una parte de esta, dicha forma no fue concebida como el signo exterior de una declaración que responde a un proceso interno querido, sino como un ingrediente estático incorporado al acto, al modo en que los ritos eran considerados en el simbolismo del derecho romano (12).

A su vez, Capitant destaca que la imperfección de muchas de estas definiciones clásicas de causa, obedece a que quienes las formularon no han tenido un concepto claro de la figura que intentaban definir (13). Todo se simplificaría si se parte de la identidad entre fin y causa, pues, en tal caso, bastaría con buscar el fin pretendido por cada una de las partes. Y la precisión de ese fin no resulta para nada difícil (14).

La apreciación es exacta. Una cosa es suponer que la causa es la obligación correlativa (objeto, para quienes estiman que este elemento esencial está conformado por las relaciones jurídicas) y otra que la causa está dada por el fin de que esa obligación sea creada. Se me dirá que el citado fin, específicamente, no tiene mayor significación, dado que una parte no se obliga *sic et simpliciter* para obligar a la otra (fin genético), sino que visualiza un resultado definitivo: la realización efectiva de las prestaciones (fin funcional). Sin embargo, aquel fin genético —a todas luces incompleto para perfilar la causa en su totalidad—, vale como principio (o inicio) de un fin típico íntegro y como elemento para categorizar (o calificar) los negocios jurídicos (15).

Por otro lado, la prescindencia de los fines que puede atisbarse en los dichos de Domat, se advierte en los antifinalistas, como Planiol, quienes creyeron que la interdependencia o correlatividad de las obligaciones no se originaba en el fin de las partes (causa) sino en la propia naturaleza o estructura del negocio sinalagmático.

(12) BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 96 y nota nro. 10.

(13) CAPITANT, Henri, *De la causa...*, cit., p. 42; GHESTIN, Jacques, *Cause de l'engagement...*, cit., p. 6 y ss.; *Principios del derecho europeo de los contratos*, art. 2: 101, punto (b).

(14) CAPITANT, Henri, *De la causa...*, cit., p. 42.

(15) BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., p. 90, texto y nota nro. 11.

Comoquiera que sea, los conceptos son tan oscuros y difusos que Antonio Ernst pensaba que la causa clásica de Domat era inútil por lo que concierne a los contratos sinalagmáticos, en razón de que estaba incluida en el objeto, pero supuesto éste como objeto-fin —una visión diferente a la atribuida *ut supra* a Domat, Planiol y a quienes pensaban como este autor— a semejanza de la estimación que hacen algunos de los autores anticausalistas, quienes en mayoría creen que los fines, inmediatos y mediatos (móvil causal) van a desembocar en el objeto al cual se incorporan (16).

— El significado de causa de Domat es genético, de donde se desperdician las grandes ventajas que dicho elemento proporciona en el plano funcional.

— La clasificación del autor citado se refiere a los contratos constitutivos de relaciones obligatorias, pero deja en penumbras lo que sucede en los contratos modificativos y extintivos de obligaciones. Tampoco hay alusión a los contratos constitutivos de derechos reales.

— Por lo demás, Domat entiende que la causa es un requisito esencial de la obligación. Esto pone a las claras que el autor no distinguió el contrato de la obligación, de donde la causa fue predicada ya del negocio bien de la obligación, como si fuese lo mismo. Tiempo después, Pothier distinguió la causa de la obligación (fuente) de la causa del contrato (finalidad), pese a que no enfatizó con firmeza en la autonomía que tiene esta última como elemento de los negocios, a la vista de que equiparó de manera confusa los defectos causales con los vicios de la voluntad (17).

— La noción de causa de Domat es plural en los actos bilaterales, dado que alude a la causa de cada una de las obligaciones y no a la operación común y singular (unitaria) del canje obligacional correspectivo.

5. Estas y algunas otras razones condujeron a Planiol a sostener (como en alguna medida ya lo había señalado Ernst) que la causa clásica es falsa e inútil (18).

(16) Ver BARCIA LÓPEZ, Arturo, *La causa ilícita...*, cit., ps. 81 y ss.; SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1975, t. III, ps. 1 a 13; BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1973, t. II, ps. 191 y ss. y ps. 209 y ss.

(17) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., ps. 151 y 152. Comp. GETE-ALONSO Y CALERA, María de Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979, ps. 466 y ss.

(18) PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudente, Paris, 1912, t. II, nro. 1037, ps. 345 y ss.

— Es falsa en los contratos bilaterales, puesto que una obligación no puede ser causa de la otra obligación dado que ambas nacen al mismo tiempo. De engendrarse por separado no podría existir la mutua dependencia de tales obligaciones.

Esta objeción ha generado (o puede generar) una verdadera anfibología entre el fin inmediato (abstracto y unitario) —en tanto que no hay dos causas en esta faz— y una suerte de recíprocos antecedentes o génesis (fuentes) de las obligaciones. Se afirmó que la crítica de Planiol perdería sustento si en lugar de suponerse que la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la otra, se dice que la causa de la obligación de una de las partes consiste en el cumplimiento de la otra, pues, entonces, cada obligación tiene en vista un resultado futuro (19). En verdad, el razonamiento podría ser aceptable siempre y cuando se mantuviera la unidad de la causa inmediata (o abstracta), pero resulta difícil aducirlo en las circunstancias que estoy examinando, habida cuenta de que la idea de futuro, del porvenir, como hipótesis de realización efectiva, es propia del sinalagma funcional, cuya configuración adviene con el neo-causalismo y, por tanto, está ausente en las miras de Domat.

Desde otra perspectiva, se afirmó que, de prestarse atención al problema, desde el punto de vista de la causa fuente, resulta posible que en los contratos sinalagmáticos las obligaciones nacidas simultáneamente se sirvan respectivamente de causa. La relación de causalidad —se expresa— no importa de ninguna manera un escalonamiento temporal: existe entre dos electricidades que se atraen o rechazan, aunque hayan nacido en el mismo instante (20); o entre dos polos opuestos que se atraen o, en fin, entre dos polos de igual signo que se repelen (21). De todos modos, esta réplica a la crítica de Planiol es vacua pues la categoría de la causa fuente no está aquí en discusión.

— Planiol destaca que en los contratos reales la postura de Domat es falsa, puesto que la entrega de la cosa no es la causa fin sino la causa fuente de la obligación de restituir.

Esta cuestión tiene origen en la idea de Donelo, perpetuada por Domat y Pothier, en torno a que la conservación de los contratos reales en

(19) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos. Parte general*, Víctor P. de Zavallía, Buenos Aires, 1971, p. 226.

(20) JOSSEERAND, Louis, *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, trad. S. Cunchillos y Manterola, Ejea, Buenos Aires, 1950, t. II, vol. I, p. 104.

(21) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos*, cit., p. 226.

la ley está fundada en el principio de que no puede haber obligación de restituir la cosa si esta no fue entregada (*nisi re tradita nulla obligatio de re reddenda contrahi non potest*).

Estimo que este razonamiento conecta equivocadamente la *datio-rei* con la causa fuente del deber de restituir o con la causa final. A veces se secciona la referida causa final y se cree que la entrega de la cosa es el fin para quien efectúa la *datio*, lo cual es desacertado pues el fin para el tradente no es el reintegro de la cosa sino el uso en el comodato, la guarda en el depósito y el consumo en el mutuo (22).

Asimismo, es bueno apuntar que hay contratos reales que no generan obligación de reintegro (la renta vitalicia) y contratos consensuales que son restitutorios (la locación de cosas), extremos estos que ponen en evidencia que la obligación de restituir queda subordinada a la res desde un punto de vista material pero no jurídico (23).

— Por último, para Planiol la causa es falsa en los contratos gratuitos, dado que el *animus donandi* vacío, desprovisto de motivos trascendentes, tal como acontece en la imprecisa noción de Domat, incolora y acromática, carece de valor instrumental al no existir móviles causalizados.

Sin embargo, y pese al estatismo de la referida postura causalista genética, lo cierto es que el *animus donandi* o espíritu de liberalidad sirve, cuando menos, para categorizar los negocios gratuitos y para diferenciarlos por tal conducto de los negocios onerosos —como ya dije— (24). Llamamos la atención al lector, dado que algún opinante defiende un objetivismo genético, con arreglo al cual la función económico-social tipificadora del negocio concurre en el momento de la perfección de este y en ese instante queda consumada (25).

(22) CAPITANT, Henri, *De la causa...*, cit., nro. 22, p. 57, *quien se apoya en Timbal (De la cause dans les contrats et les obligations, Toulouse, 1882, ps. 278 y ss.)*.

(23) JORDANO BAREA, Juan Bautista, *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 117; BUERES, Alberto J., *La entrega de la cosa...*, cit., ps. 40 y 73 —en donde amplió el asunto de la localización y esencia de la *datio-rei* en los contratos reales, hoy como señalé, desterrados por el Cód. Civ. y Com. de 2015, en consonancia con algunos pocos cuerpos de leyes, como el suizo (arts. 305, 310 y 412) y el mexicano (arts. 2384, 2497 y 2516)—. La solución de la ley actual coincide con las prescripciones del Proyecto de Código Único de la Comisión Federal de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación de 1993 y con mis opiniones expuestas en la última obra citada.

(24) JOSSE RAND, Louis, *Derecho civil*, cit., ps. 104 y 105.

(25) GARCÍA AMIGO, Manuel, *Instituciones de derecho civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, ps. 749 y 750.

— Bajo otra luz, Planiol dijo que la causa era un elemento inútil.

En los contratos bilaterales si la causa para una de las partes es la obligación de la otra y, a la recíproca, dicha causa se confunde con el objeto. Es evidente que se parte de la premisa de que el objeto del negocio está constituido por las obligaciones —que él crea, modifica o extingue— o bien por las prestaciones en tanto estas se apreciaran de modo estático al concertarse el negocio.

En los contratos reales la inutilidad se genera debido a que la causa se confundiría con la forma, a la cual Domat acordó una dimensión constitutiva, prácticamente similar a la de fuente. Si está ausente la forma no hay negocio jurídico pues tal signo (forma) ha sido concebido a imagen de la *res* romana, que desempeñaba el papel de causa *efficiens* (26). Esta manera de contemplar las cosas obedece a que numerosos autores nacionales y extranjeros entiende que la *datio-rei* es una forma. Sin defecto de que es inexacto el parangonar la causa con la entrega de la cosa, esta no constituye una forma. Por el contrario, se trata de un elemento esencial (relativo o de ámbito limitado), que aparece en los contratos reales en los sistemas legales que conservan la categoría y, que, aun cuando son mayoritarios, resultan francamente anacrónicos. La *datio-rei* reclamada *quoad constitutionem* para la validez del contrato real es, como alguna vez expresé, *una quinta rueda en el derecho* (27).

Por lo que respecta a la posición de Robert J. Pothier, cabe advertir que de algún modo sigue el camino trazado por Domat, pero introduce algunas modificaciones en el esquema establecido por su antecesor.

Efectivamente, Pothier deja de lado la clasificación tripartita adoptada por Domat y analiza la causa en los contratos onerosos (interesados) y en los contratos gratuitos (de beneficencia).

En los primeros, la causa del compromiso que contrata —o que adquiere agrego yo— una de las partes está en lo que la otra le dé o se compromete a darle o en el riesgo de que encargue. En los contratos gratuitos la causa es el puro ánimo liberal (*animus donandi*) distanciado de toda motivación concreta (“la liberalidad que una de las partes quiere

(26) RIPERT, George - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil (según el tratado de Planiol)*, trad. Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1964, t. IV, p. 190.

(27) BUERES, Alberto J., *La entrega de la cosa...*, cit., ps. 56 a 64, 77 y ss. y 127.

ejerger para con la otra es una causa suficiente del compromiso al cual se obliga para con ella” (28).

De lo expuesto puedo extraer algunas conclusiones.

— La concepción de Pothier presenta mayor coherencia que la de Domat desde un punto de vista sistemático, puesto que la causa solo se analiza en los contratos onerosos y en los contratos gratuitos. No existe ya la yuxtaposición carente de lógica de tres categorías cuyas significaciones tiene puntos de partida diferentes (los contratos reales deben disciplinarse por los principios de los contratos onerosos y gratuitos). Además, al suprimir los vestigios del móvil concreto en los negocios gratuitos, el significado de Pothier es uniforme, abstracto e inmutable. Es una muestra acabada del racionalismo que por una falta de coordinación de conceptos no pudo perfeccionar Domat al suministrar tres definiciones diferentes de causa.

— En los contratos onerosos, junto a la obligación y prestación cumplida en el acto (*uno ictu*) o prometida para más adelante, se agrega la posibilidad de “riesgo” que puede asumir una de las partes.

— El significado de causa, a más de abstracto y universal, continúa siendo genético.

— En los contratos onerosos Pothier habla del compromiso que adquiere una parte a cambio de que la otra se obligue. Por tanto, la causa, más que anexarse al objeto se confundiría —en tal inteligencia— con el consentimiento (o voluntad). Esto ya fue avistado por Capitant cuando señaló, con un enfoque corrector, que si una parte se compromete no lo hace sencillamente para obligar a la otra (pues si así fuera la causa pasaría a formar parte de la voluntad), sino que tiende a preparar un resultado definitivo, que no es otro que la realización de las prestaciones prometidas (29). En la definición de causa de Pothier tal vez la incidencia

(28) POTHIER, Robert J., *Tratado de las obligaciones*, trad. s/n, corregido y revisado por M. C. de las Cuevas, Heliasta, Buenos Aires, 1978, ps. 32 y 33. Comp. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, “Meditaciones sobre la causa”, *Revista Notarial*, 1979, nro. 846, ps. 1431 y 1432. En contra: GAUDEMET, Eugène, *Teoría general...*, cit., ps. 32 y ss., para quien en las liberalidades no hay una causa abstracta sino concreta formada por los motivos (ob. cit. ps. 132 a 134).

(29) CAPITANT, Henri, *De la causa...*, cit., ps. 41 y 42. Ídem, ROCA SASTRE, Ramón M. —con la colaboración de José Puig Brutau—, *Estudios de derecho privado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, t. I, ps. 55 y 56; CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, Platense, La Plata, 1969, t. I, p. 94.

de la voluntad se note un poco más que en la de Domat, aunque todo ello es muy incierto (o inseguro) y bien puede suceder que este razonamiento sea una ilusión. De todos modos, si acepto la premisa —que en relación con el causalismo clásico fue admitida por muchos autores, entre los que se cuentan los nombrados en la nota a pie de página anterior— la causa se confundiría con la voluntad: me obligo para que te obligues o presto mi voluntad para que tú la prestes (30).

— El análisis de otros aspectos de la teoría de Pothier revela que ella presenta imperfecciones.

Por caso, se habla de falsa causa o de falta de causa cuando se realiza un pago sin antecedente (sin causa fuente). Aduce el autor que “si creyendo erradamente deberos diez mil libras que os habían sido legadas por el testamento de mi padre, pero que habían sido revocadas por un codicilo del que yo no tenía conocimiento, me he comprometido a daros cierta heredad en pago de dicha suma, ese contrato es nulo, por cuanto la causa de mi compromiso que era el saldo de dicha deuda, es una causa que ha resultado falsa; y es por lo mismo que la falsedad de la causa una vez reconocida, no sólo no podéis tener acción alguna para haceros entregar la heredad, sino que, si os la hubiese ya entregado, yo tendría acción para hacéroslo devolver: y esta acción se llama *condictio sine causa*” (31).

Díez-Picazo considera que la caracterización que hace Pothier en el ejemplo dado, no figura en su esquema conceptual a propósito de la causa. Y a un tiempo, demuestra el sutil nexo que perdura entre la idea de causa y las *condictiones* romanas, al permitirse reclamar por esa vía lo dado en pago que no era debido (32).

No hay duda de que en el supuesto examinado la causa fin del pago (*animus solvendi*) está excluida por la ausencia de antecedente (fuente). Este puede resultar aparente subjetivamente (pago por error o pago indebido) en los términos del art. 784 del Cód. Civ. de 1869 —solo existe en la mente del *solvens*—. O bien esa apariencia se plasmará objetivamente; el acto génesis o fuente del pago existió, pero devino ineficaz (inválido o simplemente frustrado) por un defecto en su causa fin con fuerza para

(30) CAPITANT, Henri, *De la causa...*, cit., p. 41; BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., p. 99, nota nro. 35.

(31) POTHIER, Robert J., *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 33.

(32) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., p. 152.

aniquilar dicho acto fuente (pago sin causa en sentido estricto; arts. 792 y ss. del Cód. Civil citado en este párrafo) (33).

También sostiene Pothier que el negocio tendrá una causa que no hiera a la justicia, la buena fe o las buenas costumbres (34). Está muy claro que el autor en esta afirmación no se refiere al motivo causalizado. Dice el jurista francés que si un oficial promete una suma de dinero a un soldado para que se bata a duelo con un soldado de otro regimiento, hay una causa ilícita. En realidad, este es un caso de objeto ilícito (el hecho), sin desmedro de que, aparte, pueda afirmarse que promedia ausencia del fin típico o de la función de seguirse que no hay tipicidad legal o de un desvío de ese fin típico o de la función si hay tipicidad legal. Y hasta podría argumentarse, con una mira antifinalista en este aspecto (ajeno a mi modo de pensar), que está de por medio un negocio inmoral cuya ineficacia adviene por desbordar las partes el ámbito de la autonomía privada (35).

6. El asunto de la causa final es sumamente rebelde en torno a una sistemática ordenada, por las distancias existentes en los conceptos y el léxico. Con tales precisiones es posible distinguir cuatro posiciones jurídicas dentro del neocausalismo (o causalismo moderno).

— Henri Capitant, que adscribe a la corriente subjetiva-objetiva, es el verdadero precursor del causalismo de estos tiempos. El autor defiende un concepto abstracto de causa, aunque subjetivado, que supera en buena medida las deficiencias de la teoría clásica de Domat y sus seguidores.

Para Capitant, la superación del planteo en los contratos sinalagmáticos se concreta en la circunstancia de que la finalidad, al ser concebida como “el propósito de cada contratante de obtener la prestación prometida” (el cumplimiento), no se detiene en el momento de la celebración del negocio, apareciendo tan solo como un elemento genético —tal como lo propugnaba la doctrina clásica—, sino que se proyecta sobre la etapa de producción de los efectos del acto implicado y de los efectos de las relaciones jurídicas reguladas, razón por la cual se erige en un elemento funcional. Pero esa finalidad objetivada en vista de la uniformidad de

(33) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge y colabs. —entre los cuales me cuento—, *Repetición del pago de lo que no se debe*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, ps. 54 a 57.

(34) POTHIER, Robert J., *Tratado de las obligaciones*, cit., ps. 33 y 34.

(35) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., ps. 162 y 163; BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., p. 101.

cada categoría de negocio jurídico, no oculta el aspecto subjetivo que le imprime *Capitant* al ubicar el fin como parte integrante de la manifestación de voluntad creadora de la obligación. Hasta tal punto de reputarlo elemento esencial de la susodicha voluntad (36). Estas razones condujeron a algún autor a situar sistemáticamente el causalismo de *Capitant* dentro de una filiación subjetiva (37).

Por otro lado, *Capitant* separa con minucia la causa del motivo. Este último viene a ser para el jurista francés un factor psicológico que no forma parte de la voluntad y, por lo mismo, carece de la calidad de elemento constitutivo del acto —a diferencia de lo que sucede con la causa— (38).

Sin embargo, admite el estrecho ligamen entre causa y error —vicio—. En este orden de ideas es cuidadoso cuando aclara que un error sobre los motivos no es causal de anulación del acto, pero admite que tal vicio puede recaer sobre la sustancia de la cosa o sobre la persona con la que se celebra el negocio. Y añade que unas consideraciones subjetivas sobre la sustancia del objeto o sobre el sujeto, se hacen parte integrante de la causa de la obligación (39).

Posteriormente, al tratar la causa ilícita menciona, entre otros supuestos, el caso del inmueble que se arrienda para instalar en él una casa de citas (40).

Es evidente, más allá de los rodeos argumentales, que los referidos supuestos de error e ilicitud causal, los tintes concretos o subjetivos, vienen a resultar equivalentes a los móviles causalizados del dualismo, que no lo simples motivos sin linaje causal.

La teoría de *Capitant* me lleva a exponer unas reflexiones básicas, a saber.

(36) *CAPITANT*, Henri, *De la causa...*, cit., ps. 59 y ss.

(37) *VIDELA ESCALADA*, Federico, *La causa final...*, cit., ps. 69 y ss. A propósito del objetivismo invadido por aspectos subjetivos, ver *CATAUDELLA*, Antonino, *I contratti. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2000, ps. 155 y 156. Comp. *FERRI*, Giovanni B., *Il negozio giuridico*, Cedam, Padova, 2001, ps. 179 y ss.

(38) *CAPITANT*, Henri, *De la causa...*, cit., ps. 24 y 25.

(39) *CAPITANT*, Henri, *De la causa...*, cit., p. 216 y ss., notas nros. 111 y 112.

(40) *CAPITANT*, Henri, *De la causa...*, cit., ps. 236 y 237 y sus reflexiones sobre el arriendo del local donde se desarrolla la actividad sino lisa y llanamente “la casa de tolerancia” —de donde con particular visión habla de la nulidad del negocio por objeto ilícito y por causa ilícita (*CAPITANT*, Henri, *De la causa...*, cit.)—.

— La captación de la causa en la etapa del sinalagma funcional es una conquista de elevadísimo valor científico e instrumental.

— No obstante, el autor no admite los motivos (causalizados) como parte de la voluntad y de la causa, asunto que precisa con obsesiva insistencia (aún en las liberalidades en las que el *animus donandi* no pierde su calidad de abstracción) (41).

— No parece considerar que el fin típico es unitario, ya que habla de causa de las obligaciones y no de causa del negocio jurídico, defendiendo, en consecuencia, la terminología de los arts. 1108 y 1131 del Cód. Civil francés. Por cierto, Capitant destaca que en los contratos unilaterales hay que inquirir el fin que busca quien se obliga, mientras que en los contratos bilaterales ha de averiguarse el fin de cada parte.

— Es criticable que distinga entre el acto de voluntad y el consentimiento; y que inserte a este y a la causa —al menos en su faz genética— dentro del referido acto de voluntad (42).

7. Las posiciones objetivas a ultranza, diríamos, cuyo origen es atribuido a Vittorio Scialoja (43), marcan con mayor énfasis el distanciamiento entre voluntad y finalidad, estableciendo a veces que entre uno y otro elemento no existe relación alguna o que están en relación inversa (44).

Este temperamento exagerado no es compartido por toda la doctrina objetivista, puesto que Emilio Betti, por ejemplo, estima que la causa, al presentarse como una figura uniforme y constante en todos los negocios, constituye regularmente “la intención práctica” a la que se dirige la voluntad de las partes. Por tanto, el autor cree que no es acertado contraponer la causa a la voluntad al tratarse de dos facetas correlativas y no de dos nociones en contraste (45).

(41) Comp. CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, cit., quien se apoya en Pérez Vives y propone una solución matizada.

(42) BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., nota nro. 112, ps. 124 y ss.

(43) MELICH ORSINI, José, “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, *Anuario del Derecho Civil*, Madrid, enero-marzo, 1984, p. 19, texto y nota nro. 27. El autor venezolano dice que las enseñanzas de Scialoja fueron difundidas en un principio por Simoncelli, Benza y Venzi, sobre la base del concepto acuñado por el art. 1322 del Código italiano de 1942.

(44) LOUIS-LUCAS, P, *Volontè et Cause. Etude sur le rôle respectic des èlèments gènèrateurs de liem obligatoire en droit privé*, Sirey, Paris, 1918, p. 119.

(45) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, ps. 144 y 145.

De todas maneras, es evidente que la causa es apreciada externamente; vale decir, con prescindencia del sentir de las partes. Al respecto, el citado Betti apunta que el orden jurídico, al prestar su tutela a la autonomía privada, no atiende al capricho individual sino a la función socialmente trascendente del negocio tipo, en sí y por sí considerado. Y la naturaleza general de la función es cosa distinta del interés que el individuo pueda tener en el caso específico (46).

Pese a ello, no debemos perder de vista que la función apreciada de forma independiente del querer del individuo no podría actuarse (tal lo relacionado en el párrafo anterior). Según el enfoque, la voluntad sería el motor que genera la función, aunque esta sea un elemento material cuyo significado se capte sin poner atención en el querer del sujeto.

Advierto que son múltiples las opiniones doctrinales que convergen en la idea central y común de finalidad objetiva. Se habla de fin práctico, de función económico-jurídica, de función jurídica o práctico-social, etcétera.

Para Emilio Betti, la causa es la función económico-social del negocio entero. Visto así el asunto, la causa es un fenómeno social antes que jurídico; de ahí que en la definición haya evitado aludir a la función jurídica (47). Este concepto sirvió a Díez-Picazo para dirigir su ataque contra las teorías objetivistas. El jurista español entiende que la función económico-social no es la causa del negocio sino la función del negocio, siendo esta última, al menos potencialmente, un elemento distinto, útil para explicar algunos problemas del negocio indirecto, fiduciario o simulado (48).

Según Luigi Cariota Ferrara, la causa es la función práctico-social del negocio reconocida por el derecho. La función es práctico-social y no económico-social, pues la causa va más allá del derecho patrimonial (o económico); además, en cuanto es reconocida por el derecho es una exigencia jurídica y no empírica (49).

8. Las teorías subjetivas propiamente dichas identifican la causa con el móvil o motivo determinante de la voluntad siendo menester que él sea común para ambas partes en los actos bilaterales.

(46) BETTI, Emilio, *Teoría general...*, cit., p. 145.

(47) BETTI, Emilio, *Teoría general...*, cit., ps. 141 y 142.

(48) Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., p. 161.

(49) CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, p. 380.

Por cierto, que quienes están alineados en esta posición casi nunca desdeñan la existencia de una finalidad abstracta, pero la identifican con el objeto; de este modo, por caso, se puntualiza que el objeto del acto es la operación jurídica considerada con su finalidad económica y jurídica (50).

Dentro de la corriente examinada está situado si interpretamos con finalidad sus expresiones el citado autor Luis Díez-Picazo. Según su criterio, el negocio inmoral y el negocio ilícito no se ligan con el asunto de la causa sino con el ámbito de admisibilidad de la autonomía privada. La ley, la moral y el orden público son límites esenciales de esa autonomía. De donde, los negocios prohibidos e inmorales quedan fuera del campo de ella. Estas hipótesis son de ilicitud o inmoralidad objetivas del negocio.

Pero si el problema de la ilicitud o inmoralidad del acto se refiere a la actuación concreta y subjetiva de las partes (propósito práctico) respecto de un negocio objetivamente lícito, se estará en el dominio de la causa. Son motivaciones relevantes ilícitas perseguidas mediante un negocio lícito (abstractamente). El autor agrega lo siguiente: a) El móvil no es causa; es interno, subjetivo e individual. La causa es común o siendo individual resulta exteriorizada (esto pienso yo es insuficiente para conformar el móvil casualizado). b) la causa es propósito común del resultado empírico que se trata de obtener mediante el negocio. c) Cuando no hay un propósito específico y definido, la causa es el propósito de alcanzar la finalidad típica del negocio. En tal caso, dicha causa no es un elemento autónomo del acto y se confunde con la voluntad negocial (51).

Lo expuesto en el último punto del párrafo antecedente acerca de la identificación entre voluntad y causa, solo cuando existe el elemento abstracto, y la circunstancia de que el autor afirma más adelante que la finalidad empírica propuesta podría darse en el arrendamiento de una casa para la explotación del juego o para instalar una casa de prostitución (52), me lleva al convencimiento de que confiere trascendencia al móvil casualizado —que no al simple móvil o motivo— y que deja fuera del concepto (de causa) la finalidad inmediata u objetiva (que sumerge en la voluntad negocial).

(50) Sobre este punto, ver BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., ps 107 y 108.

(51) Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos...*, cit., ps. 62 y 63.

(52) *Ibidem*, p. 168. Comp. Díez-Picazo, Luis - Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1970, t. I, ps. 496 y 497.

— Las posiciones dualistas o sincréticas se orientan hacia el aglutinamiento de aspectos objetivos y subjetivos —sin perjuicio de los detalles que pueden ofrecer las distintas posturas individuales— (53).

9. En reiteradas oportunidades y desde hace ya muchos años me manifesté partidario de la posición neocausalista sincrética (o dualista). De donde he considerado la causa final como un elemento del acto jurídico diverso del objeto.

En pro de la referida distinción entre los elementos del negocio el jurista Oudot —según narra el belga De Page— ha dicho que el objeto responde al interrogante *¿qui debetur?* (qué se debe), mientras que la causa final responde a la pregunta *¿cur debetur?* (por qué se debe), aunque esta afirmación sería relativa, puesto que, por ejemplo, Núñez Lago y Roca Sastre —con la colaboración de Puig Brutau—, estiman que lo relevante no sería tanto el *¿qué se debe?* sino el *¿para qué se debe?* Estos opinantes examinan la causa en función de las respuestas a tres por qué, a saber: a) *¿por qué emito mi voluntad?*, *¿por qué quiero vender?* *¿Por qué quiero vender?*, *¿para obtener el precio (causa objetiva —inmediata o abstracta—)?* *¿Por qué quiero obtener el precio?*, *¿para realizar una determinada operación o un viaje, para donarlo, con fines de ahorrar dinero, etc.?* Estos son los motivos que a veces pueden integrar la noción de causa (móviles causalizados).

Pues bien, la aludida dirección sincrética de la causa viene a ser la razón jurídica del negocio y posee un doble significado.

Por una parte, en el aspecto objetivo, este elemento se evidencia como el propósito recíproco y común de los agentes de obtener el cumplimiento íntegro de los planes de prestación proyectados *ab initio*. Esta visión es válida para los contratos bilaterales, pero puede extenderse

(53) RIPERT, George - BOULANGER, Jean, *Tratado...*, cit., t. IV, vol. I, nros. 291 a 293, ps. 192 y 193; JOSSEERAND, Louis, *Derecho civil*, cit., ps. 103 y ss.; VIDELA ESCALADA, Federico, *La causa final...*, cit., p. 188, en especial; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Perrot, Buenos Aires, 1970, nro. 849 quater, ps. 101 y 102; PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 1, ps. 176 y ss.; SILVESTRE, Norma O. (dir.) - MARINO, Abel E. - MAGLIO, María Claudia - BURGOS, Débora - SILVESTRE, Norma O. (autores), *Obligaciones, La Ley*, Buenos Aires, 2016, ps. 85 y ss.; CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 1, ps. 90 y ss.; BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., ps. 109 y ss. y *La entrega de la cosa...*, cit., p. 66 y ss. —entre otros trabajos—; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos*, cit., ps. 224 a 226; GASTALDI, José María, *El contrato de concesión privada*, Astrea, Buenos Aires, 1974, ps. 120 y 121; MARTY, G. - RAYNAUD, P., *Droit Civil*, Sirey, París, 1962, t. II, vol. I, nro. 182, p. 165.

sin inconveniente a los contratos doblemente atributivos (onerosos). En resumidas cuentas, la causa es el intercambio mutuo de atribuciones patrimoniales.

En este aspecto, la finalidad es objetiva, al ser singular o común a las partes y en razón de que resulta uniforme y repetida en cada categoría de actos (calidad de abstracción) (54). En distinto sentido, las teorías objetivistas puras ponen énfasis en que la incidencia de la voluntad es irrelevante, por lo menos en el perfil de la causa, dado que lo válido es la función social, por caso, que el Derecho tutela. Asimismo, la causa es categórica debido a que cumple un rol tipificador. Y es jurídica pues el derecho la prevé y la disciplina.

Por lo demás —y esto es esencial para desterrar las deficiencias notorias del causalismo clásico—, la causa tiene un valor genético, pues se manifiesta en el momento de concertarse el negocio (causa estructural o institucional). Y también presenta un alcance funcional en tanto en cuanto el mutuo condicionamiento (*idea del cambio*) perdura durante toda la vida del negocio y recién se agota o consume al producirse la extinción de él (causa fundamento o legitimación). Esto último ha sido una gran conquista del neocausalismo que arranca con las ideas de Capitant, pues el causalismo clásico —como expuse *ut supra*— proponía un significado parcial de la causa, al no advertir que esta no es solo el obligarse, el crear un medio apto para obtener una ventaja, sino, a más de ello, el obtener la efectiva realización del resultado empírico y jurídico perseguido, que colme necesidades y satisfaga intereses.

Estas ideas se soportan en la medida de que las obligaciones (y su objeto: las prestaciones) o, en su caso, las ventajas, se encuentran en situación de correlatividad desde el principio hasta la conclusión del acto. En los contratos bilaterales, sobre todo, tal correlatividad obligatoria ya fue insinuada por Bártolo de Saxoferrato, Baldo y otros continuadores y luego recogida por los canonistas del medioevo. Aunque, conforme a algunas opiniones el distingo entre el sinalagma genético (*genetische abbängigkeit*) y el sinalagma funcional (*funktionelle abbängigkeit*) fue realizado a propósito de la venta por el jurista alemán Bechmann (55). Por mi lado, siempre he colocado el acento en la íntima y necesaria co-

(54) ROCA SASTRE, Ramón M. —con la colaboración de José Puig Brutau—, *Estudios de derecho privado*, cit., ps. 49 a 51. Estos autores aluden a la faz objetiva de la causa, en tanto que se repite (o es idéntica) en cada categoría (ibídem, p. 52).

(55) CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Civitas, Madrid, 1984, ps. 62 y ss.

rrelación que promedia entre la causa y los significados de sinalagma genético y funcional (56).

Cuadra notar que la finalidad inmediata se encuentra objetivada por su unidad y uniformidad (o abstracción). Pero esto no puede conducir a que se deje de lado la raíz psicológica o voluntarista de la causa. Ese tinte subjetivo puede apreciarse en el momento de concluirse el negocio (causa estructural o institucional) pues la idea que las partes se forman en derredor del equilibrio —en los contratos con prestaciones recíprocas o, genéricamente, con atribuciones recíprocas— no reclama una evaluación externa rigurosamente proporcional. Basta que la estimación personal, aun cuando revele cierta desigualdad, se ajuste a una categoría negocial nominada o innominada. A su vez, la incidencia psicologista se palpa en la causa funcional (causa fundamento o legitimación), dado que el mantenimiento de la relación asociativa depende del acreedor, circunstancia que no ha de excluir, por lógica, el control objetivo del intérprete.

Desde otra contemplación y en relación con los contratos onerosos, la causa en su aspecto subjetivo (finalidad concreta, propia o individual) está formada por los móviles o motivos determinantes de la voluntad jurídica. Tales móviles son extrínsecos a la figura, mudables en cada caso y hasta pueden ser varios (pluralismo) —a diferencia del riguroso unitarismo que se observa en la finalidad objetiva—.

Para que un móvil sea causalizado tiene que revestir carácter esencial, exteriorizarse y resultar común a las partes: *aceptado por ambas e incorporado al contenido o al objeto del negocio, inclusive, pese a que el móvil sea propuesto por una sola de dichas partes*. En tal sentido, se expuso que todo motivo determinante cuando es esencial “en el espíritu” de una parte, puede ingresar en el campo del contrato. Para ello es necesario determinar si las dos partes han admitido de manera expresa o tácita que el susodicho móvil ha sido “una condición” misma del negocio. Por ende, el mero conocimiento del móvil perseguido por una sola parte no es suficiente por sí solo para erigirse en causa. Es menester que el carácter determinante del aludido móvil y su eficacia jurídica sea conocido (o que no pueda ser ignorado) y que sea admitido como tal, aunque más no fuere que tácitamente, como elemento del contrato (57). Sobre el res-

(56) BUERES, Alberto J., “El pacto comisorio tácito y la mora del deudor”, LL 1980-A-843 a 846, notas nros. 9, 10, 11 y 21. Cfr. también, MELICH ORSINI, José, “La causa...”, ps. 37 y 38.

(57) ONMELAGHE, P., *Observations sur la theorie de la causa dans la jurisprudente e dans la doctrine moderne*, note su Cassation, 13/11/1969, R. C. J. B., 1970, nro. 18,

pecto, hace algunos años he señalado que Otto Lenel, para refutar la teoría de la presuposición de Windscheid —y la teoría de las bases de Oertmann—, ha puesto un ejemplo. El padre de la novia compra el ajuar de casamiento para la hija con la “presuposición”, conocida por el vendedor, de que el matrimonio se realice. Si este acto se frustra, Lenel dice que el adquirente no podría resolver el negocio. No es suficiente que la presuposición de una parte haya sido conocida o intuida por la otra. Tampoco el silencio o la falta de rechazo respecto de tal presuposición pueden interpretarse como actitud de asentimiento. Por tanto, la presuposición del padre es condición no desarrollada, simple móvil no causal (58).

En los negocios gratuitos la causa se nutre con el fin inmediato que sirve de elemento calificador (causa objetiva) y con el móvil causalizado, si existe, pues si no hay motivaciones de tal naturaleza la causa está dada por el *animus donandi* (59). Cabe afirmar que, aunque siempre se ha supuesto que los móviles causales tienen origen en la glosa y en las ideas de los canonistas, hay quien cree que su captación cabal como aspecto del fin habría tenido lugar en 1832, a raíz de la sentencia dictada por la Corte de Casación francesa, a la sazón presidida por el célebre Portalis, en el caso “Prendaries”, que ha sido ampliamente difundido y que puede ser materia de opiniones divergentes a efectos de declarar la inexistencia de causa, precisamente en las declaraciones de última voluntad (60).

10. La trascendencia instrumental de la causa final es muy amplia. Explico las notas salientes en lo que sigue.

— En el aspecto objetivo la causa es una herramienta eficaz para proteger la voluntad individual de las partes al posibilitar que se mantenga en pie el equilibrio —*querido*— de las prestaciones o atribuciones obligatorias y no obligatorias. En este orden de ideas la causa sirve de

ps. 355 y ss.; GHESTIN, Jacques, *Cause de l'engagement...*, cit., p. 133 y ps. 138 y 139, lugar en el cual el autor señala que estos requisitos reclamados para que el móvil sea causal hacen a la “seguridad jurídica”.

(58) BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., p. 133, texto y nota nro. 124. Para un estudio exhaustivo de los móviles: JOSSELAND, L., *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Teleología jurídica*. Porrúa, trad. Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr., México, 1946, ps. 22 y ss.

(59) Sobre la causa en las disposiciones de última voluntad y el juicio crítico a esa postura, BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., ps. 113 y ss. y la opinión de Roca Sastre y Puig Brutau para los actos *mortis causa*.

(60) CAPITANT, Henri, *De la causa...*, cit., ps. 472 y 173; BUSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1949, t. III, nros. 96 y 97, p- 127; CAZEUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, cit., p. 100.

fundamento a la resolución de los contratos por incumplimiento, a la excepción de contrato no cumplido, a las teorías de la imprevisión y de la lesión e, inclusive, ciertos autores extienden el criterio a la imposibilidad de pago (61).

— El negocio jurídico puede tener una causa objetiva ilícita. En los negocios atípicos puros el mérito sobre la licitud, moralidad, etc., del fin abstracto permitirá autorizar o descalificar la vigencia de los actos implicados. Y en los negocios con tipicidad legal —y hasta podría afirmar que social— la ilicitud puede entrañar un desvío o un abuso del fin típico (o para otros de la función), con independencia de que las circunstancias contrarias a derecho inficionen el objeto o materia del negocio (62).

— A su vez y siempre dentro del terreno de la finalidad objetiva, la causa es de suma utilidad para categorizar o tipificar los actos jurídicos, función esta que tiene una significativa función social. El Derecho protege circunstancialmente (atipicidad) o regula expresa o implícitamente (tipicidad) los actos cuyas finalidades son merecedoras de tutela. Por tanto, se descalificarán los fines intrascendentes, baladíes, comunitariamente indiferentes, que pueden someterse a la disciplina de otras reglas (p. ej. las morales), etc., al margen de aquellos fines inmorales a los cuales aludimos recientemente (63). El jurista no crea o admite categorías por pura recreación conceptual, El dato es recogido de la realidad que impone con fuerza avasallante el reconocimiento de las figuras con fuerza avasallante. En resumidas cuentas; las tipicidades legal y social y la atipicidad autorizada precisan el ámbito de la autonomía privada con un indudable sentido social. Betti dice que esto es tan cierto que en la tipicidad legal subentra otra más importante que es la tipicidad social (64).

— En cuanto a la causa en su faz subjetiva, también es un valioso elemento de defensa social, al permitir que se ponga coto a la voluntad autónoma de las partes toda vez que los móviles causalizados contradigan la regla moral (la moral jurídica).

(61) En torno a la causa y la imposibilidad de pago: SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del derecho civil*, trad. A. Luna Serrano, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 218; MELICH ORSINI, José, "La causa...", p. 38; ROCA SASTRE, Ramón M. — con la colaboración de José Puig Brutau—, *Estudios de derecho privado*, cit., ps. 55 y 56.

(62) SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales...*, cit., ps. 219 a 223; JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, cit., nros. 134 y 135, ps. 98 y ss.

(63) SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales...*, cit., ps. 216 y 217.

(64) BETTI, Emilio, *Teoría General...*, cit., nro. 53, ps. 153 y 154.

— El móvil no solo es un instrumento de defensa social, sino que cobra relieve en la protección de los intereses individuales. Por ejemplo, el error esencial y excusable (en el Cód. Civil de 1869) o reconocible en el Cód. Civ. y Com. de 2015 (para los actos onerosos). Por ejemplo, el susodicho error sobre los móviles causalizados, sin que en esto se agote la incidencia del error en relación con la causa, afecta el nacimiento del fin típico (al conmovir la voluntad).

— En los casos de causa errónea o ilícita la incidencia de los móviles se observa en el plano genético, pero en otros supuestos la percusión del motivo sobre el fin abstracto se produce en la etapa funcional.

— El cargo o modo es una obligación accesoria y de excepción que no tiene carácter de contraprestación. Esta modalidad (elemento accidental) acompaña, según mi parecer, a los actos de liberalidad y a las instituciones de heredero o legado, pues la obligación en la cual se encarna el cargo, como dije, no es contraprestación, equivalente o sacrificio. De donde, una donación, por caso, no pierde su carácter gratuito ante la presencia de un cargo. El asunto fue discutido durante la vigencia del Cód. Civil de 1869, pues el viejo art. 558 no prohibía, supuestamente, extender la modalidad a los actos onerosos. Al efecto, se ha citado la nota del Codificador puesta al pie de dicho texto, en la cual su menciona una definición de Mackeldey y unas ideas del autor en defensa de la onerosidad. En cualquier caso y más allá de que las notas del Código carecían y carecen de fuerza obligatoria, cuando hoy se aplica el citado cuerpo legal, lo cierto es que a pesar de los contornos difusos y de difícil aprehensión del cargo, la falta de correlato atributivo es decisiva para defender la tesis que emplaza el instituto dentro de los negocios de liberalidad (65).

Cuando el cargo es simple su incumplimiento por el deudor no autoriza al acreedor a solicitar la extinción del acto. Pero cuando se supeditó voluntariamente el cumplimiento de la obligación principal a la realización del cargo, este no es un simple motivo (determinación secundaria de la voluntad), sino que adquiere el carácter de móvil casualizado (p. ej., la revocación de una donación o la revocación *postmortem* de un legado por incumplimiento del cargo en supuesto de que la modalidad fue causa final de su establecimiento).

(65) CASTÁN TOBEÑAS, José, *El modo en los actos jurídicos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1921, p. 211; ROCA SASTRE, Ramón M. —con la colaboración de José Puig Brutau—, *Estudios de derecho privado*, cit., p. 78 —con mención de Oertmann—; Díez-PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, cit., t. I, p. 540; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. II, nro. 1114; BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., ps. 124 y ss.

— También las deficiencias causales en la etapa funcional se trasantan en los casos de la Coronación originados en la jurisprudencia británica.

Sucede que a los efectos de presenciar la coronación de Eduardo VII fueron alquiladas habitaciones con balcones en el lugar donde el acontecimiento tendría lugar el 26 de Julio de 1902. El desfile se suspendió por enfermedad del rey.

En el caso “Chandler vs. Webster” resuelto por la Court of Appel en 1903, el actor demandó la devolución de cien libras pagadas a cuenta de mayor cantidad. La Corte desestimó la pretensión e hizo lugar a la contrapretensión por el cobro total del precio, pues dijo que el contrato se había perfeccionado antes del evento frustratorio. Por ende, el derecho a percibir de manera íntegra el precio había nacido al concertarse la operación.

Pero en otro caso (“Krell vs. Henry”), decidido por la propia Corte en el mismo año, la solución fue diferente. Una persona alquiló a otra el 20 de junio un cuarto con balcón a cambio del pago de setenta y cinco libras. El locatario debía abonar veinticinco libras al contado y el saldo restante (cincuenta libras) el 24 de junio. El uso del ámbito físico se concretaría entre el 25 y 26 de junio. El actor reclamó el cobro del saldo de precio (cincuenta libras) y el demandado (inquilino) reconvino por la devolución de las veinticinco libras ya entregadas. El juez de primer grado estimó la reconvención y la sentencia quedó consolidada, en última instancia, por decisión coincidente del Tribunal Superior. Entre otras razones, se adujo que el paso del desfile por el lugar era *fundamento* del negocio.

A mi modo de ver, los sucesos reseñados no constituyen un simple caso de extinción del fin abstracto u objetivo (intercambio del uso de las habitaciones y del canon locativo, con una cierta dosis de subjetivismo autorizado, como acontece en el incumplimiento de contrato que autoriza la resolución de este).

En los supuestos de la Coronación, la realización del fin típico está unida a la observancia de un suceso que fue considerado móvil o motivo causalizado (que el desfile tuviera lugar). Este motivo, de no encontrarse en la representación mental de las partes, no hubiera sido considerado por la ley, objetivamente, con miras a permitir al perjudicado desligarse del negocio. Esto demuestra que el móvil no solo acciona en la faz genética del negocio (causa errónea o causa ilícita), sino que tiene incidencia en la etapa funcional, en la medida en que, de forma inseparable

de la finalidad típica u objetiva, permite concluir en que esta no se ha actuado (66).

11. El anticausalismo de Planiol —y otros— ha parecido que tuvo un muy tibio renacer en el derecho europeo en los últimos años. El BGB, el Código neerlandés, los Principios de Unidroit, el Proyecto Lando y el Anteproyecto de Código Europeo del Grupo de Pavía, omiten el tratamiento de la causa (aunque el BGB aplica algunas soluciones equivalentes a las *condictio*, por ejemplo, en el caso de causa ilícita) (67). En realidad, estas simplificaciones no parecen negar la existencia de la causa, sino que tienen el propósito de unificar legislaciones que poseen tradiciones diferentes. De ahí que se entienda que la causa fin sigue siendo un pilar fundamental en el sistema como elemento esencial autónomo del acto jurídico (68).

12. El Cód. Civ. y Com. de 2015 ha consagrado la causa final como elemento esencial autónomo y adoptó el sistema sincrético (o dualista) que siempre defendí.

El art. 281 establece 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”. De la propia redacción del precepto queda muy claro que la causa posee un fin inmediato (unitario, típico y abstracto) y que pueden completarla, si existen, los móviles causalizados, cuyos recaudos, para ser reputados tales y no simples motivos intrascendentes, enuncié *ut supra*, apart. 9.

El texto proyectado fue enviado por el grupo de trabajo que se ocupó de los hechos y actos jurídicos, integrado por el Dr. José Tobías y por mí —con la importante colaboración de Jorge A. Mayo— a la Comisión designada por el Poder Ejecutivo; y esta lo devolvió con algunas variantes que el grupo de trabajo no consideró convincentes. Por tal razón, dicho grupo insistió en la redacción del texto proyectada en origen que, a la postre, fue aceptada por la Comisión y consagrada ley vigente (dentro del Código). En el intercambio de documentos alguien deslizó un error consistente en la inclusión de una coma luego de la palabra “expresa” (última parte del texto), que fue advertida por el grupo de trabajo pero

(66) BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., ps. 131 y 132.

(67) GHESTIN, Jacques, *Cause de l'engagement...*, cit., p. 27.

(68) GHESTIN, Jacques, *Cause de l'engagement...*, cit., ps. 2, 6 y 7 y 55.

que no pudo corregirse puesto que el Poder Ejecutivo exigió la entrega inmediata del Proyecto —en las circunstancias narradas—.

Comoquiera que sea, la coma mencionada está demás y trastrueca el sentido de la propuesta, pues la esencialidad de los móviles para que estos sean causalizados se reclama siempre, sin distinguir de que los móviles hayan sido incorporados al acto expresa o tácitamente —ver la redacción del art. 953 bis del Proyecto de Código Único de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación, fuente del nuevo art. 281— (69).

Por otro lado, la celeridad con la cual debió ser elevado el Proyecto al Poder Ejecutivo, impidió al grupo de trabajo un intercambio de ideas con los redactores de la causa de los contratos, solicitado para unificar criterios, por ejemplo, en la redacción de los arts. 282 y 1013 y en la falta de inclusión de un texto similar al del art. 1014 a continuación del art. 283 (el art. 282 concierne a la presunción de causa y a la causa de la simulación —sin mención explícita, por lo menos en el precepto, de la causa errónea—) (70).

13. En definitiva, el significado de causa incluido en el Cód. Civ. y Com. de 2015, es válido para formar parte de la estructura de toda clase de actos jurídicos.

En esta inteligencia la causa no puede ser confundida con ninguno de los restantes elementos esenciales del negocio. Por cierto que, si se apunta a la faz inmediata o típica, la causa se distingue de la voluntad jurídica, pues esta se evidencia y agota al constituirse el acto, mientras que la causa, bajo una óptica funcional, permanece inalterada durante toda la etapa de producción de efectos del negocio. Desde otra perspectiva, la causa en su faz concreta está constituida por los móviles causalizados, aunque estos no sean imprescindibles para la conformación del acto; pueden estar presentes o no estarlo. Esta característica posibilita diferenciar la causa del objeto, pues este pertenece invariablemente a la estructura del negocio *quoad constitutionem*.

(69) TOBIÁS, José W., *Tratado de derecho civil. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, ps. 452 y 453, en especial.

(70) Sobre el punto: COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, H., en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 2-A, ps. 43 y 44.

LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

POR ALEJANDRO BORDA

I. INTRODUCCIÓN

Es un verdadero honor haber sido invitado a participar en este libro de homenaje al querido Jorge H. Alterini, cuya muerte nos sorprendiera dolorosamente.

He tenido la suerte y el privilegio de compartir con Jorge once años de trabajo en La Ley mientras el prestigiaba con su dirección el diario y a mí me tocaba dirigir otra publicación de la editorial. Atesoro en mi interior tantas conversaciones que tuvimos, tantas enseñanzas recibidas.

Pero hay un hecho que he agradecido siempre, que quiero resaltar ahora y que exhibe su generosidad. Hace más de treinta años tuve la fortuna de obtener el Premio Jorge Joaquín Llambías que otorgaba el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Y Jorge viajó a Santa Fe simplemente para acompañarme y dar la conferencia que engalanó ese acto académico. Jamás lo olvidaré, jamás olvidaré lo que significó para mí su presencia en tan emotiva ocasión.

Por ello, y por tantas otras cosas, ¡muchas gracias, querido Jorge!

II. CUESTIONES PRELIMINARES

El Cód. Civ. y Com. argentino ha procurado sistematizar las reglas de interpretación de los contratos en el Capítulo 10 (*Interpretación*) del Título II (*Contratos en general*) del Libro Tercero (*Derechos personales*), re-

saltando la importancia del principio general de la buena fe recogido en el Cód. Civil derogado, sobre todo a partir de la reforma de la ley 17.711, apartándose de alguna manera —como hemos de ver— de las reglas sentadas en el abrogado Cód. Com., y tomando en buena medida los Principios Unidroit.

Pero la interpretación de los contratos no se agota en el Capítulo mencionado pues este solamente trata los contratos paritarios o discrecionales y ellos no son los únicos.

En efecto, el propio Código regula los contratos conexos (Libro Tercero, Título II, Capítulo 10), los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (Libro Tercero, Título II, Capítulo 3, Sección 2ª) y los contratos de consumo (Libro Tercero, Título III) y en todos ellos se plasman normas de interpretación propias (arts. 986, 987, 988, 1074, 1094, 1095, 1119 y 1121). Sin embargo, pensamos que las reglas de interpretación de los contratos paritarios son también aplicables a estos contratos —conexos, por adhesión a cláusulas generales predispuestas y de consumo— a menos que existan específicas normas interpretativas propias o aquellas agraven la situación o acarreen perjuicios para el adherente o para el consumidor.

Por ello, hemos de desarrollar en este trabajo las diferentes reglas de interpretación teniendo en cuenta los diferentes tipos contractuales previstos, haciendo especial hincapié en las reglas establecidas para los contratos paritarios que, como hemos dicho, pueden aplicarse a los demás contratos en las condiciones ya señaladas.

Sentado lo expuesto precedentemente, debemos señalar que las reglas de interpretación constituyen un sistema de normas obligatorias e imperativas que gobiernan el contrato, considerado en su totalidad (1). Ahora bien, considerar en su totalidad el contrato celebrado significa que no solo se lo debe interpretar, sino que también deben interpretarse todas las normas (convalidantes, supletorias o rectificatorias) que sean aplicables a ese mismo contrato (2).

Las reglas tienen particular importancia para los jueces (o en su caso, para el árbitro), quienes tendrán la responsabilidad de resolver el

(1) Conf. ALEGRIA, Héctor, *La interpretación de los contratos en el derecho argentino*, en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Grijley - Universidad Externado - Rubinzal-Culzoni, Lima, 2007, t. I, p. 75.

(2) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Reflexiones sobre la interpretación de los contratos*, en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Grijley - Universidad Externado - Rubinzal-Culzoni, Lima, 2007, t. I, p. 207.

conflicto planteado, conforme a ellas. Pero también estas reglas tienen como destinatario a las mismas partes contratantes y a los terceros que puedan ser beneficiados por el contrato y a aquellos otros a los cuales el contrato les impone una obligación.

Mucho se ha discutido durante la vigencia del derogado Cód. Com. sobre si estas reglas debían ser usadas en un orden determinado o no (3). Afirma Lorenzetti que el Código vigente se inclina por establecer que la fuente de interpretación en los contratos paritarios es el significado de las palabras, y que subsidiariamente (4) —y solo para el caso de duda, art. 1065, Cód. Civ. y Com.— puede recurrirse a las circunstancias, conductas y finalidad del contrato, excepto que las partes hayan pactado expresamente que la única fuente es la literalidad de sus palabras (art. 1062, Cód. Civ. y Com.). Por ello, si lo escrito es simplemente contradicho por otras fuentes (como los comportamientos posteriores), debe darse prioridad a lo escrito (5).

Por nuestra parte pensamos que, aunque el art. 1065 del Cód. Civ. y Com. impone un cierto orden, antes es necesario recurrir al art. 1061 que obliga a interpretar el contrato conforme la intención común de las partes y al principio de la buena fe (6), constituyéndose así en regla prioritaria de interpretación. Sin perjuicio de lo señalado, entendemos que lo fundamental es que se respete el orden lógico de las tareas a cumplir; es decir, primero debe darse la interpretación, escudriñando la voluntad común de las partes, y segundo, si fuere menester, procederse a la integración (7).

(3) Así, Gagliardo afirma que entre unos y otros preceptos sobre interpretación de los contratos no existe jerarquía ni subordinación (GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación en el Código Civil y Comercial*, Zavallía, Buenos Aires, 2018, p. 110).

(4) Lo que implica haber dejado de lado (i) la regla de la prioridad absoluta (solo debe interpretarse lo escrito), (ii) la regla de igualdad (se debe tomar en cuenta tanto lo escrito como las conductas), y (iii) la regla de subsidiariedad inversa (se debe considerar lo que ha sido común intención de las partes, antes que la literalidad de lo manifestado).

(5) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., “La interpretación de los contratos”, *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015* (febrero), p. 191, tercera parte, punto 1, LL. Cita online: AR/DOC/237/2015.

(6) Conf. VÍTOLO, Daniel R., *Manual de contratos*, Estudio, Buenos Aires, 2017, t. 1, p. 118.

(7) Así lo sostenía Nicolau mientras rigió el Código de Comercio derogado, y creemos que —con algunas aclaraciones— la idea puede mantenerse (véase NICOLAU, Noemí L., *Interpretación y elaboración de normas en materia contractual, con especial referencia al derecho argentino*, en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Grijley - Universidad Externado - Rubinzal-Culzoni, Lima, 2007, t. I, p. 356).

Finalmente, no deberá olvidarse que muchos contratos nominados tienen sus propias reglas de interpretación particular, que claramente prevalecen sobre las reglas generales, como ocurre con el contrato de franquicia cuando el Cód. Civ. y Com. define a los fines de la interpretación contractual lo que se considera franquicia mayorista, franquicia de desarrollo y sistema de negocio (art. 1513), o cuando establece que la aceptación de la donación es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones (art. 1545).

III. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE

Sin duda, la primera regla que debemos tener en cuenta (8), el criterio rector en materia de interpretación de los contratos, sean paritarios o no, es el principio general de la buena fe, al que deben subordinarse todas las demás reglas interpretativas (9). Pero, ¿en qué consiste este principio?, ¿qué es la buena fe?

La “buena fe” es un concepto de difícil definición y aprehensión (10), que no puede ser simplistamente definido como el comportamiento opuesto al de mala fe o a procedereshonestos o desleales (11). Por ello, parece conveniente comenzar por distinguir entre las llamadas buena fe subjetiva y buena fe objetiva.

La primera, también llamada buena fe en sentido psicológico o buena fe creencia, consiste en la creencia nacida de un error excusable, de que su conducta no va contra derecho (12). Este concepto engloba, en verdad, un doble campo de acción: en primer lugar, consiste en creer que no se está dañando un interés ajeno tutelado por el derecho o, al menos, en

(8) Conf. MUGUILLO, Roberto A., *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 2016, nro. 60.

(9) Conf. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1974, vol. II, nro. 270.

(10) Conf. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1963, p. 134; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V, p. 616.

(11) Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación del contrato. Sentido y alcance*, en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Grijley - Universidad Externado - Rubinzal-Culzoni, Lima, 2007, t. I, p. 34.

(12) Conf. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *La doctrina de los propios actos...*, cit., p. 135.

ignorar que se estaba provocando tal daño —v.gr., la posesión de buena fe—; en segundo lugar, consiste en la creencia o error de una persona con la que otro sujeto, que se beneficia, se relaciona (como, p. ej., el pago de lo que no se debe) (13).

La segunda, llamada también buena fe en sentido ético o buena fe lealtad, consiste en la creencia y confianza que tiene un sujeto en que una declaración surtirá en un caso concreto los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales (14). Es decir, son las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico, que llevan a creer en la palabra empeñada y en que el acto se concierta lealmente (15), obrando con rectitud (16).

Sentado lo precedentemente expuesto, puede sostenerse que el principio general de la buena fe, en el ámbito contractual, tiene en cuenta primordialmente a la buena fe objetiva (17), constituyéndose en una norma jurídica que impone a las personas el deber de comportarse lealmente en el tráfico jurídico, ajustando el comportamiento al arquetipo de conducta social reclamada por la idea ética vigente (18). Importa, además, exigir a los sujetos que asuman una actitud positiva de cooperación y de despertar confianza en las propias declaraciones (19), manteniendo la palabra empeñada (20). Y como consecuencia de ello, opera como límite al ejercicio de los derechos subjetivos (21). Por lo tanto, el principio de la

(13) Conf. DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1965, nro. 9.

(14) Conf. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 14ª ed. actualizada por Guillermo Julio Borda, La Ley, Buenos Aires, t. II, nro. 897.

(15) Conf. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 19ª ed. actualizada por Patricio Raffo Benegas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. II, nro. 1522.

(16) Conf. MINOPRIO, César C., “El boleto de compraventa, el ejercicio abusivo del derecho y la prohibición de ir en contra de los propios actos”, *Revista del Notariado*, nro. 742, p. 1257; ROMERO COLOMA, Aurelia M., “Problemática de la buena fe en el ordenamiento jurídico”, *Revista Tapia* (España), nro. 54, p. 73.

(17) Conf. HERSALIS, Marcelo J., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3C, p. 297.

(18) Conf. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *La doctrina de los propios actos...*, cit., p. 139.

(19) Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, “La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad”, LL 1985-A-1001.

(20) Conf. MORELLO, Augusto M. - STIGLITZ, Rubén S., “La doctrina del propio acto”, LL 1984-A-865.

(21) Conf. ROMERO COLOMA, Aurelia M., “Problemática...”, cit., p. 73.

buena fe significa que el acreedor no debe pretender más que lo que es debido, conforme a la honesta inteligencia de las cláusulas contractuales y habida cuenta de la finalidad de ellas (22).

Asimismo, como la buena fe implica ajustarse a lo convenido en el contrato, ello incluye no solo el cumplimiento fiel de lo pactado sino también de los deberes accesorios de conducta, tales como los de información, cooperación, diligencia, seguridad y garantía, que se fundan en deberes de convivencia y solidaridad social, que van más allá de lo expresamente pactado (23), pero que impiden toda acción u omisión que pueda dañar al otro contratante, con fundamento en el art. 19 de la CN.

Este principio de la buena fe ha sido destacado por el Cód. Civ. y Com. en diferentes partes. En efecto, el Título Preliminar lo recepta en su art. 9º (*los derechos deben ser ejercidos de buena fe*) con una clara intención de que gobierne todas las relaciones jurídicas, sin excepción alguna. A su vez, en las Disposiciones Generales del Título dedicado a los Contratos en general, el art. 961 dispone con singular importancia que *los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe*, y que *obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*. Finalmente, el art. 1061, ya en el Capítulo dedicado a la interpretación, establece que *el contrato debe interpretarse conforme... al principio de la buena fe*.

La idea resulta clara: se está pensando en un comportamiento leal, sincero, ético, sin reservas y confiado en la palabra empeñada (24), que en definitiva tiende a proteger a ambos contratantes, a quien recibe la declaración contra la posibilidad de que el declarante alegue que quiso algo distinto de lo que expresó, y a este último contra la posibilidad de que aquel sostenga que entendió lo manifestado en un sentido diferente de lo que es su significado propio. Reiterando algo ya dicho: el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso

(22) Conf. ANDORNO, Luis O., "La interpretación de los negocios jurídicos en la República Argentina", en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Grijley - Universidad Externado - Rubinzal-Culzoni, Lima, 2007, t. I, p. 409.

(23) Conf. ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura, *Evolución de los principios de interpretación de los contratos, con especial referencia a la República Argentina*, en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Grijley - Universidad Externado - Rubinzal-Culzoni, Lima, 2007, t. I, p. 299.

(24) Conf. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. II, nro. 1522; CN-Com., sala A, 30/9/2004, "Efel SA c. Lator SAMCIFYF y otro s/ordinario", ED 204-327.

concreto, los mismos efectos que normalmente ha producido en casos iguales.

En definitiva, interpretar un contrato de buena fe significa interpretarlo teniendo en cuenta que los contratantes han debido comportarse frente al otro lealmente, de manera sincera y sin reservas, descartando hacer uso de las facultades obtenidas con un innecesario rigor que pueda provocar un daño injusto a la contraparte (25). La interpretación de buena fe no puede agotarse en el contrato, sino que debe extenderse al tiempo anterior a su celebración, a las negociaciones previas (art. 991, Cód. Civ. y Com.), y hacia el futuro, pues no solo deberá tener en cuenta lo expresamente pactado sino también las consecuencias que pueden considerarse comprendidas en lo convenido, siempre que se esté en el marco de un contratante previsor y cuidadoso.

El valor del principio general de la buena fe es tan importante (26) que, como se verá, constituye el fundamento de una gran cantidad de reglas interpretativas.

IV. LA INTENCIÓN COMÚN

El art. 1061 del Cód. Civ. y Com. establece que *el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes*.

Hemos dicho antes que la intención común unida al principio de la buena fe constituye la regla prioritaria de interpretación de los contratos (parág. II). La intención común de las partes presume la libertad contractual, es decir, la facultad que ellas tienen de determinar el contenido del contrato. Pero la norma hace algo más: pone de relieve la importancia de desentrañar esa intención común, que es más que la intención individual de cada contratante. Es importante, entonces, interpretar el contrato de acuerdo con la intención común de los contratantes, esto es, la común intención de obligarse y de adquirir derechos, y no la intención

(25) Conf. VÍTOLO, Daniel R., *Contratos comerciales*, 1ª reimp., Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 137.

(26) No está de más señalar que el Proyecto de Código Europeo de los Contratos, de la Academia de Pavía, dispone que *en cualquier caso, la interpretación del contrato no debe llevar a un resultado que sea contrario a la buena fe o al sentido común* (art. 39.4), y que los Principios de Derecho Europeo de los Contratos elaborados por la Comisión Landö prevén que *para interpretar el contrato se atenderá en especial a lo siguiente:...* g) *las exigencias de la buena fe* (art. 5:102).

individual de cada contratante o su particular finalidad personal (27). La idea de una intención común es de gran valor, pues implica que esa intención es diferente de la intención individual de cada contratante. Es la intención resultante de la negociación, que va más allá de la finalidad individual perseguida. Como se ha dicho, las partes perfeccionan su consentimiento confiando cada una en lo exteriorizado por la otra, y no en su voluntad interna, que puede ser distinta (28).

Cuando se hace referencia a la intención común se apunta no solo a la intención de obligarse y de adquirir derechos, esto es, sus objetivos y fines, sino también a los fines y la economía del contrato, lo que implica ponerse por encima del interés de cada una de las partes, procurando que todas las cláusulas tengan significado (29).

La idea de la intención común también ha sido recogida por el Cód. Civil francés, en su reciente reforma, al disponer que *el contrato se interpreta según la común intención de las partes antes que según el sentido literal de sus términos* (art. 1188, según ordenanza 2016-131) y por los Principios Unidroit. Estos últimos establecen que: a) el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. Si esa intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes (art. 4.1.); b) las declaraciones y demás actos de cada una de las partes se interpretarán conforme su intención, siempre que la otra la haya conocido o no la haya podido ignorar (art. 4.2.1.). Si esta última no conoció o pudo ignorar la intención de la primera, aquellas declaraciones y actos deberán interpretarse conforme el significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte (art. 4.2.2.). El estándar de la persona razonable apunta a un esperado entendimiento usual en personas de la misma condición, es decir, con los mismos conocimientos y experiencia técnica o en los negocios (30).

Es interesante remarcar que los Principios de Derecho Europeo de los Contratos —elaborados por la Comisión Landö— han señalado que “los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes, *incluso cuando dicha interpretación no coincida con el tenor literal*

(27) Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 310.

(28) NICOLAU, Noemí L., *Interpretación y elaboración...*, cit., t. I, p. 367.

(29) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Reflexiones...*, cit., t. I, p. 222.

(30) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Reflexiones...*, cit., t. I, p. 271.

de las palabras utilizadas" (art. 5º:101) (el destacado es nuestro). Acorde con esta norma, Vítole afirma que para desentrañar la intención común habrá que recurrir a las circunstancias y al contexto en que se celebró el contrato y a los comportamientos de las partes (31). El Cód. Civ. y Com. parece seguir este lineamiento desde que la primera pauta interpretativa es justamente esta, la de la intención común. Por ello, entendemos que la intención común de las partes prevalece sobre la literalidad de los términos (32) y para su búsqueda deberán emplearse las demás reglas legales (33). Por su parte, el Cód. Civil francés, en su reciente reforma, revaloriza aún más la regla de la intención común cuando establece que si ella no puede ser detectada, el contrato debe interpretarse según el sentido que le daría una persona razonable ubicada en la misma situación (art. 1188, párr. 2º, según ordenanza 2016-131).

Debe señalarse, para concluir, que esta búsqueda de desentrañar la intención común de las partes debe ser cuidadosa de no perjudicar a los terceros, quienes podrían verse afectados por manifestaciones culposas de los contratantes (34). Asimismo, no es un elemento a considerar en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas ni en los contratos de consumo (art. 1062, párr. final, Cód. Civ. y Com.), pues en ellos hay una parte que impone las condiciones al redactar todas las cláusulas (35).

V. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

El art. 1062, primera parte, del Cód. Civ. y Com., prevé que *cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad.*

(31) Conf. VÍTOLE, Daniel R., *Contratos comerciales*, cit., t. 1, p. 119.

(32) Conf. HERSALIS, Marcelo J., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. 3C, p. 296.

(33) Conf. NICOLAU, Noemí L., en NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 269.

(34) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis - MOISÁ, Benjamín, *La interpretación de los contratos en la República Argentina*, en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Grijley - Universidad Externado - Rubinzal-Culzoni, Lima, 2007, t. I, p. 328.

(35) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., "La interpretación de los contratos", cit., p. 191, tercera parte, punto 2.

Es lo que se ha dado en llamar “interpretación auténtica”, que incluye no solo la hipótesis de que la ley haya dado a los términos un significado determinado, sino también a las definiciones que las partes hayan establecido de ellos. De esta forma, se aclara la terminología que pueda generar dudas (36).

Normalmente, esta interpretación se fija en el propio contrato, mediante una suerte de diccionario que enuncia ciertos términos que las partes juzgan relevantes y le atribuyen un significado determinado; sin embargo, no existe problema en que ella se asiente en uno nuevo. Pero, en este caso, el nuevo contrato no puede afectar los derechos adquiridos por los terceros como consecuencia del primero (37).

Es importante señalar que cuando las partes o la ley imponen una interpretación restrictiva, tal como dispone la norma que estamos analizando, la literalidad de los términos *prevalece* sobre la regla de la intención común del art. 1061 del Cód. Civ. y Com. (38).

Asimismo, es importante poner de relieve que cuando la ley obliga a que el contrato sea celebrado en una forma determinada, ello no significa que las partes deban usar esa forma para convenir y determinar el sentido que dan a las palabras usadas en el contrato (39).

Por último, también debe destacarse que la primera parte del art. 1062 no es aplicable a las obligaciones del predisponente en los contratos por adhesión ni a las del proveedor en los contratos de consumo (art. 1062, 2ª parte, Cód. Civ. y Com.); ello en consideración a la protección que debe darse a adherentes y consumidores.

VI. LA INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

El Cód. Civ. y Com., luego de afirmar que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común y al principio de la buena fe (art. 1061) —y dejando de lado lo dicho precedentemente respecto de la interpretación restrictiva—, dispone que habrá que estar al significado de las palabras interpretado contextualmente (arg. art. 1065). Como se

(36) Conf. GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación...*, cit., p. 127.

(37) Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, Víctor P. de Zavallía, Buenos Aires, 1971, nro. 25. V. 1. c); COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992, nro. 124.

(38) Conf. VÍTOLO, Daniel R., *Contratos comerciales*, cit., t. 1, p. 119.

(39) Conf. GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación...*, cit., p. 128.

advierte, se valoriza el significado que tienen las palabras (lo que veremos seguidamente) dentro del contexto contractual (que abordaremos en el parágrafo siguiente).

Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general (art. 1063, párr. 1º, parte 1ª, Cód. Civ. y Com.); esto es, que el significado común de las palabras prevalece sobre el sentido técnico (40). Este punto hace una aplicación expresa de la lealtad, que —como hemos recordado antes— es un concepto integrante del principio general de la buena fe. El hombre medio usa las palabras en sentido común y no técnico, incluso —a veces— de manera impropia, aunque conforme con un uso vulgar, y no es posible que las diferencias culturales o de poder negociador sean reafirmadas mediante la prevalencia del sentido técnico en desmedro del débil jurídico. Es esencial hablar claro; quien no lo hace debe cargar con las consecuencias.

Por ello, por el valor que tienen las palabras usadas, es que cuando el convenio es claro y preciso no puede ser modificado por interpretaciones sobre la base del espíritu de las cláusulas, intención presunta de las partes o las finalidades perseguidas, pues las palabras se corresponden en sí mismas con la realidad que designan y, además, por regla general, traducen con fidelidad el pensamiento (41). Quien pretenda que la voluntad contractual difiere de la que surge claramente del contrato o que los términos usados tienen un significado distinto del que se desprende de su acepción común, debe producir una prueba harto contundente; de lo contrario, debe prevalecer la interpretación conforme a la claridad aludida.

Pero, desde luego, si el contrato se refiriera a un tema científico, artístico o técnico y ambas partes fueran idóneas en él, deberá entenderse que las palabras usadas han sido tomadas en el sentido propio con que se

(40) Conf. ZAGO, Jorge A., en obra colectiva de TRIGO REPRESAS - STIGLITZ (dirs.), *Contratos. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, p. 106; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El negocio jurídico*, cit., nro. 122 b). Los Principios Unidroit hacen una aclaración importante teniendo en cuenta lo que pretenden regular: lo que debe considerarse es el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial (art. 4.3.).

(41) CNCom., sala B, 30/12/1997, "Motta, Alfredo c. Abraxas Construcciones SRL", LL 1998-F-283. En igual sentido: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. V, p. 618. El Código Civil francés, luego de la reforma de la ordenanza 2016-131, establece que *no se pueden interpretar las cláusulas claras y precisas a riesgo de su desnaturalización* (art. 1192).

las utiliza en esa especialidad (42); lo mismo sucede cuando la propia ley, el acuerdo de las partes (43) o los usos y prácticas del lugar de celebración si fuesen conocidos (44), atribuyen a las palabras un significado específico (art. 1063, párr. 1º, parte 2ª, Cód. Civ. y Com.).

La regla de dar a las palabras el sentido que le da el uso general se aplica a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta (art. 1063, párr. final, Cód. Civ. y Com.). Los gestos tienen muchas veces un significado claro, lo que se advierte particularmente en los contratos de consumo, pero también en otros como los que se hacen en las subastas para formular una postura.

Una cuestión particular pero interesante, está dada por el uso de palabras o expresiones específicas, seguidas por palabras o expresiones genéricas. Esta expresión o palabra genérica no puede ser interpretada en sentido amplio sino acotada a la palabra o expresión específica que la precede. Así, ha dicho Nicolau que si en un contrato de seguro, el riesgo cubierto es el incendio o naufragio de una nave u otro peligro, este “otro peligro” solo puede ser entendido como un riesgo relativo a la navegación (45).

Para terminar, cabe preguntarse qué sucede cuando las partes discrepan con el significado que cabe atribuir a las palabras en contratos redactados en diversos ejemplares y en distintos idiomas. En este supuesto, si las partes no han dado prioridad a un idioma en particular, dando autenticidad a todas las versiones, parece razonable presumir que, en caso de discrepancia, las partes quieren ser leídas en la lengua en que se hizo la primera redacción (conf. art. 4.7, Principios Unidroit).

(42) Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit., p. 308; LORENZETTI, Ricardo L., “La interpretación de los contratos”, cit., p. 191, cuarta parte, punto 2; NICOLAU, Noemí L., en NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 270.

(43) Conf. ALTERINI, Atilio A., *Contratos. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 415.

(44) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. V, p. 619.

(45) NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., t. I, p. 374.

VII. LA INTERPRETACIÓN CONTEXTUAL O SISTEMÁTICA

Hemos visto en el párrafo anterior que el significado que tienen las palabras debe ser interpretado dentro del contexto contractual. Por lo tanto, la interpretación debe ser contextual o sistemática.

Las cláusulas contractuales no pueden ser interpretadas aisladamente sino *unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto* (art. 1064, Cód. Civ. y Com.). La solución es absolutamente lógica pues el contrato es un todo inescindible e indivisible. No es una sumatoria de cláusulas sino un conjunto orgánico y coherente, en el que cabe atribuir a esas cláusulas el sentido que surja del conjunto (46). Además, son las mismas personas que se obligaron, por lo que resulta absurdo pensar que se pueda separar cada idea, toda vez que las cláusulas están encadenadas unas con otras. La pretensión de hacer prevalecer una palabra o frase aislada, que no guarda coherencia con el resto del contrato, altera su sentido y espíritu que es uno solo (47), y constituye una clara arbitrariedad (48), violatoria a su vez del principio general de la buena fe. Las partes no pueden ampararse en cláusulas que las favorecen y desechar las perjudiciales (49).

Es necesario añadir que cada cláusula arrancada del conjunto y tomada en sí misma puede tener un significado inexacto; solamente la correlación de cada una con las otras y teniendo en cuenta la luz que proyectan armónicamente permite desentrañar el significado efectivo de cada una y de todas tomadas en conjunto.

En esta línea, los Principios Unidroit disponen que los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto (art. 4.4.). Por su parte, el Cód. Civil francés, en su reciente modificación, establece que todas las cláusulas de un contrato se interpretan las unas por medio de las otras, dando a cada una el sentido que respete la coherencia del acto todo entero (art. 1189, párr. 1º, según ordenanza 2016-131).

(46) Conf. MUGUILLO, Roberto A., *Contratos civiles y comerciales...*, cit., nro. 61.

(47) Conf. ZAGO, Jorge A., en obra colectiva de TRIGO REPRESAS - STIGLITZ (dirs.), *Contratos...*, cit., p. 107.

(48) Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit., p. 309; GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación...*, cit., p. 138.

(49) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis - MOISÁ, Benjamín, *La interpretación...*, cit., t. I, p. 335.

Debe señalarse, sin embargo, que esta interpretación sistemática no es aplicable a los contratos con cláusulas predisuestas, porque el grueso de contrato, al estar prerredactado, responde al querer de uno solo de los contratantes. Por ello, en estos casos prevalece la cláusula especial sobre lo predispuesto. Cabe recordar que el art. 987 del Cód. Civ. y Com. establece que *las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente*.

VIII. EL PRINCIPIO DE LA CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO

El art. 1066 del Cód. Civ. y Com. dispone que, *si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto* (50). Y añade que, *si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato*.

Resulta absurdo pensar que las partes han celebrado un negocio jurídico tendiente a que no produzca efectos (51), como resultaría de la nulidad posible. Lo razonable es que han querido producir efectos jurídicos, y de allí la validez que debe presumirse. Lo mismo cabe decir de ciertas cláusulas convenidas; sería un sin sentido pensar que han sido pactadas para no darle valor alguno.

No está de más señalar que en esta misma dirección se inscriben los Principios Unidroit en cuanto disponen que las cláusulas de un contrato se interpretarán en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas (art. 4.5).

Nuestra norma (art. 1066, *in fine*) avanza también en otra dirección: si hay varias interpretaciones posibles (como se ve, no se plantea una hipótesis de ineficacia), lo que puede resultar de la ambigüedad o de la

(50) En la misma línea, el Cód. Civil francés dispone que *cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, aquella que le confiere un efecto prevalece sobre aquella que no le hace producir ninguno* (art. 1191, según ordenanza 2016-131).

(51) Gráficamente Aráuz Castex afirma que no debe suponerse que los agentes quisieron actuar inútilmente (ARÁUZ CASTEX, Manuel, *Derecho civil. Parte general*, Empresa Tecnicojurídica Argentina, Buenos Aires, 1965, t. II, nro. nro. 1325; en igual sentido: SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil...*, cit., vol. II, nro. 271; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit., p. 312; GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación...*, cit., p. 146).

contradicción de diferentes cláusulas, deberá preferirse aquella que se adecue mejor al objeto contractual (52).

IX. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

El artículo 1065 de nuestro Código establece que *cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se debe tomar en consideración: a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares.*

Una primera cuestión que debe destacarse es que las reglas de interpretación que analizaremos en este parágrafo y en los dos siguientes, son de aplicación en los casos en que fracase el intento de interpretar el contrato conforme a las pautas gramatical y sistemática (53) (como ocurriría en el caso que una misma palabra se usase con diferentes significados a lo largo del texto contractual); por lo tanto, las reglas de los tres incisos del art. 1065 del Cód. Civ. y Com. son de aplicación subsidiaria (54). Con otras palabras, el contrato debe ser interpretado prioritariamente de acuerdo con la intención común y el principio de la buena fe, el cual —este último— se afincará en el significado gramatical de las palabras y dentro del contexto contractual.

Pero si estas pautas fuesen insuficientes para interpretar un contrato, será necesario considerar —entre otras pautas que fija en tres incisos el art. 1065 sin imponer un orden a seguir determinado— las circunstancias en que se lo celebró, es decir, los hechos producidos al tiempo de la celebración, la situación existente en ese momento, lo cual denota en definitiva la intención de las partes a la época de contratar.

En efecto, similares palabras o conductas pueden reflejar distintas intenciones. Veamos un ejemplo: si a una persona se le rompe el vehículo mientras circula por una ruta, y acepta que otra persona lo arregle, habrá contrato de servicios o no según si el que hace la reparación es alguien que trabaja prestando ese servicio en la ruta o si el que la hace es un amigo que viajaba con él.

(52) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., “La interpretación de los contratos”, cit., p. 191, cuarta parte, punto 5.

(53) Conf. HERSALIS, Marcelo J., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. 3C, p. 301.

(54) Conf. VÍTOLO, Daniel R., *Contratos comerciales*, cit., t. 1, p. 121.

Por otra parte, las negociaciones preliminares —que revelan actos y hechos anteriores a la celebración del contrato— son importantes, como se verá en el párrafo siguiente, para determinar lo pretendido por las partes.

X. LA CONDUCTA DE LAS PARTES

El citado art. 1065 del Cód. Civ. y Com., en el inciso siguiente, establece que *cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se debe tomar en consideración... b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración.*

La norma causa cierta perplejidad. De su redacción, parece inferirse que lo importante es la conducta anterior; de allí que exprese que *incluso* debe considerarse la conducta posterior. Y, en verdad, lo realmente trascendente es la conducta posterior, que constituye la mejor interpretación del contenido del contrato celebrado (55). La anterior solamente deberá ser tenida en cuenta con mucha precaución, pues ella ha sido realizada en una etapa en la cual las partes divergían, aunque procurando alcanzar la convergencia propia del contrato (56).

Por su parte, los Principios Unidroit acentúan la importancia de los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato, pues los considera *circunstancias relevantes* de la contratación (art. 4.3).

Por nuestra parte, pensamos que mejor criterio consagraba el Cód. Com. derogado, cuando establecía que *los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato* (art. 218, inc. 4º). La idea es clara: si las partes se han comportado de determinada manera es porque así creyeron que cumplían sus

(55) Conf. MUGUILLO, Roberto A., *Contratos civiles y comerciales...*, cit., nro. 63; GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación...*, cit., p. 140; CNCom., sala F, 18/4/2017, “Quilpo SRL c. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario”, ED 274-231. Desde antiguo la Corte Federal viene diciendo que los hechos subsiguientes al contrato son la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de su celebración (CS, “Fisco c. Ortiz”, Fallos 7:81; “Pérez c. Pérez”, Fallos 25:303; “Loceille c. Nación IAPI”, Fallos 277:31).

(56) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. V, p. 625.

obligaciones y ejercían sus derechos conforme lo convenido. Esa conducta, muchas veces revela lo querido de manera más clara que lo escrito en el contrato, pues traduce en hechos lo que puede resultar dudoso en la palabra (57). Pretender lo contrario a lo que se interpreta del comportamiento efectuado es contrario al principio general de la buena fe que debe gobernar la relación contractual.

Ahora bien, resulta necesario hacer algunas precisiones. Ante todo, debe señalarse que las conductas de los contratantes a los que alude la norma son aquellos actos voluntarios, pues los ejecutados sin discernimiento, intención o libertad no constituyen un acto jurídico y, por tanto, no producen por sí obligación alguna (58) (arts. 259 y 260, Cód. Civ. y Com.).

A su vez, debe destacarse que la conducta que verdaderamente importa y debe considerarse es aquella que perjudica al que la ha realizado. En efecto, si se considerara la conducta que beneficia a quien la alega, las partes encontrarían una vía sencilla para torcer la recta interpretación del contrato, ejecutando ciertos hechos que más tarde se harán valer en la contienda judicial en su propio provecho (59). Por otra parte, existen comportamientos que, aunque benefician a su autor, pueden ser contradictorios con otros ejecutados por el mismo sujeto con anterioridad, y ello acarrea la posibilidad de declarar su inadmisibilidad con fundamento en la teoría de los actos propios (60), teoría esta que ha sido receptada en el art. 1067 del Cód. Civ. y Com. y que analizaremos más adelante.

Pasemos ahora a la conducta anterior a la celebración del contrato. ¿Resulta o no relevante a los efectos de interpretarlo? La cuestión no es sencilla. Por un lado, está claro que, si lo pactado es distinto de lo obrado con anterioridad, ello demuestra que finalmente las partes acordaron

(57) Conf. ROUILLON, Adolfo A. N. (dir.), *Código de Comercio*, La Ley, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 456; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. V, p. 625.

(58) Conf. ALEGRIA, Héctor, *La interpretación...*, cit., t. I, p. 94.

(59) Conf. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. II, nro. 905; LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. II, nro. 1558; NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., t. I, p. 369. Vítolo, en línea similar pero no idéntica, sostiene que la única conducta que debe considerarse es la común de ambas partes (VÍTOLO, Daniel R., *Contratos comerciales*, cit., p. 140).

(60) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Reflexiones...*, cit., t. I, p. 262.

algo diferente que claramente prevalece (61), por lo que ese comportamiento anterior carece de relevancia. Sin embargo, en los casos de duda, cuando el contrato ha dejado algunas lagunas, esos vacíos bien pueden llenarse con las conductas anteriores de las partes, que reflejan una unidad de obrar y conforman, además, las bases de entendimiento que en su momento fueron consideradas para celebrar el contrato (62). Esas negociaciones han dado lugar a las tratativas precontractuales y a trabajos preparatorios, e, incluso, pueden haber derivado en un contrato preliminar. Incluso, no es un dato menor a considerar, la situación particular de los sujetos contratantes, pues ella revela lo que buscaban conseguir con el contrato y los propósitos que los guiaron. No está de más señalar que los Principios de Unidroit también consideran a las negociaciones previas entre las partes como circunstancias relevantes de la contratación (art. 4º.3.).

Si la conducta anterior puede ser relevante para interpretar el contrato, obviamente lo es el comportamiento contemporáneo a la celebración del contrato (63). Incluso, aunque con criterio restrictivo, puede ser valorable el silencio mantenido por una de las partes. Es que, aunque no existe una obligación de expedirse fuera de los supuestos del art. 263 del Cód. Civ. y Com., el silencio que se guarda puede ser injustificable (p. ej., cuando existe una relación contractual), en un marco de ejecución de buena fe del contrato celebrado (64).

XI. LA NATURALEZA Y FINALIDAD DEL CONTRATO

El art. 1065 del Código vigente establece en su tercer inciso que *cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se debe tomar en consideración... c) la naturaleza y finalidad del contrato.*

Se trata de una regla interpretativa, que a su vez deriva del principio general de la buena fe. Para los Principios Unidroit, la naturaleza y la fi-

(61) En igual sentido: LORENZETTI, Ricardo L., "La interpretación de los contratos", cit., p. 191, tercera parte, punto 1.

(62) Conf. ALTERINI, Atilio A., *Contratos...*, cit., p. 417.

(63) Conf. ALEGRIA, Héctor, *La interpretación...*, cit., t. I, p. 95; CNCom., sala A, 30/9/2004, "Efel SA c. Lalor SAMCIFYF y otro s/ordinario", ED 211-327.

(64) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Reflexiones...*, cit., t. I, p. 264; ANDORNO, Luis O., *La interpretación...*, cit., t. I, p. 410.

nalidad del contrato también constituyen una circunstancia relevante en la interpretación del contrato (art. 4.3).

Es fundamental determinar qué contrato se ha querido celebrar, calificarlo (65), más allá del nombre que se le haya dado (66), pues la interpretación deberá ser acorde con eso querido (67), esto es con la finalidad tenida en cuenta por las partes. El nombre que las partes le den al contrato es de escasa importancia. Lo que importa es que el juez lo califique jurídicamente, lo que le permitirá desentrañar su naturaleza, clasificarlo entre las categorías jurídicas existentes, determinar las normas jurídicas que han de aplicarse, e interpretarlo correctamente (68). El ejemplo típico es el contrato de comodato celebrado entre dos partes, que en verdad encubre una verdadera locación, usándose aquel formato para eludir las reglas imperativas que gobiernan a este último.

Por otra parte, para interpretar un contrato resulta necesario conocer el fin práctico y económico tenido en cuenta por las partes (69). Ello es así pues el contrato es el medio adecuado para que ellas alcancen el fin querido, con lo que se advierte que teniendo en cuenta el fin querido podremos dar el significado adecuado al contrato (70). Por lo demás, judicializada la interpretación del contrato, el juez tendrá que conocer los fines económicos perseguidos para poder otorgar al negocio jurídico la protección debida (71).

Asimismo, este tener muy en cuenta el fin querido por las partes nos conecta con la llamada teoría de la causa que el Cód. Civ. y Com. ha receptado. El neocausalismo hace referencia a un fin económico, objetivo, y a otro fin subjetivo o motivo determinante. En este caso, resulta esencial el fin económico, que demuestra que todo contrato persigue el objetivo de producir la circulación de bienes. Y parece claro que la consideración de la finalidad perseguida por las partes no puede omitir un

(65) Conf. GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación...*, cit., p. 143.

(66) Señala Alterini que la denominación que las partes den al contrato no tiene efecto vinculante (ALTERINI, Atilio A., *Contratos...*, cit., p. 417).

(67) Conf. ZAGO, Jorge A., en obra colectiva de TRIGO REPRESAS - STIGLITZ (dirs.), *Contratos...*, cit., p. 101; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El negocio jurídico*, cit., nro. 121 y 122 b).

(68) Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, t. I, p. 46; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Reflexiones...*, cit., t. I, p. 215; GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación...*, cit., p. 141.

(69) Conf. GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación...*, cit., p. 143.

(70) Conf. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. II, nro. 1557.

(71) Conf. MUGUILLO, Roberto A., *Contratos civiles y comerciales...*, cit., nro. 59.

cierto análisis económico del contrato que ponga de relieve las lógicas búsquedas de reducción de los costos de transacción y de la maximización de las utilidades.

Ahora bien, este fin económico, con la connotación mencionada, no puede estar disociado de la justicia. Las *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* señalaron —en el año 1991— que el contrato como instrumento para la satisfacción de las necesidades del hombre debe conciliar la utilidad con la justicia, el provecho con el intercambio equilibrado (comisión 9). En otras palabras, el derecho no puede desentenderse de las desigualdades económicas.

Y dos años antes, las *IV Jornadas sanjuaninas de Derecho Civil* (comisión nro. 4) indicaron que los operadores jurídicos deben armonizar lo jurídico con lo económico, el contrato como concepto jurídico con el contrato como operación económica, y la justicia con la utilidad. Y añadían que el régimen contractual debe realizar el valor utilidad, que le es propio, pero siempre en miras a la realización de la justicia y a su principio supremo, la personalización del hombre. Pero, sin perjuicio de lo expuesto, no olvidaron señalar (i) que en la realidad presente se destaca el contrato como instrumento económico, como un elemento objetivo y funcional en la operación de los mercados, y (ii) que es fundamental que la contratación, como instrumento de hechos económicos, cumpla una finalidad teleológica en la comunidad conforme a pautas valorativas establecidas por esta última.

XII. EL PRINCIPIO DE COHERENCIA O CONFIANZA, O TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

El art. 1067 del Cód. Civ. y Com. establece que *la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.*

La idea es clara. Se trata de que la interpretación contractual tenga en cuenta la confianza que ha despertado una de las partes en la otra, con su comportamiento, rechazando su contradicción. Se trata de la recepción de la teoría de los actos propios que, en otra ocasión, hemos definido como la regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero ob-

jetivamente contradictoria respecto del propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto (72).

Más allá de la claridad de la idea, a nuestro entender existen dos fallas en la norma que deben puntualizarse.

La primera, que la definición que se da en el art. 1067 es incompleta. En efecto, la teoría de los actos propios exige no solo que la conducta vinculante (la que ha despertado la confianza en el otro sujeto) sea jurídicamente relevante; exige que ella sea eficaz. En efecto, si la conducta vinculante es inválida o es ineficaz en sí misma o es ilícita o es contraria a las buenas costumbres o a la moral, se la puede contradecir, sin violar el principio de coherencia (73).

La segunda es una falla metodológica. La teoría de los actos propios no es solo aplicable a los contratos; por el contrario, es aplicable a toda situación o relación jurídica, aunque no sea un contrato. De hecho, tradicionalmente se le ha reconocido una función supletoria en el ámbito contractual. Por ello, hubiera sido más acertado incluir esta norma en el título preliminar (74), lo que ha hecho el Anteproyecto de Reforma del Cód. Civ. y Com. de 2018 (75), al añadirla como párr. 2º del art. 9º.

XIII. EXPRESIONES OSCURAS

Finalmente, cerrando el Capítulo 10 del Cód. Civ. y Com. que venimos analizando, si a pesar de las reglas interpretativas vistas hasta este momento, persisten las dudas (76), habrá que diferenciar según si el contrato es a título gratuito u oneroso. En el primer caso, se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado; en el segundo, en el

(72) BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, 5ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, nro. 53.

(73) Véase BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., nro. 79. En el mismo sentido: FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 311; ALBERTI, Edgardo M., "Prólogo" a AMADEO, José L., *Doctrina de los actos propios*, La Ley, Buenos Aires, 1986, nro. 6; GAGLIARDO, Mariano, *La causa jurídica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, nro. 39.

(74) Véase BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, cit., nro. 74.

(75) Este Anteproyecto fue elaborado por los Dres. Julio C. Rivera, Ramón Daniel Pizarro y Diego Botana.

(76) Por ello, esta norma solamente se aplica cuando han fracasado las demás reglas interpretativas (conf. VÍTOLO, Daniel R., *Contratos comerciales*, cit., t. 1, p. 122).

sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes (art. 1068, Cód. Civ. y Com.).

Se ha superado así el problema que planteaba el Código de Comercio cuando establecía que, para el caso de duda, si las demás reglas interpretativas se han exhibido insuficientes, debía interpretarse el contrato de manera tal de liberar al deudor (art. 218, inc. 7º), lo que fue muy criticado (77).

Es que, en caso de duda, no siempre es justo favorecer al deudor. A quien debe favorecerse, en todo caso, es al débil jurídico (78). Muchas veces el deudor se encuentra en una situación claramente ventajosa respecto del acreedor, ¿o no ocurre ello, por ejemplo, cuando el deudor de un mutuo que ya ha recibido el préstamo, se niega a devolverlo al vencer el plazo pactado?, y el locatario que no devuelve el inmueble alquilado ¿no está claramente en una posición de mayor fortaleza frente al locador que ha perdido la tenencia?

Por eso, es razonable la distinción que la norma hace. Solo en los contratos gratuitos corresponde interpretarlos a favor del deudor, esto es, a favor de su liberación o, al menos, a favor de la menor transmisión de derechos, justamente porque nada ha recibido a cambio; en tanto en los contratos onerosos, debe prevalecer la idea de mantener la equivalencia o reciprocidad de las prestaciones.

De todos modos, conviene insistir en que la regla prevista en el art. 1068 del Cód. Civ. y Com. es de carácter subsidiario; es decir, debe aplicarse ante el fracaso de los demás criterios interpretativos (79), pues ella se emplea *cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas*. Si no hay dudas, el contrato debe interpretarse de acuerdo con su conmutatividad propia (80).

(77) Curiosamente el Cód. Civil francés mantiene esta idea al disponer que, en la duda, el contrato paritario se interpreta en contra del acreedor y a favor del deudor (art. 1190, según ordenanza 2016-131).

(78) Conf. ALTERINI, Atilio A., *Contratos...*, cit., p. 418.

(79) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis - MOISÁ, Benjamín, *La interpretación...*, cit., t. I, p. 338.

(80) Conf. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. II, nro. 1561.

XIV. LOS USOS, PRÁCTICAS Y COSTUMBRES SOCIALES

Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho (art. 1º, Cód. Civ. y Com.).

Esta norma prevista en el Título Preliminar del Código vigente es importante en el tema que estamos tratando. Es que la interpretación del contrato debe tener en cuenta los usos, prácticas y costumbres sociales. Por lo tanto, a menos que se trate de una situación reglada legalmente, si las partes contratantes pretenden apartarse de lo que es habitual —según esos usos, prácticas y costumbres— deberán expresarlo con claridad (81). Un ejemplo de ello es la costumbre en algunos lugares de Argentina de que el postor en un remate de hacienda preste su asentimiento con un simple movimiento de cabeza, lo que no ocurre en otras subastas, y no podrá prescindirse de esta costumbre (82). Es preciso aclarar que los usos, prácticas y costumbres obligan si las partes los conocen o debieran conocerlos con una diligencia media (83), salvo que su aplicación sea irrazonable (conf. Principios Unidroit, art. 1.8.2).

Ahora bien, cabe interrogarnos: ¿cuál es el lugar que debe importar para considerar los usos, prácticas y costumbres: el de ejecución o el de celebración del contrato? (84) Nos inclinamos por el lugar de celebración, máxime si las partes viven en el mismo sitio. En este caso, parece evidente que los usos y costumbres tenidos en cuenta son los de ese lugar, pues los matices o significados que se pueden atribuir corresponden con los que ellos conocen, es decir, con los del lugar que habitan (85).

A ello, añádase que el art. 964 del Código vigente, al referirse a la integración del contrato, considera los usos y prácticas del lugar de celebración en cuanto sean aplicables.

(81) Conf. ARÁUZ CASTEX, Manuel, *Derecho civil...*, cit., t. II, nro. 1325.

(82) Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El negocio jurídico*, cit., nro. 122 c).

(83) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Interpretación del contrato en el derecho argentino*, en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Grijley - Universidad Externado - Rubinzal-Culzoni, Lima, 2007, t. I, p. 21.

(84) Los Principios Unidroit tampoco resuelven esta cuestión pues se limitan a establecer que se deben tomar en consideración... (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí y (f) los usos (art. 4.3.).

(85) Conf. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. II, nro. 900; LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. II, nro. 1554; ALTERINI, Atilio A., *Contratos...*, cit., p. 417.

XV. LA EQUIDAD

El art. 218, inc. 3º, del Cód. Com. derogado preveía como pauta interpretativa a las reglas de equidad, lo que ha sido omitido en el Cód. Civ. y Com., más allá de la mención tangencial que se hace en el art. 1068.

Más allá de esta supresión, nos parece incuestionable que la equidad continúa siendo una regla de interpretación contractual (86), propia del juez y ajena al obrar de las partes (87).

Es que la equidad constituye un concepto que se enlaza con la idea moral del contrato. En tal sentido, nos parece útil recordar lo que tantos años atrás decía Ripert: “El juez, al escuchar las diversas voces que van a dictarle la sentencia, es sensible, ante todo, a la consideración de la ley moral. Tiene la convicción de que debe hacer reinar la justicia; es menos sensible a la utilidad común que a la equidad” (88). Hoy en día se suele resaltar la importancia de respetar estrictamente la ley en aras a garantizar la seguridad jurídica; pero, en verdad, esta última no se resiente —por el contrario, se fortalece— cuando la ley es interpretada teniendo en cuenta el valor de la equidad para hacerla más justa, en tanto resguarda el equilibrio de las prestaciones.

Ahora bien, si el juez —como se ha destacado— debe interpretar el contrato conforme a esa ley moral y a la equidad, el obrar de las partes debe ser conforme a esos mismos principios. La equidad es particularmente valiosa a los efectos de integrar el contrato pues permite realizar la denominada justicia contractual, dando a cada uno lo suyo (89).

Poner de relieve la importancia de interpretar el contrato con equidad, sin embargo, no significa propiciar que —so pretexto de equidad— se modifiquen las obligaciones contractuales. Revisar el contrato bajo la impronta de la equidad solo resulta admisible si se vulnera el orden público, la moral o las buenas costumbres (art. 958, Cód. Civ. y Com.).

(86) No es un dato menor que el Anteproyecto de Reformas al Código Civil y Comercial de 2018 incorpora a la equidad como criterio de interpretación de la ley (art. 2º).

(87) Conf. GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación...*, cit., p. 180.

(88) RIPERT, citado por BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. I, nro. 13.

(89) Conf. MUGUILLO, Roberto A., *Contratos civiles y comerciales...*, cit., nro. 59.

XVI. LA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA

El art. 964 del Código Civil y Comercial establece que *el contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c. los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.*

Muchas veces resulta necesario llenar las lagunas del contrato, las que inexorablemente existen pues es imposible que las partes puedan prever todas las contingencias que puedan acaecer, y para ello debe recurrirse a la llamada interpretación integradora, que ha recibido consagración legislativa en la norma transcrita (90). Otras veces las partes han previsto ciertas cuestiones, pero las han acordado de manera contraria a las normas indisponibles que existen (91). La misma idea de interpretación integradora está receptada en la segunda parte del art. 961 del Código vigente, cuando, refiriéndose a la *buena fe*, establece que los contratos *obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*

La interpretación integradora refleja que el contrato está conformado por cláusulas expresamente pactadas por las partes, por cláusulas imperativas o indisponibles que no pueden ser eludidas por ellas, por cláusulas que se desprenden de la legislación supletoria (cláusulas legales que pudieron ser verdaderamente conocidas por las partes, habiendo omitido mencionarlas en el contrato justamente por la aplicación subsidiaria de ellas, o que pudieron ser ignoradas, aunque son aplicables plenamente por imperio legal) y por los usos y prácticas. Todas estas cláusulas tienen valor jurídico.

Entonces, no se trata —por un lado— de interpretar exclusivamente las cláusulas escritas en el contrato sino de interpretarlas de manera armónica con las que prevé la legislación supletoria y la costumbre, lo que

(90) La interpretación integradora también ha sido llamada integración normativa. Sin embargo, existen autores que diferencian ambos conceptos, tal el caso de COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El negocio jurídico*, cit., nro. 125.

(91) Como ocurriría en un contrato de locación inmobiliaria en el que las partes fijasen un plazo inferior al mínimo legal (art. 1198, Cód. Civ. y Com.).

denota la posibilidad de influenciarse recíprocamente (92), amén de permitir al juez establecer la verdadera extensión de las obligaciones. Asimismo, es posible integrar el contrato considerando lo previsto por las partes, haciendo derivar de ello lo que ellas mismas presumiblemente hubieran manifestado de haber previsto el punto en cuestión expresamente (93). Y como hemos señalado en el párrafo anterior, también se puede integrar el contrato recurriendo a la equidad.

Por otro lado, la interpretación integradora es particularmente importante en dos supuestos: a) frente a la nulidad parcial, y b) en los casos de aplicación de normas imperativas o indisponibles. En los casos de nulidad parcial, el juez deberá integrar el contrato para darle plenos efectos siempre que fuese necesario (art. 389, párr. 3º, Cód. Civ. y Com.). Si no fuese necesaria la integración, nada deberá hacerse y el contrato tendrá plenos efectos sin la cláusula nula. En cambio, cuando tal integración fuese necesaria, ella se hará mediante la aplicación de normas imperativas en sustitución de las nulas, la aplicación de normas supletorias, la incorporación de los usos y costumbres, y la presencia del principio general de la buena fe (94). Es necesario puntualizar que hay casos en que deben aplicarse reglas de carácter imperativo, como ocurre con los deberes secundarios de conducta que surgen de la buena fe, las garantías legales y las cargas (95), y también con las condiciones impuestas por el orden público que provocan el reemplazo de las normas contractuales que las contradigan o ignoren. Y, a su vez, también existen supuestos en que la propia ley obliga a dejar sin efecto ciertas cláusulas e integrar el contrato con las normas imperativas que ella impone, como ocurre con el plazo de locación inmobiliaria que, si fuera inferior a los mínimos legales, carece de valor alguno, a menos que el locatario ya tenga la tenencia de la cosa (art. 1198, Cód. Civ. y Com.).

Los Principios de Unidroit, tantas veces mencionados, apuntan también a la integración contractual cuando establecen que, si las partes no se han puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias. Y añaden que para determinar cuál

(92) Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., nro. 25. IV. 1. b).

(93) Conf. RIVERA, Julio César, "La teoría general del contrato y la interpretación del contrato en el proyecto de Código Civil argentino", en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Grijley - Universidad Externado - Rubinzal-Culzoni, 2007, Lima, t. I, p. 175.

(94) Conf. GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación...*, cit., p. 135.

(95) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Interpretación del contrato...*, cit., t. I, p. 13.

es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe y la lealtad negocial, y el sentido común (art. 4.8.).

Por su parte, como ya hemos visto, el art. 964, inc. c), del Cód. Civ. y Com., prevé que el contenido del contrato se integre también 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, excepto que su aplicación sea irrazonable.*

Se trata de los usos y prácticas habituales (96), de los usos y prácticas que normalmente forman parte de los contratos que se celebran en el lugar en que se celebró el contrato que necesita ser integrado, y que deben ser aplicados incluso de oficio por el juez (97) pues se trata de una norma jurídica en los términos del art. 1º del Cód. Civ. y Com. Puede discutirse si a los efectos de permitir la integración es necesario respetar o no el orden normativo previsto en el art. 964 del Código vigente. El tema tiene particular importancia cuando la norma supletoria difiere de los usos y prácticas del lugar de celebración, pues aquella aparece antes que estos. Nosotros pensamos que el orden establecido por la norma no debe ser respetado imperativamente porque no hay nada de su redacción que permita inferir tal conclusión. Por lo demás, parece claro que los usos y prácticas deben ser el primer instrumento para la integración del contrato, no solo por la importancia que ellos tienen como fuente de derecho (98), sino porque hacen al modo habitual que las partes tienen para relacionarse.

(96) No es pacífica la conceptualización de los que se entiende por usos y por prácticas. Se ha sostenido que los usos son meras prácticas de modos de actuar, que pueden revestir cierta generalidad, observados por razones de conveniencia, ya sea técnica o profesional, de modo que aparezcan como reglas de conducta en determinados negocios; en tanto que las prácticas comerciales son los mecanismos, técnicas y métodos que se emplean, en forma directa o indirecta, a fin de facilitar la salida de la producción (NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. [dirs.], *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 274). Nosotros hemos optado por sostener que los usos expresan el comportamiento generalizado en un determinado sector del comercio, mientras que las prácticas son las pautas conforme a las cuales las partes han ajustado su comportamiento en sus relaciones recíprocas.

(97) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. V, p. 62.

(98) Conf. NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 286.

En la integración del contrato habrá que tener en cuenta, además, si el contrato es nominado o innominado. Para los contratos nominados deberá recurrirse a las pautas fijadas en el ya transcrito art. 964 del Código vigente, sin olvidar —como ha ocurrido en el propio Código— la aplicación de los principios generales (en especial, el de la buena fe) y del recurso a la equidad (99); para los innominados, deberá acudirse, además, a las normas generales sobre contratos y obligaciones, a los usos y prácticas del lugar de celebración, y a las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que sean compatibles y se adecuen a su finalidad (art. 970, incs. b], c] y d], Cód. Civ. y Com.). En todos los casos, deben respetarse las reglas de prelación normativa establecidas en el art. 963 de nuestro Código; esto es que, si concurren disposiciones del Cód. Civ. y Com. y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: (i) las normas indisponibles de la ley especial y del Código (100); (ii) las normas particulares del contrato; (iii) las normas supletorias de la ley especial; y (iv) las normas supletorias del Código.

Para terminar, es necesario señalar que hay supuestos en que es necesario integrar el contrato sin que se dé alguna de las pautas del art. 964 del Código vigente. Es el caso del art. 1134 (101) en el que, si las partes no llegan a un acuerdo sobre la designación o sustitución del tercero que debe determinar el precio de la compraventa, o el tercero no puede o no quiere fijarlo, el juez deberá hacerlo por el procedimiento más breve que establezca la ley local. Como se advierte no se trata de una norma indisponible ni supletoria, ni se recurre a usos y prácticas, sino que simplemente la ley establece un procedimiento de integración cuando se dan las circunstancias previstas.

XVII. LA INTERPRETACIÓN EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN A CLÁUSULAS GENERALES PREDISPUESTAS

Antes de entrar a ver los criterios de interpretación que el Cód. Civ. y Com. ha establecido para los contratos por adhesión a cláusulas generales predisuestas, es necesario señalar que el principio general de

(99) Conf. NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 285.

(100) Y si hubiere normas imperativas en ambos órdenes legislativos, entendemos que debe prevalecer la ley especial y no la del Código. Así lo dispone el Anteproyecto de reformas al Cód. Civ. y Com. (art. 963).

(101) También podrían mencionarse otros como el art. 1006, Cód. Civ. y Com.

la buena fe, que no es específicamente mencionado en esta parte, rige plenamente e, incluso, cabe afirmar que se acentúa su exigencia de aplicación, pues es necesario considerar que, en este tipo de contrato, las partes cuentan con medios desiguales en una convención que debe ser equivalente (102). Pasemos ahora a los criterios establecidos.

XVII.1. El Cód. Civ. y Com. establece un criterio de interpretación claro: *las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente* (art. 987, Cód. Civ. y Com.).

Se trata de una nítida aplicación del principio general de la buena fe, que incorpora la regla *contra proferentem*. Esta regla protege al adherente, quien no tiene otra opción que adherir a la propuesta redactada por la otra parte o no contratar, y, por ello, es lógico que quien redactó el contrato, si lo hizo sin claridad, con ambigüedad (103) —esto es, afirma Gagliardo, que la cláusula puede ser entendida en un sentido distinto según que su lectura se efectúe de un modo aislado o se la correlacione con el resto del contrato (104)— o en términos abusivos, se haga cargo de las consecuencias indeseables de tal tipo de redacción.

Se ha sostenido, en criterio que compartimos, que, en un contrato paritario, si es factible determinar quién redactó la cláusula ambigua, también podrá aplicarse esta regla (105). En esta línea, los Principios de Unidroit disponen que si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte (art. 4.6).

Y esta protección se extiende incluso al supuesto que tal cláusula haya sido aprobada por la autoridad administrativa, pues expresamente se prevé que ello no obsta a su control judicial. Así, por ejemplo, la aprobación por la Superintendencia Nacional de Seguros de ciertas cláusulas de un contrato prerredactado de seguros, no obsta a la posibilidad de su control judicial. En estos casos, cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad (art. 989, Cód. Civ. y Com.). Esto último debe remarcar: solamente procede la integración si la finalidad

(102) Conf. MUGUILLO, Roberto A., *Contratos civiles y comerciales...*, cit., nro. 31.

(103) La ambigüedad puede afectar tanto a una cláusula en particular como a todo el contrato cuando este es vago e impreciso (conf. HERSALIS, Marcelo J., en BUERES, Alberto J. [dir.], *Código Civil y Comercial...*, cit., t. 3C, p. 137).

(104) GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación...*, cit., p. 199.

(105) RIVERA, Julio César, "La teoría general..." cit., t. I, p. 194.

del contrato no puede subsistir sin ella; en los demás casos, nada debe integrarse. Esta solución es de enorme importancia para procurar evitar la natural tendencia a imponer estas cláusulas abusivas por parte de los predisponentes.

XVII.2. De manera expresa, el Cód. Civ. y Com. ha establecido que ciertas cláusulas, consideradas abusivas para el adherente, se deben tener por no escritas (art. 988). Son abusivas las cláusulas que acarreen una ventaja exclusiva del predisponente o un claro desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes (106). Expresamente se enuncia como abusivas a: (a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente, como ocurre cuando se limita el monto del resarcimiento a cargo de este último o cuando se invierte la carga de la prueba; (b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias, como sucede cuando se proroga la jurisdicción o se traslada el domicilio del adherente; y (c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles. Este último inciso apunta a ciertas circunstancias que afectan la voluntad del adherente y le impiden contar con una información adecuada. En efecto, cuando este último, por ejemplo, es abordado telefónicamente o en una promoción en la calle, no está en condiciones de celebrar el contrato —que finalmente celebra— pues su voluntad está disminuida por haber sido tomado por sorpresa (107); lo mismo sucede cuando se incluye una cláusula que contradice las expectativas que genera en el adherente un contrato de la naturaleza del celebrado, desnaturalizando la relación de equivalencia (108).

Aunque no han sido expresamente previstas en nuestra legislación —pero sí en materia de contratos de consumo, art. 37, ley 24.240—, también deben considerarse abusivas las cláusulas que limiten la responsabilidad del predisponente, y las que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del adherente.

XVII.3. En el marco de los contratos por adhesión, se llaman cláusulas particulares a aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general (art. 986, Cód. Civ.

(106) Conf. GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación...*, cit., p. 203.

(107) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. V, p. 187.

(108) Conf. HERSALIS, Marcelo J., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. 3C, p. 139.

y Com.). Añade la norma que, en caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas, lo que importa un claro criterio interpretativo. Advuértase que esta prevalencia se da incluso cuando la cláusula general no haya sido cancelada. La norma se justifica no solo porque la cláusula particular es posterior en el tiempo a la cláusula general, sino porque parece claro que, si existe una cláusula particular, ella ha podido ser negociada por las partes, satisfaciéndose en mayor medida el principio de la libertad contractual (109).

Es cierto que normalmente la cláusula particular debe prevalecer sobre la general, pues cabe inferir que la cláusula particular ha sido negociada por las partes y no ha sido impuesta por una de ellas. Sin embargo, hay casos en que esta disposición resulta inaplicable. Así ocurre cuando la condición general resulta más beneficiosa para el adherente que la particular (110). La debilidad en que generalmente se encuentra el adherente, justifica la solución.

También debe señalarse que las cláusulas manuscritas o mecanografiadas prevalecen sobre las impresas (pues se trata de cláusulas especiales), que las cláusulas incorporadas prevalecen sobre las preexistentes, y que los usos y costumbres no pueden ser valorados como en los contratos paritarios, pues pueden responder a prácticas abusivas del predisponente o pueden modificar la economía del negocio (111); de allí que el art. 964, inc. c), disponga que el contrato se integra con los usos y prácticas, en cuanto sean aplicables.

XVII.4. Existen una serie de reglas de interpretación para los contratos paritarios, que ya hemos visto, que no son aplicables en los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas. Así, no puede considerarse la *intención común* de los contratantes pues en los contratos celebrados por adhesión, una de ellas ha redactado todas sus cláusulas, las ha predispuesto (112). Tampoco se podrá estar a la literalidad de los términos utilizados cuando la ley o el acuerdo de partes establezca una interpretación restrictiva (art. 1062, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.) pues se

(109) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. V, p. 175.

(110) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis - MOISÁ, Benjamín, *La interpretación...*, cit., t. I, p. 340; Conf. HERSALIS, Marcelo J., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. 3C, p. 135.

(111) Conf. NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., t. I, p. 395.

(112) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., "La interpretación de los contratos", cit., p. 191, tercera parte, punto 2.

privilegia la protección del adherente que negocia en clara situación de inferioridad y que entiende las palabras de acuerdo con el significado común que ellas tienen. Tampoco se puede interpretar sistemáticamente un contrato con cláusulas predisuestas, porque al estar prerredactado, responde al querer de uno solo de los contratantes; de allí que *las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente* (art. 987, Cód. Civ. y Com.). El Cód. Civil francés, siguiendo estos criterios, establece que, en la duda, el contrato de adhesión se interpreta contra quien lo propuso (art. 1190, según ordenanza 2016-131).

XVIII. LA INTERPRETACIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

En el campo de los contratos de consumo, es fácilmente advertible la existencia de una disparidad de poder negocial (no solo económica, sino también jurídica), en tanto el proveedor tiene la facultad de establecer las condiciones contractuales, lo que parece poner en evidencia un claro signo conmovedor del principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

El Cód. Civ. y Com. dispone que *las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable*. Y añade que, *en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor* (art. 1094).

Por otra parte, la legislación especial ha procurado compensar esta diferencia en el poder negociador, con cierta protección del consumidor, que se traduce en la sanción de normas tuitivas. La ley 24.240 —llamada de Defensa del Consumidor—, que es de orden público (con todo lo que ello implica), ha fijado también ciertas reglas de interpretación.

En este punto es importante recordar que el derecho del consumo es un derecho protectorio. Con otras palabras, el sistema del derecho del consumidor tiene una finalidad protectora del consumidor en tanto débil de una relación jurídica (113). Por ello, las interpretaciones que se hagan del derecho deben hacerse siempre en la forma más favorable al consumidor y en forma expansiva de su derecho (art. 1094, Cód. Civ. y Com.).

(113) Conf. RUSCONI, Dante, *Manual de derecho del consumidor*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 155.

Así como en la interpretación normativa rige el principio de la interpretación más favorable, esta imposición se aplica también a la hora de interpretar los contratos de consumo, buscando siempre la solución menos gravosa para este (art. 1095, Cód. Civ. y Com.) (114).

A lo recién expuesto cabe añadir que las normas vistas en el párrafo anterior (arts. 985, 986, 987 y 988, Cód. Civ. y Com.) referidas a la interpretación de las cláusulas ambiguas, al valor de las cláusulas particulares, a los recaudos de claridad, completividad y legibilidad de las cláusulas, y las consecuencias de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, son aplicables a los contratos de consumo, existan o no cláusulas generales predispuestas por el proveedor (art. 1117, Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, deberá tenerse presente que la Ley de Defensa del Consumidor (art. 37) también prevé la posibilidad de que existan cláusulas abusivas, las que se tienen por no convenidas.

Se consideran abusivas las cláusulas (i) que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños —desnaturalizar las obligaciones importa crear derechos a favor del proveedor que no tiene el consumidor, como ocurre si se faculta a suspender unilateralmente las prestaciones por parte del proveedor—; (ii) que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; y (iii) las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Existen, además, otros criterios de interpretación. En efecto:

a) La interpretación de los contratos de consumo se hará en el sentido más favorable o menos gravoso para el consumidor, cuando existieren dudas sobre los alcances de la obligación (art. 37, ley 24.240). Es el principio *in dubio pro consumidor*. Como el contrato ha sido redactado sin considerar al sujeto contratante en concreto, pues está pensado para un grupo amplio de interesados, debe ser interpretado de manera objetiva, esto es, considerando al hombre modelo integrante del grupo de

(114) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., “La interpretación de los contratos”, cit., p. 191, sexta parte. En sentido similar pero no idéntico, la ley de defensa del consumidor establece que *en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece la presente ley prevalecerá la más favorable al consumidor* (art. 3º, ley 24.240, ref. por ley 26.361). Adviértase que el Cód. Civ. y Com. no exige la existencia de duda (conf. NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. [dirs.], *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 482).

consumidores al que va dirigida la oferta (115). Por lo demás, la norma consagra expresamente el principio *favor debilis*, en tanto, ante la duda, se procura liberar al consumidor. No está de más señalar que la protección que da el Cód. Civ. y Com. (art. 1095) es más amplia pues no hace referencia a la necesidad de que existan dudas, sino que simplemente impone el criterio de la interpretación más favorable al consumidor, pues se reconoce su vulnerabilidad e inferioridad técnica, jurídica, económica y de información (116).

b) La publicidad integra la oferta (art. 8º, ley 24.240), y por tanto el contrato que luego se celebre, por lo que también debe ser tenida en cuenta a los efectos de determinar las obligaciones contractuales de ambas partes. La publicidad genera en el consumidor o usuario una seria y razonable expectativa de prestación, similar a la publicitada u ofertada, por lo que ella integra la propuesta, y al perfeccionarse el contrato, obligan al oferente (117). Por lo tanto, para interpretar debidamente el contrato no podrá prescindirse de la publicidad hecha.

c) La redacción del contrato debe ser hecha en idioma nacional, ser completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente (art. 10, ley 24.240). La confusa redacción debe interpretarse en contra del proveedor que ha confeccionado el contrato. Por ello, los Principios de Unidroit disponen que, si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte (art. 4.6).

d) El proveedor está obligado a dar información cierta, clara y detallada de los bienes y servicios que provee (art. 4º, ley 24.240) y la trasgresión de ese deber de información, faculta al consumidor a demandar la nulidad del contrato o de las cláusulas afectadas (art. 37, ley 24.240), lo que importa interpretar el contrato en su favor. En caso de nulidad parcial, la misma norma obliga al juez a integrar el contrato, si fuese necesario.

(115) Conf. ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura, *Evolución de los principios...*, cit., t. I, p. 305.

(116) Conf. TAMBUSI, Carlos E., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3C, p. 560.

(117) STIGLITZ, Rubén S. - PIZARRO, Ramón D., "La publicidad como fuente heterónoma de integración del contrato", LL 2009-E-1082, cita Online AR/DOC/3072/2009.

e) El proveedor no podrá estar a la literalidad de los términos utilizados, aun cuando la ley o el mismo contrato celebrado establezcan una interpretación restrictiva (art. 1062, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.) pues se privilegia la protección del consumidor que negocia en clara situación de inferioridad y que entiende las palabras de acuerdo con el significado común que ellas tienen.

Tales cláusulas se consideran abusivas, pues perjudican inequitativamente a la parte débil (el consumidor), determinando una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes (118). Es importante señalar que, para la legislación argentina, tales cláusulas se tienen por no convenidas, esto es, se las considera inexistentes, y obligan al Juez a integrar el contrato si fuese necesario (art. 1122, incs. b] y c], Cód. Civ. y Com.), en la medida que esas cláusulas abusivas no constituyan el núcleo del contrato, en cuyo caso no podrá resguardarse el principio de conservación del contrato.

Si bien la ley no se refiere de manera expresa a los denominados subconsumidores, es esta una categoría que ha ido ganando espacio en la doctrina, con la intención de dar una protección especial, más rigurosa, a este grupo de personas extremadamente débiles y frágiles. Ellos son los niños, los ancianos, los analfabetos, lo que contratan artículos de primera necesidad, y los que contratan con otro que ocupa una situación de poder especial, como ocurre en las situaciones monopólicas (119), lo que acarrea una búsqueda de una mayor protección del débil, siendo más riguroso en la interpretación del contrato.

XIX. LA INTERPRETACIÓN EN LOS CONTRATOS CONEXOS

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

(118) Conf. WAJNTRAUB, Javier, *Protección jurídica del consumidor*, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 183.

(119) Conf. ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura, *Evolución de los principios...*, cit., t. I, p. 307.

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

El Cód. Civ. y Com. afirma que hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida (sea por la ley, sea por voluntad de las partes, sea por surgir de una razonable interpretación del negocio), y no *a posteriori* (120), de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido (art. 1073). Es indispensable que los contratos autónomos que se encuentran vinculados, interactúen, pues el fracaso de uno puede acarrear el fracaso del sistema (121). Pero que quede claro: lo único que se exige es una finalidad común previamente establecida; por lo tanto, las partes pueden ser diferentes y los contratos pueden celebrarse en distintos tiempos y en diversos instrumentos (122).

Por ello, es que los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros y atribuirles el sentido apropiado al conjunto de la operación, su función global y el resultado perseguido (art. 1074, Cód. Civ. y Com.) (123). Es necesario recalcar que los contratos que integran cada grupo, aunque conservan su individualidad, no pueden ser interpretados aisladamente sino, por el contrario, de manera conjunta con los demás contratos que integran ese grupo, pues todos ellos tienen en vista un único objetivo: el desarrollo integral del negocio (124), que en definitiva es la finalidad supracontractual perseguida (125). Por ello,

(120) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., "La interpretación de los contratos", cit., p. 191, quinta parte.

(121) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. V, p. 646.

(122) Conf. QUAGLIA, Marcelo C., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3C, p. 320.

(123) En la misma línea, el Cód. Civil francés dispone que *cuando, en la intención común de las partes, varios contratos concurren a una misma operación, ellos se interpretan en función de esta última* (art. 1189, párr. 2º, según ordenanza 2016-131).

(124) Conf. Rivera, Julio César, "La teoría general..." cit., t. I, p. 193.

(125) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. V, p. 648; NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 334.

como lo que se tiene en cuenta es el negocio global (126), necesariamente estos contratos unidos propagan sus efectos, uno a otro, consagrándose así una excepción al denominado efecto relativo de los contratos (127) (art. 959, Cód. Civ. y Com.).

Sin perjuicio de lo expuesto, bien señala Vítolo que si dentro del grupo de contratos, uno o varios pueden ser calificados como contratos de consumo, deberán interpretarse, además, bajo la óptica de orden público que regula a esos contratos (128), que entre sus normas impone la interpretación en el sentido más favorable al consumidor (129) (art. 1095, Cód. Civ. y Com.).

(126) Conf. QUAGLIA, Marcelo C., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. 3C, p. 321.

(127) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., "La interpretación de los contratos", cit., p. 191, quinta parte.

(128) VÍTOLO, Daniel R., *Contratos comerciales*, cit., t. 1, p. 123.

(129) Conf. NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 334.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD ANTE LA ESTRUCTURA DEL DERECHO REAL. TÍPICIDAD DE FUENTE CONTRACTUAL

POR IGNACIO E. ALTERINI

I. PLANTEAMIENTO

El objetivo de este ensayo está dirigido a identificar en qué medida el contrato, a través del juego de la autonomía de la voluntad, puede gravitar en la estática y dinámica de un sector del ordenamiento en el que predomina la noción de orden público, como lo es ámbito del derecho real(1).

El art. 1882 del Código Civil y Comercial (en adelante, Cód. Civ. y Com.), cuya fuente es el art. 1815 del Proyecto de 1998(2), define al de-

(1) Tradicionalmente se concibió que, además de los derechos reales, la regulación de las relaciones de familia se caracterizaba por el carácter de orden público de sus normas. Si bien el régimen de las relaciones familiares en el Cód. Civ. y Com. ha perdido su muy dominante carácter de orden público y así es posible que los cónyuges opten por el régimen de separación de bienes (arts. 505 a 508), prescindiendo de la aplicación supletoria del sistema de comunidad de ganancias (art. 463), otros planos muestran la coexistencia de órbitas dominadas por la autonomía de la voluntad con sectores teñidos de normas imperativas. Buen ejemplo de esta dualidad es el de los “pactos de convivencia,” que, si se dirige la mirada al epígrafe del art. 513 —“Autonomía de la voluntad de los convivientes”—, pertenecerían a la esfera de la autorregulación de los intereses, pero ya ese mismo precepto da la tónica de la existencia de disposiciones indisponibles (arts. 519 a 522).

(2) La fuente inmediata más relevante del Cód. Civ. y Com. es el Proyecto de 1998; lo fue en un total general del 72% de los 2671 artículos. Con respecto al Título preliminar: 44% de los 18 artículos; al Libro Primero: 75% de los 382 artículos; al Libro Segundo: 44% de los 323 artículos; al Libro Tercero: 78% de los 1158 artículos; al Libro Cuarto: 72% de los 395 artículos; al Libro Quinto: 91% de los 255 artículos; al Libro Sexto: 52% de los 140 artículos (Véase ALTERINI, Jorge H., en su “Prólogo a la primera edi-

recho real como un poder jurídico “de estructura legal” y el art. 1884 se encarga de precisar qué se entiende por “estructura” al disponer que “la regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida solo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”.

La estructura de los derechos reales responde a dos aspectos centrales: “cuáles son” y “cómo son”. El plano conceptual de *cuáles son* los derechos reales atañe al ámbito del número cerrado y de la cantidad de ellos. Las pautas que trazan *cómo son* muestran los alcances de su contenido (esencia), sus elementos (titular y objeto) y las mutaciones jurídico reales (adquisición, modificación y extinción) (3).

Al enunciar las mutaciones jurídico reales me limité a aludir a la “adquisición, modificación y extinción” y no a la “adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción”, como lo hace el art. 1884, pues con el tríptico enunciado se agotan las distintas posibilidades.

La “constitución” y la “transmisión” apuntan a adquisiciones derivadas de derechos reales; de allí que estén subsumidas en la noción genérica de “adquisición”. Si la “extinción” del derecho real es un género, la “duración” no es más que una de sus especies, pues solo quiere referir a la extinción del derecho real por el cumplimiento del tiempo de su vigencia.

II. NATURALEZA DE LAS NORMAS ORDENADORAS DEL DERECHO REAL

La importancia política, económica y social de los derechos reales determina que su régimen esté presidido por la noción del orden público (4).

ción”, en ALTERINI, Jorge H. [dir. gral.] y ALTERINI, Ignacio E. [coord.], *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. XVI).

(3) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, §82, ps. 85-86.

(4) Lafaille enseña: “La distribución y explotación de los bienes envuelven problemas económicos de la mayor trascendencia, trátense de muebles o de inmuebles. Acerca de estos últimos principalmente, se han trasladado al orden político y social, determinando a menudo, la formación de clases y hasta el régimen gubernativo de

Efectivamente, como ya lo expresara Vélez en su nota al art. 2828 del Cód. Civil derogado: "...la naturaleza de los derechos reales en general (...) está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares".

Los derechos reales están regulados con la mira puesta en intereses superiores a los meramente particulares; en cambio, los derechos crediticios se encuentran sometidos al principio de la autonomía de la voluntad y son extraños —por regla— a la idea del orden público, que obra tan solo como un vallado que impide los desvíos en la autorregulación de los intereses.

La presencia del orden público es dominante en los derechos reales, pero no exclusiva (5). Coexisten dos planos normativos que es menester distinguir (6).

Por un lado, el de las "normas estatutarias" que son exclusivamente de orden público, que precisan *cuáles son* los derechos reales y *cómo son* (7), conformando la estructura del derecho real (art. 1884, Cód. Civ. y Com.).

los pueblos o la calidad de sus instituciones (...). La existencia y el crecimiento de la riqueza privada han gravitado generalmente en la paz interior de las sociedades (...). Son innumerables las contiendas civiles e internacionales, que han reconocido por lo menos, como una de sus causas, la mala repartición de la riqueza o el abuso de los detentadores (...). El legislador ha debido pues, desde muy temprano vigilar estas relaciones jurídicas, a fin de encauzarlas, de crear o adaptar figuras adecuadas y de protegerlas con defensas suficientes (...). Es que tales conflictos hacen a la entraña misma de las sociedades, a cuanto integra el concepto de 'orden público'. Por ello, cada nación se ha reservado celosamente reglamentar los derechos reales..." (LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio E. Alterini, 2ª ed., La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2010, t. I, §26-28, ps. 54-56).

(5) Molinario significa que los derechos reales son "creados y organizados exclusivamente por la ley" y que la "regulación total de los derechos reales es de orden público" (MOLINARIO, Alberto D., *La enseñanza de los derechos reales que integran el derecho civil*, separata de los anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, t. XVIII, La Plata, 1959, ps. 27-28, y su nota 44). Con distinto criterio, Allende sostiene que las normas que rigen los derechos reales son "substantialmente" de orden público, con lo que apunta a la idea de que son en general y no en su totalidad de ese carácter (ALLENDE, Guillermo, *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, 1965, ps. 19 y 69 y ss.).

(6) Véase GATTI, Edmundo - ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, ps. 73 y ss.

(7) Hay quienes propugnan una distinción complementaria dentro de las normas estatutarias y entre ellas diferencian las que califican como "rígidas" y las "flexibles"

Y por el otro, el de las “normas reglamentarias” que son tales porque pueden ser dejadas de lado por una manifestación de voluntad en contrario expresada en el título del derecho real respectivo.

El doble perfil que se rescata en la ordenación de los derechos reales conduce a reflexionar que existen normas de orden público junto con otros preceptos con carácter meramente reglamentario, pues son de aplicabilidad supletoria, dado que la voluntad de los particulares podrá prescindir de ellos (8).

III. CONFIGURACIÓN: *NUMERUS CLAUSUS*

III.1. Concepto

El sistema del número cerrado, que es dominante en el derecho comparado, además de suponer la configuración legal del derecho real (9), exige que el legislador ejercite esa facultad con extrema prudencia, pues de otra manera el resultado sería similar al del número abierto. La tesitura se sustenta en la idea de que no existan muchos derechos reales, que los debe estructurar el legislador y no el particular, pero paralelamente

(PEPE, Marcelo A. - MENDIZÁBAL, Gonzalo A., “El orden público y la rigidez o flexibilidad en los derechos reales”, LL 2009-D-871). Si se denominan a las normas como estatutarias cuando están precedidas por el orden público, la flexibilidad al respecto al limitar la influencia del orden público las convierte en reglamentarias. Hay compromiso de orden público o no lo hay. La alternativa es binaria: la norma es estatutaria y si no lo es, será reglamentaria.

(8) El Cód. Civ. y Com. utiliza distintos vocablos para designar a las mismas clases de leyes. En ocasiones alude a la ley “imperativa” (arts. 12, 150 inc. a), 177 inc. a), 1121 inc. b), 1743, 2533, 2599, 2561 incs. e) y f)), en tanto que en otros supuestos adjetiva a la ley como “indisponible” (arts. 962, 963 inc. a), 969 inc. a), 1709 inc. a)). Claro está dentro de las normas imperativas o indisponibles se encuentran las de orden público (art. 12).

Los arts. 7º, 150 inc. c), 186, 962, 963 incs. c) y d), 964 inc. b), 988 inc. b), 1709 incs. c) y d), refieren a la ley “supletoria”. Una ley es supletoria porque “suple” la voluntad de los particulares para el caso de que no hayan previsto una solución distinta a ella; de allí que la ley supletoria sea “disponible”. En tanto que lo dispuesto imperativamente por la ley es indisponible para los particulares.

(9) Téngase presente que el Cód. Civ. y Com., en seguimiento del art. 1817 del Proyecto de 1998, sustituye el vocablo “creación” del art. 2502 del Cód. Civil derogado por el de “configuración”, pues el *crear* se nutre de divinidad y el plano en que nos movemos es netamente humano.

el legislador debe actuar con especial moderación al incorporar nuevos derechos reales (10).

Este principio, si bien posibilita la consagración legislativa de nuevos derechos reales, impone, al mismo tiempo, que ello ocurra solamente ante la imposibilidad estructural de encuadrar una nueva situación en las categorías existentes.

En ese sentido, las *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* de 2009, celebradas en Córdoba, concluyeron: “Debe ratificarse lo declarado por las *XI Jornadas de Derecho Civil* (Buenos Aires, 1987), en el sentido que la creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el *numerus clausus* y solo deben crearse nuevos tipos cuando existe la imposibilidad estructural” (11).

III.2. Comparación con la tipicidad

El número cerrado se refiere a la determinación de cuáles han de ser los derechos reales y a su contenido *en abstracto*, fijando la amplitud de la utilidad que otorgan los diferentes derechos reales, o sea, las facultades que los titulares pueden ejercer sobre los objetos respectivos.

Paralelamente, en ocasiones se asiste a una determinación *en concreto* (tipicidad). Los derechos reales pueden aparecer con contenidos especiales o típicos, ya determinados por la propia ley o, por remisión de ella, a los designios de la autonomía voluntad.

Considero que la opción hermenéutica es identificar la tipicidad con el número cerrado –como muchos lo hacen (12)–, o entender a la tipicidad con aristas precisas –postura de la que participo–. La conformista vaguedad de volverla inesperadamente ambivalente y captar una tipicidad “genérica” cuando se la confunde con el número cerrado y otra “es-

(10) Véase ALTERINI, Jorge H., “Previsiones normativas contenidas en el Proyecto de Unificación del año 1998. Proyecto de urbanizaciones especiales”, *Revista del Notariado*, nro. 903, p. 197.

(11) Las más pretéritas *XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil* de 1987 habían dicho: “La creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el ‘numerus clausus’, este principio, si bien posibilita la creación legislativa de nuevos derechos reales, impone al mismo tiempo que ello ocurra tan solo ante la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación en las categorías existentes”.

(12) Por ejemplo: KIPER, Claudio, *Tratado de los derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. I, p. 37.

pecífica” cuando esta se presenta en su ámbito propio (13), es una conclusión bipolar que induce a indeseables confusiones (14).

La ley precisa contenidos especiales, y en ese sentido típicos, en múltiples ocasiones.

Así, para el dominio, aparte de su clásica presentación, o sea como dominio perfecto regulado por los arts. 1941 a 1945 del Cód. Civ. y Com., aparecen otras dos especies muy significativas dentro de los llamados dominios imperfectos: el dominio revocable (arts. 1965 a 1969, Cód. Civ. y Com.) y el dominio fiduciario (art. 1701 a 1707, Cód. Civ. y Com.) (15).

Es particularmente intensa la presencia de la ley ante ciertos condominios, por cierto que en su tipicidad, pero no solo en ella, sino hasta —en diversos supuestos— en su nacimiento; me refiero a los condominios de fuente legal: “Se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables...” (art. 1894, Cód. Civ. y Com.).

La propiedad horizontal ingresa en la tipicidad en la esfera de los conjuntos inmobiliarios en sentido estricto (art. 2073, Cód. Civ. y Com.), pues a tenor del párr. 2º del art. 2075: “Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial”. Los llamados conjuntos inmobiliarios en sentido estricto conforman una tipicidad adoptada por la ley, frente al contenido en abstracto que asume la propiedad horizontal general.

Todas las manifestaciones del derecho de superficie tienen algunos rasgos comunes que al ser establecidos en abstracto con sentido gene-

(13) Así GATTI, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, ps. 121 y ss.

(14) Véase ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. I, §93, p. 101.

(15) El supuesto del dominio imperfecto por desmembrado, que ya refiere el art. 1946, según el art. 1964 “queda sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava”. En una visión amplia de la temática, el dominio desmembrado podría enunciarse como otro caso de caso de tipicidad dominial, pero esa hipótesis se desvanece en su singularidad y queda absorbida por el régimen de cada una de las cargas reales, o sea, de los diferentes derechos reales sobre objeto que ajeno que gravan (art. 1888, Cód. Civ. y Com.).

ral pertenecen al ámbito del número cerrado. Así, siempre la superficie es un derecho real temporario (art. 2114, Cód. Civ. y Com.), son iguales los legitimados para constituirlo (art. 2118, Cód. Civ. y Com.), semejantes las vías de adquisición (art. 2119, Cód. Civ. y Com.), también las facultades del propietario del objeto sobre el que recae la superficie (art. 2121, Cód. Civ. y Com.), la posibilidad de la reconstrucción o de la replantación (art. 2122, Cód. Civ. y Com.), el régimen aplicable a la transmisión y a las causales de extinción del derecho (arts. 2123 y 2124, Cód. Civ. y Com.) y a los efectos de ellas (art. 2125, Cód. Civ. y Com.), como las reglas para indemnizar al superficiario (art. 2126, Cód. Civ. y Com.).

Son matizaciones que claramente trazan distintas tipicidades las previsiones de los arts. 2127 y 2128 del Cód. Civ. y Com. aplicables respectivamente al derecho de construir o plantar en inmueble ajeno (derecho real sobre objeto ajeno) o a la propiedad superficiaria resultante del ejercicio de ese derecho o preexistente a su nacimiento (derecho real sobre objeto propio). Corresponde señalar que la idéntica temporalidad de las distintas manifestaciones superficiarias no soslaya la tipicidad en los plazos, pues cuando se trata de construcciones perdura por setenta años y por cincuenta años para las plantaciones realizadas (art. 2117, Cód. Civ. y Com.); la extinción por no uso opera para el derecho de construir a los diez años y para el de plantar a los cinco años (art. 2124, Cód. Civ. y Com.); y los plazos no son idénticos al tiempo de ejercitar el derecho de reconstruir (aquí, seis años) y el de replantar (tres años) (art. 2122, Cód. Civ. y Com.). Salta a la vista la extraña tipicidad que incorpora el segundo apartado del art. 2120: “El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario”.

En materia de usufructo a la par del régimen general se tipifica de manera especial al usufructo sobre un conjunto de animales (arts. 2130 inc. c], 2141 inc. a], 2153 *in fine*, Cód. Civ. y Com.).

En la habitación con los principios generales contenidos en los arts. 2158 a 2161 del Cód. Civ. y Com., coexisten al menos habitaciones típicas en favor del conviviente supérstite (art. 527, Cód. Civ. y Com.) y del cónyuge supérstite (art. 2383, Cód. Civ. y Com.).

En la servidumbre surgen casos en que median tipicidades legales, pues existen previsiones especiales si la servidumbre es forzosa, ya de tránsito o de acueducto (art. 2166, Cód. Civ. y Com.).

Para la hipoteca la tipicidad se corresponde, ante todo, con la hipoteca de alícuota regulada por el art. 2207 del Cód. Civ. y Com.

En la prenda conviven las disposiciones generales de los arts. 2219 a 2223 del Cód. Civ. y Com., que se corresponderían con el ámbito del número cerrado, con normas típicas acerca de la prenda de cosas (arts. 2224 a 2231, Cód. Civ. y Com.) y de la prenda de créditos (arts. 2232 a 2237, Cód. Civ. y Com.).

III.3. Suerte de la configuración de derechos reales no previstos por la ley o de la modificación de su estructura

La configuración de un derecho real no previsto por la ley, o la modificación de su estructura, deriva en la nulidad (art. 1884, Cód. Civ. y Com.).

Mariani de Vidal y Abella sostienen que, frente a la configuración de un derecho real no previsto o la modificación de su estructura, será el juez quien decida si importa un derecho personal o deviene en un derecho real próximo permitido (16), en coincidencia con los Fundamentos del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com. que evidentemente no tienen valor normativo (17).

Molina Quiroga, por su parte, considera que el art. 1884 del Cód. Civ. y Com. reproduce la regla del art. 2502 del Cód. Civ. derogado (18), por lo que parecería sostener la subsistencia del instituto de la conversión sustancial en este ámbito.

Cossari entiende que “...en definitiva se tratará de desentrañar la voluntad de las partes más allá del *nomen juris* al que hayan recurrido, pero solo cuando ello quede meridianamente claro se podrá —ante la falta de acuerdo de los interesados— proceder a la conversión en otro derecho diverso del que se tentó constituir” (19).

(16) MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N., *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, Zavallía, Buenos Aires, 2016, p. 42; “Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Aspectos salientes”, JA 2012-IV, AP Online.

(17) Se lee que “...a diferencia del Código Civil (...) no se reglan los efectos de tal creación, en tanto según sea el caso, el juzgador indicará si carece de todo valor, si importa un derecho personal, o si deviene en un derecho real próximo”.

(18) MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Manual de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 18-19.

(19) COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. IX, p. 46.

En mi visión, la conversión de un derecho real en uno personal es ontológicamente imposible, y la de un derecho real prohibido en otro permitido está claramente obstaculizada por la tesis que descarta la conversión frente a la nulidad absoluta, y es de nulidad absoluta la constitución de un derecho real no previsto, por contrariar el orden público propio de los derechos reales (art. 387, Cód. Civ. y Com.).

Un firme criterio doctrinario enfatiza que “...es de admitir su improcedencia cuando las normas conculcadas por el negocio sean de orden público. No hay posibilidad de conversión en estos casos...” (20).

No es dudoso que la configuración de un derecho real no previsto, y, por ello, prohibido, provoca la impotencia del acto respectivo que adolecerá de la máxima invalidez que significa la nulidad absoluta.

Es sabido que esa nulidad “no puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción” (art. 387, Cód. Civ. y Com.). Aquí el remedio sería el reotorgamiento del acto, que como su propio nombre lo indica sería una nueva fuente de adquisición con proyecciones saneatorias, aunque indirectas (21).

Si se descartara la confirmación del acto que adolece de nulidad absoluta sería nítidamente incoherente que se llegara elípticamente a la confirmación prohibida por vía del saneamiento de la conversión, pues en este ámbito haría las veces de una confirmación tácita (art. 394, Cód. Civ. y Com.). Es que si la inferencia tácita que asienta la conversión de que “el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad” (art. 384, Cód. Civ. y Com.), sería en sus implicancias parangonable con esa confirmación.

Si no se compartiera la construcción efectuada quedaría siempre en pie, como argumento final, el axioma primario de que todo lo no permitido está prohibido en sectores dominados por el orden público, que por lo demás se corresponde con los intereses generales (22).

(20) DE LOS MOZOS, José L., *La conversión del negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1969, p. 103.

(21) Véase ALTERINI, Jorge H. - CORNA, Pablo M. - ANGELANI, Elsa B. - VÁZQUEZ, Gabriela A., *Teoría general de las ineficacias*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 94.

(22) Véase ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. I, §97, ps. 106-108.

IV. ELEMENTOS

IV.1. Titular: “singularidad o pluralidad”

La “singularidad” se presenta cuando el derecho real es exclusivo, pues su titular debe ser una sola persona y no es factible la concurrencia de derechos reales de la misma naturaleza sobre el mismo objeto en cabeza de diferentes titulares; la “pluralidad” aparece cuando los derechos reales no son exclusivos, ya que por admitir la concurrencia pueden tener uno o varios titulares.

Los derechos reales exclusivos —ante la concurrencia de titulares— conducen a la teoría de la comunidad de esos derechos, mediante la posibilidad de figuras jurídicas que conforman, según el criterio que se adopte, o bien derechos reales distintos al derecho exclusivo respectivo, o bien situaciones especiales de esos derechos exclusivos (23).

Las normas del condominio, que es una comunión del derecho de dominio, “se aplican, en subsidio de disposición legal o convencional, a todo supuesto de comunión de derechos reales...” (art. 1984, Cód. Civ. y Com.).

La referencia a que la normativa del condominio rige supletoriamente no solo respecto de la ley, sino también de lo previsto en el plano “convencional” muestra un espacio para la manifestación de la autonomía de la voluntad en este ámbito.

IV.2. Objeto

Para el condominio de árboles, arbustos y otras plantas, el art. 2036 del Cód. Civ. y Com. preceptúa: “*Reemplazo del árbol o arbusto*. Si el árbol

(23) Son derechos reales exclusivos: el dominio, la propiedad horizontal, el tiempo compartido, el cementerio privado, la superficie, el usufructo, también el uso y la habitación en tanto la utilidad obtenible de las cosas que son sus objetos no supere la satisfacción de las necesidades de sus titulares y “familias”, y la preferencia o tanteo (con retracto). Son derechos reales no exclusivos: los de garantía (hipoteca, anticresis y prenda), la servidumbre, y además el uso y la habitación si la utilidad obtenible de las cosas que son sus objetos supera la satisfacción de las necesidades de sus titulares y “familias”.

La comunidad de derechos reales de dominio, de propiedad horizontal, de tiempo compartido, de cementerio privado, de superficie, de usufructo, en su caso de uso y de habitación, y de preferencia o tanteo (con retracto) origina las siguientes figuras jurídicas: el condominio, la copropiedad horizontal, el cotiempo compartido, el cocomunio privado, la cosuperficie, el cousingulato, el cousingulato, la cohabitación, y la cousingulato o tanteo (con retracto).

o arbusto se cae o seca, solo puede reemplazarse con el consentimiento de ambos condóminos”. Quiere decir que es menester de un contrato celebrado por comuneros para que el ejemplar pueda sustituirse, o sea, para variar el objeto del derecho real.

El objeto de la propiedad horizontal es el inmueble que se determina en la unidad funcional (art. 2039, Cód. Civ. y Com.), noción que abraza tanto a las cosas y partes propias como a las cosas y partes comunes (24). Sobre estas últimas dice el párr. 1º del art. 2040 del Cód. Civ. y Com.: “Son comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales las cosas y partes de uso común de ellas o indispensables para mantener su seguridad y las que se determinan en el reglamento de propiedad horizontal. Las cosas y partes cuyo uso no está determinado, se consideraran comunes”. En consonancia, el art. 2043 regla que, además de “las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias”, son propias las “previstas como tales en el reglamento de propiedad horizontal”. Efectivamente, el reglamento de propiedad horizontal —de naturaleza contractual— es el encargado de determinar el terreno, las unidades funcionales y complementarias, los “bienes propios” y las cosas y partes comunes (art. 2056, incs. a] a d], Cód. Civ. y Com.), entre otras temáticas.

Para la propiedad horizontal especial del conjunto inmobiliario como especie rige la misma directiva, pues “las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes” (art. 2076 *in fine*, Cód. Civ. y Com.).

En el reglamento de cementerio privado debe incluirse “la descripción del inmueble sobre el cual se constituye el cementerio privado, sus partes, lugares, instalaciones y servicios comunes” (art. 2105, inc. a], Cód. Civ. y Com.) (25).

En materia de usufructo “la falta de inventario y de determinación del estado de los bienes hace presumir que se corresponden con la cantidad indicada en el título y que se encuentran en buen estado de conservación, excepto que se haya previsto lo contrario” (art. 2138, Cód. Civ. y Com.). O sea, que se habilita a la autonomía de la voluntad para variar la solución legal y aunque este derecho-deber se presenta temporalmente antes del nacimiento del usufructo, pues se canaliza antes de

(24) Y hasta a las llamadas unidades complementarias.

(25) La referencia a “lugares” es una imprecisa descripción física de partes materiales de cosas; igual observación despierta la utilización del vocablo “instalaciones”.

entrar en el uso y goce del objeto, sin dudas se proyecta en el derecho real luego concebido.

V. CONTENIDO

V.1. Generalidades

El derecho real es un poder jurídico y como tal confiere a su titular un conjunto de facultades connaturalmente integradas entre sí, que conforman el contenido del derecho respectivo.

Ya se dijo que el *numerus clausus* fija el contenido “en abstracto” del derecho real, pero el contenido “en concreto” está dado por la tipicidad, y esta puede ser conferida directamente por la ley, o bien indirectamente a través del ejercicio de la autonomía privada.

La voluntad no solo puede operar al describir el espectro de facultades con mirada diferente al establecido por la ley, sino que también puede hacerlo fijando límites a los derechos, o sea, desplegando una suerte de rol negativo que acota el contenido normal del derecho respectivo.

A continuación, se analizará cómo puede incidir la autonomía de la voluntad contractual en el diseño legal de cada uno de los derechos reales, en función del plexo de facultades que ellos pueden otorgarle a su titular.

V. 2. Matizaciones contractuales de la facultad de usar

La facultad de usar (*ius utendi*) el objeto sobre el que recae el derecho real consiste en servirse de él, utilizarlo o emplearlo de acuerdo con el destino que corresponda.

El dueño, o sea el titular del derecho de dominio, —por regla y dentro de los límites legales— puede fijar el destino que prefiera, pues —en el decir de Lafaille— es el “árbitro único de su aplicación” (26).

Esa directiva se exceptúa en el caso del dominio imperfecto por fiduciario, pues el titular debe ajustar su actuación “al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas” (art. 1704, Cód. Civ. y Com.).

(26) LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, §478, p. 47.

Quiere decir que en el contrato de fideicomiso se puede establecer expresamente la destinación económica de la cosa respectiva o bien ella puede surgir del objetivo que se persiga.

La virtualidad del contrato para precisar el destino del objeto del derecho no se agota en el caso del dominio fiduciario, sino que también exhibe expresiones en otras figuras reguladas en el Cód. Civ. y Com.

Así, en materia de derecho real de condominio el destino de la cosa puede fijarse por “convención” (art. 1985); en la propiedad horizontal clásica el reglamento respetivo puede determinar el “destino de las unidades funcionales” (arts. 2056, inc. j] y 2047 inc. a]), motivo por el cual en la propiedad horizontal del conjunto inmobiliario como especie también se lo puede hacer (art. 2075, párr. 2º); en el tiempo compartido debe preverse en el acto jurídico de afectación el “destino” de los objetos integrantes del derecho (27), que debe ser respetado por los usuarios; en la superficie el titular debe ejercer su derecho dentro de las “modalidades” de su ejercicio (arts. 2214 y 2215), sin perjuicio de que en el caso de derecho de construir o plantar deba ajustarse supletoriamente a los límites del derecho de usufructo y a lo que “las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo” (art. 2127); en el usufructo una de las pautas para la determinación del destino es la “convención” (art. 2145), de allí que también se predique esta idea para el derecho de uso (arg. art. 2155); en la servidumbre puede establecerse por vía contractual la “utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno” (art. 2162), por lo que se permite elípticamente que se pacte sobre el destino; en la anticresis el titular de ella no puede modificar el destino de la cosa “excepto pacto en contrario” (art. 2216, párr. 2º); esto último ocurre igualmente en la prenda de cosas, pues “el acreedor no puede usar la cosa prendada sin consentimiento del deudor” (art. 2226), o sea que se podría pactar en el título constitutivo que el titular puede servirse de la cosa de acuerdo con un destino prefijado.

Son claras manifestaciones de la facultad de usar las enunciadas en los incs. a), c) y d) del art. 2107 para el titular del cementerio privado: “a) inhumar en la parcela los restos humanos de quienes disponga, hasta la dimensión establecida en el reglamento, y efectuar las exhumaciones, reducciones y traslados, dando estricto cumplimiento a la normativa dictada al respecto (...); c) acceder al cementerio y a su parcela en los horarios indicados; d) utilizar los oratorios, servicios, parque e instalacio-

(27) Arg. arts. 2087, 2088 (alusión a “fines” en ambos), 2089 (“finalidad”), 2093, inc. a) (“destino previsto”), 2095, inc. a) (“destino”).

nes y lugares comunes según las condiciones establecidas”. Nótese que todos esos derechos lo son en la medida de lo pactado en el reglamento de cementerio privado, o bien en uno interno dictado al efecto.

V.3. Tipicidades contractuales de la facultad de gozar

La facultad de gozar refleja el derecho de percibir los frutos que genere el objeto (*ius fruendi*), ya sean naturales, industriales o civiles (art. 233, Cód. Civ. y Com.), pero su alcance excede de la mera percepción fructuaria, pues también importa la facultad de obtener todos los provechos y ventajas que el objeto es capaz de brindar (28). El derecho de hacer mejoras es también natural derivación de la facultad de gozar, pues a través de ellas los beneficios pueden ser mayores (29).

Los condóminos tienen el goce común de la cosa y de allí que la directiva sea que tienen derecho a los frutos que ella genere con el alcance de las alcúotas respectivas; sin embargo, la ley permite la “estipulación en contrario” a ese mandato (art. 1995, Cód. Civ. y Com.) y, por ello, podrían acordar que la intensidad de la percepción fructuaria sea disonante con la alcúota de cada uno de ellos.

También en materia de condominio, y con la mirada puesta no solo en el goce, sino también en el uso, el art. 1997 del Cód. Civ. y Com. prevé que “los condóminos pueden convenir el uso y goce alternado de la cosa común o que se ejercite de manera exclusiva y excluyente sobre determinadas partes materiales”.

Con relación al conjunto inmobiliario como especie, el art. 2080 del Cód. Civ. y Com. dispone que el reglamento de propiedad horizontal puede establecer límites edilicios “o de otra índole”, que naturalmente se proyectarían sobre el uso y el goce de los titulares; el art. 2083 del Cód. Civ. y Com. prevé la posibilidad de que en el reglamento —incluso interno— se pacten límites con relación a “la extensión del uso y goce de los espacios e instalaciones comunes a aquellas personas que integran el grupo familiar del propietario de la unidad funcional y prever un ré-

(28) Según Larenz: “El concepto de ‘utilidades’ es más amplio que el de ‘frutos’. Las utilidades son los frutos de una cosa o de un derecho así como las ventajas de su utilización...” (LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, Edersa, Jaén, 1978, p. 398).

(29) Esta postura fue enérgicamente defendida en la doctrina nacional por el homenajado; véase en general ALTERINI, Jorge H., en LLAMBÍAS, Jorge J. - ALTERINI, Jorge H., *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, t. IV-A, p. 307.

gimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios de dichos bienes”.

En el tiempo compartido debe determinarse el uso y goce privativo y común de los usuarios (art. 2094, incs. a) y c], Cód. Civ. y Com.), en lo que en otra oportunidad denominé, con Jorge H. Alterini, Ma Eugenia Alterini y Francisco J. Alterini, como reglamento de tiempo compartido (30).

Un reflejo del goce en el cementerio privado, pero no fructuario, es incluido en el inc. b) del art. 2107 del Cód. Civ. y Com.: “construir sepulcros en sus respectivas parcelas, de conformidad a las normas de construcción dictadas al efecto” y estas “normas” no son otras que las previstas en contrato calificado como reglamento de cementerio privado (art. 2105, inc. e], Cód. Civ. y Com.).

Ya se dijo que en la superficie el titular debe ejercer su derecho dentro de las “modalidades” de su ejercicio (art. 2114 y 2115, Cód. Civ. y Com.); por ello, es que pueden pactarse límites al goce del superficiario en el título del derecho.

Para el derecho de uso, el art. 2154 del Cód. Civ. y Com. regla que “si el título no establece la extensión del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo”, por lo que si tal extensión se determina en el título debe inferirse que no se trata de un usufructo, sino de un verdadero derecho de uso; naturalmente la utilidad que puede extraer el usuario debe ser inexorablemente menor a la que obtiene el usufructuario.

En un exhaustivo estudio se ha puesto de resalto el gran margen que ostenta la autonomía de la voluntad en el ámbito del usufructo sobre acciones que regula el art. 218 de la Ley General de Sociedades: “Así como el derecho real de uso (arts. 2154 y ss., Cód. Civ. y Com.) se constituye como un usufructo con límites mayores, los ‘establecidos en el título’, el usufructo de acciones nace —a falta de voluntad en contrario— como un usufructo mayormente delimitado (art. 218, LGS). Estos límites no son sino ‘la extensión del uso y goce’ (arg. art. 2154, Cód. Civ. y Com.) o, si se quiere, la extensión del usufructo mismo” (31).

(30) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, §1521, p. 502.

(31) ALTERINI, Francisco J., “Estructura del usufructo sobre acciones”, LL 2018-A-1058. Continúa diciendo: “Ahora bien, es advertible que nos encontramos con dos extremos infranqueables. Así, es de la esencia del instituto el derecho a los dividendos, y se trata del contenido mínimo de la tipicidad legal, en tanto que la LGS solo autoriza

En la habitación también pueden preverse límites en el título constitutivo del derecho de habitación, por aplicación supletoria de las normas del uso (art. 2159, Cód. Civ. y Com.).

Se expresa que la servidumbre es un derecho real que “otorga gran plasticidad en cuanto a su contenido (...). En forma inadvertida el artículo 2166 del nuevo Código nos remite por una parte a la existencia de servidumbres nominadas: tránsito, acueducto, recibir aguas, por una parte, e innominadas o genéricas por la otra” (32). Con relación a la servidumbre, se debe partir de la directriz de que toda servidumbre “concede al titular (...) determinada utilidad”, aunque sea de mero recreo (art. 2162, Cód. Civ. y Com.). La utilidad regularmente implica generar una ventaja patrimonial, pero en la servidumbre la utilidad puede trascender del beneficio económico y acotarse marcadamente hasta quedar reducida y confinar el provecho a un simple divertimento. Incluso, en el título se pueden establecer “las circunstancias de lugar y tiempo de ejercicio” del derecho por su titular dominante y si así no se hiciera “las debe determinar el titular sirviente” (art. 2181, segundo párrafo, Cód. Civ. y Com.).

Para el caso de la clásicamente conocida como prenda anticrética (33), el art. 2225 del Cód. Civ. y Com. regla: “*Frutos*. Si el bien prendado genera frutos o intereses el acreedor debe percibirlos e imputarlos al pago de la deuda, primero a gastos e intereses y luego al capital. Es válido el pacto en contrario”. La referencia al “pacto en contrario” no solo determina que los particulares pueden variar el orden de imputación, sino también la alternativa para enervar el uso y goce del titular (34).

la regulación voluntaria dentro del marco de ‘el ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio’. Además, la mentada autonomía nunca podrá exceder de las normas estatutarias que dispone el Código Civil y Comercial (arg. art. 1884, Cód. Civ. y Com.):”

(32) COSSARI, Nelson G. A. - COSSARI, Leandro R. N., “Orden público en los derechos reales”, LL 2015-F-845.

(33) La denominación responde a que el objeto tiene la potencialidad de engendrar frutos y el acreedor satisface su crédito mediante esa percepción fructuaria, situación jurídica que aproxima la prenda a la anticresis.

(34) Véase ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, §1923, ps. 886-887.

V.4. El contrato como vehículo de ampliación o compresión de la facultad de disposición

V.4.1. Generalidades

Girard distingue la disposición absoluta de la disposición relativa (35), que se corresponden respectivamente con las nociones de disposición material —indicativa para de la posibilidad de destruir, consumir, demoler, talar— y de disposición jurídica, o sea de la enajenación o constitución de derechos reales o personales (36).

Desde otro punto de vista, la disposición material o absoluta, genera la idea de un consumo material y la disposición jurídica o relativa, de un consumo jurídico.

V.4.2. Disposición material

En materia de dominio fiduciario, en tanto su titular debe ejercitar el derecho de acuerdo “al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas” (art. 1704, Cód. Civ. y Com.), no es dudoso que el contrato puede imponer límites a la facultad de disposición.

En el reglamento tanto de la propiedad horizontal clásica, como en el del conjunto inmobiliario como especie, se podrían incluir directivas distintas a las legales que moldeen la facultad de disposición material de los titulares (arg. arts. 2037, 2056 inc. ñ], 2075, 2078, 2080, Cód. Civ. y Com.). Claro está que la voluntad estratificada en el reglamento solo podría implicar pautas más exigentes que las previstas por la ley para el ejercicio de la facultad de disposición material, por lo que no se podría utilizar ese contrato para flexibilizar los imperativos legales.

No merece aclaración alguna afirmar que el titular del derecho real de cementerio privado cuenta con la facultad de disposición material, pues no es dudoso que si puede “construir sepulcros” (art. 2107, Cód. Civ. y Com.), también podrá destruir parcial o totalmente lo existente. De allí que el reglamento de cementerio privado, al tiempo de reglar sobre los aspectos constructivos, pueda incluir directivas de cómo llevar a cabo

(35) GIRARD, Paul F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 2ª éd., Arthur Rousseau, París, 1898, p. 248, en nota 2.

(36) Véase MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, t. III, ps. 256-257.

de la destrucción que antecede la edificación (art. 2105, inc. e], Cód. Civ. y Com.).

En los derechos reales sobre objeto ajeno rige la pauta del *salva rerum substantia*, que no implica más que negar que el titular de ellos cuente con la facultad de disposición material(37). Así, en la regulación del Cód. Civ. y Com., rige esa pauta en la superficie de construir o plantar (art. 2127), en el usufructo (art. 2129) y por extensión en el uso (art. 2154) y la habitación (art. 2158), en el tiempo compartido (art. 2095, inc. a)], en la servidumbre (arg. art. 2180) y en los derechos reales de garantía (arg. art. 2195), es decir, en la hipoteca, la anticresis (art. 2216) y la prenda (arts. 2226, 2232 *in fine*).

Ahora bien, en la anticresis rige una particularidad, pues el deber de no alterar la sustancia es tal “excepto pacto en contrario” (art. 2216, Cód. Civ. y Com.).

Sin perjuicio del caso de la anticresis, y aunque en el título constitutivo de los demás derechos no se podría alumbrar la inexistente facultad de disposición material, los otorgantes del título del derecho sí podrían incluir un catálogo de actos según los cuales se alteraría la sustancia del objeto (38).

V.4.3. Disposición jurídica

En materia de límites al dominio se prevé en el art. 1972 del Cód. Civ. y Com. la posibilidad de pactar cláusulas de indisponibilidad(39). La literalidad del texto haría pensar que es aplicable exclusivamente para el dominio, aunque la referencia ceñida a ese derecho real se explica porque la norma se introduce dentro de la regulación de los “límites al dominio”.

(37) Véase ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, §1650, p. 617.

(38) Véase ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, §1651, p. 620.

(39) Es objetable el empleo del vocablo “inenajenabilidad” que realiza el art. 1972 del Cód. Civ. y Com. por ser extraño a la lengua castellana. Hubiera sido preferible adoptar la voz “indisponibilidad” que era la utilizada por su fuente, el art. 1912 del Proyecto de 1998, o en su caso inclinarse por el término también castizo de “inalienabilidad” (véase ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. I, §244, p. 250).

No obstante, no sería observable que lo predicado para el dominio, *mutatis mutandis*, se extienda igualmente a los otros derechos reales sobre objeto propio: condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios en sentido estricto, cementerio privado y propiedad superficiaria. Dice el art. 1972: “En los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas. En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez años. Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció...”.

La prohibición de las cláusulas de indisponibilidad a persona alguna (indeterminada) en los actos a título oneroso, no es extensible al dominio fiduciario cuando se incluyó expresamente una cláusula que habilitara la inalienabilidad.

En los actos a título gratuito, el impedimento temporal para disponer a persona alguna (indeterminada), tampoco rige en el dominio fiduciario si se pactó que la indisponibilidad se prolongara por más de diez años, pues el tiempo de indisponibilidad podrá extenderse mientras perdure el dominio fiduciario, incluso excediendo el período decenal (véase el art. 1688, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.).

En el ámbito del derecho de superficie, establece el párr. 2º del art. 2120 del Cód. Civ. y Com.: “El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario...”. La norma permite que se acote, a través de una previsión en el título del derecho, la virtualidad de la disposición jurídica del superficiario, al posibilitar que se impida la afectación de lo construido “al régimen de la propiedad horizontal”.

V.5. Facultades derivadas de la inherencia del derecho real al objeto

V.5.1. Generalidades

Las facultades de persecución y de preferencia son las ventajas típicas de los derechos reales, las que derivan de la inherencia del derecho real al objeto sobre el que recae. El art. 1886 del Cód. Civ. y Com. preceptúa: “El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la

cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente”.

El derecho de persecución se hace efectivo en los derechos reales, como una de sus facultades propias, a través de las acciones reales, siendo visible con toda claridad en la más importante de esas acciones: la acción reivindicatoria, aunque por cierto no está ausente en las restantes.

El *ius preferendi* se explica a través de la máxima romana *prior in tempore potior in iure*, es decir, “primero en el tiempo, más fuerte en el derecho”. Este derecho es independiente de los privilegios, y nada tiene que ver con ellos, en los que está en juego la jerarquía de los créditos, con abstracción de su antigüedad (40).

El derecho real es inherente al objeto, o sea, que está adherido a él. Si se adentra en él, es fácil comprender que acompañe al objeto en sus distintas vicisitudes, pues en realidad está alojado en él. De tal suerte, donde va el objeto lo sigue el respectivo derecho real (*ius persecuendi*), y si un derecho real ingresó en el objeto otro posterior, no podrá desalojarlo de la situación de preferencia preadquirida (*ius preferendi*) (41).

V.5.2. Persecución

Un supuesto en el cual la autonomía de la voluntad contenida en un contrato puede variar los alcances de la facultad de persecución es el de la cesibilidad de las acciones reales; a través de esta operatoria se transmite la defensa del derecho real a una persona distinta de su titular.

Es sabido que en el Cód. Civ. y Com., al igual que en el Cód. Civ. derogado, no existe una norma impeditiva como la del que art. 2200 del Proyecto de 1998 que afirmaba: “Las acciones reales solo pueden ser pro-

(40) Para comprender acabadamente el sentido del *ius preferendi*, como reflejo de la máxima romana aludida, es útil recurrir a la ejemplificación. Constituida una superficie de construir sobre la totalidad de un inmueble, el titular de esta podría hacer valer la mayor fuerza de su derecho frente a otra superficie posterior a la suya, hipótesis que podría presentarse si el titular del inmueble gravado desapodera al superficiario y constituye una nueva superficie. En el supuesto descrito, el primer superficiario, que fue desapoderado, primaría sobre el segundo superficiario.

(41) Véase ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. I, §155, p. 151.

movidas por el titular de un derecho real. Está prohibida la cesión de las acciones reales” (42).

No es dudoso que la posibilidad de que un titular de un derecho real ceda su acción real independientemente de su derecho resquebraja el sistema del título y el modo suficientes, pero ante el silencio que asume al respecto el régimen vigente se renueva la polémica desarrollada en tiempos de Vélez Sarsfield.

Si el art. 1616 del Cód. Civ. y Com. regla que “todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho” y esa prohibición no surge de la ley, ni de la naturaleza del derecho, es inequívoco que no hay obstáculos para que la cesión se realice expresamente.

Una cuestión diferente es si se puede ceder implícitamente a la acción real. La respuesta afirmativa es la que nos persuade con fundamento en que es razonable pensar que entre los accesorios del objeto de los contratos con finalidad traslativa de derecho real (compraventa, donación, etc.) está comprendida la acción real (43). La apoyatura jurídica se puede encontrar en la norma genérica en materia de obligaciones de dar del art. 746 del Cód. Civ. y Com. (“el deudor de una cosa cierta está obligado (...) entregarla con sus accesorios...”), que reitera para la compraventa el art. 1140 (“La cosa debe entregarse con sus accesorios...”).

Otra figura contractual que puede ingresar en el terreno de los derechos reales y proyectarse en la facultad de persecución es la transacción, caracterizada en el art. 1641 del Cód. Civ. y Com.: “La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”.

Sostuve con Jorge H. Alterini que la definición del contrato de transacción peca por defecto porque desde la literalidad de esa norma se extinguirían “obligaciones dudosas o litigiosas”, o sea que su ámbito quedaría acotado a los derechos personales o creditorios.

(42) En los Fundamentos del mencionado Proyecto de 1998 se dijo: “Como el sistema proyectado es un corolario de la concurrencia del título y del modo, se imponía la prohibición de la cesión de las acciones reales, pues tal cesión hubiera agrietado la solidez del sistema y generado soluciones alejadas de la certeza”.

(43) La concepción mayoritaria de la cesibilidad implícita de la acción real (en particular de la reivindicatoria) fue defendida en CNCiv., en pleno, 11/11/1958, “Arcadini, Roque (sucesión) c. Maleca, Carlos”, LL 92-463; JA 1958-IV-427.

El espectro alcanzado por la transacción excede el derecho creditorio y así pueden encontrarse ejemplos de transacciones que alcancen hasta los derechos reales y aun a derechos extrapatrimoniales (arg. arts. 17, 56 y 1004, Cód. Civ. y Com.).

Cuando existe —por ejemplo— una controversia sobre una división de condominio, típico derecho real, si se la supera por la vía del contrato de transacción, que obviamente supondrá concesiones recíprocas, se estarán transando derechos reales y no obligaciones (44).

V.5.3. *Preferencia*

El art. 2223 del Cód. Civ. y Com. se ocupa del supuesto de la constitución de “prendas sucesivas”, al establecer que “Puede constituirse una nueva prenda sobre el bien empeñado, a favor de otro acreedor, si el acreedor en cuyo poder se encuentra consiente en poseerlo para ambos o si es entregada en custodia a un tercero en interés común. La prioridad entre los acreedores queda establecida por la fecha de su constitución. No obstante, las partes pueden, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos de esta regla y establecer otro orden de prelación para sus derechos, a fin de compartir la prioridad o autorizar que ésta sea compartida”.

La regla es que la prioridad entre las distintas prendas “queda establecida por la fecha” de sus constituciones, o sea que habrá que atenerse a las prelaciones que resultan de la confluencia de cada uno de los títulos suficientes con los modos respectivos, también suficientes; natural derivación de la preferencia del derecho real.

Sin embargo, la última oración del art. 2223 permite eludir un encadenamiento prioritario que se atenga exclusivamente a las fechas de las constituciones y pactar un juego de prioridades distinto de ellas.

Se ha trasladado a las prendas con desplazamiento, o sea sobre cosas muebles no registrables, la directriz que el art. 19 de la “ley registral 17.801” adopta para los inmuebles. Esta norma abarca a derechos reales compatibles que puedan recaer sobre un inmueble; se extiende a cualquier derecho real sobre inmueble ajeno (45).

(44) Véase ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial...*, cit., t. VII, ps. 1013-1014.

(45) Art. 19 de la ley 17.801: “La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presen-

V.6. Contenido del derecho real y obligaciones de hacer

Es sabido que media una imposibilidad jurídica de que los derechos reales impongan obligaciones de hacer y que si en el título del derecho real respectivo se las estableciera solo expresarán el contenido de un derecho creditorio paralelo (46).

De allí que tal obligación limitará su eficacia relativamente, es decir, que no pasará a los futuros de los titulares del objeto y de tal suerte carecerá de uno de los efectos propios del derecho real, dado que no se adherirá al objeto.

VI. MUTACIONES JURÍDICO REALES

VI.1. Adquisición

VI.1.1. Generalidades

Importaría una derivación errónea suponer que la ley es la única fuente del derecho real. La experiencia jurídica demuestra todo lo contrario, ya que la ley actúa muy excepcionalmente como fuente de los derechos reales.

tación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40. Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos. No obstante, las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, substraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que esta sea compartida". Si las partes operan "estableciendo otro orden", estarán en juego los institutos de la reserva de rango para futuras inscripciones, o de las posposiciones, o permutas de rangos preestablecidos por el principio de la prioridad cronológica, o por la determinación en las escrituras simultáneas. Si las partes actúan "compartiendo la prioridad o autorizando a compartirla", estarán poniendo en marcha el mecanismo de los rangos concurrentes de derechos ya inscriptos, o provenientes de escrituras simultáneas, o la futura concurrencia del inscripto o de los inscriptos con los que luego lleguen al Registro (coparticipación de rango). Los negocios jurídicos sobre el rango de la reserva, posposición, permuta y coparticipación son de naturaleza contractual (véase ALTERINI, Jorge H., "Rango hipotecario: reserva, permuta, posposición y coparticipación", *Revista del Notariado*, nro. 720 (noviembre-diciembre de 1971), ps. 1997 y ss., y en "Contribución al Primer Congreso Internacional de Derecho Registral", Buenos Aires, 1972, ps. 125 y ss.; ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. I, §829, p. 869).

(46) Véase ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. I, §63-64, ps. 65 y ss.

La adquisición del derecho real puede ser originaria o derivada, según se funde o no en un derecho anterior.

Las adquisiciones legales (art. 1894, Cód. Civ. y Com.), la prescripción adquisitiva (arts. 1897 y ss., Cód. Civ. y Com.)⁽⁴⁷⁾ y los modos especiales de adquisición de la apropiación, transformación y accesión conforman adquisiciones originarias (arts. 1947 a 1963, Cód. Civ. y Com.).

Las adquisiciones derivadas pueden ser por causa de muerte o por acto entre vivos; las primeras se rigen por las directivas incluidas en el Libro Quinto “Transmisión por causa de muerte”, en cambio, las efectuadas *inter vivos* están regladas fundamentalmente por el art. 1892 del Cód. Civ. y Com. que comienza su regulación con el siguiente aserto: “La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes”.

Esa última afirmación no tiene una fuerza tan expansiva como se puede creer, pues —a pesar del silencio del legislador— no todos los derechos reales requieren la concurrencia de título y modo suficientes, sino únicamente aquellos que se ejercen por la posesión. Así, la hipoteca, la servidumbre negativa y la preferencia se constituyen solamente con el título suficiente, pues son extrañas a la idea de posesión.

El “título suficiente” es el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir el derecho real, otorgado por disponente capaz y legitimado al efecto. El finalismo propio del acto jurídico es aquí el de transmitir un derecho real, por lo cual solo pueden hacer las veces de “títulos suficientes” actos jurídicos que tengan ese objetivo. Son títulos suficientes para transmitir el derecho real de dominio los contratos de compraventa, permuta, donación, etc., y por carecer de dicha finalidad transmisiva deben descartarse de ese concepto a contratos como la locación o el comodato. La voluntad asume una energía muy singular en los derechos reales de garantías (hipoteca, anticresis y prenda), pues en ellos por regla la única fuente jurídicamente eficaz es el contrato (art. 2185, Cód. Civ. y Com.).

(47) En la prescripción adquisitiva puede jugar la autonomía de la voluntad en la “unión de posesiones”. Expresa el párr. 2º del art. 1901 del Cód. Civ. y Com.: “El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico”. Las referencias a que “derive inmediatamente de las otras” y al “vínculo jurídico” mueve a pensar en la posibilidad de que existan contratos que sirvan a esos efectos.

Para que opere la transmisión del derecho real, además del título suficiente, se requiere de un modo suficiente. La tradición, por regla, es el modo suficiente para transmitir derechos reales que se ejercen por la posesión. Sin embargo, hay casos especiales donde el modo es la registración —en materia de automotores (art. 1º, dec.-ley 6582/1958) y equinos pura sangre de carrera (arts. 1º y 2º, ley 20.378) —, el primer uso —para la servidumbre positiva (art. 1892, Cód. Civ. y Com.)— y la notificación —en las hipótesis de derechos reales sobre objeto total o parcialmente propios gravados con ciertos derechos reales que se ejercen por la posesión (48)—, sin perjuicio del supuesto de la prenda de créditos (49).

VI.1.2. La tradición como contrato formal solemne con finalidad bifronte

En otro aporte sostuve que la tradición —es decir, la entrega del *corpus* de la cosa— es un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial que, revestido de las formas establecidas por la ley, tiene por finalidad transmitir un derecho real y extinguir una obligación (50).

Si bien el Cód. Civ. y Com. no clasifica a los actos jurídicos en unilaterales y bilaterales, esa matización subyace en su régimen, y de allí que la tradición sea en esencia un acto jurídico bilateral, pues para su conformación es menester que confluyan las voluntades de dos partes: el *tradens* y el *accipiens* (art. 1924).

Dentro de los actos jurídicos bilaterales, la tradición responde al amplio concepto de contrato incluido en el art. 957 del Cód. Civ. y Com.

(48) El art. 1826 del Proyecto de 1998 establecía: “*Modo suficiente. Caso especial.* El modo en la adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia, si está gravada con un derecho real que se ejerce por la posesión, es la notificación de la identidad del nuevo titular al titular del derecho real sobre cosa ajena, salvo que se trate de una servidumbre positiva”. A pesar de la falta de tratamiento en el Cód. Civ. y Com. del supuesto señalado, debe entenderse que el modo se satisface mediante el mecanismo enunciado.

(49) El art. 2233 del Cód. Civ. y Com. regula que “la prenda de créditos se constituye cuando se notifica la existencia del contrato al deudor del crédito prendado”, lo que significa que la tradición del instrumento del crédito (art. 2219) no es suficiente para dar nacimiento a ese derecho real. En el derecho real de prenda sobre un derecho creditorio, el título es obviamente el contrato, mientras que el modo circula por dos andariveles: uno el de la entrega del instrumento y el otro la notificación al deudor del crédito, como una resonancia latente de la *traditio brevi manu* en su presentación como tradición por indicación.

(50) Véase ALTERINI, Ignacio E., *Transmisiones inmobiliarias*, La Ley, Buenos Aires, 2018, ps. 91 y ss.

De acuerdo con el art. 260 del Cód. Civ. y Com., el “acto voluntario” es el “que se manifiesta por un hecho exterior”. Tal manifestación de voluntad, según el art. 262, puede exteriorizarse “por la ejecución de un hecho material”, y de la lectura del art. 284 con relación a la forma se infiere que un acto es formal cuando la ley “designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad”.

En la tradición, el hecho exterior o la ejecución del hecho material, a tenor del art. 1924, “debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes”.

Si se impone que la voluntad se manifieste a través de una forma determinada (art. 284, Cód. Civ. y Com.), que consiguientemente no puede ser reemplazada por otra, dado que la tradición debe consistir ineludiblemente en la ejecución de actos materiales de, por lo menos, una de las partes (art. 1924, Cód. Civ. y Com.), tales actos materiales denotan la exigencia de una forma solemne absoluta.

La finalidad de la tradición integrativa de derecho real es precisamente la transmisión del derecho real respectivo y paralelamente la de extinguir una obligación, al importar el cumplimiento de ella, o sea, su pago. La tradición con finalidad traslativa de derecho real es un prototipo de acto jurídico bilateral y patrimonial bipolar, tanto real como personal. En otras palabras, es un contrato traslativo de derechos reales, y extintivo de derechos personales (51).

VI.1.3. El título suficiente como contrato que obliga a celebrar otro contrato

El título suficiente, como acto jurídico con finalidad traslativa, obliga a la celebración del contrato tradición cuando se encuentra involucrado un derecho real que se ejerce por la posesión.

Así, en materia de compraventa, y por extensión a la permuta (art. 1175, Cód. Civ. y Com.), “el vendedor debe transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida” (art. 1137, Cód. Civ. y Com.), quien “debe entregar el inmueble inmediatamente de la escrituración” (art. 1139, Cód. Civ. y Com.); respecto de la donación, “el donante debe entregar la cosa...” (art. 1555, Cód. Civ. y Com.), etcétera.

(51) Uno de los sucedáneos clásicos de la tradición también reviste la naturaleza de contrato. Me estoy refiriendo al *constituto posesorio*, que es un acto jurídico por medio del cual quien revestía la calidad de poseedor “desciende” en la relación real y deviene en tenedor, sin necesidad de ningún tipo de actos materiales.

Esa obligación de “entregar”, que surge del contrato-título suficiente, se traduce en una obligación de celebrar otro contrato: la tradición constitutiva del derecho real. Ahora bien, ¿qué ocurre si una de las partes se niega a efectuarlo?

Obviamente, la parte perjudicada puede demandar su cumplimiento. Las vías rituales son distintas en función de cada parte. Así, si la parte incumplidora fuera quien debe entregar el inmueble, la otra podría entablar la acción para adquirir la posesión (art. 2239, Cód. Civ. y Com.). En cambio, si lo fuera la parte que debe recibir el inmueble, el transmitente podría consignar el inmueble judicialmente (arts. 904 y ss., Cód. Civ. y Com.) (52).

VI.1.4. Una mirada desde la conexidad contractual

Piénsese, verbigracia, en una compraventa inmobiliaria celebrada por otorgantes capaces y legitimados al efecto, y con las formas que establece la ley. ¿Cuál es su finalidad inmediata? Es un contrato al que el ordenamiento jurídico lo encamina a transmitir el derecho real respectivo.

Sin embargo, ese contrato aisladamente considerado no tiene la virtualidad jurídica suficiente para que se produzca la mutación jurídico real, pues es menester que se integre con otro contrato: la tradición integrativa del derecho real.

Es, por ello, que el *iter* de las transmisiones por acto entre vivos de derechos reales que se ejercen por la posesión se puede explicar a través de la conexidad contractual.

Este fenómeno fue desconocido por el legislador decimonónico que se apoyó en las banderas del *res inter alios acta*, es decir, que los contratos solo tienen efectos entre las partes (53). La conexidad fractura esa re-

(52) Véase ALTERINI, Ignacio E., *Transmisiones inmobiliarias*, cit., p. 123. No debe pensarse que cuando el juez interviene en la configuración significa que constituye del derecho real, pues ello se encuentra vedado por el art. 1896 del Cód. Civ. y Com. El juez, al recibir el objeto consignado u otorgar judicialmente la posesión, simplemente suple la voluntad de la parte que se obligó a cumplir y no lo hizo, pero no se convierte en parte del contrato. A la manera de lo que ocurre en la representación, el juez es integrante del acto jurídico, pero no de la situación jurídica derivada.

(53) Para Tobías en la conexidad negocial “...queda considerablemente reducida la regla que los efectos de un negocio no perjudican ni benefician a un tercero” (TOBIÁS, José W., *Tratado de derecho civil. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 474).

gla y permite la comunicación de efectos entre los contratos integrantes del sistema (54).

Barbero alude a esa expresión contractual con la denominación de “negocios agrupados” por una finalidad común, de manera tal que siendo negocios formalmente autónomos son concebidos el uno en función del otro, de modo que la falta o ineficacia de uno de ellos hace desaparecer la razón de existir del otro (55).

Con una visión esencialmente coincidente, dice Cariota Ferrara: “Es fácil observar que algunos negocios tienen íntimo ligamen con otros (...). Tal ligamen o nexo se funde en la ley o se funde en la voluntad de las partes, puede dar lugar a una comunidad de destino entre un negocio y el otro, hasta el punto de no poder tener lugar uno sin el otro, o no poder desplegar efecto sin él...” (56).

El contrato-título suficiente y el contrato-tradición se encuentran vinculados entre sí por la finalidad objetiva de ellos: transmitir un derecho real que se ejerce por la posesión. Así, tanto el contrato que configura el título suficiente como la tradición como modo suficiente, tienen la finalidad de provocar la mutación jurídico real. Sin embargo, hasta que no confluyen esa teleología no se materializa. Es el propio ordenamiento jurídico el que establece previamente esa finalidad común (arts. 1892 y 750, Cód. Civ. y Com.).

Si bien los contratos que integran la red contractual conservan sus individualidades jurídicas, una vez acreditada la conexidad, la ineficacia que pudiera padecer uno de ellos podría propagar sus consecuencias y contagiar a los restantes (art. 1075, Cód. Civ. y Com.) (57). Esa expansión

(54) Véanse antecedentes de la figura en LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. II, §604.

(55) BARBERO, Domenico, *Sistema del derecho privado*, Ejea, Buenos Aires, 1967, t. I “Introducción. Parte preliminar. Parte general”, §263, p. 564. Véase, en general, la clarificadora explicación de SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) - SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo IV, Cap. 17, §17.2, ps. 717 y ss.

(56) CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. a cargo de Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1959, §77, p. 262.

(57) Galgano expresa: “Naturalmente, las vicisitudes que afectan al contrato accesorio no repercuten en el contrato principal; sin embargo no siempre es posible reconocer una relación de contrato principal y contrato accesorio entre los contratos coligados, siendo frecuente el fenómeno (...) de la interdependencia recíproca entre los contratos, todos dirigidos indivisiblemente a satisfacer el interés unitario...” (GAL-

de efectos –como ya se dijo– significa una importante excepción al principio del efecto relativo de los contratos (art. 1021, Cód. Civ. y Com.).

Utilizo la inflexión verbal “puede” y no la imperativa “debe” con relación a la expansión de la ineficacia, pues solo se extenderá de un contrato a otro si alguno de ellos pierde su razón de ser y la finalidad que los vinculaba deviene inalcanzable (58).

Díez-Picazo presenta dos planos posibles: “1º Cuando la independencia nace de ser uno de los contratos condición de eficacia o presupuesto del otro, la regla debe ser que la ineficacia del contrato que es presupuesto o condición acarrea la del contrato dependiente, pero nunca al revés. 2º Cuando la conexión existe por concurrir los varios contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, la regla aplicable debe ser la misma que se contemplaba en los casos de ineficacia parcial. La ineficacia de uno de los contratos solo origina la ineficacia del conjunto, cuando el resultado práctico proyectado únicamente pueda conseguirse mediante la vigencia de todo el conjunto negocial” (59).

Existe una total dependencia jurídica entre los contratos que configuran el título y el modo suficientes, pues el uno sin el otro no logra el propósito legal perseguido (art. 1073, Cód. Civ. y Com.). De allí que la ineficacia de alguno de ellos provoca inexorablemente la ineficacia del otro (60).

VI.1.5. *Derechos reales de constitución forzosa*

Los derechos reales son de constitución forzosa cuando existe la necesidad jurídica de que sean adquiridos derivadamente, la que puede surgir directamente de la ley o indirectamente de ella cuando intermedia la autonomía de la voluntad.

Son derechos reales de constitución forzosa porque la necesidad jurídica surge directamente de la ley: la servidumbre (en los supuestos de tipicidad regulada por el art. 2166, Cód. Civ. y Com.) y la hipoteca (en el caso del art. 1171, *in fine*, Cód. Civ. y Com.).

GANÓ, Francesco, *El negocio jurídico*, trad. a cargo de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, §26, p. 115).

(58) Véase LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 299.

(59) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979, vol. 1º, “Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias”, §337, p. 299.

(60) Véase ALTERINI, Ignacio E., *Transmisiones inmobiliarias*, cit., ps. 124 y ss.

Los derechos reales son de constitución forzosa porque en ella intermedia la autonomía de la voluntad, cuando juegan las directivas centrales de los arts. 994, 1124, 1128 y 1171 del Cód. Civ. y Com. Responden a esta pauta todos los derechos reales, salvo los que admiten como única fuente a la ley.

VI.2. Modificación

La modificación de la estructura apunta a la variación de lo previsto legalmente acerca de los aspectos que la integran (número cerrado, elementos, contenido y mutaciones jurídico reales). De allí que la autonomía de la voluntad contractual solo podrá alterarla en los casos en que la ley así lo permite.

Con relación a la consecuencia de modificar lo previsto en una norma estatutaria, véase lo que se dice en el punto III.3 de este trabajo.

VI.3. Extinción

VI.3.1. Implicancias del fenecimiento del título fuente del derecho real

Una causal extintiva de los derechos patrimoniales (art. 1907, Cód. Civ. y Com.) es la extinción del título fuente del derecho, pues tanto en los derechos reales como en los personales, tal acontecer hace fenecer, también, al derecho respectivo. Piénsese, por ejemplo, en la nulidad del contrato que da nacimiento a un derecho creditorio o bien a un derecho real. A igual resultado se llega de mediar otros medios extintivos, tales como la resolución, rescisión o revocación (61).

Cuando se extingue el acto jurídico que le otorgó vida al derecho, este último se queda sin soporte y pierde su existencia jurídica. En ocasiones, como consecuencia de la extinción puede nacer otra fuente de adquisición del derecho. Así, el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso, al que alude el art. 392 del Cód. Civ. y Com., encuentra una nueva fuente de adquisición del derecho en la

(61) Una expresión especial de esta directiva se presenta en el tiempo compartido. Establece el art. 2099 del Cód. Civ. y Com.: “*Extinción*. La extinción del tiempo compartido se produce: (...) b) en cualquier momento, cuando no se han producido enajenaciones, o se han rescindido la totalidad de los contratos, circunstancia de la que se debe dejar constancia registral...”

ley (art. 1894, Cód. Civ. y Com.). Téngase presente que la ley funciona en ese caso como el acto jurídico que origina el derecho (62).

VI.3.2. *Casos especiales*

Tanto el dominio revocable como el fiduciario son derechos expuestos a condición o plazo resolutorios, que pueden estar previstos por la ley o bien surgir del título del derecho involucrado (arts. 1965, 1668, 1697, 1701 a 1703, Cód. Civ. y Com.). La regla en el dominio revocable es que la resolución tiene efectos retroactivos, “excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley” (art. 1967, Cód. Civ. y Com.), en tanto que “la extinción del dominio fiduciario no tiene efecto retroactivo (...), excepto que [los actos realizados por el fiduciario] no se ajusten a los fines del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas” (art. 1705, Cód. Civ. y Com.). Nótese que en esas dos expresiones del dominio imperfecto la autonomía de la voluntad patentizada en el título suficiente puede variar los efectos de la resolución.

En materia del derecho de condominio sin indivisión forzosa la regla es que “excepto que se haya convenido la indivisión, todo condómino puede, en cualquier tiempo, pedir la partición de la cosa” (art. 1997, Cód. Civ. y Com.). Efectivamente, los condóminos pueden pactar la postergación de la partición, o sea alumbrar la indivisión temporariamente (63). Incluso, la partición puede revestir la naturaleza de contrato. Ello ocurre en el caso de la partición privada (64) y también en la calificada como mixta (65). Si la partición requiere de la unanimidad de los comuneros

(62) Véase ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. I, §418, p. 431.

(63) Dispone el art. 2000 del Cód. Civ. y Com.: “*Convenio de suspensión de la partición*. Los condóminos pueden convenir suspender la partición por un plazo que no exceda de diez años. Si la convención no fija plazo, o tiene un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. El plazo que sea inferior a diez años puede ser ampliado hasta completar ese límite máximo”.

(64) De la partición privada se ocupa el art. 2369 del Cód. Civ. y Com.: “*Partición privada*. Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial”.

(65) Desde la literalidad del Cód. Civ. y Com. no se advierte referencia explícita alguna a la llamada “partición mixta”, que es la resultante del acuerdo de quienes procuran la partición y de la consiguiente aprobación judicial. Pese a la ausencia de mención expresa de esta clase de partición, su implícita permisión puede extraerse del art. 2369 en cuanto se refiere a que los comuneros pueden partir “en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes”, de lo que se puede inducir que apar-

y su finalidad inmediata es la extinción de la comunidad que integran, pienso que no debería controvertirse su ontología contractual, en virtud de la amplísima definición del contrato vertida como art. 957 del Cód. Civ. y Com. Si todo acto jurídico bilateral o plurilateral con finalidad patrimonial es un contrato, la partición privada debe encasillarse como una expresión de los contratos extintivos (66).

También con relación al condominio puede advertirse otro contrato extintivo en el ámbito de la medianería. Si la abdicación importa la cesión por el condómino abdicante de sus derechos de medianería en favor del condómino colindante, yacería allí otra expresión contractual extintiva del derecho real (ver arts. 2028 y 2029, Cód. Civ. y Com.).

Si la personalidad del consorcio nace con la afectación del inmueble al régimen de la propiedad horizontal, unida a la redacción del reglamento de propiedad horizontal y su registración para la oponibilidad a terceros interesados de buena fe, y siempre que se haya transferido la titularidad de al menos una unidad funcional, es lógico que el proceso inverso importe la extinción de la personalidad. Efectivamente, la desafectación debe implicar la extinción de la persona jurídica (art. 2044, Cód. Civ. y Com.). En síntesis, así como la afectación a propiedad horizontal se produce con la concertación del contrato de reglamento de propiedad horizontal, su distracto produce su “extinción”; más precisamente, su disolución.

En el título de la superficie se puede pactar su duración que, obviamente, no puede superar los máximos legales (art. 2117, Cód. Civ. y Com.), o bien incluir una condición resolutoria (art. 2124, Cód. Civ. y Com.). Por otra parte, la destrucción de lo construido o plantado —por regla— no extingue el derecho real pues la ley autoriza a su reconstrucción, “excepto pacto en contrario” (art. 2122, Cód. Civ. y Com.).

El usufructo se puede constituir a favor de varias personas, pero “si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto si en el acto constitutivo se prevé lo contrario” (art. 2132, Cód. Civ. y Com.). Además, el título puede “puede ser establecido pura y simplemente, sujeto a condición o plazo resolutorios, o con cargo” (art. 2136, Cód. Civ. y Com.). El plazo resolutorio si se tratara de una persona jurídica, no puede ser superior a los cincuenta años y si no se pac-

te de la partición puramente privada aparece esta otra donde a la voluntad de los particulares se le suma la necesaria conformidad judicial.

(66) Véase ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, §1178, ps. 181-182.

tara esa sería su duración (art. 2152, inc. b), Cód. Civ. y Com.); en cambio, si el usufructuario fuera una persona humana y no se hubiera pactado la duración, “se entiende que es vitalicio” (art. 2152, inc. a), Cód. Civ. y Com.).

En la servidumbre el contrato en su faz extintiva es abordado por el inc. c] del art. 2182, que establece entre los medios especiales de extinción que ese derecho: “c) en las servidumbres personales, si el titular es persona humana, [por] su muerte, aunque no estén cumplidos el plazo o condición pactados; si el titular es una persona jurídica, [por] su extinción, y si no se pactó una duración menor, se acaba a los cincuenta años desde la constitución”. También el art. 2165 refiere que si la servidumbre personal “se constituye a favor de una persona humana se presume vitalicia, si del título no resulta una duración menor”; en cambio, menta que la servidumbre real “se presume perpetua excepto pacto en contrario”.

Tocante a la hipoteca el art. 2211 dispone: “*Convenciones para la ejecución*. Lo previsto en este Capítulo no obsta a la validez de las convenciones sobre ejecución de la hipoteca, reconocidas por leyes especiales”; la norma apunta fundamentalmente al sistema de ejecución mixto previsto en la ley 24.441 (67).

En el ámbito de la prenda de cosas los otorgantes del título de derecho tienen un amplio margen para pactar cómo debe ejecutarse el objeto respectivo (art. 2229, Cód. Civ. y Com.) (68); incluso cuando la prenda re-

(67) Véanse, especialmente, los arts. 45 y 52 de la ley 24.441.

(68) El art. 2229 del Cód. Civ. y Com. establece: “*Ejecución*. El acreedor puede vender la cosa prendada en subasta pública, debidamente anunciada con diez días de anticipación en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción que corresponde al lugar en que, según el contrato, la cosa deba encontrarse. Si la prenda consiste en títulos u otros bienes negociables en bolsas o mercados públicos, la venta puede hacerse en la forma habitual en tales mercados, al precio de cotización. Las partes pueden convenir simultáneamente con la constitución que: a) el acreedor se puede adjudicar la cosa por la estimación del valor que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, según lo establezca el experto que las partes designen o bien por el que resulte del procedimiento de elección establecido; en su defecto, el experto debe ser designado por el juez a simple petición del acreedor; b) la venta se puede realizar por un procedimiento especial que ellas determinan, el que puede consistir en la designación de una persona para efectuarla o la venta por el acreedor o por un tercero a precios que surgen de un determinado ámbito de negociación o según informes de los valores corrientes de mercados al tiempo de la enajenación que indican una o más cámaras empresariales especializadas o publicaciones designadas en el contrato. A falta de estipulación en contrario, estas alternativas son optativas para el acreedor, junto con las indicadas en los párrafos primero y segundo de este artículo, según el caso. El acree-

cae sobre un crédito, siempre que no sea dinerario (art. 2236 *in fine*, Cód. Civ. y Com.).

VII. CONVENIENCIA DE NUESTRO SISTEMA

Es conocida la opinión de Albaladejo acerca de que es preciso defender la libertad de cada persona para imponer sobre los objetos de su titularidad los derechos que desee (69).

Sin embargo, estoy convencido de que en el ámbito de los derechos reales no es conveniente exacerbar el postulado de la autonomía privada, pues ella —en muchos supuestos— es insuficiente para captar los alcances de un derecho que en cuanto su oponibilidad es absoluto, o sea, que es oponible *erga omnes*, incluso a los terceros interesados y de buena fe siempre que medie un mecanismo publicitario suficiente (art. 1893, Cód. Civ. y Com.).

Ante todo, el sistema del número cerrado establece la medida social conveniente del disfrute de las cosas y los derechos. Y esa determinación del contenido del derecho en abstracto coadyuva a que los distintos titulares tengan seguridad en cuanto al aprovechamiento de los objetos, siempre dentro de ciertos límites.

Por otra parte, no debe omitirse que la estructura legal del derecho real tutela al débil jurídico en la contratación encaminada a originarlo, pues el “fuerte” ve limitada la posibilidad de imponer derechos desfavorables para la otra parte y hasta para la sociedad en su conjunto.

VIII. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA RAZÓN DEL TEMA ESCOGIDO

La elección del tema de este ensayo no es fortuita, sino que —muy por el contrario— está conectada con un mensaje que quiero expresar.

El homenajeado, el académico Dr. Jorge Horacio Alterini, fue fundamental en los distintos planos de mi existencia, pues se encargó —junto con mi madre, Mag. Graciela Celina Vigliani— de comunicarme los va-

dor puede adquirir la cosa por la compra que haga en la subasta o en la venta privada o por su adjudicación”.

(69) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1977, t. III, “Derecho de bienes”, vol. I, ps. 31-33.

lores esenciales para que pueda encontrar mi camino y desarrollarme. Él no educaba con la fragilidad de la palabra, sino que lo hacía con la autoridad de los hechos, pero en ese tránsito dejaba que pudiera desplegar mis potencialidades —y las estimulaba en todo momento— sin querer imponerme sus pareceres. A guisa de síntesis, me transmitió la “estructura” para que pueda moldearla de acuerdo con el gobierno de mi voluntad.

Fue un notable juez, un investigador profundo, un publicista con una pluma incansable y muy respetuosa del lenguaje, un profesor extraordinario, un conferencista con un dominio escénico apoteótico, un proyectista que buscaba permanentemente la excelencia, un muy hábil “espadachín” en la “esgrima” del debate intelectual, un abogado exitoso.

Pero en esta oportunidad no quiero recordar a ese brillante jurista e indiscutible maestro del Derecho, sino que deseo evocar a la excelente persona que desbordaba de energía, al hombre de familia, al marido ocupado y agradecido, al padre cariñoso, al gran compañero de emprendimientos académicos, al amigo con quien nos comunicábamos sin que sea menester pronunciar palabra alguna.

Inspirado por la relación que nos unió, y que subsiste desde otro plano, para finalizar quiero aludir a un pensamiento de mi querido padre: “Si el pasado fue venturoso, que nos inspire. Si no lo fue, sepamos olvidarlo. Pero siempre abracemos el futuro apasionadamente”.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EXCEDE EL CAMPO CONTRACTUAL (LOS CONTRATOS EN LOS DERECHOS REALES)

POR LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ

I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad es el ámbito que cada sistema jurídico reserva a la autodecisión en el nacimiento de ciertos derechos u obligaciones, y a la autorregulación de su normativa, o lo que es lo mismo, el ámbito que el derecho deja librado a la voluntad de los sujetos.

Los sujetos de derecho a través del ejercicio de su voluntad —o la de quienes los representan, según sea el caso— pueden vincular el hecho jurídico que producen, con un efecto jurídico que a veces es determinado por la ley y a veces por el mismo sujeto actuante.

Tal efecto jurídico puede producirse tanto en el ámbito patrimonial como en el extrapatrimonial(1).

Ese efecto jurídico pasa a ser consecuente de un hecho jurídico humano, sea realizado por acción o por omisión.

Mucho más trascendentes son los casos de aplicación de la autonomía de la voluntad en los que los sujetos crean el derecho aplicable, ámbito típico de los contratos.

El ámbito que cada sistema jurídico reserva a la autodecisión en el nacimiento de ciertos derechos u obligaciones, y a la autorregulación de su normativa, es la autonomía de la voluntad. O, lo que es lo mismo, el

(1) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La personalidad pretérita. No es lo mismo estar muerto que no haber vivido”, LL del 22/10/2018, p. 8; LL 2018-E-1114; ADLA 2018-12-3.

ámbito que el derecho deja librado a la voluntad de los sujetos. Es aquel “poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social” (2).

Es “el principio que confiere a la *voluntad jurídica* la atribución de crear negocios jurídicos sin ultrapasarse el ordenamiento coactivo, brindándoles su contenido y su eficacia jurídica” (3).

Se trata del reconocimiento por el sistema jurídico de “un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas” (4).

Hay autonomía de la voluntad, en síntesis, cuando el sistema jurídico autoriza que sean los propios sujetos de derecho quienes creen las normas a las que quieran o deban ajustarse.

Considerada en sí misma la expresión “autonomía de la voluntad” en nuestro medio es de creación doctrinaria. El desarrollo del tema ha evolucionado notoriamente en derecho argentino desde el Cód. Civil de Vélez Sarsfield que no mencionaba el concepto con esa denominación, ni en su texto ni en sus notas, al Cód. Civ. y Com. de la Nación que lo utiliza en varios artículos (5).

En todo caso su existencia —no controvertida— surge claramente de la ubicación del principio entre las fuentes de las obligaciones y muy especialmente del art 958 del Cód. Civ. y Com. (6).

(2) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 12.

(3) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. I, nro. 28 p. 38; SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, nro. 20, p. 49.

(4) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1993. t. I, p. 127.

(5) Me refiero a los arts. 513 (sobre pactos de convivencia), art 1709 prelación en fuentes de las obligaciones, 2599 prelación entre normas internacionales, y 2651 relación entre normas contractuales en el derecho internacional privado

(6) Art. 958 del Cód. Civ. y Com.: “Libertad de contratación. 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”.

II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS HECHOS JURÍDICOS HUMANOS VOLUNTARIOS Y LÍCITOS

Para exponer los distintos matices tomo como ejemplo, el hecho jurídico del “fallecimiento”.

Fallecer aparece como consecuencia jurídica la extinción de los derechos y deberes de un ser humano, al menos para él (7). Elijo este ejemplo por la peculiaridad que tiene de producir sus efectos en el ámbito patrimonial y el extrapatrimonial.

El fallecimiento es, generalmente, un hecho de la naturaleza. Pero no lo es siempre.

A veces el sujeto de derecho —ser humano— ocasiona su propio fallecimiento, por acción u omisión causada por propia mano. Tal el caso de quien calcula que puede cruzar la calle antes que el vehículo que ve avanzar, pero se equivoca; o de quien se olvida de cerrar la llave de gas de su cocina.

En ambos ejemplos el sujeto ocasiona su fallecimiento, por acción (en el primer caso) u omisión (en el segundo), produciendo un hecho o acontecimiento fáctico al que el Derecho asigna como consecuencia la extinción de su personalidad.

Como se advierte, en ambos supuestos el sujeto produce un hecho jurídico humano que conduce a la aplicación de la consecuencia prevista por la ley para el fallecimiento.

Lo mismo puede afirmarse del suicidio de quien decide concluir su vida para evitar el dolor físico o espiritual. Produce un hecho jurídico humano, voluntario y lícito que tiene por consecuencia la extinción de su personalidad.

En la misma categoría cabe incluir al suicidio realizado con la finalidad de producir un hecho jurídico ilícito (8), v.gr., la defraudación a la compañía aseguradora en un contrato de seguros de vida.

(7) Aunque parezca una obviedad, el sujeto fallecido ya no podrá reclamar sus derechos ni se le podría exigir el cumplimiento de sus obligaciones; bien que algunos derechos y obligaciones continúan en cabeza de sus sucesores.

(8) Es decir, un acto jurídico ilícito en la denominación utilizada en la teoría del negocio jurídico.

III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS ACTOS JURÍDICOS

Me refiero a los actos jurídicos en la teoría del acto jurídico también llamado “negocio jurídico” en la teoría del negocio jurídico (9).

Los casos expuestos difieren de la situación en la que el sujeto produce voluntariamente su propio fallecimiento (10), evento que generalmente se denomina suicidio, pero lo realiza enderezando su voluntad a producir un efecto jurídico sobre sí mismo o sobre terceros, para crear, modificar o extinguir derechos en cabeza de sí mismo o de un tercero.

IV. EJEMPLO DE UN CASO PUNTUAL: EL SUICIDIO DEL DEUDOR QUE ES CABEZA DE RENTA EN EL CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA

Imagínese un sujeto cabeza de renta que también sea deudor — caso infrecuente— quien ha recibido, en virtud de la constitución de la renta, una importante propiedad, y que decide suprimir su propia vida porque como cabeza, al fallecer, libera a sus herederos del hecho de pagar la renta, dejándoles, en cambio, la propiedad referida. Sin duda la renta se extingue (11).

Pero los herederos deberían responder por responsabilidad con fundamento en el hecho ilícito contractual de su causante, y en definitiva devolver proporcionalmente el capital, e indemnizar en concepto de daños y perjuicios el valor estimado de la renta en consideración a la du-

(9) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Ensayos de derecho civil y técnica legislativa*, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 93 y ss.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Acto jurídico o negocio jurídico”, en *Ley & Foro. Rev. del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, San Juan de Puerto Rico, año 3, nro. 3, p. 11. SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, nro. 12, p. 29 y ss. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. I, nro. 9.

(10) Lo que no está prohibido por la ley.

(11) Conf. PONT, Paul, *Explication Théorique et Pratique de Code Civil. Des petites contrats*, Delamotte et Fils, editeurs. Paris, 1867, t. VIII, art. 1964, nro. 784 en p. 397; TROPLONG, Raymond, *Le droit civil expliqué. Du dépôt et du séquestre et des contrats aléatoires*, Charles Hingray, Paris, 1845, nro. 357 p. 491; ZACHARIAE, K. S., *Le droit civil français*, annoté par G. Massé et Ch. Vergé, Auguste Durand, Paris, 1860, t. V, nro. 749, p. 29, en p. 30 nota 2 *in fine*; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El alea en los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2002, nros. 141 y 155 d).

ración probable de la vida del causante (12). La solución resarcitoria es dudosa.

El Cód. Civil de Perú, en su art. 1939 dispone “Si se constituye la renta en cabeza de quien la paga y este pierde la vida por suicidio, el acreedor tiene derecho a que se devuelvan los bienes con sus frutos, deducidas las cantidades que hubiese recibido por renta”.

Por su parte, el art. 1519 *in fine*, del Proyecto de Cód. Civ. de la República Argentina, coincide en todo con lo dispuesto en el art. 1939 del Cód. Civil de Perú, y prescribe en su art. 1519, “...Si la persona cuya vida se tomó en consideración para la duración del contrato es el deudor y fallece por propia mano, se debe restituir el capital”.

Como el Cód. Civ. y Com. de la Nación no resuelve este punto, el tema queda abierto. No hay duda de que se extingue el contrato porque no hay como continuarlo sin desvirtuar su carácter aleatorio. Lo que no está claro es qué consecuencia se debe aplicar al patrimonio del suicida.

El art 1608 del Cód. Civ. y Com. de la Nación solo se refiere al suicidio del cabeza de renta que no es deudor, pero no prevé ninguna solución para el caso en que sea el propio deudor (13).

V. EL SUICIDIO COMO HECHO, Y EL SUICIDIO COMO ACTO JURÍDICO

Sin detenerme sobre este punto —hecho o acto jurídico— es claro que, en el último caso, de entre muchos que cabe imaginar, concurre un supuesto de autonomía de la voluntad por cuanto el sujeto decide realizar un hecho que, efectuado, desencadena una consecuencia jurídica prevista por la ley.

Súmese a lo expuesto el caso de extinción del usufructo vitalicio (arts. 2142 y 2152 del Cód. Civ. y Com.) en el que la muerte del usufruc-

(12) V. MACHADO, J. O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Lajouane, Buenos Aires, 1900, t. V, p 472; GASTALDI, José María - CENTENARO, Esteban, *Contratos aleatorios y reales*, Belgrano, Buenos Aires, 1997, p. 91.

(13) Art. 1608. Resolución por enfermedad coetánea a la celebración. Si la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato no es el deudor, y dentro de los treinta días de celebrado, fallece por propia mano o por una enfermedad que padecía al momento del contrato, este se resuelve de pleno derecho y deben restituirse las prestaciones.

tuario extingue el derecho real de usufructo y consolida el dominio en cabeza del nudo propietario

Ese es el caso más simple de aplicación de la autonomía de la voluntad: producir un hecho al que el Derecho asigna una consecuencia.

Pero no es el caso más útil ni el más conocido.

VI. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LAS NORMAS IMPERATIVAS

No hay sistema jurídico que prescinda de la aplicación de normas imperativas. Bien que la existencia de tales normas debe poder ser referida a la Constitución Nacional (14). Si resultan de cantidad excesiva o aplicadas a derechos íntima o estrechamente vinculados a la personalidad, el sistema se vive por los sujetos de derecho como opresivo.

Si la cantidad o incidencia de las normas imperativas es relativa frente al resto de los preceptos, entonces, el sistema normativo se percibe como liberal (15).

Se ha expresado esta idea escribiendo que “El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como atentados a la libertad de la persona” (16).

Lo cierto es que ningún sistema jurídico se integra totalmente con normas imperativas, ni únicamente con disposiciones de autodecisión y autorregulación de los derechos.

VII. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN SENTIDO ESTRICTO Y EN SENTIDO AMPLIO

La autonomía de la voluntad en sentido estricto está referida al campo de los contratos y consiste principalmente en el poder de crear, modificar o extinguir derechos.

(14) V. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 128.

(15) Conf. JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, Ejea, Buenos Aires, 1950, t. I, vol. 1, nro. 131 en p. 130.

(16) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 121,

Considerada en un sentido amplio como poder referido al uso y goce, disposición de poderes y facultades y derechos subjetivos, la autonomía de la voluntad se manifiesta en todos los derechos subjetivos (17) y, por ende, también en los derechos reales (18).

Incluso, desde alguna posición doctrinaria se ha considerado que el ámbito de la autonomía de la voluntad no se restringe al meramente patrimonial, ni todas las obligaciones tienen tal contenido, de suerte que también en el ámbito del derecho de familia rige la voluntad como principio creador de relaciones jurídicas, aunque de ello no se siga que tales relaciones sean contractuales (19).

VIII. LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. EL ORDEN PÚBLICO

El límite de la autonomía de la voluntad es el orden público.

La manera de entender el orden público se puede reducir a dos posturas: “a) el que lo concibe como un conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida, y b) el que considera que se trata de una cuestión que responde a un interés general colectivo, por oposición a una de índole privada, en la cual solo juega un interés particular, que es la que se entiende receptada por nuestro sistema jurídico” (20).

Son de orden público las normas imperativas que salvaguardan los principios jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento, y “que sin embargo no están formulados explícitamente por la ley, aunque se obtienen implícitamente del sistema legislativo y sobre todo de la Constitución” (21).

(17) V.gr, la decisión de optar por la facultad de añadir el apellido materno prevista en la ley 18.248 (Adla XXIX-B-1420).

(18) Conf. de CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 13; PLANIOL, M. - RIPERT, J., *Tratado práctico de derecho civil francés*, Cultural, La Habana, 1946, t. VI, nro. 25 en p. 37.

(19) Comp. PLANIOL, M. - RIPERT, J., *Tratado práctico...* cit., t. VI, nro. 24, en p. 36, texto a nota 1.

(20) DE LA FUENTE, Horacio H., “Los jueces y las leyes de orden público”, LL 2004-F-79; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Orden público y fraude a la ley”, LL del 3/11/2015, p. 1; LL 2015-F-596; AR/DOC/3878/2015.

(21) En tal sentido: GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, trad. por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 267;

La noción de orden público “está vinculada al conjunto de principios jurídicos que constituyen la base de la organización social y que aseguran la realización de valores que el medio social reputa como fundamentales” (22).

IX. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS CREDITORIOS

Cuando la doctrina se refiere a la autonomía de la voluntad en sentido estricto, suele circunscribir su análisis exclusivamente a la autodecisión y autorregulación normativa (23) expresada a través de los contratos a partir del precepto contenido en el art. 959 del Cód. Civ. y Com.

Sin embargo, la autonomía de la voluntad se manifiesta por otros medios, además, que los contractuales.

X. LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

Es sabido que, en el Cód. Civil histórico, siguiendo en esto al Código francés, no se recibió la declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones.

Fue en los proyectos de reforma del derogado Cód. Civil que precedieron a la sanción del Cód. Civ. y Com., donde ha sido recurrente incorporar a la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones (24).

El Proyecto de Código Unificado de 1987 dedicó todo un Título con dos Capítulos —arts. 2288 a 2305— a esta nueva fuente de las obligacio-

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Orden público y fraude a la ley”, cit.).

(22) TOBIÁS, José W., en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 93; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Orden público y fraude a la ley”, cit.

(23) V. Sobre autodecisión y autorregulación: ALTERINI, A. - LÓPEZ CABANA, R., *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, nro. 6, p. 36; Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 128; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1989, t. II, vol. 1, p. 391.

(24) Recomiendo el análisis efectuado en los Fundamentos nros. 270 a 274 del Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina.

nes, nacidas no ya por un acuerdo de voluntades, sino por la decisión voluntaria de un único sujeto. Entre los casos allí previstos figuran los títulos valores, las cartas de crédito emitidas por los bancos, las garantías “a primer requerimiento” y la promesa al público de cumplimiento de una prestación —generalmente pago de una recompensa— a favor de quien satisfaga determinados requisitos.

El Proyecto de la denominada Comisión Federal de la H. Cámara de Diputados —que mereció media sanción unánime— inspirado en el anterior, también recibe a esta nueva fuente de las obligaciones en los arts. 2288 a 2306.

El Proyecto elaborado por la Comisión creada por dec. 468/1992 (Adla, LII-B-1641) también recibió la declaración unilateral de voluntad como fuente en los arts. 1470 a 1480 deteniéndose en la promesa pública de recompensa, en el reconocimiento de obligaciones y promesas de pago, en garantías unilaterales autónomas, y en la creación de una fundación. Cada una de estas figuras constituye un Capítulo dentro del Título correspondiente.

En el Proyecto de 1998 para la República Argentina se incorpora la Declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones en forma similar a lo recibido en el derecho vigente, del que es fuente, con alguna salvedad en la regulación del concurso público.

En el Cód. Civ. y Com. se dedica el Capítulo 5 del Título V, “Otras fuentes de las obligaciones”, del Libro Tercero, “Derechos Personales”. Dicho Capítulo contiene 4 Secciones: “Disposiciones generales” (arts. 1800 a 1802), “Promesa pública de recompensa” (arts. 1803 a 1806), “Concurso público” (arts. 1807 a 1809) y “Garantías unilaterales” (arts. 1810 a 1814). Se incorpora así a una corriente doctrinaria con proyección internacional(25). Esta corriente se advierte también en algún código de los más recientes como el de Holanda(26).

Pero, aunque la declaración unilateral de voluntad es otro modo de atribuir efectos jurídicos a la autonomía de la voluntad, lo cierto es que

(25) Conf. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1978, t. II, vol. 1, p. 6, texto a nota nro. 4 y t. I, vol. 2, ps. 55 y ss. y 60 y ss.

(26) *Nouveau Code Civil Néerlandais. Le Droit Patrimoine*, traduit par Ejan Mackay, “Kluwer Law and Taxation Publishers”, Boston 1990, que regula la oferta de recompensa en su art. 220. Súmese a los Códigos de Portugal de 1966, Brasil de 2002, Paraguay de 1986, Italia de 1942 y Perú de 1984, considerados en los proyectos argentinos.

en materia de derechos reales no se trata de generar obligaciones, de suerte que las normas arriba referidas no son de aplicación. Pero sí lo es la posibilidad de generar derechos reales por un mero acto jurídico unilateral.

Por un simple acto jurídico unilateral surge —puede constituirse— el derecho real de propiedad horizontal y tiene toda eficacia hasta que se produce la adhesión de los sucesivos adquirentes, oportunidad en la que podría hablarse de contrato por adhesión. A ello se refiere Alterini al expresar “El reglamento está ubicado en la misma zona del contrato, la de las decisiones lícitas. Pero el contrato es, por definición, un acto jurídico bilateral o plurilateral (art. 957, Cód. Civ. y Com.) y como regularmente todo conduce a que lo redacte la sola persona del dueño, para hallar un concepto de base omnicompreensiva, hay que admitir que los adquirentes de unidades brindan su consentimiento *a posteriori* en una suerte de adhesión a lo redactado por el otorgante” (27).

También es por un mero acto jurídico unilateral que el testador puede imponer a sus herederos el estado de indivisión por un lapso no mayor de 10 años (28). Y tal estado de indivisión se rige por las reglas del condominio (29).

(27) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, con la colab. de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, nro. 1322, ps. 312 y ss.

(28) Art. 2330.— Indivisión impuesta por el testador. El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años.

Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad:

- a) un bien determinado;
- b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica;
- c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista.

En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a éste.

El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad.

(29) Art. 1984.— Aplicaciones subsidiarias. Las normas de este Título se aplican, en subsidio de disposición legal o convencional, a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes.

Las normas que regulan el dominio se aplican subsidiariamente a este Título.

XI. LA CONVENCIÓN JURÍDICA

El concepto de contrato al que adhiero se restringe a los supuestos en los que existe colisión de intereses contrapuestos (30).

De allí, entonces, que innumerables convenciones no lleguen a ser contrato. Sin embargo, todo ámbito en el que lo estipulado por dos o más sujetos de derecho atribuye consecuencias jurídicas a las relaciones entre ambos, es propio de la autonomía de la voluntad.

En el Cód. Civil derogado, y a guisa de ejemplo, puede mencionarse el precepto del art. 2654 por el que se requería la conformidad del restante comunero, en el condominio de muros, cercos y fosos, para abrir ventanas en la pared medianera. Este supuesto hoy ha sido suprimido pues el art. 2011 del Cód. Civ. y Com. sin exigir conformidad alguna, solo requiere que no se afecta la solidez del muro.

También puede referirse —y este es un ejemplo clásico- la norma del art. 1993 del Cód. Civ. y Com. que autoriza a los condóminos a disponer sobre el destino que se dará a la cosa objeto del condominio, a efecto de su administración. Adviértase que el Código bien podría haber establecido que inexorablemente, v.gr., la cosa se deba dar en locación. No hacerlo importa que la legislación ha reconocido un ámbito a la autonomía de la voluntad. Rige al respecto lo que los comuneros acuerden, bien que dicho acuerdo solo es una convención, no un contrato desde que falta entre ambos sujetos los intereses contrapuestos que caracterizan al contrato.

XII. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS REALES. EL TÍTULO Y EL MODO

“Los derechos personales están gobernados por el principio de la autonomía de la voluntad, con el único límite de no afectar el orden público, la moral y las buenas costumbres (arts. 12, 958, Código Civil y Comercial). Inversamente, en la regulación de los derechos reales impera la idea de orden público, con una mínima participación de la autonomía de la voluntad (art 1884 Código Civil y Comercial)” (31).

(30) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, t. I, nro. 13.

(31) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. I, nro. § 43, p. 52.

Las categorías o tipos de derechos reales enumerados en el art. 1887 del Cód. Civ. y Com. solo pueden crearse por la ley conforme lo dispone el art. 1884 del mismo cuerpo legal.

Así las cosas, pareciera que el ámbito de autonomía de la voluntad se encuentra hartamente restringido en el Libro Cuarto del Cód. Civ. y Com., pues, los sujetos de derecho no pueden insertar en el campo jurídico ningún derecho real atípico.

Pero hay más. No solo el tipo de derecho real no puede ser creado por los sujetos de derecho, sino que algunos tipos de los ya creados no pueden originarse en la mera voluntad de las partes, sino que nacen con prescindencia de tal voluntad y —en algún supuesto— contra dicha voluntad (32).

Es que en derecho argentino —heredero del romano— los derechos reales se constituyen con título y modo.

El título, las más de las veces, es un contrato. Así el contrato de prenda puede dar lugar a la constitución del derecho real de prenda. El contrato de hipoteca puede dar lugar al derecho real de hipoteca, el de compraventa o el de donación al de dominio, y así sucesivamente.

Pero, aunque casi todos los derechos reales admiten como título al contrato, algunos de ellos solo pueden tener por título a la ley, v.gr., el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (art. 2383 del Cód. Civ. y Com., o el condominio de muros, cercos y fosos en los casos de cerramiento forzoso (arts. 2008 y 2009). Tal es lo dispuesto en el art. 1884 (33).

De modo que, por un lado, se excluye a la autonomía de la voluntad como fuente de derecho, al establecer tipos de creación legal, y al disponer que alguno de ellos solo encuentra su título en la ley, pero por otro se aumenta la incidencia jurídica de la voluntad en cuanto el nacimiento de cada derecho real conforme al tipo legal, autoriza la celebración de un contrato en calidad de título de ese derecho real (34).

(32) A mi entender este último es el caso del condominio por confusión de límites.

(33) Art. 1894.— Adquisición legal. Se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite, y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe.

(34) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La autonomía de la voluntad oculta en el Código Civil (En los derechos reales)”, LL 1996-E-882; AR/DOC/15847/2001.

Por su parte, “se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real” (35).

Pero, de ninguna manera la autonomía de la voluntad en el campo de los derechos reales se reduce a lo expuesto precedentemente. Debe sumarse al temario el punto referente a la extinción de los derechos reales y sobre todo lo atinente a la reglamentación del poder de usar, gozar y disponer de poderes y facultades que excede la regulación del art. 1884 del Cód. Civ. y Com., cuya literalidad parece excluir toda incidencia de la autonomía de la voluntad (36).

Es que “la presencia del orden público es dominante en los derechos reales, pero no exclusiva. Coexisten dos planos normativos que es menester distinguir.

”Las ‘normas estatutarias’, que son exclusivamente de orden público, precisan cuáles son los derechos reales y cómo son.

”El referente inicial de esas cuestiones es el básico art. 1884...

”Las ‘normas reglamentarias’ son tales porque pueden ser dejadas de lado por una manifestación de voluntad en contrario expresada en el título constitutivo del derecho real respectivo; por tanto, no son de orden público” (37).

Y ambas categorías, lejos de excluirse, concurren.

XIII. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA REGULACIÓN SUPLETORIA DE LOS DERECHOS REALES

La regulación en el Cód. Civ. y Com., de casi todos los derechos reales, contiene previsiones de carácter subsidiario que dan cabida a la autonomía de la voluntad.

(35) Del art. 1892 del Cód. Civ. y Com.

(36) Art. 1884.— Estructura. La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.

(37) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. I, § 82, ps. 85 y ss.

Así en el derecho real de condominio, de propiedad horizontal, de superficie, en el usufructo, en las servidumbres reales, en la hipoteca y la anticresis. No así en el dominio pleno toda vez que por su estructura es un derecho real que no admite la participación jurídica de otro sujeto más que un titular único (38).

La autonomía que el Cód. Civil reconoce a la voluntad en el ámbito de los derechos reales se manifiesta más como autorregulación que como autodecisión.

Corresponde señalar ahora en qué preceptos se advierte el reconocimiento de la voluntad como factor jurígeno en los derechos reales del Libro Cuarto del Cód. Civ. y Com.

XIV. EN EL DERECHO REAL DE CONDOMINIO

Donde más se advierte la incidencia de la autonomía de la voluntad es en la regulación del condominio en los diversos casos con indivisión forzosa.

En orden a su constitución cabe destacar que el art. 1997 del Cód. Civ. y Com., si bien, por un lado, recorta las consecuencias de la voluntad de las partes en cuanto prohíbe a los condóminos renunciar de una manera indefinida a pedir la partición, por otro en el art 2000 autoriza los acuerdos de suspensión de la división por un plazo que no exceda de diez años, y más importante aún, es que dicho pacto se puede renovar tantas veces como las partes lo juzguen conveniente.

Respecto al ejercicio del derecho real de condominio, si no es posible el uso y goce en común de la cosa en condominio, las previsiones del art 1993 del Cód. Civ. y Com. autorizan recurrir a la autonomía de la voluntad instrumentada a través de una asamblea. Se trata, entonces, de atribuir eficacia a la voluntad de los comuneros al margen de contratación alguna.

El Código vigente, por su omisión, parece excluir la regla de otorgar prelación normativa a lo estipulado y al acto de disposición de última

(38) Y en este caso también resulta controvertible la incidencia de la autonomía de la voluntad como instrumento para extinguir el derecho real de dominio, ya que solo serviría para cambiar de titular, puesto que el nuevo adquirente recibe el mismo derecho del *tradens*, y no uno derivado de este.

voluntad que pueda haber dado origen al condominio. Es cierto que tal estipulación en contrario, de existir, puede estar contenida en el “título” mismo del condominio, pero nada obsta a que no sea así, sino que resulte de una convención posterior de los ya condóminos.

También la autonomía de la voluntad se manifiesta en el art. 1985 del Cód. Civ. y Com. (art. 2713 del Cód. de Vélez) que deja en un último lugar de prelación normativa a efectos de determinar el destino de la cosa común, al que resulte de su naturaleza y al uso al cual haya sido afectada la cosa. Ambos parámetros ceden frente a lo convenido por los condóminos.

Por fin respecto a la extinción del derecho real de condominio, sin entrar a considerar el acuerdo de partes que atribuye carácter de indivisión forzosa al condominio (art. 2000 Cód. Civ. y Com.) la autonomía de la voluntad se manifiesta al concluir este derecho cuando el art. 1996 del Código remite a las normas sobre partición en el derecho sucesorio que autoriza la división convencional en el art. 2369.

XV. EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL, Y CONJUNTOS INMOBILIARIOS, TIEMPO COMPARTIDO Y CEMENTERIOS PRIVADOS

Probablemente sea en estas figuras donde más incide la autonomía de la voluntad.

Aquí el título es un acto jurídico de margen generoso, pues “junto al régimen jurídico del nuevo derecho real de propiedad horizontal existe en el sistema legal una serie de regulaciones de derecho corporativo atinentes a la representación del consorcio, al régimen de convocatorias, y mayorías necesarias para tomar decisiones sobre diversos aspectos de la vida consorcial” (39).

Más que en otros supuestos, en propiedad horizontal el título se conforma por disposiciones de incorporación imperativa, como el contenido que debe tener el reglamento (art. 2056 del Cód. Civ. y Com.) y otras añadidas por el o los constituyentes que lo modelan y particularizan en

(39) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Propiedad horizontal”, en LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, 2ª ed., La Ley - Ediar, Buenos Aires, 2010, t. V, nro. 2221, p. 65.

grado sumo. Basta advertir la trascendencia que le otorga el art. 2037 del Cód. Civ. y Com. al contenido convencional (40).

No importa aquí si el reglamento es un estatuto normativo (41), un contrato (42) o lo que se conocía en doctrina como cuasicontrato figura que ha sido suprimida en la legislación argentina vigente.

Alterini sostiene a este respecto que “en la formación del reglamento existe una manifestación de voluntad, pero esa expresión dista del esquema clásico del contrato, pues normalmente es el titular del inmueble quien redacta el reglamento y sus disposiciones obligan a los nuevos adquirentes de las unidades.

En verdad el reglamento es uno de los contratos normativos, o actos regla, o actos constitutivos de un derecho estatutario caracterizaciones que implican conceptos más ajustados a la singularidad de su verdadera esencia.

El reglamento está ubicado en la misma zona del contrato, la de las decisiones lícitas. Pero el contrato es, por definición, un acto jurídico bilateral o plurilateral (art. 957, Cód. Civ. y Com.) y como regularmente todo conduce a que lo redacte la sola persona del dueño, para hallar un concepto de base omnicompreensiva, hay que admitir que los adquirentes de unidades brindan su consentimiento *a posteriori* en una suerte de adhesión a lo redactado por el otorgante.

(40) Art. 2037.— Concepto. La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal.

Las diversas partes del inmueble, así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible.

(41) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Naturaleza jurídica del proyecto de reglamento de copropiedad en la ley de prehorizontalidad”, LL 1984-B-716; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Propiedad horizontal”, en LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil...*, t. V, nro. 2276, ps. 122 y ss. ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, con la colab de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, nro. 1321, ps. 311 y ss.

(42) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Naturaleza jurídica...”, cit.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Propiedad horizontal”, en LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil...*, t. V, nro. 2276, ps. 123 y ss.

El reglamento, aunque de origen comúnmente unilateral, se convertirá en contrato plurilateral por adhesión” (43). Bien que como no relega su eficacia hasta entonces, hasta que llega a ese estado de plurilateralidad convencional, ostenta una naturaleza jurídica algo difusa.

En conclusión, el derecho real de propiedad horizontal y los que le resultan análogos —conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados— contienen en su título previsiones con sustento en la autonomía de la voluntad que modelan no solo su creación, sino su ejercicio; sin perjuicio que aun posteriormente vuelva a mudar su contenido y previsiones mediante la voluntad expresada de dos tercios de los copropietarios porcentaje necesario para modificar el reglamento conforme a lo dispuesto en el art. 2057.

Finalmente, vuelve a incidir la voluntad de los copropietarios en la extinción del derecho de propiedad horizontal (art. 2055)(44); pero adviértase que, a diferencia del dominio, aquí realmente se extingue el derecho, pues no solo cambia de titular.

XVI. EN EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Es definido en la doctrina como “derecho real de construir, plantar o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción, plantación o forestación existente separada de la titularidad de su emplazamiento, dentro de los límites aplicables” (45).

(43) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, nro. 1322, ps. 312 y ss.

(44) Art. 2055.— Grave deterioro o destrucción del edificio. En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, la asamblea por mayoría que represente más de la mitad del valor, puede resolver su demolición y la venta del terreno y de los materiales, la reparación o la reconstrucción.

Si resuelve la reconstrucción, la minoría no puede ser obligada a contribuir a ella, y puede liberarse por transmisión de sus derechos a terceros dispuestos a emprender la obra. Ante la ausencia de interesados, la mayoría puede adquirir la parte de los disconformes, según valuación judicial.

(45) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, nro. 1599. Agregan “Debe advertirse acerca de dos planos perfectamente diferenciados en el derecho de superficie; por un lado, el que atañe al ‘derecho de construir, plantar o forestar’ y, por otro, el relativo al ‘derecho sobre lo construido, plantado o forestado’, el que se designa como ‘propiedad superficiaria’”. Y en el nro. 1584: “Hasta la entrada en vigencia del

Por su parte el art. 2114 estatuye la siguiente definición legal: “Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales”.

La duración del derecho real puede ser acordada por las partes del contrato que sirve de título y puede ser renovada libremente teniendo como límites temporales, 70 años para las construcciones, y 50 para la superficie forestal y plantaciones (art. 2117).

El título del derecho real puede ser oneroso o gratuito y el derecho ya constituido puede transmitirse tanto entre vivos como *mortis causae* (art. 2119). También puede constituir garantías reales sobre el derecho de superficie; y el superficiario —salvo pacto en contrario— puede afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal (art. 2120).

Por regla la destrucción de la cosa objeto de la superficie no acarrea la extinción del derecho real, pero aun esto es salvo pacto en contrario (art. 2122). Es decir, que la extinción del derecho real de superficie puede verse afectada por la convención. Esto se advierte con nitidez cuando la ley admite como causa de extinción las que surgen del título contractual del derecho de superficie, que son el vencimiento del plazo, el cumplimiento de la condición resolutoria (art. 2124).

La incidencia de la convención vuelve a manifestarse al autorizar que, “Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores” (art. 2126).

Es que, en síntesis, además de las reglas sobre la limitación del uso y goce del derecho de usufructo, se aplican a la superficie lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo (conf. art. 2127).

Código Civil derogado, el derecho real de superficie fue admitido en nuestro país, pero fue explícitamente descartado para el futuro por el art. 2614 de ese Código, actitud de repulsa que subsistió hasta la sanción en 2001 de la ley 25.509, que lo autorizó únicamente en su manifestación agraria”.

XVII. EN EL DERECHO REAL DE USUFRUCTO

Cabe recordar que las reglas sobre usufructo se aplican en subsidio al derecho real de uso (art. 2155); y al derecho real de habitación las del derecho real de uso (art. 2159).

El art. 2137 prescribe que el usufructuario tiene la facultad de realizar inventario, es decir, que pueden hacerlo o no hacerlo.

En el art. 2139 del Cód. Civ. y Com. se dispone que el constituyente en el acto de constitución puede establecer “la obligación previa al ingreso en el uso y goce, de otorgar garantía suficiente, por la conservación y restitución de los bienes, una vez extinguido el usufructo.”

Solo en el usufructo de origen convencional entre adultos es facultativo el inventario, pues si la constitución es testamentaria, o aun siendo convencional hay menores, el inventario es de orden público (46).

Finalmente, en el caso del usufructo vitalicio, la muerte del usufructuario extingue el usufructo (arts. 2142 y 2152 del Cód. Civ. y Com.) y consolida el dominio en cabeza del nudo propietario, y —como se señaló *ut supra*—, la muerte como hecho humano no siempre es involuntario. Adviértase que no se trata de transmisión *mortis causae* sino de extinción del derecho real.

XVIII. EN EL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

Me refiero tanto al derecho real de servidumbre real como al de servidumbre personal (art 2165 del Cód. Civ. y Com.).

La regulación legal de este derecho real principia con un serio límite a la autonomía de la voluntad en el ámbito de la servidumbre real, al establecer que “La servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente al fundo dominante y al fundo sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometida a gravamen alguno” (art. 2165). Sin embargo, a continuación, admite la posibilidad de sujetarla a cualquier modalidad, bien que debe entenderse tal facultad circunscripta a las servidumbres constituidas voluntariamente, sean reales

(46) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, con la colaboración de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, nro. 1673, ps. 635 y ss.

o personales, positivas o negativas; de suerte que solo se excluye a las reales y forzosas (art. 2166) (47).

“Las servidumbres pueden sujetarse a condición o plazo suspensivos o resolutorios, y a cargos. Se aprecia una diferencia con los derechos de usufructo, uso y habitación, pues para ellos no rige la posibilidad de someter el derecho real a condición o plazo suspensivos (arts. 2136, 2155 y 2159, Código Civil y Comercial)” (48).

También concurre entre los derechos del titular sirviente la posibilidad —unilateral— de establecer las circunstancias de tiempo y lugar dentro de las que el titular dominante puede ejercer la servidumbre (art. 2181).

La transmisión de las servidumbres es permitida, excepto para las personales (siempre convencionales), con la salvedad que las reales solo pueden transferirse como accesorias del predio dominante, pero nunca separadas (49), incluso si la enajenación es compulsiva (art. 2178).

XIX. EN LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA, HIPOTECA PRENDA Y ANTICRESIS

Todo el derecho hipotecario se encuentra fuertemente influido por los pactos anejos al contrato de hipoteca.

La idea resulta común a todos los derechos reales de garantía según lo dispone el art. 2185 del Cód. Civ. y Com. (50) que solo permite la crea-

(47) Del art 2166 “...Son servidumbres forzosas y reales la servidumbre de tránsito a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública, la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías...”

(48) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, con la colab. de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, nro. 1789. V. también COSSARI, Nelson G. (dir. del t. X), en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, t. X, p. 421 com. al art. 2171.

(49) V. ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, con la colab. de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, nro. 1796.

(50) Art. 2185.— Convencionalidad. Los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo.

ción convencional y que —aunque se ha suprimido el art. 3116 del Cód. Civil histórico— claramente deja abierta la posibilidad de sujetar el derecho real a cualquier condición o plazo a modo de autorregulación del derecho.

El art. 2191 del Cód. Civil y Com. autoriza al acreedor hipotecario a elegir el inmueble a ejecutar cuando hay varios objetos de la garantía. Se trata de una decisión unilateral tomada luego de constituido el derecho real, y, por tanto, ajena a su título.

El mismo artículo admite convenir sobre la divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados.

La garantía puede abarcar los intereses, daños y costas anteriores a la constitución si así se acuerda en el título (art. 2193).

Tanto en materia hipotecaria (art. 2221) como en la prenda de cosas (art. 2229 incs. a) y b)), las partes pueden acordar el modo de liquidación del asiento en caso de falta de pago.

También queda sujeto a lo acordado por las partes el destino que se asigne a la cosa dada en anticresis afectando incluso la posterior utilidad de la cosa ya cesada la garantía

Pero es en el art. 2223 referido a la prenda de cosas y, en su análogo, el art. 19 de la ley nacional registral 17.801 (51) donde mejor se advierte el campo normativo que el código delega en la voluntad de las partes. En este artículo se prescribe que mediando acuerdo entre partes se puede reservar por el constituyente el derecho de constituir otra prenda ulterior de grado preferente, como excepción al principio de “rango de avance”.

(51) Art. 19.— “La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40. Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos. No obstante, las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, substraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que ésta sea compartida”. V. ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, con la colab. de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. II, nro. 1950, p. 907. Cabe recordar que en el Código derogado prescribía una regla semejante al art. 3135 para las hipotecas.

XX. SISTEMAS IMBRICADOS

El alcance de estas líneas apunta a demostrar que la división entre derechos reales y personales —gran mérito científico de Vélez Sarsfield— sobre cuya estructura también se elaboró el Cód. Civ. y Com., no es tan marcada como suele creerse, y que las normas de orden público que conforman el plexo normativo de los derechos reales, ceden aspectos trascendentes en la constitución ejercicio y extinción de los tipos reales en beneficio de la autonomía de la voluntad generalmente expresada a través de contratos y convenciones.

Se ha dicho que “ No obstante las muchas vías distintas que regularmente transitan los derechos reales y personales, en ocasiones el devenir jurídico los encuentra íntimamente conectados (52).

“...en ocasiones la ley establece que el derecho personal puede ser objeto del derecho real (art. 1883, Código Civil y Comercial); por ejemplo, la prenda de créditos (arts. 2232 y ss., Código Civil y Comercial); el usufructo de acciones (art. 2130, inc. b), Código Civil y Comercial, y art. 218, ley 19.550).

”Por otra parte, la titularidad del derecho real puede ir acompañada de obligaciones que nacen, se transmiten y se extinguen con él, es decir, que ambulan con la mutación jurídico real.

”La interactuación de los derechos reales y personales se observa, igualmente, frente a la violación del deber de respeto que pesa sobre todos los integrantes de la comunidad con relación a la titularidad del derecho real” (53).

Constituyen en síntesis sistemas imbricados.

(52) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, con la colab. de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. I, § 61, p. 62.

(53) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia, con la colab. de Francisco J. ALTERINI, *Tratado de los derechos reales*, cit., t. I, §61, p. 63.

RELACIONES ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS CONTRATOS

POR NELSON G. A. COSSARI (1)

I. INTRODUCCIÓN

Frecuentemente Jorge H. Alterini advertía que, quienes cultivamos con especial dedicación los derechos reales, podemos hacerlo con eficacia solo si conocemos las demás ramas del derecho privado, y especialmente el derecho de los contratos.

Es así que nos ha parecido importante destacar, en este homenaje al querido jurista, algunas vinculaciones entre los derechos reales y los contratos en conceptos que, si bien son manejados usualmente solo por los especialistas en derechos reales, no deberían estar ausentes del análisis desde la perspectiva contractual. Y es que el excesivo parcelamiento que ha sufrido nuestro derecho privado en las últimas décadas conspira contra una armoniosa integración de las partes en el todo, uno de los defectos que —por ejemplo— empaña al Cód. Civ. y Com.

II. RELACIONES

¿Qué relaciones podemos escudriñar? (2)

(1) Con la colaboración de Leandro R. N. Cossari.

(2) Molinario puso de relieve hace décadas diversas relaciones, entre el contrato y el derecho real, en conceptos que ciertamente nos han servido de inspiración para desgranar nuestras reflexiones (ver MOLINARIO, Alberto D., *Derecho patrimonial y derecho real*, La Ley, Buenos Aires 1965, ps. 125 y ss.).

II.1. El contrato título suficiente del derecho real

II.1.1. Concepto

Una de las funciones en que más frecuentemente aparece el contrato en los derechos reales es como título suficiente del derecho real.

El art. 2505 del Cód. Civil derogado, en la redacción original, decía que los: “derechos reales se adquieren y se pierden según las disposiciones de este Código, relativas a los hechos o a los actos, por medio de los cuales se hace la adquisición, o se causa la pérdida de ellos”. En la nota Vélez explicaba lo siguiente “Muchos escritores han pretendido establecer reglas generales sobre la adquisición y pérdida de los derechos reales. Maynz (...) ha demostrado la inutilidad de este empeño, porque los diversos modos de adquirir o perder la propiedad, o el derecho real constituido en ella, varían según la naturaleza de los hechos, por los cuales se hace la adquisición o se causa la pérdida. Mejor será que al tratar de cada uno de los derechos reales, se disponga sobre el modo de adquirirlos, y las causas porque se pierden”.

Salvat expresa que establecer normas generales de adquisición o pérdida de los derechos reales pertenece a otras épocas y que Maynz —a quien citaba el codificador— había demostrado que no era posible porque cada uno está regido por reglas de carácter especial (3).

El art. 2505 del Cód. Civil derogado era una norma ciertamente prescindible y así fue juzgado por la reforma de la ley 17.711 que lo reemplazó por un contenido diverso. De todas maneras, tenía la utilidad —afirma Gatti— de establecer que todo derecho real reconoce una causa, un medio que produce su adquisición y que ésta consiste siempre en un hecho o un acto jurídico (4).

Sabido es que existen modos originarios y modos derivados de adquisición de los derechos reales. Son modos originarios aquellos en las que el adquirente obtiene el objeto por sí mismo sin intervención de otro del cual la recibe. Si, en cambio, la cosa se recibe de un propietario

(3) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, 4ª ed. actualizada con textos de doctrina legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, t. I, nro. 9, p. 8.

(4) GATTI, Edmundo, *Teoría de los derechos reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 260.

anterior la adquisición es derivada (5). Solo en los casos de adquisición derivada es aplicable, la norma del art. 399 Cód. Civ. y Com. (6).

A su vez la adquisición derivada puede provenir de actos entre vivos o *mortis causa*.

El contrato aparece en la adquisición derivada de los derechos reales por actos entre vivos.

La teoría del título y modo se encuentra bien explicitada en el art. 1892 Cód. Civ. y Com. que requiere para la adquisición derivada de un derecho real por actos entre vivos el título y el modo suficiente.

Esta concepción tiene su origen en textos romanos ligados a la tradición como modo de transmitir el dominio. Se recuerda que había dos textos del derecho romano, uno del Código conforme el cual el dominio de las cosas se transfiere por tradición y usucapión, no por los simples pactos (2, 3, 20) y otro del Digesto “la nuda tradición nunca transfiere el dominio, sino si hubiere precedido la venta, o alguna justa causa, por la cual siguiese la entrega” (41, 1, 31). De allí se dedujo que no era suficiente el acto jurídico antecedente, sino que también se requería el modo, que era la tradición (7). Pero en lo que aquí nos ocupa, tampoco era bastante la tradición sin un pacto antecedente que le sirviera de causa.

Los romanos no formularon la teoría sino que su construcción perteneció a los doctrinarios de la edad media y moderna que —al decir de Castán Tobeñas— llegaron a ella: “1º Incliniéndose hacia la interpretación causal (no abstracta) de la *traditio*; 2º Ampliando y generalizando la doctrina romana de la tradición a todos los casos de adquisición y a todos los derechos reales, con algunas excepciones, 3º Aplicándole las denominaciones de *titulus* y *modus acquirendi*, causa próxima y remota, tomadas de la terminología escolástica (...) Expresaban estos nombres las categorías de posibilidad y efectividad (...) la convención entre transmitente y adquirente no daba sino la mera posibilidad de que la transmisión y, consiguientemente, la adquisición de la propiedad se efectuase, se la llamó título, y como la tradición realizada en concreto, efectuaba la transmisión, y consiguientemente la adquisición de la propiedad, se

(5) HIGHTON, Elena I., *Derechos reales. Dominio y usucapión*, Hammurabi, Buenos Aires, t. 2-II, p. 4; ALTERINI, Jorge H., en LLAMBÍAS, Jorge J. - ALTERINI, Jorge H., *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, t. IV-A, p. 320.

(6) ALTERINI, Jorge H., en LLAMBÍAS, Jorge J. - ALTERINI, Jorge H., *Código Civil anotado*, cit., t. IV-A, p. 320.

(7) GATTI, Edmundo, *Teoría de los derechos reales*, cit., ps. 255 y 256.

la llamó modo”. Ambos, título y modo, son causas de la adquisición, el primero la causa remota y el segundo la causa próxima (8).

El Cód. Civ. y Com. declara que la adquisición derivada por actos entre vivos requiere título suficiente y modo. El principio general dice demasiado y no es exacto. No todos los derechos reales requieren modo.

Para transmitir el derecho real se necesita el título suficiente. Suficiente, como apunta Gatti, para la adquisición del derecho real (9).

Combinando los párrafos segundo y sexto del artículo que analizamos el título suficiente puede definirse como:

“El acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real, emanado de otorgantes capaces y legitimados al efecto”. Si nos quedáramos solamente con el segundo párrafo de la norma habríamos llegado apenas al concepto de justo título.

Jorge H. Alterini lo define afirmando que “Título suficiente con relación a una cosa es un acto jurídico que tiene por finalidad transmitir un derecho real sobre la misma, revestido de las formalidades establecidas por la ley, otorgado por un disponente capaz, legitimado al efecto” (10).

Pues bien, ese acto jurídico es un contrato que resulta idóneo para transmitir o constituir el derecho de que se trata. Así la compraventa, la permuta, la donación, el contrato de fideicomiso —cuando transmite un derecho real en forma fiduciaria—, se presentan como títulos suficientes del derecho real, que deberán ser complementados con el modo previsto por la ley.

El ya aludido tratamiento de los modos de adquisición de los derechos reales dentro del dominio que hacía el Código de Vélez, hace que los contratos enunciados —en particular cuando hablamos de compraventa, permuta y donación— establezcan en la definición que generan la obligación de transferir la propiedad de la cosa, entendida como derecho real de dominio (art. 1323, 1485, 1789 —este último con redacción poco feliz— del Cód. de Vélez). Se ignoraba pues a los mismos como causa de

(8) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, revisada y puesta al día por García Cantero Gabriel, 14ª ed., Reus, Madrid, 1992, t. II, vol. 1, ps. 279 y 280.

(9) GATTI, Edmundo, *Teoría de los derechos reales*, cit., p. 326.

(10) ALTERINI, Jorge H., en LLAMBÍAS, Jorge J. - ALTERINI, Jorge H., *Código Civil anotado*, cit., t. IV-A, p. 393.

adquisición de otros derechos reales, en especial los de disfrute sobre cosa ajena. Por el contrario, era y es de uso hablar v. gr. de compraventa o donación de partes indivisas, o de compraventa o donación de unidad en propiedad horizontal.

Ello se repite en los arts. 1123, 1172 (11) y 1542 —con redacción más acertada— del Cód. Civ. y Com., pero es en parte es solucionado al señalar, para los actos a título oneroso con precio en dinero, en el art. 1124 bajo el epígrafe “Aplicación supletoria a otros contratos” que las normas de la compraventa “se aplican supletoriamente a los contratos por los cuales una parte se obliga a) transferir a la otra derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, o a constituir los derechos reales de condominio, superficie, usufructo, uso, habitación, conjuntos inmobiliarios o servidumbre, y dicha parte, a pagar un precio en dinero”.

La norma distingue entre transferir y constituir con simetría en el art. 1892 Cód. Civ. y Com. que habla de “transmitir o constituir” el derecho real. Debe recordarse que el Proyecto de 1998 al definir el título suficiente hacía alusión únicamente a “transmitir” (art. 1824 del Proyecto de 1998), si bien como bien sostienen Jorge H. Alterini e Ignacio Alterini “no era técnicamente inadecuado limitarse a mentar el ‘transmitir’ el derecho real, sin agregar el ‘constituir’, pues en las adquisiciones derivadas por acto entre vivos, en tanto los derechos adquiridos provienen del autor, éste es quien lo transmite y al hacerlo constituye el derecho derivado” (12). El artículo debe ser interpretado en forma general sin tomarlo demasiado a la letra dado que tiene imprecisiones. Así por ejemplo puede transferirse la propiedad sobre el derecho que se tiene en el conjunto inmobiliario sea este un conjunto inmobiliario “propriadamente dicho”, tiempo compartido o cementerio privado, siendo razonable aplicar las reglas de la compraventa si se abona un precio en dinero. También la servidumbre puede transmitirse junto el inmueble al cual accede (art. 2172 Cód. Civ. y Com.). Al distinguirse entre transmitir y constituir la norma diferencia, en nuestro entender, al caso en que el solo titular de un derecho real sobre cosa propia lo limita dando lugar a derechos reales sobre cosa parcialmente propia o sobre cosa ajena mediante un acto de disposición, o bien cuando el titular de cosa total o parcialmente propia

(11) Refiriéndose expresamente al dominio y no a la propiedad.

(12) ALTERINI, Jorge H. - Alterini, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código, Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, COSSARI, Nelson G. A. (director de los ts. IX y X), 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IX, p. 75.

lo desmembra generando un derecho real sobre cosa ajena, y allí estaríamos hablando de constitución distinguiéndolo de los supuestos en que se transmite un derecho real existente tal como está. Asimismo, no debe dejarse de tenerse en cuenta que es posible que el titular de un derecho real sobre cosa ajena desmembre este constituyendo sobre el mismo otro derecho real v.gr. el usufructuario que constituye derechos reales de servidumbre, uso o habitación sobre el mismo conforme el art. 2142 Cód. Civ. y Com.

El Código no trae una norma similar para la permuta debiéndose considerar aplicable el art. 1124 Cód. Civ. y Com. conforme lo dispuesto por el art. 1175 Cód. Civ. y Com.

Para los actos a título gratuito el art. 1542 en forma más genérica bajo el título “Aplicación subsidiaria” establece que las normas de la donación “se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito” La distinta redacción, respecto a los actos a título onerosos con precio en dinero, quizás se explique por el cúmulo de plumas que intervinieron en la redacción del Código. Preferimos esta última formulación que por ser más genérica acarrea menos inconvenientes.

Ahora bien, nada impide que se llamen a tales contratos como de usufructo, uso, habitación, superficie, etc. Bien entendido que —salvo los casos de servidumbres negativas, hipoteca y prenda con registro— estos contratos serán solo títulos que obligan a constituir el derecho real una vez que sean complementados por el modo.

Particularmente no debe olvidarse que existen otros contratos que son títulos suficientes de derechos reales que no tienen como propósito ni transmitir ni constituir derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia, o de disfrute sobre cosa ajena, sino derechos reales de garantía sobre cosa ajena cuyos títulos suficientes no pueden asimilarse analógicamente ni a la compraventa ni a la donación. Es por ello que puede observarse la existencia de un específico contrato de hipoteca (mentado en el art. 2208 Cód. Civ. y Com.), de prenda (mencionado en el art. 2219 Cód. Civ. y Com.), de anticresis (deducible de la mención genérica del art. 2185 Cód. Civ. y Com., y al que Vélez aludía expresamente en el art. 3240 derogado) y el contrato de prenda con registro (arts. 4º y concs. ley 12.962, conforme t.o. por dec. 897/1995). Además, en virtud del art. 2185 Cód. Civ. y Com., tales contratos son la única manera en que tales derechos de garantía pueden nacer a la vida jurídica dado que su título debe ser exclusivamente contractual.

II.1.2. El contrato solo como título suficiente del derecho real: la exigencia del modo

En los derechos reales que se ejercen por la posesión es ineludible para que el mismo nazca que el título suficiente se complemente con el modo. No abundaremos aquí sobre ese tema, dado que escapa estrictamente al marco contractual. Basta decir que tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión (art. 1892 parte 3ª Cód. Civ. y Com.) y que “la inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos” (art. 1892 parte 4ª Cód. Civ. y Com.). Solo los automotores (dec.-ley 6582/1958) y los equinos pura sangre de carrera (ley 20.378) requieren la inscripción constitutiva como modo (13).

En los casos de las servidumbres positivas el primer uso de la servidumbre es el modo de adquisición de la misma, conforme reza el párr. 5º del art. 1892. Era lo que preveía el art. 2977 del Cód. Civil derogado al prescribir: “El uso que el propietario de la heredad a quien la servidumbre es concedida haga de ese derecho tiene lugar de tradición”. Puede observarse que en rigor al ejercitarse por primera vez la servidumbre se está ejerciendo la posesión a la manera de la servidumbre constituida (14), a lo que el adquirente de la servidumbre está habilitado por el título que le permite, sin observar las formalidades de la tradición, comenzar su ejercicio.

II.1.3. El contrato como título suficiente y bastante para la creación del derecho real

Existen supuestos en que el solo contrato basta para constituir el derecho real. Así en el caso de las servidumbres negativas, y la hipoteca el contrato da nacimiento a las mismas, sin necesidad del modo. Ni la tradición —imposible en la servidumbre negativa y contradictoria en la hipoteca— ni la inscripción registral son necesarias. Lo mismo ocurre con la prenda con registro conforme el art. 4º de la legislación prendaria “el contrato produce efectos entre las partes desde su celebración” (15).

(13) También lo eran las palomas mensajeras. Estas conforme la añosa y peculiar ley 12.913 (que ratificó al dec. 17.160/1943) requerían la inscripción constitutiva como modo. Tal norma fue derogada por la ley 27.171 art. 6º.

(14) Ver al respecto COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado...*, cit., t. IX, p. 68.

(15) Ver respecto a este último punto COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado...*, cit., t. X, p. 584.

El art. 1825 del Proyecto de 1998 aclaraba que la adquisición derivada por actos entre vivos de derechos reales que no se ejercen por la posesión, solo requiere título suficiente.

El art. 1892 Cód. Civ. y Com. no hace tal salvedad, pero la solución es la misma. Por una parte, no nos parece que fuera aplicable el apartado cuarto del artículo. No pensamos que ni las servidumbres negativas, ni la hipoteca sean casos legalmente previstos de inscripción registral como modo suficiente (art. 1892 párr. 4º, parte 1ª Cód. Civ. y Com.). Dicho de otro modo, existe hipoteca o servidumbre negativa aun cuando no se inscriba en el registro inmobiliario. Si se pensó lo contrario el legislador debió haberlo dicho expresamente. Tampoco nos parece que sea el caso de “cuando el tipo de derecho así lo requiera” (art. 1892 párr. 4º, parte 2ª) dado que sin perjuicio que el tipo no lo requiere, la norma, además, se refiere expresamente a cosas no registrables (16).

Por otra parte, la cuarta parte del art. 1893 Cód. Civ. y Com. es análoga a la del art. 3135 del Código derogado (17), y se mantiene la amplísima disposición del art. 20 de la ley 17.801: “Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado”. Todo lo cual ratifica el carácter meramente declarativo de la inscripción en materia inmobiliaria y la innecesariedad de la inscripción para que exista el derecho real en estos casos.

II.2. El contrato como antecedente necesario para la constitución de un derecho real accesorio

El art. 1899 Cód. Civ. y Com. establece que los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. Son accesorias la hipoteca, la anticresis y la prenda. Es decir, que todos los derechos reales de garantía son accesorios, concurren para garantizar un crédito, dependen de él y no pueden subsistir si no existe el principal. La accesoriedad y sus alcances luego son precisados por el art. 2186

(16) De acuerdo con que la hipoteca se constituye solo título y no requiere modo: KIPER, Claudio, *Tratado de derecho civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. I, p. 59.

(17) Art. 3135 (Código derogado): “La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada”.

Cód. Civ. y Com.: “Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos”.

El contrato previo del que surge una obligación a ser garantizada con derecho real —v.gr., un contrato de mutuo— será necesario para celebrar luego en forma simultánea o posterior el contrato que da vida al derecho real de garantía. La necesidad de ese contrato previo es indispensable aun cuando la hipoteca garantice letras hipotecarias, dado que esta supone una obligación previa que la emisión de letras hipotecarias extingue por novación (art. 37 ley 24.441).

II.3. El contrato como paso previo o simultáneo para el otorgamiento de un derecho real diverso

II.3.1. Propiedad horizontal

En el caso de la propiedad horizontal un supuesto ineludible para que se puedan enajenar a distintos titulares las unidades es el dictado previo o simultáneo del reglamento de propiedad horizontal. Es lo que indica el art. 2038 Cód. Civ. y Com.: “A los fines de la división jurídica del edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario”.

Puede definirse al reglamento como el negocio jurídico tendiente a proclamar que el edificio se halla en situación de propiedad horizontal, mediante la determinación y especificación de las circunstancias necesarias para la identificación y completa descripción del edificio en su totalidad, de los diferentes elementos de aprovechamiento independiente, la determinación de la cuota de participación que habrá de corresponder a cada uno de ellos y las normas de administración y gobierno establecidas por los interesados (18).

Conforme la opinión largamente dominante, con la que concordamos, se afirma de manera prácticamente unánime que el reglamento es un contrato (19).

(18) ECHEVARRÍA SUMMERS, Francisco, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 108.

(19) HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 171, RACCIATTI, Hernán, *Propiedad por pisos o por departamentos*, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 130; MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*,

Mariani de Vidal recuerda que, además de encajar el concepto de reglamento sin esfuerzo en la definición de contrato, la postura tenía apoyo también, en su momento, en el art. 9° de la ley 13.512 que hablaba de acordar y redactar un reglamento (20). En tal sentido, Highton lo enmarca correctamente dentro de la categoría de los contratos plurilaterales de organización. La obligatoriedad de determinadas cláusulas o previsiones constituyen recortes a la autonomía de la voluntad necesarios por la materia de que se trata que no le quitan el carácter de contrato. Agrega, además, que se trata de un contrato normativo, ya que establece las reglas a las que se ajustarán futuros contratos (21).

Como ha dicho repetidamente la jurisprudencia, el reglamento de propiedad constituye un contrato formal, multilateral, conmutativo, en el cual impera soberanamente la voluntad de las partes, en la medida en que los derechos que se obliguen a respetar recíprocamente y las obligaciones que se impongan no sean incompatibles con el régimen especial al que se someten los contrayentes. La importancia del reglamento de propiedad horizontal es tal que las partes que lo conforman quedan sujetas a las obligaciones asumidas en el mismo (22).

En sentido contrario se suele recordar la opinión de Borda, quien considera que se trata de un conjunto de normas jurídicas que rigen la vida interna del consorcio (23). El citado autor plantea una serie de objeciones a la tesis contractualista. Afirma que si bien es verdad que el reglamento tiene un origen similar a los contratos, ya que ordinariamente requiere el consentimiento unánime de los consorcistas, ello se encuentra también en el origen de los estatutos de las asociaciones y no por eso constituyen ellos un contrato sino la norma interna de la asociación; que, aunque en oportunidades falte el acuerdo de todos los consorcistas para su aprobación, el mismo es igual obligatorio para todos, que las modificaciones solo requieren los dos tercios, aunque una vez reformado obliguen a to-

7ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2004, t. 2, p. 261; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, 5ª ed., actualizado por Delfina M. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 217; BENDERSKY, Mario J., "Propiedad horizontal", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1976, t. XXIII, p. 561; GURFINKEL DE WENDY, Lilian, *La propiedad horizontal. Análisis dogmático de la ley 13.512*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 211; FLAH, Lily - SMAYEVSKY, Mirian, en LAQUIS, Manuel, *Derechos reales*, Depalma, Buenos Aires, 2000, t. V, p. 476.

(20) MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, cit., t. 2, p. 261.

(21) HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, cit., ps. 172 y 173.

(22) C6ªCiv. y Com. Córdoba, 7/4/1998, "Callegher, Jorge A. y otros", LL 1998-E-784.

(23) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, cit., t. I, nro. 772.

dos los integrantes del consorcio, y que los propietarios entran y salen sin consentimiento ni conocimiento de los demás copropietarios, por el solo hecho de comprar o vender un departamento. Todo ello —concluye— es inconcebible en un contrato (24). La tesis de Borda ha sido recientemente retomada por Costantino, quien afirma que se trata de un acuerdo normativo y no precisamente un contrato (25).

Sin embargo —con razón—, doctrina y jurisprudencia se han pronunciado por el carácter contractual del reglamento.

Cumplida la forma establecida en el art. 2038 Cód. Civ. y Com. nace lo que la doctrina ha dado en llamar el estado de propiedad horizontal. Recién a partir de ese momento podrán inscribirse los títulos individuales sobre cada unidad.

Explica Jorge H. Alterini que el estado de propiedad horizontal es distinto del derecho real de propiedad horizontal, y así en los casos que quien redactó e inscribió el reglamento es el único propietario del edificio, existe un estado de propiedad horizontal, pero el derecho real de propiedad horizontal requiere de distintos propietarios de las unidades funcionales, que en consecuencia serán condóminos de las partes comunes (26). La cuestión era diversa en el régimen diseñado en el Proyecto de 1998 en el que el único propietario de todas las unidades ya constituía por sí la persona jurídica consorcio (art. 1979 del Proyecto).

Concordantemente ha dicho la jurisprudencia:

“Mientras una sola persona es propietaria de todo el inmueble o lo son varias en condominio, sin haberse procedido a la adjudicación de las distintas unidades, no existe aún derecho real de propiedad horizontal a favor de ninguna de ellas. El inmueble físicamente dividido, y luego de redactado el reglamento por escritura pública se encuentra en estado de propiedad horizontal, pero recién con la transferencia o adjudicación de una unidad nacen los derechos reales de propiedad horizontal” (27).

En sentido contrario y consciente de su solitaria posición en doctrina, Musto entiende que el derecho real de propiedad horizontal nace,

(24) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, cit., t. I, nro. 772.

(25) COSTANTINO, Juan A., *Propiedad horizontal*, Juris, Rosario, 2002, p. 111.

(26) ALTERINI, Jorge, “Responsabilidad de los consorcistas por las deudas del consorcio”, ED 56-730.

(27) CNCiv., sala F, 18/9/1997, “Díaz, María E. c. Polich, Rodolfo”, LL 1998-C-259.

aunque exista un solo propietario al igual que el consorcio, aunque con las peculiaridades del caso (28).

Ahora bien, ¿puede hablarse de contrato cuando el solo dueño de todo el terreno dónde está construido el edificio otorga por sí el reglamento y lo inscribe en el registro inmobiliario posibilitando luego la enajenación de cada unidad individual, sin que simultáneamente se produzca esta en el mismo acto que otorga el reglamento? Creemos que la respuesta es negativa. En ese caso estamos ante un acto jurídico (art. 259), pero no un contrato dado que aún no existen “dos o más partes” (art. 957)(29). Sin embargo, ese reglamento está destinado a ser un contrato lo que ocurrirá con la primera enajenación de una unidad a una persona distinta del afectante. Será comúnmente un contrato por adhesión. En tal sentido, se ha resuelto que en estos casos —en que al incorporarse cada integrante al consorcio debe prestar su conformidad al estatuto— se trata de la adhesión a un instrumento ya redactado, implicando ello un contrato de adhesión (30). ¿Y si los afectantes son condóminos? Si los mismos no se adjudican distintas unidades en el mismo acto, sino que todo permanece siendo de todos estamos en un supuesto similar al recién tratado, con la salvedad que podríamos ver desde ya un contrato en este reglamento que los distintos condóminos han acordado dictar.

Otorgado el reglamento y enajenada una unidad tenemos ya derecho real de propiedad horizontal y este se integra al título suficiente sobre la unidad funcional, tal como reza la parte final del art. 2038 Cód. Civ. y Com. y ya desde antes concluía la doctrina y jurisprudencia (31).

II.3.2. Otros posibles supuestos

Motivo de futuras reflexiones en tanto y en cuanto realmente accedan a la vida jurídica de los negocios como derechos reales, y no bajo otras figuras, será si se le acordará una naturaleza similar como contrato de adhesión- al acto de afectación previsto en el art. 2098 Cód. Civ.

(28) MUSTO, Néstor J., *Derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1983, t. I, p. 723.

(29) Obsérvese que mientras no se enajene la primera unidad ninguna de las cláusulas del reglamento que establecen las normas de convivencia entre los integrantes del consorcio y el funcionamiento y deberes de sus órganos, así como las obligaciones de los consorcistas tienen posibilidad de operatividad alguna.

(30) CNCiv., sala H, 28/5/1996, “Consortio de Prop. Capitán Gral. Ramón Freire 2691/93 c. Investors SA”, LL 1997-D-864.

(31) CNCiv., sala E, 11/8/1993, “Consortio Agüero 927/35 c. Riesco SA”, AP Online.

y Com. para el tiempo compartido y el regulado en el art. 2104 Cód. Civ. y Com. para los cementerios privados una vez que se enajene un período de tiempo compartido en el primer caso o una parcela en el segundo y si ellos integran el título suficiente de tales adquirentes.

Veámoslo por separado:

II.3.2.1. Tiempo compartido

Conforme el art. 2089 Cód. Civ. y Com., “la constitución de un tiempo compartido requiere la afectación de uno o más objetos a la finalidad de aprovechamiento periódico y por turnos, la que, en caso de tratarse de inmuebles, debe formalizarse por escritura pública, que debe contener los requisitos establecidos en la normativa especial”.

Tal afectación, afirma la norma transcrita, de tratarse de inmuebles, debe realizarse en escritura pública con los requisitos de la normativa especial. Se trata de una remisión por ahora vacía, por cuanto el art. 10 de la ley 26.356(32) fue derogado por el art. 3º inc. g) de la ley 26.994. Si se repara en la norma derogada que transcribimos al pie, y cabiendo espe-

(32) La norma derogada contenía un minucioso detalle acerca de los requisitos que debía prever la escritura: Art. 10 ley 26.356: *Contenido de la escritura*. La escritura de constitución hará constar la expresión de voluntad del emprendedor y del propietario en su caso, de afectar determinados bienes a un STTC y expresamente deberá contener:

- a) Respecto de los bienes:
 - 1) La descripción e identificación catastral y registral de los inmuebles.
 - 2) El detalle de las unidades vacacionales, su capacidad y descripción de los espacios y cosas de uso común de los establecimientos, de conformidad al plano del proyecto de la obra aprobado por la autoridad competente;
 - 3) La especificación de las unidades habitacionales y áreas comunes que se destinarán a los futuros usuarios, en caso que el establecimiento fuera parcialmente afectado al STTC;
 - 4) La acreditación del cumplimiento de los recaudos previos al inicio de la comercialización de inmuebles en construcción;
 - 5) El procedimiento a seguir para la adición de unidades vacacionales, espacios, cosas de uso común y servicios no previstos en la escritura de constitución y fórmula para la determinación y corrección de las cuotas por gastos del sistema;
 - 6) La constancia de la conformidad del acreedor hipotecario cuando el bien sobre el que se constituirá el STTC, estuviese gravado;
 - 7) Las reglas aplicables a los supuestos de destrucción parcial o total y vetustez del o de los inmuebles.
- b) Respecto de los usuarios:
 - 1) La naturaleza o tipo de derecho a transmitirse o constituirse a favor de los futuros usuarios y, en caso que corresponda, plazo de duración;

rar que se dicte una similar o ese sea el contenido de la escritura, parece lógico sostener que el título suficiente del usuario del tiempo compartido (art. 2101) se integra con tal reglamento (33).

2) La determinación de la cantidad, extensión y categorías de los períodos de uso, sean éstos expresados mediante unidades de medida temporales o por puntos y procedimiento para su modificación, respetando los derechos adquiridos por los usuarios;

3) El procedimiento para solicitar disponibilidades para los usuarios de períodos de uso flotantes y por puntos;

4) Las reglas de utilización de las unidades vacacionales, de las cosas, espacios comunes y servicios y sanciones por su incumplimiento;

5) El procedimiento para la transmisión de los derechos a los futuros usuarios, sin perjuicio de la aplicación de las normas que sean propias de su naturaleza o tipo;

6) Cuando la transferencia o constitución de derechos a favor de futuros usuarios quede condicionada a la enajenación de un número determinado de períodos de disfrute en un determinado lapso, éste no podrá exceder de UN (1) año, ni el mínimo de períodos podrá ser superior al CINCUENTA POR CIENTO (50%) del total de los períodos a comercializar;

7) El reglamento de uso y administración de los inmuebles afectados al STTC.

c) Respetto de la Administración:

1) La forma de designación y remoción del Administrador. Facultades, deberes y su remuneración;

2) Los rubros que conforman los gastos del STTC o, en su caso, las reglas para su individualización;

3) La indicación de los factores objetivos mediante los cuales se determinará la proporción de gastos correspondientes a cada usuario. Si se tratare de inmuebles en construcción, deberán consignarse las variaciones proporcionales a la habilitación de las distintas etapas de la obra. Si el emprendedor optare por ofrecer la prestación del servicio de administración y mantenimiento por el sistema de ajuste alzado relativo, deberá consignarse el plazo de vigencia, durante el cual no podrán aumentarse los montos, debiendo especificarse claramente los rubros no cubiertos y el sistema a utilizarse una vez expirado dicho plazo;

4) El tiempo y forma en que deberán abonarse los gastos del STTC;

5) La previsión para la formación y mantenimiento de un fondo de reserva para gastos imprevistos o extraordinarios, a los que deberán aportar todos los usuarios en forma proporcional a su contribución a los gastos ordinarios;

6) La individualización de aquellos servicios que requerirán pagos adicionales al momento de su utilización;

7) Las normas que regirán ante el pago en mora de los gastos del sistema y sanciones para los morosos;

8) El procedimiento a seguir para la modificación de la escritura de constitución del STTC;

9) La constancia de encontrarse los bienes asegurados contra incendio y otros.

(33) Sobre la naturaleza del derecho real de tiempo compartido ver: COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado...*, cit., t. X, p. 93.

Por otra parte, conforme el art. 2090 Cód. Civ. y Com. en el supuesto en que el titular no coincida con la persona del emprendedor (34), este debe comparecer a prestar su consentimiento a la afectación instrumentada. Hemos observado en su oportunidad que no nos parece adecuada la caracterización que se hace en la norma acerca de que el emprendedor de su consentimiento. La afectación del dominio no requiere ningún consentimiento por un tercero extraño (35). En rigor el único objetivo que puede tener la comparencia del emprendedor es la identificación del mismo y su compromiso de asumir las obligaciones correspondientes, afrontando sus deberes (art. 2094 Cód. Civ. y Com.), y sus responsabilidades (arts. 2096 y 2100 Cód. Civ. y Com.). Lo expresa más acertadamente la ley española de tiempo compartido, al establecer correctamente en su art. 4.1, “que es el propietario registral quien está legitimado para constituir el régimen de derechos reales de aprovechamiento por turno (...) Al otorgamiento de la escritura deberá concurrir la empresa que haya asumido la administración y prestación de los servicios, salvo manifestación expresa del propietario de que son por él asumidos directamente”. Es razonable la previsión —expresada en esta forma—, en cuanto que es exclusivamente el propietario (36) quien está facultado para limitar su dominio (37). Sin, embargo puede apuntarse que en tal concurrencia del emprendedor podría identificarse un contrato entre el titular del inmueble y el emprendedor —conforme las cláusulas que se pacten— si se hace en el mismo acto, y que en todo caso ese “consentimiento” deriva

(34) El emprendedor es definido en el art. 3º de la ley 26.356 como “la persona física o jurídica propietaria o con justo título de disposición del inmueble, que constituye el STTC para comercializar períodos de disfrute y brindar a los usuarios las prestaciones que lo integran, por sí o por intermedio de terceros”. Pueden hacerse varias observaciones a este concepto, alguna de detalle como que si menciona a “persona” no hace falta aclarar “física o jurídica”, y otra que revela desprolijidad por parte del legislador, al decir que el emprendedor o es propietario o tiene “justo título”: El justo título tiene un significado técnico preciso que el legislador ignora supinamente. Lo que en rigor se quiso decir es que el emprendedor tiene que estar facultado por los pactos celebrados con el propietario a comercializar períodos de disfrute y brindar a los usuarios las prestaciones que lo integran referente al inmueble afectado.

(35) De todas maneras, la norma constituye un avance sobre el art. 9º derogado de la ley 26.356, que establecía equivocadamente que la escritura la otorgaba el emprendedor con el consentimiento del propietario cuando este no fuere el emprendedor.

(36) Sobre quiénes están legitimados para afectar un inmueble a tiempo compartido véase COSSARI, Nelson G. A. - COSSARI, Leandro R. N., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, cit., t. X, comentario al art. 2090, apart. 1.

(37) COSTAS RODAL, Lucía, “La multipropiedad en España: valoración de la ley 42/1998 sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico”, *Actualidad Civil*, nro. 44.

de —seguramente— un contrato previo entre ellos, y, además, que el emprendedor quedará ligado contractualmente con los futuros usuarios del tiempo compartido.

II.3.2.2. Cementerio privado

La necesidad de un acto previo de afectación se da también en el caso del cementerio privado. Dice el art. 2104 Cód. Civ. y Com. que el “titular de dominio debe otorgar una escritura de afectación del inmueble a efectos de destinarlo a la finalidad de cementerio privado, que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble juntamente con el reglamento de administración y uso del cementerio”.

La norma impone la necesidad de consagrar el inmueble a la finalidad de cementerio privado, indicando quiénes son los legitimados para ello y cuáles son las formalidades a observar para la estructuración de estas necrópolis privadas.

En relación con lo primero, el art. 2104 Cód. Civ. y Com. solo legitima al titular de dominio a disponer la afectación del inmueble a la finalidad de cementerio privado. Se ha aseverado que estarían facultados para hacerlo, asimismo, los condóminos de uno o más predios, en tanto y cuanto exista acuerdo en someter la cosa común a la finalidad de cementerio privado (38). Pensamos que ello es posible dado que los condóminos actuando en conjunto de común acuerdo pueden ejercer las facultades propias de un titular de derecho real de dominio.

En consecuencia, tanto el dueño como los condóminos pueden disponer la afectación del bien a la finalidad de necrópolis privada. Por supuesto que el caso de los condóminos se requerirá unanimidad (art. 1990 Cód. Civ. y Com.).

En relación con las formalidades a observar, los legitimados deben otorgar una escritura pública de afectación del inmueble al destino indicado, la que debe ser emplazada registralmente, juntamente con el denominado reglamento de administración y uso del cementerio. Lo usual será que la afectación del inmueble y el reglamento sean redactados en un único instrumento público del que se tomará razón en el registro; pero nada obsta a que se hagan por instrumentos separados. Nótese que hubiere bastado con la inscripción de un reglamento y no dos actos se-

(38) SAUCEDO, Ricardo J., en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. V, p. 673.

parados si se hubiere guardado mayor coherencia en las normas que forman parte del título de conjuntos inmobiliarios.

A diferencia de lo que ocurre con el tiempo compartido aquí si existe una norma que regula el contenido del reglamento “de administración y uso”: el art. 2105 Cód. Civ. y Com. Pareciere, entonces, que ese reglamento forma parte también del título suficiente por el cual se adquiriera el “derecho real de sepultura” nombrado en el art. 2112 Cód. Civ. y Com. (39).

II.4. El contrato como regulador de las relaciones entre los distintos titulares de un derecho real

II.4.1. Propiedad horizontal

Como ya quedo dicho, entre las múltiples peculiaridades que tiene la propiedad horizontal en nuestro derecho, se encuentra la necesidad de contar, en forma obligatoria, con un reglamento de propiedad horizontal que le otorga plasticidad al sistema en tanto y en cuanto dentro de los límites impuestos por la ley, permite una gran creatividad acerca del contenido de los derechos y obligaciones de los consorcistas. Tan es así que los términos del mismo imprimen una impronta peculiar a cada edificio sometido al régimen propiedad horizontal.

En nuestro derecho, que adopta los principios de *numerus clausus* y tipicidad, el reglamento otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad sin llegar a oscurecer la principalidad del orden público. Tal como lo expresaba el Proyecto de la Comisión Federal de 1993 (art. 3108), ratificaba el Proyecto de 1998 (art. 1972) y consagra el art. 2037 Cód. Civ. y Com., la propiedad horizontal otorga las facultades de usar, gozar y disponer conforme a lo dispuesto en la ley y en el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Ello, afirmaban los Fundamentos del Proyecto de 1998, destaca adecuadamente la relevancia del reglamento, puesto que el contenido del derecho de propiedad horizontal surge también del mismo, el que a su vez puede completar la regulación o aplicarse en subsidio, directivas plenamente aplicables al derecho vigente. El reglamento forma parte del propio contenido del dominio, o, mejor dicho, del derecho de propiedad horizontal de cada consorcista.

(39) Sobre la incierta naturaleza jurídica de este derecho real ver COSSARI, Nelson G. A. - COSSARI, Leandro R. N., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado...*, cit., t. X, comentario al art. 2103, apart. 4.c).

Un sinnúmero de cuestiones son resueltas y normadas por el reglamento de propiedad horizontal el que regirá las relaciones entre los consorcistas entre sí, de estos con la persona jurídica consorcio, de las relaciones internas de esta, y de las que se entablen con los órganos de la misma particularmente con la persona del administrador, constituyéndose en un contrato regulador de todo el sistema.

II.4.2. Condominio

Dentro del derecho real de condominio aparece la posibilidad de una serie de convenciones que constituyen verdaderos contratos entre los cotitulares y que regulan sus relaciones.

Esto ya surge en el art. 1985 Cód. Civ. y Com. “el destino de la cosa común se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho” La norma, entonces, va a normar que en primer lugar los condóminos se deben atener a lo convenido. Es decir, se deberá estar al destino acordado. La convención estará, generalmente, en el título constitutivo del condominio y es por ello tomada por unanimidad. Un pacto posterior, o la modificación de aquel, requerirán también la unanimidad de los condóminos. Sin embargo, la oponibilidad a terceros interesados de esta convención no es un tema resuelto. En el caso de inmuebles, ella podría surgir si constara en la escritura pública por la cual se llegó al condominio, o de algún otro título que resulte de los antecedentes dominiales, y de las que surja la voluntad unánime de las partes de dar a la cosa determinada finalidad. Ello sería advertible, v.gr. por el adquirente de la alícuota en un estudio de títulos. En esto se ve evidente la diferencia con la propiedad horizontal, donde el destino tanto de parte propias como comunes surgirá en forma clara del reglamento de propiedad.

Otra norma es la del art. 1987 Cód. Civ. y Com. que posibilita convenios de uso y goce y establece que “los condóminos pueden convenir el uso y goce alternado de la cosa común o que se ejercite de manera exclusiva y excluyente sobre determinadas partes materiales”. Nuevamente se trata de un contrato. Aquí el Código recoge la doctrina que admitía esas formas diversas de uso y goce (40) y su fuente directa es el art. 1930 Cód. Civ. y Com. del Proyecto de 1998, el que reproduce a la letra.

(40) Al respecto escribía Lafaille: “Generalmente los interesados llegan a un acuerdo para el uso conjunto o alternativo o a una partición limitada del disfrute” (LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, 2ª ed. actualizada y ampliada, La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2010, t. III, nro. 1086, p. 276). En igual sentido se expedían COGHLAN, Antonio, *El condominio sin*

En definitiva, los condóminos pueden convenir el uso y goce alternado de la cosa común. Por ejemplo, un departamento utilizado turísticamente donde los comuneros pacten utilizarlo en distintos períodos del año en forma alternada y excluyente.

También pueden realizar una división material de hecho y ejercitar cada condómino su derecho, en forma exclusiva y excluyente sobre partes materiales, como —por ejemplo— si dos condóminos de un campo determinan que tales concretas hectáreas serán explotadas por uno y tales otras por el restante.

Entendemos que, afectando la cosa común, estos pactos solo son posibles de tomar por unanimidad (41).

Nuevamente se presenta aquí la carencia de oponibilidad de estos pactos a terceros interesados que no tengan manera de conocer o poder conocer los mismos. Por lo demás, entendemos que el pacto no podría tener mayor duración que el del tiempo por el cual se autoriza a suspender la división de la cosa común entre las partes en el art. 2000 Cód. Civ. y Com., es decir, diez años.

Otro contrato entre los condóminos es aquel que permite el art. 2000 Cód. Civ. y Com. por el cual los “condóminos pueden convenir suspender la partición por un plazo que no exceda de diez años” El convenio y sus renovaciones deben tomarse por unanimidad. Basta que uno de los comuneros se oponga a su realización para que este conserve su derecho de pedir la división en cualquier momento (42).

Advierte Lafaille que en derecho comparado se discutió acerca de si son oponibles estas cláusulas de indivisión a los acreedores y prevaleció la postura afirmativa que considera más adecuada dado que respeta la voluntad individual, mientras no sea ilícita (43). El art. 2003 Cód. Civ. y

indivisión forzosa, La Ley, Buenos Aires, 1980, p. 75; AREÁN, Beatriz, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis, comparado y concordado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. V-B, p. 79; ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil...*, cit., t. III, nro. 1086 quater, p. 278.

(41) En igual sentido ITURBIDE, Gabriela A., “Aspectos procesales de la división del derecho real de condominio en el nuevo Código Civil y Comercial”, RCCyC 2017 (febrero), 3/2/2017, p. 54.

(42) LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil...*, cit., t. III, nro. 1115, p. 328.

(43) LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil...*, cit., t. III, nro. 1116, p. 329.

Com. que requiere la inscripción de estos pactos para su oponibilidad resuelve la cuestión, aunque únicamente para cosas registrables. En el caso de las cosas no registrables entendemos que estos pactos serán solo oponibles a terceros acreedores si cuentan con fecha cierta y son anteriores al nacimiento de la obligación del acreedor.

II.4.3. Derechos reales sobre cosa ajena

Molinario también se refiere al “contrato como regulador de las relaciones personales entre el titular del derecho real desmembrado y el titular del derecho real establecido sobre él mismo” (44). En rigor no vemos la necesidad de distinguir este supuesto que se subsume en buena parte en el que veremos en el apartado siguiente, dado que el entramado que completa al derecho real puede hacer a lo que es esencia del derecho real o a aspectos obligacionales que pueden rodearlo como v.gr. el pago de un precio periódico en el usufructo o de un *solarium* periódico en el derecho real de superficie.

II.5. El contrato como complemento de la regulación legal del derecho real

Molinario ejemplifica aquí con el caso en que en el contrato de hipoteca se permita al constituyente de la misma demoler el edificio existente sobre el terreno o cuando se permite al acreedor prendario usar la cosa prendada (supuesto hoy previsto en el art. 2226 Cód. Civ. y Com. (45)) y el del reglamento de propiedad horizontal (46).

En el caso de la propiedad horizontal ello es particularmente cierto, en cuanto el reglamento —como dijimos— se integra al título suficiente del titular de la unidad en propiedad horizontal. Lo mismo y como se trató supra en el punto 2.C)b) puede sostenerse —con sus propios matices— en el supuesto del derecho del usuario de tiempo compartido, y el del titular de la sepultura.

En rigor, los ejemplos son numerosos, dado que pese a la principalidad del orden público existe un margen de autonomía de la voluntad, marco que puede ser dado por el contrato en un derecho real sobre cosa

(44) MOLINARIO, Alberto D., *Derecho patrimonial...*, cit., p. 135.

(45) En el Código de Vélez en el art. 3226.

(46) MOLINARIO, Alberto D., *Derecho patrimonial...*, cit., ps. 130 y 131.

ajena o también por un acto de última voluntad en los derechos reales sobre cosa ajena de disfrute (47).

Así en las servidumbres, el título puede prever las circunstancias de lugar y tiempo del ejercicio de la misma (arg. art. 2181 parte 2ª Cód. Civ. y Com.); o establecer el plazo de duración (arg. art. 2165 Cód. Civ. y Com.) o subordinarla a una condición resolutoria (art. art. 2182 inc. c] Cód. Civ. y Com.); e incluso el mismo título es el que marca cuál es la utilidad, que el titular del fundo dominante tendrá sobre el sirviente (art. 2162 Cód. Civ. y Com.), con la limitación que debe tratarse de un soportar o un no hacer por parte del titular del fundo sirviente (art. 2164 Cód. Civ. y Com.).

En el uso el título adquiere tal principalidad que si el mismo no establece la extensión del uso y goce se juzga que se trata de un usufructo (art. 2154 Cód. Civ. y Com.).

En el derecho real de superficie el título determina el plazo (art. 2117 Cód. Civ. y Com.); puede privar al titular del derecho de la facultad de reconstruir, la que se tiene “excepto pacto en contrario” (art. 2122 Cód. Civ. y Com.); establece el monto de la compensación que debe —salvo pacto en contrario— el titular del derecho real sobre el suelo lo que puede ser fijado “por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores” (art. 2126 Cód. Civ. y Com.); y en caso de ser oneroso establecerá la forma de pago del *solarium*.

En el usufructo no habrá derecho a acrecer salvo que el acto constitutivo lo prevea (art. 2132 Cód. Civ. y Com.); las partes pueden dejar de lado el inventario si son mayores de edad y capaces o determinar hacerlo por instrumento privado (art. 2137 Cód. Civ. y Com.); también el título puede establecer la obligación previa al ingreso en el uso y goce de los bienes en usufructo, de otorgar garantía suficiente, por la conservación y restitución de los bienes, una vez extinguido (art. 2139 Cód. Civ. y Com.); y puede establecer el plazo de duración del usufructo dentro de los límites del art. 2152 Cód. Civ. y Com.

En la anticresis, además del plazo de duración —con el mezquino límite del art. 2214 Cód. Civ. y Com.—, las partes pueden pactar que el acreedor anticresista este facultado a modificar el destino el bien e incluso a realizar cambios del que resulte que el deudor, después de pa-

(47) Al respecto de la constitución de superficie por acto de última voluntad véase COSSARI, Nelson G. A. - COSSARI, Leandro R. N., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado...*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2019, t. X, comentario al art. 2119, apart. 1 b.4.1).

gada la deuda, no pueda explotar la cosa de la manera que antes lo hacía (arg. art. 2216 Cód. Civ. y Com.).

II.6. El contrato, el justo título y la prescripción adquisitiva

Ya nos hemos referido al título suficiente, pero resta tratar al contrato como “justo título” tema que solo tiene interés para la prescripción adquisitiva. Precisamente el art. 1902 Cód. Civ. y Com., define al justo título como “el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto”. El título refiere al acto jurídico en el sentido de causa de adquisición (48). Comúnmente será un contrato, aunque su concepto puede ser en potencia más lato. Vélez lo explicaba en la nota al art. 4010 del Cód. Civil derogado: “La palabra ‘título’ es empleada aquí para designar no el acto, el instrumento que compruebe el hecho de una adquisición, sino la causa de la adquisición. Es, pues, justo título, todo acontecimiento que hubiese investido del derecho al poseedor, si el que lo ha dado hubiese sido señor de la cosa. Así, el pago, por ejemplo, es un título. El acreedor puede prescribir la cosa que ha sido pagada, ya se le haya pagado la misma cosa que era debida, ya se le haya dado otra que él hubiese aceptado en pago”.

El justo título conforme el Código tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión. En rigor, el justo título podría ser cualquiera que tuviera como objeto transmitir el derecho real de que se trate, pero la norma específica —correctamente— que a los fines de la usucapición se requiere que el propósito sea transmitir un derecho real usucapible conforme lo dispuesto por el Código. Son actos jurídicos idóneos, por ejemplo, la compraventa, la permuta, la donación, es decir, los que llevan el propósito de transmitir o constituir el derecho real. No lo son los que solo transmiten la tenencia como la locación o depósito.

El título tiene que tener la formalidad prevista por la ley. Así la escritura pública para los inmuebles (art. 1017 inc. a) Cód. Civ. y Com.), o la escritura pública o documento privado autenticado para un buque de diez toneladas o más de arqueo total (art. 156 Ley de Navegación). Es bueno remarcar, una vez más, que el boleto de compraventa, por ca-

(48) ALTERINI, Jorge H., en LLAMBÍAS, Jorge J. - ALTERINI, Jorge H., *Código Civil anotado*, cit., t. IV-A, p. 394.

recer de la forma requerida, jamás puede ser justo título para usucapir tales bienes.

Tal justo título, no es suficiente, atento a que, si bien es formalmente impecable para transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, falla en la persona del transmitente que es incapaz o no está legitimado al efecto, es decir —en este último caso— no es propietario. Es lo que Vélez expresaba con la locución “sin consideración de la persona de la que emana” en el art. 4010.

Moisset de Espanés entendía que en las transmisiones *a non domino* no habría justo título si existe sustitución de persona en el título —escritura pública— porque en tal caso la escritura sería nula y no habría justo título (49). No nos parece que sea así en estos casos. El título es formalmente válido “sin consideración de la persona de la que emana”, y en el pensamiento de Vélez solo el vicio de forma destruía la buena fe (50). La norma colocada dentro de las disposiciones sobre la usucapión breve no tendría sentido si otras circunstancias que no fueran de forma desmerecieran el justo título y en todo caso se excluye —como también lo hace el artículo actual— toda consideración respecto del transmitente. Los ingredientes respecto al título, salvo que por ser advertibles o provenir de un error de derecho destruyeran la buena fe y con ello lo tornaran inservible, nada tienen que hacer en la configuración del título a los efectos de la prescripción corta. Esta es la opinión ampliamente dominante. Dice al respecto Marina Mariani de Vidal que si el acto es inoponible al propietario porque él no intervino en absoluto en la celebración del acto de transmisión el adquirente con justo título y buena fe deberá esperar diez años para poder repeler con éxito la reivindicación (51). La norma del art. 1902 Cód. Civ. y Com. es suficientemente clara al respecto.

Por su parte Lafaille explica que pese a que los autores solo hacían hincapié en que se tratan de casos de transmisiones *a non domino*, la norma de Vélez comprendía también a los incapaces como lo probaba la fuente de la norma que fue Pothier (52). Asiste razón a Moisset de Espanés que en este caso la norma tiene poco interés atento al corto plazo

(49) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Prescripción*, Advocatus, Córdoba, 2004, p. 428.

(50) Art. 4009: “El vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor”.

(51) MARIANI DE VIDAL, *Curso de derechos reales*, 3ª ed. actualizada, Zavalía, Buenos Aires, 1995, t. 3, p. 357.

(52) LAFAILLE, en LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil...*, cit., t. I, p. 420.

para interponer la acción de nulidad por los actos otorgados por incapaces (53), que es de dos años en el actual art. 2563 inc. a) del Cód. Civ. y Com.

II.7. El contrato y la accesión de posesiones

El contrato también es en general el vínculo jurídico necesario para la aplicación de la unión de posesiones por título particular. Dice el art. 1901, segunda parte, Cód. Civ. y Com., que “El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico”. La norma, con algunas variantes de redacción, proviene del art. 1835 del Proyecto de 1998 (54).

El clásico tema de la llamada accesión de posesiones implica que no es necesario que la misma persona haya poseído la cosa durante todo el tiempo necesario para prescribir. Esto tiene su fundamento en que ante las numerosas mutaciones que se producen en las propiedades la usucapición con frecuencia sería imposible si se hubiere exigido que el poseedor fuera siempre el mismo (55).

En todos los casos deben proceder una de la otra, lo que implica están unidas por un vínculo jurídico. Al variar la redacción de la norma sobre la del Proyecto de 1998 puede darse la idea que las expresiones “que derive inmediatamente de las otras” y “estar ligadas por un vínculo jurídico” implican conceptos distintos, pero no es así. La primera de las locuciones es equivalente al que “procedan la una de la otra” que utilizaba el art. 2476 del Cód. Civil derogado y que Jorge H. Alterini explicaba en la necesidad que estuvieren unidas por un vínculo jurídico, que es la expresión utilizada por el artículo del Cód. Civ. y Com. (56). En definitiva, son enunciados intercambiables. Por tanto, una posesión debe

(53) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Prescripción*, cit., p. 426.

(54) Art. 1835 (Proyecto de 1998): “Unión de posesiones (...) El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus autores, siempre que siga inmediatamente a las otras y que estén ligadas por un vínculo jurídico. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe”.

(55) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil*, supervisado por Jorge J. Llambías y traducido por Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1987, t. VI, p. 345.

(56) ALTERINI, Jorge H., en LLAMBÍAS, Jorge J. - ALTERINI, Jorge H., *Código Civil anotado*, cit., t. IV-A, p. 234.

haber procedido de la otra por un contrato venta, permuta, cesión, etc., aunque el vínculo sea defectuoso (57), dado que no habría suma posible si uno de los poseedores abandonó su posesión y otro inicia inmediatamente la suya (58), como tampoco si el poseedor anterior fue despojado por el nuevo.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, resulta sumamente interesante ver que, como no podría ser de otro modo, existe una constante interrelación entre los contratos y los derechos reales, y es que —como dijimos en la introducción— existe un orden jurídico que debe ser considerado en su totalidad para que las distintas piezas no rechinen o lo hagan mínimamente. Para ello, ante la complejidad que alcanza el mundo jurídico actual, se requiere la intervención de juristas provenientes de múltiples saberes, pero también se necesita un diálogo sereno y no apresurado para que los cuerpos normativos se integren armoniosamente y que mínimamente no contengan contradicciones internas. Sabemos que Jorge H. Alterini bregó siempre, por ello, desde cada rol que le tocó cumplir, ya como juez prudente, doctrinario eximio, catedrático generoso, conferencista profundo y motivador o autor de proyectos de ley, para mencionar solo algunas de sus actuaciones profesionales. Vaya pues mi reconocimiento agradecido y mi homenaje a quien tanto influyó en mi pensamiento. Pero dado que además Jorge H. Alterini era un hombre de fe, una vez puesto el punto final a este artículo haré lo mejor que se puede hacer: rezar por su alma y su familia.

(57) MARIANI DE VIDAL, Marina, BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil...*, cit., t. 5, p. 267

(58) ALTERINI, Jorge H., en LLAMBÍAS, Jorge J. - ALTERINI, Jorge H., *Código Civil anotado*, cit., t. IV-A, p. 234.

LA ALTERACIÓN EXTRAORDINARIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL RÉGIMEN DE LA IMPREVISIÓN CONTRACTUAL

POR ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERO

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LOS REQUISITOS DE LA IMPREVISIÓN, EN GENERAL (1)

De acuerdo con el art. 1091 del Cód. Civ. y Com., es necesario que se verifiquen los siguientes requisitos para que se aplique el régimen de la imprevisión:

- 1) que se produzca una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias;
- 2) que la prestación a cargo de una de las partes se torne excesivamente onerosa;
- 3) que la alteración referida en 1 sea la causa de la excesiva onerosidad referida en 2;
- 4) que la causa de la alteración y su secuela sean ajenas a las partes;
- 5) que la parte perjudicada no haya asumido el riesgo que finalmente se concretó;
- 6) que el contratante perjudicado opte por la aplicación del art. 1091.

(1) Este trabajo se basa en el capítulo 5 de mi libro *La imprevisión contractual* (La Ley, Buenos Aires, 2019). El lector interesado en acceder a la información contenida en este artículo (o en cualquier otra publicación de mi autoría) presentada en forma de mapas mentales puede hacerlo descargándolos de la página web <http://sanchezherrero.com.ar/EsquemasConceptuales.php>.

En el presente artículo analizaré el primero de estos requisitos. Según el art. 1091, para que a un contrato se le aplique el régimen de la imprevisión, la excesiva onerosidad debe provenir de “[...] una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada [...]”.

II. CASOS

Cualquier acontecimiento que altere extraordinariamente las bases del contrato puede dar pie a la aplicación del art. 1091. La ley no contiene un catálogo; se limita a referir las características que deben revestir ese acontecimiento y su efecto (extraordinario, ajeno a las partes, etc.). En los párrafos que siguen analizaré cada una de estas características.

Queda claro, entonces, que no es posible referir en abstracto qué acontecimientos y alteraciones dan lugar a la aplicación del régimen del art. 1091. La cuestión solo puede ponderarse en concreto, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Tomemos, a modo de ejemplo, la inflación. ¿Justifica que se aplique el régimen de la imprevisión? Depende de muchos factores. Supongamos que se celebra un contrato cuyo precio debe pagarse en un año y que en el ínterin la inflación ha sido del 100% anual. A primera vista, pareciera que está todo servido para aplicar el régimen de la imprevisión, pero ¿es así? No necesariamente: ¿cuál era el nivel de la inflación cuando se celebró el contrato?; ¿qué ocurre si no se aceleró, sino que ya en los años anteriores había oscilado en torno al mismo valor? En este último caso, evidentemente, no sería aplicable el régimen de la imprevisión.

Con esta salvedad, en un catálogo abstracto y no exhaustivo de acontecimientos que podrían dar lugar a la aplicación del régimen de la imprevisión cabe incluir la inflación, la deflación, una devaluación, la creación de un nuevo impuesto, la guerra, una invasión, una catástrofe natural (inundación, granizo, terremoto, etc.), una innovación tecnológica, el desabastecimiento y las restricciones aduaneras, entre otros. Queda claro que el catálogo es simplemente enunciativo y que, además, la mera inclusión de un acontecimiento en esta lista no implica que en forma automática dé lugar a la aplicación del art. 1091: habrá que ver, en cada caso, si se cumplen los estándares legales.

Como puede advertirse, el acontecimiento que descalabra el contrato puede ser de cualquier naturaleza: político, económico, social, tecnológico, natural, normativo (2), etcétera.

III. CIRCUNSTANCIAS CUYA ALTERACIÓN ES RELEVANTE

Antes de avanzar sobre lo que sin duda es la clave de este requisito (el carácter extraordinario e imprevisible de la alteración), conviene que reflexionemos sobre qué es eso que debe sufrir una alteración.

De acuerdo con el art. 1091 del Cód. Civ. y Com., para que se aplique el régimen de la imprevisión es necesario que se produzca una alteración extraordinaria “de las circunstancias existentes al tiempo de [la] celebración [del contrato]”.

Se requiere un cambio, una alteración, pero ¿de qué? Literalmente, de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato. Y aquí es donde conviene introducir una aclaración. Tomaré un caso hipotético como referencia:

— *A* y *B* celebran una compraventa, el primero como vendedor y el segundo como comprador.

— Al tiempo en que se celebra el contrato, la tasa de inflación anual es del 10%. Así se ha mantenido inalterada, con mínimas variaciones, durante los treinta años precedentes.

(2) Lógicamente, en el caso del cambio normativo, el régimen de la imprevisión solo puede aplicarse en caso de que sea compatible con la norma que ha producido el cambio (ROPPA, Vincenzo, *Il Contratto*, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 962). En otros términos: es preciso que la norma no resulte inutilizada o frustrada si se aplica el régimen de la imprevisión. Por ejemplo, si se dictase una ley de prórroga de las locaciones urbanas que incluyese un congelamiento del precio de los alquileres (y al margen de la cuestión de la constitucionalidad de esta normativa), los locadores no podrían echar mano del régimen de la imprevisión invocando el perjuicio que la depreciación de las sumas congeladas les provoca, porque lo que ha querido el legislador es, precisamente, sacrificar ese interés de los locadores en pos de la satisfacción del interés de los locatarios o de algún otro tipo de interés general (cit., p. 962). Distinto sería el caso, por ejemplo, si, por un conflicto bélico, nuestro país prohibiese importar mercaderías de un país enemigo, y a raíz de esta prohibición se disparasen los costos para un importador que tiene contratos en curso de ejecución. Aquí no habría ningún inconveniente en aplicar el régimen de la excesiva onerosidad, ya que al hacerlo no se estarían contrariando los fines de la normativa citada.

— La cosa vendida debe entregarse en el acto, pero el precio es pagadero en un año.

— El precio se fija en \$110. Al contado, *A* comercializa el bien a \$100. Por lo tanto, ha aplicado a *B* una tasa del 10% anual (3).

— *A* cumple su obligación y entrega la cosa apenas se celebra el contrato.

— Por factores extraordinarios e imprevisibles, al mes de celebrado el contrato, la inflación se dispara a una tasa del 100% anual.

Todo indica que es aplicable el régimen de la imprevisión. Evidentemente, se ha producido una alteración extraordinaria de las circunstancias, pero ¿de cuáles? Según la ley, lo que importa es la alteración de las circunstancias existentes al tiempo de celebración del contrato. Sin embargo, no creo que esto sea lo decisivo. Hablar de una alteración, de un cambio, supone un cotejo, en este caso entre dos situaciones o escenarios: si hay diferencias entre uno y otro, hay cambio; en su defecto, no. Pero ¿cuáles son esas situaciones que hay que comparar? Como primera aproximación, planteo que la comparación debe realizar entre dos de estas tres situaciones:

1) La situación existente cuando se celebra el contrato (“situación inicial”). En nuestro caso de referencia, el valor de mercado que el bien vendido tiene en este escenario es de \$100.

2) La situación existente cuando se debe cumplir el contrato (“situación futura real”). En nuestro caso de referencia, el valor de mercado que el bien vendido tiene en este escenario es de \$200 (vamos a suponer que su precio subió al compás del índice general).

3) La situación que al celebrar el contrato era previsible que habría de existir al tiempo de cumplirlo (“situación futura previsible”). En nuestro caso de referencia, lo previsible al tiempo de contratar era que el bien vendido tendría un valor de mercado de \$110 para cuando debiera pagarse el precio (es decir, al año).

Las situaciones referidas en 1 y 2 son reales; la tercera, en cambio, tiene un modo de ser distinto: pertenece al orden ideal o conceptual.

(3) Admito que es un ejemplo poco realista, por lo bajo de la tasa, que apenas alcanza para cubrir la depreciación monetaria previsible. De todos modos, nos servirá para simplificar el análisis.

No es algo que existe o existirá, sino algo que al celebrar el contrato es previsible que llegará a existir, cuestión que solo podrá dilucidarse una vez que llegue la hora de cumplirlo. Normalmente, si todo se desarrolla según el curso natural y ordinario, lo que era previsible se hará realidad: no habrá diferencias entre la situación futura real (descrita en 2, y que para entonces habrá dejado de ser futura) y la situación futura previsible (descrita en 3). En su defecto, si los eventos no se desarrollan según ese curso natural y ordinario, habrá una asimetría entre lo que era previsible y la realidad.

Vuelvo, ahora, sobre el interrogante planteado: ¿qué situaciones deben cotejarse a los efectos de determinar si se ha producido una alteración en las circunstancias? Sin duda, una de ellas es la situación futura real, descrita en 2, pero ¿cuál es la otra? Si nos atenemos a los términos con que suele plantearse la cuestión (ya sea a nivel legal, jurisprudencial e incluso doctrinario), lo sería la situación inicial, descrita en 1. De hecho, así lo hace el art. 1091: con todas letras, requiere “[...] una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración [...]”.

¿Asunto terminado, entonces? No tan rápido. Para avanzar, eliminaré del análisis los demás factores de los que depende la aplicación del régimen de la imprevisión y me concentraré en el requisito que estamos analizando: el cambio.

Pareciera, insisto, que es necesario que se produzca un cambio entre la situación inicial y la situación futura real. Sin embargo, no es así. Por excepción, será el caso si lo previsible era que al tiempo de cumplir el contrato se mantuviesen las circunstancias existentes al celebrarlo. En otros términos, si la situación futura previsible es idéntica a la situación inicial. En este caso, efectivamente, el cambio del escenario inicial será uno de los elementos caracterizantes de la imprevisión. Supongamos, por ejemplo, que en el caso de referencia no hay inflación (4). De ser así, lo previsible al tiempo de contratar es que el nivel general de precios no cambiará para cuando el comprador deba cumplir su obligación y que tampoco lo hará el precio de la mercadería vendida. Aquí sí, entonces, cualquier cambio respecto del escenario inicial debería ser tomado en cuenta a la hora de evaluar la aplicación del instituto. Sin embargo, como veremos, esto es así no tanto porque ha cambiado

(4) Más precisamente, me refiero al caso en el cual la tasa de inflación es muy baja, dado que en las economías modernas siempre hay inflación.

el escenario inicial, sino porque lo ha hecho el escenario futuro previsible (más allá de que sea idéntico al inicial). Vamos a nuestro ejemplo adaptado: al no haber inflación, lo previsible es que el valor de mercado del bien vendido será de \$100 incluso un año después de la celebración del contrato. Precio que coincide con el existente en la situación inicial, precisamente porque lo previsible es que no habrá cambios.

Sin embargo, este no es el único supuesto que puede presentarse, ni tampoco el más frecuente. Por lo general, cuando se celebra un contrato de duración o de ejecución diferida, lo previsible es que, para cuando deba cumplirse, habrá un escenario distinto al existente al tiempo de su celebración. Volvemos a Heráclito (“nadie puede bañarse dos veces en el mismo río”), y con él al meollo de la cuestión. La clave está en lo previsible; es decir, en el escenario descrito en 3: el escenario futuro previsible. El problema se produce cuando los hechos posteriores a la celebración se desarrollan de una manera distinta a lo que razonablemente podía preverse que ocurriría, teniendo en cuenta las circunstancias existentes al contratar. Para que se aplique el régimen de la imprevisión, entonces, se debe producir un desajuste entre la situación futura real y la situación futura previsible. Lo decisivo no es el escenario inicial, sino el futuro previsible (más allá de que en algún caso pueda ser idéntico [aunque en el orden ideal o conceptual] al escenario inicial [que, como vimos, siempre es un escenario real, en el sentido de que ha existido]).

El tiempo relevante, entonces, es aquel en el cual debe cumplirse la prestación que supuestamente se ha tornado onerosa en exceso. Volvamos sobre el caso de referencia inicial. El problema que se presenta es que, en lo que tiene que ver con el valor de mercado del bien vendido, hay una importante asimetría entre la situación futura que era previsible y la situación futura real: en el primer escenario —el ideal—, su valor de mercado ascendería a \$110 (porque esto era lo que resultaba de proyectar una inflación con una tasa del 10% anual), pero en el segundo (el real) su valor de mercado ascendió a \$200 (porque la inflación fue del 100% anual).

El problema no está en el desajuste entre los \$100 que el bien valía cuando se celebró el contrato y los \$200 que vale cuando se lo debe cumplir, sino en el desajuste entre este último y el precio que era previsible que el bien tendría para cuando se tuviera que cumplir el contrato (\$110). La mejor prueba de esto es que, si lo previsible al contratar hubiese sido que para entonces el bien valdría \$200 (p. ej., porque la inflación de los últimos años había sido del 100% anual [y no del 10%, como en el caso de referencia]), nadie diría que hubo una alteración extraordi-

naria de las circunstancias que justificase la revisión del contrato. Y esto es así, precisamente, porque, en el fondo, el punto de referencia no es la situación existente al tiempo de contratar (la situación inicial), sino la que al contratar era previsible que existiría para cuando se tuviera que cumplir (la situación futura previsible).

En suma: lo que importa no es el cambio de las circunstancias *existentes* al celebrar el contrato, sino de las que *se tuvieron presentes* al celebrarlo.

¿Significa esto que el escenario inicial es irrelevante? De ninguna manera. Tiene una importancia decisiva, en cualquiera de las dos situaciones que pueden plantearse, pero en un sentido distinto. No cuenta como uno de los dos términos u objetos de la comparación (que, como vimos, debe realizarse entre la situación futura previsible y la futura real), sino como elemento indispensable para determinar la primera de estas dos situaciones (la futura previsible). Veamos:

1) Ni hace falta aclarar que la situación inicial tiene importancia decisiva cuando lo previsible es que este escenario inicial se va a mantener al menos hasta la fecha relevante (esto es, la de cumplimiento de la prestación que supuestamente se ha tornado onerosa en exceso). De todos modos, ya hemos visto que en este caso solo tiene importancia “de refilón”, por el mero hecho de que, más allá de su distinto modo de ser, coincide con la situación futura previsible, que es la que realmente cuenta.

2) Al margen de la contingencia referida en 1, la situación inicial siempre cumple una función primordial, que es la decisiva, incluso cuando, como es lo habitual, no coincide con la situación futura previsible. Lógicamente, en este caso el escenario inicial no se toma como referencia para contrastarlo con el escenario futuro real, dado que no era previsible que se mantuviese. Su función es otra: es insoslayable para determinar cuál era el escenario futuro previsible. De haber un litigio, y suponiendo que la discusión se refiera al requisito que estamos analizando, es probable que cada una de las partes invoque un escenario futuro previsible distinto:

— Seguramente, quien invoque la excesiva onerosidad sostendrá que el escenario futuro previsible era distinto al que finalmente ocurrió (el escenario futuro real). En nuestro caso de referencia, por ejemplo, el vendedor afirmará que lo previsible era que al tiempo del pago del precio el valor de mercado del bien vendido ascendiese a \$110 (escena-

rio futuro previsible), no a \$200 (escenario futuro real). Lógicamente, alegrará esta asimetría entre los dos escenarios para que se aplique el régimen de la imprevisión.

— Por otro lado, quien niegue la excesiva onerosidad sostendrá que el escenario futuro real no fue distinto al que era previsible. En nuestro caso de referencia, por ejemplo, el comprador afirmará que lo previsible era que al tiempo del pago del precio el valor de mercado del bien vendido ascendiese a \$200 (escenario futuro previsible), que fue lo que finalmente sucedió (escenario futuro real). Por lo tanto, alegrará que no hubo diferencia alguna entre estos dos escenarios, para así lograr que no se aplique el régimen de la imprevisión.

Por cierto, acabo de introducir otro de los requisitos de la figura: el carácter extraordinario e imprevisible de los hechos efectivamente ocurridos, tema que ya abordaremos (5). Pero volvamos al caso de referencia. El escenario relevante, sin duda, no es el inicial (en el cual el bien vendido tenía un valor de mercado de \$100), sino el futuro previsible (en el cual, al cabo de un año, el bien tendría un valor de mercado de \$110). Para decidir si esto era, realmente, lo previsible, hay que tomar en cuenta el escenario inicial, para proyectarlo. En nuestro caso de referencia, la proyección fue razonable, en principio, precisamente porque lo que el escenario inicial mostraba era una tasa de inflación del 10% anual, que ya llevaba varios años. Supongamos, en cambio, que al celebrar el contrato la tasa de inflación era del 100%. Es obvio que, en este caso, en principio, el vendedor no podría invocar que era imprevisible que al año el bien valiese \$200. En este sentido, entonces, es que tienen relevancia, y mucha, las circunstancias existentes al celebrar el contrato: no porque estas sean las circunstancias cuyo cambio pueda justificar la aplicación del régimen de la excesiva onerosidad sobreviniente, sino porque a partir de ellas puede inferirse cuáles eran las circunstancias que razonablemente podía preverse que llegarían a existir cuando el contrato debiese cumplirse.

Por cierto, esta función del escenario inicial como punto de referencia para determinar la imprevisibilidad del cambio no solo opera en la segunda de las situaciones planteadas —escenario futuro previsible distinto al inicial—, sino también en la primera —escenario futuro previsible idéntico al inicial—. En definitiva, también en este segundo caso habrá que analizar si el escenario futuro real fue imprevisible, para lo cual habrá que examinar la situación existente al tiempo de la celebra-

(5) V. § IV.

ción del contrato —esto es, el escenario inicial—. Por ejemplo, en nuestro caso de referencia, en el cual al contratar había inflación (alta o baja, ahora no importa), no era razonable suponer que al tiempo de cumplimiento del contrato (es decir, al año) el bien vendido tendría el mismo valor de mercado que tenía al tiempo de su celebración.

Cierro el párrafo con una aclaración. A pesar de los reparos señalados, seguiré utilizando la expresión legal (“la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato”), porque es la que utiliza el legislador y, además, ya está consolidada en la jurisprudencia y la doctrina. De todas formas, queda claro que con ella aludo a que las circunstancias reales al tiempo del cumplimiento del contrato son distintas a las que al contratar era previsible que llegarían a existir cuando debiese cumplírselo. Lo que importa, en síntesis, y apelando a las expresiones que he acuñado en este punto, es si hay una asimetría entre la situación futura previsible, por un lado, y la situación futura real, por el otro.

IV. EL CARÁCTER EXTRAORDINARIO E IMPREVISIBLE DE LA ALTERACIÓN

IV.1. Noción. Lo extraordinario y lo imprevisible

No basta cualquier alteración en las circunstancias, cualquier asimetría entre el escenario que realmente se ha presentado al tiempo de cumplir el contrato y el que era previsible que se iba a presentar: debe ser una alteración extraordinaria. Así lo exige explícitamente el art. 1091: “una alteración extraordinaria de las circunstancias”.

¿En qué consiste este requisito? Según el *Diccionario de la lengua española*, “extraordinario”, en su primera acepción, significa ‘fuera del orden o regla natural o común’ (6). Una alteración extraordinaria sería, entonces, la que se aparta del orden natural o común. Apelando a la terminología del art. 1727 del Cód. Civ. y Com., sería una alteración que no acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. Naturalmente, esto solo se puede discernir teniendo en consideración las circunstancias de cada caso (7). De todos modos, la categoría

(6) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed.

(7) V. NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 274 (agrega un ejemplo muy gráfico: un sismo de cierta intensidad puede ser extraordinario en Buenos Aires y no serlo en la zona de Cuyo).

no puede interpretarse con una exageración tal que virtualmente impida aplicar la normativa de la imprevisión, la cual, como toda norma jurídica, evidentemente se diseñó para ser aplicada (8). No es necesario que se trate de una catástrofe (p. ej., una guerra, un terremoto o una invasión) (9). En términos abstractos, puede tratarse “simplemente” de una inundación, una sequía, un granizo, un fenómeno inflacionario, un cambio normativo, una devaluación, una deflación, un cambio en la política tributaria, una medida aduanera, etc. (10). Lógicamente, siempre que el evento sea extraordinario.

Se requiere, entonces, que la alteración sea extraordinaria; ¿debe ser, además, imprevisible? Así lo requería, explícitamente, el viejo Cód. Civ. en su art. 1198 al aludir a “acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”. En el art. 1091, en cambio, solo se hace referencia al carácter extraordinario del cambio. Resolvamos, entonces, la cuestión.

Hay varias razones para afirmar que el cambio que habilita para aplicar el régimen de la imprevisión debe ser imprevisible (11). Pero entre ellas hay una que, a la vez que define positivamente la cuestión, le resta, en buena medida, importancia. Hemos visto que una alteración extraordinaria es la que se aparta del orden natural, del curso natural y ordinario de las cosas. Por lo tanto, si lo previsible es aquello que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales —tal su definición conforme al *Diccionario de la lengua española*—, bien podemos considerar que estamos ante nociones intercambiables y que se implican recíprocamente:

(8) V. MOSSET ITURRASPE, Jorge, en MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECASAS, Miguel A., *La revisión del contrato*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 70.

(9) V. cit., p. 153. En esta línea, ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*, cit. nota 3, p. 954, señala que en el derecho italiano se registra una “*progressiva attenuazione del rigore del parametro*”, que ha llevado a admitir como casos de imprevisión supuestos que antes se habrían rechazado, como ocurre con la inflación.

(10) V. MOSSET ITURRASPE, Jorge, en MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECASAS, Miguel A., *La revisión del contrato*, cit., p. 153.

(11) V. CNCom., sala D, “BWA SA c. Autopistas del Sol SA s/ordinario”, registro nro. 94.045/2002 y “Autopistas del Sol SA c. BWA SA s/ordinario”, registro nro. 9518/2001 y “Autopistas del Sol SA c. Chubb de Fianzas y Garantías SA s/ordinario”, registro nro. 61.286/2001, 10/11/2015, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/JUR/55363/2015, cit.

— la alteración extraordinaria es imprevisible y la imprevisible es extraordinaria;

— la alteración ordinaria es previsible y la previsible es ordinaria.

Definidos así los conceptos, la diferencia entre uno y otro reside solo en su intensión, no en su extensión. Tienen significados distintos porque definen el mismo fenómeno desde ángulos diferentes: lo extraordinario se predica respecto del objeto en sí, mientras que lo imprevisible lo es para alguien, para un sujeto cognoscente. Lo que ocurre es que, de acuerdo con las facultades cognitivas que le atribuimos a ese sujeto cognoscente —que no es Dios, sino un hombre normal—, lo que es extraordinario le resulta imprevisible, y previsible lo ordinario. Luego, lo extraordinario y lo imprevisible terminan siendo lo mismo, solo que descriptos desde distintos ángulos (12). Y lo más importante —en lo que ahora nos interesa— es que no hay diferencia alguna en la extensión de estos conceptos: son predicables respecto de los mismos fenómenos, hechos o supuestos. (Pronto tendré que matizar esto último).

Con lo dicho es suficiente para poner en evidencia que esta cuestión no tiene mayor la importancia práctica, al menos en parte. Tanto si consideramos que la imprevisibilidad es un requisito del régimen de la imprevisión como si no, este régimen será aplicable a los mismos casos: las alteraciones que se descartarían por ser previsible también serían descartables por ser ordinarias; las alteraciones que se incluirían por ser imprevisible también se incluirían por ser extraordinarias. No sería lógicamente concebible un cambio ordinario pero imprevisible, ni un cambio extraordinario pero previsible, únicos supuestos en los que la cuestión teórica planteada podría tener alguna implicancia práctica. (Con todo, que esta afirmación debe matizarse en alguna medida al tener en cuenta que dentro de lo previsible también entra lo efectivamente previsto).

(12) De hecho, hay modelos legislativos en los que no se alude al carácter extraordinario del cambio, sino solo a su imprevisibilidad. Es el caso de los *Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III)*, art. 6:111. Y otros en los que, si bien se hace referencia a ambos requisitos, en la práctica terminan fundiéndose en uno solo, como ocurre en el derecho italiano (Roppo, Vincenzo, *Il Contratto*, cit., p. 953 [“[n]ella prassi degli interpreti, la doppia aggettivazione si contrae: il parametro della straordinarietà non riceve autonomo rilievo, e finisce assorbito in quello dell’*imprevedibilità*: che resta solo a comandare il giudizio”]).

Con esta salvedad, considero que solo las alteraciones imprevisibles (y extraordinarias, se entiende) habilitan para aplicar el régimen del art. 1091 (13)- (14). Me apoyo en varias razones:

a) En primer lugar, porque así se desprende del título del artículo: “Imprevisión”. Convengamos en que suena absurdo que una norma así titulada se aplique ante alteraciones previsibles. Por lo tanto, es razona-

(13) V. DANTUR, José I., en CURÁ, José María (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 497; ALBANESI, María V., “Extinción, modificación y adecuación del contrato”, en VÍTOLO, Daniel R. (dir.), *Manual de contratos*, Estudio, Buenos Aires, 2017, t. 1, p. 308, y en MARTORELL, Ernesto E. (dir.) - PRATESI, Juan C. (h.) (coord.), *Tratado de los contratos de empresa*, cit., t. I, p. 644; VIRAMONTE, Carlos I., en TINTI, Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano R. (dirs.), *Contratos según el Código Civil y Comercial. Parte general. 1*, Zavalía, Buenos Aires, 2016, p. 392; HERNÁNDEZ, Carlos A., en NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.) - FRUSTAGLI, Sandra A. (coord.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 363; GIANFELICI, Mario C., en BUERES, Alberto J. (dir.) - COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. - GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3-C, p. 371; APARICIO, Juan M., *Contratos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, t. 2, “Parte general”, p. 262; ABATTI, Enrique L. - ROCCA, Ival (h.) - GUZMÁN, María Cristina, “Imprevisión y la acción directa por reajuste en el Código Civil y Comercial. Nueva perspectiva que otorga el art. 1091. In-necesidad de accionar por resolución”, LL Online, AR/DOC/1444/2015, § XII.2.a; PIZARRO, Ramón D., “La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 444. En esta línea, por ejemplo, en el art. 6.2.2, apart. b), de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, entre los requisitos de la imprevisión se alude a que “los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato”.

(14) En contra, considerando que no siempre se requiere el requisito de la imprevisibilidad, sino solo cuando la mayor onerosidad no llega a ser razonable o inicuá: GRASSO, Manuel, “Imprevisibilidad, contrato e imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial argentino”, *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), nro. 36, enero-junio 2019, ps. 93-125, en <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.04>, p. 112. Para este autor, entonces, no se requiere la imprevisibilidad cuando esa mayor onerosidad es razonable o inicuá. Hace un análisis interesante a partir del Proyecto de 1998, cuyo art. 1060, efectivamente, no requería explícitamente la imprevisibilidad y sí hacía referencia a la irrazonabilidad o iniquidad de la situación contractual provocada por el cambio de circunstancias. Podrá discutirse si la interpretación propuesta habría tenido cabida en la norma proyectada (no está tan claro), pero no le veo respaldo en la norma vigente, que en modo alguno hace referencia a esta distinción, ni siquiera de modo implícito.

ble considerar que la alteración debe ser imprevisible, por más que en el cuerpo del artículo no se haga referencia a este requisito (15).

b) En segundo lugar, porque, es una exigencia lógica que se desprende del carácter extraordinario de la alteración, previsto expresamente en el art. 1091 (16). Me remito al análisis precedente.

c) En tercer lugar, *en principio*, lo previsible integra el riesgo propio del contrato: dado que la ley excluye de la cobertura de la imprevisión a este tipo de riesgos, hay que concluir que, por definición, la alteración debe ser imprevisible (17).

d) En cuarto lugar, es lógico que, si un riesgo es previsible, ya ha sido asignado por las partes, en el sentido de que han acordado, así sea tácitamente, que deberá soportarlo aquella sobre la cual “caiga” (18). Por ejemplo: si, ante una economía que arrastra años de una inflación del 20% anual, las partes de una compraventa acuerdan que una de ellas pagará el precio en treinta cuotas mensuales fijas, tácitamente están acordando que el comprador absorbe el riesgo derivado de esa depreciación monetaria.

e) En quinto lugar, porque, a la hora de explicar y aplicar este régimen, es lo más práctico en términos operativos. Si, siguiendo a Borges, llamamos “azar” a nuestra ignorancia de la compleja maquinaria de la causalidad, entonces, en realidad, todo lo que ha ocurrido debía ocurrir según esa “compleja maquinaria”, y todo lo que no ha ocurrido no debía ocurrir (*rectius*: debía no ocurrir). Por otro lado, para un sujeto omnisciente —llamémosle “Dios”—, por definición, no hay ignorancia —ni, por lo tanto, azar—. Para él, nada es imprevisible, nada es extraordinario, nada se aparta del curso natural y ordinario de las cosas (19). Dejo

(15) V. HERNÁNDEZ, Carlos A., en NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.) - FRUSTAGLI, Sandra A. (coord.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 363 (“Aunque no se aluda al hecho imprevisible, la exigencia surge del propio título de la norma, calificada como ‘imprevisión’”).

(16) V. GIANFELICI, Mario C., en BUERES, Alberto J. (dir.) - COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. - GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., t. 3-C, p. 371.

(17) V. PIZARRO, Ramón D., “La teoría de la imprevisión...”, cit., p. 444.

(18) V. CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, 2ª ed. (1.ª ed., 2010), Aran-zadi, Pamplona, 2017, p. 974.

(19) Tal vez sí lo sean los milagros. En realidad, serían extraordinarios, pero supongo que no imprevisibles (para Dios). Obviamente, el tema me excede.

para los filósofos y los teólogos la cuestión de cómo sería esto conciliable con el libre albedrío, y para los científicos su compatibilidad con la física cuántica; lo que aquí quiero destacar es que, en el fondo, cuando aplicamos la teoría de la imprevisión, presuponemos un error: las cosas no sucedieron como (para alguien) era previsible que sucediesen. Esto supone, entonces, que hay dos tipos de errores en cuanto a la previsión del escenario futuro:

— el error “perdonable”, que no impide la aplicación del régimen de la imprevisión;

— el error “imperdonable”, que sí lo hace.

Vayamos a un ejemplo (20). *A* y *B* celebran un contrato de suministro de petróleo crudo, en el que *A* es el proveedor. Tiene una duración de cinco años, el precio es fijo y el petróleo proviene del país *X*. El contrato se celebra a pesar de que en este país la situación política es muy inestable. A los dos años, estalla una guerra civil en *X*. Esto provoca una crisis energética mundial y el precio del petróleo se dispara drásticamente. En un caso así, *A* no tiene derecho a invocar la imprevisión, dado que la suba era previsible.

Ahora bien, ¿qué parámetro tomamos para decidir, en un caso concreto, si el error cae en una u otra categoría? Luego lo veremos con más detalle; por ahora, me limito a anticipar que suponemos un tipo ideal, un sujeto que tiene ciertos conocimientos y cierta inteligencia. Tomándolo como referencia, concluimos que el error “perdonable” es el que este sujeto ideal habría cometido (porque no habría podido prever el escenario futuro) y, a la inversa, que el error “imperdonable” es el que no habría cometido (porque habría podido prever ese escenario).

Como puede advertirse, entonces, con lo extraordinario viene de la mano lo imprevisible. ¿Redundancia? Acaso, pero, si nos sirve para aplicar y comprender mejor este requisito, está plenamente justificada.

Para cerrar el párrafo y concretar su contenido, refiero un caso en el cual se declaró inaplicable el régimen de la imprevisión (entonces contenido en el art. 1198 del Cód. Civil) porque se consideró que el cambio y la excesiva onerosidad habían sido previsibles (21):

(20) Tomado de los comentarios al art. 6.2.2 de los *Unidroit principles of international commercial contracts* 2016.

(21) V. CNCom., sala C, 26/5/1994, “Gutiérrez García, Carlos c. Banco Exterior SA”, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/JUR/530/1994.

— Habiéndose celebrado un contrato de mutuo en dólares el 4 de junio 1981, el mutuario demandó que se aplicase el régimen de la imprevisión a raíz de la brusca devaluación del peso frente al dólar.

— En efecto, en el ínterin entre la fecha en que se celebró el mutuo, con la consiguiente entrega de la suma prometida (recuérdese que, en el viejo régimen, este era un contrato real), y aquella en que debía devolvérsela, el dólar se apreció en un 200% con relación al peso ley 18.188 (que por entonces era la moneda de curso legal).

— El tribunal consideró que el cambio y su secuela habían sido previsibles, por lo que rechazó la demanda. A este efecto, tuvo en cuenta que, si bien la cotización del dólar se había apartado ostensiblemente de la devaluación programada a través del sistema de “la tablita”, al tiempo en que se celebró el mutuo este sistema ya se había desmadrado a raíz de varias devaluaciones bruscas desalineadas con el plan económico del gobierno, la primera de las cuales tuvo lugar en febrero de 1981 (esto es, cinco meses antes de la celebración).

IV.2. Tiempo relevante

Lógicamente, lo que cuenta es si el cambio era o no previsible al tiempo en que se celebró el contrato que se pretende resolver o adecuar (22).

IV.3. ¿Criterio objetivo o subjetivo?

En el punto anterior he concluido que, para que se aplique el régimen de la imprevisión, la alteración de las circunstancias debe ser extraordinaria e imprevisible. Ahora bien: los acontecimientos son previsibles o imprevisibles para alguien. Desde este punto de vista, entonces, el criterio para estimar la previsibilidad es, por definición, subjetivo.

Pero, más allá de esta obviedad, ¿cuál es el parámetro para determinar la previsibilidad? Lo que es previsible para una persona puede no serlo para otra. La cuestión depende de varios factores, que sintetizo en tres: sus conocimientos, su inteligencia y el contexto en el cual efectúa la previsión.

(22) V. Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, t. II, 1952, p. 376; CNCiv., sala D, 3/8/1990, “Stocchi Monti c. Mendoza”, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/JUR/877/1990.

En cuanto al tercer factor, está claro que para determinar la previsibilidad hay que tomar como referencia el contexto concreto en el cual las partes celebraron el contrato. Pensemos, por ejemplo, que la causa de la excesiva onerosidad ha sido una devaluación de la moneda. La previsibilidad de la medida debe estimarse a partir de las circunstancias concretas en que negociaron y acordaron el contrato. Si en este contexto la medida era imprevisible, se aplica el régimen de la imprevisión. Y esto es así por más que en otro contexto (p. ej., en las altas esferas del gobierno) la medida fuese previsible.

¿Qué hay de los dos primeros factores: los conocimientos y la inteligencia del sujeto cognoscente? Están directamente relacionados. Si la inteligencia es la capacidad para resolver problemas, está claro que, a un mismo nivel de inteligencia, la aptitud de un sujeto para resolver un determinado problema dependerá, entre otros factores, de los conocimientos que tenga. En principio, la relación es directa: cuantos más tenga, más fácil le resultará resolver un determinado problema, y viceversa. La relación es, además, bidireccional: a un mismo nivel de conocimientos, la aptitud de un sujeto para resolver un determinado problema dependerá, entre otros factores, de la inteligencia que pueda tener. De nuevo: cuanto más inteligente sea, más fácil le resultará resolver el problema, y viceversa.

Ahora bien: ¿qué nivel de inteligencia tomaremos como parámetro para evaluar la previsibilidad de la alteración de las circunstancias? Al fin y al cabo, lo que es previsible para un sujeto puede no serlo para otro menos inteligente. Análogamente: ¿qué nivel de conocimientos tomaremos como parámetro para evaluarla? Lo que es previsible para un sujeto puede no serlo para otro que tiene menos conocimientos o información.

Dado que el conocimiento y la inteligencia corren en un mismo sentido, y se condicionan recíprocamente, aludiré a ellos en conjunto con la expresión "capacidad". Hecha esta aclaración, vuelvo sobre el interrogante inicial: ¿qué nivel de capacidad se debe tomar como parámetro a la hora de evaluar la previsibilidad? Si tenemos en cuenta que la capacidad para conocer o prever es siempre capacidad de un sujeto que conoce, la pregunta nos lleva a esta otra: ¿quién es el sujeto que hay que tomar como parámetro para ponderar la previsibilidad de la alteración? Ya sabemos algo sobre él: es un sujeto falible, en el sentido que puede no llegar a prever lo efectivamente ocurrido. De lo contrario, nunca se aplicaría el régimen de la imprevisión, ya que todo sería previsible. A partir de aquí, y entre las muchas opciones disponibles, destaco tres que se han barajado o aplicado en la doctrina y la jurisprudencia:

a) Ese sujeto es el propio contratante afectado. Conforme a este primer criterio, entonces, la previsibilidad debe estimarse tomando como referencia la capacidad del sujeto que invoca haberse perjudicado con la alteración de las circunstancias (23).

En apoyo de esta tesis se invoca el art. 1725 del Cód. Civ. y Com., en cuanto dispone que “[c]uanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”. Se trata, sin duda, de un argumento de peso; sin embargo, no me convence, al menos por dos razones:

— En primer lugar, en el mismo artículo, a continuación, se establece que “[c]uando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

— En segundo lugar, el artículo forma parte de la sección que regula la función resarcitoria. Es decir, un tema que nada tiene que ver, en principio, con la imprevisión. La norma consagra algunos criterios que deben aplicarse para determinar si un sujeto es responsable por el daño que ha causado. Lo que aquí procuramos dilucidar, en cambio, es con qué criterio se debe determinar si la alteración extraordinaria de las circunstancias y su secuela, la excesiva onerosidad, eran previsibles. Tan distintas son las situaciones reguladas que ni siquiera se prestan para una aplicación analógica del artículo citado. La cuestión debe resolverse, entonces, a partir de otros elementos.

b) De acuerdo con una segunda postura, ese sujeto es un tipo ideal: un contratante diligente, que cuenta con un nivel medio de conocimientos y una inteligencia media (24). Si se quiere, el buen *paterfamilias* ro-

(23) V. ALBANESI, María V., “Extinción, modificación y adecuación del contrato”, cit., p. 308, y en MARTORELL, Ernesto E. (dir.) - PRATESI, Juan C. (h.) (coord.), *Tratado de los contratos de empresa*, cit., t. I, p. 645; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.) - ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, cit., t. III, p. 709 (“El concepto de previsibilidad del evento dañoso se adecua a las características del sujeto perjudicado”), y en *Tratado de los contratos. Parte general. II*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 345.

(24) V. MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, cit., t. II, ps. 375-376 (“criterio de la persona de diligencia normal”); APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., t. 2, “Parte general”, p. 262; CAMELO, Gustavo, en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gusta-

mano. Vendría a ser la media del universo de contratantes del tipo de contrato afectado (25). Más precisamente, la media de los contratantes que ocuparon el rol del contratante perjudicado por el cambio de circunstancias. La cuestión dependerá, por ende, del grado de diligencia o previsión que pueda requerirse razonablemente al contratante típico aludido. No es lo mismo, entonces, si ese contratante típico es un profano que un profesional, si es un consumidor o un proveedor, si celebra habitualmente este tipo de contratos que si no, etcétera (26).

Supongamos, por ejemplo, que el evento afectó a los préstamos bancarios en dólares, en perjuicio de los mutuarios (v.gr., porque se devaluó súbitamente el peso). En este caso, el tipo ideal que se debe tomar como referencia para determinar la previsibilidad es el de los mutuarios de ese tipo de préstamos (y no, en cambio, el ciudadano medio, ni tampoco el mutuante típico que realiza estas operaciones).

Nuestra jurisprudencia aplicó frecuentemente este criterio durante el viejo régimen, al considerar que, si la parte perjudicada era comerciante, debía aplicarse un criterio más riguroso para dilucidar si había habido o no imprevisión, partiendo de la base de que el afectado, por su perfil profesional, estaba en mejores condiciones que la media para prever cualquier cambio que pudiese afectar su negocio.

c) Conforme a una tercera postura, de corte sincrético, la regla general es que debe adoptarse como parámetro la capacidad de previsión de una persona de diligencia normal (es decir, el criterio objetivo referido en *b*), pero debe tenerse en consideración la capacidad de una persona especializada en caso de que el contratante perjudicado haya actuado dentro de su área de especialización (criterio subjetivo referido en *a*, pero solo en perjuicio del contratante afectado) (27). En definitiva, esta tercera postura le impone un doble piso al criterio aplicable: deben con-

vo - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 491 (“La evaluación se realiza desde una apreciación acerca de las circunstancias futuras que contratantes previsores y diligentes pudieron efectuar [...]”).

(25) V. CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge, *El incumplimiento justificado del contrato ante el cambio de circunstancias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 306.

(26) V. ídem.

(27) V. LAVALLE COBO, Jorge E., en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 927; CAMELO DÍAZ, Gustavo, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, 3ª ed., (1ª ed., 1999), Buenos Aires, La Ley, 2015, t. II, p. 359.

siderarse previsibles no solo las alteraciones que una persona diligente habría podido prever, sino también las que eran previsibles para el propio contratante. Como puede advertirse, nuestro contratante queda peor parado que si se aplicase el criterio referido en *a* (porque no puede invocar las alteraciones imprevisibles para él, pero previsibles para una persona diligente) o el referido en *b* (porque no puede invocar las alteraciones imprevisibles para una persona diligente, pero previsibles para él).

Considero que la opción correcta es la segunda: la previsibilidad debe ponderarse desde la perspectiva de este sujeto ideal que prevé lo que es razonablemente previsible para una persona con una capacidad media dentro del universo de referencia (esto es, los contratantes que en contra de lo que el afectado ocupan el rol del contratante perjudicado) (28). A las críticas referidas en *a* respecto del criterio subjetivo y sus fundamentos (que, en definitiva, también son aplicables al criterio ecléctico descrito en *c*) le agrego que el art. 1091 no contiene ninguna pista que nos habilite para aplicar un criterio que no sea el objetivo. De hecho, ni siquiera hace referencia a la imprevisibilidad, sino solo al carácter extraordinario de la alteración, expresión que a todas luces tiene una impronta objetiva. Y, desde ya, no advierto ninguna razón para utilizar el criterio subjetivo selectivamente, aplicándolo solo cuando perjudica al contratante perjudicado por la alteración.

Se trata, entonces, y desde cierto punto de vista, de un patrón abstracto, en el sentido de que la cuestión no se analiza tomando como parámetro la capacidad para prever que tenía, en concreto, el contratante que invoca el amparo del régimen de la imprevisión. Con todo, reitero que, si bien el criterio para determinar la capacidad es abstracto, el contexto que debe tomarse como referencia para determinar qué era previsible y qué no es aquel en el cual se celebró, en concreto, el contrato.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que, en la mayoría de los casos, estas diferencias teóricas no tienen ninguna incidencia práctica, por la sencilla razón que las personas que son partes de un contrato responden al tipo medio de quienes suelen celebrar ese tipo de contratos asumiendo esa posición, de modo tal que, en definitiva, casi siempre el criterio abstracto y el concreto no presentan ninguna asimetría, dado que, en lo que hace a la capacidad de previsión y anticipación, el sujeto real que contrata suele tener la misma que el tipo ideal representado por la media.

(28) V. APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., t. 3, "Parte general", p. 412 ("Lo imprevisible debe ser apreciado de modo objetivo, con independencia de las representaciones particulares de los contratantes, teniendo en cuenta el criterio de un hombre medio y según el ramo de actividad al que pertenezca el contrato").

Refiero un caso en el cual, sin teorizar mayormente sobre el tema (precisamente porque no era necesario, dada su absoluta falta de incidencia práctica), se resolvió correctamente la cuestión (29):

— Se celebró un contrato de explotación publicitaria entre una empresa de publicidad y el concesionario de la explotación de una autopista.

— Entre otras obligaciones, la primera asumió la de instalar y mantener refugios para pasajeros de transporte público en los ramales Tigre, Campana y Pilar de la Autopista Panamericana, que efectivamente instaló.

— Sin embargo, como fueron afectados por actos de vandalismo, tuvo que reformarlos y construirlos nuevamente, esta vez con hormigón.

— Además, los ingresos por publicidad en los refugios se redujeron en un 30% porque creció la publicidad fuera del ámbito concesionado (en concreto, en los predios privados adyacentes a la autopista).

— Todo esto, a juicio de la empresa publicitaria, ameritaba la aplicación del régimen de la imprevisión, ya que, a raíz de un cambio extraordinario e imprevisible, el contrato se le tornó excesivamente oneroso, tanto por la crecida de sus costos (construcción de nuevos refugios más costosos) como por la merma de sus ingresos a raíz de la “competencia” de los titulares de los predios privados vecinos.

— Sin embargo, el tribunal consideró que no concurrían los requisitos de la imprevisión. En particular, y en lo que aquí nos interesa, entendió que tanto los “cambios” producidos como su impacto negativo pudieron y debieron ser previstos por una empresa que, como la afectada, era una profesional en la materia (30). En concreto, sostuvo que “el carácter imprevisible del acontecimiento exigido por el c.c. 1198 que vuelve excesivamente onerosa la prestación, tiene relación directa con las posibilidades concretas para preverlas que tiene o que son exigibles

(29) V. CNCom., sala D, “BWA SA c. Autopistas del Sol SA s/ordinario”, registro nro. 94.045/2002, cit.

(30) Por lo demás, el tribunal no tuvo por probado un crecimiento en los actos de vandalismo (de ahí las comillas). Además, entendió que la empresa publicitaria había conocido efectivamente el riesgo el vandalismo, dado que la primera oferta que realizó estaba sujeta a la condición de que la otra parte se hiciera responsable de los eventuales hechos vandálicos, oferta cuyo rechazo dio lugar a una segunda, ya no sujeta a esta condición. Pero dejemos de lado estas dos cuestiones —cada una suficiente, de por sí, para rechazar la aplicación del régimen de la imprevisión— y concentremos en lo que aquí nos interesa: si la parte perjudicada pudo o no conocer el riesgo.

al sujeto afectado cuando se trata de una persona especializada y actúa en el área de su especialidad [...] Y en este caso [...] puesto que B.W.A. S.A. era una sociedad dedicada a la promoción y explotación publicitaria, es válido suponer cierto nivel de profesionalidad en la consecución exitosa de su objeto y de una mínima estructura profesional en la materia, de modo que quienes la componen la hubieren asesorado sin descartar al menos que entre la probabilidades posibles en una nueva explotación se pudiera dar la que efectivamente se verificó” (31).

Adviértase que, tanto si se hubiese aplicado un criterio de previsibilidad en concreto como si se hubiese apelado a uno de previsibilidad en abstracto, la respuesta habría sido la misma: los cambios y su impacto fueron previsibles.

Naturalmente, con lo dicho no pretendo diluir por completo la importancia de esta cuestión, sino tan solo destacar que, en la mayoría de los casos, “todos los caminos conducen a Roma”. Sin perjuicio de esto, en los casos en que, efectivamente, se presente esta asimetría, entiendo que es aplicable el patrón abstracto, *en el sentido apuntado, y sin perjuicio de que, si el contratante previó efectivamente el cambio, no cabe aplicar el régimen de la imprevisión, pero no porque el cambio era previsible, sino porque fue previsto.*

Esto último amerita una aclaración: aquí, me he limitado a analizar con qué criterio se debe determinar si el cambio verificado era o no *previsible*. Cuestión distinta es si ha sido efectivamente previsto y, en su caso, qué impacto tendría esta circunstancia. Supongamos, por ejemplo, que el cambio era objetivamente imprevisible de acuerdo con el estándar medio aplicable, pero que el contratante afectado, por sus condiciones particulares (v.gr., un profesional especializado), lo previó. De ser el caso, ¿es o no aplicable el régimen de la imprevisión? Abordaré la cuestión en un contexto más amplio en el párrafo siguiente, aunque ya he anticipado la respuesta: en un caso así, el régimen de la imprevisión no es aplicable. Pero la razón no es que ese contratante, dadas sus calificaciones particulares, pudo haberlo previsto (a pesar de que esta capacidad de previsión estaba fuera del alcance del contratante medio), sino que, de hecho, lo previó. Si, en cambio, no lo hubiese previsto, y aunque hubiese estado en condiciones de preverlo, el régimen no sería aplicable, dado que no era previsible para el tipo medio ideal que se debe tomar como referencia.

(31) CNCom., sala D, “BWA SA c. Autopistas del Sol SA s/ordinario”, registro nro. 94.045/2002, cit.

IV.4. ¿Criterio normativo o fáctico? ¿Lo imprevisible o lo no previsto?

De lo dicho se desprende que el criterio para evaluar la previsibilidad es normativo, no fáctico o psicológico. Según parece, lo que cuenta no es lo que se previó, sino lo que se pudo prever (desde la perspectiva del tipo ideal al que hice referencia en el párrafo anterior). Por lo tanto, por más que el contratante afectado no haya previsto la alteración, si esta resultaba previsible, no podrá invocar la tutela del régimen de la imprevisión.

Ahora bien: ¿también es verdadera la proposición inversa? En otros términos: si la alteración era imprevisible, pero el contratante afectado la previó, ¿no se aplica el régimen de la excesiva onerosidad sobreviniente? Antes de responder este interrogante, descarto una objeción que suele oponérsele. Es de orden lógico (modal):

- Si algo ha sido previsto, por definición, era previsible.
- Es decir que todo lo previsto es previsible.

— Luego, el interrogante que plantea una alteración prevista pero imprevisible es contradictorio: si fue prevista, es porque era previsible; si era imprevisible, no pudo ser prevista.

A partir de estas consideraciones, cabría concluir que, si la alteración fue prevista, era, por fuerza, previsible, y, por lo tanto, no corresponde aplicar el régimen de la imprevisión.

Suena lógico, y lo es. La inferencia es formalmente válida; por lo tanto, si las premisas son verdaderas, la conclusión necesariamente también lo será: el valor de verdad de la conclusión de un argumento bien construido depende del valor de verdad de sus premisas. El problema es que una de esas premisas es falsa. En concreto, la primera. Recordémosla: si algo ha sido previsto, por definición, era previsible. La falla consiste en el sujeto que se toma como referencia. Sin duda, si un sujeto previó algo, es porque podía preverlo, lo que presupone que ese algo era previsible. Pero bien puede ocurrir que un sujeto (llamémosle “A”) prevea algo que para otro sujeto (“B”) no es previsible (p. ej., porque A es más inteligente que B o porque cuenta con más información). Esto es, precisamente, lo que ocurre en nuestro interrogante:

- cuando se alude a que la alteración fue efectivamente prevista, se hace referencia a que lo fue por el contratante afectado;
- cuando se alude a que la alteración era imprevisible, se hace referencia a que lo era para el tipo ideal referido en el párrafo anterior: un

hombre que está en la media de los contratantes de este tipo de contratos en cuanto al nivel de inteligencia y de conocimientos.

Naturalmente, si nuestro contratante tiene ese nivel medio de inteligencia y conocimientos, la crítica es válida: no es posible que haya previsto lo que, según su capacidad, era imprevisible; luego, si lo previó, es porque era previsible. Pero bien puede ocurrir que el contratante tenga una capacidad superior a la de ese tipo medio ideal. De ser así, no hay ninguna contradicción al sostener que (él) previó algo que era imprevisible (para el tipo medio que se toma como referencia).

Superada esta objeción, volvamos sobre el interrogante: si la alteración era imprevisible (desde la perspectiva del tipo ideal), pero el contratante afectado la previó, ¿se aplica o no el régimen de la imprevisión? Prescindamos de las dificultades probatorias que la cuestión plantea, dando por acreditados sus extremos; ¿cuál es la respuesta? Se cae de madura: el contratante que previó la alteración no puede invocar el régimen de la imprevisión.

Así las cosas, queda en evidencia que el criterio de evaluación de este requisito es, a la vez (aunque desde distintos puntos de vista), normativo y fáctico:

— Es normativo porque, para evaluar la previsibilidad de la alteración, nos preguntamos si el contratante debía preverla o podía haberla previsto, tomando como parámetro a un tipo ideal: un sujeto con una capacidad media dentro del universo de quienes suelen ser parte en este tipo de contratos.

— Es psicológico o fáctico porque también nos preguntamos si el contratante afectado previó efectivamente la alteración.

Combinando estos dos criterios, cabe concluir lo siguiente:

— en términos positivos, el régimen de la imprevisión es aplicable si al tiempo de contratar la alteración era imprevisible para el tipo ideal de referencia y no fue efectivamente prevista por el contratante afectado (32);

— en términos negativos, el régimen de la imprevisión no es aplicable si al tiempo de contratar alteración era previsible para el tipo ideal de referencia o fue efectivamente prevista por el contratante afectado.

(32) En este sentido, en el marco del derecho inglés: MCKENDRICK, Ewan, *Contract Law: Text, Cases, and Materials*, 8ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 703 (“A frustrating event is one that was not foreseen and was not foreseeable by the parties”).

Pareciera que, en términos lógicos, esta disquisición solo tiene importancia cuando se ha previsto un cambio imprevisible. De lo contrario —es decir, si fuese previsible—, esto solo bastaría para aplicar el régimen de la imprevisión, de modo que la indagación acerca de si fue efectivamente previsto se tornaría abstracta. Y, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos el contratante real tiene una capacidad de previsión similar a la del tipo ideal que se toma como referencia para ponderar este requisito, lo cierto es que la previsión efectiva supone casi siempre que la previsibilidad. Con lo cual, esta disquisición es ociosa en la mayoría de los casos, efectivamente.

Sin embargo, más allá de la cuestión de fondo, la previsión efectiva también cumple una función probatoria. Es sabido que el estándar de la previsibilidad es por demás vago: lo que según un juez fue previsible para un contratante puede no serlo para otro (juez). Pero la vaguedad se acota enormemente ante la previsión efectiva, supuesto en el cual ya no cabe dudar de la aplicabilidad del régimen de la excesiva onerosidad sobreviniente. Naturalmente, esto requiere interpretar el contrato con todas sus circunstancias. En algunos casos, esta previsión resultará evidente; en otros, no tanto, y resultará de presuposiciones y factores más sutiles. A este efecto, no solo hay que tener en cuenta lo que se ha puesto en el contrato, sino también lo que *no* se ha puesto; en especial, el silencio contractual sobre una materia que fue considerada durante las tratativas. Traigo a colación, en este sentido, un caso inglés: “Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council” (33):

— Davis —una empresa constructora— celebró un contrato con Fareham, por el cual se comprometió a construir setenta y ocho casas en ocho meses, por un precio de 94.425 libras.

— Si bien su oferta inicial estaba supeditada a que contase con una adecuada provisión de mano de obra, en la versión final del contrato no se hizo ninguna referencia al tema.

— Sin ninguna culpa por parte de Davis, la disponibilidad de mano de obra fue insuficiente, y la consecución total del trabajo requirió veintidós meses (catorce más que lo acordado).

— Esta circunstancia incrementó los costos de Davis, que treparon a 115.233 libras.

— Fareham pagó el precio acordado en el contrato.

(33) [1956] AC 696, *House of Lords*.

— Davis la demandó, invocando que tenía derecho a que se le pagase un monto mayor, habida cuenta de los mayores costos en los que había incurrido. Alegó frustración del contrato.

— La *House of Lords* rechazó la demanda. Destacó que la reserva con respecto a la disponibilidad de la mano de obra no se había incorporado al contrato y consideró que este no se había frustrado.

Se trata de un típico fallo que muestra la resistencia de los tribunales ingleses a admitir la frustración del contrato (en este caso, en la versión de la *impracticability*) (34). Aquí, lo que me interesa destacar es cómo impactó la referencia a la indisponibilidad de la mano de obra en la oferta inicial. En primer lugar, puso en evidencia que el riesgo había sido previsto, en el sentido de que fue visto con anticipación. Además, al no ser incorporada la cuestión a la versión definitiva del contrato, dio pie para que se considerara que ese riesgo fue asumido por el contratista.

IV.5. Las dos dimensiones de lo imprevisto y de lo imprevisible:

a) lo que no se vio ni se pudo ver, y b) lo que se vio o se pudo ver, pero cuya ocurrencia se descartó o se podía descartar razonablemente

Hasta aquí, hemos concluido que, para que el art. 1091 sea aplicable, es preciso que el cambio que provocó la excesiva onerosidad haya sido imprevisto e imprevisible. En este párrafo me detendré en una cuestión que una y otra vez nos sale al cruce a la hora de definir estas dos categorías.

Imprevisto es lo no previsto, y “previsto” es el participio irregular de “prever”, que a su vez tiene dos significados (35):

— ‘ver con anticipación’;

— ‘conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder’.

Estas dos acepciones, aunque se relacionan estrechamente, son distintas, y su diferencia tiene particular importancia para nuestro tema:

— de acuerdo con la primera, algo es previsto porque se lo ve con anticipación;

(34) Al respecto, v. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *La imprevisión contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2019, § 2.3.2.

(35) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed.

— de acuerdo con la segunda, algo puede ser previsto en el sentido de que, “por alguna señal o indicio”, se considera que ha de suceder.

Desde cierto punto de vista, la segunda acepción es más estrecha que la primera. Para que algo sea previsto en este segundo sentido, es preciso que, además de ser visto con anticipación (primera acepción), se considere que ha de suceder, con lo cual se agrega una nota adicional que acota la extensión del concepto o el significado del término.

Paralelamente, cabe considerar que algo no se prevé si...

— de acuerdo con la primera acepción, no se lo ve con anticipación, o

— de acuerdo con la segunda, aun viéndolo, se descarta que vaya a suceder, por la razón que sea (36).

Correlativamente, lo imprevisible sería lo que...

— no se puede ver con anticipación (según la primera acepción), o

— aun siendo esto posible, su ocurrencia es razonablemente descartable porque no entra en las previsiones normales (de acuerdo con la segunda acepción).

De hecho, según el *Diccionario de la lengua española*, “previsible” significa ‘que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales’ (37).

De lo anterior se desprende que no hay por qué considerar que...

— porque un cambio fue visto con anticipación, fue un cambio previsto, ni que

— porque un cambio pudo ser visto con anticipación, fue un cambio previsible, ya que...

— si el cambio fue visto con anticipación, pero por alguna razón se descartó que fuese a ocurrir, no fue —en el sentido apuntado— previsto, y

(36) V. CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge, *El incumplimiento...*, cit., p. 309 (“[...] no existe inconveniente alguno en que el requisito siga denominándose ‘imprevisión razonable’, si en él se incluye tanto la no contemplación de un suceso como la asunción [razonable en ambos casos] de que dicho acontecimiento no se produciría [lo que no deja de ser, en sentido amplio, una imprevisión o, si se prefiere, una previsión-decisión incorrecta]”).

(37) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed.

— si el cambio pudo ser visto con anticipación, pero su ocurrencia era razonablemente descartable porque no entraba dentro de las previsiones normales, no fue —en el sentido apuntado— previsible.

Teniendo en cuenta que, para que se aplique este artículo, es preciso que el cambio haya sido imprevisto e imprevisible, esto vale tanto como decir que se requiere que ese cambio...

1) no haya sido visto con anticipación o, en su defecto, se haya descartado que fuese a ocurrir, y

2) no haya podido ser visto con anticipación o, en su defecto, su acaecimiento fuese razonablemente descartable porque no entraba dentro de las previsiones normales.

Que un hecho sea concebible o imaginable, e incluso que sea posible, no implica que sea previsible; que un hecho sea concebido o imaginado no implica que haya sido, en el sentido expuesto, previsto (38). Es preciso, además, que no se haya descartado razonablemente su ocurrencia, teniendo en cuenta el curso natural y ordinario de las cosas.

Esta delimitación conceptual nos sirve para precisar el campo de aplicación del art. 1091. Volveré sobre el tema más adelante. En particular, anticipo una aplicación obvia de lo expuesto: del hecho de que se haya visto con anticipación la posibilidad de que algo ocurriera no necesariamente se infiere que este riesgo ha sido asumido por la parte a la cual perjudicaría “naturalmente” si, en efecto, ocurriese. Esto es así al menos por dos razones:

1) En primer lugar, porque, como vimos, es perfectamente posible que, a pesar de que se haya visto el escenario con anticipación, se haya descartado que fuese a ocurrir, supuesto en el cual no hay por qué inferir que las partes acordaron algo respecto de un riesgo cuyo acaecimiento descartaron. Me refiero, queda claro, a que no cabe inferir que se acordó algo tácitamente, lo que no quita que ese acuerdo pueda ser explícito o inferirse tácitamente de otras circunstancias (39).

2) En segundo lugar, porque, aun suponiendo que el escenario haya sido visto con anticipación y no se haya descartado su acaecimiento, puede que las partes hayan acordado que su impacto negativo no sería

(38) V. TSONEVA, Silviya, “Hardship in Bulgarian Law”, en *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, 2011, vol. 7, nro. 1, ps. 126-138, p. 130.

(39) Respecto de esto último v. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *La imprevisión contractual*, cit., § 8.2.

soportado (o no en su totalidad) por la parte afectada “naturalmente” por el riesgo. Abordaré este tema más adelante, al examinar el requisito de la no asunción del riesgo (40).

Lo dicho también vale respecto de la cláusula de renuncia a invocar el régimen de la imprevisión ante determinado evento. Evidentemente, la cláusula presupone que se vio con anticipación la posibilidad de que ese evento ocurriese, pero no es incompatible con que los otorgantes del acto descartasen que fuese a ocurrir, no obstante lo cual, por las dudas (“para curarse en salud”), se pactó la renuncia (41).

**V. AUNQUE EL EVENTO EN QUE CONSISTE EL CAMBIO NO SEA
EXTRAORDINARIO E IMPREVISIBLE EN SENTIDO GENÉRICO,
BASTA CON QUE LO SEA EN CONCRETO**

Para simplificar, hasta aquí me he referido al carácter extraordinario e imprevisible aludiendo a distintos tipos de eventos de manera genérica. Por ejemplo, una inundación o un fenómeno inflacionario. Naturalmente, para determinar si el cambio es realmente extraordinario e imprevisible, es necesario analizar el evento con todas sus circunstancias, de modo tal que puede que, en abstracto, como categoría genérica, haya sido ordinario y previsible, pero extraordinario e imprevisible por sus circunstancias concretas (v.gr., intensidad, duración, momento en que se produce, etc.) (42). De lo contrario, prácticamente todo evento sería previsible: algún día habrá una guerra, un terremoto, etc. Por ejemplo, lo que importa es si se ha previsto o era previsible *esa* guerra, ocurrida entre ciertos contrincantes concretos, en un lugar y en un tiempo determinados, con cierta magnitud e impacto, etcétera.

Tomemos, por ejemplo, el caso de la inflación. Para avanzar, antes conviene aclarar que en las economías modernas siempre hay inflación, más allá de lo que pueda ocurrir en algún año en particular (en el que, por excepción, pueda no haberla o incluso haber deflación). Por lo tanto, cuando se dice que una economía no es inflacionaria, lo que en realidad se quiere decir es que su tasa de inflación es muy baja (p. ej., el 1% anual),

(40) V. ídem.

(41) V. cit. § IV.2.1.

(42) V. SACCO, Rodolfo, en RESCIGNO, Pietro, *Tratato di Diritto privato. 10. Obbligazioni e contratti. Tomo secondo. Il contratto*, 3ª ed., 4ª reimp., UTET Giuridica, Turín, 2017, p. 681; ALPA, Guido, *Corso di diritto contrattuale*, Cedam, Padua, 2006, ps. 156-157; APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., t. 2, “Parte general”, p. 263.

y cuando se sostiene que sí lo es, se quiere significar que su tasa de inflación ya ha superado cierto umbral. Hecha esta aclaración, ahora sí, avancemos. En una economía que no tiene inflación ni la ha tenido durante mucho tiempo, normalmente es un evento extraordinario e imprevisible que pase a tenerla. Planteado el tema así, de manera dicotómica, podría pensarse que, por el contrario, no lo sería que un país que ya arrastra varios años de inflación siguiese teniéndola. En principio, es así, en efecto. Es el caso de la Argentina, sin ir más lejos (43). Esto está tan asumido que, de hecho, salvo desbordes que cada tanto aparecen (v.gr., “el Rodrigazo” [1976], el colapso del sistema de microdevaluaciones programadas conocido como “la tablita” [1981], la hiperinflación de 1989 y la crisis de 2001), ni siquiera hay planteos judiciales por la depreciación de la moneda, y los pocos que hay son rechazados. Refiero un caso típico (44):

— Se celebró un contrato de obra que incluía una cláusula de actualización del precio por variación de costos.

— Tiempo después, el contratista alegó que, por la inflación, e incluso aplicando la cláusula de actualización acordada, el precio se había retrasado tanto que el contrato se le había tornado excesivamente oneroso, por lo que pidió judicialmente el reajuste del precio.

— El tribunal rechazó la demanda y declaró inaplicable el régimen de la imprevisión. Para hacerlo, tuvo en cuenta no solo la calidad de comerciante del actor y el hecho de que las partes ya habían previsto el problema y su solución (la cláusula de actualización), sino que, además, la variación del índice general de precios no había sido extraordinaria e imprevisible. En concreto, destacó que “durante el período octubre 1982-febrero 1983 el índice de precios mayoristas [...] aumentó en un 63,70%; que en el siguiente período (febrero 1983-junio 1983) el incremento de aquel índice fue el del 50,37%, y que, por último, desde junio 1983 a octubre del mismo año el alza fue del 84,03%” (45). Partiendo de esta base, consideró que “si bien se advierte una agudización del aumento de los costos en el último período, también es cierto que ya existía un no despreciable incremento en los tramos anteriores” (46).

(43) V., por ejemplo, C1ª Civ. y Com. Córdoba, 5/3/1992, “Salbachian, Martín y otro c. Banco Provincia de Córdoba”, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/JUR/2459/1992.

(44) V. CNFed. Civ. y Com., sala III, 16/9/1988, “ODI. Sociedad Colectiva de Construcciones c. Petroquímica General Mosconi, SA”, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/JUR/117/1988.

(45) Ídem.

(46) Ídem.

En principio, entonces, pareciera que, si ya hay inflación al tiempo de la celebración del contrato, no es posible considerar aplicable el art. 1091 por esta causa. Sin embargo, no necesariamente ha de ser así. No se trata, tan solo, de analizar de manera genérica, abstracta y dicotómica si hay o no inflación. Aun en un caso como el planteado, la inflación que se presentó podría haber sido extraordinaria e imprevisible por su magnitud (v. gr., si se hubiese disparado locamente la tasa, muy por encima de lo que venía siendo habitual) (47). Por ejemplo, esto es lo que ocurrió en la Argentina en 1975 (con el llamado “Rodrigazo”) y 1989 (con la hiperinflación del final del gobierno de Raúl Alfonsín). Bien entendido: lo extraordinario e imprevisible no fue el evento en abstracto (que hubiera inflación), sino su magnitud (en el caso, su tasa, que se elevó muy por encima de la que venía siendo habitual).

Refiero, ahora, un caso estadounidense, “Angel v. Murray” (48). Mahler —uno de los codemandados— era titular de una empresa recolectora de residuos y había celebrado un contrato con la ciudad de Newport, por el cual se comprometía a recolectar todos los residuos que se generasen en la ciudad durante el período acordado. La relación se había iniciado en 1946, y, a través de contratos quinquenales, había perdurado hasta la década de 1960. En 1964, las partes celebraron un nuevo contrato de cinco años de duración, por el cual Mahler recibiría 137.000 dólares por año como contraprestación por su tarea. El problema se planteó porque hacia el año 1967 la ciudad tuvo un crecimiento en la cantidad de unidades de vivienda (cuatrocientas nuevas), y lo mismo ocurrió al año siguiente. Sobre la base de que la tasa de crecimiento desde 1946 había tenido un promedio anual de entre 20 y 25 unidades, Mahler alegó que el crecimiento durante 1967 y 1968 había sido inesperado, por lo cual tenía derecho a la compensación adicional que había acordado con el ayuntamiento de la ciudad (10.000 dólares por cada año). Si bien el acuerdo existió, fue cuestionado por un tercero [Angel]. De acuerdo con el *Restatement (Second) of Contracts*, § 89D (a), para que un acuerdo modificatorio fuese válido y exigible, las nuevas circunstancias que lo generaron debieron ser imprevisibles para las partes. El tribunal interviniente —la *Supreme Court of Rhode Island*— le dio la razón al contratista, reconociendo su derecho a los pagos adicionales que había recibido por esos dos años. En definitiva, se entendió que el crecimiento de las unidades

(47) V. CAZEAUX, Pedro N. - TEJERINA, Wenceslao (h.) - MORENO DUBOIS, Eduardo E., “Obligaciones de dar sumas de dinero y la depreciación monetaria. Indexación y teoría de la Imprevisión”, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/3378/2009, § IV.

(48) 113 R.I. 482, 322 A.2D 630 (1974).

de vivienda (y, por ende, el de la cantidad de residuos) había sido previsible, pero no su cantidad durante los años 1967 y 1968.

En suma: aunque el evento en que consiste el cambio no sea, en sí, como categoría general y abstracta, extraordinario e imprevisible, para aplicar el régimen de la imprevisión basta con que lo sean concreto, por su magnitud o cualquier otra circunstancia (49). Por ejemplo, el tiempo, el lugar, la duración, sus consecuencias, etcétera.

Por cierto, el caso referido viene a cuento para precisar otro concepto: que la imprevisión también puede producirse por la aceleración del cambio —esto es, por el cambio en la velocidad del cambio— (50). Sin duda, puede haber imprevisión cuando ocurre algo que antes no ocurría. Pero también puede verificarse cuando ese algo ya venía ocurriendo, en la medida en que sufra un cambio relevante en alguna de sus características. Refiero un nuevo ejemplo (51). *A* y *B* celebran una compraventa. El precio se fija en la moneda del país *X*, que ya venía depreciándose lentamente frente a las monedas principales. Un mes más tarde, y cuando todavía no se había pagado el precio, una crisis política en *X* lleva a una devaluación masiva de su moneda, en el orden del 80%. En principio, se trata de un caso de imprevisión. Si bien la devaluación ya venía ocurriendo, no era previsible que se acelerara de ese modo.

Cierro con una observación de orden ontológico, conceptual o semántico. El análisis precedente supone que hay algo, un ente, que, sin dejar de ser lo que es, puede tener distintas propiedades y distintos niveles de expresión en cada una de esas propiedades. Apelando a una terminología tradicional: que un ente sigue siendo tal por más que cambien sus accidentes, siempre que no lo haga su sustancia o su esencia. Por ejemplo, ese ente podría ser la inflación, que a su vez puede tener distintas tasas. De ahí que haya afirmado que es posible que algo (la inflación) sea ordinario y previsible en abstracto, pero no lo sea en concreto, por alguna de sus propiedades (su magnitud: la tasa), lo que nos ha enfrentado al dilema objeto de este parágrafo, que he resuelto afirmativamente: que el art. 1091 también es aplicable cuando el evento en que consiste el cambio no es extraordinario e imprevisible, pero sí lo es alguna de sus propiedades o características (v.gr., su magnitud). Naturalmente, el planteo pierde todo sentido y la cuestión queda allanada

(49) V. CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge, *El incumplimiento justificado...*, cit., p. 306.

(50) V. los comentarios al art. 6.2.2, § 3, de los *Unidroit principles of international commercial contracts* 2016.

(51) Tomado de los comentarios al art. 6.2.2, § 3, de los *Unidroit principles of international commercial contracts* 2016.

de arranque si consideramos que, en realidad, un evento que tiene determinadas propiedades es un ente distinto a otro evento que tiene la misma naturaleza, pero propiedades distintas. De asumirse este abordaje, obviamente, ya no nos enfrentaríamos al problema del evento que no es extraordinario e imprevisible, pero sí lo es alguna de sus propiedades, ya que se trataría de dos eventos distintos (v.gr., la “cosa” inflación del 20% anual y la “cosa” inflación del 130% anual), el segundo de los cuales (el efectivamente ocurrido) sería extraordinario e imprevisible. A esta altura, la discusión se interna en un terreno más espeso, en el que lo ontológico, lo conceptual y lo semántico se entrecruzan. Fuera de esta breve referencia —y admitiendo, desde ya, mi impotencia para resolver esta cuestión que todavía hoy, tras miles de años, divide a los filósofos—, he optado por evitar este terreno y enfrentar el problema con un criterio más bien práctico. Ciertamente, mi abordaje presupone una definición también en el nivel “filosófico” supuestamente evitado: que el evento es “una cosa” que puede variar en sus propiedades sin dejar de ser tal. Al hacerlo, me atengo a lo que creo que es el paradigma dominante (y, por lo general, inconsciente) para la mayoría de las personas. Como alguna vez se ha observado, bien sea por naturaleza o por condicionamiento cultural, la mayoría de las personas concibe la realidad desde una perspectiva realista aristotélica, y a esto —insisto— me atuve.

VI. CARÁCTER GENERAL U OBJETIVO

Un contrato puede tornarse excesivamente oneroso por diversas causas, pero el régimen de la imprevisión solo es aplicable cuando se trata de causas objetivas, entendiendo por tales las que no se relacionan con la condición subjetiva del contratante afectado (52). Por ejemplo, en el marco de un transporte marítimo de carga entre Europa y Asia... (53).

— sería una causa objetiva el cierre del canal de Suez, ya que obligaría al transportista a recorrer el perímetro de África, pasando por el cabo de Buena Esperanza, con los mayores costos que esto implica, y

— sería una causa subjetiva una enfermedad contagiosa que afecta a toda la tripulación, que debe quedar en cuarentena, con el costo consiguiente derivado de contratar más personal.

(52) V. MAYO, Jorge A., “Teoría de la imprevisión y cláusula dólar”, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/3206/2001, § IV; ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*, cit., p. 950.

(53) Ejemplo tomado de cit., p. 950.

Si bien la ley no lo requiere expresamente, esta exigencia resulta de su sentido y del criterio con el que este instituto ha sido aplicado en nuestro país y en el extranjero. Pensemos, por ejemplo, en la inflación (caso típico de imprevisión, en la medida en que concurren los requisitos correspondientes): la depreciación monetaria afecta al menos a todos los contratos en los que una de las prestaciones es dineraria. Otro ejemplo: la creación y aplicación de un nuevo impuesto afecta a todos los contratos que tengan por objeto un bien alcanzado por ese tributo.

En suma, solo pueden dar lugar a la aplicación del régimen de la imprevisión los acontecimientos que tienen alcance general u objetivo, en el sentido de que afectan a todos los contratos que integran una misma categoría (54). El régimen no se aplica ante un cambio en la situación particular de un contratante, por muy extraordinaria e imprevisible que sea (55).

VII. MOMENTO EN EL CUAL DEBE HABERSE PRODUCIDO LA ALTERACIÓN

A los efectos de este instituto, solo tienen relevancias las alteraciones producidas dentro de cierto segmento temporal, que delimitaré a continuación.

El término inicial es la fecha de celebración del contrato (56). Solo los episodios posteriores tienen relevancia. Así resulta explícitamente del tenor del art. 1091 del Cód. Civ. y Com.:

(54) V. LACRUZ BERDEJO, José Luis - LUNA SERRANO, Agustín - DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús - RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, volumen segundo, Teoría general del contrato*, 2ª ed., reimp. 1990, Bosch, Barcelona, 1987, p. 313; BUSO, Eduardo B., "La doctrina de la imprevisión", cit., § VI; LAVALLE COBO, Jorge E., en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias...*, cit., t. 5, p. 926; BORDA, Alejandro, en BORDA, Alejandro (dir.), *Derecho civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 256; NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de derecho contractual*, cit., t. I, p. 274; APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., t. 3, p. 412. En contra: MORELO, Augusto M., *Ineficacia y frustración del contrato*, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 215; PARDO, Alberto J., "Incorporación de la teoría de la imprevisión al Código Civil", en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/3373/2009.

(55) V. GHERSI, Carlos A., en GHERSI, Carlos A. - WEINGARTEN, Celia (dirs.), *Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo*, 3ª ed. (1ª ed., 2009), La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 225.

(56) V. APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., t. 2, "Parte general", p. 264.

Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, *por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración*, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada [...]

¿Qué hay de los acontecimientos anteriores a la celebración del contrato que provocan su excesiva onerosidad? Lógicamente, el planteo solo tiene sentido respecto del acontecimiento anterior ignorado por la parte supuestamente afectada: de haberlo conocido esta, queda descartado y no puede dar lugar a la aplicación de este régimen, aunque más no sea porque no es algo imprevisto (mejor: no es algo ignorado; lo que no es imprevisto es el efecto del acontecimiento: la excesiva onerosidad), independientemente de la fecha en que haya ocurrido. La cuestión solo tiene relevancia, entonces, si se trata de un acontecimiento que, aunque existente al tiempo de celebración del contrato, era ignorado por el contratante que invoca la excesiva onerosidad. Incluso así, y aun cuando su ignorancia haya sido inculpable, no se puede aplicar el régimen de la imprevisión: el hecho se encuentra fuera del rango temporal relevante. En todo caso, y si concurren los demás requisitos legales, el contratante afectado podrá echar mano del régimen de las nulidades, invocando que su voluntad estuvo viciada por error o por dolo, según el caso (57).

Al regular el tema en este sentido, el legislador argentino se encuadra en lo que es la tendencia claramente mayoritaria entre los modelos normativos que han regulado la cuestión (58).

Tenemos, entonces, la fecha inicial del segmento temporal relevante; ¿cuál es su término final? En líneas muy generales, podría decirse que lo es la fecha en que se cumple totalmente el contrato. Sin duda, es así: si ya se lo ha cumplido en su integridad, es obvio que no podrán invocarse acontecimientos posteriores para aplicarle el régimen de la imprevisión. Es lo que ocurre todos los días. Por ejemplo, quien adquiere un bien se beneficia con su valorización posterior, así como se perjudica quien lo ha vendido, y viceversa.

(57) V. ídem.

(58) Las excepciones son contadas. Hasta donde tengo conocimiento, es el caso de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2016., art. 6.2.2, apartado *a* (“Hay ‘excesiva onerosidad’ (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) *dichos eventos* acontecen o *llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato* [...]” [destacado agregado]), y del reformado Cód. Civil alemán, § 313.

Este criterio general no genera ningún inconveniente si todas las prestaciones se cumplen en un mismo acto (p. ej., una compraventa en la que tanto el pago del precio como la entrega de la cosa deben verificarse en treinta días), pero, de no ser así, el tema ya no es tan simple. Supongamos que en una compraventa el precio debe pagarse en tres cuotas mensuales y la cosa vendida debe entregarse al sexto mes. Es obvio que todo acontecimiento posterior a la celebración del contrato y anterior al pago de la primera cuota tiene relevancia para nuestra figura, como así también que no la tiene el que sea posterior a la entrega de la cosa, pero ¿qué hay, por ejemplo, de los hechos que ocurren después del pago de la última cuota del precio y antes de la entrega de la cosa vendida? Si aplicásemos a rajatabla la regla general referida, serían acontecimientos que podrían dar lugar a la aplicación del régimen de la imprevisión. Sin embargo, en muchos casos no sería correcto proceder de este modo. Supongamos, por ejemplo, que se produce una fuerte devaluación (siempre después de que se ha pagado todo el precio). Evidentemente, una medida de este tipo deprecia el valor de la prestación dineraria. ¿Podría el vendedor invocar, entonces, el régimen de la imprevisión? Es evidente que no, porque es un hecho posterior al cumplimiento de esa prestación. Pero el otro contratante sí podría invocar, en cambio, un acontecimiento ocurrido durante ese período que depreciese la contraprestación a la que tiene derecho, como hemos visto. Por lo tanto, la regla general es solo un marco de referencia; la cuestión planteada en este párrafo solo puede resolverse teniendo en cuenta cuál es la prestación afectada. Aclarado el punto, lo que sigue no es sino una derivación lógica de las reglas oportunamente referidas: solo tienen relevancia los acontecimientos anteriores al cumplimiento de la prestación afectada (y posteriores a la celebración del contrato, se entiende). Volvamos, ahora sí, al ejemplo de la compraventa:

— Como la devaluación fue posterior al pago del precio (aunque anterior a la entrega del bien), no legitima la aplicación del régimen de la imprevisión. Esto es así porque al tiempo de su pago la prestación no se había depreciado. Lo que el vendedor haya hecho después con ese dinero es asunto suyo, pero en modo alguno le puede trasladar el riesgo al comprador.

— Si, en cambio, la devaluación hubiese sido anterior al pago total del precio (p. ej., si hubiese ocurrido a los quince días de celebrarse el contrato, o a los cuarenta), sería un acontecimiento relevante frente al régimen de la imprevisión. La razón: al tiempo de pago del precio, el vendedor habría recibido una prestación depreciada, ya sea en forma total

(si la devaluación se hubiese producido a los quince días de la celebración del contrato) o parcial (si hubiese ocurrido a los cuarenta).

Cierro con un comentario de carácter sistemático:

— Como venimos viendo, para que se aplique el régimen de la imprevisión deben concurrir dos requisitos principales: el cambio extraordinario en las circunstancias y la consecuente excesiva onerosidad del contrato para una de las partes. Lo primero (el cambio) es la causa de lo segundo (la onerosidad).

— Puede que ambos eventos ocurran al unísono. Pero también es posible no. De ser este último el caso, queda claro que, en el orden temporal, primero será el cambio de las circunstancias y luego la excesiva onerosidad, por la sencilla razón de que la causa precede temporalmente al efecto.

— Para que sea aplicable el régimen de la imprevisión, también es necesario que la excesiva onerosidad se haya producido antes del cumplimiento de la prestación afectada.

— Por lo tanto, siempre que la excesiva onerosidad se produzca antes que el cumplimiento de la prestación afectada, también se habrá verificado antes, por fuerza, el cambio extraordinario que la causó.

— Queda así en evidencia que, en realidad, el requisito de la precedencia del cambio extraordinario respecto del cumplimiento de la prestación (aquí examinado) es parcialmente redundante con relación al requisito de la precedencia que también la excesiva onerosidad debe tener respecto de ese cumplimiento.

LA RESOLUCIÓN POR AUTORIDAD DEL ACREEDOR

POR JOSÉ W. TOBÍAS

I. INTRODUCCIÓN

El limitado objeto de este trabajo es considerar el régimen legal del Cód. Civ. y Com. relativo al procedimiento tendiente a resolver el contrato a través de la llamada “cláusula resolutoria implícita”; “facultad resolutoria implícita”; “facultad comisoria de origen legal” o, también, “resolución por autoridad del acreedor” o “resolución de derecho” o “facultad resolutoria legal”, o “resolución por notificación” confrontándolo con el que había establecido la reforma del art. 1204 por la ley 17.711 del Cód. Civil derogado.

Al cabo de la lectura, se coincidirá seguramente, en que los cambios no han sido esenciales y que los acaecidos contribuyen a mejorar el procedimiento aplicable a la facultad resolutoria de origen legal, ejercida por la vía extrajudicial.

II. CLÁUSULA DE IRRESOLUBILIDAD

Una cuestión previa al indicado análisis reside en determinar la validez de una eventual cláusula que estableciera la renuncia de una o ambas partes a la facultad de resolver (judicial o extrajudicialmente) ante la hipótesis de un incumplimiento, lo cual supondría la facultad exclusiva de reclamar el cumplimiento y, eventualmente, los daños.

Se ha cuestionado (o al menos puesto en duda) la validez de una cláusula de “irresolubilidad” por entenderse que debilitaría el vínculo de interdependencia entre las prestaciones que, en la faz concreta de ejecución (sinalagma funcional), posibilita a una de las partes desli-

garse del incumplidor a través de la extinción del contrato; la cláusula, de ese modo, desvirtuaría la función de un contrato con prestaciones recíprocas (1).

Empero —contrariamente— el principio de autonomía conduce a sostener, al menos como regla, la licitud de una cláusula de esa especie. Las partes pueden, en efecto, acordar válidamente la no resolubilidad por incumplimiento o por un determinado incumplimiento o hacerlo solo frente a un incumplimiento parcial o circunscribiéndola a una especie de resolución (p. ej., la resolución por autoridad del acreedor) (2).

La afirmación precedente, sin embargo, no es excluyente de los casos en que exista alguna trasgresión a los límites de la autonomía o al ejercicio regular de un derecho (en especial al principio de la buena fe), como cuando no hay un remedio idóneo para el incumplimiento (insolvencia del deudor o impracticabilidad del cumplimiento específico por tratarse de un hacer infungible habiendo cumplido el afectado sus propias obligaciones). Así, la pretensión de hacer valer la exclusión o limitación de la cláusula de irresolubilidad no debe ser contraria a la buena fe (3).

Las consideraciones precedentes —aplicables a los contratos en general— no lo son cuando son renunciaciones unilaterales del adherente o el consumidor en contratos de esa naturaleza. Alguna duda puede suscitar en esos casos la cláusula de irresolubilidad bilateral. Pero la cláusula suele operar en esos supuestos solo en perjuicio de aquellos, de modo

(1) SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, *Il contratto*, Utet, 1993, t. 2, p. 588. En ediciones posteriores de la obra, sin embargo, se marca un cambio respecto de esa opinión, que lleva considerar la validez de la cláusula con tal que permanezcan operantes los remedios dirigidos al cumplimiento y al resarcimiento del daño y se respete el art. 1229 del Cód. Civil italiano (sobre ello, DELFINI, Francesco, “Resolución por incumplimiento”, en *Extinción de los contratos*, La Ley, p. 148).

(2) Bajo la vigencia del Cód. Civil derogado, LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, V. P. de Zavalía, p. 361; RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, Astrea, p. 134; LAVALLE COBO, Jorge, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, t. 5, p. 989. Bajo el nuevo Código, opinión de ALTERINI, J. H. - ALTERINI, I. E., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, 2ª ed., La Ley, t. VI, p. 748.

(3) En el sentido del texto, art. 8:109 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (“los remedios en caso de incumplimiento pueden ser excluidos o limitados excepto que ellos resulten contrarios a la buena fe y *fair dealing* de quien invoque la restricción o exclusión”. También, SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, La Ley, p. 201; APARICIO, Juan M., *Contratos*, 2ª ed., Hammurabi, t. 2, ps. 330 y ss.).

que también será por lo general inválida (salvo que ella actúe solo en su beneficio) (4).

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE ASPECTOS COMUNES A LA RESOLUCIÓN POR AUTORIDAD DEL ACREEDOR, LA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y EL PACTO COMISORIO EXPRESO (Y SOBRE ALGÚN OTRO)

No forman parte del análisis algunos aspectos problemáticos comunes a las especies de resolución (como lo son la gravedad o esencialidad del incumplimiento o las excepciones a la necesidad del incumplimiento o la renuncia al efecto resolutorio una vez producido).

Se enuncian, no obstante, algunas consideraciones de algunos de ellos —y de algún otro que no forma parte del procedimiento resolutorio— por su especial importancia en el tema del trabajo.

a) El nuevo Código establece de modo general para todos los contratos que el incumplimiento “a los fines de la resolución (el incumplimiento) *debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato...*” (art. 1084).

Bajo la vigencia del Cód. Civil derogado, la doctrina coincidía en que el incumplimiento que autorizaba la resolución —fuera el emanado de un pacto comisorio expreso o de una cláusula resolutoria implícita— debía ser “importante” o “grave” o “significativo” o de “entidad”, para lo cual se hacía hincapié en la importancia de los efectos de la resolución y en que, de otro modo, se estaría posibilitando el ejercicio abusivo de un derecho o un comportamiento contrario a la buena fe contractual o al principio de conservación del contrato, sin que se dejara de señalar, por alguno, que el fundamento del requisito se vinculaba con la frustración del fin del contrato.

¿Se trata de términos sinónimos? Aunque una doctrina los considera y trata como términos equivalentes (5), ha de entenderse que el cambio

(4) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., ps. 201 y ss.

(5) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., ps. 205 y ss.; WAYAR, Ernesto, “Extinción del contrato”, en *Extinción de los contratos*, La Ley, ps. 837 y ss.; APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., ps. 331 y ss. También, según creo, GIANFELICI, Mario C., en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Hammurabi, t. 3-C, p. 347; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Alterini, Jorge H. (Dir.), La Ley, t. V, p. 726 (al menos respecto de los dos primeros incisos del art. 1084).

terminológico es de significación, sin que quepa identificar lo “esencial” del incumplimiento con su “gravedad” o “importancia” o “entidad”: corrobora la afirmación la circunstancia que para tipo contractuales específicos, como los contratos de agrupación (art. 1462) o de agencia (art. 1494) o de concesión (art. 1500), se requiere de un incumplimiento “grave” y en el de suministro que sea de “notable importancia” (art. 1184) y aun, es también factible el ejercicio del derecho resolutorio cuando hay incumplimientos “reiterados” (arts. 1494 inc. e) y 1500) aunque no sean individualmente “graves” (6) (empleándose la terminología tradicional). Habría que agregar, todavía, que los supuestos de incumplimiento esencial de los incisos d) (“incumplimiento intencional”) y e) (“incumplimiento anunciado”) del art. 1084, son insusceptibles de ser considerados, por esas solas circunstancias, como “graves” o “significativos” (en el sentido que se le atribuye a esos términos).

En ese entendimiento, se ha considerado que el cambio terminológico supone un cambio de “perspectiva metodológica” —sustentada en antecedentes de derecho internacional y comparado (ver nota 13)— que apuntaría a atribuir una mayor eficiencia económica a través de una renovación de la concepción tradicional de la fuerza obligatoria del contrato, abandonando la idea que el cumplimiento debe atenerse imprescindiblemente al tenor literal pactado (no tendería tanto a la identidad entre lo debido y lo pagado, sino al equilibrio prestacional desde la perspectiva del interés de las partes (7) y, agrego, pone de relieve la trascendencia que en el tema reviste la noción de causa fin).

Lo cierto —sin posibilidad aquí de hacer un análisis pormenorizado— es que son cinco los incisos que enuncian los supuestos de incumplimiento esencial (art. 1084): *a*) cuando “...el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato...” (8); *b*) cuando “... el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición

(6) HEREDIA, Pablo, “Los diferentes conceptos de incumplimiento ‘esencial’ y ‘grave’ a los fines de la resolución contractual”, LL AR/DOC/2665/2016.

(7) HEREDIA, Pablo, “Los diferentes conceptos...”, cit. y, agrego, de comportamiento de las partes.

(8) Los Principios de Unidroit (art. 7.3.1) aluden a que hay incumplimiento esencial si “...la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato...” y en la nota se dice: “*no se 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...*”

del mantenimiento del interés del acreedor...” (9); c) cuando el incumplimiento “... priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar...” (10); d) cuando “...es intencional...” (11) y e) cuando “...ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”(véase *infra* b.1) (12).

(9) En rigor, la evaluación de la afectación que el incumplimiento provoca en las expectativas del no incumplidor requiere evaluar de un modo objetivo cual era el interés esperado por este, aunque computando si esa voluntad hubiera podido ser conocida por el deudor a la hora de celebrar el contrato (HEREDIA, Pablo, “Los diferentes conceptos...”, cit.).

(10) Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (art. 8:103) agregan “en todo o en una parte significativa de la ejecución”.

(11) El término empleado —“intencional”— ¿supone el incumplimiento “deliberado” o requiere también “la intención de provocar un perjuicio? Una tesis muy extendida proclama que el dolo en el incumplimiento obligacional se circunscribe al incumplimiento deliberado y ese es el alcance a atribuir al término “intencional” del art. 1084, no abarcativo de la intención de dañar (GIANFELICI, Mario C., en BUERES, Alberto J. [dir.], *Código Civil y Comercial...*, cit., t. 3-C, p. 348). No obstante, la caracterización del dolo en el art. 1724 (“El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”) ha llevado a considerar que ella abarca tanto el dolo delictual como el dolo en el incumplimiento obligacional (ALFERILLO, Pascual, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado...*, cit., t. VIII, p. 1299 y, con invocación del indicado artículo, se sostiene que el incumplimiento “intencional” debe tener por intención causar un daño (HEREDIA, Pablo, “Los diferentes conceptos...”, cit.). En los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (art. 9:301), la acción “intencional” comprende también un “acto gravemente negligente”: si se considerara que la caracterización del dolo del art. 1724 comprende el incumplimiento obligacional, esa situación estaría comprendida en la expresión “con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” empleada por el texto legal) (no obstante, aunque no se considerara así, igualmente se está en presencia en ese caso, de un supuesto de dolo eventual). Los aludidos Principios agregan que la hipótesis se configura, también, cuando el incumplimiento intencional “...da motivos a la otra parte para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte...” (aspecto este —el efecto subjetivo producido en el acreedor— no contemplado en el art. 1084).

(12) El supuesto contempla la manifestación anticipada del deudor de que no cumplirá, la que debe reunir los requisitos de ser “seria” y “definitiva” (pudiendo ser expresa o tácita). Empero, a diferencia de otros documentos internacionales, no se precisa la naturaleza o entidad del incumplimiento (grave o no grave): entendido literalmente, resulta que la sola manifestación anticipada —seria y definitiva— resulta ser un incumplimiento “esencial” (aunque no fuera grave). Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, en vez, (art. 9:304) contemplan el caso en que “con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación *de manera esencial...*” y los Principios de Unidroit (art. 7.3.3) determinan “...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...”

En otro orden, no es coincidente la opinión acerca de la cuestión si el incumplimiento esencial (art. 1084) (13) es presupuesto genérico de las especies resolutorias o si es una exigencia no aplicable al pacto comisorio expreso (14). Aquí, como se adelantó, se parte de la consideración que es un requisito genérico de la facultad resolutoria, aunque con la salvedad de su vigencia en los contratos paritarios con pacto comisorio expreso y, en este caso, salvo que el incumplimiento pactado —no susceptible de calificarse como “esencial”— no sea contrario a la buena fe (15). En ese orden, es posible señalar que en la evaluación de la “esencialidad” del incumplimiento se ha de partir, en principio, de un criterio “objetivo” que concierne a la estructura y la economía del contrato en cuestión (art. 1084 incs. a) y b)), a cuyo fin se ha de ponderar la incidencia del incumplimiento en la interdependencia funcional de las prestaciones, aunque sin perder de vista el modo considerable en que el incumplimiento puede lesionar el interés del no incumplidor en la situación concreta (criterio subjetivo, que surge en cierto modo del

(13) La exigencia que se esté en presencia de un incumplimiento que asuma gravedad o que sea esencial, es generalizada en los distintos derechos: el derecho inglés distingue la *condition* (estipulación esencial que posibilita la resolución, eventualmente acompañada de los daños) de la *warranty*, (estipulación accesoria que solo autoriza la acción de cumplimiento o los daños y perjuicios). Los Principios de derecho europeo de los contratos (Lando) limitan la resolución a un incumplimiento esencial (art. 9:301) lo mismo que los Principios de Unidroit ((art. 7.3.1) y la Convención de Viena de 1980 de Compraventa internacional de mercaderías (arts. 25 y 72) mientras que el Código Europeo de los Contratos (Gandolfi) la circunscribe a un incumplimiento de “importancia notable” (CABRILLAC, Remy, *Derecho Europeo de los contratos*, Facultad de Derecho - UBA - La Ley, p. 152). La reforma del Código Civil francés (ordenanza del 10 de febrero de 2016), ratificada por ley 2018-287 del 20/4/2018, establece que la resolución que posibilita el incumplimiento debe ser “suficientemente grave” (art. 1224: “*La résolution résulte soit de l’application d’une clause résolutoire soit, en cas d’inexécution suffisamment grave, d’une notification du créancier au débiteur ou d’une décision de justice*”).

(14) Por la primera postura: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en *Código Civil y Comercial comentado...*, cit., ps. 725 y ss.; GIANFELICI, Mario C., en BUERES, Alberto J. [dir.], *Código Civil y Comercial...*, cit., t. 3-C, p. 346. Por la segunda, APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., p. 336; SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., p. 205.

(15) Bajo la vigencia del Código civil derogado (art. 1204 —texto según ley 17.711— no abordaba expresamente la cuestión, a diferencia de su fuente, el art. 1454 del Cód. Civil italiano), se partía de la consideración que, en cualquiera de los casos, se estaría permitiendo de otro modo el ejercicio abusivo del derecho de resolver (RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., ps. 53 y ss.; NICOLAU, Noemí, *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, t. I, p. 351).

art. 1084 inc. c)] (16)- (17), y que también comporta un criterio subjetivo el del inc. d) (en donde es menester valorar la voluntad y conducta del deudor al momento del cumplimiento de la obligación a fin de apreciar si es “intencional”).

Interesa agregar que también el incumplimiento parcial (18) o el defectuoso o el inexacto e, incluso, el de una obligación accesoria (cuando compromete o pone en riesgo el cumplimiento de la principal o cuando impide a la otra parte cumplir una obligación principal a su cargo) puede, en ocasiones, reunir el requisito de ser esencial (19).

Sentado, como se vio, que el incumplimiento “esencial” no es sinónimo de un incumplimiento “grave”, corresponde determinar si la “gravedad” del incumplimiento sigue siendo un presupuesto del derecho resolutorio (agregado o no al incumplimiento esencial), aún en los supuestos en que la gravedad no es exigida en tipos contractuales específicos.

(16) Bajo la vigencia del régimen anterior, se postulaba un criterio centralmente objetivo (RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 57; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, p. 447), otro que se podía considerar subjetivo, en el sentido de que de haberlo previsto el afectado no habría celebrado el contrato (FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Código de Comercio de la República Argentina comentado*, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, t. I, p. 339) y otro, finalmente, que propugnaba una combinación de los dos anteriores (FARINA, Juan M., *Rescisión y resolución de los contratos [civiles y comerciales]*, Orbir, p. 81).

(17) Coinciden en que el nuevo Código adopta un criterio mixto (objetivo subjetivo con preponderancia del objetivo (APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., ps. 333 y ss.; SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., ps. 215 y ss.).

(18) Dice el último párrafo del art. 1083: “..Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor sólo puede resolver íntegramente el contrato si el acreedor no tiene interés en la prestación parcial”.

(19) GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, Hammurabi, ps. 144 y ss.; SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., ps. 224 y ss.; APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., p. 334. No parece ser la solución del Código Europeo de los Contratos (Gandolfi) que limita la resolución a un incumplimiento de “importancia notable”, es decir, “si concierne a una de las obligaciones principales (y no secundarias) del contrato y además teniendo en cuenta la calidad de las personas y la naturaleza de las prestaciones, el incumplimiento conlleva para el acreedor un perjuicio tal que lo priva sustancialmente de lo que tiene derecho a esperar del contrato” (art. 107.1). En nuestro país, el proyecto del ejecutivo de 1993 preveía: “...No se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes fuere de escasa importancia en relación con el total del objeto del contrato” (art. 903) y el proyecto de 1998 requería que el incumplimiento fuera “significativo” (art. 1054).

Así, por ejemplo, el art. 1084 engloba como un supuesto de incumplimiento “esencial” el supuesto en que este sea “intencional” (inc. e). ¿Significa esto que un incumplimiento no grave o de escasa entidad posibilita la resolución si es intencional (doloso)? A mi juicio, ha de concluirse que aún el incumplimiento intencional debe guardar una proporción razonable con el drástico remedio que supone la resolución para poder considerarlo un ejercicio regular de un derecho (art. 10). En rigor, más genéricamente, debe entenderse que por aplicación de los principios generales del Título preliminar del nuevo Código (arts. 9º, 10, 11) y el carácter de remedio excepcional del procedimiento resolutorio (resultante, a su vez, del *pacta sum servanda* y del principio de conservación del contrato), el incumplimiento debe ser “grave” o “significativo” en toda hipótesis contractual (no solo en los tipos en que se lo impone expresamente). Son, en definitiva, los mismos fundamentos con los que la doctrina arribó a igual conclusión bajo la vigencia del régimen legal anterior.

b) La potestad resolutoria extrajudicial puede, en ocasiones, ejercitarse en ausencia de un incumplimiento actual.

b.1) Es el caso en que el deudor ha anunciado, de una manera cierta e inequívoca, que dejará de cumplir: no obstante que el art. 1084 inc. e) encuadra la situación como una hipótesis de “configuración de incumplimiento” (epígrafe del artículo) que “...considera esencial”, parece más exacto afirmar que es una situación de “resolución anticipada” a la oportunidad en que se debe cumplir (20). Esta opción presenta ventajas para el acreedor pues le posibilita encontrar más fácilmente soluciones de reemplazo, además de evitar el agravamiento de los daños e intereses (21).

(20) En el sentido indicado en el texto, en el derecho anglosajón se distingue entre la *anticipatory repudiation* y el *breach of contract* (BLUM, Brian A., *Contracts*, second edition, Aspen Law and Business, ps. 540 y ss.).

(21) Se explica, por ello, que se la admita en otros derechos: por ejemplo, en el derecho alemán, “el acreedor puede resolver el contrato aún antes del vencimiento de la prestación, si es evidente que las condiciones de la resolución están cumplidas” (art. 323) y el derecho inglés admite el *anticipatory breach of the contract* cuando antes del término previsto para la ejecución, parece evidente que una parte no va a ejecutar la prestación. Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, a su vez, contemplan la resolución anticipada “si antes de la fecha en la cual una parte debe cumplir, es manifiesto que habrá incumplimiento esencial de su parte, el cocontratante tiene fundamentos para resolver el contrato” (art. 9:304). No está regulada, en cambio, en la reforma de 2016 del Código Civil francés pese a que estaba contemplada en el Proyecto Terre (CABRILLAC, Remy, *Derecho Europeo de los contratos*, cit., p. 153).

En la hipótesis de resolución que se considera, será menester (art. 1088 inc. c) que el no incumplidor manifieste su voluntad de resolver (lo cual supone que puede optar, contrariamente a ello, por exigir el cumplimiento) (22). Bajo la vigencia del régimen anterior, la facultad de ejercer en esa hipótesis la resolución anticipada no estaba contemplada y la doctrina difería acerca de la solución. Mientras algunos —ante la ausencia de disposición legal expresa— consideraban que era necesaria la interpelación ex art. 1204 (pues no era posible prescindir por vía de interpretación, supliéndolo, de uno de los antecedentes previstos para que adviniera la consecuencia resolutoria) (23) otros afirmaban que ello carecía de sentido frente a la manifestación del deudor (24).

b.2) ¿Y si antes de la oportunidad del cumplimiento resulta la certeza de la imposibilidad del incumplimiento? No es el caso en que esa imposibilidad es atribuible a un caso fortuito pues allí el contrato se resuelve por imposibilidad de pago (art. 955), sino el supuesto de una imposibilidad —temporaria— atribuible al deudor, en que el no incumplidor, además de los daños y perjuicios, podrá ejercer la potestad resolutoria (la que se producirá, también, cuando la manifestación de voluntad del acreedor es recibida por el deudor) (art. 1088 inc. c) últ. párr.) (25).

En rigor, se está en presencia de un supuesto de imposibilidad de cumplir la prestación mas no de la obligación, que se transforma en la de pagar el equivalente económico de la prestación (más los eventuales daños). Así entendida la cuestión, la parte no incumplidora puede optar por el reclamo de los daños y perjuicios o por resolver (junto con los eventuales daños). Si opta por lo último, no será menester que formule el requerimiento resolutorio, bastando que comunique su voluntad de

(22) Si optara por la última vía, ya no podría manifestar su voluntad resolutoria (SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., p. 35).

(23) MAYO, Jorge A. - TOBIÁS, José W., “La resolución por autoridad del acreedor”, LL 1978-D-1071.

(24) RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 157; STIGLITZ, Rubén, “Pacto comisorio implícito”, LL 1999-D-903.

(25) La hipótesis tampoco estaba contemplada por el art. 1204 (texto según ley 17.711) del Cód. Civil anterior y la doctrina también difería acerca de la solución. Con Mayo, considerábamos que el acreedor no quedaba liberado del requisito de la intimación pues si bien ya no debía la prestación originaria —cuyo cumplimiento lo había imposibilitado— era deudor de los daños y perjuicios (art. 889 Cód. Civil) (lo que determinaba la subsistencia de la obligación, aunque “convertida”) (MAYO, Jorge A. - Tobías, José W., “La resolución por autoridad del acreedor”, cit.). Otra opinión, en cambio, consideraba, también aquí, que la intimación resultaba inútil, además de imposible (RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 157).

resolver y la explicación a la solución legal es que la imposibilidad del cumplimiento específico es enteramente atribuible al deudor (asimilándose la situación al caso en que este manifiesta que no cumplirá).

La posibilidad de la resolución anticipada en ese supuesto, estaba también expresamente contemplada en el Proyecto de 1998 (art. 1055), que agregaba a la imposibilidad de cumplimiento la imposibilidad de intimación.

b.3) Tampoco es necesario el requerimiento resolutorio “...si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento...” (art. 1088 inc. c), en cuyo caso la resolución también se “...produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte”.

Bajo la vigencia del régimen anterior —que no contaba con una norma que regulara específicamente la cuestión— se afirmaba la ausencia de necesidad de formular la intimación, para lo cual se sostenía su inutilidad y ausencia de razón de ser pues el cumplimiento ya carecía de interés para el acreedor (26).

Es atinado, por iguales razones, justificar la solución legal (innecesariedad del requerimiento en el caso de plazo esencial) en la circunstancia que el incumplimiento es atribuible al deudor (en una situación en que el cumplimiento específico fuera del plazo pactado es inútil para el acreedor): al fin y al cabo, aunque subsiste el deber de resarcir los daños y perjuicios, la imposibilidad del cumplimiento específico le es imputable.

b.4) Hay una hipótesis más que hace innecesario cursar la intimación resolutoria: dice el art. 1089 (cuya fuente es el art. 1056 del proyecto de 1998): “Resolución por Ministerio de la ley. El requerimiento dispuesto en el art. 1088 no es necesario en los casos en que la ley faculta a la parte para declarar unilateralmente la extinción del contrato, sin perjuicio de disposiciones especiales”.

El epígrafe del texto legal puede hacer suponer, equivocadamente, que la resolución se produce *ipso jure*: es perceptible, sin embargo, que la razón de ser de la norma (además de su letra) es prescindir del requerimiento resolutorio, y no de prescindir de la voluntad resolutoria. Ha de entenderse, por lo tanto, que el no incumplidor deberá manifestar su voluntad de resolver, que producirá efectos desde la recepción por el deudor.

(26) GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, cit., p. 205 (quien ejemplifica con un servicio de *lunch* para un evento determinado); LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, p. 662.

Un caso que encuadra en la disposición transcrita (“sin perjuicio de disposiciones especiales”), es el previsto por el art. 1494. El contrato de agencia se resuelve por “...e) incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas...” y el segundo párrafo del artículo siguiente prescribe: “...En el caso del inciso e) del artículo 1494, cada parte puede *resolver directamente* el contrato...”. También, los incumplimientos de las partes en el contrato de concesión (art. 1509, que dispone la aplicación al contrato de concesión del art. 1494).

En las relaciones de consumo, a su vez, “el incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor a:... c) rescindir el contrato con el derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato...” (art. 10 bis ley 24.240). Se trata de un nuevo supuesto en que el consumidor está facultado para resolver el contrato, prescindiendo del requerimiento resolutorio que contempla el régimen general de la cláusula comisorias implícita (27).

En la hipótesis que se considera, deben considerarse también comprendidos los casos en que el legislador faculta a una de las partes a resolver el contrato (aunque en algunos supuestos silenciando el procedimiento a seguir): el locatario (art. 1220); el mutuante (art. 1526); el constituyente del contrato de renta vitalicia (arts. 1604 y 1607) (28)- (29),.

No están comprendidos, en cambio, supuestos particulares en que la ley faculta a una o ambas partes a rescindir unilateralmente, por no tratarse, estrictamente, de supuestos de resolución (art. 1261 en la locación

(27) PICASSO, Sebastián, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, t. I, p. 159; NICOLAU, Noemí, *Fundamentos de derecho contractual*, cit., p. 504.

(28) HERNÁNDEZ, Carlos A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, Rubinzal-Culzoni, t. VI, p. 263. Ver, sin embargo, para el art. 1526, párr. 2º, NEGRI, Nicolás J., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, t. IV, p. 641, para quien si el mutuario elige la resolución debe acreditar los requisitos de los arts. 1083, 1084, 1088 y 1089.

(29) En un caso de resolución por el locador (art. 1219 inc. c)), (falta de pago de la prestación dineraria durante dos períodos consecutivos) es menester atenerse a la disposición especial del art. 1222. Las otras hipótesis de resolución por el locador (incisos a) y b) requieren cumplir el procedimiento de la cláusula resolutoria implícita (arg. a contrario art. 1223, párr. 2º).

de obra; art. 1404 inc. a] en la cuenta corriente bancaria o art. 1539 en el comodato) (30).

c) *Naturaleza del incumplimiento*. El incumplimiento material que autoriza el derecho resolutorio es el llamado “jurídicamente relevante” (31). Se presenta así el interrogante acerca de la eventualidad de la “imputabilidad” del incumplimiento.

Conforme a una primera postura —tradicional— es menester que el incumplimiento sea *atribuible a la culpa del deudor* (32) (se argumentaba con la circunstancia que el art. 1204 no solo facultaba a la resolución sino a demandar los daños y perjuicios o con la naturaleza de la resolución [es una sanción] o a que en las obligaciones de resultado el deudor, por lo común, se liberaba demostrando su ausencia de culpa o que si el incumplimiento se debía a caso fortuito se estaba en presencia de un supuesto de imposibilidad de pago).

Otro punto de vista afirmaba que el derecho de resolución requería que el incumplimiento fuera “imputable” al deudor y sería de esa naturaleza, según el tipo de obligación: si el factor de atribución fuese subjetivo (obligación de medios) se requiere la culpa del deudor y no si fuese objetivo (obligación de resultado).

Más ampliamente, otra tesis (se la puede considerar estrictamente objetiva) sostenía que siempre se puede resolver, aún en los casos de incumplimiento de obligaciones cuyo factor de atribución fuera subjetivo (33). Argumentos a favor de esta opinión, se relacionaban no solo con la esencia y naturaleza que se atribuye a la resolución (la ruptura del sinalagma funcional) sino con la circunstancia que en ninguna parte del

(30) GIANFELICI, Mario C., en BUERES, Alberto J. [dir.], *Código Civil y Comercial...*, cit., t. 3-C, p. 358.

(31) Sobre lo equívoco de la expresión pues también el retardo desprovisto de cualquier factor de atribución es susceptible de producir efectos jurídicos, VALLESPINOS, Carlos G. - PIZARRO, Ramón D., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Hamurabi, t. 2, p. 506).

(32) RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., ps. 119 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., ps. 366 y ss.; GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, cit., ps. 181 y ss.; LAVALLE COBO, Jorge, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil...*, cit., p. 981; Recomendación de las VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1977).

(33) CASAS DE CHAMORRO VANASCO, María L., *Efectos propios de los contratos bilaterales*, en *Contratos*, I, V. P. de Zavalía, p. 255 (aunque si la tardanza acarrea perjuicio al acreedor); MIQUEL, Juan L. *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Depalma, ps. 127 y ss.; SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Depalma, vol. III, p. 499).

régimen legal se aludía a la culpa del incumplidor, remarcándose, además, que la resolución y la responsabilidad civil —no obstante aspectos comunes— son institutos distintos (en sus requisitos y sus efectos). La circunstancia que en determinadas obligaciones el factor de atribución de la responsabilidad civil fuese subjetivo, se afirmaba, no se extiende a la resolución por incumplimiento y en este último, la relación de reciprocidad e interdependencia de las obligaciones se ve alterada (aunque sea inimputable).

Ahora bien, el nuevo Código requiere como presupuesto del derecho resolutorio el estado de mora del deudor (art. 1088 inc. b)), con lo que la controversia, en cierto modo, sería susceptible de trasladarse, ahora, al concepto de mora. Empero, la expresa exigencia legal del estado de mora, parece amortiguar la tesis que afirmaba que para resolver era suficiente el simple retardo o retraso y consolidar, en cambio, la tesis —tiende a ser mayoritaria— que la noción de mora se relaciona con el retraso o retardo atribuible objetivamente (con abstracción de toda idea de culpa y con base en el riesgo creado, la garantía, un deber calificado de seguridad, etc.) o subjetivamente (culpa) al deudor(34). Sucede que es poco concebible que el legislador, al imponer el presupuesto del estado de mora, haya partido de una noción de esta que es marcadamente minoritaria en la doctrina.

d) La parte que pretende resolver no debe, a su vez, haber incurrido en un incumplimiento injustificado. El requisito, además de resultar de la propia naturaleza del instituto, se infiere del art. 1078: 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...” (35). Lo relevante, en suma, es que quien resuelve válida-

(34) Bajo el nuevo Código, HEREDIA, Pablo, “Los diferentes conceptos...”, cit.; WAYAR, Ernesto, “Extinción del contrato”, cit., p. 843; SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., ps. 285 y ss.; APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., p. 332; PIZARRO, Ramón D., “La mora del deudor en el Código Civil y Comercial”, LL 2016-B-758.

(35) Particulares cuestiones suscita el caso en que una pluralidad de personas conforma la parte que tiene derecho a ejercer el derecho a resolver. Bajo el régimen anterior, era mayoritario el punto de vista que afirmaba que la pretensión debía ser formulada por todas ellas (encontrándose, además, en la condición que se analiza en este acápite) (LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., p. 366; ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales y de consumo*, Abeledo Perrot, p. 511; FARINA, Juan M., *Rescisión y resolución...*, cit., p. 120; MIQUEL, Juan L., *Resolución de los contratos...*, cit., p. 177); mientras que otra opinión atribuía relevancia a la opinión de los que querían el incumplimiento (*pacta sum servanda*) salvo que su número no fuera relevante frente a los que querían la resolución (BORDA, Guillermo A., *Tratado de de-*

mente no haya incumplido y en esa situación se encuentra quien ha cumplido previamente al ejercicio de la facultad de resolver o no está obligado todavía a cumplir (pues ha cumplido con lo que debería cumplir); quien no ha cumplido porque la otra parte no prestó su colaboración para que pudiese cumplir y quien no ha cumplido justificadamente (p. ej., por autorizarlo la *exceptio non adimpleti...*).

¿Y si el incumplimiento de quien pretende resolver es injustificado, pero no es grave o esencial y no guarda proporción o relación con la gravedad del incumplimiento de la otra parte?

Descartado el supuesto en que ambos incumplimientos son graves y tienen la entidad suficiente para resolver, en que ninguna de las partes, al menos como regla, tiene ese derecho por la ausencia del requisito que se considera (36) parece que hay que concluir que un incumplimiento menor (no grave) que, además, no guarda proporcionalidad con la gravedad del incumplimiento de la otra parte, otorga el derecho a resolver (37)-(38).

recho civil. Contratos, actualizado por Alejandro Borda, 10ª ed., La Ley, t. I, nros. 308-310) y no faltaba la que admitía que podía ser ejercida por cualquiera de ellas si la prestación era divisible (RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 218). En referencia a la resolución por declaración de una de las partes (la que aquí se considera), ha de entenderse ahora que la solución es clara: "...La comunicación debe ser dirigida por todos los sujetos que integran una parte..." (alude a la no incumplidora) (art. 1078 inc. a) (era la solución expresa del art. 838 del Proyecto de 1936; "Si los contratantes fueran varios por cada parte, la resolución sólo podrá ser exigida por todos o respecto de todos..."). En este sentido, aunque no invocando la norma indicada: APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., p. 345. Comp., no obstante, SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., p. 131, para quien la persona que quiere resolver y no tiene la voluntad del resto de quienes conforman la parte, tiene derecho a instar la revisión judicial del asunto en caso que la negativa sea abusiva. Pero ello no se concilia con la solución del texto transcripto.

(36) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., ps. 83 y ss.; APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., p. 342. MIQUEL, Juan L. *Resolución de los contratos...*, cit., p. 14, nota 183, GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, cit., p. 188. En cambio, ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles...*, cit., ps. 513 y ss.; RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 202 (para el caso que una de las partes se oponga a la resolución, mas no cuando ambas concuerdan, aunque se imputen la causa de la resolución). Comp., en el derecho italiano, SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, *Il contratto*, cit., ps. 602 y ss., para quienes es procedente la resolución y la mayor o menor imputabilidad influirá en la responsabilidad por los daños que se produzcan en razón de la extinción.

(37) APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., ps. 341 y ss.; SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., ps. 80 y ss. Para el derecho italiano, en ese sentido, DELFINI, Francesco, "Resolución por incumplimiento", cit., ps. 134 y ss.

(38) Importa considerar, sin embargo, las hipótesis de prestaciones que deben cumplirse sucesivamente: el cocontratante que primero incumplió injustificadamen-

III. EL PROCEDIMIENTO RESOLUTORIO EXTRAJUDICIAL

La vía resolutoria extrajudicial está contemplada por el art. 1088 del nuevo Código, del que resulta la necesidad de la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* Requerimiento de pago del no incumplidor con el otorgamiento de un plazo de pago; *b)* Si existieran obligaciones pendientes a su cargo, debe ofrecer su cumplimiento correlativo; *c)* el transcurso del plazo concedido sin que se haya cumplido el requerimiento.

Se los analiza a continuación.

III.1. Requerimiento resolutorio

Dispone el art. 1088 inc. c): “La resolución por clausula resolutoria implícita exige... c) que el acreedor emplace al deudor, bajo apercibimiento 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...”.

a) Naturaleza jurídica. La intimación que aquí se analiza es un acto jurídico unilateral recepticio (cuyos efectos, por ende, acaecen desde su recepción por el destinatario) (39).

El efecto jurídico que acarrea —y que funda la afirmación de que se trata de un acto jurídico— es que, pendiente el plazo, el acreedor no puede demandar por cumplimiento ni por resolución. “Al poner en movimiento el procedimiento, también el acreedor juega su suerte: su conducta ha generado una situación de legítima expectativa que no

te y ha incurrido en mora, no tiene derecho a resolver y si el sucesivo, pues no estaba obligado a cumplir ni puede ser constituido en mora. También, los supuestos en que los incumplimientos son simultáneos. En esos casos, ha de distinguirse según que el incumplimiento de una de las partes haya tenido por causa el incumplimiento injustificado de la otra o que ambos incumplimientos se hayan configurado de modo independiente. En la primera situación, quien no ha cumplido a causa del incumplimiento del otro tiene derecho a resolver y, también, cuando una de ellas está dispuesta a cumplir y la otra no cumple ni está dispuesta a hacerlo sin una causa justificada. En la segunda situación, ninguna de las partes tiene derecho a resolver el contrato (solo el cocontratante no incumplidor goza de ese derecho) (SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., ps. 84 y ss.).

(39) MAYO, Jorge A. - TOBÍAS, José W., “La resolución por autoridad del acreedor”, cit.

puede ser alterada sin afectar el interés del deudor a la certeza de la situación...” (40). De ahí que el acto no pueda ser revocado por el requirente ni —como se verá— modificado unilateralmente por este.

Es de señalar que la coincidencia acerca de la naturaleza recepticia del acto no deja de suscitar controversias acerca de su efectivo significado (para lo cual se recurre a los debates acerca del mismo aspecto en la interpelación *ex mora*). Afirman unos que la eficacia adviene con la oportunidad en que llega a conocimiento del deudor o con la recepción de la manifestación en el domicilio (en la específica esfera del deudor con independencia del efectivo conocimiento) (41) y quieren otros que es menester el efectivo conocimiento por el deudor (42).

La solución es la propia de la naturaleza recepticia del acto: el requerimiento es eficaz cuando se hace llegar al domicilio del emplazado (abarcando las hipótesis en que la comunicación es devuelta sin conocer su contenido o la ausencia del destinatario) o, antes, si de acuerdo con las reglas de la buena fe, el requerido hubiera tomado efectivo conocimiento de ella (en que la prueba corre a cargo del requirente).

b) Requisitos

b.1) Contenido del requerimiento. El requirente debe “emplazar” al deudor al cumplimiento (art. 1088 inc. c]) y ello supone que debe mediar una “exigencia” de pago, resultando insuficiente una invitación a cumplir o una mera declaración que ha acaecido el incumplimiento. Es menester, por lo tanto, un reclamo categórico de cumplimiento.

No obstante, la intimación —a diferencia del apercibimiento de resolución que debe ser expreso (*infra* enseguida)—, puede ser expresa o tácita, siempre —en el caso de la última— que se trate de expresiones

(40) MAYO, Jorge A. - TOBIAS, José W., “La resolución por autoridad del acreedor”, cit.

(41) MAYO, Jorge A., en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, t. II, p. 605; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., Perrot, p. 138, nota 24. Específicamente, aludiendo al requerimiento resolutorio, SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., p. 281; WAYAR, Ernesto, “Extinción del contrato”, cit., p. 836.

(42) CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed., La Ley, t. I, p. 206; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 3ª ed., Abeledo Perrot, p. 111. Específicamente, aludiendo al requerimiento resolutorio, GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, cit., ps. 207 y ss.

o hechos materiales de los que se puede establecer con certidumbre el requerimiento a cumplir (43).

El emplazamiento debe individualizar las obligaciones incumplidas, de modo que el requerido esté en condiciones de conocer los incumplimientos que se le atribuyen y se le reclaman. Es insuficiente, por lo tanto, un requerimiento genérico a que el deudor cumpla sus obligaciones (44). Se sigue de ello, que debe mediar identidad entre lo reclamado y lo adeudado: es ello lo que permite al deudor regularizar su situación e impedir la resolución (acerca de la cuestión de la individualización de los daños y perjuicios, *infra* b.6).

La ausencia de ambos componentes lo torna ineficaz como requerimiento resolutorio. La existencia de obligaciones pendientes exigibles a cargo del requirente, impone que deba ofrecer su cumplimiento (45). Si el cumplimiento de la obligación a cuya satisfacción se intima, requiere la colaboración del requirente, debe también ofrecerla en el requerimiento.

En otro orden, va de suyo que la diferenciación entre resolución por incumplimiento y responsabilidad resarcitoria, determina que el “plazo de gracia” otorgado no excluye la resarcibilidad del mayor daño resultante del nuevo plazo.

La existencia de una correlativa obligación del requirente o la necesidad de su colaboración para recibir el pago, hacen necesario el ofrecimiento respectivo, de modo de evitar que se invoque el no cumplimiento para justificar la no realización del pago.

b.2) Forma del requerimiento. Se reitera en este tema la solución del régimen legal anterior: mientras la comunicación de la manifestación de voluntad de resolver en el pacto comisorio expreso requiere de una “forma fehaciente” (art. 1086) ninguna forma exige el art. 1088 para el emplazamiento que pone en movimiento el mecanismo resolutorio que se considera.

Se entiende, por ello, que seguramente se reiterarán las diferencias de opinión que suscitaba el art. 1204 (según ley 17.711) del Cód. Civil derogado (que se apartó de su fuente, el art. 1454 del Código italiano que

(43) Comp.: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en *Código Civil y Comercial comentado...*, cit., p. 743, quien extiende la exigencia legal del apercibimiento resolutorio “expreso” al requerimiento mismo.

(44) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., p. 632.

(45) ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles...*, cit., p. 507.

dispone que el requerimiento debe ser hecho por escrito). Decían algunos que, no existiendo una forma determinada para llevar a cabo el requerimiento, regía la regla general de la “libertad de formas”, pudiéndose incluso hacerse verbalmente (a salvo el problema de la prueba) (46) y afirmaban otros (me incluía) (47) que esa opinión no se conciliaba con la exigencia de una “forma fehaciente” impuesta en el pacto comisorio expreso. Resulta poco congruente, en efecto, que la imposición de la forma rija en el indicado supuesto y no en el requerimiento resolutorio, teniendo en cuenta que ambas manifestaciones —la intimación y la voluntad de resolver— constituyen los presupuestos ineludibles del efecto resolutorio: si la ley impuso una forma determinada a una de las indicadas manifestaciones, esa misma forma debe regir para la otra (48).

Establecido lo expuesto, corresponde detenerse en el significado de la expresión “forma fehaciente”, pues también aquí hay divergencia de opiniones (49). A mi juicio, por forma fehaciente debe entenderse la forma escrita (50).

(46) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., p. 371; RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 193, CASAS DE CHAMORRO VANASCO, María L., *Efectos propios...*, cit., p. 249; CÁMARA, Héctor, “El nuevo art. 1204 del Código Civil: Pacto comisorio”, *Rev. del Notariado*, nro. 702, p. 1339; LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos...*, cit., p. 663; GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, cit., p. 209.

(47) MAYO, Jorge A. - TOBIAS, José W., “La resolución por autoridad del acreedor”, cit.; MOSSET ITURRASPE, Jorge - STRATTA, Alicia, su ponencia a las *VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santa Fe) (para quienes debía hacerse por escrito).

(48) Bajo el nuevo Código, LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en *Código Civil y Comercial comentado...*, cit., p. 743. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (comp.), *Resolución...*, cit., p. 277; APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., p. 350, quienes se pronuncian por la vigencia de la regla de la libertad de formas (no obstante que el último autor destaca que una eventual prudencia impone que ella se haga mediante medios de comunicación fehacientes que faciliten la prueba en una eventual controversia).

(49) RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 189 considera que es la escrita (la que da fe en juicio); SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., p. 277 la que es “fidedigna” (que no es otra que la escrita); BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Perrot, p. 275, apunta a lo inequívoco de la manifestación, de lo que resultaría que hasta la expresión verbal sería admisible si revistiera ese carácter; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en *Código Civil y Comercial comentado...*, cit., p. 734 (para quien es la que hace fe de la voluntad en el expresada).

(50) La que por sí mismo, sin necesidad, en principio, de ningún otro requisito ritual, pone de manifiesto un hecho jurídico, constituyendo, a su vez, una prueba preconstituida que hace cognoscible el hecho antes del eventual proceso (MAYO, Jorge A. - TOBIAS, José W., “La resolución por autoridad del acreedor”, cit.).

b.3) *El plazo*. El requerimiento debe indicar el plazo o referirse al legal, en cuyo caso debe entenderse que se refiere al mínimo (15 días) (51). Si se omite toda referencia a un plazo (incluso al legal), la intimación no cumple los presupuestos del art. 1088 inc. c) que exige que el emplazamiento a cumplir lo sea en “un plazo no menor a quince días excepto que de los usos o de la índole de la prestación, resulte la procedencia de uno menor...”: el texto legal es categórico e impide considerar (fundado en el principio de conservación de los actos jurídicos) que frente a la omisión en establecer un plazo “debe entenderse que rige el plazo de quince días...” (52).

La fijación del plazo queda al arbitrio del requirente siempre que no sea menor a 15 días (a salvo las excepciones del texto legal), siendo indiferente que el establecido le resulte insuficiente al deudor: este ha tenido todo el tiempo previsto para cumplir y el acreedor bien pudo haber optado por la resolución judicial con lo cual el deudor no habría gozado de ningún plazo (53). La solución legal —reiteratoria del régimen anterior—, por otra parte, otorga certeza a la situación, evitando la incertidumbre e inseguridad que supondría la posterior discusión en torno a si el plazo fue o no suficiente (54). La naturaleza supletoria de la regula-

(51) Aludiendo al art. 1204 del régimen anterior, en conclusiones aplicables al vigente, MAYO, Jorge A. - TOBIÁS, José W., “La resolución por autoridad del acreedor” cit.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., ps. 372 y ss.; RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 165; GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, cit., p. 212; Comp.: CÁMARA, Héctor, “El nuevo art. 1204...” cit., p. 1347, para quien el texto del art. 1204 —ahora reiterado en este aspecto— solo establece un tope mínimo. Pero la referencia al plazo legal indica inequívocamente que el requirente se está refiriendo al mínimo (pues en caso contrario es evidente que, haciendo uso de su potestad para fijar un plazo mayor, lo habría indicado expresamente).

(52) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en *Código Civil y Comercial comentado...*, cit., p. 744. También, CAMELO DÍAZ, Gustavo, en STIGLITZ, Rubén (dir.), *Contratos civiles y comerciales*, La Ley, t. II, p. 191.

(53) MAYO, Jorge A. - TOBIÁS, José W., “La resolución por autoridad del acreedor” cit.; ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles...*, cit., p. 507; GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, cit., p. 220; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., p. 373; SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., ps. 263 y ss. Comp.: MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit., p. 451; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., nro. 303 (para quien —ateniéndose a la fuente— debía ser conveniente o adecuado, aunque admitiendo que ello no debía afectar el interés del acreedor).

(54) El art. 1454 del Cód. Civil italiano, por ejemplo, alude a un *congruo termine*. El § 323 del BGB impone dejar al deudor “un plazo razonable para ejecutar o proceder a la ejecución correctiva” y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Lando) aluden también a un plazo razonable (art. 9:303).

ción legal posibilita que las partes pacten un plazo mayor o menor al que prevé el texto (55).

¿Y si el requerimiento (a salvo los casos de excepción de los “usos y la índole de la prestación”) contiene un plazo inferior al mínimo legal? Ello no acarrea su invalidez, pero el deudor puede cumplir dentro del plazo mínimo pues se trata de un término de gracia establecido a su favor (56).

Fijado el plazo, no es posible que el requirente lo abrevie unilateralmente: el deudor, ateniéndose a la conducta inicial del requirente, pudo haber programado el cumplimiento en consonancia, sin que esa expectativa pueda ser frustrada por quien la generó (57). Pero tampoco puede ampliar el plazo (ni antes ni después de vencido el originario), pues en ello también se encuentra en juego el interés del deudor a la certeza de la situación: “...no es posible que una vez determinado a no cumplir y a soportar las consecuencias de su incumplimiento, pueda quedar expuesto a sufrir el mayor daño, imprevisto y eventualmente mayor, que podría quedar a su cargo si se concediese al acreedor la posibilidad de postergar el efecto final de su declaración, ampliando el plazo fijado. El acreedor, originariamente, ha hecho saber al deudor su carencia de interés en el cumplimiento más allá del plazo fijado, de manera que, habiéndolo puesto en esas condiciones, no puede ‘retardar’ una situación obligacional de la que el mismo ya lo ha liberado por anticipado” (58).

El emplazamiento sin fijación de plazo —o el empleo de términos vagos o imprecisos— es ineficaz para poner en marcha el procedimiento resolutorio. La gravedad de las consecuencias posibles hace imperioso evitar incertidumbres acerca de la naturaleza del requerimiento

(55) GIANFELICI, Mario C., en BUERES, Alberto J. [dir.], *Código Civil y Comercial...*, cit., t. 3-C, p. 355.

(56) MAYO, Jorge A. - TOBIAS, José W., “La resolución por autoridad del acreedor”, cit.; STIGLITZ, Rubén, “Pacto comisorio implícito”, cit.; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., nro. 302.

(57) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., p. 274; RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 165.

(58) MAYO, Jorge A. - TOBIAS, José W., “La resolución por autoridad del acreedor”, cit.; APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., p. 352; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., p. 374. Comp., sin embargo, MIQUEL, Juan L. *Resolución de los contratos...*, cit., p. 166; RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., ps. 165 y ss.; SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., p. 274; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *Tratado de los contratos*, La Ley, t. II, p. 297; GIANFELICI, Mario C., en BUERES, Alberto J. [dir.], *Código Civil y Comercial...*, cit., t. 3-C, ps. 355 y ss.; BORDA, Guillermo A., “La reforma del Código Civil. Pacto comisorio”, ED 31-987 (aunque con el límite que la extensión no puede perjudicar el interés del acreedor).

y del término dentro del cual el deudor puede evitar la extinción del contrato (59).

b.4) *El plazo mínimo: los usos y la índole de la prestación.* El art. 1088 inc. c) —cuyas fuentes son el art. 902 del Proyecto del Ejecutivo de 1993 (aludía a la “naturaleza de la prestación”) y el art. 55 del Proyecto de 1998 (el art. 1204 del régimen anterior aludía a los usos o un pacto expreso que estableciera uno menor)— admite dos excepciones a la regla del plazo mínimo de quince días: cuando de los usos o de la índole de la prestación resulta que se puede efectuar el requerimiento en un plazo menor.

Es difícil —por no decir imposible— concebir la existencia de “usos” (se entiende que generalizados) de los que resulte que los requerimientos con finalidad resolutoria se ejercitan con plazos menores a los quince días. Mas factible resulta considerar la vigencia de la segunda excepción (como cuando faltasen menos días para el comienzo de una festividad estrechamente ligada a la compra de determinados artículos) (60).

b.5) *El requerimiento resolutorio y la interpelación ex mora.* Determinado que para resolver por incumplimiento es menester que el requerido esté en mora (*supra* nro. III.c), se controvertía bajo el régimen legal anterior —en discusión que se reiterará bajo el nuevo Código— si en aquellas obligaciones en que es menester el requisito de la interpelación para constituir en mora, era posible acumular la intimación al cumplimiento con el requerimiento que emana de la resolución por autoridad del acreedor, de modo que un único acto interpelatorio tenga, simultáneamente, la virtualidad de constituir en mora al deudor y poner en marcha el mecanismo de la resolución legal extrajudicial.

Son, al menos, los casos en que las partes acordaron que sería necesaria la interpelación para la constitución en mora; las obligaciones de plazo tácito (art. 887 inc. a) (61); las puras y simples (al menos para

(59) RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 164; FARINA, Juan M., *Rescisión y resolución...*, cit., p. 195; SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., ps. 271 y ss. Comp., sin embargo, GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, cit., p. 212 (para quien como la ley se reputa conocida, el emplazado debe conocer que se lo está intimando en el plazo legal); CAMELO DÍAZ, Gustavo, en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojus, t. III, p. 486.

(60) El ejemplo es de FARINA, Juan M., *Rescisión y resolución...*, cit., p. 194.

(61) El texto legal las considera una de las excepciones a la regla de la mora automática, mas no establece como se produce la mora. Ha de entenderse, no obstante, que rige el criterio que contenía el art. 509 párr. 2º del Cód. Civil derogado (APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., p. 332).

alguna doctrina) (62); aquellas en que la ley exige la interpelación y las de plazo incierto (al menos para alguna doctrina) (63).

Un primer punto de vista consideraba que el requerimiento resolutorio contenía la simultánea virtualidad de constituir en mora, de modo que un mismo acto interpelatorio cumplía ambas funciones (64).

Otro criterio afirmaba la necesidad de ambos actos (la intimación ex mora y el requerimiento resolutorio) aunque era posible que lo fuera en una única intimación (siempre que concurrieran los requisitos respectivos) y difería en que para algunos ambos plazos podían correr simultáneamente (65), mientras que para otros era indispensable que la única interpelación (que cumplía ambas funciones) requiera que los plazos funcionaran en forma sucesiva (primero el de la interpelación moratoria y luego el del requerimiento resolutorio) (66).

Una última opinión —de la que participábamos con Mayo (67)— sostenía que no cabía prescindir de la decisiva consideración que la mora constituía un presupuesto esencial para posibilitar el mecanismo

(62) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La mora en las obligaciones puras y simples”, LL 1976-A-412. Por mi parte, consideraba que en ellas la mora se configura con la manifestación del acreedor (recepticia) de que sea cumplida la obligación por el deudor (TOBIAS, José W., “Obligaciones puras, de plazo incierto y de plazo indeterminado”, LL 1992-E-78).

(63) CAZEAUX, Pedro - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, cit., ps. 220 y ss.; GARRIDO, Roque, “La mora en la reforma del Código Civil”, ED 36-884). Por mi parte, consideraba que el supuesto jurídico (*fattispecie*) se configuraba por el acaecimiento del hecho constitutivo del plazo y su efectivo conocimiento por el deudor, lo que determina la conveniencia de la comunicación de su realización por el acreedor, sin perjuicio que el estado de mora se complete con el restante hecho (el incumplimiento del deudor) que regularmente debe ser posterior en el tiempo a los dos anteriores (pues la buena fe impone que el deudor goce de un tiempo prudencial a partir de conocido el hecho, cuya magnitud depende de las características de la obligación) (TOBIAS, José W., “Obligaciones pura...”, cit.).

(64) MIQUEL, Juan L. *Resolución de los contratos...*, cit., p. 137; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., nro. 303).

(65) WAYAR, Ernesto, *Tratado de la mora*, 2ª ed., Lexis Nexis, p. 712, criterio que mantiene bajo la vigencia del nuevo Código (“Extinción del contrato”, en *Extinción de los contratos*, La Ley, ps. 844 y ss.).

(66) GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, cit., p. 230; LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos...*, cit., p. 663.

(67) MAYO, Jorge A. - TOBIAS, José W., “La resolución por autoridad del acreedor”, cit.

del requerimiento resolutorio y que, por ello, no resultaba posible poner en movimiento el último procedimiento sin la previa existencia de aquella (68).

El nuevo Código refuerza, a mi juicio, esta interpretación pues “La resolución por cláusula resolutoria implícita requiere: ...b) que el deudor *esté en mora*” (art. 1088 inc. b)]. El requisito es expreso y supone que, al momento de formular el requerimiento, se haya cursado la interpelación *ex mora* y haya transcurrido el plazo sin que el deudor haya cumplido (69).

¿Y cuál es la solución en aquellos casos —como los de las obligaciones de plazo indeterminado— en que el plazo debe fijarlo el juez (arts. 887 inc. b] y 889) (70)?

Fijado el plazo judicialmente, la mora se produce con el vencimiento del plazo fijado en la resolución judicial. Vencido este sin el cumplimiento, el acreedor puede optar entre exigir el cumplimiento o poner en marcha el mecanismo resolutorio.

b.6) Los daños. El plazo adicional para cumplir de que goza el deudor no lo libera de los daños moratorios. A diferencia del art. 1204 del Cód. Civil derogado que preveía que la resolución se producía en caso de no cumplirse con la “prestación”, el nuevo Código se limita a establecer que el acreedor debe emplazar al deudor “a que cumpla” (art. 1088 inc. c]) (sin precisar qué).

En la realidad de las cosas, el requirente deberá reclamar lo debido y los daños y perjuicios, de modo de evitar que la falta de reclamo de los últimos se considere una renuncia tácita a percibirlos. Pero el pago de los daños moratorios ilíquidos no constituye un requisito del requerimiento: al deudor, en ese caso, le bastará con cumplir con la prestación

(68) RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 170; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., p. 376; IBÁÑEZ, Carlos M., *Resolución por incumplimiento*, Astrea, p. 266.

(69) Bajo el nuevo Código, SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., p. 293; APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., ps. 356 y ss. Comp., WAYAR, Ernesto, *Tratado de la mora*, cit., ps. 844 y ss.

(70) El primero de los artículos en el inciso mencionado, alude a las obligaciones “sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho” y para caracterizarlas emplea, equívocamente, la expresión “si no hay plazo”, cuando es perceptible que ello es propio de las obligaciones no sujetas a esa modalidad (las puras y simples).

debida para evitar la resolución (sin perjuicio del derecho del requirente al posterior reclamo)(71).

b.7) *El apercebimiento resolutorio*. El régimen del nuevo Código es terminante: el requerimiento debe contener el "...apercebimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato..." (art. 1088 inc. c). No era la solución del art. 1204 del Código Civil derogado que, a diferencia de su fuente (el Código Civil italiano)(72), no indicaba expresamente esa exigencia. Un sector de la doctrina, no obstante, consideraba que ello resultaba imprescindible pues de otro modo la ausencia del apercebimiento indicaba que el requirente había "optado" por el cumplimiento, en tanto ello era lo que resultaba del contenido de la intimación (a lo que se agregaba que resultaba imprescindible que el deudor conociera los efectos que acarrearía el incumplimiento, atendiendo a los graves efectos que resultan del ejercicio de la potestad resolutoria)(73).

El texto legal requiere que el apercebimiento sea "expreso": ello supone que es insuficiente que se lo pueda inferir de otros comportamientos, por lo general neutros o equívocos, ajenos al lenguaje convencional, que posibiliten atribuirles esa significación. Es un claro supuesto en que la manifestación tácita de voluntad carece de eficacia por disponerlo

(71) Aludiendo, en general, a los daños y perjuicios, sin distinguir si son líquidos o ilíquidos, LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., p. 374; RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., ps. 168 y ss.; LAVALLE COBO, Jorge, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil...*, cit., p. 1005. Bajo el nuevo Código, SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., p. 276. Parece ser también la opinión de APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., p. 351 (al afirmar que con la inclusión se facilita que pueda hacerlo y se despeje toda duda de que con el requerimiento no renuncia a ese rubro accesorio). Comp.: NICOLAU, Noemí, *Fundamentos de derecho contractual*, cit., p. 354 (para quien, "el deudor debe cumplir, para hacerlo debe adicionar los daños y perjuicios pues, de lo contrario, el acreedor está facultado para rechazar el pago").

(72) Además del art. 1454 del Código italiano, la necesidad del apercebimiento está contemplada en el Código Civil peruano (art. 1428) y la misma solución prevé el art. 114 del Código Europeo de los Contratos (Gandolfi). En nuestro país lo prevenían expresamente los Proyectos de 1987 (art. 1204) y de 1998 (art. 1055), no así el Proyecto del Ejecutivo de 1993 (art. 902).

(73) MAYO, Jorge A. - TOBIAS, José W., "La resolución por autoridad del acreedor", cit. También, LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., p. 383; RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 166; CHAMORRO VANASCO, María L., *Efectos propios...*, cit., p. 249; ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles...*, cit., p. 507; Comp., sin embargo, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit., p. 451. GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, cit., p. 245; BUERES, Alberto J., "El pacto comisorio tácito y la mora del deudor", LL 1980-A-843, nota 61; FARINA, Juan M., *Rescisión y resolución...*, cit., p. 191; STIGLITZ, Rubén, "Pacto comisorio implícito", cit.

la ley, al imponer la manifestación expresa (art. 264). En ese orden de ideas, resultaría insuficiente, por ejemplo, la sola remisión al art. 1088 del nuevo Código (ello no es apto para informar de modo expreso al deudor acerca de las consecuencias de la intimación (74).

La ausencia del apercibimiento acarrea la ineficacia de la interpelación como requerimiento resolutorio, sin perjuicio del valor que pueda asignársele a otros efectos (v.gr. constitución en mora).

IV. LA RESOLUCIÓN COMO RESULTADO DE "PLENO DERECHO"

Transcurrido el plazo de gracia, dice el art. 1088 inc. c) "...La resolución se produce de pleno derecho...". Resulta innecesario que el acreedor manifieste la voluntad de resolver: el efecto resolutorio adviene con el vencimiento del plazo y, desde entonces, ni el requerido podrá cumplir tardíamente ni el requirente podrá exigir el cumplimiento renunciando al efecto resolutorio (75).

Era el significado que una doctrina —me incluía— atribuía a la expresión "sin más" que empleaba el art. 1204 del Cód. Civil derogado (76). Otra corriente de opinión, sin embargo, sostenía que el requirente, vencido el plazo, conservaba la opción de pedir el cumplimiento o dar por resuelto el contrato. Se argumentaba que, de otro modo se privaba al acreedor de la opción que en materia de resolución judicial este gozaba (*jus variandi*) y que lo contrario suponía dejar librado al arbitrio del deudor la suerte del contrato (77). Empero, ninguna de esas razones era de recibo: el acreedor tiene efectivamente la opción del cumplimiento o la

(74) En la doctrina italiana, LENER, Giorgio, "La resolución de derecho," en *Extinción de los contratos*, La Ley, p. 685.

(75) APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., p. 358; SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., ps. 306 y ss. Así, la solución legal se ajusta al texto de la ley (también antes) y, además, a la certeza de la situación, evitando que el requirente no pueda hacer resurgir un contrato, contrariando las expectativas que el mismo generó.

(76) RAMELLA, Anteo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 168; MAYO, Jorge A. - TOBÍAS, José W., "La resolución por autoridad del acreedor", cit.; STIGLITZ, Rubén, "Pacto comisorio implícito", cit.

(77) TRIGO REPRESAS, Félix A., "La resolución por incumplimiento en el proyecto de Código Civil del año 1999", en *Anales*, 2ª época, año XLIV, nro. 37, p. 115; CASAS DE CHAMORRO VANASCO, María L., "Fundamentación de la viabilidad de la acción de resolución por incumplimiento contractual", LL 1980-B-1063; GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, cit., ps. 232 y ss.

resolución y si opta por la vía de la resolución extrajudicial a través del requerimiento, quedará claro que de no mediar el cumplimiento habrá hecho uso de la opción de resolución.

Va de suyo que la afirmación presupone que el deudor no ha purgado su mora, cumpliendo el requerimiento dentro del plazo de gracia.

Pendiente el plazo, sin embargo, el requerido pudo haber expresado su oposición fundado en razones variadas: negando el propio incumplimiento o, en todo caso, su gravedad; objetando los requisitos formales de la intimación; negando su estado de mora; invocando el incumplimiento del requirente, etc. Ninguna cuestión se plantea si este acepta las objeciones en cuyo caso, superados los inconvenientes, nada le impide formular un nuevo requerimiento o demandar por resolución o por incumplimiento en razón de circunstancias posteriores. En caso contrario, las respectivas posiciones habrán de dilucidarse judicialmente “y la oportunidad estará dada por la necesidad de cualquiera de ellas de hacer valer un derecho emergente de la posición que sostiene y, aún, bastaría la acreditación que la situación de incertidumbre creada le pudiera producir un perjuicio o lesión actual... para demandar el logro de una sentencia ‘declarativa’” (78).

No es necesaria —ciertamente— la promoción de una demanda de resolución (esta se ha producido de “pleno derecho”) sino que es suficiente la pretensión tendiente a obtener la realización de las consecuencias jurídicas emergentes de la resolución (lo cual no excluye la posibilidad del demandado de oponerse a la pretensión fundado en el no acaecimiento de los presupuestos de la resolución extrajudicial, controversia que quedará zanjada con una decisión judicial).

Si el demandado ha guardado silencio durante el plazo de gracia, ¿puede luego impugnar la resolución aduciendo la ausencia de los requisitos formales del requerimiento? No parece admisible que pueda después impugnar el requerimiento, para lo cual es posible argumentar, ahora, con la tercera excepción del art. 263 y, también con las pautas de la buena fe (art. 12) (79).

(78) MAYO, Jorge A. - TOBIAS, José W., “La resolución por autoridad del acreedor”, cit.

(79) MAYO, Jorge A. - TOBIAS, José W., “La resolución por autoridad del acreedor”, cit.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., p. 374; RAMELLA, An-teo E., *La resolución por incumplimiento*, cit., p. 175; GASTALDI, José M., *Pacto comisorio*, cit., p. 255. Comp. sin embargo, APARICIO, Juan M., *Contratos*, cit., p. 358 (para quien nada impide al requerido impugnar las deficiencias del requerimiento pese a su anterior silencio), SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Resolución...*, cit., p. 298.

Ha de señalarse, sin embargo, que el tema no deja de ser complejo: a la consideración que no es posible atribuir relevancia a un requerimiento carente de los requisitos formales, a lo que se puede agregar que la ley no impone al requerido ninguna carga de expresarse (ni en el régimen anterior ni en el actual) y que es susceptible, por ello, de cuestionamientos a pesar del anterior silencio, se le pueden recordar expresiones de Paccione (las señala Cifuentes) en el sentido que los hombres de negocios se mueven en una atmósfera en la que domina la buena fe y ella no tolera que nadie se atrinchere detrás de un silencio cuando su silencio puede tener la apariencia exterior de consentimiento (intentando, p. ej., cuestionar el requerimiento —después de haber guardado silencio— al solo fin de “forzar” al acreedor a promover una acción declarativa como procedimiento para arribar a algún tipo de acuerdo).

SOBRE LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN MATERIA CONTRACTUAL (1)

POR JUAN CARLOS CASSAGNE

La contratación pública, a raíz de la evolución de la teoría del contrato administrativo, no ha podido sustraerse, al menos en el derecho europeo, a la influencia de las tendencias que impone la globalización, la cual empuja hacia la modernización de las instituciones para hacer compatibles las reglas y principios de cada derecho nacional con los que rigen en los ámbitos comunitarios, regionales e, incluso, mundiales.

La crisis ha despertado también la necesidad de utilizar como herramienta económica (2) la institución del contrato público en línea con el objetivo de tutelar la competencia tanto en las típicas contrataciones en que es parte la Administración Pública como en aquellas en que, por su envergadura, las empresas privadas ejercen una posición dominante en los mercados, imponiéndoles el requisito de la selección de contratistas con arreglo al principio de concurrencia.

Esa evolución ha sido lenta pero el hecho de asentarse en fuertes pilares jurídicos y adaptarse a la realidad que exhibe cada tiempo histórico explica, de algún modo, su permanencia a pesar de los embates del proceso de mundialización y de los derechos supranacionales que, no obstante su limitación territorial, no dejan de ser globales en sus respectivos ámbitos (comunitario europeo e interamericano). La paradoja

(1) A la memoria del Dr. Jorge Horacio Alterini, mi querido y admirado colega en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y auténtico maestro del derecho.

(2) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L., "La problemática de la contratación pública de la crisis", en la obra colectiva dirigida por citado autor, *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2016, ps. 21 y ss.

es que muchas de las cosas que han sucedido fueron, en cierta manera, anticipadas hace un siglo.

En tal sentido, no hay que olvidar que hace relativamente poco tiempo se cumplieron cien años de la primera edición de los *Principios de derecho público* de Maurice Hauriou (3) cuya vigencia actual suele pasar inadvertida, incluso en la doctrina francesa, que ha dedicado poco espacio a la proyección de esa obra del creador del derecho administrativo contemporáneo (4).

Esa ocasión inspiró un excelente trabajo doctrinario de Jacqueline Morand-Deville que tuvimos el privilegio de recibir para su publicación en nuestra Revista de Derecho Administrativo (5), en el que la autora desmenuza con auténtica maestría el pensamiento del célebre decano de Toulouse y revela la raíz del pensamiento de Hauriou mostrando su actual vitalidad para enfrentar la problemática que plantea el contrato administrativo relacionándolo con la teoría del Estado y de la institución.

En la actualidad, buena parte de las relaciones contractuales de cierta duración y, particularmente, los contratos de asociación pública privada se han institucionalizado. A su vez, en el sistema de las fuentes del derecho (en forma incompatible con el positivismo jurídico de raíz kelseniana) se han producido radicales transformaciones y aparecen múltiples y complejas relaciones entre los particulares y el Estado que limitan el ejercicio de las prerrogativas estatales, que, como es sabido, se ejercen en forma unilateral. Si el intercambio de prestaciones no es contemporáneo sino permanente y de cierta duración es evidente que más que ante un contrato conmutativo, en su esencia, estamos frente a una relación institucional regida más por los principios generales y la equidad, que, por las potestades exclusivas del poder, aunque estas potestades se ejerzan para mantener el equilibrio de las prestaciones durante la vida del contrato. Esta clase de contratos públicos se transforman así en verdaderas instituciones de base asociativa y el principal desafío que enfrentaron los juristas estriba en descubrir los principios que las nutren, las nuevas soluciones que demanda el fenómeno a la luz de las necesidades socio-económicas y cuál es el mejor sistema para la resolución de los conflictos.

(3) HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, Dalloz, París, 2009, que la obra aparecida en 1910, de la que hay una segunda edición en 1916.

(4) RIVERO, Jean, "Maurice Hauriou et le droit administratif", *Pages de doctrina*, LDGJ, París, 1980, p. 29.

(5) MORAND-DEVILLER, Jacqueline, "Le commerce juridique. Consensualisme et convivialisme il y a cent ans Maurice Hauriou", REDA, nro. 95, Buenos Aires, 2014, ps. 1167 y ss.

¿Quién podría pensar décadas atrás que en la concesión de servicios públicos tuviera cabida la idea de una tarifa social? Actualmente los sistemas y la interpretación se orientan a la búsqueda de la mayor estabilidad jurídica con el objetivo de atraer inversiones en infraestructura y servicios que mejoren las condiciones económico-sociales de cada comunidad (bien común) y en esa línea cabe situar a la figura de los llamados contratos-ley o de estabilidad jurídica que instituyó el ordenamiento constitucional peruano (6). Esta clase de contratos procuran que la convergencia voluntaria de los particulares con la Administración “descanse en principios de certeza, confianza, autorización, previsión y legalidad” (7).

Esta estabilidad jurídica que precisan los contratos públicos para sustraerse de la influencia de los cambios políticos (y evitar así el aumento del riesgo contractual) conduce a corregir el uso y abuso de la potestad modificatoria (8) así como de los poderes de extinción por razones de ilegalidad (9) o de oportunidad, sin efectuar el pago efectivo de los daños que los actos de la Administración provocan en el patrimonio del contratista privado, circunstancia que en Latinoamérica destiñe cuando no aniquila la figura contractual y hace que la misma no ofrezca garantías suficientes para las inversiones que necesita nuestro desarrollo económico.

I. LOS DILEMAS CLÁSICOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El campo de la contratación pública se encuentra asediado por una serie de tensiones en medio de un conjunto de dilemas que giran,

(6) ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *El contrato ley*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997, ps. 18 y ss.

(7) DANOS ORDOÑEZ, Jorge, en el “Prólogo” al libro de ZEGARRA VALDIVIA, *El contrato...*, cit., p. 8.

(8) Véase: VILLAR ROJAS, Francisco J., “La resiliencia del contrato de gestión de servicio público frente a las normas europeas de contratación pública”, en la obra colectiva, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L. (dir.), *El impacto...*, cit., ps. 292 y ss. analiza la retracción de la potestad modificatoria por razones de interés público en España a raíz de la adaptación de la legislación interna al derecho comunitario.

(9) En efecto, no todo contrato ilegal conduce a la invalidez pues para declarar esta última el vicio ha de ser trascendente: Cfr. BACA ONETO, Víctor S., *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Cameron May-Junta de Castilla y León, Londres, 2008, p. 674.

fundamentalmente, en torno de la teoría del contrato administrativo y, en menor medida, de los contratos de objeto privado que celebra la Administración.

Si se reconoce la categoría jurídica del contrato administrativo (ya sea como género de los contratos que celebra la Administración o como la especie más significativa de estos), en la que el acuerdo de voluntades con el contratista privado se caracteriza (i) por perseguir una finalidad de inmediata de interés público propia de la función administrativa o, si se prefiere, de su tráfico o giro normal; (ii) por contener un régimen típico del derecho administrativo con prerrogativas de poder público y, (iii) por un sistema de selección fundado en los principios de publicidad, igualdad y concurrencia, puede captarse fácilmente, al menos en nuestro país, cuál es el punto de mayor tensión que se genera en el ámbito de la contratación pública.

Porque aun suponiendo las mejores intenciones en quienes propician la huida del régimen de los contratos públicos, sobre todo en materia de selección de los contratistas, con base en discutibles principios de eficacia, no se puede ignorar que la prescindencia de los principios de publicidad, igualdad y concurrencia, alienta conductas anticompetitivas y corruptelas que impiden que el Estado o sus entidades públicas y/o privadas obtengan las ofertas más ventajosas que puede proporcionar el mercado.

No obstante, en una tendencia opuesta a la seguida por el derecho comparado, que extiende los principios de la selección pública a las sociedades anónimas estatales e inclusive a contratistas privados (los llamados sectores excluidos en el derecho comunitario europeo), el ordenamiento argentino prescribe lo contrario, conforme a la política legislativa adoptada para la mayoría de las sociedades estatales creadas en la última década (10).

Esa regresión institucional no es buena, ya que puede, en sí misma, estimular la corrupción y el favoritismo en la selección. También resulta contraria al principio de transparencia. Hay que pensar que, en el fondo, se trata de recursos que pertenecen a la comunidad y que, aun cuando se considerara conveniente acudir a formas orgánicas privadas no resulta jurídicamente válido, desde el ángulo de los principios constitucionales, que se obvie la licitación pública o procedimientos similares, porque con

(10) Ampliar en nuestro libro *El acto administrativo*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 429 y ss.

ello se incurre en una doble transgresión: la del principio de defensa de la competencia prescripto por el art. 42, parte 2ª, de la CN y la del principio de publicidad que consagra, en forma preceptiva, el art. 3º inc. 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuya trascendencia ha señalado la doctrina (11).

A su vez, el campo de la contratación pública ha sido fértil en la producción de un conjunto inagotable de dilemas como los que plantean la elección entre un régimen contractual estatista y autoritario frente a un régimen de equilibrio entre prerrogativas y garantías; si tiene o no sentido hoy día la categoría del contrato administrativo, o bien, si se admiten o no los contratos de la Administración regulados, en punto a su objeto, por el derecho privado, o si, de cara a una revocación del contrato por razones de oportunidad cabe indemnizar o no el lucro cesante etc.

Adicionalmente, los dilemas lógicos son mucho más peligrosos en la medida que intentan probar algo sobre la base de proposiciones contradictorias de modo que negándose una de ellas se afirme lo que sustenta el contradictor. La doctrina del contrato administrativo se halla plagada de esta clase de artificios lógicos y el verdadero diálogo suele estar ausente cuando no se convierte en diálogo consigo mismo.

Una forma de escapar al diálogo doctrinario consiste en afirmar que la polémica sobre el contrato administrativo traduce una mera disputa verbal. En rigor, las disputas sobre palabras suelen ser, en la mayoría de las veces, discusiones sobre cosas.

Lo cierto es que muchos de los antiguos dilemas (v.gr., la distinción entre actos de autoridad y de gestión) fueron diluyéndose con el paso del tiempo y la fuerza de una realidad que, en el derecho administrativo, como disciplina ciertamente dinámica, termina imponiéndose por el impulso de la doctrina y de la jurisprudencia y, en definitiva, por la razón práctica que anima a los intérpretes del derecho.

Así, desde la negación del contrato administrativo en algunos países de Europa Continental (ej., Italia y Alemania) y en el mundo anglosajón,

(11) GORDILLO, Agustín, "La contratación administrativa en la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (Ley 25.319) y en la Convención Interamericana contra la Corrupción", JA-2000-IV-1268 y reproducido en CASSAGNE, Juan Carlos, (dir.), *Summa de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, t. II, ps. 2115 y ss., especialmente, p. 2200.

se pasó al reconocimiento de una tendencia publicista que admite contratos con prerrogativas de poder público (12), aun cuando se continuó negando la configuración autónoma y diferenciada de la categoría del contrato administrativo.

En el estadio actual de la evolución de la teoría del contrato administrativo, el modelo español, basado en la concepción francesa, ha alcanzado una gran difusión en la mayoría de los países de Iberoamérica. En efecto, pese a las distintas terminologías que se utilizan, existe una tendencia creciente a reconocer una serie de principios y prerrogativas del derecho público en los ordenamientos que rigen la contratación estatal, lo que no es óbice a que vayan surgiendo nuevas orientaciones doctrinarias que propician la eliminación de la llamada presunción de legitimidad que caracteriza a los actos administrativos (13) o, al menos, la atenuación de los poderes exorbitantes, como lo venimos propiciando desde hace tiempo.

En lo que hay coincidencia es en la configuración de una zona común de la contratación pública, sobre todo en el derecho comunitario europeo y, particularmente, en el derecho español que, como antes se señaló, comprende también a determinadas contrataciones privadas (en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones (14)).

En definitiva, no se puede desconocer que, aun cuando se ha relativizado la distinción entre derecho público y derecho privado, la misma hace a la esencia del Estado de Derecho (15).

(12) Lo hemos explicado en numerosos trabajos, véase, por ejemplo: “En torno a la categoría del contrato administrativo (una polémica actual)”, en el libro *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 37, texto y notas 79 y 47, texto y nota 5.

(13) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso”, en *Estudios de derecho público*, Mastergraf, Montevideo, 2008, vol. II, ps. 227 y ss.; RHEIN SCHIRATO, Vitor, “Repensando a pertinencia dos atributos dos atos administrativos”, en el libro *Os caminhos dos atos administrativos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, ps. 125-130.

(14) Art. 3º de la ley 48 del 30 de diciembre.

(15) Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, “Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, REDA, nro. 105, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016 y ss., especialmente, ps. 575-582.

II. LA INFLUENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN

Ahora bien, otra de las tensiones que enfrenta la concepción francesa del contrato administrativo se origina en el proceso de globalización o mundialización que, al procurar la unificación de las instituciones jurídicas de los países, intenta suplantar a los derechos nacionales. Este fenómeno que, en algunos ámbitos, ha tenido una generalización parcial, como la operada en el derecho comunitario europeo, no ha llegado, sin embargo, a sustituir a los derechos nacionales de los países que integran la Unión, aunque podría conducir a un cambio de enfoque, particularmente, en lo relativo a los principios de no discriminación y concurrencia, que conforman un derecho superior al que emana de la ley interna para los países que han celebrado tratados internacionales que contienen normas preceptivas o vinculantes o principios de esa índole.

Últimamente, se ha pretendido sostener la existencia de un derecho global en la contratación pública (16), dentro del cual se incluyen diferentes ordenamientos provenientes de tratados internacionales o de instituciones creadas por estos, tales como los de: 1) la OMC; 2) la Comisión de la UN para el derecho mercantil internacional; 3) el Banco Mundial; y, 4) la OCDE, entre otros.

Sin embargo, cabe advertir que, ese derecho global tiene carácter fragmentario y que carece, por lo común, de fuerza vinculante coexistiendo con el derecho emergente de los Tratados Bilaterales de Libre Comercio cuyas cláusulas vinculan a los respectivos países y, por si fuera poco, convive también con el derecho proveniente de los Acuerdos de Integración en los cuales, la fuerza del carácter vinculante es menor, salvo en materia de la responsabilidad internacional del Estado incumplidor.

Hay, pues, una gran diversidad de regímenes jurídicos que quedan fuera de las soberanías nacionales. Aunque sin haberse configurado aun, en el plano internacional, un derecho global vinculante en lo que concierne al régimen de la ejecución y extinción de los contratos, no puede negarse que la tendencia mundial hacia la globalización conduce a una suerte de *ius commune*, cuyos principios van plasmándose en los ordenamientos nacionales (17), en forma gradual, quizás sin la celeridad que demanda el comercio internacional.

(16) Véase: MORENO MOLINA, Juan Antonio, *Derecho global de la contratación pública*, Ubijos, México, 2011, ps. 37 y ss.

(17) Véase: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas", RDA-2011-175-1 y reproducido en *Summa*

III. LA INJERENCIA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El auge que asumió el desarrollo de la potestad reglamentaria sobre el contratista público durante el siglo XX planteó la necesidad de establecer unos límites razonables a su ejercicio y una compensación por los sacrificios especiales que tienen que soportar los contratantes privados. No hay que olvidar que tanto la ley como el reglamento provienen del Estado quien, a su vez, es la contraparte en el contrato administrativo. Ello da lugar a una compleja relación jurídica que, aunque bilateral en su estructura, difiere de los contratos entre particulares en los que la potestad estatal está fuera del marco contractual y no emana de una de las partes del contrato.

Dicho proceso dio nacimiento, en el campo de la contratación administrativa, a una serie de teorías y de principios que procuraron paliar los desequilibrios producidos en la economía de los contratos por actos generales o medidas de alcance individual del poder público. Así, después de imponerse la teoría del “hecho del príncipe” (18), se produjo el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa y, finalmente, empezaron a vislumbrarse los problemas que plantea la incidencia de la potestad reglamentaria respecto de los contratos administrativos, hecho señalado por la doctrina clásica sobre la concesión de los servicios públicos (que la dividió en una faz reglamentaria y otra contractual) (19) pero no suficientemente estudiado en la evolución posterior de la teoría del contrato administrativo. A todo lo expuesto, cabe adicionar la teoría de las relaciones de especial sujeción, nacida en la doctrina alemana, que, en España, no ha tenido mayor recepción por parte de los autores.

Lo cierto es que el ejercicio de la potestad reglamentaria se encuentra siempre subordinado a la Constitución, a los principios generales del derecho y a la ley que le marcan sus límites, no pudiendo, por tanto,

de derecho administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, vol. I, especialmente ps. 113 y ss.

(18) Esta teoría vino a compensar el ejercicio del *ius variandi*; *vid.* por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed., Civitas, Buenos Aires, 2000, t. I, ps. 733 y ss.

(19) Para Marienhoff, uno de los primeros juristas argentinos que abordó integralmente este tema, la faz reglamentaria integra la parte exorbitante del contrato; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, t. III-B, ps. 595 y ss.

afectar los derechos fundamentales de los contratistas ni sus garantías jurídicas (20).

En tal sentido, se fue conformando un conjunto de principios jurídicos que actúan como límites del poder (tales como el de no alterar la esencia de los contratos, la garantía de no expropiar derechos contractuales sin previa declaración de la utilidad pública [art. 17 CN] y el de no afectar la ecuación económico-financiera de los contratos sin compensación, el derecho a rescisión por parte del contratista, la irretroactividad, etc.) que vinieron a brindar seguridad jurídica contribuyendo a la estabilidad contractual y, aunque no todos se encuentren actualmente recogidos por el derecho positivo, resulta evidente que, de pretender mayores inversiones y crecimiento económico, ellos deberían incorporarse a cualquier ordenamiento futuro que persiga esos objetivos de bien común.

IV. PECULIARIDADES QUE EXHIBE LA TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

IV.1. La desigualdad de las partes

En los contratos que celebra la Administración, regidos fundamentalmente por principios y normas de derecho público, la concepción contractual se configura sobre la base de un acuerdo de voluntades cuyo régimen refleja la distinta posición de las partes en función de los intereses que persiguen. Mientras la finalidad que persigue la Administración es la realización del bien común, que radica en la causa relevante de interés público que justifica su accionar, el contratista persigue, en cambio, un interés individual, de naturaleza privada, aun cuando conectado con el interés público, de un modo mediato, a través del contrato que celebra.

Esa diversidad de fines se particulariza en las prerrogativas de poder público que, en un marco de respeto al principio del equilibrio contractual, exhibe, empero, una situación de desigualdad que el régimen de garantías a favor del contratista procura compensar, al menos en el campo de una buena Administración.

Es por otra parte evidente que las dificultades que existen para compensar los daños que irrogan al contratista las tendencias pro-Estado que

(20) Sobre la diferencia entre principios, derechos y garantías véase nuestro libro "Los principios generales del derecho público (constitucional y administrativo)", La Ley, Buenos Aires, 2016, ps. 34 y ss.

animan a determinados regímenes jurídicos —como el nuestro— chocan muchas veces con los principios *pro-homine*, *pro-libertate*, y, con frecuencia, el de la interpretación más favorable al administrado, que conectados con el principio de la dignidad humana, integran el plexo garantístico de diversos tratados intervencionales que fueron incorporados a la Constitución, tras la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22 CN). Por estas razones, las tendencias actuales tienden a morigerar o atenuar los principios pro Estado (en sentido amplio) en el campo de la contratación pública.

La desigualdad que justifica la prerrogativa de poder público se halla siempre conectada a los fines concretos que la Administración deberá acreditar en cada caso que pretenda ejercerla, no bastando su alegación. Tampoco implica una relación de subordinación sino de colaboración, ya que no puede concebirse que el contratista estatal sea un dependiente o empleado de la Administración por más que cumpla una actividad propia de la función administrativa.

Si se repara en el papel que cumple la igualdad en la teoría de la justicia la desigualdad propia de la contratación administrativa aparece como el producto de una relación de justicia legal sin alterar el equilibrio de la conmutación voluntaria (como es en definitiva todo contrato) en el que la igualdad se realiza de objeto a objeto, en proporción al valor de la cosa. Por lo tanto, como lo venimos sosteniendo desde nuestros primeros trabajos en la materia (21) en el contrato administrativo conviven las tres especies clásicas de la justicia, al contener tanto derechos y obligaciones propios de la conmutación voluntaria como de la justicia distributiva, como regulaciones regidas por la justicia legal.

Lo expuesto no implica que el contratista no pueda reclamar ante la Administración por la violación del principio general de igualdad (como proyección de la igualdad ante la ley que predica el art. 16 CN) en las diferentes fases o etapas de la contratación pública.

Por lo demás, la desigualdad de las partes se refleja, asimismo, en el punto de partida del sinalagma contractual que es la declaración de voluntad, ya que, al contrario de lo que acontece con el contratista privado (limitado solo por las reglas inherentes a la capacidad y al orden público), la Administración tiene limitada su libertad negocial en mayor medida pues esta solo puede ejercerse dentro de los límites de la competencia

(21) Véase nuestro libro *Cuestiones de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1987, cap. VIII, “La igualdad en la contratación administrativa”, ps. 93 y ss., y ED 100-899.

(que siempre posee una naturaleza normativa u objetiva) y del ordenamiento positivo que acota la aptitud de contratación (v.gr. la autorización presupuestaria que depende del Legislativo) y el poder de modificar el contrato por razones de interés público.

IV.2. Las prerrogativas de poder público y las garantías compensatorias

El rasgo característico del contrato administrativo, prevaleciente en el sistema jurídico argentino, como en el modelo franco-español y, en general, en Iberoamérica, radica en la presencia de prerrogativas públicas.

Estas prerrogativas pueden provenir tanto del ordenamiento general, en cuyo caso constituyen verdaderas potestades, como del pliego de bases y condiciones que, *a posteriori*, pasa a integrar el contrato, pero también pueden surgir del clausulado expreso del acuerdo de voluntades. Las prerrogativas no pueden ser implícitas —en cuanto violan la prohibición de arbitrariedad—, ya que el contratista privado no las pudo prever al celebrar el contrato (22). Si bien no vamos a efectuar aquí el análisis pormenorizado de toda la problemática que gira en torno a ellas ni a las previstas en el ordenamiento argentino, ellas se circunscriben, en su efectividad práctica, a la *potestas variandi* (23) y a la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Frente a estas potestades se ha generalizado la tendencia a garantizar la intangibilidad de la ecuación económica financiera del contrato mediante una adecuada compensación o indemnización comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, con el objeto de mantener el equilibrio contractual alterado o los perjuicios provocados por la ruptura anticipada del contrato administrativo por razones de interés público (que a nuestro juicio, al igual que la expropiación, requiere ley declarativa y previa indemnización para mantener incólume la garantía de la propiedad prescripta en el art. 17 de la CN).

(22) JEANNERET de PÉREZ CORTES, María, *Acto administrativo y contrato administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral de la Facultad de Derecho, ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps. 144 y ss.

(23) En Francia, la prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato administrativo constituye un poder implícito que existe, aunque no se hubiera previsto en el contrato. No obstante, la modificación unilateral no puede perjudicar el equilibrio financiero del contrato; véase: CLAEYS, Antoine - DELAUNAY, Benoit, "El impacto de la crisis en la legislación francesa sobre contratación pública", en la obra de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L. (dir.), *El impacto de la crisis...*, cit., ps. 461-462.

En lo que concierne a la posibilidad de la autotutela ejecutiva (el llamado privilegio de decisión unilateral y ejecutiva) el sistema argentino prevé, incluso para el acto administrativo, que la ejecutoriedad no lleva consigo el uso de la coacción que, en principio y por su naturaleza, compete a los jueces (principio del art. 12 LNPA recogido también en el precepto que lleva el número homónimo en la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires). En otras palabras, en nuestro país, la autotutela es, por principio de carácter declarativo y solo de un modo excepcional se admite la llamada autotutela ejecutiva, al contrario de lo que acontece en el ordenamiento español. De ese modo, el sistema argentino se aproxima al francés (24).

V. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

En la materia de la contratación pública la tendencia prevaleciente, en una considerable porción del derecho comparado, continúa afiliada a la construcción administrativista, de base francesa y española, al considerar, como especie de la contratación de las Administraciones Públicas, la figura del contrato administrativo en razón de su objeto, caracterizado por un fin público relevante, su pertenencia al llamado giro o tráfico común de la Administración y un régimen jurídico dotado de prerrogativas de poder público que se integra también por las garantías que tienden a mantener el equilibrio contractual, el *pacta sunt servanda* y la buena fe.

La categoría del contrato resulta común a los derechos privado y público, si bien la regulación positiva del primero es mucho más detallada y completa, gozando de mayor estabilidad al no estar sujeta a los continuos cambios de la política estatal en materia de contrataciones públicas.

En estas consideraciones surge otra conclusión que se impone en razón de la naturaleza de ciertos contratos. En efecto, resulta razonable que la compraventa y el arrendamiento o locación de cosas ajenas al tráfico administrativo, se rijan por el derecho privado en punto a su objeto, careciendo, en tales casos, de sentido las prerrogativas de poder público que deben reservarse para los contratos en los que se halle interesado, en forma directa e inmediata, el interés público o bien común, excluyendo los que resultan meramente instrumentales a tales fines.

Por otra parte, las tensiones que soporta la teoría del contrato administrativo en nuestro derecho provienen de fuentes distintas. Una de

(24) Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 12ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, ps. 795 y ss.

ellas consiste en la regresión que implica la huida hacia el derecho privado de las llamadas empresas públicas a las que se las sustrae de los procedimientos de selección y consecuentes controles que deberían regir para toda la Administración, afectando los principios de publicidad, concurrencia e igualdad, y, al menos, la transparencia en el obrar de las empresas estatales.

La segunda tensión que enfrenta la contratación pública se traduce en los nuevos enfoques que pugnan por incorporarse a nuestra legislación y jurisprudencia a raíz del llamado derecho global de las contrataciones públicas (25) (aunque en gran parte no sea vinculante) y de últimas, por la aplicación de los principios generales que contienen los tratados internacionales incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22 CN) que se extienden a toda la actividad administrativa que tendrá que incorporar los nuevos paradigmas y sus principios operativos, aunque esta operatividad sea, en algunos casos, derivada. Otra tendencia que asume el derecho comunitario europeo provocada por la crisis se orienta a la centralización de las compras y a su estandarización y si bien se consigue un ahorro de recursos financieros del Estado se ha objetado que ello es a expensas de los niveles de calidad de los bienes que se adquieren (26).

En el escenario descrito afloran también nuevas formas y tipos contractuales, como las asociaciones público-privadas, los fideicomisos públicos etc. planteando nuevos problemas como son, en general, la armonización entre el interés público con el privado junto a la utilización racional y eficiente de los bienes públicos, el grado de intervención y financiación estatal y, sobre todo, la medida de los riesgos que asumirá en cada operación el contratista privado.

Y, aunque nos parece que aún falta mucho tiempo para que la globalización de los regímenes de contratación de las Administraciones Públicas sea vinculante y generalizada, la recepción por los ordenamientos nacionales de principios y reglas comunes implicará una tarea difícil y compleja, lo cual podrá superarse gracias al dinamismo propio de la contratación pública, en cuanto ello sea compatible con la seguridad jurídica interna e internacional y contribuya a favorecer la consecuente radicación de las inversiones tan necesarias para el crecimiento económico social de nuestros países.

(25) Ver: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Sobre las fuentes...", cit., ps. 97 y ss.

(26) PAPPANO, Danilo, "Las compras centralizadas de la Administración Pública entre exigencias de racionalización del gasto y medidas anticrisis", en la obra colectiva HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L. (dir.), *El impacto de las crisis...*, cit., ps. 397 y ss.

LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA. ¿UNA SOLUCIÓN DE COMPROMISO O EL ABANDONO DE LAS REGLAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?

POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Desde hace tiempo se ha ido generando en nuestro país la idea de que las normas que rigen la contratación administrativa son un obstáculo para la gestión de los organismos estatales(1), idea que motivó que se pergeñaran diferentes formas para eludir su aplicación. El primer recurso al cual se echó mano fue crear entes estatales con forma societaria y con ello la ficción de que por ser sujetos de derecho privado no les son aplicables las normas que rigen la contratación administrativa, no obstante, en muchos casos ejercer esas sociedades funciones propias de la Administración. El argumento ha sido que de esta manera se logra una mayor eficiencia al permitirles a quienes conducen esos organismos que actúen con un margen de discrecionalidad más amplio, semejante al que tienen los que dirigen empresas privadas. Fue así como se crearon las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria —que para un sector de la doctrina no son el Estado, sino propiedad del Estado— las sociedades anónimas en las cuales no obstante ser el Estado titular de las acciones se rigen por la ley 19.550 —un engendro muy particular—, las asociaciones estatales y privadas del dec. 967/2005 (APP). Últimamente se dejó de lado el criterio de tener

(1) En realidad, este no es un fenómeno exclusivo de nuestra legislación, pues se ha dado también en otros países. En España, por ejemplo, se han ocupado varios autores de la llamada “huida” del derecho administrativo, y últimamente también del “retorno del derecho administrativo” (ver: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “El retorno del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, 2018, t. 206, ps. 37 y ss.

en cuenta la *calidad del sujeto* para eludir la aplicación de las normas administrativas e ir directamente a un régimen distinto de contratación, que abarque todas las figuras contractuales, pero con reglas menos rigurosas y de mayor flexibilidad. Para ello se dictó la ley 27.328, reglamentada por el dec. 118/2017, que creó los contratos de participación público privada (PPP) con el fin de “desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica” (art. 1º). Como se puede apreciar, comprende las contrataciones más variadas (2).

La ley dispone que estos contratos “constituyen una *modalidad alternativa* a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias y por el decreto 1023/2001 y sus modificatorios”, pero, curiosamente, el art. 31 establece que a las contrataciones sujetas a dicha ley “no le serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica las leyes 13.064 y 17.520, y el dec. 1023/2001”.

Cuesta entender cómo a un régimen alternativo de los contratos regidos por las leyes 13.064, 17.520 y el dec. 1023/200, sus normas no se puedan aplicar supletoria o analógicamente, cuando todas tienen el mismo objeto y fin, y la ley 27.328 no regula *plenamente* los contratos de obra pública, suministro, concesión de obra pública y concesión de servicios públicos, sino solo algunos aspectos, en especial los que tienen incidencia económica o patrimonial. Por eso, actualmente existen contratos que por su naturaleza son de obra pública, o de suministro, o de concesión de obra pública, o de concesión de servicios públicos, a los cuales no se le apliquen las leyes dictadas para regular esos contratos. Tendremos así contratos de igual naturaleza, pero regulados en varios aspectos por normas diferentes.

Se ha pensado que al “flexibilizar” las reglas de la contratación administrativa, limitar las prerrogativas de la Administración y permitir que los contratos que celebren los organismos estatales se rijan por sus propias reglas, sin sujeción a normas propias del derecho público, y darles mayores garantías a los inversores, se logrará atraer el interés de posibles contratistas. Como la economía de la Argentina atraviesa por una situación sumamente crítica y una de las necesidades más apremiantes para posibilitar el desarrollo económico es solucionar el déficit de infraestructura (camino, ferrocarriles, puertos, sistemas de generación de

(2) Lo paradójico es que las sociedades del Estado y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, al dictar sus reglamentos de contrataciones, siguieron en gran parte las reglas de la contratación de los entes públicos.

energía, explotación de recursos naturales, etc.), para lo cual es imprescindible el aporte de capitales privados, principalmente extranjeros, se ha sostenido la conveniencia de darle a los inversores mayores garantías y la seguridad de que cualquiera que sea la situación futura tendrán en sus manos los mismos o mejores remedios jurídicos que los particulares.

A todo esto, se deben agregar otros beneficios de los contratistas, a los cuales prácticamente se los exime de riesgo empresario, al asegurarlos por diferentes medios la recuperación del capital invertido y la posibilidad de acordarles un tratamiento fiscal diferente.

En realidad, lo que persigue esta regulación es posibilitar que se ejecuten obras o se presten servicios públicos por particulares, sin que tenga el Estado que echar mano a fondos públicos en forma inmediata, dada la crítica situación financiera por la que atraviesa nuestro país desde hace varias décadas.

En otras palabras, es una norma que habilita a la Administración y a sus entes descentralizados, empresas públicas, etc., a celebrar contratos *para cumplir un fin público* dentro de un amplio marco de discrecionalidad, en los cuales el comitente no ejerce varias prerrogativas clásicas, además de eximirlo de aplicar algunas normas del derecho común (contratos pactados en dólares), que pueden resultar desventajosas para los potenciales inversores y de algunos riesgos que cualquier empresario debe asumir.

A nuestro entender, la verdadera finalidad de la ley 27.328 es lograr que empresas, nacionales o extranjeras, construyan obras de infraestructura o presten servicios públicos *con capital propio o con el financiamiento de inversores que ellas consigan*, para ser reembolsado por diferentes medios. En esto las alternativas son amplias. Pueden consistir en el pago diferido de certificados que emita el organismo estatal, los ingresos por la explotación de la obra o del servicio, la emisión de títulos de deuda avalados o emitidos por el Estado, etc. En este aspecto la "ingeniería financiera" admitida es amplia. También prevé la participación de los organismos públicos en sociedades anónimas, consorcios, la creación de fideicomisos, etcétera.

Es comprensible que en circunstancias como las actuales el gobierno haya pensado en esta solución, ante la dificultad de conseguir financiamiento, y que si se lo consigue ha de ser con una tasa de interés muy alta, que nos llevaría a un endeudamiento futuro muy difícil de pagar. Prueba de lo dicho la tenemos en que el segundo ítem del presupuesto nacio-

nal del año 2019, teniendo en cuenta el monto, es el destinado a pagar los intereses de la deuda externa, y que el crédito que recientemente ha otorgado el Fondo Monetario Internacional se destinará principalmente a pagar esos intereses. De esta manera el endeudamiento crece exponencialmente, porque pagamos los intereses con créditos que, a su vez, también tienen interés.

La ley 27.328 es en realidad una solución de compromiso para sortear los difíciles momentos por los que atraviesa nuestra economía. Esperamos que se alcance la finalidad deseada, para bien de todos. No obstante lo expuesto, para ser sinceros, son varias las objeciones que podemos formular a esta ley, tanto políticas, cuanto jurídicas, y también técnicas. Dentro de las primeras está la falsa ilusión de creer que las empresas extranjeras, y también las nacionales, van a dirigir sus inversiones hacia nuestro país porque ahora hay una ley que les permite celebrar contratos con los entes públicos sin que estén sujetos a las normas propias de la contratación administrativa. Puede ayudar, pero difícilmente modificar la situación actual. Nuestro país tiene una larga historia de incumplimientos, de leyes de emergencia, de inflación, de modificaciones impositivas y cambiarias, de inestabilidad institucional, de excesiva protección laboral y previsional, que nada tuvieron que ver con las prerrogativas de la administración. La presión impositiva argentina es una de las mayores del mundo, como también las contribuciones previsionales. Por eso pensamos que el problema no está en suprimir las prerrogativas, sino en demostrar que somos un país serio, creíble, seguro, responsable, diferente de lo que fuimos en los últimos setenta años, para lo cual no es necesario postrarnos ante los inversores.

Además, es una realidad que cuando el Estado no pudo cumplir con sus obligaciones, siempre echó mano a leyes de emergencia que le permitieron actuar con una discrecionalidad rayana en el arbitrio. Para que seamos un país creíble es necesario demostrarlo, y eso lleva tiempo. Es preciso que nuestros parlamentarios legislen responsablemente y no movidos por especulaciones electorales, que se destierre la corrupción, que haya estabilidad económica, política, judicial y administrativa, servicios públicos eficientes con tarifas razonables, que disminuya la presión impositiva a los niveles de los demás países de nuestra región, que se modifique la legislación laboral y previsional, y que no vivamos permanentemente endeudados. Cuando ello ocurra, no hará falta inventar subterfugios para eludir la aplicación de normas que están arraigadas en nuestro país, consolidadas por la jurisprudencia y la doctrina. Además, no deben dramatizar demasiado quienes califican al Estado como un comitente incumplidor, porque hay que reconocer que de alguna u otra

manera, tarde o temprano, la Argentina siempre pagó a los contratistas, y en muchos casos más de lo debido.

Las normas que rigen la contratación administrativa están dirigidas a proteger el interés público y a garantizar el derecho de los contratistas. Las llamadas prerrogativas no son privilegios del sujeto Estado —en sentido lato—, sino facultades necesarias para que pueda ejercer su potestad cuando persigue en forma directa e inmediata un fin público. También están las normas que tienen por objeto asegurar la corrección de los actos que realizan los agentes estatales y los procedimientos establecidos para ese fin. Si en algunos casos al ejercer esas potestades un organismo del Estado se excede en sus atribuciones o lo hace de manera incorrecta, el contratista tiene la posibilidad de impugnarlo, tanto en sede administrativa cuanto judicial. Nuestro sistema contencioso administrativo es de cláusula general. En este sentido no se puede argumentar que la falta de atractivo para las inversiones tiene su causa en las leyes que rigen la contratación. Más aún, si no obstante las facultades que tiene en nuestro país la Administración, quienes contrataron con el Estado han hecho en muchos casos fortunas extraordinarias, ello demuestra que no les ha ido mal, si bien lamentablemente debemos reconocer que han existido casos de deplorable corrupción. De ahí que resulte más importante establecer reglas que impidan las conductas ilícitas de ambas partes, que preocuparse por limitar las prerrogativas de la Administración.

Alrededor de este tema se han formulado críticas que consideramos injustas, porque, así como el Estado tiene mayores facultades que un particular cuando celebra un contrato administrativo —p. ej., de obra pública— los contratistas gozan de más seguridades que cualquier empresa privada o que un particular. En primer lugar, no existe el riesgo de insolvencia de comitente. El Estado, aunque a veces lo haga con alguna demora, siempre paga sus deudas, con intereses (3). No existe el riesgo de una quiebra del comitente. Cuando por actos del poder público se producen modificaciones en el tipo de cambio o en las cargas tributarias o en normas que pueden generar un perjuicio para la contraparte, indemniza o reajusta el contrato por aplicación del “hecho del príncipe”. Si las modificaciones son importantes y el contratista se ve imposibilitado de cumplir con sus obligaciones, se aplica la teoría de la imprevisión (*rebus*

(3) Es verdad que en varias ocasiones el Estado ha cancelado las deudas con bonos, que, aunque no eran sustitutivos del dinero se empleaba como tal. Claro está que, con el consentimiento del acreedor, y con una tasa de interés alta. Esta circunstancia hizo que en las ofertas los empresarios hayan incorporado este riesgo, que a la postre determinó que el Estado pague por las obras o servicios más de lo que correspondía.

sic stantibus), que fue admitida en nuestro derecho privado con cierta reticencia desde que se sancionó la anterior reforma del Cód. Civil, porque siempre se consideró que en los contratos entre particulares cada uno asume su riesgo empresario. El ejercicio de las prerrogativas tiene como contrapartida la indemnización de los perjuicios *efectivamente* ocasionados. Sobre este último tema nos detendremos más adelante.

Por último, cabe una consideración que deberían hacerse quienes propiciaron el dictado de esta ley. Como resulta de su lectura, es una *alternativa* para contratos administrativos que ya están regulados por normas específicas. El fundamento es que la ley 27.328 contiene un régimen *mejor* que el establecido por las leyes 13.064, 17.520 y el dec. 1023/2000. De lo contrario no hubiera existido razón para crearlo. Si es mejor, ¿para qué mantener los otros regímenes? Lo razonable hubiese sido dictar una ley que comprenda a todos esos contratos, cosa que seguramente ocurrirá en los hechos, porque si un ente tiene la posibilidad de celebrar un contrato que sea más atractivo para los inversores que los regidos por las otras leyes, es difícil que ocurran a normas que no aseguran la misma eficacia. Claro está que en todos los casos se deberían establecer normas claras que resguarden el interés del Estado contra de los empresarios “exitosos” y los funcionarios “complacientes” (4).

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación de esta ley es amplísimo, tanto en lo que respecta a los entes estatales contratantes (los que integran el sector público nacional, con el alcance previsto en el art. 8° de la ley 24.156 y sus modificatorias) cuanto en lo que atañe al objeto de las contrataciones, que comprende las obras públicas, los suministros, la prestación, mejora y mantenimiento de servicios públicos, la inversión productiva, la investigación, etc. Basta que se determine por la autoridad competente que esa modalidad de contratación permite cumplir con determinados objetivos de interés público, para que el contrato se celebre con la “flexibilidad” necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, “de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia”. El art. 1° del decreto

(4) Nuestro país tiene una larga historia de corrupción en la obra pública, que se intensificó de manera exponencial en los últimos años, excluidos los tres años precedentes, muchos empresarios han tenido que desfilan por los tribunales penales, algunos fueron procesados y otros detenidos, así como también los funcionarios responsables del área de obras públicas.

reglamentario es más amplio aún, pues dispone que “el Ente Contratante podrá incluir en el Contrato PPP cláusulas *de cualquier tipo contractual*, nominado o innominado, todo ello en cuanto resulte compatible con el régimen de la ley y adecuado a la naturaleza del Proyecto específico de que se trate”. En otras palabras: el fin justificaría las reglas jurídicas a las cuales se deben someter las partes.

Tal como está redactada la ley, la primera exigencia que se requiere para aplicar ese régimen no parece muy acertada, pues establece que previamente se debe determinar que esa modalidad de contratación *permite* cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer. En nuestra opinión, lo que ha querido expresar la ley es que para aplicarla se necesita demostrar que el régimen de PPP posibilita satisfacer *en mayor medida o más eficazmente* los objetivos de interés público, y que los demás regímenes de contratación previstos por las normas vigentes no son los más adecuados para el caso de que se trate, porque las leyes 13.064, 17.520 y el dec. 1023/2000 también *permiten* cumplir con los objetivos de interés público.

Otra innovación poco clara que introduce la ley es disponer que “*el diseño* de los contratos tendrá la *flexibilidad* necesaria para adaptar su *estructura* a las exigencias particulares de cada proyecto, y a las de su financiamiento, de acuerdo con las *mejores prácticas internacionales* existentes en la materia”. ¿Qué se entiende por *flexibilidad del diseño*? ¿se refiere al contenido de las reglas del contrato o a la creación de un contrato innominado? ¿qué ocurriría si las prácticas internacionales no se corresponden con la Ley de Administración Financiera? ¿podría la Administración celebrar un contrato que eluda los controles administrativos? ¿se podría admitir la entrega de anticipos financieros al contratista sin la correspondiente garantía? El legislador debió ser más cuidadoso con el lenguaje empleado, para que sus disposiciones ganen en claridad y, sobre todo, en seguridad jurídica.

El art. 4º de la ley enumera una larga lista de requisitos y objetivos, que solo en parte son preceptivos, porque emplea el imperativo *deberá*, pero en su mayoría son cláusulas programáticas (incs. b], d], e], g], h], i], j], k], l] e i]). Lo mismo ocurre con los considerandos del decreto 118/2017 que las reproduce, todo ello sin establecer sanciones —como sería la nulidad de las cláusulas que no respeten estos requisitos— por lo cual no pasan de ser directrices o expresiones de deseo.

A diferencia de las contrataciones administrativas regidas por las leyes 13.064, 17.520, sus modificatorias y el decreto delegado 1023/2001, donde las cláusulas principales que deben contener están establecidas

en la ley o en los decretos reglamentarios o en los pliegos tipo aprobados por la autoridad competente, aquí bastaría que las cláusulas contractuales permitan cumplir con los objetivos de interés público. Entendemos que por mayor que sea la “flexibilidad” se deberán respetar las reglas y principios aplicables a la administración de los fondos públicos y bienes estatales, y a las potestades que tiene la Administración en la gestión del interés público.

Una regulación que tal vez se haya tenido en cuenta para darle el nombre a la ley 27.328 —de Participación Público Privada— es permitir que en las bases de la licitación se establezca la posibilidad de crear sociedades de propósito específico o fideicomisos u otros tipos de vehículos o esquemas asociativos de los cuales *participen entidades públicas y empresas privadas* y, aún más, que actúen como contratista entidades públicas, sin que tengan facultades o preferencias de unas sobre otras en la administración del negocio (art 7º). La idea en este aspecto es que el contratista sea una sociedad o asociación de la cual forme parte el Estado, no solo como accionista —que está prevista en la legislación— sino como un socio activo, con las facultades consiguientes. Tanta es la asimilación de las normas societarias, que las sociedades que se constituyan para cumplir con el fin público previsto en el contrato pueden estar habilitadas para realizar oferta pública de sus valores negociables de conformidad con lo dispuesto por la ley 26.831.

III. CARÁCTER DE LA LEY

La ley dispone expresamente que los contratos de participación público privada constituyen *una modalidad alternativa* a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520, y sus modificatorias, y por el dec. 1023/2001 y sus modificatorias (art. 2º). Para descartar toda posibilidad de que se apliquen reglas o principios generales de las contrataciones administrativas establece que *no les serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica* las leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias, el dec. 1023/2001 sus modificatorias y su reglamentación, el art. 765 del Cód. Civ. y Com., ni los arts. 7º y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias (art. 31), con lo cual amplía aún más la posibilidad de establecer regulaciones diferentes de la legislación general de nuestro país. De este modo, cuando se presenta un caso no contemplado en el contrato de participación público privada ¿a qué normas se podrá recurrir? ¿a las prácticas internacionales? Esta incertidumbre es mayor si tenemos en cuenta que todos los países no tienen el mismo sistema jurídico, más aún, la figura del contrato administrativo solo existe en nuestro país y en otros pocos

(Francia, España, países sudamericanos). Al menos, la ley establece que cuando “involucren la prestación de servicios públicos regidos por marcos regulatorios específicos, dichos marcos regulatorios resultarán de aplicación a la prestación de tales servicios.” Esta es una pauta de legalidad que se debe respetar.

Al ser la ley 27.328 una *alternativa* de las normas antedichas, permite que un organismo público celebre un contrato de obra pública por normas diferentes de la ley 13.064, o un suministro que no contemple lo prescripto por el decreto delegado 1023/2001 o una concesión de obra pública que se aparte de lo dispuesto por la ley 17.250, lo cual habilita a interpretar que es una especie de derogación implícita de estas normas, decidida por quien tenga autoridad para disponer la conveniencia de adoptar una modalidad de contratación diferente, cuando considere —y demuestre— que de esa manera es posible (más eficiente) cumplir con determinados objetivos de interés público, concepto este de una vaguedad muy grande. Es una delegación de dudosa constitucionalidad y peligrosa, porque son conocidas las consecuencias del “eficientismo”.

El régimen de la participación público privada es tan amplio, que va más allá de las normas aplicables a la generalidad de las relaciones jurídicas, cualquiera que sea la naturaleza de los sujetos. Así, por ejemplo, el art. 765 del Cód. Civ. y Com. y el arts. 7º de la ley 23.928 establecen que cuando el deudor se obligó a pagar en una moneda que no es de curso legal en la Argentina, puede liberarse dando el equivalente en la moneda de curso legal. Esta regla, a nuestro entender injusta en un país como el nuestro donde las variaciones de los tipos de cambio y la imposibilidad de pactar libremente en moneda extranjera han sido una constante, debería haberse derogado de la legislación general, y es razonable que se considere un obstáculo para cualquier empresa o individuo que quiera realizar inversiones en nuestro país. Pero, no es razonable que se le limite al régimen de los contratos de participación público-privada, porque el Estado no puede establecer como medida de fomento reglas que impliquen beneficios en la legislación de derecho común (5). Lo mismo podemos decir del art. 10 de la ley 23.928, modificado por el art. 4º de la ley 25.561, que prohíbe la actualización o indexación de precios, deudas, actualización monetaria, variación de costos, etc., que tuvo su justificación mientras rigió la llamada “de convertibilidad”, pero carece absolutamente de sentido cuando la inflación se ha transformado en una constante, que la aplica el Estado para actualizar los impuestos, las tasas y las tarifas. Como en el caso anterior, ambas normas se deberían derogar

(5) LUQUI, Roberto E., “Los planes de desarrollo y las garantías constitucionales”, LL 124-684 y ss.

para todos y no declararse inaplicables solamente a los contratos de participación público privada.

IV. PRINCIPALES CONTENIDOS

Como ocurre con la mayoría de las leyes de este tipo que se dictaron en los últimos años, la que nos ocupa es extensa, con abundantes disposiciones programáticas, en su mayoría genéricas, con el agravante de que al regular el contenido lo hace atribuyendo facultades amplias a la Administración, de dudosa legitimidad cuando los fines no están bien determinados, pues siempre existirá una explicación para justificar que se aplique esa ley y no las que rigen las contrataciones del Estado. La generalidad de esta enumeración de objetivos o finalidades habilita a la autoridad que aplique la ley a actuar con una cuota de arbitrio que no se corresponde con nuestro sistema jurídico político (6).

También contiene disposiciones que están reguladas por otras normas, como es la obligación de promover la protección y cuidado ambiental adoptando las medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación, de los impactos negativos o adversos que eventualmente se ocasionen al ambiente, conforme la normativa vigente y *aplicable a cada proyecto*. Esta última referencia posibilitaría que en un contrato se establezcan cláusulas que permitan apartarse de las normas generales en la materia, pues, aun cuando debe tomar intervención el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, en ninguna parte se establece si lo que este decida puede impedir o modificar el proyecto.

En lo que respecta a las erogaciones y compromisos que asuman los organismos públicos dispone que deben ser “consistentes” con la programación financiera, es decir, que se tienen que ajustar a lo que establezca la ley de presupuesto y que le son aplicables las normas de responsabilidad fiscal en los términos de las leyes 24.156, 25.152 y demás normas de la legislación vigente, por lo cual el Poder Ejecutivo debe informar al Congreso los compromisos asumidos y los que se harán en el futuro, e incluir en el Esquema Ahorro-Inversión-Financiamiento una línea específica con el gasto que demandaron los proyectos abarcados por este régimen.

(6) Entre estas cláusulas está “incentivar la aplicación de mecanismos de solidaridad *intrageneracional, intergeneracional e interregional*, en la financiación de los proyectos”, cuya vaguedad es evidente.

La ley hace una larga enumeración de las cláusulas y los requisitos que deben contener o cumplir los pliegos y la documentación contractual, además de los que establezca la reglamentación (art. 9º). En su mayoría, son comunes a todas las contrataciones, y otros están dirigidos a darle mayor seguridad al inversor privado, algunos difíciles de comprender, porque son proposiciones que adolecen de un grado importante de imprecisión y por demás generalizadores. Señalamos las que a nuestro juicio merecen especial comentario.

Todos los contratos deben prever la posibilidad de ser prorrogados, pero la ley no dice a pedido de que parte. Como se remite a lo establecido en el art. 4º inc. d), cabría interpretar que la razón de ser es lograr que el contratista pueda recuperar las inversiones por vía de la ejecución del contrato. Esto es relativo, porque si se trata de un servicio público que dejó de satisfacer una necesidad colectiva, carecería de sentido mantenerlo solamente para que el contratista pueda recuperar el dinero aportado como inversión. Por otra parte, si se trata de un servicio público que el Estado tenga interés en que no se interrumpa, puede ser él quien quiere que se prorrogue, acordando las condiciones, obviamente. Una cosa es pedir la prórroga y otra tener derecho a ella. Esto es relativo, porque si se trata de un servicio público que dejó de cumplir con la finalidad de satisfacer una necesidad colectiva, carecería de sentido mantenerlo solamente para que el particular pueda recuperar el dinero invertido. Por el contrario, si se trata de un servicio público el Estado puede tener interés en que no se interrumpa, y ser él quien quiere que se prorrogue.

Más impreciso aún es el inc. b), que establece “el equitativo y *eficiente* reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato”.

En primer lugar, no es claro el sentido con el cual se agregó el calificativo de “eficiente” al reparto de aportes y riesgos. Consideramos que está de más; bastaba con que sea equitativo, pero, entonces, aparece otro problema ¿quién determina la equidad en el reparto? Además, el reparto de los riesgos modifica el criterio que se ha seguido siempre en la materia, pues en la contratación administrativa el riesgo del caso fortuito y la fuerza mayor ha sido siempre asumido por el Estado, para evitar que el contratista lo incluya en su oferta. No se entiende cómo se debería *repartir* este riesgo, con qué criterio, de qué manera. A nuestro juicio en este riesgo, como en el alea extraordinaria y el hecho del Príncipe, no cabe

la posibilidad de reparto alguno; debe ser asumido por el Estado, como ha sido siempre, se corresponde con el espíritu de la ley y con el buen sentido.

La obligación de “minimizar” el costo del proyecto es elemental en cualquier emprendimiento que se realice. Nadie puede, razonablemente, no prevenir o mitigar los efectos de los riesgos que se produzcan, no “minimizar” los costos del proyecto y facilitar su financiamiento. También es un recaudo innecesario por su obviedad. Lo que no queda claro es a cargo de quien están las consecuencias del caso fortuito, de la fuerza mayor y del alea económica extraordinaria. No obstante, si tenemos en cuenta el espíritu de esta ley, que es darle la mayores seguridades al inversor privado, correspondería interpretar que la inclusión en el art. 9º fue hecha para que sea el Estado quien asuma todos esos riesgos, con lo cual se lo coloca en una situación más desventajosa, no obstante el carácter predominantemente privado que se le quiere dar a estas contrataciones, porque si en los contratos administrativos el Estado asume los riesgos de caso fortuito, fuerza mayor y el alea económica extraordinaria, no es por un principio de justicia, sino de economía, para evitar que los oferentes incluyan en sus propuestas provisiones destinadas a cubrir esos riesgos, que se pueden o no producir. Como el Estado celebra varios centenares de contratos, aplica una especie de autoseguro. Pero si el inversor va a ser remunerado por tarifas o contribuciones hechas por los usuarios, no resulta equitativo que el comitente asuma esos riesgos. En el hecho del príncipe y en la extinción anticipada del contrato se justifica, porque son causas imputables al Estado.

La ley otorga una gran amplitud a la forma y modalidades con las cuales puede ser remunerado el contratista, que incluyen la cesión de fondos obtenidos de operaciones de crédito público, de recursos fiscales, de cualquier otra naturaleza sea admitida por las normas vigentes. El dec. 118/2018, reglamentario de la ley 27.328, establece que el Ente Contratante podrá incluir en el Contrato PPP cláusulas *de cualquier tipo contractual nominado o innominado*, en cuanto resulte compatible con el régimen de la ley y adecuado a la naturaleza del proyecto específico de que se trate” (art. 1º). Prevé la constitución de derechos de superficie sobre bienes del dominio público —cosa que puede ser cuestionada, por la naturaleza de esos bienes— el otorgamiento de beneficios tributarios, subsidios, franquicias —todos los cuales deben ser otorgadas por ley del Congreso— y cualquier otro tipo de concesión o aportes que puedan ser realizados por el Estado.

Limita la facultad del comitente para disponer variaciones en el contrato a las que se refieran a la ejecución del proyecto, en más o en menos

hasta el veinte por ciento, por lo cual debe ser compensando “adecuadamente”, con el agregado de la obligación de preservar el equilibrio económico-financiero originario del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento. Esta es también una redacción imprecisa que puede dar lugar a controversias.

Otra exigencia es la de solicitar un *informe* al Procurador del Tesoro de la Nación cuando las partes invoquen la existencia de un desequilibrio económico-financiero. Si bien dispone que debe requerirla la Subsecretaría de Participación Público Privada —que entendemos es un organismo técnico— el análisis de los desequilibrios económicos debería ser realizado también por profesionales de otras disciplinas, tales como economistas, ingenieros, actuarios, porque se trata de cuestiones de índole económica o financiera, y no solo de problemas jurídicos. Además, si el Procurador del Tesoro tiene que opinar, lo lógico es que lo haga en un *dictamen* y no como informe.

Consideramos que la titularidad, el régimen de explotación, afectación y destino de los bienes, después de la terminación del contrato, dependerá de su objeto, porque si son construcciones hechas sobre el dominio público o privado del Estado deben quedar en su propiedad. Este no puede ser un tema negociable.

Dispone que los contratos deben contener “los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones asumidas y las sanciones por incumplimiento contractual, sus procedimientos de aplicación y formas de ejecución, y el destino de las sanciones de índole pecuniaria”. Entendemos que se refiere a las multas que debe pagar el contratista, que en algunos casos son resarcitorias, con lo cual le es posible cuantificar ese riesgo, salvo casos de dolo en el cual el deber de indemnizar al comitente es amplio.

V. LA ECUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA

Una de las innovaciones más importantes que contiene la ley 27.328 en la materia que tratamos es la obligación de incluir en los contratos los procedimientos de revisión del precio pactado a los fines de *preservar la ecuación económico-financiera*. Como es sabido, las normas aplicables a la contratación administrativa han sido siempre rigurosas en lo que atañe al precio pactado, como lo demuestra el hecho de que para reconocer los mayores costos en la obra pública fue necesario que se dictara una ley (12.910). El precio pactado siempre se consideró como algo ina-

movible, por constituir en la mayoría de los casos una pauta determinante de la adjudicación.

La ley 23.928, de convertibilidad, derogó “a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios” y dispone que esa derogación “se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de Australes que corresponda pagar, sino hasta el día 1º de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del Austral”.

Reiterados desequilibrios de las finanzas públicas, que provocaron sucesivas y significativas devaluaciones, obligaron al Estado a dictar normas de emergencia que autorizaban a recomponer los precios contractuales y también a incluir en los contratos cláusulas polinómicas. Con el dictado de la ley 23.928 de convertibilidad se prohibió establecer en los contratos cláusulas de indexación. Fue modificada por la ley 25.651. La Ley de Convertibilidad rigió 11 años. Cuando se derogó el Estado pasó a regular el mercado cambiario, fijando el valor de las monedas extranjeras, a la vez de limitar la venta de divisas. Recién en 2017 quedó liberada la compraventa de moneda extranjera, pero se mantuvo la vigencia de la ley 23.928 en lo que respecta a las cláusulas de indexación, pues la prohibición de aplicar cláusulas indexatorias se mantiene vigente, lo cual demuestra cierta incongruencia.

La ecuación económico-financiera es una regla aplicable fundamentalmente a los contratos de concesión de servicios públicos y de concesión de obra pública, que son de ejecución prolongada. Los desequilibrios se recomponen por aplicación de fórmulas polinómicas o por renegociaciones. En matemática se entiende por *ecuación* a la igualdad entre dos expresiones algebraicas. El significado en materia contractual es diferente, aunque lleva implícita la idea de la igualdad, pues su objeto es mantener a lo largo de la ejecución del contrato el cálculo económico y financiero que se tuvo en cuenta al tiempo de celebrarlo. En cierto modo sería como aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*. La ecuación es económica porque se refiere a los valores económicos, y es financiera porque se tiene en cuenta la oportunidad en que se deben efectuar las prestaciones.

El mantenimiento de la ecuación económico financiera ha sido una regla del derecho que no siempre estuvo escrita en las normas que regu-

lan el tema. Sus antecedentes se remontan a las sentencias del Consejo de Estado francés, y más precisamente en el *arrêt* “Compagnie Générale Française des Tranways”, del 21 de marzo de 1910 (7), en el que se sostuvo que debe existir una equivalencia entre las ventajas y obligaciones del contratista, cláusula que está implícita en todo contrato administrativo, no solo por una razón de justicia, sino para posibilitar la continuidad del servicio, ya que ningún contratista puede estar obligado a trabajar a pérdida.

El fundamento principal de esta regla no es solo respetar los derechos del contratista, sino asegurar el financiamiento del contrato para lograr con ello que se ejecute la obra o se preste el servicio o se cumpla con el suministro. Aun cuándo es un principio de justicia que el Estado pague al contratista lo pactado, y si existen variaciones en la moneda o en la economía trate de mantener el equilibrio de las prestaciones, lo que persigue esta regla es asegurar que el contratista pueda cumplir con las obligaciones que asumió, por el fin público que persiguen. Por eso, en los contratos de obra pública las multas se deben deducir de la utilidad, porque si se aplican al valor de los certificados correspondiente a materiales y mano de obra la consecuencia ha de ser imposibilitar la ejecución de la obra. Todas las reglas que se aplican en los contratos administrativos para mantener la equivalencia de las prestaciones —el reconocimiento del hecho del príncipe y del alea extraordinaria, la teoría de la imprevisión, etc.— tienen por objeto principal asegurar la ejecución de los contratos.

En este aspecto la ley 27.328 ha sido previsoramente al disponer en el art. 9º varias prescripciones que en algunos casos fueron reconocidas por la jurisprudencia y la doctrina, como son “la revisión del precio del contrato a los fines de preservar la ecuación económico financiera” (inc. f)), “los procedimientos y métodos que resultarán de aplicación para dirimir las controversias de índole, interpretativa o patrimonial que se puedan suscitar durante la ejecución del contrato” (inc. w)), entre otros.

Con el pedido de que se restablezca el equilibrio de dicha ecuación es necesario que el contratista demuestre los hechos que lo han motivado y, al mismo tiempo, proponer cómo es posible recomponerlo. Este es, a nuestro juicio, un aspecto de la mayor importancia, porque nadie está en mejores condiciones para reclamar un reajuste que quien padece el desajuste.

(7) LONG, M. - WEIL, P. - BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7ª ed., Paris, Sirey, 1978, ps. 97 y ss.

VI. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Los contratos PPP deben establecer las causales de extinción. La ley las enumera en forma enunciativa (cumplimiento del objeto, vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, culpa de alguna de las partes, razones de interés público u otras), y dispone que se deben establecer el procedimiento a seguir, así como también las compensaciones procedentes en los casos de extinción anticipada, sus alcances y método de determinación y pago. Entre las "otras" causales está la fuerza mayor, que puede plantearse tanto para pedir el restablecimiento de la ecuación económico financiera, cuanto para reclamar la rescisión del contrato, porque está provocada por un acontecimiento ajeno a las partes que impide la ejecución del contrato y que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarlo.

En realidad, el cumplimiento del objeto es un modo de ejecutar el contrato y no de extinguirlo, porque después de ejecutado pueden generar obligaciones entre las partes derivadas del contrato mismo, lo cual demuestra que el contrato no se extinguió, sino las obligaciones relativas a la ejecución que tuvieron su fuente en el contrato. Los procedimientos a seguir deberían estar reglamentados por una norma, y no constituir una cuestión convencional, porque como todos los asuntos donde se manejan fondos públicos es preciso que intervengan los órganos de control y se resuelvan sobre la base de pautas de legalidad.

Con la inocultable finalidad de reconocerle al contratista el derecho de reclamar el lucro cesante cuando se produce una rescisión anticipada por razones de interés público, para no dejar dudas en este tema, no obstante lo dispuesto en el art. 31, la ley dispone expresamente que no son de aplicación directa, supletoria o analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial las contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el dec. 1023/2001 y sus modificatorias. También descarta la posibilidad de que el comitente pueda suspender o anular unilateralmente el contrato por razones de ilegitimidad, debiendo solicitarlo al juez competente.

Esta es otra innovación importante, que se corresponde con la tesis de que la Administración no puede unilateralmente revocar por razones de ilegalidad los actos bilaterales que se están ejecutando; corresponde en esos casos que el comitente promueva una demanda ante el juez competente, si bien puede disponer la suspensión del acto cuando existan razones importantes de interés público.

El resarcimiento del contrato por razones de interés público no está bien regulado. Solo se ocupa de posibilitar que se le reconozca al contra-

tista el lucro cesante, pero solo hace referencia a la *inversión no amortizada*. Nada dice de los gastos y costos que debió afrontar el contratista desde la adjudicación, que no constituyen inversión, sino gastos (compra de equipos, indemnización del personal, pago de garantías, acopio de materiales, subcontratos, etc.). La ley no contempla estos rubros porque seguramente ha partido de la hipótesis de contratos en plena ejecución, pero no de los que comenzaron a ejecutarse poco tiempo antes de decretarse la rescisión.

A nuestro juicio se debe entender por inversión no amortizada a todos los gastos incurridos por el contratista, no solamente las inversiones propiamente dichas, pues de lo que se trata no es resarcir al contratista frente a un enriquecimiento sin causa del comitente, sino en indemnizarlo por la pérdida económica que ha tenido.

VII. FACULTAD DE REALIZAR CESIONES

El contratista puede ceder o dar en garantía los derechos de crédito emergentes del contrato PPP, así como también los aportes comprometidos por el contratante, la remuneración, las indemnizaciones, y la titularidad de los flujos de fondos. Esta es una facultad que debería estar limitada a la existencia de créditos del contratista aprobados por el comitente. En nuestro ordenamiento jurídico el Estado siempre paga *contra obra realizada o servicio prestado o suministro entregado*, y lo hace por una razón elemental del manejo de fondos públicos. Debe tener la seguridad de la prestación cumplida para efectuar el pago. Cuando hace adelantos, exige la entrega de una garantía. Además, como los contratos administrativos persiguen la realización de un fin público, lo que le interesa primordialmente es que se ejecuten, porque de esa manera se satisfará el interés público perseguido. De ahí que también le importe la capacidad económica del contratista, que reciba el dinero suficiente para ejecutar el contrato y que cuente con las reservas necesarias para llevarlo a cabo.

Si se le autoriza al contratista a ceder los derechos de crédito emergentes del contrato, los aportes comprometidos por el contratante, la remuneración, las indemnizaciones, y el flujo de fondos que debe recibir para ejecutar el contrato; ¿qué seguridad habrá de que el contratista cumplirá con sus obligaciones?; ¿qué garantía tiene el comitente de que el dinero que entrega para la ejecución se le dará el destino que corresponde y no otro? Se pueden ceder los créditos, la remuneración, las in-

demnizaciones que deba percibir el contratista *después de ejecutado el contrato o la parte que corresponde a las sumas cedidas*, pero, si se le permite hacerlo antes de verificar el cumplimiento existirá la posibilidad de que no lo pueda ejecutar por falta de financiamiento.

No obstante ser una característica de los contratos administrativos que se celebren *intuitu personae*, la ley 27.328 permite, bajo ciertas condiciones, la transferencia del control accionario de la sociedad de propósito específico, y del control de los certificados de participación en el caso de fideicomisos, a favor de terceros, así como también a favor de quienes financien el proyecto. Se puede pactar la posibilidad de ceder, total o parcialmente, el contrato a un tercero, siempre que este reúna similares requisitos que el cedente y haya transcurrido, al menos, el veinte por ciento del plazo originario del contrato o de la inversión comprometida, lo que antes ocurra. Para ello debe previamente dictaminar el órgano que ejerza el control de la ejecución del contrato sobre el cumplimiento de dichas condiciones y la Procuración del Tesoro de la Nación (debió decir el Procurador del Tesoro de la Nación, que es el órgano) sobre los riesgos que asume el Estado nacional o el ente estatal. Aunque no lo diga la ley, el dictamen no solo se debe limitar a señalar los riesgos, sino también el cumplimiento de todas las normas aplicables al caso. Este dictamen se debe informar a la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada, creada por la ley 27.328.

Antes de perfeccionarse la cesión, el cesionario debe obtener la aceptación lisa y llana de los financistas, fiadores, garantes y avalistas, y la autorización del comitente, con intervención de la unidad de participación público-privada, que fue reemplazada por la Subsecretaría de Participación Público Privada, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros por el dec. 1119/2018. La cesión que se concrete conforme con los recaudos antes referidos en este inciso, producirá el efecto de liberar al cedente de toda obligación originalmente asumida bajo el contrato, salvo que en el pliego se disponga una solución distinta.

La ley establece como medida de fomento que en caso de subcontratación el contratista debe optar, preferentemente, por empresas nacionales, o por pequeñas y medianas empresas locales.

A diferencia de lo que ocurre con las obras públicas ejecutadas por el régimen de la ley 13.064, se puede acordar que los bienes muebles e inmuebles se transfieran al Estado nacional al finalizar la ejecución del contrato y no con el pago de cada certificado.

VIII. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Una de la cuestión que mayores dificultades genera en los contratos administrativos es la *solución de controversias*, sobre todo las que se suscitan durante la ejecución, no solo por su magnitud económica, sino por la necesidad de resolverlas con prontitud, sin afectar el desarrollo de los trabajos o prestaciones que debe realizar el contratista. En la mayoría de los casos se trata de contratos de larga duración, durante la cual el contratista debe realizar grandes inversiones y el comitente satisfacer intereses públicos prioritarios (servicios públicos, grandes obras de infraestructura, centrales productoras de energía eléctrica, etc.), que no admiten dilaciones y tampoco dispendios financieros. Los montos que se manejan en estos contratos son, por lo general, muy grandes, y los perjuicios para el Estado que se generan por las demoras, mayores aún.

Por eso la ley 27.328 establece la obligación de incluir en los contratos “los procedimientos y métodos de aplicación para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato”. Para ello prevé un procedimiento de *negociaciones amistosas* como primer paso de cualquier controversia y la constitución de un *panel técnico* a partir de la entrada en vigencia del contrato, integrado por profesionales o representantes de universidades nacionales o extranjeras, de acreditada independencia, imparcialidad, idoneidad y trayectoria nacional e internacional en la materia, el que subsistirá durante todo el período de ejecución para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza —es decir, técnica, interpretativa o patrimonial— que se susciten entre las partes”(art. 9º, inc. w)].

La realización de negociaciones amistosas previas es similar a lo que ocurre en los litigios civiles, donde antes de trabar la litis se debe intentar una mediación, que es obligatoria para el actor, pero no para el demandado. Es un paso importante no solo para que las partes puedan arrimar soluciones sin llegar a la contienda, sino también para precisar el *thema decidendi*, sin que sea necesario probar o negar hechos que no son fundamentales y que de otra manera se plantean para evitar que se imputen consentimientos inexistentes.

En punto a los procedimientos para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que se susciten durante la ejecución y terminación del contrato, la ley establece que los contratos pueden prever la constitución del panel técnico, que será encargado de dilucidar las cuestiones que se susciten entre las partes. Los dictámenes

del panel técnico no son vinculantes, pero en la mayoría de los países donde funciona este régimen generalmente son aceptados por las partes. Claro está que, si una de las partes acepta lo dictaminado por el panel técnico, queda obligada a cumplir con lo resuelto por este.

De esta manera la ley 27.238 ha querido reducir el riesgo de un pleito, que siempre es largo, lento y costoso, como incentivo para las empresas que quieran contratar con el Estado obras, servicios, concesiones, suministros, etc. Esta mecánica predeterminada para dirimir las controversias constituye un estímulo para los oferentes, pues estos saben de antemano que la relación contractual va a tener mayor flexibilidad de las que tendrían si se aplicaran las leyes que rigen la contratación administrativa, que se renegociarán los contratos cuando la ecuación económico-financiera se altere, que intervendrá un organismo técnico independiente y no oficial, que los riesgos son menores, todo lo cual garantiza, cuanto menos, recuperar la inversión efectivamente realizada, y que la indemnización en caso de ser responsable el Estado, incluirá el lucro cesante y todos los gastos y costos directamente vinculados al contrato.

De lo expuesto se desprende: a) que los contratos tienen el deber jurídico o la obligación de contener regulaciones para dirimir controversias de índole técnica, de interpretación o patrimoniales, b) que la forma prevista por la ley para cumplir con esta exigencia es por la constitución de un panel técnico, encargado de dilucidar las cuestiones que se planteen de tal naturaleza, que es optativo para las partes. En caso de que subsista el conflicto, la ley prevé la vía arbitral para dirimirlo, que también es optativa. La existencia de estas alternativas no excluye la vía judicial, si alguna de las partes opta por ella, pero, si aceptó el arbitraje, se entiende que renunció a la vía arbitral.

La actuación del panel técnico integra el procedimiento de solución de controversias. No solo las de carácter técnico —si entendemos por tales las que se refieren a la construcción de la obra o al funcionamiento de la concesión— sino también a los de índole patrimonial que se susciten durante la ejecución del contrato. Es verdad que la denominación de “panel técnico” permitiría suponer que solo puede intervenir en controversias de índole técnica, pero varias razones avalan interpretar que están incluidas las de carácter patrimonial, cuando se refieren aspectos relativos a la ejecución del contrato PPP. Más aún, la experiencia indica que en este tipo de contrataciones la mayoría de los conflictos son de carácter patrimonial. Además, ¿qué razón existiría para que el panel debe estar integrado por un profesional universitario en ingeniería, un profesional universitario en ciencias económicas y un profesional universitario en ciencias jurídicas? Si se entendiera que están excluidas las

controversias de carácter patrimonial o económico no habría razón para integrar el panel técnico con un contador o doctor en ciencias económicas y un abogado.

Por otra parte, si aceptáramos una interpretación literal, lo primero que habría que hacer es recurrir al Diccionario de la Lengua, donde hay varias acepciones que expresan el significado y sentido de la palabra “técnica”, que son: a) “perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y de las artes”, b) “conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte”, c) “dicho de una palabra o de una expresión empleada exclusivamente y con sentido distinto del vulgar, en el lenguaje propio de un arte, ciencia u oficio”. Por eso hay una técnica jurídica y una técnica financiera, una técnica bancaria, etc., y ninguna acepción que se refiera a los aspectos constructivos de una obra o de administración de una concesión.

El paso siguiente puede ser el arbitraje o la demanda judicial, ambos excluyentes. En el caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción el Poder Ejecutivo deber informarlo al Congreso. Contra el laudo del tribunal arbitral con sede en Argentina solo se pueden interponer los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el art. 760 del Cód. Proc. Civ. y Com.

IX. GARANTÍA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN

Una modalidad particular de estos contratos, que no se corresponde con las reglas generales, es la exigencia —en los casos de rescisión anticipada dispuesta por el comitente— de abonar al contratista el monto total de la compensación, según la metodología de valuación y el procedimiento que, establecidos en la reglamentación y en la documentación contractual, *con carácter previo a la toma de posesión de los activos*, la que no puede ser inferior a la inversión no amortizada. Además, en todos los casos, debe asegurarse el repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto, lo cual no implica que el contratista quede eximido de compensar los daños y perjuicios en beneficio del comitente que se hubieran previsto en el contrato.

Razones jurídicas y lógicas son contrarias a esta regulación. En primer lugar, si se trata de la construcción de una obra destinada a satisfacer un interés público primario (un camino, un hospital, una planta procesadora de residuos, etc.) que el comitente decide rescindirla aduciendo incumplimientos del contratista y es cuestionada por este, resulta contrario al fin público que el Estado se vea impedido de cumplir con ese

interés porque el contratista le exige el pago previo de la compensación. Como es sabido, en ninguna obra pública o servicio público el contratista puede ejercer el derecho de retención, cosa que no ocurriría en los contratos de participación público privada.

A lo expuesto hay que agregar que la determinación del resarcimiento total del contratista, en cualquier obra importante, es una tarea que lleva mucho tiempo y en la cual deben intervenir profesionales de distintas especialidades. Por expeditiva que sea la metodología de valuación y el procedimiento previstos en la reglamentación y en la documentación contractual, hasta llegar a una solución definitiva lo más probable es que transcurran varios meses, o tal vez años, como lo acredita la experiencia de algunas obras importantes de nuestro país. Además, es probable es que el asunto termine en un arbitraje, que también demora mucho tiempo, y si lo es en un juicio, mucho más aún. A esto hay que agregarle que durante todo ese lapso los gastos se incrementan porque es necesario mantener los equipos, preservar los materiales, asignar personal para el cuidado de la obra o del servicio, etc.

No es ni jurídica, ni técnica, ni económicamente razonable impedir que el comitente tome posesión de la obra o del servicio hasta tanto no pague totalmente la inversión no amortizada al contratista. Por supuesto que esta cláusula es en cierto modo conminatoria para el Estado y atractiva para el contratista, pero contraria para el interés público. Además, el Estado se presume siempre solvente.

X. SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

La ley prevé el procedimiento de licitación o concurso público, nacional o internacional, según sea la complejidad técnica del proyecto, la capacidad de participación de las empresas locales, razones económicas o financieras vinculadas a las características del proyecto, la capacidad de contratación disponible en el país o el origen de los fondos cuando se trate de proyectos que cuenten o requieran financiamiento externo.

Como debe ocurrir en todas las licitaciones y concursos, se tiene que garantizar la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia en los procedimientos de selección. A los potenciales oferentes se les debe suministrar toda la información con claridad, las bases y los requisitos que resulten necesarios. Las ofertas tienen que compararse sobre la base de criterios homogéneos. Estas son exigencias contenidas en el dec. 1023/2001, que a estar por lo que dispone el art. 31

de la ley 27.328 no se aplicarían directa, supletoria ni analógicamente, pero entendemos están implícitas en todo contrato estatal.

Con una finalidad de fomento de la industria nacional, la ley establece que los procedimientos deben promover la participación directa o indirecta de las pequeñas y medianas empresas argentinas. Además, en la provisión de bienes y servicios los pliegos y demás documentación contractual deben contener previsiones que establezcan que tales bienes y servicios tengan, como mínimo, un treinta y tres por ciento de componente nacional. El Poder Ejecutivo nacional debe determinar qué se entiende por “componente nacional” y por “desagregación tecnológica”, para lo cual se tendrá en cuenta la clase de bienes y servicios de que se trate y la naturaleza de los proyectos a ser desarrollados. Asimismo, son aplicables las preferencias establecidas por la ley 25.551 a favor de bienes de origen nacional. En casos particulares, previo dictamen del Ministerio de Producción, el Poder Ejecutivo puede exceptuar o limitar tales exigencias y preferencias.

Antes de llamar a licitación o concurso la autoridad convocante debe dictaminar sobre: a) la factibilidad y justificación de celebrar el contrato por el procedimiento de participación público privada, y exponer las razones que lo justifica, b) la incidencia de las erogaciones en el presupuesto nacional, c) una estimación del efecto financiero y presupuestario durante la ejecución del contrato, y del flujo de los recursos públicos en cada ejercicio financiero, d) los efectos externos que provocará el proyecto y los ingresos futuros que puede generar, e) la generación de empleo que se prevé y el fomento de las pequeñas y medianas empresas y de la industria nacional en general, indicando el cálculos de los puestos de trabajo y el porcentaje de participación de la industria nacional, f) el impacto ambiental, g) la relación costo beneficio que producirá esta modalidad de contratación, así como también los riesgos en caso de extinción del contrato, g) la evaluación de la distribución de los riesgos. Este dictamen se debe comunicar a la Unidad de Participación Público-Privada (actualmente a la Subsecretaría de Participación Público Privada de la Jefatura de Gabinete de Ministros) para incorporarlo en un sitio de consulta pública y gratuita por internet, así como también todos los informes y estudios pertinentes, treinta días antes de celebrarse el contrato, y formará parte de los documentos contractuales. Estas son exigencias plenamente justificadas por la necesidad de darle la mayor transparencia a los contratos PPP.

La ley prevé que en los proyectos que presenten cierta complejidad se efectúe un procedimiento de consulta, debate e intercambio de opiniones entre la contratante y los interesados que fueron precalificados.

Es una modalidad que se ha seguido en nuestro país para las contrataciones informáticas, donde la determinación del bien o suministro presenta diferentes alternativas y posibilita que los oferentes precalificados formulen sugerencias para lograr una contratación más conveniente. Se debe asegurar la intervención de la Subsecretaría de Participación Público-Privada y garantizar la transparencia, concurrencia, publicidad, difusión, competencia efectiva y la participación simultánea y en condiciones de igualdad de todos los interesados precalificados, promoviendo, la participación directa e indirecta de las pequeñas y medianas empresas y el fomento de la industria y el trabajo nacional.

La adjudicación debe recaer en la oferta considerada más conveniente para el interés público, y se ajuste a las condiciones establecidas en las bases de la licitación o concurso y previo dictamen de la Subsecretaría de Participación Público Privada dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Admite que en las pautas de selección se sigan criterios que confieran ventajas comparativas a favor de las empresas nacionales sobre las extranjeras y sobre aquellas a favor de las consideradas micro, pequeñas y medianas empresas conforme lo establecido en la ley 25.300. Como en otras leyes, en esta tampoco se aclara qué se entiende por empresa nacional y por empresa extranjera, si es por la nacionalidad de sus propietarios, por el lugar donde tiene residencia, por el registro donde está inscripta, etc.

Cuando en el contrato se establezca el aporte de recursos del Estado, antes de convocar a la licitación o concurso se deberá contar con la autorización para comprometer ejercicios futuros, prevista en el art. 15 de la ley 24.156 y sus modificatorias, con las limitaciones establecidas en la ley.

XI. LAS OBLIGACIONES DE PAGO Y GARANTÍAS

En este aspecto la ley también prevé una gama muy amplia de posibilidades, que deberán ser objeto de reglamentación, porque no está previsto un procedimiento que cumpla con las exigencias de la administración fiscal. Las obligaciones asumidas por el comitente pueden ser canceladas por la afectación específica de recursos del Tesoro, por transferencia de recursos tributarios, bienes, fondos y cualquier clase de créditos o ingresos públicos, con autorización del Congreso. También contempla el empleo de fideicomisos en los términos del art. 1666 del Cód. Civ. y Com., desempeñados por una entidad financiera debidamente autorizada, para otorgarles la propiedad fiduciaria de recursos tributa-

rios, créditos, bienes, fondos y cualquier clase de ingresos públicos con el fin de solventar o garantizar el pago de las obligaciones pecuniarias asumidas en el contrato, con autorización del Congreso. Establece reglas a las cuales se deben ajustar los fideicomisos, para asegurar los derechos del contratista, sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 24.156 y sus modificatorias.

Al tratar las garantías la ley no especifica si son las que debe constituir el contratista, como ocurre en todos los contratos administrativos, o se trata de otra innovación donde el Estado es quien las debe otorgar, lo cual sería inédito en contratos de obra pública, de concesión de servicios públicos, de suministro, etc. La enumeración es amplia, pues comprende el otorgamiento de fianzas, avales, garantías por parte de entidades de reconocida solvencia en el mercado nacional e internacional y la constitución de cualquier otro instrumento que cumpla función de garantía, admitida por el ordenamiento vigente. El art. 19 aclararía esta duda, porque se refiere concretamente a garantías que debe dar el Estado, y llega al extremo de que se puedan establecer, no solo sobre bienes del dominio privado, sino también sobre “los derechos de explotación de los bienes del dominio público” que hubieran sido concedidos al contratista para garantizar el repago del financiamiento necesario para llevar a cabo los proyectos que se efectúen en el marco de la ley que nos ocupa. Esto importa un desconocimiento del carácter que tienen en nuestro orden jurídico los bienes del dominio público, donde el Estado no ejerce un derecho de propiedad, pues pertenecen a la comunidad, y solo pueden ser dados en concesión para integrar el uso de esos bienes. Además, no tiene en cuenta la presunción *juris et de jure* de la solvencia del Estado en una relación contractual, que no es un préstamo de dinero.

Entendemos que, en los casos de conflicto, si el contratista planteó un reclamo dentro del régimen de solución de controversias, el comitente no puede ejecutar las garantías relativas al tema en conflicto, hasta tanto no sea resuelto en contra del contratista.

XII. REGULACIÓN Y CONTROL DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Con bastante impropiedad la ley establece que las funciones de regulación y control del contrato son *indelegables* (art. 21), cuando debió decir *irrenunciables*, porque toda delegación debe recaer en otro órgano público, y el mismo artículo prevé que el cumplimiento del contrato estará sujeto al control de la contratante *o del órgano a contrato creado con esa finalidad de la respectiva jurisdicción*, lo cual demuestra que puede exis-

tir una delegación. Con buen criterio, dispone que el contratante debe tener amplias facultades de inspección y control, pudiendo requerir todo tipo de información vinculada al cumplimiento del contrato y desarrollo del proyecto, garantizando la confidencialidad de la información de índole comercial o industrial en los términos de la legislación vigente. Lo pliegos pueden prever la contratación de auditores externos con suficiente idoneidad técnica, independencia e imparcialidad y comprobada trayectoria nacional o internacional para controlar la ejecución de los proyectos. También deben ser auditados por la Auditoría General de la Nación.

XIII. INCOMPATIBILIDADES

La ley establece una serie de incompatibilidades, que en realidad en muchos casos son *inhabilidades*, propias de todo régimen de contratación estatal. No pueden ser oferentes el contratista, quienes carezcan de capacidad, los que actuaron como asesores contratados por el contratante en la preparación del proyecto, los funcionarios públicos dependiente de la contratante, las firmas, empresas o entidades con la cual el funcionario esté vinculado por razones de dirección, participación o dependencia. También están inhabilitados quienes tengan un proceso concursal en trámite o quiebra y los que se les rescindieron contratos por incumplimiento con el Estado —en ambos casos en los tres años anteriores al llamado a licitación o concurso— los sancionados por violar normas ambientales durante los veinticuatro meses anteriores, los deudores de impuestos o contribuciones previsionales a la AFIP, determinados por acto administrativo o sentencia firme, los procesados por auto firme y los condenados por alguno de los delitos previstos en los Títulos XI, XII y XIII del Cód. Penal.

También contiene normas anticorrupción que son similares a las que establece la ley 25.188, cuyo incumplimiento es causal del rechazo sin más trámite de la propuesta u oferta en cualquier estado de la licitación (art. 27).

XIV. ORGANISMOS DE ASESORAMIENTO Y CONTROL

La ley preveía que el Poder Ejecutivo debía crear por reglamentación un órgano que tenga a su cargo la centralización normativa de los contratos de propiedad pública privada, que denominó “Unidad de Participación Pública-Privada”. Sus funciones eran esencialmente consulti-

vas, operativas y técnicas, en especial durante la etapa de preparación, dictado de reglamentos, elaboración de los proyectos, preparación de los pliegos, aunque también le podían atribuir funciones de control. Actualmente esta fue reemplazada por la Subsecretaría de Participación Público Privada dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros (dec. 1119/2018). Crea, asimismo, una Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada, integrada por siete senadores y siete diputados del Congreso, elegidos por sus respectivos cuerpos, conforme la proporcionalidad de las fuerzas políticas que los componen. La Comisión debe establecer su estructura interna y dictar su reglamento de funcionamiento. Su misión es efectuar el seguimiento de los proyectos desarrollados bajo contratos de participación público-privada, verificar el cumplimiento de la ley, sus resultados y las perspectivas de desarrollo futuro de estas modalidades contractuales.

Para ello se le debe permitir el acceso a toda la documentación pertinente, incluyendo los contratos que se firmen bajo este régimen, no pudiendo oponerse a estos efectos las eventuales cláusulas de confidencialidad de dichos contratos. Sin perjuicio de ello, la comisión, sus miembros y empleados deben garantizar la confidencialidad de la información de índole industrial o comercial de ese carácter en los términos de la legislación vigente, asumiendo las responsabilidades correspondientes por su divulgación.

XV. FIDEICOMISOS

La ley 27.467, de presupuesto para el año 2019, además de modificar algunos artículos de la ley 27.328, crea el Fideicomiso de Participación Público-Privada, que puede ser único o varios fideicomisos individuales, para que actúen como fideicomisos de administración, financieros, de pago o de garantía.

El objeto de esta regulación es asegurar el financiamiento de los contratos PPP por la creación de sujetos separados de la Administración, con individualidad financiera, cuyo único objeto sea encargarse de todo lo que esté vinculado con el financiamiento de los contratos. Su individualidad es tal, que los créditos que se canalicen por su intermedio no son considerados deuda pública. Los fideicomisos pueden actuar como obligado principal o por cuenta y orden del Estado nacional o de terceros; otorgar préstamos, garantías, fianzas, avales o cualquier otro tipo de financiamiento o garantía relacionada con los contratos o proyectos de participación público-privada; contraer préstamos o cualquier otro

tipo de financiamiento en relación con estos; emitir valores fiduciarios, certificados, valores negociables, títulos valores, actas, instrumentos o títulos de reconocimiento de inversión y asumir su pago; realizar aportes de capital y adquirir instrumentos financieros destinados a la ejecución y financiación de los contratos o proyectos de participación público-privada; celebrar operaciones de derivados de moneda, tasa de interés, materias primas; índices financieros y no financieros, y cualquier otro producto y cualquier otra operación de cobertura y los demás que establezca la reglamentación.

Los patrimonios de los fideicomisos pueden estar constituidos por bienes, garantías y créditos presupuestarios que les asigne el Estado nacional en el marco de la ley 24.156 y sus modificaciones y del art. 16 de la ley 27.328, así como también los aportes presupuestarios que le asignen las provincias o municipios, aportes o contribuciones provenientes de otros fondos fiduciarios, los aportes que efectúe cualquier persona, contribuciones, cargos específicos, tarifas o contraprestaciones por uso, los pagos que deban realizar los contratistas bajo la ley 27.328, y los que prevea la reglamentación.

Por la ley 27.328, el Fideicomiso PPP y los Fideicomisos Individuales PPP están exentos de todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales existentes y a crearse en el futuro, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras operatorias. Esta expresión no es clara, porque los tributos no son "operatorias", y por tratarse de una exención lo correcto es emplear una terminología precisa.

La ley invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a la eximición de todos los tributos aplicables en sus jurisdicciones en iguales términos.

En las relaciones de los fideicomisos con los contratistas bajo la ley 27.328 y otros sujetos de derecho privado se aplica, subsidiariamente, el Cód. Civ. y Com. y no las leyes que rigen los contratos administrativos. Sobre este punto ya nos detuvimos.

PANORAMA DEL CONTRATO DE CONSUMO

POR MARIANO GAGLIARDO

I. PRELIMINAR

1. La ley 26.994 que unificó el régimen civil y comercial nacional introdujo reformas trascendentes e incorporó institutos que, aislados, no obstante, conformaban nuestro derecho privado.

La metodología del título de este trabajo, no se agota en el referido enunciado, sino que por el contrario abarca alcances del citado instituto y se proyecta con efectos particulares en cierta normativa del Código unificado.

En la actualidad el sustento legal del tema central, tiene raíces constitucionales y de manera primigenia la Ley de Defensa del Consumidor del año 1993 marcó el cauce de la disciplina, a lo que luego se sumaron sucesivas enmiendas legislativas (1).

No es nuestro propósito, considerar la integralidad del Título III acerca de los contratos de consumo, cuyo contenido es diverso, sino limitarnos a la exposición del “contrato de consumo” y algunas de sus proyecciones en el orden jurídico, tal el antecedente que surge de la formulación del art. 1093 Cód. Civ. y Com.

II. FUNDAMENTOS DE CIERTAS PAUTAS DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO

2. Los fundamentos que preceden a la regulación del Código unificado son explícitos pues dan una idea cabal de cuál ha sido el propósito legisferante. Haremos una síntesis del contenido a que alude el texto

(1) Leyes 24.568, 24.787, 24.999, 26.361 y 26.933.

citado relacionado con el tema propuesto y, si bien hemos anticipado nuestra labor, ciertamente limitada, aludiremos en este apartado —en lo pertinente— al Título III del Libro Tercero de los Derechos Personales, solo con un propósito ilustrativo, sin perjuicio de citar otros dispositivos legales que aisladamente se refieren a la materia.

El llamado derecho del consumo tiene una venerada antigüedad pues desde el punto de vista económico el fenómeno del consumo en sentido amplio es ancestral. Se acepta hablar de derecho del consumo, más debe retenerse en la necesidad de estudiar también las distintas normas dentro del sistema que les corresponde, acorde con las clasificaciones tradicionales de la ciencia jurídica.

La figura comentada constituye una fragmentación del tipo general de contratos con incidencia en la modalidad especial, lo que justifica su regulación en la parte general del Código. Es que la sustantividad y especificidad de la materia —defensa de los consumidores— no es —en líneas generales— sino resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias.

Una cuestión que en su día motivó sus dudas fue la extensión de la regulación del tema, optándose por la inclusión de una serie de principios generales de protección al consumidor que actúan como una “protección mínima”, con su debida trascendencia.

No obstante, se aclara que en materia de regulación “no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores”, más tal régimen no puede derogar esos mínimos sin afectar al sistema, los que actúan como un núcleo duro de tutela.

En suma: la complejidad es menos mala que el simplismo de creer en una inexistente unidad. Lo expuesto, no obsta a la mera conveniencia didáctica y expositiva.

En cuanto a lo relativo a la interpretación el “Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes”.

3. A partir del punto 2 de los Fundamentos, se adoptan una serie de definiciones y ciertas explicitaciones que no mantienen una coherencia con el orden propuesto en el citado instrumento.

Cabe destacar que, en el presente, en algunos apartados del 3 y subsiguiente —apart. 4—, se concentra el contenido de la relación de consumo y contrato de consumo.

Se dice que la relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Seguidamente, se transcribe textualmente la normativa del art. 1092 Cód. cit. cuyo enunciado es “Relación de consumo” al decir “Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Los fundamentos, transcriben luego el apart. 2º del art. 1092 con un agregado final; dice “queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”, a lo que se suma el siguiente agregado “siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional” (2).

Sin guardar una explicitación ordenada —tal lo que se anticipara—, en el apart. 3 de los Fundamentos, se lee “Es necesario definir la relación de consumo, porque esta comprende hechos, actos unilaterales y bilaterales”.

Los Fundamentos dicen que la definición utiliza dos elementos: el consumo final y la ausencia de vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. De este modo, se argumenta que, no solo se incorpora el criterio más extendido actualmente, que es el de la no profesionalidad, sino que también se resuelven muchos conflictos.

Se ha cuestionado la incorporación del tema en esta Sección (Título III) pues el contrato es solo una de las posibles causas de una relación de consumo toda vez que la misma, también puede originarse en actos unilaterales o hechos jurídicos (3).

Retomando la debida cronología, los Fundamentos describen el contrato de consumo y reproducen la definición legal del art. 1093 Cód. cit. en cuanto dispone: “contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física —la ley dice humana— o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o prestadora de servi-

(2) El usuario del servicio público encarna una relación de consumo, cfr. Servicios públicos, tarifas y derechos del consumidor, y la numerosa jurisprudencia que cita, MUTLIENGO, María Victoria, JA, octubre 12-2016.

(3) SIGAL, Martín, “Relación de consumo”, RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 715.

cios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”, adicionando, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Estas “definiciones —dicen los Fundamentos— receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina”.

Se ha producido una extensión subjetiva u objetiva. Al consumidor se ha añadido el “usuario” de bienes y servicios, con una notable presencia de este último. Asimismo, se ha producido una extensión cualitativa. De la concepción en razón de la cual se concebía que debe protegerse al consumidor y al usuario en el momento contractual en que se compra, se adquiere o se contrata el bien o el servicio, y por tanto se postula su protección como mera parte en un contrato sometido a otra parte más poderosa, se transita a una idea en la que el consumidor o el usuario deben ser protegidos antes de llegar a la fase contractual, por su mera condición de persona presente en el mercado que está expuesta ante las empresas suministradoras de los bienes o de los servicios.

4. El apartado citado coincide con el numeral que contempla los Fundamentos y lleva como subtítulo “Formación del consentimiento”, señalándose de manera enfática que “en este tema hay profundas diferencias con la parte general de los contratos regulada en el Título II y, además, no hay una regulación sistemática en el derecho argentino, lo que justifica una mayor extensión del tema”.

En realidad, la precedente formulación no es suficientemente clara y el título “Formación del consentimiento” que contiene una serie de situaciones (prácticas abusivas, información y publicidad dirigida a los consumidores, modalidades abusivas y cláusulas abusivas y sus respectivos contenidos), en nada se asemeja o aproxima a la noción de consentimiento, tal como tradicionalmente fuera tratado en el mundo jurídico a lo largo del tiempo.

En efecto: en el Cód. Civil abrogado el “acuerdo sobre una declaración de voluntad común...” era una expresión con la cual el art. 1137 aludía al consentimiento, al que doctrinalmente se precisaba como acuerdo de dos declaraciones de voluntad, que partiendo de dos sujetos diversos se dirigen a un fin común, fundiéndose.

El enfoque del Código actual, en nuestra opinión es errado si se lo califica como consentimiento, tema al que por otra parte a partir del art. 971, Capítulo 3, le dedica “consentimiento, oferta y aceptación”.

Y el error parte de la impropia nominación: consentimiento antes y luego del Código unificado, tiene un sentido, acepción y finalidad.

De manera desacertada se alude al consentimiento como una “obligación general de información, que hace a la transparencia informativa en los contratos de consumo”.

A partir del apart. 4º de los Fundamentos en adelante, se regulan “Modalidades especiales” y “Cláusulas abusivas”, contenidos que exceden nuestro propósito inicial.

A mayor abundamiento, el Código unificado en el art. 971, establece como se produce la formación del consentimiento, que los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia del acuerdo (4).

Las observaciones realizadas en las que subyace “transparencia”, se retrotraen a pautas tradicionales en cuanto a que compete a cada uno de los contratantes adquirir la información precisa sobre las prestaciones objeto del contrato y el alcance tanto de su compromiso como el de su contraparte. Puede acontecer una situación de inconvenientes, insuficiencias o bien déficit de información a cargo del consumidor que pueda incidir en su consentimiento contractual.

Sobre el particular, se ha señalado (5) que la teoría de los vicios del consentimiento no es suficiente para las cuestiones entre consumidores y oferentes, por lo que se impone un deber genérico de información respecto al consumidor que garantice un consentimiento debidamente ilustrado.

Los autores citados señalan que caben tres sistemas de información: a) la derivada de la publicidad comercial; b) la que versa sobre el producto, y se manifiesta normalmente en la imposición al fabricante del deber de suministrarle a través de diferentes medios y, c) la información personalizada, a cargo de un profesional o intermediario (6).

Existe, asimismo, una información precontractual, relativa al contrato aun no celebrado, y a las prestaciones que van a ser objeto del mismo; y otra contractual, relativa a los derechos y obligaciones asu-

(4) BORDA, Alejandro, *Derecho civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 40.

(5) MALAURIE, Philippe - AYNÈS, Laurent, *Droit Civil. Les Obligations*, Cuyas, Paris, 1990, p. 237.

(6) MALAURIE, Philippe - AYNÈS, Laurent, *Droit Civil. Les Obligations*, cit., p. 238.

midos por cada una de las partes en el contrato mediante el *formalismo informativo*.

III. ANTECEDENTES ACERCA DEL CONSUMO: ALCANCES

5. El surgimiento de la sociedad de consumo y sus múltiples implicancias, suscitaron novedades que bien pronto se trasladaron al mercado y al mundo jurídico. En el primero, se produjo la aguda penetración de los sistemas de producción en masa, en particular de los bienes de consumo. En cuanto al consumo se traduce en el medio técnico de satisfacer un conjunto de elecciones realizadas de manera libre y personal por cada individuo (7).

Téngase en cuenta la formación del contrato, mediante el consentimiento no puede desatender que existen factores de orden técnico, económico y social que tienen proyecciones otrora impensadas.

Los fenómenos de masificación que nuclea a numerosos sujetos configuran una realidad que nos rodea, resultando situaciones irreversibles. El contrato por negociación es impactado por estos acontecimientos.

Como ha dicho Rezzónico (8) existe una enorme distancia que separa el tráfico obligacional moderno de la imagen que de él se tiene a través de las obras originadas en el siglo pasado o en las producciones actuales, pero ancladas a la concepción decimonónica a través de una más o menos disimulada adaptación de principios que más parece un deliberado disimulo que una descripción verídica de la realidad.

La consumibilidad es calificación exclusiva de cosas muebles.

No funciona respecto de los inmuebles.

La palabra “consumo” evoca la idea de un extinguirse físicamente una cosa o substancia por absorberse en otra o por transformarse: desaparece a veces la corporeidad o bien adquiere otra forma que hace irreconocible al cuerpo anterior.

Hay formas de consumo ideal: las mercaderías que son tenidas para ser vendidas, permutadas, etc., si a las cosas las define su utilidad, la uti-

(7) BOURGOIGNIE, Thierry, *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, trad. Gahiser, Victorio, 1994, p. 21.

(8) *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 4.

lidad que por destino deben brindar tales cosas consiste en que alguien, al comprarlas, las haga salir del patrimonio del dueño. Económicamente nacieron para desaparecer. Su desaparición por trueque o venta realiza la finalidad que les dio sentido. Destinadas por naturaleza a ser consumidas, resulta adecuado calificarlas de consumibles.

Las nuevas técnicas y métodos de producción, comercialización y distribución, provocan, asimismo, un mayor distanciamiento por una larga cadena de intermediarios que hace a un distanciamiento e incidencia entre el productor y consumidor; existe, además, una lejanía entre el centro de producción y el lugar de consumo; lejanía que se traduce, a veces, por otro lado, en un notable desconocimiento de las características reales de los productos puestos en el mercado por parte del distribuidor o comerciante más cercano al consumidor final, que es con quien este se relaciona directamente. En otros supuestos, no obstante, se produce una integración del comerciante o distribuidor en la red comercial del fabricante, de manera que la información de que dispone es precisamente la que facilita el propio fabricante. Por último, en este matiz, debe ser destacada la creciente complejidad de los productos, y la celeridad con que se producen cambios e innovaciones en los mismos. Todo lo cual se proyecta, en una o más que notable opacidad del mercado ante el consumidor, que carece de fuentes de información confiables y de conocimientos propios suficientes para tomar decisiones razonables.

Queda por destacar, lo relativo a los mayores riesgos personales y patrimoniales que supone la producción y distribución en masa: la posibilidad de que se produzcan daños a raíz de la adquisición o empleo de bienes defectuosos es cualitativa y cuantitativamente muy superior en esta visión socioeconómica. Esto significa que los daños pueden afectar a un número significativo de personas (intoxicaciones masivas, defectos de diseño que se extienden a todos los productos, etc.), como que la intensidad de esos daños puede alcanzar niveles hasta hace poco tiempo desconocidos (por caso, la talidomina). De estos daños mencionados, los más importantes que han actuado como motor de la adopción de sistemas específicos de tutela, son los personales —relativos a la salud y seguridad de las personas— (9) pero no puede soslayarse la importancia de los puramente patrimoniales.

Todas estas nuevas realidades, en sí mismas ponderadas, suponen una alteración radical de los presupuestos socioeconómicos del derecho de las obligaciones tradicional, y determina la falta de aptitud del

(9) PARRA LUCÁN, Ma. Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 27.

mismo para hacerles frente. De allí que los instrumentos tradicionales no son aptos para servir de cauce al nuevo tráfico patrimonial en masa. La realidad misma se ha ocupado de elaborar nuevos mecanismos que lo permitieran.

De entre ellos se destacan por su significación los que permiten la contratación estandarizada y, básicamente, a las condiciones generales de los contratos.

El contrato mediante negociación previa que determina el equilibrio contractual de intereses, si bien pervive en ciertas esferas(10), ha perdido buena parte de su importancia y no puede ser considerado ya como el paradigma del contrato. De allí que el papel de la voluntad de los intervinientes en un contrato celebrado según condiciones generales ha variado sustancialmente, lo que provoca un replanteo del papel de la autonomía de la voluntad en esta fuente de las obligaciones. El cambio afecta, pues, no solo a la introducción de una nueva modalidad de contratos, sino a la teoría general del contrato y a la de las obligaciones.

Antes de avanzar en nuestro tema cabe ilustrar con una comparación entre la fungibilidad y la consumibilidad de las cosas. Es que ordinariamente las cosas fungibles son también consumibles, tal como lo demuestra el caso de los comestibles en general, los cuales siempre que sean de la misma especie y calidad, son cosas fungibles y son al mismo tiempo cosas consumibles.

Puede ocurrir, no obstante, que una cosa sea fungible y no sea comestible, como lo demuestra el supuesto del ejemplar de Código prestado por un librero a otro, el cual es una cosa fungible, pero no consumible. No debe confundirse, la fungibilidad con la consumibilidad: la primera depende en gran parte de la intención común de las partes; la naturaleza de las cosas puede servir como elemento para conocer esa intención, pero por sí solo no determina el carácter fungible de ellas; la consumibilidad, por el contrario, depende de la naturaleza misma de las cosas, que hace que ellas se extingan o no por su primer uso.

En razón de lo dicho, cabe sostener que, de los bienes de consumo, deriva la comercialización y distribución en masa de dichos bienes, y el consumo también masivo de los mismos por la generalidad de los componentes de esa sociedad de consumo; por lo tanto, masas de bienes producidos, consumidos por masas de personas.

(10) GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil. Les Obligations. Le contrat: formation*, 2ª ed., LDGJ, Paris, 1988, p. 37.

Asimismo, se produce un ingreso en el tráfico económico de nuevas marcas de servicios técnicos que determinan el paso del sector industrial al sector terciario de servicios (11).

La producción en masa impone a dar salida en el mercado a los bienes así producidos, cuya adquisición es impuesta al consumidor a través de técnicas muy diversas.

Las nuevas técnicas y métodos de producción, comercialización y distribución, provocan, a su vez, un mayor distanciamiento entre el productor y el consumidor, separados económicamente por una cadena de intermediarios, y físicamente por la lejanía entre el centro de producción y el lugar de consumo. Por lo demás, debe remarcar la creciente complejidad de los productos, y la rapidez con que se producen cambios en los mismos.

No puede soslayarse que en este enfoque dinámico existen riesgos personales y patrimoniales, corolario de la producción y distribución en masa. Es que los daños pueden afectar a numerosas personas y las consecuencias resultar cuantiosas (12).

De más está decir que estos factores tienen su incidencia en la relación contractual pues queda como “mito absurdo” sostener la igualdad de los contratantes (13): los alcances no se limitan a una nueva modalidad de contratar, sino al contrato, obligaciones, e inclusive autonomía de la voluntad.

Lo dicho no significa la creación de un nuevo derecho especial del consumo, cuestión sobre la que luego se volverá.

A esta altura de la exposición, y sin desatender al contrato de consumo, debe señalarse que esta figura conmueve el sistema jurídico tradicional, fundado sobre los principios de igualdad entre los ciudadanos, y de libertad de regulación de la propia esfera, no logra dar respuesta adecuada a los problemas que se suscitan en el mercado, precisamente porque la igualdad y la libertad que contempla son puramente forma-

(11) DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2008, t. II, p. 56.

(12) Cabe considerar la figura del “tercero expuesto” o *bystander* que es una persona que resulta ser víctima de una relación de consumo ajena pero causalmente vinculada al daño sufre es modificado por ley 26.994 dada la excesiva amplitud que le imponía a la noción de consumidor.

(13) MAZEAUD, Henri - CHABAS, León, *Leçons de Droit Civil*, 8ª ed., Montchrestien, Paris, 1991, t. II-I, p. 29.

les, pero aparecen desvirtuadas en la práctica, por la escasa intervención —meramente adhesiva— de la voluntad del consumidor en el establecimiento de la reglamentación contractual, y por el mayor poder que reviste su contraparte profesional, que se traduce no solo en la desigualdad negocial (imposición de las condiciones generales por el profesional), sino en la contractual (desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en favor del profesional).

A propósito del contrato de consumo, siempre en sus líneas generales y sin entrar en su esencia, el consumidor está en situación de inferioridad frente a los empresarios o profesionales (fabricantes, distribuidores, suministradores de bienes o servicios). La situación de inferioridad viene determinada por la propia estructura de un mercado dominado por la ley de la oferta y también por el carácter de la participación del consumidor en el mismo mercado.

Puede afirmarse que se trata de una inferioridad típica o estructural, remarcada por el empleo de los mecanismos e instrumentos jurídicos característicos del tráfico en masa, frente a cuyos riesgos el consumidor no puede protegerse adecuadamente, precisamente como consecuencia de esa situación de inferioridad.

Ahora bien: no es absoluta la situación acerca de la parte estructuralmente débil que se le atribuye al consumidor.

Es determinante en el tema el funcionamiento del mercado y la función que los precios y la competencia juegan o desempeñan en el mismo. Las anomalías —*rectius*— las situaciones de aprovechamiento deberán ser resueltas por la justicia contractual en el ámbito del derecho. Mientras que la justicia objetiva del contrato la determina el mercado, no el derecho.

El derecho tiene la función de facilitar la realización de los intercambios sobre los cuales deciden los particulares en función de sus propios intereses. Dado que es necesario el consentimiento de ambos contratantes para que el intercambio se produzca, el intercambio ha de considerarse beneficioso para ambas partes porque de otro modo no se realizaría. Por lo tanto, la justicia del intercambio la garantiza su carácter voluntario en un marco competitivo (14).

Se aludió brevemente a quienes aparecen como la parte más débil en esa cadena de producción —distribución— cambio (adquisición) y con-

(14) ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Protección de los consumidores y derecho de los contratos", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1994, t. II, ps. 305 y ss.

sumo. Se trata del consumidor final, para un uso personal o familiar. Es que el consumidor ha pasado de ser soberano a súbdito, en la actual configuración del mercado, y se ha hablado del “mito absurdo de la igualdad entre los contratantes”.

Esta situación de inferioridad viene determinada por las propias características de la configuración actual del mercado, que conlleva una constante reducción de la esfera de decisión autónoma y racional del consumidor, y en otro enfoque una más que notable reducción de la capacidad de reacción del mismo frente a los perjuicios sufridos.

Se sintetizará la mentada inferioridad en las fases del contrato.

1) En la fase precontractual, la demanda viene inducida, usualmente, por la utilización de técnicas publicitarias y de marketing, cada vez más agresivas y tecnificadas, a cuya eficacia difícilmente puede sustraerse el consumidor medio. Se trata de técnicas que influyen en la estructura misma de las necesidades del consumidor, llegando a configurarlas. Así, la voluntad del consumidor aparece afectada desde el mismo instante en el que toma la decisión de adquirir. Demás está decir, que la publicidad cumple una función informativa que es la que legitima originalmente; pero sobre esa función informativa, finalmente domina la función disuasoria, destinada más a determinar la voluntad del consumidor que a incrementar su conocimiento. Del mismo modo, las técnicas de marketing pueden tener un cierto sentido en cuanto posibilitan la adquisición de ciertos productos a quienes de otra forma tendrían difícil acceso a ellos, pero presentan también más que notables aspectos de influencia sobre la voluntad del consumidor.

En esta misma fase la elección del consumidor se ve seriamente afectada por su ausencia de conocimientos técnicos y de experiencia en relación con unos productos novedosos y sofisticados, y por no existir canales de información eficaces, debido bien a la integración del suministrador inmediato en la red comercial del fabricante, bien a la falta de conocimientos por parte de dicho suministrador, bien a la impersonalidad de las grandes organizaciones de distribución.

2) En la etapa de determinación del contrato, la unilateralización del mercado se acentúa a través de la utilización de condiciones generales de la contratación predisuestas por la contraparte profesional.

La intervención de la voluntad del consumidor se limita a su adhesión a la reglamentación contractual establecida por el empresario.

De manera que se produce un consentimiento formal, toda vez que el acuerdo efectivo recae sobre la prestación y el precio y, en su caso, sobre determinados aspectos de la entrega o del pago.

3) En el marco de ejecución del contrato (poscontractual), la ausencia de información y de conocimientos sobre las verdaderas características de los productos ofrecidos le inducen con frecuencia a sustentar su elección en caracteres secundarios, causando un notable desconocimiento acerca de los caracteres técnicos y prestaciones reales del bien adquirido. Las previsiones contractuales relativas a los reclamos, predispuestos por el empresario en las condiciones generales del contrato acordado, pueden convertir los derechos que teóricamente concede el ordenamiento al consumidor en ilusorios. Es lo que ocurre con las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, como con las de garantía, agravado por la dificultad en el conocimiento de los propios derechos. Además, los resultados de una reclamación (vicios ocultos, etc.) no siempre resultan satisfactorios.

IV. RELACIÓN DE CONSUMO: CUESTIONES GENÉRICAS Y DEFINICIONES

6. El Título III del Cód. Civ. y Com., arts. 1092 y ss., trata la relación de consumo, contrato de consumo —art. 1093—, aspectos de los contenidos de estas figuras y efectos.

El art. 1092 se refiere a la relación de consumo —género— y dice “que es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Define legislativamente al consumidor —cuestión sobre la que se volverá— como la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Luego en el segundo ap. se dice: “queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Los antecedentes legales de la situación del consumidor se remontan al año 1993 en la ley 24.240 y luego son receptados en la CN —art. 42— como uno de los principios básicos y rectores de la política económica y social.

En la medida que aparece normado en la Constitución con la eficacia que le atribuye el art. 42, merece el calificativo de principio constitucional.

De allí deriva el principio *pro-consumatore*, siendo habitual en la doctrina francesa incluir el principio de protección de los consumidores entre los principios del orden público económico, y más concretamente en el denominado “orden público económico de protección”, del que es considerado como una de las manifestaciones más destacadas (15).

Esta es la primera consecuencia con alcances teóricos y prácticos, de la puesta en relación del principio de tutela a los consumidores con el derecho de las obligaciones: tratándose de relaciones entre un consumidor y un profesional; habrá de ser interpretada en el sentido más favorable a sus razonables intereses; de tal manera, toda la normativa existente entre obligaciones y contratos adquiere nuevos matices. En palabras de A. Bercovitz (16), la existencia de este nuevo principio general obliga, por tanto, a contemplar desde una nueva perspectiva la normativa ya existente, lo que implicará a menudo que habrá de variarse sustancialmente la interpretación de ciertos dispositivos legales, los que adquieren a la luz del nuevo principio un contenido en el que el legislador no pudo pensar al promulgarlos.

Dos observaciones al art. 1092 cit. la noción de proveedor es un complemento del consumidor y el segundo apartado del texto induce a confusión (17).

V. CONTRATO DE CONSUMO: ANÁLISIS DE LA FIGURA

7. El art. 1093 trata el contrato de consumo y lo define “como el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

(15) MALAURIE, Philippe - AYNES, Laurent, *Droit Civil. Les Obligations*, cit., p. 287.

(16) BERCOVITZ, A., *La protección de los consumidores. Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, ps. 29 y ss.

(17) ALTERINI, Jorge H. y otros, *Código Civil y Comercial comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2015, Luis F. P. Leiva Fernández, director del t. V, ps. 739 y ss.

Dice Hernández (18) que la decisión de incluir la categoría del consumidor dentro de este ordenamiento es un claro acierto que no solo jerarquiza el derecho del consumidor, sino que también explicita sus contribuciones al derecho común. Argumenta, además, que en la parte especial de los contratos de consumo, los mecanismos de crédito y financiamiento y sus negocios conexos —especialmente de garantía— expresan ejes nucleares de referencia.

Los antecedentes del precepto se ubican en la normativa de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Los distintos términos que utiliza la norma bien se explicitan en su formulación, aun cuando caben ciertas aclaraciones, en el contrato analizado. Como aclaración, es una especie de la relación de consumo (19).

Una noción que tiene su relevancia y varias acepciones, es la de “consumidor” teniendo en cuenta que la función de consumir se materializa mediante cualquier acto que destruya o ponga fin a la vida económica de un bien; además, la función de consumir se relaciona con la función de producción con la que tiene un rol antagónico (20).

El carácter difuso del concepto de consumidor no resta especificidad a la función de consumir.

La tutela o protección del consumidor, noción antigua, tiene su vinculación a través del tiempo con la política de defensa de la competencia y la legislación de monopolios.

Es útil señalar el movimiento legislativo iniciado en los Estados Unidos con la promulgación de la Ley Scherman contra los monopolios y que se desarrolla en ese mismo país, Alemania y Gran Bretaña, con una tendencia política de defensa de la competencia.

La ley, sigue el cauce de corregir los excesos de la ilimitada autonomía de la voluntad, mediante una legislación antimonopolio, y dictando disposiciones contra las prácticas restrictivas de la competencia, para así eliminar los acuerdos contra la libertad real de contratación.

En este postulado, deben distinguirse el dogma de la soberanía del consumidor y lo que le interesa, es la libertad de mercado frente a las

(18) El contrato de consumo en el contexto de la “teoría general del contrato”, JA 13-2016.I ej., 30/3/2016.

(19) Cfr. FARINA, J. M., “Relación de consumo”, JA 1995-I-886.

(20) BOURGOIGNE, Thierry, *Elementos...*, cit., p. 25.

prácticas desleales de los competidores. La otra pauta, ante la conducta de los empresarios, es la que considera que las disposiciones sobre libertad de la competencia tienen otro fin que es el de la protección del consumidor.

En esta diversidad de criterios cabe el distingo, por un lado, de tutela del interés privado de los competidores, no de los consumidores, y cuando estos resultan favorecidos, ello es de un modo indirecto, siendo solo un medio de proteger al empresario mediante el resguardo de su clientela, siendo la protección de la empresa el objetivo fundamental.

Cabe correlacionar la protección del consumidor ante la autonomía de la voluntad.

Debe admitirse que, en derecho privado, se ha retornado a la naturaleza propia, tradicional del contrato y a la consideración de una novedad nominada "Consumidor", de cualquier consumidor, como parte presumiblemente débil del contrato dada la actitud ciertamente avasalladora de algunos empresarios.

Tiene fecha cierta la época del movimiento de protección al consumidor. El 19 de marzo de 1962, el presidente Kennedy dio a conocer al Congreso el Mensaje Especial, sobre Protección de los Intereses de los Consumidores. De manera elocuente, se muestra que la defensa del consumidor a todos atañe y, asimismo, a la comunidad nacional. La sociedad norteamericana sedimentada en el capitalismo será terreno propicio para su expansión. La impronta de las empresas en fomentar el consumo en continuado crecimiento, la publicidad de los servicios, la agresividad de las prácticas comerciales, aunado a la masificación moderna, etc. hacen del consumidor un sujeto preponderante. Es un imprescindible de cualquier programa político, social y económico. Su trato debe ser deferencial.

El movimiento de protección al consumidor luego de su lanzamiento, cobró un marcado impulso, imponiéndose en la política legislativa de varios países, suscitando un cambio en buena parte de la doctrina mercantilista en aras de considerar con preferencia la protección de los consumidores (21).

Pueden distinguirse dos nociones diferentes de consumidores: una es concreta, centrada en quienes adquieren bienes o servicios para un

(21) Cfr. Entre otros: *La protección del consumidor en derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1980.

uso privado. Y una noción abstracta, que incluye a todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida.

Cualquiera fuere la noción de consumidor en sentido concreto que se adopte, ninguna de ellas concibe al consumidor como un *status* equiparable al de comerciante o empresario. La caracterización de consumidor en sentido concreto se produce siempre con referencia a un acto determinado consistente en la realización de una cierta operación, la adquisición de un bien o de un servicio (22).

Dentro del concepto de consumidor y vinculado con su actuación, se encuentra el usuario que es quien usa o se sirve del bien o servicio sin contratar pudiendo ser un invitado, un familiar o un tercero.

La disposición distingue entre un consumidor o usuario final y el consumidor o usuario.

El consumidor como consumidor final, caracteriza a la persona que adquiere bienes o servicios para su uso privado, incluyéndose en general dentro de ese uso privado, un uso familiar o doméstico (23).

La diferencia básica entre la noción de consumidor final y la de consumidor como cliente, se centra en que el consumidor final no puede ser un empresario que realice la operación dentro de la esfera de actividades de su empresa. De manera que los conceptos de consumidor final y de empresario son excluyentes (24); consumidor final es aquel cuya actuación está dirigida a satisfacer sus necesidades privadas, familiares o domésticas.

El art. 1093 cit., en su desarrollo también alude a la persona (humana o jurídica) que actúe profesional u ocasionalmente.

Teniendo en cuenta que, en el contrato de consumo, partes son el consumidor y el proveedor, cuyo objeto es la adquisición de un bien o la prestación de un servicio como destinatario final.

En cuanto al concepto de persona referidas, una es el ser humano y la otra mención, es al sujeto de derecho, o la que se conocía como "persona de existencia ideal".

(22) BERCOVITZ, A., *La protección de los consumidores...*, cit., p. 116.

(23) BERCOVITZ, A., *La protección de los consumidores...*, cit., p. 112.

(24) BERCOVITZ, A., *La protección de los consumidores...*, cit., p. 112.

La actuación profesional es el género de trabajo que una persona ejerce de manera principal y habitual y la “ocasionalidad” del precepto es el obrar efímero de un sujeto.

Precisados los sujetos y diferencias del art. 1093 cit. debe señalarse que la tutela del consumidor lo son ante las empresas —públicas o privadas— en cuanto proporcionan bienes o servicios, sea en su adquisición, uso o goce.

8. Bien se ha argumentado que el derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección del consumidor que gira dentro del sistema del derecho privado y sus normas tienden a traspasar las fronteras de su especialidad para provocar la actualización de las normas civiles (25).

Como punto de partida, en el tema, deberá tenerse en cuenta la naturaleza contractual de las operaciones de consumo y su necesaria inserción en el campo del derecho privado y en la esfera del derecho de los contratos. Ello así pues las operaciones de consumo entre profesionales y consumidores son contratos y de allí la nominación de contratos de consumo.

La protección del consumo y de los consumidores solo es comprensible en mercados masivos que funcionan en régimen de libertad.

Acorde la idea de contrato y de contratación en materia de consumo, están incluidos en las precedentes consideraciones, por caso, los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles que reciben un tratamiento especial, pero no se controvertía que contratos son lo “contratos a distancia”, la “contratación electrónica”, “los contratos de crédito al consumo”, etc.

Más allá de estas consideraciones, el siglo XX y el presente, han sido testigos de nuevas realidades económicas y jurídicas, sin perjuicio de los cambios políticos, sociales e ideológicos.

Uno de los ámbitos en que dichas circunstancias se han hecho notar con particular fuerza (en especial en sede de obligaciones y contratos) ha

(25) Cfr. CROVI, Luis D., “El contrato de consumo: influencia de su actual regulación en los contratos civiles y comerciales”, *Revista del Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, 2009, nro. 2009-1-423 y ss., quien afirma de manera fundada que el derecho consumista participa de algunos principios aceptados por el Derecho Privado y que la tendencia expansiva del derecho del consumidor hace cada vez más intensa la comunicación entre un sistema y otro.

sido el de las relaciones entre consumidores y profesionales a raíz de la inferioridad de aquellos.

La voluntad que tiene un rol protagónico en el mundo jurídico (arts. 257 y ss. Cód. Civ. y Com.), en particular en el acto jurídico (art. 260 Cód. cit.), además de los elementos internos que configuran aquella (26), ha sido relativizada con motivo de los contratos de consumo, diferenciándose entre la voluntad de cada una de las partes contratantes (consumidor y profesional). Sobre el particular, se dirá que el papel de la voluntad, se ha reconducido al poder de negociación que le corresponde a cada una de las partes que intervienen en el respectivo contrato.

Según y conforme este enfoque, y afirmación que antecede, en el contrato de consumo, acorde condiciones generales predisuestas (27) por el profesional, al que el consumidor se adhiere tras acordar sobre la cosa (objeto del contrato), el precio y en su caso, determinadas condiciones de cumplimiento, la base del negocio jurídico es la voluntad contractual de ambas partes. Empero, se trata de una voluntad desigualmente formada, pues la intervención de las dos voluntades, génesis del contrato, tienen diversa intensidad: por un lado, la del profesional interviene a través de las cláusulas predisuestas y el consentimiento para la formación del contrato; la del consumidor solo mediante este último.

En cuanto a los rasgos que caracterizan a los contratos por adhesión a cláusulas predisuestas (art. 985 Cód. Civ. y Com.) resultan:

- El consentimiento se configura, por lo general, por adhesión;
- Los tratos preliminares no son frecuentes y no hay negociación;
- El contenido suele estar confirmado por condiciones generales de contratación;
- El contenido de las cláusulas generales no es flexible: no pueden aumentarse ni disminuirse;
- El orden jurídico contempla un sistema de control del contenido (léase clausulado).

El contrato así concebido, ante los embates de las nuevas realidades negociales, mantendrá, no obstante, su función de principal fuente de

(26) AGUIAR, H., *Hechos y Actos jurídicos*, Tea, Buenos Aires, 1950, vol. I, ps. 50 y ss.

(27) Véanse arts. 1092 y ss. Cód. Civ. y Com. y REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predisuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987, obra de fundamental consulta.

obligaciones. Ello, no necesariamente según las pautas clásicas, sino en función de las modernas circunstancias.

Es que la plena fuerza obligatoria del contrato sufre importantes restricciones derivadas de la relación jurídica entre fuertes y débiles, entre expertos y profanos con fuerte incidencia del orden público económico (28).

Se advierte, sin embargo, la actual tendencia favorable al fortalecimiento de los mecanismos de control —legal, administrativo y judicial— de las condiciones generales de la contratación, en el marco preferente de la moderna política jurídica de tutela y defensa del consumidor. La paulatina desvirtuación de la pretendida “libertad contractual”, reducida con frecuencia a una adhesión incondicional al esquema negocial predispuesto unilateralmente por las empresas dominantes del mercado, en detrimento del más débil en el sector de la contratación —usuarios y consumidores, en particular— está, en efecto, contratando la política legislativa en el sentido del perfeccionamiento de las técnicas y de la intensificación del control sobre las condiciones generales y contratos estándar.

La jurisprudencia comparada ha manifestado una cierta tendencia a superar aquellas tradicionales formas de “control indirecto” o “simulado”, a través de una instrumentación de las pautas legales interpretativas de la voluntad negocial —por caso, la regla universal *in dubio contra proferentem*—, con el fin de restringir, sin salirse del campo de la hermenéutica, el alcance y la incidencia práctica de las cláusulas más onerosas. Con el recurso a normas generales de protección que bajo una u otra fórmula —orden público, buena fe, etc.— se contienen en la generalidad de los ordenamientos como expresión de principios valorativos sustanciales, se aspira a ejercer un control judicial directo sobre el contenido mismo de las condiciones generales y contratos estándar (29).

Lo dicho no significa desconocer el principio de la autonomía de la voluntad, ni negar la voluntad contractual.

El respeto y consideración de la autonomía de la voluntad de las personas tiene una dimensión ética y un sustento constitucional, corolario

(28) LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, 1993, p. 76.

(29) GONDRA, José M., “Condiciones generales de la contratación y protección de la parte ‘más débil’”, *Libro homenaje a Rodrigo Uria*, Civitas, Madrid, 1978, ps. 254 y ss.

de los principios de libertad y dignidad de la persona en el ámbito jurídico-patrimonial, e instrumento del principio del libre desarrollo de la personalidad.

VI. QUID DE LA FORMA EN EL CONTRATO DE CONSUMO

9. En el derecho moderno, rige el principio de libertad de formas y, en nuestros días, tal formulación se expresa: “art. 1015. Libertad de formas. Solo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada” (Cap. 7º, Sec. 4ª, Cap. 3º, Tít. II, Libro Tercero).

La forma no ha tenido siempre el mismo valor y significado jurídico.

En estadios anteriores de la evolución jurídica dice Karl Larenz (30) era imprescindible para alcanzar la vinculación jurídica de las partes el uso de la palabra, lugar de celebración, testigos, símbolos concretos, etc.

Esto pudo obedecer, sostiene, a arcaicas representaciones del significado mágico de la palabra “responder”, a la exigencia de sentido, claridad y, con ello, de notoriedad de los procesos esenciales de la vida jurídica, no solo un medio de difusión de la voluntad de las partes, sino más bien el fundamento de validez de la consecuencia jurídica.

El consensualismo y la libertad de comercio, han contribuido al aprovechamiento del consumidor por parte de los demás agentes económicos. El derecho del consumo reacciona mediante la exigencia de un nuevo formalismo en los intercambios establecidos entre los consumidores. Dicho formalismo puede frenar, sin dudas, la celeridad de las transacciones y es indispensable para asegurar la tutela del consumidor.

Se imponen formalidades particulares en la conclusión de determinados contratos con el fin de hacer reflexionar al consumidor antes del contrato, a reservarse una prueba del contenido del contrato y a protegerse contra su propia inexperiencia. Se refuerza la información escrita del consumidor, tanto en su fase previa a la conclusión del contrato, como en el propio documento contractual con el objeto de permitirle conocer el alcance exacto del compromiso.

Se introducen mecanismos que pretenden preservar la reflexión del contratante durante un cierto plazo después de la firma del contrato.

(30) *Derecho de las obligaciones*, trad. esp. I, Madrid, 1958, ps. 92 y ss.

El formalismo llegará hasta la elaboración vía reglamentaria o acuerdos negociados colectivamente entre organizaciones de consumidores y agrupaciones profesionales, de contratos tipos pre redactados y cuyo contenido se presenta como un mínimo obligatorio (31); de este modo, la técnica del contrato de adhesión se invierte, pues así, se protege al económicamente débil contra el económicamente fuerte.

En la evolución jurídica, la superación de las formas primitivas produce paralelamente, junto al abandono del formalismo, la multiplicidad de nuevas categorías jurídicas. El resultado es evidente; con el progreso, las diversas funciones prácticas, a medida que van alcanzando gradualmente madurez van logrando su propia sustantividad.

Visto este panorama jurídico que antecede, asistimos a un “neoformalismo” en la materia considerada, en cuanto se presenta un renacimiento o retorno a la forma escrita.

Siendo que el principio rector del derecho de los contratos es la libertad de formas, surge el interrogante del porqué del renacimiento o retorno a la forma escrita con motivo de la contratación suscripta con consumidores y usuarios.

Esta ruptura plantea dos cuestiones: la primera, si se trata de una forma *ad solemnitatem* o no; la segunda, determinar para que se impone la misma, aspecto este que motiva una reflexión sobre las funciones que la forma cumple y/o desempeña en dicha esfera.

Las respuestas tienen en consideración el valor que se asigna al formalismo: uno en sentido lato y es que la forma se constituye como un elemento necesario que integra la estructura del acto.

Así, la concepción, la forma es el instrumento de expresión del que se sirven las partes para expresar una declaración de voluntad, dándolas a considerar a sus destinatarios.

La forma así concebida, es una cualidad inherente a todo negocio contractual. De manera que toda declaración de voluntad tiene su forma y todos los medios de que la voluntad se vale para darse a conocer, se consideran formas.

La otra noción, tiene un sentido técnico jurídico, en el que la forma resulta un elemento necesario integrante de la estructura propia del

(31) BOOGONIE, Damont N., “El control de las cláusulas abusivas en beneficio del consumidor en los países de la CEE”, *Rev. Inst. D. Comp.*, Bélgica, 1982, ps. 563 y ss.

contrato, determinado por la ley o la voluntad de los particulares que se imponen para exteriorizar la voluntad contractual mediante la que se logra virtualidad jurídica a dicha voluntad (32). De manera que la forma específica se requiere como un recaudo específico más, que se integra en la propia estructura del contrato (33).

La interrupción de las exigencias formales en el ámbito del derecho civil patrimonial, en la disciplina de la contratación suscripta por consumidores y usuarios, tiene noble influencia en la contratación privada en general. Ello ha dado origen a un cuerpo de normas de derecho privado que inciden directamente sobre la teoría general de las obligaciones.

VII. FUNCIONES QUE LA FORMA DESEMPEÑA EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

En una economía de mercado es usual la utilización de diversos métodos con el propósito de aumentar las ventas de productos y servicios. Varias son las técnicas utilizadas, como las llamadas "ventas agresivas", aquellas que pueden hacer del consumidor el marco de influencias y de todo tipo de argumentos dirigidos a restringir su libertad y dejar hueco el principio de la autonomía de la voluntad.

La notoria situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor es debida a una variedad de motivos. En la etapa precontractual cabe aludir a la denominada demanda inducida, provocada a raíz de la utilización de técnicas publicitarias y de marketing cada vez más agresivas y tecnicadas, a cuya virtualidad difícilmente puede rehuir el consumidor.

Dicha situación, igualmente responde a la ausencia de conocimientos, carencia de información y experiencia necesaria clásica del consumidor medio. También debe aludirse a la llamada unilateralización del mercado, ya que, a través de la utilización de condiciones generales, la intervención del consumidor se reduce a su adhesión a una reglamentación contractual establecida por el empresario o el profesional, prescindiéndose de las negociaciones previas utilizadas tradicionalmente como instrumento para el logro del equilibrio de las prestaciones. Cabe agregar, el desconocimiento por parte del consumidor de sus propios de-

(32) DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991, p. 277.

(33) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *La forma de los contratos*, Revista General del Derecho, nro. 577/578, Madrid, oct-nov 1992, p. 9884.

rechos y posibilidades de actuación, distancia material entre consumidor y causante del daño —normalmente el fabricante—, y la ausencia de mecanismos rápidos y eficaces de acceso a la justicia.

Entre las medidas jurídicas adoptadas para la practicidad de una tutela del consumidor, se destacan: 1) La forma escrita de los contratos, junto a la observancia de un contenido mínimo o menciones obligatorias impuestas al empresario con carácter imperativo, prohibiéndose pactos que omitan o atemperen este contenido legal mínimo; 2) El derecho del consumidor a revocar el consentimiento intempestivo en el plazo establecido legalmente, como mecanismo que garantice la voluntad correctamente formada (libre y reflexiva), ya que posibilita que el consumidor medite entorno a la conveniencia o no de vincularse definitivamente al contrato; 3) Por último, a través de la efectividad del derecho de información de los consumidores y el correlativo deber de información, se consagran los derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Se exige, además, una redacción clara de las condiciones contractuales que se formularán en atención a los recaudos de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

Asimismo, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que resulten más beneficiosas para el consumidor. De todo lo dicho se deduce que: la interpretación que debe hacerse es aquella que resulte más favorable al consumidor y que es preciso otorgar preferencia a la cláusula contractual también más favorable a este, siempre en aras a lograr el principio *pro consumatore* como principio rector en la interpretación de los contratos de consumo.

En suma, en cuanto al recurso de la forma escrita como medio de tutela de los intereses de los consumidores y al neoformalismo propio de estos contratos, debe señalarse que las finalidades perseguidas por este renacimiento son diversas: por un lado, inducir al consumidor a la reflexión en virtud de su efecto psicológico-mayor, cuanto más solemne es la forma, además proporcionar al consumidor una información adecuada, sobre sus derechos y obligaciones contractuales; y por último, proporcionar medios de prueba en previsión de eventuales conflictos.

Las referidas funciones son:

- Función informativa:

La forma se concibe como instrumento idóneo para garantizar la efectividad del derecho subjetivo del consumidor a ser informado de las condiciones contractuales, así como los derechos que le asisten —entre ellos el de revocación del contrato—, y las obligaciones a las que se comprometen, siempre en aras a garantizar la integridad del consentimiento prestado. La forma escrita, unida a la posesión por parte del consumidor de un ejemplar del contrato se convierte en el instrumento idóneo que posibilita estar convenientemente informado durante toda la ejecución del contrato.

La protección del consumidor está dada, no tanto por la redacción por escrito del contrato, como por la posibilidad de tener una copia del mismo que podrá consultar ante cualquier circunstancia. Se argumenta que se trata de una forma *ad lucitatem* destinada a asegurar la autonomía de la voluntad de la parte más débil a la época de resolver su vinculación contractual y que en cierta medida viene a sustituir la función que tradicionalmente cumplen las normas de capacidad y las destinadas a contemplar los vicios del consentimiento.

- Función preventiva:

La presentación de la firma del consumidor del documento contractual, motiva a reflexionar las condiciones y términos del contrato, soslayándose prestaciones de consentimiento impulsivas, en relación con el efecto psicológico que la forma tiene con carácter general. Sin embargo, la forma escrita en los contratos no garantiza siempre el derecho que tiene el consumidor a ser informado adecuadamente.

Puede acontecer que el consumidor suscriba el instrumento sin cerciorarse de los términos del contrato, pero, aun así, se garantiza que la información está a disposición del consumidor, mediante la entrega de un ejemplar a consultar en cualquier momento de su ejecución.

- Función integradora:

La exigencia legal de la constancia escrita del contrato adquiere un significado integrador en cuanto que se predetermina legalmente las condiciones contractuales a través de una serie de menciones obligatorias.

- Función probatoria:

La forma es un instrumento que certifica la existencia del contrato, así como su contenido: certeza del contenido, identidad de los contratantes, circunstancias de tiempo y lugar de su celebración y facilita su prueba.

VIII. COMPATIBILIZACIÓN DE LA PREDISPOSICIÓN DEL CONTENIDO CONTRACTUAL Y LA TUTELA DEL CONTRATANTE MÁS DÉBIL

10. Una cuestión básica en esta modalidad contractual es que la pre redacción excluye el empleo de los llamados “criterios subjetivos de interpretación”, no siendo posible indagar “la intención común” de los contratantes, sencillamente porque no ha existido intención común. Más lo dicho, no significa que nunca sea posible la aplicación de normas de interpretación subjetiva, lo que será posible donde no haya existido el mecanismo de la adhesión a condiciones generales.

Las pautas a tener en cuenta en el presente apartado son:

— Las estipulaciones contenidas en condiciones generales de negocio son ineficaces cuando perjudican al adherente de manera no equitativa, acorde los preceptos de la buena fe objetiva.

— En la duda se presume la existencia de perjuicio no equitativo.

IX. FINAL

11. La historia del comercio, se remonta a los orígenes de la humanidad donde las modalidades transaccionales evolucionaron de diversas maneras y acorde a las exigencias de los nuevos tiempos. Dejamos planteado el esquema de un moderno contrato donde las exigencias y recaudos dan cuenta de la evolución en la disciplina.

EL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR CARLOS A. CALVO COSTA

I. PALABRAS PREVIAS

Escribiré solamente en primera persona estas palabras previas. Como integrante del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho, constituye un verdadero honor para mí poder participar de este justo y merecido homenaje, a quien fuera un eximio jurista y un magnífico ser humano, como Jorge H. Alterini. Hace más de un año que ya no gozamos de su presencia física, de sus largas charlas jurídicas que tanto lo apasionaban, pero nos ha dejado sus enseñanzas y sus obras, un legado de incalculable valor. Valga pues, este pequeño aporte, como tributo a su figura.

II. TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

II.1. La importancia del instituto. Advertencia previa

El fenómeno de la transmisión de las obligaciones, es hoy generalmente aceptado por casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos del derecho continental, y se manifiesta principalmente, a través de sus dos figuras más conocidas: la cesión de créditos y la transmisión de deudas.

Si bien existen diversas modalidades de transmisión en el derecho argentino, advertimos al lector que no daremos tratamiento —por lógicas razones de extensión— a esos otros supuestos, tales como la subrogación, la transmisión de fondo de comercio (regulada por la ley 11.867 de Transmisión de Establecimientos Comerciales), la transmisión del contrato de trabajo (arts. 225 a 228 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo), o

la cesión de posición contractual (actualmente tratada en los arts. 1636 y ss. Cód. Civ. y Com.).

Los derechos pueden ser transmitidos por causa de muerte o por actos entre vivos. El Cód. Civ. y Com. se ha referido a ellos tanto en el Libro Quinto (“Transmisión de derechos por causa de muerte”) como en el Libro Tercero (“Cesión de derechos y cesión de deudas”).

La transmisión en una obligación se produce cuando existe alguna sustitución en cualquiera de los sujetos de la relación jurídica; en consecuencia, dicho cambio supone una *sucesión* en el carácter de acreedor y deudor, aunque la relación jurídica obligatoria permanece intacta y vigente.

Esa sucesión, o transmisión, puede ser clasificada de distintos modos, según ejemplificamos a continuación:

1. *A título universal o a título particular* (según la extensión del título). En ello resulta determinante el art. 400 del Cód. Civ. y Com. que dispone: “Sucesores. Sucesor universal es el que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otro; sucesor singular el que recibe un derecho en particular”.

La sucesión a título universal se dará en el caso de fallecimiento de una persona, al transmitirse todos los derechos y activos que componen su patrimonio a sus herederos; en cambio, la sucesión a título particular está referida a la transmisión de un objeto o derecho en particular —v.gr., legado de cosa cierta, cesión de créditos, etcétera—.

2. *Legal o voluntaria* (de acuerdo con el origen). La primera ocurre en virtud de la ocurrencia del supuesto fáctico dispuesto en la norma (v.gr., sucesión *ab intestato* del causante), mientras que la segunda se origina en la voluntad del individuo en cuyos derechos se sucede y que causa la transmisión.

3. *Por acto entre vivos o mortis causa* (según la causa de la transmisión). La primera de ellas se configurará cuando la eficacia de la transmisión no dependa del fallecimiento de la persona de cuya voluntad emana el acto; la cual —cabe destacarlo— solo puede ser a título particular o singular. En cambio, la sucesión *mortis causa* es aquella que producirá efectos desde el fallecimiento del causante, pudiendo ser a título universal (v.gr., herederos) o a título singular (v.gr., legado de cosa cierta).

II.2. Principio general. Limitaciones

La regla general que impera en materia de transmisión, es que todos los derechos y obligaciones son transmisibles. El art. 398 del Cód. Civ. y Com. dispone en torno a la transmisibilidad, que “Todos los derechos son transmisibles excepto estipulación válida de las partes o que ello resulte de una prohibición legal o que importe trasgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres”. Este principio es reiterado, a su vez, en el art. 1616 del Cód. Civ. y Com. que establece: “Todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho”.

Es de apreciar, pues, que como no se trata de un principio absoluto, existen variadas excepciones a la regla general de la transmisibilidad de los derechos y obligaciones, en razón de la naturaleza misma del derecho, porque las partes así lo han dispuesto o en razón de una disposición legal.

Debe aclararse, estimamos, que tales limitaciones deben ser apreciadas restrictivamente, por lo cual nunca puede presumirse su existencia; las restricciones a la transmisión pueden darse:

1. *Por la naturaleza del derecho y/o de la obligación:* ello sucede cuando nos encontramos frente a derechos y obligaciones en los cuales la calidad de las personas impide toda posibilidad de transmisión; es el caso de las obligaciones y derechos *inherentes a la persona* (cfr. art. 1617, Cód. Civ. y Com.). También quedan comprendidas en esta excepción los casos de las obligaciones *intuitu personae*, en donde —p. ej.— la calidad personal del deudor reviste el carácter de elemento esencial de la obligación, ya que no puede ser cumplida por otro que no sea él (un cuadro solo puede ser pintado por el pintor elegido, no por otro artista).

2. *Por voluntad de las partes:* puede derivar la intransmisibilidad de las convenciones efectuadas por las partes, en uso de la libre autonomía de la voluntad que detentan (cfr. art. 959, Cód. Civ. y Com.); así, por ejemplo, pueden declarar en el marco de un contrato de locación que este es intransferible.

3. *Por disposición legal:* ello sucede cuando la ley impide la transmisión, generalmente por hallarse en clara confrontación con el orden público, la moral o las buenas costumbres. Generalmente, se tratan de derechos de contenido familiar o social: derecho a alimentos futuros (art. 539, Cód. Civ. y Com.), las asignaciones familiares, las indemnizaciones por despido del trabajador, etcétera.

También debe considerarse como una limitación a la transmisión de los derechos, la antigua regla *nemo plus iuris* del Derecho romano, que ha sido consagrada también en el art. 399 del Cód. Civ. y Com., en cuanto establece: “Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas”.

II.3. Evolución histórica de la transmisión

Originariamente, en el Derecho romano no se admitía la transmisión de las relaciones obligacionales, puesto que existía una concepción eminentemente subjetiva de la obligación, lo cual impedía que las partes pudieran ser sustituidas; ello obstaba a que cualquier persona ajena a la obligación pudiera tener injerencia en ella. Claro está que la razón de ser de esta imposibilidad de transmisión guardaba coherencia con la concepción que poseían los romanos de la obligación, que era notoriamente personalista.

Con el correr del tiempo, no obstante, la realidad social y del mercado fueron provocando que esta idea rígida en torno a la intransmisibilidad fuera cediendo.

El primer paso hacia la admisión de la transmisión de obligaciones se dio a través de la aceptación de la sucesión *mortis causa*, y, posteriormente, mediante la ficción de considerar que el sucesor continúa la persona del difunto, de modo tal que ocupa su lugar en la relación jurídica: en consecuencia, cuando ello sucedía no dejaba de ser un vínculo de persona a persona.

En cambio, la transmisión de créditos por acto *entre vivos* no fue fácilmente receptada en el derecho romano. Si bien los juristas de aquella época comenzaron a comprender que el crédito no era más que un elemento del activo del patrimonio, y como tal, susceptible de negociaciones, la posibilidad de su transmisión colisionaba con el carácter personalísimo que se le asignaba a la obligación en aquel entonces. A raíz de ello, y a fin de poder responder a las realidades económicas, los romanos tuvieron que recurrir a determinadas figuras intermedias que les permitieran admitir dicha transmisión: así se recurrió en un primer momento a la novación por cambio de acreedor —lo cual era dificultoso ya que exigía el consentimiento del deudor y extinguía las obligaciones accesorias de la primitiva—, luego a la *procuratio in rem suam* —a través de ella el acreedor otorgaba un mandato a quien se convertiría en adquirente del crédito, facultándolo a percibir la deuda y exonerándolo del deber de

rendir cuentas, por ello, que implica el deber del mandatario de entregar al mandante todo lo que ha recibido en razón de dicho mandato— (1), etcétera.

Finalmente, hacia mediados del año 400 d. C. se autorizó al adquirente de un crédito a notificar al deudor la cesión que se había realizado en su favor, por lo cual una vez efectuada dicha notificación (*denuntia-tio*), el cesionario tenía a su favor una acción útil para perseguir el cobro de lo adeudado, ya que la notificación producía el embargo del crédito.

En el derecho francés antiguo, y siguiendo una significativa filiación a la teoría del título y del modo, se afirmaba —principalmente a través de Pothier— que la cesión de créditos constituía un contrato estrictamente creditorio (al igual que sucede en la compraventa), que no transmite el crédito, sino que tan solo obliga a transmitirlo: así, pues, no se transmite la propiedad sino únicamente —mediante la cesión— se genera la obligación de transmitirla. Esto fue dejado de lado en el *Code Napoléon*, donde basta el consentimiento para provocar la transmisión de la propiedad: ello se aplicó tanto en la compraventa como en la cesión de créditos (es decir, la notificación dejó ser el *modo* necesario para que se operara la transmisión del crédito) (2). Esta postura también fue adoptada por Vélez Sarsfield en materia de cesión de créditos en el Cód. Civil argentino, en donde la cesión de derechos fue tratada como una figura contractual autónoma. El Cód. Civ. y Com. regula a la cesión como un contrato, por lo cual reafirma la citada autonomía que ya poseía en el régimen jurídico

(1) BETTI, Emilio, *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1955, vol. IV, “Difesa preventiva e successiva dell’obbligazione”, p. 18; DI STASO, Nicola, *Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e garanzie reali*, tesis doctoral, Università di Bologna, 2012, p. 55.

Véase también análisis realizado por LÓPEZ MESA, Marcelo, *Derecho de las obligaciones*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2015, t. 2, quien sintetiza la cuestión afirmando que “la experiencia jurídica romanística conoció, sin embargo, varias tretas que incluso formalmente respetuosas del dogma de la incesibilidad del crédito o de la no asumibilidad de la deuda, permitieron, sobre el plano fáctico, una sustitución de la persona que habría conseguido la utilidad de la relación obligatoria” (p. 9).

(2) En el derecho francés moderno la doctrina admitió pacíficamente la transmisión de los créditos, advirtiendo a través de ella un modo de desplazar un valor, por lo cual aquellos podían erigirse en un objeto de intercambios económicos (PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, 2019, ps. 473 y ss.). En sentido similar, en el derecho español, se afirma que la cesión de créditos es una transmisión que se realiza por actos *inter vivos* y que cumple la función de circulación de los créditos dentro del comercio jurídico (DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, vol. II, p. 805).

derogado, extendiendo sus alcances no solo a la transmisión de obligaciones sino también a otras figuras (v.gr., transmisión de posición contractual, de herencia, de créditos prendarios, etcétera).

Actualmente, el derecho moderno acepta universalmente la transmisión de créditos y deudas pacíficamente, en tanto y en cuanto se traten de derechos transmisibles.

III. LA CESIÓN DE CRÉDITOS COMO ESPECIE DE CESIÓN DE DERECHOS

III.1. Concepto

La cesión de derechos es una de las formas de transmisión, que está definida en el art. 1614 del Cód. Civ. y Com.: “Hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiera a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las de este Capítulo”.

El Cód. Civ. y Com. ha ampliado el tratamiento, ya que, en el derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield, se aludía únicamente a la cesión de créditos (arts. 1434 y ss.). Como lo ha establecido la Comisión de Reformas en sus fundamentos, el motivo de ello ha sido utilizar vocablos conocidos, comprensibles y que faciliten la labor de los justiciables. Y dentro de este tipo contractual genérico, se encuentra incluida la cesión de créditos y de deudas, que tanta importancia poseen en el derecho de las obligaciones. La razón de ser de este instituto, como vemos, es la transmisión de la titularidad de un derecho y, para que ello se produzca basta el acuerdo de voluntades de las partes, lo que da cuenta que el legislador se ha inclinado por el efecto traslativo de la cesión entre partes, tal como surge claramente de la formulación de la norma.

Esto resulta concordante con lo dispuesto en el art. 1619 del Cód. Civ. y Com. —al que luego aludiremos— en cuanto afirma que es obligación del cedente entregar al cesionario los documentos probatorios del crédito cedido que se encuentren en su poder, resultando ser esta entrega, un acto ejecutorio del contrato. Por otra parte, lo dispuesto en el art. 1614 no obsta a que para la adquisición de derechos reales se cumpla con las

exigencias de título y modo que establece la ley para cada supuesto en particular (3).

La *cesión de créditos*, en lo particular, es una convención por la cual un acreedor (cedente) transfiere su crédito a un contratante (cesionario), mientras que el deudor es designado bajo el nombre de cedido (4). Agregamos, por nuestra parte, que la transmisión del crédito se realiza por acto entre vivos, y que importa, en tal caso, la sustitución de la persona del acreedor.

Estimamos, pues, que la cesión de créditos es una especie dentro del género de la cesión de derechos, y se plasmará cuando el acreedor transfiera a la otra parte el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título del crédito, si existiese.

III.2. Sistema del Código Civil y Comercial argentino. Naturaleza jurídica

Tanto el derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield, como el nuevo Cód. Civ. y Com. han tratado a la cesión de derechos (y, obviamente, también a la cesión de créditos) como un contrato. Por nuestra parte, entendemos que al ser la cesión de créditos una forma de transmisión de derechos, debería estar tratada en la parte referida a la teoría general de la obligación, tal como lo efectúan los códigos más modernos del mundo, como el *BGB* alemán (art. 398 y ss.), el Cód. Suizo de las Obligaciones (art. 164 y ss.) y el Cód. Civil italiano de 1942 (art. 1260 y ss.), entre otros. Estimados que esto también hubiera sido lo más conveniente en el Cód. Civ. y Com., aunque no podemos dejar de mencionar que al haberse dado tratamiento al instituto bajo la amplia categoría de cesión de derechos (y no solo de créditos), su emplazamiento en el capítulo de los contratos halla mayores justificaciones.

Indudablemente, y en ello es pacífica la doctrina, se puede afirmar que la cesión de derechos tiene un carácter eminentemente contractual, basándonos en una concepción amplia que concibe al contrato como todo acuerdo destinado a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones. No obstante nuestra opinión, no debemos soslayar que la cesión de créditos (como subespecie de la cesión de derechos) es considerada

(3) HERNÁNDEZ, Carlos - TRIVISONNO, Julieta, "comentario al art. 1614", en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 15.

(4) TERRÉ, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, 11e. ed., Dalloz, Paris, nro. 1274, p. 1323.

en nuestro Cód. Civ. y Com. como un contrato nominado en el Capítulo 26 del Título IV (Contratos en particular) del Libro Tercero (Derechos personales).

III.3. Los caracteres de la cesión de créditos

Los caracteres de la cesión de créditos son variados, resultando ser los más importantes los siguientes:

— Es *consensual*, ya que se perfecciona con el mero consentimiento de las partes (es decir, del cedente y del cesionario) (5). Si bien el art. 1619 del Cód. Civ. y Com. dispone que el cedente debe entregar al cesionario los documentos probatorios del derecho cedido que se encuentren en su poder, debe quedar claro —según nuestro parecer— que ello no implica bajo ningún punto de vista asignar el carácter real a la cesión de créditos; por el contrario, la falta de entrega del documento no afecta la validez de la cesión, la que producirá efectos desde su celebración, ya que a partir de ese instante se produce el acuerdo de voluntades, aunque respecto de terceros (v.gr. el deudor cedido), la cesión surtirá efecto solamente desde la notificación (cfr. arts. 1620 y 1621, Cód. Civ. y Com.). El objeto del deber de entrega del título si es que existe, constituye una obligación impuesta al cedente a fin de que no lo retenga luego de haber convenido la cesión del crédito con el cesionario, pero su incumplimiento no afecta en absoluto a la eficacia del contrato celebrado. Con respecto al deudor cedido, que no participa del acto (y, por ende, es un tercero), cabe destacar que debe ser anoticiado por un medio fehaciente de la cesión realizada, al solo efecto de poner en su conocimiento el acto celebrado, sin que pueda oponerse u objetar la transmisión realizada, ya que no puede impedir ni rechazar los efectos de la cesión.

— Es *formal* no solemne, toda vez que el art. 1618 del Cód. Civ. y Com. dispone que “La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual (...)”. Según una calificada doctrina, se trata, pues, de una forma *ad probationem*, ya que en el supuesto de que se omita dicha formalidad, la cesión puede ser demostrada por otros medios de prueba, en razón de que la norma no determina ninguna sanción de nulidad ante el incumplimiento de tal formalismo (6). También en cuanto a la forma, debemos destacar que en determinados supuestos se requiere que se efectúe por

(5) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos*, 3ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2000, t. 2, p. 784.

(6) LÓPEZ MESA, Marcelo, *Derecho de las obligaciones*, cit., t. 2, p. 32.

escritura pública, como también lo determina el artículo citado: “(...) Deben otorgarse por escritura pública: a) la cesión de derechos hereditarios; b) la cesión de derechos litigiosos. Si no involucran derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento; c) la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública”. En definitiva, podemos decir (sin temor a equivocarnos) que la regla general es la forma *escrita* pero no solemne, puesto que aún ante la ausencia de la formalidad impuesta puede demandarse el otorgamiento del instrumento faltante (arts. 969 y 1015, Cód. Civ. y Com.). Finalmente, es de destacar que las letras de cambio, los pagarés, los cheques y las facturas conformadas son transmisibles mediante endoso —completo o en blanco— para lo cual se requiere la firma del titular del crédito, debiéndose efectuar su entrega; el endoso, pues, consiste en la firma del instrumento que realiza el portador del título, mediante la cual declara su conformidad con la transmisión del crédito, la que se formalizará con la tradición del documento (7).

— Puede ser *unilateral* o *bilateral*, según se trate, respectivamente, de una cesión de carácter gratuita —en donde el cesionario no asume obligación alguna frente al cedente— (v.gr., cesión-donación) o de una cesión de carácter onerosa en donde existe una contraprestación a cargo del cesionario con motivo de la recepción del crédito que le transmite el cedente (v.gr., cesión compraventa cuando es realizada a cambio de un precio, o cesión permuta cuando se efectúa a cambio de otro bien). El art. 1614 del Cód. Civ. y Com. aclara se aplican al contrato de cesión las reglas de la compraventa o de la permuta, si es que se ha efectuado con la contraprestación de un precio en dinero o de la transmisión de la propiedad de un bien, pero si, en cambio, se llevara a cabo sin contraprestación alguna, debe regirse por las normas de la donación.

— Es un contrato *conmutativo*, ya que el cesionario obtiene su objeto que es el crédito transmitido, sin depender de aleas alguna. Debemos aclarar, sin embargo, que ello es independiente del carácter aleatorio o conmutativo que pueda presentar en sí mismo el crédito transmitido por la cesión (v.gr., en el caso de una cesión de crédito litigioso). El carácter conmutativo del contrato de cesión se encuentra expresado en forma terminante en el art. 1628 del Cód. Civ. y Com., referido a la garantía por evicción, en cuanto establece que “Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza la existencia y legitimidad del derecho al tiempo de la cesión, excepto que se trate de un derecho litigioso o que se lo ceda como dudoso;

(7) ALTERINI, Atilio - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, nro. 1405, p. 645.

pero no garantiza la solvencia del deudor cedido ni de sus fiadores, excepto pacto en contrario o mala fe". También resulta indudable, tal como surge del texto de la norma, que el cedente no garantiza la solvencia patrimonial del deudor cedido, excepto que expresamente se haya comprometido a ello, en cuyo caso serán aplicables al caso las reglas de la fianza (art. 1630, Cód. Civ. y Com.) (8). Ello, según nuestro parecer, resulta ser totalmente acertado, puesto que en tal caso el cedente se transformaría en fiador del deudor cedido.

III.4. Sujetos de la cesión de crédito. Capacidad

En la cesión de créditos son partes únicamente el *cedente* o acreedor primitivo —que es quien transmite el crédito— y el *cesionario* —quien lo recibe— que pasará a ocupar el lugar del cedente en la relación obligacional. Por ende, debe quedar claro que el deudor cedido no es parte del contrato de cesión de crédito, y si bien la transmisión efectuada le concierne, reviste el carácter de tercero respecto de ella, hasta que se le notifique la cesión efectuada; por lo tanto, los efectos del acto no le serán oponibles hasta ese momento (cfr. art. 1620, Cód. Civ. y Com.).

Debemos destacar, además, que hasta que no se notifique la cesión al deudor cedido, ambas partes (cedente y cesionario) pueden adoptar las medidas conservatorias necesarias para que el crédito no se perjudique (art. 1624, Cód. Civ. y Com.), pero entendemos que, una vez efectuada dicha notificación al deudor cedido, dicha facultad conservatoria la poseerá únicamente el cesionario; algunos autores entienden que esta conservación debe leerse como una carga de protección del crédito transferido, perfectamente practicable por un sujeto que posee plenas facultades de disposición jurídica sobre aquel (9). No se puede obviar, a esta altura de nuestro desarrollo, que el Cód. Civ. y Com. argentina adopta a la notificación como único sistema de publicidad de la transmisión de los créditos (10).

(8) Para algunos autores, dicha garantía de evicción se extiende también a todos los accesorios del crédito transmitido (TERRÉ, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, cit., nro. 1292, ps. 1340 y 1341).

(9) CALDERÓN, Maximiliano, *Contrato de cesión*, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) - SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2ª ed., La Ley, 2018, t. V, p. 1002.

(10) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. V. Afirma además el autor que, como lo dispone el art. 1620, "las cesiones de derechos registrables, obtienen su oponibilidad a través de la publicidad prevista según la naturaleza del derecho cedido; es decir según lo prescriban las normas registrales del derecho de que se trate" (nro. 1861).

Al aplicársele a la cesión de créditos las normas de la compraventa o la permuta, según el caso (en el supuesto de ser onerosa), o bien, las disposiciones relativas a la donación (si la cesión es gratuita), es indudable que las partes deberán poseer la capacidad de derecho y de ejercicio exigida para dichos contratos (11).

Estimamos, asimismo, que a raíz de la aplicación de estas reglas generales establecidas en torno a la capacidad de las partes en una cesión de créditos, existen otras derivaciones de ellas: *a)* no puede haber cesión de derechos entre aquellas personas que no pueden celebrar entre sí el contrato de compraventa, y, *b)* en todos los casos en que se les prohíbe vender a los tutores, curadores o administradores, albaceas y mandatarios, también se les prohíbe a estos efectuar cesiones.

Asimismo, merece especial consideración en torno a la capacidad lo dispuesto por los arts. 28 y 29 del Cód. Civ. y Com., respecto a los menores emancipados, en cuanto les prohíbe disponer que hubiere recibido a título gratuito, ya sea mediante una donación (ni siquiera con autorización judicial), o por cualquier otro acto de disposición, para el que sí requerirá de la conformidad de la justicia. Finalmente, es importante evidenciar que toda cesión efectuada en violación a las reglas establecidas respecto a la capacidad de las partes, será nula o anulable, y podrá ser de nulidad absoluta o relativa, según si con ella se afecte un interés público o particular, respectivamente.

III.5. Objeto de la cesión de crédito: derechos cesibles e incesibles

Como principio general puede decirse que todo derecho de crédito puede cederse, a no ser que sea de carácter personalísimo, y siempre y cuando su transmisión no resulte ser ilícita o inmoral.

Así lo dispone el art. 1616 del Cód. Civ. y Com., en cuanto determina que “Todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho”. En consecuencia, puede decirse que a menos que exista una prohibición legal o que la propia naturaleza de la prestación lo impida, cualquier crédito puede ser cedido, incluidos: los créditos condicionales, eventuales o a plazo, los créditos aleatorios, los créditos litigiosos y los créditos referidos a cosas futuras, como los frutos naturales o civiles de un inmueble. Ello no resulta ser más que una reafirmación del principio general

(11) LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. II, p. 32.

consagrado en el art. 398 del Cód. Civ. y Com., que determina que todos los derechos son transmisibles excepto estipulación válida de las partes o que ello resulte de una prohibición legal o que importe trasgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres. Ello implica, pues, que puedan ser objeto de cesión todo tipo de créditos, mientras no exista una prohibición expresa al respecto.

Sin embargo, este enunciado dista de ser absoluto, y reconoce importantes *excepciones*, ya que no pueden ser objeto de cesión:

a) Los créditos cuya transmisión se encuentra *expresa o implícitamente prohibida por la ley*, como ser: el derecho real de habitación, ni por acto entre vivos ni por causa de muerte (art. 2160, Cód. Civ. y Com.); el derecho de reclamar o percibir alimentos (art. 539, Cód. Civ. y Com.), las herencias futuras ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares (art. 1010, Cód. Civ. y Com.), el pacto de preferencia que posee el vendedor para recuperar la cosa con prelación a cualquier otro adquirente, si el comprador decide enajenarla (art. 1165, Cód. Civ. y Com.), los bienes o derecho a los sujetos incapacitados o inhabilitados para contratar en interés propio o ajeno (arts. 1000 a 1002, Cód. Civ. y Com.), entre otros. No podemos soslayar, sin embargo, que ya no poseen prohibición expresa —que sí tenían en el derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield— los siguientes derechos: la cesión de los derechos de uso, las acciones de cualquier naturaleza a abogados, o procuradores judiciales, que se hayan deducido en los procesos en que ejerciesen o hubiesen ejercido sus oficios, los créditos contra el Estado a favor de funcionarios públicos, etcétera, por lo cual de encontrarse la prohibición en una ley especial no habría razón para impedir su transmisión, ya que el Cód. Civ. y Com. no lo hace.

b) Los créditos cuya transmisión se encuentre prohibida por alguna disposición convencional emanada del título mismo del crédito (cfr. art. 1616, Cód. Civ. y Com.): debemos destacar que las partes, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad (cfr. art. 959, Cód. Civ. y Com.) pueden pactar limitaciones a la transmisión del crédito.

c) Los derechos inherentes a la persona (art. 1617, Cód. Civ. y Com.), los que por su contenido y finalidad no son susceptibles de ser separados de su titular, sin degradar su esencia. Se incluyen en esta categoría a los derechos personalísimos, tales como: el derecho al honor, a la intimidad, a la imagen, a la identidad, a la libertad, y también los atributos de la personalidad (nombre, estado, domicilio, y capacidad). No obstante esta limitación, estimamos que todas las consecuencias patrimoniales que

surjan de la lesión a tales derechos pueden ser motivo de cesión (v.gr., la cesión de la acción por acto entre vivos del reclamo por daño moral).

En cuanto a los alcances y contenido de la cesión, cabe decir que el crédito es transmitido al cesionario tal cual se encuentra al momento en que se efectúa la cesión, con todos sus accesorios y garantías, cargas y vicios que tuviera. Si bien el nuevo Cód. Civ. y Com. no posee una norma expresa en tal sentido, como sí lo contenía el derogado Cód. Civil en el art. 1458, no hallamos mérito ni fundamento alguno para apartarnos de dicha directiva. De tal modo, una vez transmitido el crédito, este pasará del cedente al cesionario con todos los accesorios y garantías; son derechos accesorios que pueden ser objeto de cesión junto con el crédito principal: la fianza, la hipoteca, la prenda, los frutos naturales y civiles de la cosa, etcétera. Como derechos accesorios transmitidos también por la cesión, cabe mencionar, a modo de ejemplo, el que tiene el cedente para ser indemnizado por la tardanza en la entrega de la posesión del inmueble.

III.6. Efectos de la cesión de créditos

A fin de poder abordar esta cuestión correctamente, debemos distinguir entre los efectos que produce la cesión entre las partes y respecto de terceros.

Analizaremos, pues, ambas situaciones por separado.

III.6.1. Efectos entre partes

Los efectos entre el cedente y el cesionario se producen, como ya lo hemos advertido, por el mero consentimiento de ellos expresado en forma escrita y con las formalidades exigidas por la ley en cada caso concreto, y tal como lo determina el art. 1619 del Cód. Civ. y Com., el cedente debe entregar al cesionario los documentos probatorios del derecho cedido que se encuentren en su poder, si el crédito cedido estuviera documentado. Es decir, para que produzca efectos entre partes la cesión de créditos, no es necesaria la notificación al deudor, sino que basta el consentimiento entre ellas y la entrega del instrumento si existiera; la notificación al deudor cedido solo es indispensable para que la cesión celebrada surta efecto respecto del *solvens* y de terceros que tengan algún interés legítimo al respecto (12). Los efectos entre las partes —ce-

(12) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, “La cesión de derechos y la notificación al deudor cedido”, LL 2011-F-125.

dente y cesionario—, por ende, se producen de manera inmediata desde el momento en que se concreta el acuerdo de voluntades sobre la transmisión del crédito.

— *Obligaciones exclusivas del cedente*. El cedente asume, frente al cesionario, una serie de obligaciones:

a) Debe transmitir el crédito al cesionario, por su monto total, aunque se le haya pagado un monto menor; dicha transmisión incluye la fuerza ejecutiva del crédito y todos sus accesorios. Asimismo, con dicha transmisión debe efectuar la entrega del título del crédito si existiere (art. 1619, Cód. Civ. y Com.). Ello resulta lógico, pues si el cedente no obtiene beneficio alguno de la transmisión, no hay razón alguna para que deba prestar garantía alguna al cesionario.

b) Responde frente al cesionario por la garantía de evicción si la cesión es a título oneroso, pero no en caso de ser gratuita (art. 1628, Cód. Civ. y Com.). El cedente de *buena fe* responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, a menos que lo haya cedido como dudoso o litigioso, tal como lo refiere expresamente la norma citada; caso contrario, el cesionario tendrá derecho a la restitución del precio abonado, con más sus intereses (art. 1629, Cód. Civ. y Com.), aunque no tendrá derecho para exigir la diferencia entre el valor nominal del crédito cedido y el precio de la cesión. Prevé también este último artículo que, si el cedente es de *mala fe*, debe, además, la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión (advertirá el lector que sus consecuencias son más gravosas); entendemos que queda comprendido bajo el carácter de cedente de mala fe, por ejemplo, quien transmite un crédito a sabiendas de la ilegitimidad o inexistencia del crédito cedido. Finalmente, también será responsable el cedente frente al cesionario en los casos de insolvencia del cedido y sus fiadores, cuando aquel hubiera asumido expresamente en la convención el aleas de la insolvencia, si la insolvencia fuera anterior o pública, o si actuó de mala fe sabiendo que la deuda era incobrable; en tal supuesto, como lo hemos mencionado precedentemente, se aplican las reglas de la fianza, con sujeción a lo que las partes hayan convenido (cfr. art. 1630, Cód. Civ. y Com.). Por último, debemos destacar que el art. 1631 del Cód. Civ. y Com., dispone: “En lo no previsto expresamente en este Capítulo, la garantía por evicción se rige por las normas establecidas en los arts. 1033 y siguientes”, por lo cual se remite subsidiariamente a lo dispuesto en materia de evicción en la Sección 4ª (Obligación de saneamiento) del Capítulo 9 (Efectos) del Título II (Contratos en general). Por nuestra parte, estimamos que la inexistencia o la falta de legitimidad del crédito cedido, más que una obligación de

garantía, determina la nulidad de la cesión por falta de los presupuestos objetivos del mismo, lo cual provoca la restitución de la situación jurídica a su estado anterior. Respecto de los créditos dudosos, si el cesionario conoce los riesgos y se somete a sus consecuencias, el aleas es parte del contrato y no afecta a la validez de la cesión.

c) En caso de que la cesión sea parcial, el cedente debe entregar al cesionario una copia certificada de dichos documentos (art. 1619, Cód. Civ. y Com.).

— *Obligaciones exclusivas del cesionario.* El cesionario, por su parte, asume las siguientes obligaciones:

a) Pagar la contraprestación a su cargo, si la cesión fue onerosa.

b) Abonar los gastos de la cesión. Sin embargo, aun cuando algunos autores consideran que esto debe estar a cargo del cedente (13), debemos destacar que generalmente resulta ser libremente pactado por las partes en uso de las facultades que les confiere el art. 959 del Cód. Civ. y Com.

— *Obligaciones comunes al cedente y al cesionario.* El Cód. Civ. y Com., al igual que el derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield, no establece expresamente sobre quién recae la obligación de notificar la cesión de créditos efectuada al deudor cedido. Ello ha motivado que, desde un tiempo hasta la fecha, se suscitara distintas opiniones al respecto. Aun cuando existen discrepancias doctrinarias al respecto, estimamos que constituye una obligación de ambas partes efectuar la notificación de la cesión producida al deudor cedido. Si bien algunos autores hacen recaer tal deber en el cesionario (14) y otros en el cedente (15), estimamos que cualquiera de las partes puede practicar la notificación, pesando tal deber sobre ambas. La práctica indica que generalmente es el cesionario quien efectúa la notificación, puesto que presenta mayor interés en que se perfeccione el acto frente a terceros. Sin embargo, consideramos que, a fin de lograr una mayor seguridad jurídica, el cedente debe notificar al deudor cedido que se ha desprendido del crédito a fin de que el *solvens* adquiera certeza respecto a quién debe abonar su deuda.

(13) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, 2ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2013, t. 3, p. 375.

(14) ALTERINI, Atilio - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de las obligaciones*, cit., ps. 646 y ss.

(15) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado...*, cit., t. 3, ps. 375 y ss.

III.6.2. Efectos entre el cesionario y el cedido

Para que la cesión sea eficaz respecto de terceros debe cumplirse el requisito de la notificación del traspaso al deudor cedido. Estimamos que la notificación causa el embargo del crédito a favor del cesionario, con independencia de la entrega del título constitutivo del crédito, y aunque un cesionario anterior hubiese estado en posesión del título.

Por medio de la notificación se le comunica al deudor la convención misma de la cesión o la sustancia de ella, produciendo idéntico efecto su aceptación; debemos aclarar, sin embargo, que cuando aquí hablamos de aceptación nos estamos refiriendo a la manifestación expresa o tácita que emana del deudor cedido o de su representante, por la cual este toma conocimiento de la cesión realizada. Como lo refiere acertadamente una calificada doctrina, la relación “deudor cedido-cesionario” se rige por el principio según el cual el deudor no puede resultar perjudicado con la cesión, por lo que el cesionario no puede recibir del cedente un derecho mejor ni más extenso que el que este tenía (art. 399, Cód. Civ. y Com.) (16).

El art. 1620 del Cód. Civ. y Com. dispone al respecto que “La cesión tiene efectos respecto de terceros desde su notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables”.

La notificación al deudor cedido, pues, debe ser realizada por un medio fehaciente (ya sea a través de un instrumento público o privado) en el que conste la fecha cierta. En cuanto a esto, resulta ser más rígido el Cód. Civ. y Com. que el Cód. Civil derogado, ya que en el antiguo sistema no imponía una forma para la notificación (cfr. art. 1460, Cód. Civil de Vélez Sarsfield), por lo cual se admitía la posibilidad de anotar al deudor en forma verbal, con todas las dificultades probatorias que ello acarrearía. En cambio, el nuevo ordenamiento resulta claro y contundente respecto de la forma exigida. Nos parece acertada la nueva solución legislativa propuesta por el nuevo ordenamiento, ya que estamos en presencia de un acto que reviste trascendencia, puesto que a través de la notificación se está poniendo en conocimiento del deudor una modificación en el sujeto activo de la obligación.

Antes de la notificación de la cesión del crédito, el deudor puede pagarle al cedente o bien puede ver extinguida su deuda por otra causa (art. 1621, Cód. Civ. y Com., lo cual tiene efecto liberatorio, por lo que

(16) LÓPEZ MESA, Marcelo, *Derecho de las obligaciones*, cit., t. 2, p. 16.

quedará habilitado a repeler cualquier reclamo posterior que le efectúe el cesionario. En cambio, luego de haber efectuado la notificación, el cesionario quedará investido de los poderes del acreedor y quedará legitimado para actuar contra el cedido.

III.6.3. Efectos entre el cedente y el deudor cedido

Las relaciones entre ambos variarán según medie notificación de la cesión o aceptación de la misma por parte del deudor cedido. A saber:

a) Si no ha habido aún notificación alguna al deudor cedido, el pago efectuado por el deudor cedido al cedente es válido y oponible al cesionario, y permite al primero liberarse de cumplimiento de la obligación (art. 1621, Cód. Civ. y Com.). Estimamos que constituye una excepción a este principio el caso en que se torna innecesaria la notificación cuando de los hechos y circunstancias surgiera una connivencia fraudulenta entre el cedente y el deudor cedido, con el fin de que aquel, aprovechando que la cesión no ha sido notificada formalmente, perciba el crédito con evidente perjuicio para el cesionario. Esto estaba previsto en el derogado art. 1462 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield, y si bien el nuevo ordenamiento jurídico guarda silencio respecto de ello, no encontramos razón alguna para apartarnos de dicha excepción cuando se dan las circunstancias mencionadas.

Además del pago efectuado al cedente, el deudor cedido puede oponer al cesionario cualquier otra causa de extinción de la obligación que tenga contra el cedente, anterior a la notificación o aceptación.

b) En cambio, si ya ha mediado notificación o aceptación de la cesión, el deudor cedido deberá abstenerse de pagarle al cedente, ya que su único y verdadero acreedor es el cesionario. Ello así, puesto que a partir del momento en que el deudor cedido es notificado, el cesionario pasa a ser el único acreedor de la obligación (salvo que se trate de una cesión parcial) y quien puede exigir exclusivamente el pago (17).

III.6.4. Efectos con relación a terceros

Debemos afirmar, previamente a este análisis, que se consideran terceros respecto de la cesión de créditos: el deudor cedido (no es parte en el

(17) REPRESA POLO, María P., *La cesión de créditos: eficacia entre las partes y respeto a terceros*, Edisofer, Madrid, 2001. Véase en especial, el largo tratamiento que brinda a esta cuestión en el capítulo 2 de la obra.

contrato de cesión pero sí lo es en el crédito que se transmite); los acreedores del cedente (pueden ver alterado el patrimonio de su deudor con motivo de la cesión del crédito); y los cesionarios sucesivos del mismo crédito (art. 1622, Cód. Civ. y Com.).

Todos estos sujetos son considerados terceros con interés legítimo en contestar la cesión para conservar derechos adquiridos después de ella, por lo tanto —respecto de ellos— la propiedad del crédito no resulta transmisible al cesionario, sino por la notificación del traspaso al deudor cedido o por la aceptación de la transferencia de parte de este (art. 1620, Cód. Civ. y Com.).

III.6.5. Efectos ante la concurrencia de cesionarios y embargantes

Puede suceder que una persona, por error o por mala fe, ceda totalmente un mismo crédito a varios cesionarios en forma sucesiva, lo cual plantea un conflicto entre ellos respecto a quien tiene preferencia como cesionario. Lo mismo puede ocurrir ante la concurrencia de los acreedores del cedente, quienes también son terceros interesados, y hasta tanto no se efectúe la notificación, se encuentran legitimados para embargar el crédito cedido: en este caso también puede surgir un conflicto entre el cesionario que pretende cobrar el crédito cedido y el acreedor del cedente que ha embargado el mismo.

¿Cómo resuelve el Código Civil y Comercial tales conflictos? Existe un esquema de soluciones al respecto, que pasamos a enunciar:

a) Prevalece el derecho del cesionario que primeramente “...ha notificado la transferencia al deudor, aunque esta sea posterior en fecha” (art. 1622, Cód. Civ. y Com.).

b) Si existen varias notificaciones de una cesión en el mismo día, determina el art. 1626 del Cód. Civ. y Com. que “si se notifican varias cesiones en un mismo día y sin indicación de la hora, los cesionarios quedan en igual rango”.

Con relación a los embargantes, debemos destacar lo siguiente:

c) Si bien el Cód. Civ. y Com. nada dispone en forma expresa respecto a la situación en que concurren cesionarios y embargantes, estimamos que, si ello sucede, el embargo anterior a la notificación, o a la aceptación por parte del deudor cedido, imposibilita la cesión. Consideramos que debe continuarse la pacífica solución que poseía el derogado art. 1471

del Cód. Civil de Vélez Sarsfield, en cuanto disponía que los acreedores del cedente podían, hasta la notificación del traspaso del crédito, hacer embargar el crédito cedido; pero una notificación, o aceptación después del embargo, importaba oposición al que había pedido el embargo. Asimismo, si el embargo fuera posterior a la cesión, pero anterior a la notificación o aceptación, el embargante y el cesionario deben concurrir a prorrata.

e) El embargo posterior a la notificación o a la aceptación por parte del deudor cedido, carece de virtualidad.

III.6.6. Otros efectos relevantes respecto de la cesión

Finalmente, estimamos de importancia evidenciar otras cuestiones de importancia que también han sido tratadas expresamente por el Cód. Civ. y Com.:

a) En caso de concurso o quiebra del cedente, la cesión no tiene efectos respecto de los acreedores si es notificada después de la presentación en concurso o de la sentencia declarativa de la quiebra (art. 1623, Cód. Civ. y Com.). Compartimos la opinión de una calificada doctrina en cuanto afirma que “hubiera sido escandaloso y contraproducente asignar efectos a la notificación, cuando ella se cumpliera más allá de estos umbrales jurídicos, porque sería una medida absolutamente incompatible con todo principio falimentario” (18).

b) La cesión de un crédito garantizado con una prenda no autoriza al cedente o a quien tenga la cosa prendada en su poder a entregarla al cesionario (art. 1625, Cód. Civ. y Com.). Esto es absolutamente novedoso, ya que no existía ninguna disposición similar en el derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield.

c) El cesionario parcial de un crédito no goza de ninguna preferencia sobre el cedente, a no ser que este se la haya otorgado expresamente (art. 1627, Cód. Civ. y Com.).

d) Con respecto a la cesión de un derecho inexistente, de comprobarse dicha inexistencia al tiempo de la cesión, el cedente debe restituir al cesionario el precio recibido, con sus intereses. Si es de mala fe, debe, además, la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión (art. 1629, Cód. Civ. y Com.).

(18) LÓPEZ MESA, Marcelo, *Derecho de las obligaciones*, cit., t. 2, p. 72.

III.7. Comparación con otras figuras jurídicas

La cesión de créditos presenta cierta analogía con otras figuras jurídicas tales como la novación y el pago con subrogación, aunque no logra confundirse con ellas, como lo analizaremos seguidamente al compararla con estos institutos.

— *Con la novación subjetiva.* Si bien en ambas se sustituye la persona del acreedor, existen notorias diferencias entre una y otra:

1. En la *novación* por cambio de acreedor la obligación originaria se extingue para dar nacimiento a otra nueva, distinta e independiente de la anterior (art. 933, Cód. Civ. y Com.); en cambio, en la *cesión de créditos* no se extingue la obligación anterior, sino que se transmite la misma obligación.

2. La *cesión de créditos* emana de la voluntad del cedente y del cesionario, sin consultar la voluntad del deudor cedido; en cambio, para que exista *novación* subjetiva por cambio de acreedor, es indispensable el consentimiento del deudor (art. 937, Cód. Civ. y Com.).

3. En la *cesión de créditos* se transmite al acreedor la misma obligación, con todos sus privilegios y garantías, con todos sus vicios y defectos, y, por ende, el cedente debe garantizar al cesionario la legitimidad del crédito cedido. En cambio, en la *novación*, el antiguo acreedor nada garantiza en cuanto a la legitimidad del crédito al nuevo acreedor, ya que nada se transmite, sino que se trata de una obligación nueva, que no poseerá ni los accesorios ni las garantías de la obligación anterior que se ha extinguido.

4. La *cesión de créditos* es un acto formal, mientras que la *novación* no lo es.

— *Con el pago con subrogación.* Aquí suele presentarse mayor analogía, puesto que el crédito pasa con ciertas particularidades del acreedor que recibe el pago al tercero que lo ha satisfecho sin oposición del deudor (19). Sin embargo, debemos mencionar que existen importantes diferencias entre ambas figuras:

1. En la *subrogación* no se requiere el consentimiento del acreedor, ya que puede tener lugar sin su intervención en ciertos casos, en su ig-

(19) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 5ª ed. actualizada por Patricio Raffo Benegas, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, t. II-B, nro. 1343, p. 57.

norancia y aún contra su voluntad (subrogación legal); en la *cesión de créditos*, en cambio, el acreedor es parte esencial y su consentimiento es imprescindible.

2. En el *pago con subrogación*, el tercero que ha abonado solo puede cobrar aquello que ha efectivamente desembolsado para efectuar el pago; en cambio, en la *cesión de créditos*, el nuevo acreedor tiene derecho a percibir la totalidad del crédito, independientemente de cuál haya sido la suma que ha abonado al cedente con motivo de la cesión.

3. La *subrogación* opera de pleno derecho; en cambio, la *cesión de créditos* no existe con relación a los terceros antes de que haya sido notificada al deudor cedido.

4. El *pago con subrogación* constituye generalmente un acto desinteresado, sin utilidad alguna para el tercero subrogado; en cambio, la *cesión de créditos* es considerada un acto especulativo del cesionario, quien paga casi siempre un precio inferior al importe real del crédito.

IV. LA TRANSMISIÓN DE DEUDAS

IV.1. Concepto

Dentro de las posibles modificaciones subjetivas de la obligación, hemos visto que el cambio de acreedor constituye una posibilidad y ha sido pacíficamente receptada en el Derecho moderno a través de la figura de la cesión de créditos. Ello así, puesto que el cambio del acreedor no afecta en absoluto la posición jurídica del deudor, ya que su obligación se mantiene inalterable más allá de quien sea en definitiva el *accipiens* que posea la legitimación para recibir el pago.

Sin embargo, distinto es el caso cuando estamos en presencia de una *transmisión de deuda*, que acaecerá cuando se transfiera el aspecto pasivo de una obligación que se mantiene, pero donde se produce un cambio en la persona del deudor (20).

Ello, claro está, no resultará indiferente para el acreedor, ya que el cambio de deudor puede provocar la mutación de una situación económica segura (si el deudor originario es una persona solvente) a una de total inseguridad patrimonial (si el nuevo deudor posee escasos recursos

(20) PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit civil. Les obligations*, cit., p. 465.

y corre serios riesgos de insolventarse) (21). Tampoco les resultará indistinto a los fiadores, por ejemplo, quienes garantizan una deuda ajena, ya que la persona del deudor resulta ser fundamental al momento de decidir constituirse en garantes de las obligaciones de este.

En definitiva, puede definirse a la transmisión de deudas como el *traspaso a un tercero de la calidad de deudor, en una relación obligacional que se mantiene y que no se extingue, en virtud de un convenio al que se arriba por un acuerdo de voluntades* (en él podrá participar el acreedor o no, tal como lo veremos seguidamente, según la clase de cesión de deudas frente a la que nos encontremos).

IV.2. Evolución histórica. Antecedentes extranjeros

Para poder comprender la evolución que sufrió la cesión de deudas en el derecho universal, no hace falta más que remitirnos a lo que ya hemos expresado anteriormente respecto de la transmisión de las obligaciones.

En un principio, la concepción eminentemente subjetiva que se poseía de la obligación en el derecho romano resultó ser un obstáculo insalvable para que se pudiera admitir la cesión de deudas. La única posibilidad que se admitía en aquellos tiempos, a fin de que la obligación sufriera un cambio en su aspecto pasivo, era recurriendo a la figura de la novación subjetiva, por lo cual la obligación primitiva se extinguía, con todos sus accesorios y garantías.

Esta misma tendencia fue la receptada por los juristas medievales que la sostuvieron a ultranza, e inclusive con el correr del tiempo por juristas franceses de la talla de Domat y Pothier, principal inspirador —este último en este tema— del *Code* francés. Es por ello que, en el derecho comparado, casi ningún Cód. Civil sancionado en el siglo XIX receptó esta figura, tal como ocurre en los códigos civiles de Francia, España, Chile, etcétera.

Históricamente, recién mediante el reconocimiento de la sucesión universal como causa de transferencia, se comenzó a considerar la posibilidad de la sucesión particular de la deuda por acto entre vivos. Así fue que la dogmática alemana, a través de las obras de Delbrück, Salpius y Windscheid comenzó a pregonar la despersonalización de la relación

(21) Véase el amplio desarrollo que se efectúa de esta problemática en TERRÉ, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, cit., nros. 1304 y ss., ps. 1352 y ss.

creditoria (es decir, cada vez con menor vinculación a un sujeto determinado), y la separación de los conceptos de *crédito* y *deuda*, ya que, si bien se sostenía la intransmisibilidad de la obligación, se admitía la transmisión de los aspectos pasivo (deuda) y activo (crédito) de ella.

Recién el Cód. Civil alemán (*BGB*) de 1900, consagró la figura jurídica que luego fue adoptada por otros códigos europeos, como el Suizo de las Obligaciones, el italiano, el polaco, el de México y el de Grecia. El *BGB* alemán, en los § 414 y § 415, trata expresamente el “Contrato de asunción de deudas” (22), en donde establece que la deuda puede ser asumida por un tercero mediante un contrato celebrado con el acreedor o con el deudor, y si se da este último caso, siempre se requiere la conformidad del *accipiens*. Surgió de este modo la figura de la asunción de deuda por un tercero, ya sea por convenio con el deudor o con el acreedor.

IV.3. La cesión de deudas en el derecho argentino

El derogado Cód. Civil no había legislado en forma expresa sobre este instituto, quizás porque la transmisión de deudas no era pacíficamente adoptada en el mundo jurídico en la época en que Vélez Sarsfield lo redactó. Lo extraño, sin embargo, es que ni siquiera la reforma introducida por la ley 17.711 en 1968 la haya contemplado cuando en la práctica comercial ya era pacíficamente aceptada.

En la doctrina nacional, pese a la ausencia de normativa expresa al respecto, la transmisión de deudas era perfectamente admitida, ya que en ella impera el principio de la autonomía de la voluntad de las partes (Llambías (23), Cazeaux - Trigo Represas (24), Borda, Salvat, Alterini - Ameal - López Cabana (25), Compagnucci de Caso, entre otros), que

(22) § 414. “Contrato entre acreedor y quien asume la deuda. Una deuda puede ser asumida por un tercero mediante contrato con el acreedor, de modo que el tercero se subroga en lugar del deudor precedente.

§ 415. “Contrato entre deudor y quien asume la deuda. (1) Si la asunción de deuda se pacta entre el tercero y el deudor, su eficacia depende de la ratificación del acreedor (...):”

LAMARCA MARQUÉS, Albert, *Código Civil alemán* (Bürgerliches Gesetzbuch), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 120.

(23) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. II-B, ps. 58 y ss.

(24) CAZEAUX, Pedro - TRIGO REPRESAS, Félix, *Compendio de derecho de las obligaciones*, Platense, La Plata, 1992, t. I, p. 67.

(25) ALTERINI, Atilio - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de las obligaciones*, cit., nros. 1430 y ss., ps. 654 y ss.

pueden efectuar convenios al respecto, en tanto y en cuanto no contraríen el orden público, la moral y las buenas costumbres; en definitiva, como lo expresa una calificada doctrina, la figura admitida merced a la aplicación de principios generales, no obstante haber sido receptada en otros institutos particulares en materia de locación e hipoteca (26).

Finalmente, el Cód. Civ. y Com. ha legislado sobre este instituto, y ha brindado su concepto en el art. 1632: “Hay cesión de deuda si el acreedor, el deudor y un tercero, acuerdan que este debe pagar la deuda, sin que haya novación. Si el acreedor no presta conformidad para la liberación del deudor, el tercero queda como codeudor subsidiario”. Estimamos que el concepto es por demás muy claro, ya que, como ocurre con la cesión de derechos, aquí también se da una transmisión de obligaciones, pero se sustancia a través de la sustitución del sujeto pasivo; en ello se distingue de la novación, puesto que en esta última se extingue la relación jurídica preexistente, para dar lugar al nacimiento de una nueva obligación, con la cual no puede coexistir en razón de su incompatibilidad. Se trata de un acto triangular entre el acreedor, el deudor y un cesionario, en el cual el *accipiens* acepta que el cesionario revista en adelante el carácter de deudor de la obligación, pudiendo o no liberarse al deudor primitivo, según el caso, como veremos seguidamente.

IV.4. Clases de transmisión de deudas

La transmisión de deudas que estamos tratando puede ser de tres clases, bien diferentes una de otra: asunción privativa, liberatoria o perfecta de deuda; asunción acumulativa, accesoria, o confirmatoria de deuda; y promesa de cumplimiento o de liberación. Trataremos cada una de ellas por separado.

IV.4.1. Asunción de deuda

El Cód. Civ. y Com. determina en el art. 1633 que “Hay asunción de deuda si un tercero acuerda con el acreedor pagar la deuda de su deudor, sin que haya novación. Si el acreedor no presta conformidad para la liberación del deudor, la asunción se tiene por rechazada”. Estimamos que la asunción de deuda puede ser privativa o acumulativa, por lo cual nos referiremos seguidamente a cada una de ellas por separado.

(26) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *Tratado de los contratos*, cit., t. V, nro. 1880.

IV.4.1.1. Asunción privativa de deuda

Es considerada la transmisión de deudas por excelencia. A través de ella, el deudor primitivo (cedente) queda liberado de cumplimiento, siendo reemplazado en la relación obligatoria por el nuevo deudor (que es el tercero cesionario); claro está que, como dijimos precedentemente, para que ello ocurra debe concurrir la plena conformidad del acreedor con dicho traspaso, tal como lo dispone expresamente el art. 1633 del Cód. Civ. y Com. *in fine*.

Por ende, para que se considere configurada esta asunción *privativa* de deuda, se requiere que *el deudor originario quede liberado*, y que exista una sucesión singular en la deuda quedando esta en cabeza del cesionario. La conformidad del acreedor, requisito esencial para la conclusión del negocio jurídico, se puede lograr de dos modos: mediante la participación del acreedor en el acuerdo de cesión de deuda (por lo cual nos encontraremos ante un acto trilateral donde participan el cedente, el cesionario y el acreedor de la obligación que presta su consentimiento con la cesión), por lo cual el *accipiens* presta su conformidad en el mismo momento de la celebración del acto; o mediante un acuerdo celebrado entre el deudor primitivo (cedente) y el nuevo deudor (cesionario), que luego es aprobado por el acreedor: debe quedar claro en este caso, que hasta tanto no concurra el consentimiento del acreedor, las partes pueden revocar o modificar el contrato. Este es un supuesto de *delegación perfecta o liberatoria*, que causa novación, ya que, en realidad, lo que ocurre es la extinción de la obligación primitiva para dar nacimiento a una nueva con un sujeto pasivo distinto, lo que se lleva a cabo mediante la liberación del deudor primigenio por decisión del acreedor.

En cuanto a esta forma de asunción de deudas, consideramos que, si el acreedor no acepta la cesión de deudas, ella le resulta inoponible (dado que es inexistente para él), manteniéndose intacto su derecho frente al deudor primitivo (también en este sentido, se habían expedido con anterioridad a la sanción del Cód. Civ. y Com.: Llambías, Morello - Alterini - Ameal, López Cabana). Sin embargo, en tal supuesto, el contrato es válido entre las partes, por lo cual el cesionario queda obligado *internamente* frente al cedente a cumplir con lo pactado o a indemnizarlo ante el incumplimiento de ello.

En definitiva, producida la asunción privativa de deudas, se ocasionan las siguientes consecuencias:

1. El deudor cedente queda liberado de cumplimiento, pasando a ocupar su lugar el tercero cesionario, quien queda como *único* obligado

frente al acreedor. Este último, una vez aceptada la cesión de la deuda, nada podrá reclamar al deudor primitivo.

2. El cesionario de deuda puede oponer al acreedor todas las defensas y excepciones de que disponía el deudor primitivo, aunque también puede hacer valer las excepciones y defensas propias que él tenga contra el acreedor (v.gr., compensación).

3. Las garantías personales y reales constituidas por terceros (fianzas, hipotecas, etcétera) solo se mantendrán si dichos terceros expresan su consentimiento con la transmisión de deuda, ya que, al tratarse de un supuesto de delegación perfecta con efectos novatorios, las garantías cesarían de prestarse conformidad al respecto. Ello así, puesto que como lo hemos expresado anteriormente, para los fiadores resulta fundamental la persona del deudor al momento de decidir avalar una deuda ajena con sus patrimonios.

IV.4.1.2. Asunción acumulativa de deuda

En esta figura, el deudor primitivo *no queda liberado*, ya que, si el acreedor no presta conformidad para ello, el tercero no reemplaza al deudor originario, sino que se incorpora a la obligación junto con este. Se produce, en consecuencia, una acesión o coasunción de la deuda, puesto que el deudor primitivo y el tercero que se agrega a la obligación quedan coobligados frente al acreedor. De darse este supuesto, el acreedor puede dirigirse contra uno u otro indistintamente a fin de poder cobrar la deuda. Estimamos, pues, que estamos frente a dos obligados *concurrentes*.

Asimismo, es importante destacar que se puede llegar a la acumulación de la deuda que nos ocupa mediante el acuerdo directo entre el acreedor y el tercero, sin intervención del deudor (sería un supuesto de expromisión simple no novatoria).

Por nuestra parte consideramos que este supuesto no constituye un supuesto real de transmisión de deuda, ya que no ocurre en la práctica traspaso alguno, sino tan solo un tercero ajeno a la relación obligatoria original se anexa al deudor coasumiendo la deuda frente al accipiens. En el derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield esta figura fue legislada en el antiguo art. 814 con motivo de la novación, y constituye el supuesto de *delegación imperfecta*, que no tiene efectos novatorios. Recordemos que, tal como lo expresaba claramente la norma derogada citada, la delegación por la que un deudor cede a otro su deuda, no produce novación si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de exonerar al

deudor primitivo, por lo cual este continúa estando obligado ante el *ac-cipiens*. De tal modo, al subsistir el vínculo obligacional con el deudor primitivo, se logra una acumulación de deudores con aquel y el nuevo deudor, quienes estarán obligados concurrentemente frente al acreedor, ya que adeudarán la totalidad del crédito, pero por relaciones independientes. Así, lo que ocurre en la delegación acumulativa es que el nuevo deudor viene a sumarse al deudor primitivo, incorporándose a la obligación asumiendo la posición de obligado principal; para un sector doctrinario, en tal caso el acreedor debe requerir el cumplimiento, en primer lugar, al nuevo deudor, y en caso de que este no cumpla o lo haga de modo inexacto, podrá exigir el pago al deudor originario (27).

IV.4.2. Promesa de liberación o cumplimiento

Es un convenio celebrado entre el deudor y un tercero, por medio del cual este último se compromete con el deudor, en el sentido de asumir la deuda, y, por consiguiente, de liberarlo de ella en su oportunidad (28). Se trata de una relación interna entre el deudor y el tercero, de la cual es ajena por completo el acreedor, quien no puede invocarla en su favor y mucho menos serle opuesta, hasta tanto no le sea sometida a su aprobación (si ello ocurre, claro está, podemos estar en presencia de una asunción privativa o acumulativa de deuda, según si la conformidad del acreedor implica o no la liberación del deudor primitivo, respectivamente).

De tal modo, en la promesa de liberación, solamente el tercero queda obligado frente al deudor, quien puede exigirle el cumplimiento de lo convenido, y a reclamarle los daños y perjuicios que pueda irrogarle el incumplimiento de lo pactado (29). De igual manera, el deudor se encuentra legitimado para exigirle al tercero garantías de cumplimiento, y

(27) LÓPEZ MESA, Marcelo, *Derecho de las obligaciones*, cit., t. 2, ps. 81 y 82.

(28) SCHERBARTH, Federico - SISTERNA, María, "Comentario al art. 1635", en CURÁ, José María (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, t. V. Destacan que "se trata de un contrato con efecto entre las partes y por lo tanto no será oponible a terceros ajenos a esta relación. La convención entre el deudor y el tercero tendrá su objeto determinado y referirá a que esta tercera persona (co-contratante del deudor originario) cumplirá con la obligación en lugar del deudor. Cuando la ejecución de la obligación sea exigible, la otra persona se hará cargo de ella en beneficio del acreedor (...) Desde la óptica del acreedor originario, se entiende que podría rechazar o rehusar a aceptar un nuevo deudor antes de que la obligación sea exigible. Pero por otra parte y en principio no se puede rehusar a aceptar el cumplimiento mismo cuando éste se realiza por un tercero" (p. 210).

(29) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado...*, cit., t. 3, p. 418.

de haber tenido que pagar finalmente porque este no lo ha hecho, podrá exigirle el reembolso de lo abonado más la indemnización por los daños que ello le irroge.

Este supuesto está expresamente contemplado en el art. 1635 del Cód. Civ. y Com., en cuanto establece: “Promesa de liberación. Hay promesa de liberación si el tercero se obliga frente al deudor a cumplir la deuda en su lugar. Esta promesa solo vincula al tercero con el deudor, excepto que haya sido pactada como estipulación a favor de tercero”.

Esta promesa de cumplimiento o de liberación, se diferencia en forma notoria con las otras clases de cesión de deudas:

a) Respecto de la asunción privativa de deuda, se distingue en que como no obtiene la conformidad del acreedor, el deudor primitivo continúa obligado.

b) Respecto de la accesión de deuda, en que el tercero no entra como codeudor en la obligación.

IV.5. Requisitos

Pueden remarcarse como requisitos fundamentales de la transmisión de deuda, los siguientes:

1. *Capacidad.* En todas las clases de transmisión de deuda, se exige que el nuevo deudor tenga capacidad para obligarse, rigiendo las mismas normas y principios aplicables a los actos jurídicos en general.

2. *Forma.* Aun cuando el Cód. Civ. y Com. guarde silencio al respecto en cuanto a la cesión de deudas, entendemos que por analogía con lo dispuesto en el art. 1618 del Cód. Civ. y Com. para la cesión de derechos, se requiere —a los fines probatorios, sobre todo— que la transmisión de deudas sea efectuada por escrito. Excepcionalmente, se exigirá que sea instrumentada en escritura pública cuando se trate de obligaciones que hayan sido efectuadas en tales instrumentos, respecto de las cuales se esté efectuando la cesión de la deuda.

EL CONCEPTO DE LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA. SU INCORPORACIÓN A LA NORMATIVA ARGENTINA

POR OSVALDO J. MARZORATI

I. ANTECEDENTES

El tema de la distribución selectiva me ha interesado desde hace un tiempo, en primer lugar, por la falta de una normativa suficiente y clara sobre la distribución comercial(1), al comprobar el uso inteligente que

(1) Nota del autor: en oportunidad de ser designado por los integrantes de la comisión redactora del Anteproyecto de ley sobre el nuevo Código Civil y Comercial, se me solicitó preparar un anteproyecto que llame boceto detallado de ciertos contratos propios de mi especialidad, los contratos de distribución, comprendiendo a la agencia, la concesión y la franquicia comercial además del contrato de distribución propiamente dicho y la revisión conjunta con el Dr. Wayar del contrato de compraventa comercial. En esa oportunidad y luego de preparar los tres primeros advertí que la doctrina y la jurisprudencia habían concentrado sus favores sobre los mismos a pesar de que en nuestro país el contrato de distribución era en números más popular que los tres restantes juntos. Por ello sugerí innovar sobre el proyecto de reforma de 1998, proponiendo una legislación específica sobre el contrato de distribución propiamente dicho, en lugar de referirlo a las disposiciones del contrato de concesión en lo pertinente, entre otras cosas porque en nuestro país hay miles de distribuidores, numerosos agentes independientes, pero no más de 1200 concesionarios y aún menos franquiciantes. Propuse por ello, teniendo en cuenta la solución belga y la jurisprudencia alemana un texto sobre distribución, perfilando su figura en forma diferente a la concesión. Sin embargo, no tuve éxito, y así como se aceptó las normas sobre agencia, concesión y franquicia, así como las de compraventa, la cuestión de la distribución se resolvió como en el proyecto del 1998., por remisión a otro contrato tipificado en cuanto fuere pertinente. No se aclaró quién o cómo se decidiría esa cuestión de qué normas de la concesión son pertinentes y cuáles no, a pesar de la que la jurisprudencia de muchos años había diferenciado ambas figuras abundando sobre la concesión, pero también tipificando socialmente a la distribución porque los usos y

la Unión Europea ha hecho del mismo, no solo como contrato de distribución comercial en sentido corriente, sino como una medida correctiva de la rigidez de las normas de restricciones verticales a la competencia en el sistema antitrust de la comunidad europea. Creo interesante elaborar sobre esta forma de distribución comercial que no está legislada en nuestro país y que ha alcanzado un desarrollo notorio en Europa en razón de jugar un rol importante entre las normas de restricciones verticales en materia de competencia, es decir, entre las normas que regulan las actividades anticompetitivas de las (2) empresas que actúan en diferentes niveles o planos de la cadena de comercialización de productos o servicios.

Al respecto, se ha considerado en la UE que las empresas sujetas a restricciones verticales originadas en su actuación en diferentes niveles de la actividad económica, como son los que ocurren entre fabricantes o proveedores y sus distribuidores o revendedores pueden incurrir en prácticas anti competitivas, si bien en menor grado que aquellas que conciertan acuerdos entre competidores que se encuentran en el mismo nivel o plano de producción, cuyos acuerdos se denominan acuerdos horizontales, conocidos desde hace mucho tiempo y típicos de la constitución de monopolios históricos, algunos naturales en el campo de la minería por tener acceso a un producto valioso y otros históricos como el monopolio de la sal o los acuerdos de cartelización entre empresas productoras de energía o de combustibles como el carbón o el petróleo, en lo que, además, solía existir estados soberanos comprometidos. Todas estas concertaciones sobre precios generalmente o distribución de mercados o prácticas unilaterales basadas en abusos de posición dominante constituyen acuerdos susceptibles de vulnerar las normas de defensa de la competencia contenidas en el actual art. 101 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea, o TFEU, o, para el caso, los que han seguido en parte sus huellas, como nuestra reciente Ley de Defensa de la Competencia 27.442.

prácticas comerciales habían perfilado sus características y la doctrina la diferenciaba netamente de la agencia, como lo señalé en mi obra *Sistemas de distribución comercial* desde su primera edición, de Astrea, en 1990.

(2) Dicha disposición estaba contenida en el anterior art. 85 del Tratado de la Comunidad que modificado por el tratado de 1999 cambió la numeración, que quedó como art. 81 y, luego, al sancionarse el Tratado de Lisboa en 2009 se transformó en el art. 101 hoy en vigor.

II. LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA. ANTECEDENTES LOCALES

La Comisión Europea de Defensa de la Competencia ha revisado y luego permitido que esta especial forma de distribución, que explicaremos en la presente nota, está —en principio— excluida de la revisión individual específica para determinar si infringe normas anticompetitivas porque se consideró que no constituye una amenaza a las normas que rigen las restricciones verticales, siempre que el acuerdo no esté alcanzado por motivo de la relevancia de sus participantes aprobación específica otorgándose una exención general. La circunstancia de que goce el contrato de distribución selectiva de una exención general como la tuvo la franquicia comercial, desde el caso “Pronupcia”, me llamó la atención y me inclinó a indagar en torno a su concepto, ya que la distribución comercial, en sí misma está suficientemente estudiada y, en principio, la distribución selectiva aparece como una forma de distribución comercial, que no estaba contemplada en la doctrina, ni mencionada en nuestro flamante Cód. Civ. y Com. que entró en vigor el 1 de agosto de 2015.

En nuestro país como sabemos esta legislada la distribución por remisión a las normas pertinentes de la concesión, art. 1511 (a) del Código, es decir, que en la medida que la concesión permita por acuerdo de partes contemplados en el art. 1503 pactar la no exclusividad, según lo dispone el nuevo Cód. Civ. y Com., con mayor razón el distribuidor puede ser no exclusivo, ya que sostener que tal disposición del Código en materia de concesión no es pertinente y, por tanto, inaplicable a la distribución constituye, a mi juicio, una proposición inaudible y carente de fundamento. Por otra parte, la concesión es una forma de distribución y no la distribución una forma de la concesión (3). Además, la costumbre, es fuente de derecho, aplicable a la integración del contenido de

(3) MARZORATI, O., “El contrato de distribución”, Rev. La Ley, número 52 jul - sep 2016. MARZORATI, O., “Sistemas de distribución comercial”, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 181. Preciso que las diferencias entre la concesión y la distribución se centran en que el concesionario asume la garantía de la fábrica frente a su cliente, mientras que el distribuidor no asume ninguna, limitándose a entregar la garantía de fábrica del producto e indicar al consumidor dónde el fabricante hace efectiva la garantía mediante el servicio de un tercero y, además, es mantenido indemne por el fabricante, por vicios y defectos y, por otra parte, en la concesión el concedente maneja la relación cuidando que el concesionario cumpla con todas las obligaciones que le impone el reglamento, reservándose el concedente efectuar cambios unilaterales siempre que se realicen con carácter general a toda la red, situación que es más laxa en la distribución, donde el distribuidor tiene obligaciones que son supervisadas por el fabricante, y estas en general no implican el mismo grado de enajenación de su independencia económica con el mismo rigor que las que asume el concesionario.

los contratos (4). Pero, además, el art. 970, consagra el principio de que los usos y prácticas de lugar de celebración rige en ausencia de la voluntad de las partes o de normas generales sobre contratos y obligaciones como el mismo 364(c) transcripto en la nota 4 rigen a los contratos innominados con prioridad sobre la norma general que dispone aplicarle a los mismos las disposiciones de los contratos nominados afines que sean compatibles y se adecuen a su finalidad, caso que encuadra en la problemática bajo análisis, desde la sanción del Cód. Civ. y Com. De modo que el mismo artículo de la concesión consagra la no aplicación a la distribución del contenido contractual si no fuera pertinente, remitiendo según el orden de prelación del 970 a los usos y prácticas entre las partes, sin que exija que sean declaradas obligatorias, por ellas. En mi opinión, el contrato de distribución tenía tipificación social en nuestro país durante la vigencia del Código de Vélez, a pesar de que los innominados se regían por las disposiciones generales de los contratos y esa tipificación estaba determinada por los usos y prácticas del lugar de celebración durante al menos la mayor parte del siglo XX, hasta la sanción del Cód. Civ. y Com.

También no es menos cierto que la distribución selectiva no está contemplada en nuestro Cód. Civ. y Com., en ninguna parte de su articulado, pero ello no es óbice a que repasemos la práctica europea para determinar su aplicabilidad no solo como parte del derecho de defensa de la competencia, más allá de su relevancia, sino esencialmente como forma diferenciada de distribución, bajo la óptica del derecho comercial. Por ese doble motivo creo que es útil reflexionar sobre el tema para determinar la conveniencia de su incorporación a la normativa local.

III. LA REGULACIÓN EUROPEA DE LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA (ANTECEDENTES)

A esos efectos tendremos que analizar, en primer lugar, como regula la UE la distribución exclusiva frente a la distribución selectiva y luego verificar si llegamos a la misma conclusión en el derecho argentino, donde la segunda no aparece mencionada, ni regulada.

(4) El art. 364 del nuevo Código dispone que el contenido del contrato se integra con a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con dichas normas, b) las normas supletorias, y c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicadas porque hayan sido declaradas obligatorias por las partes o porque son ampliamente conocidas y regularmente observadas en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

En efecto en la Unión Europea, la prohibición contenida en el art. 101 se refiere a acuerdos que tienen por *objeto o efecto* la limitación, restricción o distorsión de la competencia en el mercado. En el primer caso cuando el objeto es la distorsión limitación o restricción, un acuerdo puede ser PROHIBIDO, por su objeto restrictivo sin necesidad de probar que causa un efecto restrictivo en el mercado, lo que les permite a las autoridades competentes un camino fácil cuasi automático para sancionar dichos acuerdos, conforme al art. 101, si consideran que por su naturaleza perjudican *per se* a la competencia, con independencia de su impacto potencial en el mercado (5).

La distribución exclusiva restringe el número de distribuidores que tienen un monopolio de reventa de los productos que por contrato el proveedor le suministra, generalmente, en función del territorio sobre el que el distribuidor puede ejercer dicha exclusividad. En cambio, la distribución selectiva no depende tanto del territorio, sino de los criterios de selección específica ligados a la naturaleza del producto.

Esto significa que la distribución exclusiva está relacionada con el monopolio concedido sobre un territorio a un distribuidor para efectuar ventas activas, es decir, promover la venta del producto y vender sin interferencia de un competidor intramarca en el mismo, salvo casos de los clientes reservados, que son aquellos que por razones de volumen o de relevancia de la venta histórica que siempre disfruto el proveedor se reserva para su venta. Por lo tanto, toda intervención de otro distribuidor queda excluida y el consumidor solo puede recurrir al distribuidor autorizado a comprar ese producto del proveedor o a solicitar se le preste un servicio determinado al distribuidor exclusivo autorizado por el fabricante o proveedor en el territorio en el cual reside el consumidor.

Es conveniente recordar que esa limitación que tiene el consumidor no contempla las ventas pasivas, que son aquellas que el consumidor efectúa por su cuenta fuera del territorio de su distribuidor, en ejercicio de su libertad de comprar donde desea y al precio o en las condiciones

(5) En el caso "Allianz Hungarian", la Corte de Justicia de la comunidad decidió el 14/3/2013, caso C32/11, que una restricción por objeto tiene efecto anticompetitivo, por el solo hecho de que tiene el potencial de crear un efecto negativo sobre la competencia, en un caso particular, sea restringiendo o distorsionando la competencia. Ídem Court of Justice, 11/9/ 2014, caso C 67/13, "Cartes Bancaires". Al considerar que un acuerdo entre empresas o una decisión unilateral revelase un suficiente grado de daño a la competencia para considerarlo como una restricción por objeto, conforme al art. 101.1 del Reglamento. En cambio, las *hardcore restrictions* o actividades prohibidas tipificadas necesitan probarse, como la fijación de precios de reventa, restricciones territoriales o precios de reventa preestablecidos.

que le convengan, en ejercicio de un derecho de raigambre constitucional o legal según las jurisdicciones. Es necesario precisar que el distribuidor no debe promocionar el producto autorizado fuera de su territorio, porque estaría afectando las ventas de otro distribuidor exclusivo, nombrado por el fabricante, ajeno a su territorio.

Esto siempre promovió una suerte de actividad no permitida por el proveedor, efectuada por el distribuidor y con pingües beneficios para él de como realizar ventas pasivas a consumidores que no tenían residencia en su territorio, pero que se trasladaban donde le daban mejores condiciones de venta que las que le ofrecía el distribuidor más cercano a su domicilio, lo que generaba las quejas del distribuidor afectado. El argumento del distribuidor que había efectuado tal venta pasiva era y es que él no había solicitado esa venta y que el consumidor tenía el derecho a comprar donde se encontraba. Esto era cierto a medias porque en la época en la que Internet no existía el distribuidor más ingenioso o pícaro se procuraba la lista de socios de un club importante y prestigioso sito en la capital federal y hacía una oferta especial para los socios de eses club sobre la base de que el club era de capital y presumiblemente sus miembros tenían domicilio allí, lo que no era rigurosamente cierto, ni tampoco era verificado por el distribuidor.

Pero, con esa modalidad, se procuraba, otorgando descuentos especiales, una buena cantidad de ventas extras, claro está a expensas de aquellos que se ajustaban a vender a personas que estaban realmente en sus territorios (6). Tal distribuidor tenía un negocio montado según su leal saber y entender correcto, donde solía vender también productos de marcas variadas y personal que capacitaba para explicar y asesorar las características de tales productos. Toda esta actividad fue alcanzada o más bien sacudida por la aparición del *e-commerce* y el surgimiento de internet, donde el mercado se volvió global y donde cada proveedor tenía la posibilidad de vender sus productos a residentes de cualquier país, simplemente montando páginas web de su empresa y de los productos y creando links de sus precios y condiciones y de su red de revendedores. Claro que antes o después los exportadores de esos productos y luego los proveedores de los exportadores se valieron de los mismos medios y todos terminaron consultando a sus abogados para determinar la validez de vender o promocionar ventas pasivas y luego ventas activas más o menos disfrazadas fuera de su territorio. Dado que los contratos no tenían previsto las ventas online, el resultado fue una batalla legal donde

(6) La aludida residencia del consumidor no era verificada por el distribuidor ni lo exigen nuestras normas, bastando el hecho de que había cursado cartas para los asociados del club con sede en CABA.

los proveedores intentaron prohibir a sus distribuidores vender fuera de sus territorios online, o hacer publicidad online que no fuera aprobada por el proveedor. Al respecto he escrito en detalle sobre el particular y al trabajo me remito (7).

Todo esto dio impulso a una modalidad de la distribución que se practicaba en productos de alta técnica o de lujo y que tenía caracteres particulares propios de criterios particulares que en su momento generaron el concepto de la concesión comercial, en los países europeos y utilizada por los franceses que discutieron mucho tiempo sobre su naturaleza jurídica. Así, Claude Champaud sostuvo que la concesión era una forma jurídica perteneciente al derecho de la integración, pero cuya naturaleza jurídica no podía precisarse al carecer el derecho de la integración de una formulación integral, y, en cambio, Jean Guyenot sostuvo que la concesión era un contrato *sui generis*, basado en un contrato de adhesión formulado por el concedente (8).

A tal punto estas ideas se debatieron y se agregaron otras que hacia el 2015 la Comisión Europea de Defensa de la Competencia decidió hacer una encuesta respecto a cómo se desarrollaban en la comunidad los negocios de la distribución comercial ese informe dio a la luz que existían dos técnicas muy distribuidas en la comunidad el *geoblocking* y el *geo filtering*. El *geo blocking* evitaba que un distribuidor vendiese a un residente de otro país un producto por el precio que el distribuidor vendía en su territorio, así, si el mismo producto valía 1000 euros en Francia y 800 euros en Alemania, el francés pretendía comprarlo online al distribuidor alemán quien se negaba a venderlo y, en el mejor de los casos, lo derivaba a un revendedor quien le cotizaba 980 más el flete, seguro, etc. que determinaban un precio final del producto igual o mayor que el precio corriente en Francia.

Esta modalidad se denominaba *geo-filtering* y en muchos casos tanto el distribuidor como el revendedor se atenían a instrucciones de sus proveedores en función del domicilio, residencia o medio de pago usado por el interesado en adquirirlo. Todo esto llamó la atención de las autorida-

(7) MARZORATI, O. J., "Las nuevas tecnologías y sus efectos en la distribución comercial", Trabajo publicado por el autor en la revista de la Academia de Derecho de Buenos Aires con diversas contribuciones de sus miembros y del Instituto de Derecho Empresarial, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2018, p. 86.

(8) GUYENOT, Jean, *Les contrats de concession Commerciale. Doits francais et comunitaire de la concurrence*, Sirey, Paris, 1968. CHAMPAUD, Claude, "La concession commerciale", *Revue Trimestrelle de Droit Commerciale* XV-1963-455.

des comunitarias de defensa de la competencia, en tanto que estas prácticas coartaban indirectamente la libertad de comercio y la libertad de circulación de las mercaderías en la comunidad. Pero para mi sorpresa bastó que los distribuidores hiciesen saber que despedirían personal innecesario para que la autoridad antitrust permitiese esas modalidades de venta en función de otras necesidades y urgencias. Es bueno tener en cuenta las necesidades del mundo real que no siempre se ajustan a las necesidades del mundo virtual. La ley 27.442 de nuestro país —cuando sea operativa, y quede constituido el tribunal de defensa de la competencia será buen campo de práctica para analizar y morigerar algunos principios un poco rígidos, que contiene dicha ley y su reglamentación que no será objeto de tratamiento en el presente. Por otra parte la sanción de la Ley de Lealtad Comercial 22.082 y sus modificatorias 24.240 y 26.993 han sido de alguna manera alcanzadas por el decreto de necesidad y urgencia 274/ 2019 del 17/4/2019, que destaca en sus fundamentos que no existía normativa general que unificara las conductas desleales que complementarían a la ley 27.442, por un lado, y definir una regulación integral y sistematizada de la competencia desleal, así como simplificar la normativa sobre publicidad comercial e identificación o de mercaderías, permitiendo al comerciante el cumplimiento de las normas y al consumidor el acceso a la información, cuya constitucionalidad aún no ha sido considerada por el congreso y mucho menos analizada por la Justicia.

IV. LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA DESDE EL PUNTO DE LAS NORMAS ANTITRUST EN EUROPA

Considero que las reflexiones precedentes ayudan a considerar la evolución de la distribución antes y después de Internet que ayudan a entender la génesis de la distribución selectiva, que, como anticipamos, es utilizada en materia marcaria, protegiendo tanto objetos de lujo, como de alta técnica. En efecto en los productos de marca el proveedor o fabricante busca tener una relación preferencial con diversos revendedores bien ubicados que operan al por menor, con determinadas características, para lograr una venta óptima de sus productos, en función de una característica cualitativa accesoria, muy visible en los productos de lujo o de alta técnica que requieren vendedores mejor preparados, con locales bien ubicados, personal de venta debidamente entrenado y con habilidad para hacer conocer las características de los productos de marca o de alta técnica en negocios debidamente presentados con elegancia y exclusividad. Como tales productos deben ser vendidos

exclusivamente en los negocios seleccionados, la creación de una red selectiva implica por su naturaleza que los miembros que pertenecen a dicha red no pueden vender sus productos a comerciantes que no integran esa red. Esa distribución selectiva puede ser cualitativa o cuantitativa (9). Pero, en ambos casos, la pertenencia a la misma obliga que la comercialización de tales productos sea efectuada por revendedores que cumplan los recaudos y ciertos estándares ya mencionados: competencia profesional, calidad de servicio y prestigio del punto de venta.

Ambas modalidades presentan como característica de la distribución selectiva que generan una reducción de la competencia intramarca, así como la exclusión de determinados tipos de distribuidores que no satisfacen los recaudos de comercialización, que depende de cada marca. Más aún el distribuidor no puede vender a cualquier revendedor sino solo aquellos revendedores a los cuales habilita y aprueba específicamente el proveedor salvo, por supuesto, al consumidor final.

En este punto, los autores distinguen entre distribución selectiva cualitativa en la que los distribuidores no tienen una limitación de número sino criterios objetivos ligados a la naturaleza del producto, a la profesionalidad en la atención, al servicio provisto en el punto de venta designado y a la gama de productos ofrecidos (10).

Por ese motivo la distribución selectiva puramente cualitativa no está alcanzada por el art. 101(1) de las normas de protección de la competencia, europea, siempre que satisfagan ciertas condiciones: la naturaleza del producto debe constituir un requisito legítimo para conservar la calidad y garantizar un uso correcto, en segundo lugar la elección del revendedor debe hacerse objetivamente entre todos los revendedores

(9) Conf. BORTOLOTTI, Fabio, *Manuale di diritto de la distribuzione*, CEDAM Editores Antonio Milani, 2007, vol. II, p. 243. Es interesante destacar que este prestigioso tratadista señala que “la distribución selectiva se utiliza principalmente en productos que requieren una calificación técnica del revendedor y en productos de lujo, para lo cual es esencial que sean comercializados en un contexto adecuado a su prestigio, a los fines de que el productor se asegure que el revendedor responda a las características deseadas efectuando una selección de los revendedores (según criterios más o menos rígidos) e impone a todos ellos la prohibición de vender a comerciantes ajenos a la red. De ese modo se crea una red cerrada, en la cual operan como revendedores solo aquellos seleccionados, lo que deja menos espacio a la competencia y puede en algún caso obstaculizar el acceso al mercado de productos concurrentes”. Del mismo autor *Sistema di distribuzione selettiva nel diritto antitrust comunitario*, Conter- Impresa Europa, 1996, ps. 27 y ss.

(10) Conf. TJEU, sentencia del tribunal en “Groupement d achat Eduard Lecler c. Commissione” Racc., 1996, p. II-1961, t. 88-92.

potenciales sin ser discriminatorio, y en tercer lugar estos no pueden vender a otros comerciantes los productos sin que tales comerciantes sean aprobados por fabricante. La distribución selectiva puede ser exclusiva o no exclusiva.

En cambio, la distribución selectiva cuantitativa limita directamente el número de revendedores óptimos para un territorio imponiendo a los mismos entre un mínimo y máximo de compra anual o mensual, según el caso, a cada revendedor, exigiendo una determinada estructura y autorizando una zona de actuación exclusiva tratando de que cada uno tenga un espacio suficiente propio de modo de fijar la dimensión de la red y el número de puntos de venta dentro de la misma, manteniendo la prohibición de vender a comerciantes ajenos a la red, y solo excluyendo a consumidores finales, aunque la intervención de la autoridad antitrust europea le obligo a poder vender a otros revendedores de la misma red para mantener un mínimo de competencia interna.

En definitiva, tanto una como otra forma de distribución se benefician con la exención grupal anticompetitiva, siempre que sus ventas no representen más de 30% del mercado relevante de los distribuidores, y dicho porcentaje se establece sobre las ventas activas del distribuidor exclusivo. En realidad, se considera que el sistema de distribución selectiva, en términos de eficiencia, no comportan efectos anti competitivos, y si se verificasen estos en un caso particular, la exención sobre el producto o categoría de productos en cuestión pueden ser revocados.

La posición del proveedor en el mercado y de su competencia son, sin embargo, importantes para determinar si la posición de la competencia es muy reducida en ese mercado y muy fuerte la del proveedor, que puede tener generar efectos anti competitivos. Esta circunstancia es más visible en el segundo tipo, el de la distribución selectiva cuantitativa, en cuanto el incremento del número de distribuidores autorizados puede provocar un efecto anti competitivo. La barrera de acceso al mercado está dada también por el número de exclusiones de revendedores no autorizados. Estos quedan marginados. El art. 5º letra e del reglamento de exención por categorías prohíbe al proveedor obligar directa o indirectamente a sus distribuidores autorizados a no vender marcas de proveedores competitivos para evitar la colusión horizontal y que el distribuidor selectivo adquiera una preponderancia como comercializador líder en un mercado creando un agrupamiento selectivo de su parte que sumado a la venta del proveedor rebase el límite del 30% del mercado relevante, pero en Europa si un producto es susceptible de crear una barrera en el mercado generando una posición dominante, dicha circunstancia permite

la intervención de la comisión, aunque no haya partición o repartición de mercados y más aún hoy en la era de Internet los acuerdos realizados en un mercado pueden afectar el comercio entre estados, aunque el producto provenga de compañías de un mismo grupo económico, que anteriormente estaban excluidos, por entender que un grupo económico no negocia consigo mismo y, por ende, no hay concertación. Sin embargo, la corte de Justicia revirtió esa postura declarando que la venta de un producto provenga de convenios entre la sociedad madre y sus afiliadas incluso al 100% eran susceptibles tales acuerdos de encuadramiento conforme al art. 101 (11).

Otra característica de la distribución selectiva desarrollada tiempo atrás de haberse acuñado esta categoría y que es usada contemporáneamente en los perfumes de lujo (12), resulta de la práctica donde productores de la competencia designan al mismo revendedor minorista, a pesar de estar ligado este por un contrato de distribución selectiva con otro competidor. Ese mismo motivo señala Bortolotti es por el cual este instituto no sufrió impugnaciones de la comisión de defensa de la competencia en razón de la existencia de los criterios que resguardan la calificación profesional del revendedor siempre que sean justificables. De esa manera al estilo americano se estableció una suerte de *rule of reason* o regla razonable que admite soluciones excepcionales en lugar de una regla *per se*, donde la prohibición es automática. También debe tenerse en cuenta que el precio no es el único factor que se mira a la luz del art. 101 de la reglamentación vigente. Así la regla que en la distribución selectiva prohibía vender al distribuidor a revendedores no autorizados fue modificada por el Reglamento 2790 de 1999, art. 4º, que permite a los miembros de la red a vender a revendedores no autorizados e incluso a distribuidores operando en diferentes niveles de comercialización (mayoristas o al por menor). Asimismo, la Comisión Europea acepto en los casos “Saint Laurent” y “B&W Loudspeakers”, ambos distribuidores selectivos a vender libremente en Internet, en determinadas condiciones, manteniendo razones de criterio, es decir, de fondo, pero permitiendo

(11) CS, 6/3/1974, caso 6/73, “Commercial solvens v. Commission”, ECR 1974 225 o del mismo tribunal case 240/82, 6/3/1985, “SSI vs. Commission”, ECR 1985 3831 48-49.

(12) Así, en el caso “Vereeninging van Comenthandelaren”, esta compañía cementera tenía el 67% del mercado holandés y solo vendía en dicho mercado. Aun así, la Corte de Justicia entendió que el acuerdo violaba el art. 101, porque a pesar de que las ventas eran todas domésticas ese mercado estaba dominado en una base nacional, sostuvo que al vender solo a revendedores en sus términos en ese mercado tampoco permitía a productores de otros estados o revendedores penetrar en el mercado holandés.

ampliar el círculo de revendedores autorizados, siempre que dichas ventas no superen la cuota del 30 % del mercado relevante.

Por otra parte, debe destacarse que los acuerdos restrictivos en Europa son prohibidos solo si restringen a la competencia de una manera apreciable. Esta regla permisiva que permite no aplicar el art. 101.1, se denomina *de minimis*, también afecta en algún modo a los efectos del criterio sobre afectación del comercio, ya que la Comisión Europea de defensa de la competencia en sus Guías sobre el efecto de afectación del Comercio en los arts. 101 y 102 del tratado de la UE dispone lo siguiente: “en principio la vulneración de principios del sistema, que no sean capaces de afectar significativamente el comercio entre Estados miembros, quedan excluidas si las siguientes condiciones acumulativas se verifican:

a) El valor agregado del *market share* entre ambas partes dentro de la CE afectados por el acuerdo no exceden el 5% y

b) En caso de acuerdos verticales el valor agregado anual de la comunidad de ingresos del proveedor según el acuerdo no excede de 40 millones de euros, aplicable también en el caso de convenios de licencia al *turnover* o ingresos anuales del licenciataria incorporando la tecnología de los productos licenciados, así como el monto del producto licenciado sumados. De ahí surge una presunción discutible que los acuerdos valúados cumulativamente que alcancen, pero no sobrepasen tales mínimos no afectan apreciablemente al comercio entre Estados miembros y, por ende, no son alcanzados por el art. 101(1), aunque incluyan restricciones que puedan haber sido identificadas como restricciones absolutamente prohibidas (*hard core restrictions*) y previstas en las excepciones grupales y las Guías emitidas por la Comisión (13). Esto ha dado pie a diferencias

(13) Resulta interesante destacar que las reglas de *de minimis* han recibido la atención de la comisión y de los Corte de Justicia, pero ambos *criterios difieren*. Conf. BORTOLOTTI, Fabio, cit., p. 16, quien ha examinado el tema y señala que para el Tribunal de Justicia de la UE ha señalado en el caso “Volk-Verbaecke”, cuyo acuerdo tenía por objeto restringir la concurrencia. En dicho acuerdo el citado tribunal señaló que, aun un convenio exclusivo de venta, con una protección absoluta, puede escapar a la prohibición del art. 101 cuando afecta al mercado en forma insignificante, teniendo en cuenta la débil posición de las partes con relación al mercado de ese producto. Así, un porcentaje mayor al 5% fue considerado importante, mientras un porcentaje del 0,2% fue considerado insignificante. Entre ambas zonas existe una zona gris que requiere una evaluación caso por caso. En cambio, la Comisión de Defensa de la Competencia Europea prefirió usar tanto porcentajes determinados de mercado, así como la cuantía de los ingresos como criterios para definir la regla de *de minimis*, determinando con precisión los casos en que la regla de *de minimis* no afecta apreciablemente a la prohibición del art. 101(1) del Reglamento.

de criterio sobre la regla de minimis entre la Comisión antitrust y la corte de justicia de la UE que abonan dos posiciones diversas sobre el mismo tema (14). Para entender lo complejo del tema en la Unión europea, hay que tener en cuenta que el porcentaje del 15% no se aplica en caso de efectos acumulativos cuando existen en el mercado red de acuerdos paralelos que tienen los mismos efectos y pertenezcan a distintos proveedor o distribuidores.

La exclusión de otros proveedores no constituye normalmente un problema si los otros competidores pueden utilizar a esos mismos proveedores, es decir, a condición que el sistema de distribución selectiva no sea utilizado para promover el mono-marquismo, pero como hemos visto limita la aplicación de los porcentajes de mercado descriptos precedentemente.

Por otra parte cabe señalar, a riesgo de mostrar el casuismo y lo intrincado del tema que en el art. 11 de la norma de la comisión del 2010 expresamente excluía de la regla de minimis a los acuerdos verticales entre no competidores que contenían un número elevado de *hard core restrictions*, es decir, prohibiciones similares a las contenidas en el art. 2º de la ley 27.442, que directa o indirectamente tenían por objeto a) la restricción del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pudiera establecer un precio máximo o recomendar un precio de venta, siempre que no sea un precio fijo o un precio mínimo de venta o indirectamente llegasen a ese resultado por incentivos ofrecidos por cualquiera de las partes.

De igual modo, se consideró en la notificación de la comisión de la res. 330/2010 que la restricción territorial o la venta a ciertos clientes por las que el comprador podría vender bienes o servicios, exceptuando a:

i) Las restricciones por ventas activas en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo, reservado por el proveedor para otros compradores, sin que ello limite las ventas a otros clientes del comprador.

(14) La comisión ha afirmado que los acuerdos que pueden afectar el mercado entre estados miembros y que pueden prevenir, restringir o distorsionar la competencia en el mercado interno art. 101(1), pero no lo hacen en forma apreciable si: a) el valor agregado de la participación en el mercado de ambas partes no excede del 10% o si la participación en el *market share* de cada parte “no excede el 15% de cada uno de los mercados relevantes afectado por el acuerdo, cuando el acuerdo entre las partes es entre no competidores, reales o potenciales, en ninguno de esos mercados, según una norma del 2014”.

ii) Las restricciones de ventas a consumidores finales por un comprador operando a nivel mayorista.

iii) Las restricciones de ventas a revendedores no autorizados por miembros de un sistema de distribución selectiva, y

iv) La restricción de la habilidad del comprador de vender componentes provistos al mismo, a clientes que los usarían para fabricar el mismo tipo de bienes que los producidos por el proveedor.

En resumen, para clarificar el casuismo de este tema hay dos visiones sobre este punto mientras el Superior Tribunal observa el posible impacto en el mercado de los acuerdos entre partes, la Comisión tolera un mayor número o rango de acuerdos que considera en detalle y que tienen un impacto bajo en el mercado.

Es de destacar que las resoluciones de la comisión no obligan a otras autoridades como la Corte de la Comunidad, los tribunales nacionales, los tribunales antitrust nacionales que, por ende, pueden entender que las aludidas excepciones caen bajo la prohibición del art. 101(1), siendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la autoridad superior, cuya sentencia es final y no susceptible de revisión sobre temas de competencia para toda la Unión europea. Sin embargo, los abogados y sus clientes muchas veces abandonan la apelación de casos resueltos por la Comisión por el elevado costo de litigar luego de pasar por tribunales nacionales hasta llegar a la Corte de Justicia de la Unión Europea.

Recientemente, la Unión Europea por vía de la comisión antitrust estableció una multa cuantiosa de 38.821.000 euros a la firma Guess, en función de que tres de sus compañías (15) infringieron el art. 101. Que ha suscitado cierto revuelo.

Al respecto, la comisión precisó que Guess había restringido a sus revendedores autorizados a usar los nombres y marcas de Guess con el propósito de usar publicidad online en los sistemas de búsqueda de Google.

1) Vender online sin la autorización previa, discrecional y específica de Guess.

(15) El fallo fue firmado el 17/12/2018 y las tres subsidiarias fueron halladas culpables de haber impuesto restricciones publicitarias online, a través de Google AdWords, para ventas fuera de sus territorios autorizados, así como precios de reventa a miembros de su red de distribución selectiva en países situados en el área de la Unión Europea.

2) Vender a consumidores ubicados fuera del territorio autorizado de los revendedores.

3) Realizar *Cross Selling* entre mayoristas y revendedores.

4) Decidir independientemente el precio al por menor de los productos Guess.

La comisión interpretó que todas esas restricciones era restricciones por objeto, en violación al art. 101(1) del tratado, que excluye la necesidad de la comisión de probar sus efectos anti competitivos en el mercado o las prohibiciones del art. 4º del reglamento, si entendía que se restringían o distorsionaba la competencia en el mercado común. Ello motivó las críticas de una especialista, S. Bortolotti que interpretó que no todas las faltas que se mencionan en el fallo se deben a restricciones por objeto, y que la Comisión debió haber explorado la evaluación discrecional de las políticas de Guess sobre *ad words - advertising* y designó erróneamente al sistema como distribución selectiva, cuando en realidad se trata de un sistema en parte exclusivo y en parte selectivo, lo que impediría designar distribuidores exclusivos a nivel mayorista para vender a sistemas de distribución selectiva. El tema podrá seguir hasta las instancias de la Corte de Justicia de la UE o ser solucionado a nivel de la Comisión.

Esta discusión seguramente provocara nuevas interpretaciones pero una de ellas me mueve reflexionar que la decisión de la Comisión, fuera de que condena prácticas del otorgante en dar instrucciones sobre publicidad y precio a sus revendedores entra en un terreno conceptual resbaladizo, ya que ambas características son propias de una red de franquicias, donde el franquiciado no puede hacer publicidad fuera del territorio ni tampoco la que se le ocurra en su zona de actuación, sin la previa aprobación del franquiciante, celoso de la imagen y posicionamiento de la marca.

V. ACUERDOS EXENTOS BAJO EL ART. 101 DEL TFEU

Creo oportuno ahora luego del intrincado casuismo generado en torno a los aspectos de las normas antitrust europeas sobre el alcance del art. 101(1) y para entender mejor cómo funciona el sistema europeo delinear los acuerdos exentos de la acción de la Comisión antitrust europea. Los acuerdos exentos están contemplados bajo el art. 101(3) del reglamento que establece en cuáles condiciones ciertos tipos de acuerdos están exentos de la prohibición sobre acuerdos restrictivos de la competencia, a saber:

a) Cuando dichos acuerdos contribuyan a la producción o distribución de bienes o promuevan el progreso técnico o económico, mientras permitan a los consumidores participar equitativamente (*fairly*) del beneficio resultante y siempre que no.

i) impongan a las empresas afectadas restricciones que no sean indispensables para el logro de tales objetivos.

ii) Permitan a tales empresas la posibilidad de eliminar a la competencia respecto a la provisión de una parte substancial del producto en cuestión.

Resulta obvio que la empresa que cae bajo el art. 101 puede eximirse de sus consecuencias y encuentra una excepción conforme a los términos del art. 103(1).

De ello como señala el tratadista Fabio Bortolotti a quien seguimos se deduce que hay dos caminos para hacer uso de la exención. Argüir que el caso está contemplado en el art. 103(1) encuadrando la situación en sus excepciones o alegar que algunos de las condiciones del art. 101 sobre prácticas restrictivas no son aplicables y que el convenio restrictivo no es tal alegando que la interpretación de prácticas restrictivas debe ser estricta, como toda prohibición (16). Por lo tanto, a la luz de la propia normativa europea que a partir de la reg. 1/2003 modifica la regla de que las excepciones del art. 103 solo podían ser hechas por disposición de la Comisión a través de una disposición individual o una exención grupal, la posibilidad de calificar ciertos acuerdos como poco dañosos para originar restricciones a la competencia constituyó un instrumento válido para los letrados para alegar que los acuerdos aparentemente involucrados cumplían en lo substancial con las previsiones del Reglamento sin infringir el 101(1). En esta instancia y a riesgo de agobiar al lector reiteramos que el art. 101(1) ex art. 81(1) prohíbe y declara como incompatible con el mercado común:

(16) BORTOLOTTI, Fabio, discurso pronunciado con motivo de este tema en el congreso de la IDI realizado recientemente en Chernobio utilizando el mecanismo del *rule of reason*, es decir, aquel que permite cuestionar una norma aparentemente mandatoria dando una explicación fundada sobre la excepción alegada. Esto surge de la práctica norteamericana que distingue las normas *per se*, que, además de ser mandatorias, no admiten otra solución o su impugnación y las normas que establecen conductas que admiten ser discutidas bajo el *rule of reason*, que podríamos traducir por un razonamiento que permite introducir excepciones a esa regla, muy propio del *common law*, que nosotros llamaríamos normas dispositivas., para dar una versión civilista del tema. Nota del autor.

i) los acuerdos entre partes, decisiones de asociaciones o de empresas o prácticas concertadas,

ii) que puedan afectar el comercio entre Estados miembros y

iii) que tienen por objeto o efecto la limitación, restricción o distorsión de la competencia dentro del mercado común, estableciendo en particular los casos de restricciones específicas o *hard core restrictions*. Estableciendo luego en el 101 (3) las condiciones de inaplicabilidad que veremos en detalle.

Esta posición permite argüir ante cualquier tribunal que quien quiera alegar y solicitar la aplicación del art. 101.1 debe probar que los extremos del dicho artículo estén acreditados, así como que la parte que busque excluirlos con base en el 101(3) debe, asimismo, cargar con el peso de probar lo contrario.

Todo esto es sirve para mantener la vigencia de las llamadas *block exceptions*, que la comisión dicta con carácter general como instrumento igualmente válido para evitar discutir la generalidad de ciertos acuerdos, salvo que en un caso individual el mismo no se ajusta a los términos de la excepción grupal o general, sin perjuicio de que la Comisión está autorizada por la regulación del consejo 1/2003 en un caso particular a disponer que la regulación general no es aplicable, por aplicación de los fundamentos de la res. 330/2010 en sus párrs. 13 y 14(17) y, sobre todo, considerar que la restricción por objeto o sus consecuencias si son clara y manifiestas por su propia naturaleza automáticamente determinan la aplicación del art. 101(1) independientemente de su potencial o real efecto sobre el mercado.

Esta resolución, finalmente, contiene una norma de gran importancia aquella que dispone la exención automática de restricciones que no están expresamente prohibidas, con la excepción de las *hard core res-*

(17) Al respecto, cabe recordar que diferentes regulaciones generales excluían a diferentes distribuciones exclusivas bajo regulación 1983/83, la 19884/83 excluía ciertas categorías de contratos exclusivos de compra, la regulación 4087 excluía la exención de ciertas categorías de acuerdos de franquicia y la 1475/95 excluía la exención de ciertas categorías de concesión de venta y servicio de vehículos automotores. Con la salvedad de esta última, la 1795/95 todas las demás exenciones fueron suplantadas por la res. 330/2010 hoy en vigor que contempla la exención grupal VBER de venta de todas clases de bienes y servicios, con la excepción de vehículos automotores cubiertos por regulación 1400/2002 hasta fines del año 2013 —incluyendo los acuerdos de distribución selectiva e incluso ciertos acuerdos industriales de suministro, que no son acuerdos, a nuestro juicio, ni en la legislación argentina, convenios de distribución—.

triction enunciadas en su art. 4º y las restricciones no exentas del art. 5º como la cláusula de no competir por un término no menor de 5 años, pero tal limitación no invalida el resto de acuerdo.

Finalmente, la tercera peculiaridad de la regulación es el art 3(1), que limita la exención grupal al proveedor si el *market share* del mismo excede del 30% del mercado relevante y agrega también el *market share* del comprador, su distribuidor, para el caso, que tampoco debe exceder el 30% de su mercado relevante, lo que no siempre es fácil de determinar.

Ciertamente, un franquiciado no puede vender productos en nuestra ley a revendedores que no pertenecen a la red de franquicias. Ni tampoco hacer ventas en *cross-selling*, con mayoristas, sin la autorización expresa de su franquiciante. Por último, sobre la observación relativa a la fijación del precio es nuestro sistema el precio de venta es libre, hasta cierto punto, para el franquiciado, porque el producto o el servicio fue probado para ser comercializado junto con la promoción de la marca para llegar a cierto público consumidor, pero el franquiciante puede legítimamente fijar precios máximos porque desea que su sistema se dedique a la venta a un sector determinado del mercado, o la estrategia y su *target* es llegar a ese sector, con un rango de precios, ya que, con dicho objetivo, fue el sistema probado y desarrollado.

Parecería que un sistema de distribución selectiva se le parece mucho, pero no es lo mismo desde el punto de vista jurídico un sistema de franquicias, que se ofrece a alguien para que tenga una oportunidad de desarrollarse con un concepto probado a su riesgo y que generalmente el candidato normal no es un comerciante avezado frente a los requerimientos del revendedor o distribuidor selectivo. Este no es alguien sin experiencia sino un comerciante avezado, que es buscado porque tiene las condiciones como comerciante en el ramo para comercializar el producto o el servicio involucrado en un sistema de distribución selectiva, que busca calidades especiales en sus revendedores que elige cuidadosamente, en una relación que tiene mucho del *intuitu personae* de la franquicia. Ambos son conceptos diferentes, aunque ambos tienen una cosa en común buscan comercializar un producto o prestar un servicio corriendo el riesgo de la comercialización por cuenta del franquiciado o del distribuidor selectivo en primer término.

Por ello, sin que entre a juzgar las facultades de la Comisión, en el fallo "Guest", encuentro reprochable que productos de marca se le impongan criterios de venta de productos masivos, sin fijar los límites de uno y otro. En cualquier caso, algunas de las restricciones condenadas por la Comisión son típicas de la distribución selectiva, de una primera

época. La publicidad de un producto de marca no puede ser libre para un distribuidor nunca, porque ello traería una confusión sobre el producto y sobre la marca perdiéndose la esencia de lo que el titular de la marca pretende comunicar en el mercado y a sus consumidores sobre su producto, particularmente en productos de lujo, pero también en los productos de técnica compleja para conocimiento e información del consumidor.

En resumen, creo que, aun dentro de las normas del Cód. Civ. y Com., la distribución selectiva es factible de ser incorporada en nuestro sistema legal, desde el momento que no es necesariamente exclusiva, ya que la ley permite pactar la no exclusividad, sino que atiende a un modo de comercializar cierto tipo de productos y por los argumentos vertidos si la concesión puede ser no exclusiva con mucho mayor razón lo puede ser un contrato de distribución, como lo son los contratos de distribución selectiva, ya que la única característica que tiene la distribución selectiva es que ella misma convive con otros distribuidores selectivos en territorios muy poblados, por ende, es no exclusiva, pero exige como condición sine qua non, que los revendedores o distribuidores de sus productos se atengan a observar una serie de características de la presentación del producto tanto en lo referente a la profesionalidad de quien lo comercializa, del lugar donde se lo encuentra y de la atención que recibe su cliente, todos los que responden a acentuar los rasgos distintivos tanto de la publicidad que los difunde como de las ventajas que presenta, que son absolutamente pactables en función del principio de la autonomía de la voluntad y de la buena fe contractual, ambos recogidos en el Cód. Civ. y Com. constituyendo un contrato innominado en nuestra ley que hemos resumido precedentemente y que, en primer término, se rige por las normas que las partes han pactado y tratándose de un contrato con cláusulas predispuestas serán cuestionables las cláusulas claramente abusivas, conforme a la norma que lo permite para los contratos paritarios. Por otra parte, tratándose en los contratos de lujo de contratos de marca cabe resaltar que la jurisprudencia ha validado aquellas normas que tienden a proteger a la marca y es válida su terminación si la acción del revendedor afecta el prestigio o las características de la marca. Por ende, el distribuidor selectivo con o sin licencia de marca no puede contractualmente afectar en modo alguno la imagen de la marca, así como el franquiciado en la franquicia puede afectar el *know how* que la soporta.

Entiendo que es válida la cláusula de que el revendedor autorizado no pueda vender a otros revendedores no autorizados, lo que constituye causal de terminación. Pero esos mismos distribuidores por sí mismos o a través de sus revendedores designados, son libres de vender a consumidores y a mi juicio pueden vender online, previa aprobación de la publi-

cidad por su distribuidor, incluyendo el nivel, de precios que pretende, y como sabemos en cuanto se refiere a nuestro país, si son sugeridos, son posibles y también lo son en Argentina, si se fijan precios máximos, debiendo observarse en este sentido, con cuidado las prácticas restrictivas absolutamente prohibidas en materia de protección de la competencia, que producen perjuicio al interés económico general, evitando de ese modo concertar precios o decidir unilateralmente exceder precios máximos fijados por el proveedor en la inteligencia de los arts. 2º y 3º de la ley 27.442, en lo referente a si dichas normas permiten, mediante prueba en contrario del imputado, aplicarle el *rule of reason*, como deberá decidirse (18).

Pero hasta ahora la Comisión provisional, aún en funciones, no permitió que se fijan precios de reventa por prohibirlo normas vigentes (la ley lo prohíbe expresamente) debiendo tenerse en cuenta su situación con relación a la posición dominante que el proveedor o el distribuidor puedan tener en un mercado determinado.

No es ajeno al presente trabajo las normas sobre lealtad comercial que deben ser observadas, pero que he preferido obviar en este trabajo su consideración, sobre todo por el polémico decreto de necesidad y urgencia que ha introducido diversos cambios en la legislación vigente que deberán pasar el test constitucional en algún momento, como lo ha observado algún autor nacional, por tratarse de un decreto de necesidad y urgencia (19).

No obstante y a pesar de la incidencia de las normas de defensa de la competencia en materia de distribución comercial que, a mi juicio, han llegado para quedarse, en tanto se trate de procesos concertados y decisiones unilaterales que no conculquen normas vigentes, haciendo uso de prácticas prohibidas, la posibilidad de incorporar la distribución

(18) Ver MARZORATI, O. J., “El abuso de posición dominante”, en *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, edición especial La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 186 donde sostengo que es posible considerar que sea una norma *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

(19) ARANOVICH, Fernando, “Un burladero de los precios. El decreto de lealtad comercial”, edición especial del LL del 22/5/2019, ps. 2 y ss. Aunque también otros autores han destacado en forma positiva alguna de las innovaciones que ha traído el decreto de marras. DEL PINO, Miguel - PERUZZOTTI, Mariano, “Nuevo régimen de la lealtad comercial en Argentina”; destacando que la vieja ley de lealtad comercial estaba desactualizada, mientras la nueva ley ha incorporado los procedimientos electrónicos, y el efecto competitivo de empresas y plataformas digitales que también están comprendidos y sancionados en la nueva legislación. LL, número especial extraordinario del 22/5/2019, ps. 15 y ss.

selectiva es un camino positivo y flexible para incorporar nuevas formas contractuales y tecnologías que han tenido su tiempo de decantación en Europa y que posibilitan a las empresas prever nuevos mecanismos para comercializar sus productos.

A mi modo de ver será necesario incorporar esta forma contractual de distribución mediante normas regulatorias consistentes con el nuevo Código, pero que permitan mayor flexibilidad a las empresas para utilizar procedimientos ya probados con éxito en Europa, que ha sabido buscar tanto en la exención general como en el caso particular a través de normas dictadas la Comisión Europea o del Tribunal de Justicia de la Comunidad validar los convenios de distribución selectiva.

Nuestra nueva Ley de Defensa de la Competencia ha sido un paso, pero es diferente de las normas europeas y, además, aún no está constituido el Tribunal de Defensa de la Competencia cuyos miembros serán elegidos conforme a un procedimiento de selección público buscando ante, cedentes e idoneidad y no designaciones de oficio por el Gobierno de turno. Falta aún la constitución de la sala especializada de la Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires, que conocerá en apelación de las resoluciones del Tribunal administrativo de Defensa de la competencia y la elección de sus miembros, procedimiento demorado pero que tendrá lugar en el futuro próximo, empero el hecho de que el concurso de antecedentes de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia se encuentre en pleno desarrollo es un hecho positivo.

PARTICULARIDADES DE LOS CONTRATOS DE DERECHO DE AUTOR

POR DELIA LIPSYC

La importancia que el doctor Jorge H. Alterini otorgaba al área de los derechos sobre bienes inmateriales, y en particular al derecho de autor, se manifestó con frecuencia, en especial durante los años en que estuvo a cargo del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Muchas veces le expresé mi agradecimiento, por ello, y deseo reiterarlo en ocasión de este homenaje, abordando un tema de intersección entre los contratos y el derecho de autor.

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos son el medio a través del cual el autor ejerce los derechos que le reconoce la ley autorizando la utilización de su obra, lo cual le permite convenir las condiciones en que se efectuará esa explotación y obtener una remuneración por el uso del producto de su esfuerzo creador.

A su vez, los derechos con que cuenta el usuario primario de las obras, es decir, el editor, empresario, productor, etc. son los que el autor le ha transmitido por el contrato, sin perjuicio de los que les puedan reconocerles normas específicas.

Por su parte, el público está siempre más deseoso de poder disfrutar de las obras sin trabas.

¿Es necesario limitar el principio de la autonomía de la voluntad —o libertad contractual o de estipulación— de las partes?

Es sabido que ese principio de la autonomía de la voluntad perjudica a la parte más débil. Y en esta materia, habitualmente es el autor, porque es la parte con menor fuerza económica o poder de negociación, como en otras áreas, p. ej. en derecho del trabajo es el empleado y en materia de derecho del consumo es el consumidor.

Una de las primeras frases muy expresivas que escuché cuando comencé a transitar esta materia fue: “Hay que defender al autor de sí mismo”. Y así es, porque el autor, cualquiera sea su poder económico, padece de una *debilidad estructural* que le impide discutir libremente las condiciones del contrato, ya que el éxito es errático. Además, ¿cuántos somos los que escribimos artículos o damos conferencias sin cobrar?

Para las empresas las obras son un insumo básico, pero uno más. Es como si una panificadora pretendiera no pagar la harina. Pero en este último caso se trata de personas que, en general, tienen parigual poder negociador.

La posición del autor es débil. Y con una actitud responsable las empresas no deberían tener que conducir sus negocios en detrimento de los creadores.

Esto último a algunos les debe parecer muy naíf. Y puede serlo, razón por la cual surge la necesidad de que la ley establezca una protección excepcional que se concreta, cualquiera sea el poder económico del autor, porque, aun cuando se trate de uno “rico y famoso” su debilidad estructural subsiste, pues —como dije— el éxito es errático y, sin importar su celebridad, padece de una suerte de sumisión psicológica frente el usuario que le impide discutir libremente las condiciones del contrato. Además, porque se añaden otros factores:

a. una vez difundida la obra escapa al control del autor y es susceptible de ser apropiada, utilizada y transformada sin su intervención ni conocimiento; y esto se ha vuelto abismal en el entorno digital y de redes;

b. la inmaterialidad de la obra y el don de ubicuidad que la caracteriza no permiten su custodia física. Una obra puede ser usada simultáneamente en los lugares más distantes; existen utilizaciones fugaces, como la representación y la ejecución “en vivo”, e, incluso, aunque se utilicen grabaciones o se transmitan por radio o televisión, sus rastros —salvo los de indicios— desaparecen al concluir la utilización;

c. los beneficios económicos que recibe el autor están destinados a su sustento;

d. además, la necesidad de que su obra sea difundida, es decir, conocida por el público, forma parte de su impulso creador y de su vocación, y

e. hay que tomar en cuenta la competencia que implica la existencia de una enorme oferta de productos de éxito probado en distintas partes del mundo y el número de obras que entran al dominio público crece continuamente y compiten con las que se encuentran en el dominio privado.

De modo que la regulación legal de la transmisión por actos entre vivos debe contribuir a equilibrar las posiciones de ambas partes contratantes atendiendo a sus legítimos intereses. Esto no significa, en modo alguno, propiciar la supresión de la autonomía de la voluntad, pero sí de acotarla, de que las leyes establezcan, con carácter general y obligatorio, un mínimo de condiciones que permitan que la utilización de obras se lleve a cabo sin mengua de la finalidad político jurídica de la materia, frente a contratos con cláusulas predisuestas cuya modificación raramente el autor está en condiciones de negociar.

Una vez que el autor decide divulgar su obra la explotación puede ser realizada por él mismo —por su cuenta y riesgo— o, como generalmente sucede, a través de terceros.

El ejercicio de los derechos del autor —su administración— puede llevarse a cabo en forma individual, por el propio autor, o por un representante, o en forma colectiva, por intermedio de una entidad de gestión colectiva, generalmente una sociedad de autores en la que se delegan, en forma más o menos amplia según el género de obras, los distintos aspectos que comprende la administración de los derechos de autor.

II. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN GENERALIZADA A LOS DERECHOS PATRIMONIALES Y A LOS CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS

El carácter tuitivo del derecho de autor se concreta en algunos principios generales de aplicación a los derechos patrimoniales y a los contratos de explotación de las obras. Y aunque muchas legislaciones no contienen una sistematización semejante a lo largo de su articulado se encuentran varios de esos principios generales, que enunciados rápidamente son, básicamente, el principio de:

— *la independencia de los derechos* (1);

— *el principio de la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de las obras*, que va de la mano con el principio de la independencia de los derechos, pues ambos están profundamente ligados y uno conduce al otro (2).

Estos principios se aplican también en el área del copyright: reiteradamente los tribunales estadounidenses realizan una interpretación restrictiva de los contratos y aplican el principio de la independencia de los derechos (3).

(1) Ha sido expresamente reivindicado en la *Carta del derecho de autor* adoptada por la CISAC, en su 19 Congreso, en Hamburgo, en setiembre de 1956 (III, 9, párr. 2º) en los siguientes términos:

“Los diferentes derechos exclusivos del autor en lo que concierne a las utilidades económicas de sus obras tales como: la reproducción gráfica o la reproducción por cualquier otro medio mecánico, la adaptación cinematográfica, la representación, el recitado y la ejecución pública, la radiodifusión y la televisión, la adaptación a otra forma de expresión, son prerrogativas independientes la una de la otra, cuya transmisión a terceros sólo puede depender de manifestaciones expresas y distintas de la voluntad del autor”.

Ha sido aplicado en numerosos fallos y diferentes legislaciones lo enuncian en forma explícita, como Brasil, Costa Rica, República Dominicana, Venezuela, España, o bien implícitamente en diversas disposiciones, Francia, Argentina, etcétera.

(2) El principio de la interpretación restrictiva de los contratos es consagrado por las legislaciones, ya sea en forma explícita, o bien implícitamente en diversas disposiciones, como lo hace —p. ej.— la ley argentina 11.723 en los arts. 38, parte 2ª, 39 y 47 (art. 38, parte 2ª: “[el autor] puede traducir, transformar, refundir, etc., su obra y defenderla contra los defraudadores de su propiedad, aun contra el mismo editor”; art. 39: “El editor sólo tiene los derechos vinculados a la impresión, difusión y venta, sin poder alterar el texto, y sólo podrá efectuar las correcciones de imprenta si el autor se negare o no pudiere hacerlo”; art. 47: “La aceptación de una obra no da derecho al aceptante a su reproducción o representación por otra empresa o en otra forma que la estipulada, no pudiendo hacer copias fuera de las indispensables, ni venderlas, ni locarlas sin permiso del autor” (destacado añadido). En las sentencias de los tribunales de justicia se hace reiterada aplicación de este principio ya sea que se lo mencione o no explícitamente.

(3) Como ilustran las decisiones adoptadas en dos casos resueltos a principios del siglo XXI y relacionados con el entorno digital: “Tasini v. New York Times” y “Random House v. Rosetta Books” (LIPSYC, D., *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, CERLALC, Zavalía, 2004, ps. 300 y ss.). En “Random House v. Rosetta Books” el tribunal destacó que “las señales electrónicas digitales en Internet son un medio distinto del uso original —las palabras impresas en papel— y que el propio perito designado por Random había concluido que los medios son distintos porque la información almacenada digitalmente puede ser manipulada como no lo puede ser una información analógica”.

Otros principios generales en el tema que nos ocupa son:

— *que los derechos patrimoniales no están sujetos a numerus clausus* (4);

— *que no conocen más excepciones y limitaciones que las establecidas en la ley* (5);

(4) Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no solo en el momento de la creación de la misma, sino durante todo el tiempo en que la obra permanezca en el dominio privado. Sin embargo, con finalidad didáctica y para aventar problemas de interpretación de un principio básico en una materia relativamente poco difundida, las leyes mencionan, detalladamente, los distintos derechos patrimoniales, los cuales se corresponden con las diversas formas en que el autor puede ejercerlos (p. ej., el derecho de reproducción es el derecho a reproducir una obra mediante la realización de ejemplares o copias de la misma en cualquier forma material, incluido el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico; el derecho de representación es el de representar públicamente la obra dramática; el derecho de radiodifusión es el de transmitir o retransmitir la obra por radio y televisión; etc.).

Pero, aun cuando la ley no contenga tal ejemplificación —o algún derecho o forma de utilizar la obra no se encuentre mencionado—, ello no es óbice para que el autor disponga igualmente de todos ellos porque en las leyes de tradición jurídica continental europea o latina, como la ley argentina entre otras muchas, *los derechos patrimoniales son reconocidos con carácter genérico*.

Carlos Alberto Villalba pone de relieve que “La enumeración de las distintas facultades del autor tiene la finalidad adicional de dividir el derecho sobre la obra en varios derechos absolutos y completos. A diferencia del régimen sobre las cosas en el que los derechos reales sólo pueden ser establecidos por la ley —sistema cerrado o de numerus clausus— y no por voluntad de las partes, en el derecho sobre los bienes inmateriales intelectuales que son obras, rige la autonomía de la voluntad —sistema abierto—. El autor puede crear voluntariamente derechos absolutos sobre partes de su derecho a la obra” (“El control del autor sobre la utilización de los ejemplares de su obra. Planteamiento general”, en el libro memoria del *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1991, p. 500, § 12).

P. ej., Brasil, art. 28: “Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”; Francia, art. L.123-1, § 1: “El autor gozará, durante su vida, el derecho de explotar su obra bajo cualquier forma que sea y obtener de ella un provecho pecuniario”; Italia, art. 12: “El autor [...] tendrá el derecho exclusivo de utilizar económicamente la obra en cualquier forma o modo, originario o derivado [...] y, en particular, para ejercer los derechos exclusivos indicados en el artículo siguiente”; Costa Rica, art. 16: “[...] compete al autor autorizar [...] j) Cualquier otra forma de utilización, proceso o sistema conocido o por conocerse”.

(5) Las excepciones y limitaciones del derecho de autor están sujetas a *numerus clausus*; *son específicas*, a diferencia de los derechos del autor que son reconocidos con carácter genérico (a su respecto, rige, como dijimos, el sistema abierto). Por tanto, mientras la ley no establezca expresamente determinada limitación, *el derecho exclusivo del autor cubre toda posible forma de utilización de la obra* existente al momento

— *el principio de la independencia entre el derecho de autor y la propiedad del objeto material*(6);

— *un principio básico es el de la obligación de respeto del derecho moral*(7).

Otros principios son:

— *el de la presunción de onerosidad*(8);

de la sanción de la norma o que surja en el futuro como consecuencia del desarrollo tecnológico o de nuevas modalidades en la comercialización de obras y de productos culturales. No existe restricción alguna al goce de los derechos sobre las obras ni sobre las formas y las modalidades de explotación de las mismas. El derecho de autor confiere al creador el monopolio de explotación de la obra como derecho exclusivo, absoluto, oponible *erga omnes*.

(6) Este principio implica que la adquisición del objeto material (*corpus mechanicum*) en que está fijada la obra (*corpus mysticum*) no implica la cesión de ninguno de los derechos que sobre ella le corresponden al autor.

Tanto Francia (art. L.111-3) como España (art. 56) contienen previsiones expresas en tal sentido; del mismo modo Brasil (art. 37); Portugal (art. 10.1), Venezuela (art. 1.2).

Algunas leyes lo expresan en relación con las obras artísticas, como en las de Argentina (art. 54), Costa Rica (art. 91), Colombia (art. 185), Paraguay (art. 15, párr. 2º), Rep. Dominicana (art. 78), etcétera.

Sin embargo, ciertas legislaciones excluyen de esta regla el derecho de exposición pública de obras artísticas, como Brasil (art. 77), España (art. 56.2), Perú (art. 81) y Venezuela (art. 54.2).

(7) Se encuentra implícita en todos los contratos. Aunque las partes nada hayan estipulado al respecto, en todos los ejemplares o copias de la obra, así como en los anuncios y presentaciones —si se trata de comunicaciones públicas— el usuario debe consignar el nombre del autor de la obra, del traductor, del adaptador y de los demás autores cuyos derechos se encuentren involucrados, en la forma que usualmente se observa en utilizaciones similares.

No obstante ello, la forma de mencionar el nombre del autor, el lugar, el tamaño de la letra, etc. suelen ser objeto de especiales tratativas que se reflejan luego en el contrato, porque, si bien el derecho moral no tiene contenido patrimonial, no por ello deja de tener importantes efectos patrimoniales como, en el caso de la mención del nombre del autor, el “cartel” que el mismo puede lograr.

Lo mismo cabe decir de la obligación del usuario de respetar la integridad del texto y de efectuar la utilización en condiciones adecuadas a la clase de obra de que se trate.

(8) Ecuador, art. 166: “Los contratos sobre transferencia de derechos, autorización de uso o explotación de obras por terceros [...] se presumirán onerosos. [...]”; Guatemala, art. 72.2: “Todo traspaso entre vivos se presume realizado a título oneroso, salvo pacto expreso en contrario”; Venezuela, art. 50.2: “Salvo pacto en contrario, toda cesión de derechos de explotación se presume realizada a título oneroso”.

- *el principio in dubio pro auctore* (9);
- *que la exclusividad en el uso autorizado debe ser expresa* (10);
- *que los contratos sobre derechos de explotación son intuitu personae* (11);
- *que el autor puede fraccionar el ámbito de validez espacial y temporal de la autorización de uso de su obra y las distintas formas de comercializarla* (12);

(9) Es consecuencia de que —como se dijo— en términos generales el autor es la parte débil de la relación y del carácter tuitivo del derecho de autor, que en el derecho del trabajo se concreta en el principio *in dubio pro operario*. Colombia, art. 257: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de esta ley, se aplicará la más favorable para el titular de los derechos de autor”.

(10) Es una consecuencia de los principios de la independencia de los derechos y de la interpretación restrictiva de los contratos. El art. 49 de la ley 11.723 establece una excepción a este principio —salvo pacto en contrario— cuando se trata de la representación de obras inéditas: “El autor de una obra inédita aceptada por un tercero no puede, mientras éste no la haya representado, hacerla representar por otro, salvo convención en contrario”. Dado que se trata de una excepción, *a contrario sensu* se infiere que el principio general es que la exclusividad debe ser expresamente convenida. Costa Rica establece este principio en el art. 41 en relación con el contrato de representación, pero en el art. 36 lo excluye respecto del contrato de edición.

(11) El usuario siempre toma en cuenta la personalidad del autor, de modo que en relación con estos contratos son siempre *intuitu personae*. A su vez, la utilización pública de la obra la exterioriza y pone en juego el prestigio del autor, involucrando todo su derecho moral sobre aquella; es por ello que la ley argentina dispone en el art. 47 que “la aceptación de una obra no da derecho al aceptante a su reproducción o representación por otra empresa”. Algunas leyes como la costarricense (art. 26) y la venezolana (art. 57.2) también establecen el carácter *intuitu personae* de la contratación en relación con el usuario, aunque, en términos generales, las legislaciones no suelen consagrarlo respecto de este último a fin de que el contrato no resulte demasiado lábil. Sin embargo, en general se admite que el editor no puede ceder el contrato de edición por sí mismo, sin el acuerdo del autor, por ejemplo, en Francia (CPI, art. L.132-16), Italia (art. 132) y España (art. 68, d); esta última legislación contiene normas generales al respecto, que requieren el consentimiento expreso del cedente para que el cesionario en exclusiva pueda transmitir a otro su derecho (art. 49, párr. 1º) y, en relación con el cesionario no exclusivo, declara intransmisible su derecho (art. 50.1, *in fine*).

(12) Este es el derecho de distribución del autor, que en la Argentina está estructurado como *derecho de destinación* (siguiendo la terminología francesa *droit de destination*) porque debido al carácter abierto de la enumeración contenida en el art. 2º, el derecho de reproducción cubre no solo la confección de los ejemplares de las obras, sino también la determinación del “destino” de ellos, tanto en cuanto a la forma de circulación de dichos ejemplares (a través de su venta, alquiler, préstamo y cualquier otra transmisión de su propiedad o de su tenencia) y a su uso (privado o público).

— *que los contratos deben constar por escrito* (13).

Y llegamos al problema de las obras futuras y a las prohibiciones que se establecen, porque en relación con las obras futuras se plantea la necesidad de proteger al creador respecto de ciertas prácticas abusivas de contratación mediante las cuales, algunos usuarios, imbuidos de un espíritu codicioso tratan de aprovechar el estado de necesidad o la inexperiencia del autor, especialmente en los inicios de su carrera, y dejarlo al margen de los actos posteriores de explotación de sus obras. Consecuentemente, la transmisión global de derechos sobre obras futuras resulta inadmisibles, salvo que se encuentre limitada.

Por ello, para tutelar al creador respecto de modalidades voraces respecto de su obra futura, las legislaciones establecen distintas prohibiciones:

- de ceder globalmente obras futuras (14),
- de realizar pactos de no crear otras obras (15) o bien,

(13) Numerosas legislaciones exigen que el contrato sea escrito [Brasil, art. 50, en relación con la cesión total o parcial de los derechos de autor; Chile, art. 48, § 2; España, art. 45; Francia, CPI, art. L.131-2; Italia, art. 110; Uruguay, art. 8º] pese a que en muchas áreas de la utilización de obras este requisito no se cumple; por ello se considera que tal omisión no debe traer como consecuencia necesaria la nulidad del contrato sino que parece más razonable que se presuma la ilicitud de la utilización que no se encuentre autorizada por escrito, como lo hace la ley argentina en el art. 72 bis, § a) con respecto a la autorización para reproducir un fonograma al tipificar una de las formas comisivas del delito de piratería fonográfica y, especialmente, la ley costarricense en el art. 120: “La autorización del titular de derechos de autor y conexos será siempre expresa y escrita y se presumirá ilícita toda reproducción o utilización hecha por quien no la tenga”.

(14) Es consecuencia de los principios de la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de obras y de la independencia de los derechos patrimoniales. Varias leyes del área latinoamericana contienen disposiciones al respecto, entre ellas la ecuatoriana, art. 167, quinto párr. que dispone: “Será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro” y la brasileña que dispone en el art. 51: “A cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos. Parágrafo único. O prazo será reduzido a cinco anos sempre que indeterminado ou superior, diminuindo-se, na devida proporção, o preço estipulado”.

(15) Se debe a que tal condición, además de usuraria —porque pretende un beneficio ilegítimo derivado de anular la concurrencia de otras obras del autor coartando su creatividad— resulta contraria a los derechos humanos de libertad de creación y de trabajo, consagrados en los arts. 19 y 23, §1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en las Constituciones Nacionales, entre los derechos individuales y los sociales.

— sobre explotaciones inexistentes o desconocidas por las partes (16).

III. LA PRÁCTICA CONTRACTUAL Y LA INFLUENCIA DE LAS SOCIEDADES DE AUTORES

Es imposible analizar el tema que nos ocupa sin tomar en cuenta la influencia que, en la formación de los contratos tienen las sociedades de autores que realizan la gestión —administración— colectiva. La realidad demuestra que en las áreas en que dichas entidades actúan eficazmente tienen una gravitación indiscutible para equilibrar las relaciones entre autores y usuarios; y, aunque la ley admita la cesión o enajenación de derechos patrimoniales, sin embargo, las mencionadas sociedades solo otorgan autorizaciones de uso o licencias exclusivas o no exclusivas respecto de las utilizaciones que administran.

Esa influencia se manifiesta también en el hecho de que la reglamentación legal es más detallada en los campos donde habitualmente no se realiza la gestión colectiva, por ejemplo, la edición de obras literarias. En cambio, y esto se ve bien en la ley argentina, en materia de edición

Varias leyes de derecho de autor contienen previsiones expresas en tal sentido, como España, art. 43, § 4: “Serán nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro”; Ecuador, art. 167, párr. 6º: “Serán nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro”.

(16) También es una consecuencia de los principios de la independencia de los derechos y de la interpretación restrictiva de los contratos de explotación.

Al respecto es necesario distinguir entre los derechos de explotación que corresponden al autor en forma genérica (por lo que comprenden todas las formas de utilización que sean posibles tanto al tiempo de creación de la obra como en el futuro) y aquellos de que goza el usuario, los cuales se limitan a los medios y modalidades expresamente previstos en el contrato.

Como la remuneración se estipula tomando en cuenta el ámbito de explotación existente (el futuro es impredecible, máxime teniendo en cuenta el ritmo vertiginoso del desarrollo de la tecnología) si se admitiera la posibilidad de que el contrato comprenda modos de explotación aún inexistentes, se alteraría sustancialmente la base económica convencional en perjuicio del autor.

Sobre el particular España prevé (art. 43, § 5) que “La transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión” y Brasil establece (art. 49, § V) que “a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato”.

Francia admite la cesión de los derechos de explotación sobre tipos de utilización no previsibles o no previstos, pero esta cesión deberá ser expresa y estipular una participación correlativa en los beneficios de dicha explotación (art. L.131-6).

de obras musicales, representación y ejecución públicas, producción de grabaciones sonoras —o de reproducción mecánica—, inclusión de obras en films y demás áreas en que las contrataciones son de competencia de las entidades de gestión colectiva, Sociedad Argentina de Autores y Compositores (SADAIC) y la Sociedad General de Autores de la Argentina (ARGENTORES), el legislador no se ha preocupado por regularlas o la reglamentación legal es mínima.

La mayor parte de esos contratos siguen los modelos que se ha concertado entre las sociedades de autores y las cámaras empresarias, o bien se han conformado por una práctica reiterada. Pueden mencionarse, entre otros, los contratos de autorización de uso de repertorio, de grabación sonora, de edición musical, de representación teatral, de inclusión cinematográfica, de radiodifusión sonora y televisiva y de difusión por cable.

En relación con la intersección señalada y su importancia, Michel Walter considera, muy acertadamente, que el derecho contractual y una estructura legal para las sociedades de autores son dos de los cuatro pilares de un sistema de derecho de autor bien establecido y justamente equilibrado.

Walter sostiene que:

“También a nivel internacional, uno debe aceptar que un sistema de derecho de autor bien establecido y justamente equilibrado consiste en cuatro pilares. Aparte de reglas de protección sustanciales suficientemente elaboradas y de observancia eficientes, una estructura legal para las sociedades de autores debe ser formulada, lo que les permita actuar de manera efectiva en interés de los autores. Asimismo, una estructura de derecho contractual en sentido amplio es necesaria a efectos de proteger suficientemente a los autores quienes, como regla, están en la posición más débil de negociación y a menudo se enfrentan a socios superiores. En este último contexto se podría, dentro de las reglas de inalienabilidad ya mencionadas, pensar en fundar ciertos principios que restrinjan el ámbito de las cesiones y licencias, teniendo en cuenta los reclamos irrenunciables respecto de una consideración equilibrada o en cuanto a acuerdos colectivos negociados por las sociedades de gestión u otras entidades profesionales competentes.

“En todo caso la visión de ‘justicia distributiva’ debe ser seriamente considerada y no debería ser completamente librada al legislador nacional” (17).

(17) WALTER, Michel, “Derecho de autor internacional: vacíos, ambigüedades, estructura y ausencia de justicia distributiva”, *Congreso ALAI 2007*, Punta del Este (Uruguay), p. 340.

Carlos Alberto Villalba ha expresado, en el mencionado evento —el Congreso ALAI Punta del Este en 2007—:

“Un derecho del empresario travestido de derecho del autor no es una causa por la que valga la pena luchar” (18).

Quienes trabajan para las empresas quizás tengan una perspectiva diferente, como para quien redactó una cláusula contractual en el contexto jurídico del imperio de las *works made for hire*, institución propia del sistema angloamericano del Copyright, citada por la Prof. Jane Ginsburg, de la Universidad de Columbia (Nueva York) (19):

“...e incluso si un día se encuentra una puerta en el universo que conduce a un nuevo lugar en el no universo... o todo cae en un agujero negro por lo que nadie sabe cuál es y estamos todos muertos de todos modos así que a quién le importa, TODAVÍA poseeremos todos esos derechos...”.

IV. EL SISTEMA DEL COPYRIGHT

El *copyright* es la más antigua expresión jurídico-positiva del derecho de propiedad intelectual que conocemos y su sistema, con ciertas variantes, es la que inspira las actuales legislaciones de países tan avanzados como Australia, Canadá, Estados Unidos de América, Irlanda, Nueva Zelanda y el Reino Unido de la Gran Bretaña, aunque en nuestros días, se aprecia una evidente y cada vez más cercana proximidad entre sus normas y las del sistema del *derecho de autor* “como se puede comprobar en ciertas directivas de la Unión Europea”.

En la concepción jurídica continental europea únicamente se reconoce la calidad de autor y, por ello, la de titular originario del derecho, a la persona física que crea la obra; solo por excepción se admite que la titularidad originaria nazca en cabeza de otras personas (p. ej., en las obras colectivas —salvo pacto en contrario—).

Además, en los países del sistema continental europeo va tomando cada vez más fuerza el rechazo de la cesión total o parcial de los derechos del autor y la admisión solo de licencias o autorizaciones de uso, y así

(18) VILLALBA, C. A., “Volviendo a justificar el derecho de autor”, *Congreso ALAI 2007*, Punta del Este (Uruguay), p. 286.

(19) GINSBURG, J. C., conferencia sobre “La posición del autor en el *copyright* estadounidense”, pronunciada el 17/11/2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

están estructuradas en las leyes las regulaciones de los contratos típicos, es decir, los contratos de edición gráfica, de representación y ejecución públicas, de inclusión fonográfica, de radio y televisión, de realización de obras cinematográficas, donde no se opera una transferencia de derechos, sino que el autor, sobre la base de su derecho y sin perder la titularidad del mismo, transmite a favor del usuario primario uno o varios derechos, en los términos, por el tiempo y los territorios expresamente estipulados.

En algunos casos y legislaciones se establecen presunciones de cesión de los derechos de explotación de las obras, aunque limitada por las formas previstas por la ley.

En este sistema, el contrato de obra por encargo no origina una relación contractual laboral. La situación del autor que crea una obra por encargo es distinta de la del autor asalariado porque se encomienda al autor que, a cambio del pago de una remuneración, cree *determinada* obra para ser utilizada en la forma y con los alcances estipulados. El autor que acepta el encargo ejecuta su prestación libremente. Le corresponde la titularidad originaria sobre la obra y goza en plenitud de las facultades que integran su derecho en ambos aspectos: moral y patrimonial, aunque puedan encontrarse excepciones aisladas y puntuales (como en la ley argentina, art. 16, respecto de los colaboradores anónimos de una compilación colectiva sobre sus contribuciones de encargo).

El comitente solo puede efectuar la explotación prevista en el contrato de obra por encargo aun cuando el autor reciba indicaciones sobre la temática, los lineamientos principales e, incluso, sobre el título, y aunque estos elementos tengan originalidad, pues el derecho de autor protege creaciones formales.

La regulación establecida en la legislación civil para el contrato de *locación de obra* solo es aplicable en forma supletoria, y en cuanto no se oponga al derecho de autor, pues en aquella la obra deviene propiedad del locatario de obra o comitente.

La determinación de la titularidad de las obras hechas como consecuencia de una relación contractual laboral plantea dificultades originadas en el choque que, en este aspecto, se produce entre los principios del derecho del trabajo y los que rigen el derecho de autor. En materia laboral, los frutos del trabajo del empleado le corresponden al empleador en contraprestación del pago del salario. En materia autoral, las facultades del derecho moral son inalienables y tanto la cesión como la concesión

o licencia de derechos patrimoniales son de interpretación restrictiva y limitada a las formas de explotación previstas en el contrato.

Las obras creadas en virtud de una relación contractual laboral son frecuentes en determinados campos como el periodismo, la arquitectura, la publicidad, las artes aplicadas a la industria, las empresas productoras de complejos programas de ordenador. Esta situación supone que el autor asalariado va creando las obras a medida que el empleador se las solicita.

Los problemas que suscita la titularidad de estas obras suelen compararse con los que se presentan en materia cinematográfica pues, en ambos casos, es preciso que la explotación no se vea innecesariamente trabada por el derecho de interdicción que corresponde a los autores.

En general, en los países de tradición jurídica continental europea la adhesión al principio según el cual *el autor es la persona física que crea la obra* impide que la titularidad originaria del derecho de autor pueda ser atribuida al empleador, aunque, salvo estipulación en contrario, se produzca una transferencia inmediata de derechos en favor de este último; pero el derecho moral sigue perteneciendo al autor empleado. Las excepciones a esa regla general son puntuales, por ejemplo, programas de ordenador (Francia, ley de 1985, art. 45 que se aplica en todos los casos; Chile, art. 8º, §2); obras creadas por empleados o funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos (Chile, art. 88; Colombia, art. 91, párr. 2º donde se exceptúan las lecciones o conferencias de profesores, al igual que en Venezuela, art. 59, §3).

En los países del *copyright*, cuando los autores crean en virtud de una relación contractual laboral, el empleador es considerado *autor* a los efectos de la adquisición de la *titularidad originaria* del *copyright*, salvo pacto en contrario (p. ej., Reino Unido, art. 11; Estados Unidos de América, art. 201 —*works made for hire*—), o bien, la titularidad originaria del *copyright* es atribuida al empleador, comprendido el derecho moral, excepto estipulación en contrario (p. ej., Barbados, art. 15, §b; Ghana, art. 7º, §c).

En los países del sistema angloamericano, cuando se trata de autores que crean obras en virtud de una relación contractual laboral, por encargo o para producciones cinematográficas u otra obra audiovisual, se considera al empleador, comitente o productor como titular originario del derecho de autor —aunque solo sobre las obras realizadas en virtud de esos contratos— por atribución de titularidad originaria establecida

en la ley, por cesión de pleno derecho o por una presunción legal de cesión, salvo estipulación en contrario.

Según el art. 101 de la ley estadounidense, se considera que *works made for hire* son: 1) una obra creada por un empleado en el campo de su empleo o 2) una obra encargada especialmente para servir como contribución a una obra colectiva, como parte de una obra cinematográfica o de otra obra audiovisual, como una traducción, como una obra complementaria (*supplementary work*), que se define y ejemplifica en la última parte de la norma), como una compilación, una obra de enseñanza, un test, los elementos de respuesta de un test, o un atlas, si las partes contratantes han acordado expresamente por instrumento escrito y firmado por ellas que dicha obra será considerada como *a work made for hire*.

De acuerdo con el art. 201(a) de la ley estadounidense, el derecho de autor sobre una obra protegida corresponde originariamente al autor o autores de la obra; a continuación, en la parte (b) establece que en el caso de *works made for hire* el empleador o cualquier otra persona para quien la obra fue preparada, es considerado como autor a los fines de ese título y, a menos que las partes hayan convenido expresamente otra cosa en un documento escrito y firmado por ellas, *posee todos los derechos comprendidos en el copyright*.

El régimen de las *works made for hire* resulta aplicable tanto a las obras creadas en el ámbito de una relación laboral, como cuando se “contrata la realización de la obra a un tercero independiente”, a través de un contrato de locación de obra (*a work made for hire agreement*), es decir, que no está bajo las reglas de un contrato de trabajo en relación de dependencia.

Sin embargo, en este segundo supuesto de “contratación de la obra a un tercero independiente”, deberá tratarse de alguna de las nueve categorías de obras definidas en el art. 101, es decir, que no a cualquier encargo de obra se le pueden aplicar las reglas de las *works made for hire*.

A su vez, el contrato por el cual se encarga la realización de la obra deberá celebrarse por escrito, especificándose expresamente que a dicho “contrato de obra por encargo” se le aplicarán las reglas del art. 101, parte segunda y, por lo tanto, se deberá considerar autor de la obra a la persona física o jurídica que haya encargado la realización de dicha obra.

De modo que la diferencia entre una y otra situación se encuentra en que, en el primer supuesto, el solo hecho de existir una relación laboral presupone que la obra creada en ese ámbito tiene como autor al empleador, sin ningún otro requisito, ya que la *Copyright Act* no lo establece.

En el segundo supuesto, el contrato de locación de obra deberá estipular expresamente:

1º) que le serán aplicables las reglas del art. 101 de la Copyright Act de 1976,

2º) que el objeto del contrato de locación de obra deberá ser la realización de algunas de las obras mencionadas en el art. 101, segunda parte de la *Copyright Act*.

De modo que no basta que solo se realice el encargo de la obra a un tercero para que el régimen de las *works made for hire* sea aplicable sino que, por el contrario, se exige la realización del contrato por escrito a los efectos de su validez, es decir, que la forma escrita es *ad solemnitatem*,, como condición para su validez y, a su vez, se deberá estipular expresamente que es intención de las partes aplicar a ese contrato de locación de obra las reglas de las *works made for hire*, y en consecuencia se entenderá como autor de la obra a quién la ha encargado, y no a otro.

V. CONCLUSIÓN

Si bien es cierto que el sistema en el cual esa cláusula tan exagerada fue concebida es muy diferente en ese aspecto del sistema del derecho de autor, con frecuencia encontramos cláusulas contractuales abusivas, que llaman poderosamente la atención y que no sabemos hasta qué punto son necesarias.

Porque somos muchos quienes consideramos que también debemos pensar en los autores, personas de carne y hueso y que por lo general tienen dificultades para administrar sus obras por diversas razones a las que ya aludimos, entre otras, la mentada *debilidad estructural* que le impide discutir libremente las condiciones del contrato.

Pablo Neruda escribe en *Confieso que he vivido*, "Siempre los poetas hemos pensado que poseemos grandes ideas para enriquecernos, que somos genios para proyectar negocios, aunque genios incomprensidos. Recuerdo que impulsado por una de esas combinaciones florecientes vendí a mi editor de Chile en el año 1924, la propiedad de mi libro *Crepusculario*, no para una edición, sino para la eternidad. Creí que me iba a enriquecer con esa venta y firmé la escritura ante notario. El tipo me pagó 500 pesos, que eran algo menos de cinco dólares por aquellos días. Rojas Giménez, Álvaro Hinojosa, Homero Arce, me esperaban a la puerta de la notaría para darnos un buen banquete en honor de este éxito co-

mercial. En efecto, comimos en el mejor restaurant de la época, ‘La Bahía’, con suntuosos vinos, tabacos y licores. Previamente nos habíamos hecho lustrar los zapatos y lucían como espejos. Hicieron utilidades con el negocio: el restaurant, cuatro lustrabotas y un editor. Hasta el poeta no llegó la prosperidad” (20).

(20) NERUDA, Pablo, *Confieso que he vivido*, 2ª ed., Planeta Chilena, Santiago de Chile, 2015, p. 59.

PARTICIÓN POR DONACIÓN

POR LIDIA BEATRIZ HERNÁNDEZ

I. APRECIACIONES INICIALES

Analizaré un instituto de la partición por donación que como se verá es una de las formas con las que cuenta el ascendiente para planificar su propia sucesión, con las limitaciones legales.

Si bien es cierto que en principio los pactos sobre herencia futura siempre se encontraron prohibidos en nuestra legislación, también lo es que en el Cód. Civil se permitieron algunos de manera excepcional, como, por ejemplo, el pacto de reconocimiento de onerosidad del art. 3604 o la partición por donación.

El art. 1010 del Cód. Civ. y Com. mantiene la prohibición y establece que la herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares. Empero, en el segundo párrafo establece una importante excepción permitiendo 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 si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

Como veremos, la partición por donación admitida también en la nueva legislación, reúne los caracteres de un pacto sobre herencia futura, permitido por la ley.

También en esta materia la regulación del fideicomiso y la mejora estricta introducida en el art. 2448 han ampliado la posibilidad del causante de regular algunos aspectos de la futura sucesión.

II. LA PARTICIÓN EFECTUADA POR LOS ASCENDIENTES

Se ha definido la llamada partición por ascendientes como el acto por el cual estos dividen por sí mismos su herencia entre los descendientes, presuntos herederos legitimarios, adjudicando los bienes que a cada uno corresponderá en su lote (1).

Esta singular partición puede realizarse de dos formas: por testamento y por donación. Ambas formas de partición por ascendientes que legisla el Cód. Civil en los arts. 3514 a 3538; resultan legisladas en el Cód. Civ. y Com. en los arts. 2411 a 2423, aunque con algunas modificaciones.

En general, la doctrina que admite esta institución destaca entre sus virtudes que evita dificultades futuras en la partición hereditaria, o como dice Vélez en la nota al art. 3514 evita también gastos de división que podría necesitar la minoridad de uno de los hijos y por otra parte destaca que “los padres sustituyen su voluntad ilustrada a la decisión de la suerte, puede decirse, para atribuir a cada uno de sus hijos el bien que conviene a su carácter, a su profesión, o a su posición pecuniaria”.

Así, se considera al padre como el más habilitado para juzgar los merecimientos de los hijos o aptitudes de cada uno y a ese efecto se lo autoriza para hacer la partición de sus bienes (2).

Desde otro punto de vista se ha considerado como una manera de favorecer a alguno de los hijos en detrimento de otros, lo que contrariamente a lo que dicen los partidarios de la institución, a la postre resulta ser una fuente de conflictos, especialmente en la partición por donación, conspirando contra la estabilidad de los derechos de terceros (3).

Cabe destacar en este sentido los argumentos de Martínez Paz en las discusiones de la Comisión Reformadora de 1936, al oponerse a la división por ascendientes en todos los aspectos, considerando a la institución anticuada e inútil convirtiéndose en un engaño para las personas

(1) GUASTAVINO, Elías, *Pactos sobre herencias futuras*, Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 304, nro. 252; ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de las sucesiones*, Astrea, Buenos Aires, 1997, 4ª ed. actualizada y ampliada, t. 1, p. 716; MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 2ª ed. actualizada por Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte, t. I, p. 623, nro. 687.

(2) PRAYONES, Eduardo, *Nociones de derecho civil. Derecho de sucesión*, Centro de Estudiantes de Derecho, Curso 1915, ps. 303 y 304.

(3) GUASTAVINO, Elías, *Pactos sobre herencia futura*, cit., ps. 306 y ss., nro. 255.

que proceden de buena fe. Agregaba que ella disminuye la autoridad de los padres en lugar de fortalecerla, ya que quien atribuye todos sus bienes a sus hijos queda en una situación semejante a la de un muerto civil y dependerá en lo sucesivo de estos (4).

Nosotros trataremos especialmente la partición por donación, sin olvidar que es poco usada en la práctica, aunque como se verá podría ser útil en determinadas circunstancias para planificar la adjudicación de bienes entre los hijos y así evitar futuros conflictos siempre que se mantenga la igualdad.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Las referencias históricas deben entenderse en el contexto temporal en el que se desarrolló la institución de la partición por ascendiente.

Al respecto, debe señalarse el excesivo rigorismo formal que rodeaban al testamento en el derecho civil y el pretoriano en Roma; de allí que en el antecedente más próximo de la partición por testamento de los ascendientes se consideró válido el testamento por ascendiente, aun cuando fuese irregular en cuanto a sus formas (5).

Según Guastavino, la partición por ascendiente tiene sus antecedentes en los textos bíblicos, en el Deuteronomio, cap. 21, aparts. 16 y 17.

De todas maneras, en su forma testamentaria se vincula con la *divisio perentum inter liberos* del derecho romano y en su forma de acto entre vivos con la *démision de biens* del antiguo derecho francés (6).

La *divisio perentum inter liberos* de Justiniano exigía para su validez que fuera escrita de la mano del testador y su firma y que no contrajera las disposiciones legales referidas a la legítima y la cuarta Falcidia, cumplido ello, como dijimos, se flexibilizó la exigencia de las formas.

La partición por donación tuvo su antecedente, en cambio, en la *démision de biens* del derecho consuetudinario francés. En esta institución se trataba del abandono general de los bienes que una persona efectuaba

(4) MARTÍNEZ PAZ, Enrique, "Observaciones y actas de la Comisión de Reformas del Código Civil, 1926", Biblioteca online CSJN, en LAFAILLE, Héctor - REPETTO, Roberto, *Reforma del Código Civil*, Biblioteca online CSJN, 1926, t. II, p. 201.

(5) JUSTINIANO, *La Novela*, 107, cap. III, citada en la nota al art. 3514 del Cód. Civil.

(6) GUASTAVINO, Elías, *Pactos sobre herencia futura*, cit., p. 304, nro. 252.

en favor de sus herederos presuntivos, quienes adquirirían la propiedad de esos bienes. Aun cuando no se la consideraba una verdadera donación, permitía que el demitente se desprendiera de todos sus bienes, aunque habitualmente se reservaba el usufructo o una renta que debían prestar los beneficiarios. Podía o no comprender la partición o no comprenderla, pero debía incluir a todos los herederos presuntivos y debía ser aceptada por ellos. Constituía una suerte de apertura anticipada de la sucesión y se transmitía de forma inmediata los bienes a sus hijos.

La *démision* era revocable hasta la muerte del ascendente y por consiguiente los derechos de los descendientes podían ser apreciados solo a la apertura de la sucesión (7).

Ello resguardaba a los ascendientes de la ingratitud de los favorecidos, que generalmente se configuraba con el abandono del ascendiente, lo que bien tradujo Loysel con su frase: “Qui le sien donne avante mourir, bientot s’appreste a moult souffrir”.

IV. LA PARTICIÓN POR DONACIÓN

La partición-donación constituye el acto por el cual el ascendiente impide, total o parcialmente, que ciertos bienes integren la comunidad hereditaria, mediante su transferencia en vida a través de donaciones a los descendientes.

Como dijéramos, la prohibición de pactos sucesorios no es absoluta, sino que se trata de un principio que admite excepciones expresamente previstas. Un ejemplo de ello es la donación por ascendiente, considerada como un verdadero pacto sobre herencia futura permitido por la legislación. Es un pacto distributivo. En efecto, reúne todos los requisitos para así considerarlo. Se celebra en previsión de una sucesión todavía no abierta; el objeto del acto forma parte de esa sucesión futura y el mismo se realiza en virtud de un derecho hereditario presuntivo. De allí que la mayoría de la doctrina lo considera una excepción a la prohibición de los pactos sobre herencia futura (8).

(7) AUBRY, Charles - RAU, Charles, *Cours de droit civil francais*, 3ª ed., nro. 728, p. 215; DE GÁSPERI, Luis, *Tratado de derecho hereditario*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, t. II, p. 413, nro. 299.

(8) GUASTAVINO, Elías, *Pactos sobre herencia futura*, cit., p. 308, nro. 257.

Algunas legislaciones, a pesar de las ventajas que se reconocen a la institución, la han eliminado teniendo en cuenta sus inconvenientes: como la dificultad en la interpretación de los textos legales, el excesivo favoritismo que a veces se advierte o los derivados de la anulación o rescisión de la partición por ascendiente. Así, el Código italiano de 1942 no la ha incorporado. Por el contrario, el Cód. Civil francés ha optado por reformas a fin de perfeccionar la institución.

V. COMPARACIÓN CON LA PARTICIÓN POR TESTAMENTO

En la partición por donación se está en presencia de un contrato, mediante el cual el causante transmite los bienes en vida a los donatarios, sea en plena o solo la nuda propiedad, pues en el art. 2416 del Cód. Civ. y Com. se permite la reserva de usufructo.

En efecto, la donación por ascendiente tiene efectos traslativos, por lo que los descendientes adquieren el dominio de los bienes donados. La donación es irrevocable como toda donación, sin perjuicio de los casos de revocabilidad previstos en el art. 1569 del Cód. Civ. y Com.

Como consecuencia los bienes no integrarán la indivisión hereditaria.

Por el contrario, en la partición por testamento se trata de un acto *mortis causa*. Como dice Zannoni, a pesar de la distribución que el testador hizo en su testamento, ello no obsta para que a partir de la apertura de su sucesión los herederos gocen de un llamamiento a la universalidad en cuanto a la propiedad de la herencia (9).

Asimismo, en la partición por testamento los bienes integran la herencia, aunque la partición efectuada por el testador debe ser cumplida en cuanto a la formación de los lotes, siendo, además, un modo de impedir la indivisión hereditaria.

También difieren en cuanto a la posición del descendiente a la muerte del causante. En la partición por donación ya se han transmitido los bienes, por lo que no resulta necesario que el heredero acepte la herencia. Tiene el derecho de opción por lo que puede renunciarla. Conservará la donación, aunque por aplicación del art. 2387 al renunciante a la herencia y a su legítima, se le imputará la donación recibida a la porción disponible.

(9) ZANNONI, Eduardo, *Derecho sucesorio*, cit., p. 719, nro. 716.

En la partición por testamento, en cambio, el descendiente debe aceptar la herencia, pues se trata de un llamamiento hereditario, aunque el testador ya ha adjudicado los bienes reemplazando al partidor.

También difieren en cuanto a la revocabilidad. La partición por donación es irrevocable en principio, mientras la partición por testamento dada la esencia revocable de este, puede ser revocada en cualquier momento por el testador y solo adquiere eficacia con la muerte.

Por otro lado, la partición por donación requiere aceptación de la donación por parte del descendiente mientras la partición por testamento resulta obligatoria para los herederos que han aceptado la herencia.

VI. COMPARACIÓN CON LA SIMPLE DONACIÓN Y LA PARTICIÓN

Como dijimos la partición por donación es un contrato; coincide con la donación porque ambos son actos celebrados en vida del causante, transmiten la propiedad de los bienes, requieren la aceptación del donatario, además, la partición por donación debe someterse para su validez a las mismas formalidades que las donaciones.

Empero, difieren en cuanto en la partición por donación los donatarios se deben recíprocamente garantía de evicción de los bienes recibidos, y la acción puede ser deducida, aun antes de la muerte del causante, conforme lo prevé el art. 2419. En la donación no se reconoce el derecho de evicción entre los donatarios.

También se diferencian en cuanto a la posición de los donatarios respecto de los acreedores. En la donación los donatarios no responden por las deudas, salvo que el donante expresamente lo hubiera establecido. En la partición por donación los descendientes tienen una responsabilidad limitada frente a los acreedores.

La diferencia con la partición hereditaria es notoria. Pues esta implica la existencia de la comunidad hereditaria que terminará con la partición, la que tiene un efecto declarativo y no traslativo como la partición por donación. Además, esta última evita la formación de la indivisión hereditaria pues los bienes se han transmitido en vida del causante.

Al igual que las diferencias que marqué respecto de la partición por testamento, en la partición de la herencia los descendientes deben haber aceptado la herencia para ser incluidos en la partición; mientras que, en la partición por donación, como vimos, no están obligados a aceptarla.

VII. ESENCIA JURÍDICA

Muchas posiciones se han sostenido respecto de la naturaleza jurídica de la partición por donación.

En este aspecto, no es mi finalidad reproducir todas las consideraciones que se han efectuado, sino solamente aquellos fundamentos que destacan la esencia de la institución.

Si bien se ha distinguido la partición por donación de las otras donaciones, lo cierto es que en materia sucesoria resulta fundamental que estas últimas se consideran adelanto de herencia, se imputan a la legítima y su valor es colacionable si los coherederos lo demandaran.

Ambos institutos se asemejan en cuanto a que se configuran donaciones, pero, además, la partición-donación para ser tal y producir sus efectos propios debe cumplir con los caracteres de todo acto particional (10).

Esas características que distinguen a la partición por donación han llevado a considerarla desde una liquidación anticipada de la sucesión del causante hasta una liberalidad que contiene una liquidación meramente eventual de la sucesión del disponente (11).

Se consideró que se muestra como una donación en su forma y como una partición en su fondo (12) o se advirtió su carácter híbrido (13), o se sostuvo que contiene dos elementos inseparables y esenciales: la dona-

(10) ZANNONI, Eduardo, *Derecho sucesorio*, cit., t. I, p. 722.

(11) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1965, t. XI, nro. 3967, p. 399.

(12) MACHADO, José O., *Exposición y comentario Código Civil Argentino*, Buenos Aires, 1898, t. IX, ps. 206 y ss.

(13) SEGOVIA, Lisandro, "El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y críticas bajo la forma de notas", Buenos Aires, 1881, t. II, p. 523, nota 168 al art. 3518 de su numeración.

ción, con sus características propias y a la vez una partición con derecho y obligaciones de los copartícipes que escapan a la donación (14).

En definitiva, los elementos heterogéneos del instituto, no permiten asimilarla ni a la donación y ni a la partición, presentando caracteres propios, que como hemos visto permiten diferenciarla de las donaciones y de la partición de la herencia.

VIII. LA PARTICIÓN POR DONACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El Cód. Civil regulaba específicamente la partición por donación del ascendiente a partir del art. 3516. Debe advertirse que muchas disposiciones se reproducen, aunque con redacción más resumida en el Cód. Civ. y Com., como se verá.

Se caracterizaba porque debía comprender a todos los descendientes, conforme lo establecía el art. 3528. En este sentido todos ellos deben aceptar la partición mediante la donación que su ascendiente les hace, la falta de aceptación de cualquiera provocará la nulidad del acto en tanto partición, aun cuando valgan la o las donaciones que otros descendientes hubiesen aceptado, aunque en tal caso estas donaciones separadas estarán sujetas a colación.

Por otra parte, no se exigía que comprendiera todos los bienes del ascendiente, pues podía hacer la partición respecto de alguno de ellos entre sus descendientes, pero no de otros. Los bienes no comprendidos en la partición se dividirán, se establecía, a la muerte como está dispuesto para las particiones.

También era requisito necesario que los bienes objeto de la partición sean de propiedad exclusiva del ascendiente. Por ende, no podía estar subordinado a la indivisión con otras personas. Además, no podía comprender bienes futuros, de acuerdo con el art. 3418, en virtud de que la disponibilidad de los bienes debe ser plena pues se trasmite en forma irrevocable la propiedad.

Debía respetarse la legítima de los descendientes, de acuerdo con el art. 3536 del Cód. Civil en cuanto prevenía la rescisión de la partición que “no salva la legítima de alguno de los herederos”.

(14) FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 427, nro. 350.

El ascendiente debía colacionar las donaciones que hubiera hecho a sus descendientes, disponía el art. 3530, observándose respecto de la colación lo dispuesto en los arts. 3476 y ss. No cabe duda que cuando se trata de una partición por donación solamente el acto será susceptible de ser impugnado por los otros herederos cuando por el mismo se haya violado la porción legítima (15). La colación a la que se refería el artículo es la de donaciones que hubiera hecho el ascendiente fuera de la partición; de allí que tampoco en el Cód. Civil se reconocía la acción de colación a los donatarios descendientes de la partición.

Asimismo, el art. 3523 disponía que “la partición por donación debe hacerse en las formas prescriptas para las demás donaciones de esa clase”. Por lo que si la partición comprende bienes inmuebles se impone la escritura pública (conf. art. 1810 inc. 1º). De todas maneras, si bien en otros casos la donación podría no exigir la escritura pública no debe olvidarse que como acto particional estaba sujeto a la forma prevista en el art. 1184 inc. 2º.

Además, el Cód. Civil reconocía a los donatarios dos acciones después del fallecimiento del causante, la acción de reducción y la acción de rescisión.

La legislación actual mantuvo solamente la acción de reducción, eliminando la de rescisión.

No cabe duda que los arts. 3536 y 3537 habían dado lugar a distintas interpretaciones en virtud de la confusión de sus textos y del apartamiento de la fuente francesa, por la cual la acción de rescisión se otorgaba cuando la lesión superaba la cuarta parte; de lo contrario solo podía ejercer la acción de reducción.

De acuerdo con lo sostenido por Aubry y Rau, fuente de nuestro codificador, la acción de rescisión comprende el supuesto de lesión en más del cuarto que sufre el heredero respecto de la parte que le debió corresponder; la acción de reducción se acuerda cuando la formación de las hijuelas, más las liberalidades hechas a título de mejora a uno de los copartícipes resulta que este último ha recibido un beneficio que excede de la porción disponible. En el primer caso, la lesión conlleva a la nulidad de la partición, como efecto de la rescisión; en el segundo, solo a la reducción del exceso (16).

(15) SOLARI, Néstor, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, com. art. 3530, t. 6ª Sucesiones, p. 630.

(16) AUBRY, Charles - RAU, Charles, *Cours de droit civil français*, cit., t. VIII, nro. 734.

La diferencia con el texto del art. 1079 del Código francés dificultaba la interpretación de nuestra ley, pues hay autores que no advierten diferencias entre ambas acciones. Pero en su momento entendimos con Guastavino, como interpretación correctora, que la acción de rescisión del art. 3536 procedía si la partición por donación o por testamento no salvaba la legítima de alguno de los herederos forzosos, cuando el favorecido con el excedente de la porción disponible fuera un extraño. En estos casos la legítima no se salva recurriendo a la reducción. La rescisión dejaría sin efecto la partición y exigía una nueva partición una vez incluidos los bienes o valores que salvaran la porción legítima (17).

IX. LA PARTICIÓN POR DONACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

La legislación actual mantiene la institución, así como las características que presentaba en el Cód. Civil, aunque con algunas diferencias y problemas nuevos si se la relaciona con otras normas vigentes.

Se caracteriza porque debe comprender a todos los descendientes, conforme lo establece el art. 2411, aunque el Cód. Civ. y Com. permite en el art. 2415 hacerla por actos separados si el ascendiente interviene en todos ellos.

En este sentido, los descendientes deben aceptar la partición mediante la donación que su ascendiente les hace, la falta de aceptación de cualquiera provocará la nulidad del acto en tanto partición, aun cuando valgan la o las donaciones que otros descendientes hubiesen aceptado, aunque en tal caso estas donaciones separadas estarán sujetas a colación.

Por otra parte, no se exige que comprenda todos los bienes del ascendiente, pues se puede hacer la partición respecto de alguno de ellos, pero no de otros. Los bienes no comprendidos en la partición se dividirán a la muerte como está dispuesto para la partición de la herencia a partir del art. 2363.

También es requisito necesario que los bienes objeto de la partición sean de propiedad exclusiva del ascendiente. Por ende, no pueden estar subordinados a la indivisión con otras personas. Además, no puede comprender bienes futuros, de acuerdo con el art. 2415, en virtud de que

(17) MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 2ª ed. actualizada por Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte, t. I, p. 645, nro. 714.

la disponibilidad de los bienes debe ser plena pues se trasmite en forma irrevocable la propiedad.

Debe respetarse la legítima de los descendientes, de acuerdo con el art. 2417 del Cód. Civ. y Com. en cuanto prevé la reducción de la partición que no salva la legítima de alguno de los herederos. Al respecto la citada disposición dice: “el descendiente omitido en la partición por donación o nacido después de realizada esta y el que ha recibido un lote de valor inferior al correspondiente a su porción legítima pueden ejercer la acción de reducción si a la apertura de la sucesión no existen otros bienes del causante suficientes para cubrirla”.

Al hacer la partición el ascendiente debe colacionar a la masa las donaciones que hubiera hecho a sus descendientes, dispone el art. 2413, aunque se refiere a los bienes que anteriormente haya donado y sean susceptibles de colación. De allí que en la partición por donación no se reconoce a los descendientes donatarios la acción de colación.

Cuando se trata de una partición por donación el ascendiente podrá dividir sus bienes entre sus descendientes, aunque deberá expresar su voluntad de mejorar. Solamente el acto será susceptible de ser impugnado por los otros herederos cuando por el mismo se haya violado la porción legítima. El causante tampoco puede imponer condiciones que afecten la legítima.

La partición transmite irrevocablemente la propiedad de los bienes a los donatarios, aunque el donante puede reservarse el usufructo o pactar una renta vitalicia.

X. LOS EFECTOS COMO CONTRATO

Al diferenciar la partición por donación de otros institutos en párrafos anteriores, hemos ya enumerado las características propias de la partición por donación, principalmente sus elementos heterogéneos. Sin perjuicio de reiterar algunos conceptos, señalaremos algunos de ellos y los efectos que esta peculiar partición produce durante la vida del causante; precisamente porque se trata de un contrato.

X.1. Capacidad para contratar

Pueden celebrar la partición por donación todos aquellos que no fueran incapaces o tengan inhabilidades para contratar de acuerdo con las

normas generales. Tratándose de donaciones pueden donar solamente las personas que tienen plena capacidad de disponer de sus bienes.

Si los donatarios son personas menores de dieciocho años ejercerán la aceptación a través de sus representantes legales, sin perjuicio de los derechos que se le reconocen teniendo presente su capacidad progresiva o en su caso la emancipación. En cuanto a las personas con capacidad restringida o con incapacidad también regirán los artículos generales relativos a restricciones a la capacidad. En tal caso, el incapaz podrá ser representado por el curador o en supuestos de capacidad restringida el juez podrá designar el apoyo necesario o autorizar directamente el acto de aceptación de la donación, según las circunstancias.

Solo pueden hacerlos los ascendientes a sus descendientes. Si el donatario es persona casada no podrá partir por donación bienes propios sin incluir al cónyuge; en cuanto a los bienes gananciales la partición solo puede ser efectuada mediante acto conjunto de los cónyuges, según lo prevé el art. 2411.

X.2. Aceptación de la donación. Forma

Para que la partición por donación sea eficaz debe ser aceptada por todos los descendientes. Así lo disponen los arts. 1542 y 1545 del Cód. Civil.

Si bien el Cód. Civ. y Com. no contiene una norma como el art. 3523 mediante la cual la partición por donación debía hacerse en las formas prescriptas para las demás donaciones de esa clase; de todas maneras, debe así interpretarse. Por lo que, si la partición comprende bienes inmuebles, por ejemplo, se impone la escritura pública (conf. arts. 1017 y 1552).

Debe cumplirse con las formas establecidas para el contrato de donación, aplicándose los arts. 1552 y 1554 del Cód. Civ. y Com. Si se trata de donaciones de inmuebles o muebles registrables deberán celebrarse por escritura pública; en cambio, las de muebles no registrables y de títulos al portador deben hacerse por tradición del objeto donado. De todas maneras, deberá necesariamente realizarse por escrito.

Además, no puede sujetarse a modalidad que afecte la legítima, ni sujetarse a condiciones prohibidas por la ley.

X.3. Transmisión inmediata del dominio. La donación aceptada no es revocable

Ya hemos referido que tratándose de donaciones se transmite inmediatamente el dominio a los donatarios. Por ello, el ascendiente debe ser propietario de esos bienes al efectuar la donación y deja de serlo con la transmisión, aunque el art. 2416 le permite reservarse el usufructo. El legislador tal vez pensó en aquellas palabras que hemos reproducido de Martínez Paz, contrario a la institución. También el donante podría pactar con los descendientes una renta vitalicia a su favor.

Como se advierte, los descendientes adquieren bienes como sucesores particulares, ello así, pues la donación no puede comprender la totalidad del patrimonio del donante, ni una parte alícuota de él.

La partición por donación es irrevocable, salvo las causas expresamente previstas en la ley. En este sentido el art. 2420 se refiere a las causas de revocación. Entendemos que debió establecerse el principio y luego las causas por las cuales solo puede revocarse la donación. Son ellas, las de revocación de donaciones del art. 1569 y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión por indignidad, del art. 2281. Debe observarse que pueden suponerse las causas previstas en ambas disposiciones. Así, por ejemplo, el art. 2281 en su inc. i) se refiere como indigno a los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar donaciones, fuera de las ya enunciadas en esa disposición.

De todas maneras, y he aquí la particularidad de esta institución, producido el fallecimiento del donante la eficacia como partición requerirá que los descendientes acepten la herencia (18), y así podrán retener la donación a título de partición y, además, como sucesores universales tendrán derecho a participar en la partición de la herencia si existen bienes no comprendidos en la partición por donación. De lo contrario, como renunciantes pueden retener la donación, pero como simple donación, debe colacionarse si así lo solicitan los legitimarios habilitados para ello.

X.4. Acción de los acreedores

Si bien el Cód. Civ. y Com. no ha reproducido el art. 3519 del Cód. Civil, lo cierto es que, si la partición por donación abarca la totalidad de los bienes del causante, se aplicará la misma solución, En este caso, en-

(18) ZANNONI, Eduardo, *Derecho sucesorio*, cit., p. 723.

tonces, los descendientes estarán obligados al pago de las deudas del ascendiente, sin perjuicio de los derechos de los acreedores para conservar su acción contra el ascendiente.

Debe tenerse presente que los donatarios son sucesores particulares, por lo que responderán en proporción a su parte.

Por otra parte, los acreedores podrán ejercer la acción revocatoria o pauliana, con las condiciones previstas en el arts. 338 y ss., para revocar los actos a título gratuito.

X.5. Garantía de evicción

Una de las diferencias que habíamos remarcado respecto de la donación es que en la institución que venimos explicando el art. 2419 del Cód. Civ. y Com., como también la reconocía el art. 3537 del Cód. Civil, los donatarios se deben recíprocamente garantía de evicción de los bienes recibidos, pudiendo esta acción ser ejercida desde que la evicción se produce, aun antes de la muerte del causante.

Nada dice el art. 2419 es la forma de hacer efectiva la garantía y los efectos del incumplimiento, pudiendo aplicarse de manera analógica el art. 2404 que referido a la partición de la herencia dispone que cada uno de los herederos responde 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. Ninguno de los herederos puede excusar su responsabilidad por haber perecido los bienes adjudicados en la partición, aunque haya sido por caso fortuito (19).

XI. LA MUERTE DEL CAUSANTE Y LA PARTICIÓN POR DONACIÓN

Abordaremos algunas de las cuestiones que plantea la legislación actual, algunos problemas resueltos y otros nuevos.

(19) AZPIRI, Jorge, *Derecho sucesorio*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 5ª ed., p. 245.

XI.1. La mejora en la partición por donación

Uno de los problemas que presentaba la interpretación del Cód. Civil lo resuelve en el art. 2414 de la nueva legislación permitiendo que en la partición el ascendiente pueda mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente.

Cabe recordar que siguiendo a Machado sostuvimos que por sus características y funciones la partición donación no puede contener una cláusula de mejora, típica de las donaciones ordinarias y de legados. Aunque se haya establecido desigualdades entre los descendientes es innecesaria la cláusula de mejora pues el acto es una operación divisoria y definitiva realizada por el ascendiente antes de su muerte, y que debe respetarse mientras no vulnere la legítima.

Empero, la nueva legislación en el art. 2414 permite expresamente la cláusula de mejora en la partición por donación.

Esta disposición concuerda con el art. 2385 del Cód. Civ. y Com. que permite cláusula de dispensa o de mejora no solo en el testamento sino también en el acto de donación, terminando así con la discusión anterior en cuanto a la interpretación de los arts. 3484 y 1805 del Cód. Civil.

Se ha observado contradicción entre la disposición del 2414 y el art. 2385, mediante el cual el legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.

En mi opinión la diferente solución no implica contradicción alguna, ya que las disposiciones se aplican a situaciones diferentes. En efecto, no hay óbice alguno a que la ley presuma que el testador quiso beneficiar a un descendiente o a su cónyuge mediante un legado, ello en tanto es una alternativa válida para mejorar. En cambio, distinta es la situación en el caso de la partición por ascendiente, en el cual es razonable presumir diversamente que el ascendiente pretende adjudicar bienes respetando el principio de igualdad, motivo por el cual su intención de mejorar a uno de sus herederos debe ser manifestada expresamente (20).

(20) Nuestra ponencia conjuntamente con los Dres. Arianna, Ocampo y Ugarte en las *Jornadas Nacionales de Derecho Civil* celebradas en La Plata en el año 2017. “La diversa solución del art. 2385 respecto de la del art. 2414, referido a la partición por ascendientes, no implica contradicción alguna ya que las disposiciones se aplican a situaciones diferentes”.

XI.2. Partición por donación de una persona casada

Otro problema que se presentaba durante la vigencia del Cód. Civil y que ha recibido solución expresa, es el referido a la persona casada. Dispone el art. 2411 que la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria; y establece que la partición de gananciales solo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges.

En este aspecto, decía la exposición de motivos del Proyecto de 1998, fuente del Cód. Civ. y Com., que “se clarifica la situación de las personas casadas bajo el régimen de comunidad, proponiendo que la partición solo puede tener por objeto los bienes propios, ya que la de los gananciales significaría una partición anticipada de la comunidad. Pero nada obsta a que puedan ser donados los gananciales requiriéndose el concurso de la voluntad de los dos esposos. No sería aceptable la partición de los gananciales por testamento al encontrarse prohibido el testamento conjunto”.

El Cód. Civil, en el art. 3526, establecía que la partición por el ascendiente entre sus descendientes no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos. Cuando la norma mencionaba a la continuación de hecho de la comunidad de gananciales se estaba refiriendo a la sociedad conyugal que no se encontrara disuelta o aun disuelta no se hallara liquidada.

Para una parte de la doctrina, a pesar de lo dispuesto por el artículo citado, tampoco el ascendiente podría efectuar donación de sus bienes propios, aun cuando lo hiciera juntamente con su cónyuge. El art. 3527 disponía que la partición solo podría hacerse por testamento y no por donación y comprendiendo al cónyuge. Ello era así porque si se le permitiera partir sus bienes propios durante la vigencia de la sociedad conyugal entre sus descendientes, estaría excluyendo al cónyuge que tiene derechos de herencia sobre esos bienes en concurrencia con los descendientes.

Como decía antes de la reforma Guastavino, también se estaría violando la prohibición del art. 1175 *in fine*, ya que el cónyuge del donante estaría abdicando de una sucesión futura, que no puede salvarse comprendiendo en la donación al cónyuge pues la donación está prohibida entre esposos.

Por el contrario, Bibiloni, en el art. 3082 del Anteproyecto permitió la partición donación por ambos esposos entre sus descendientes de los bienes propios y los gananciales.

Parte de la doctrina había sostenido que si subsiste la sociedad conyugal la partición donación conjunta se encontraba prohibida tanto respecto de bienes propios como de los gananciales.

Compartía esta posición Zannoni para quien durante la sociedad conyugal siendo único titular de los bienes gananciales el cónyuge que los adquirió, solo él podría efectuar la partición de esos bienes gananciales, el otro a lo sumo podría prestar el asentimiento, pero no el consentimiento, pues no tiene la disponibilidad de esos bienes, su derecho se actualiza recién a la disolución de la sociedad conyugal. Pero, aun cuando se admitiese la partición de los bienes gananciales por el ascendiente con asentimiento del cónyuge, agrega este autor, estaríamos en presencia de una típica renuncia durante el matrimonio a los gananciales y a los derechos sobre ellos que invalidaba el art. 1218 del Cód. Civil, actual art. 447.

Otra parte de la doctrina sostenía la posibilidad de que ambos cónyuges conjuntamente pudieran realizar la partición de gananciales por donación. Así lo afirmaba Guastavino, quien interpretando los borradores de Vélez y la fuente francesa concluía que el Codificador solo prohibió la partición de gananciales a uno solo de los esposos, por lo que nunca se cuestionó la validez de la partición donación conjunta de los bienes de la comunidad.

Aduce este autor que la validez de la partición donación de gananciales conjunta es perfectamente compatible con las normas generales, pues de acuerdo con el anterior art. 3576 el cónyuge si concurre con descendientes no tendrá parte alguna en los gananciales del premuerto y no tiene legítima que salvar en la partición de gananciales que efectúe el consorte. Por ello, no existe renuncia a herencia futura prohibida en el Cód. Civil por los arts. 3311 y 1175. Además, no se trata de una donación de un cónyuge a otro, por lo que tampoco tenía aplicación el inc. 1º del art. 1897 que prohibía las donaciones entre esposos durante el matrimonio. De todas maneras, Guastavino consideraba, antes de la ley 23.264, que como el cónyuge concurría con los descendientes extramatrimoniales debería exceptuarse de la validez de la partición donación conjunta de gananciales al supuesto de existencia de descendientes de esa clase.

Seguían también esta posición durante la vigencia del Cód. Civil, Méndez Costa, Fornieles y Borda.

Maffía, si bien aceptaba la validez de la partición donación conjunta de ambos cónyuges de los bienes gananciales, realiza precisiones, y así, en primer lugar, dice que solo se puede hablar de partición donación conjunta cuando se trata de gananciales adquiridos conjuntamente por am-

bos cónyuges, pues en los otros casos, se requiera o no el asentimiento, los bienes gananciales son de titularidad exclusiva del cónyuge que los adquirió. Además, solo resulta procedente en los casos de concurrencia de descendientes que excluyan la vocación sucesoria del cónyuge del donante sobre los bienes gananciales, De no ser así carecería de eficacia el consentimiento al estar alcanzado por la prohibición contenida en el art. 3311.

El Cód. Civ. y Com. permite la partición por ascendiente de bienes propios, pero incluyendo al cónyuge que conserva la vocación hereditaria. En cuanto a los gananciales se permite expresamente la donación por acto conjunto de los cónyuges.

Se termina así con la controversia doctrinaria durante la vigencia del Código derogado, ahora la partición por donación de bienes propios debe incluir al cónyuge cuando no ha perdido la vocación hereditaria por alguna de las causas prevista en la ley. En este supuesto debe recordarse que el art. 1002 no permite contratar a los cónyuges entre sí bajo el régimen de comunidad, por lo que solo podrán disponer la partición por testamento y no por donación. Sí podrán hacerlo los cónyuges que hayan optado por el régimen de separación de bienes.

En cuanto a los bienes gananciales la ley actual permite la partición por donación de bienes gananciales mediante acto conjunto de ambos cónyuges. Esta disposición merece precisiones pues siendo los bienes gananciales del cónyuge que los adquirió solo él puede disponerlos por lo que cabe interpretar que se trata de gananciales de adquisición conjunta o en todo caso el donante debe contar con el asentimiento del otro. Obsérvese que si se tratara de bienes de titularidad de uno solo de los cónyuges el cónyuge no titular estaría renunciando anticipadamente a los bienes gananciales que le corresponden en la división de la comunidad.

XI.3. No corresponde la acción de colación

En cuanto a la acción de colación si bien no desconozco la opinión de Borda durante la vigencia del Cód. Civil, en cuanto a la procedencia de la colación en caso de desigualdad de la partición, debo señalar que la acción que reconocía ese autor difiere de la simple colación pues considera que el obligado a colacionar debía devolver bienes, alejándose de la colación de valores.

Empero, entiendo que los bienes partidos escapan a la colación. La donación- partición opera por sí misma una liquidación sucesoria, y

como debe comprender *so pena* de nulidad a todos los descendientes, los bienes donados no podrían dar lugar a la acción de colación.

Además, encontrándose permitida la partición por donación y requiriéndose la conformidad de los descendientes en la cual todos ellos reciben bienes por donación, el ejercicio de la colación implicaría ir contra los propios actos anteriores. El Código en tal caso solo resguarda la integridad de la legítima de los herederos, aun cuando estos renunciaran a las acciones respectivas.

En este sentido se ha resuelto siguiendo a la doctrina citada, que a partir del silencio acerca de la admisibilidad de la acción de colación en el caso de partición por el ascendiente, dicha acción es improcedente, ya que la partición-donación opera por sí misma una liquidación sucesoria y como debe comprender a todos los descendientes bajo sanción de nulidad, los bienes donados no podrían dar lugar a una acción de colación (21).

Por último, debe señalarse que la aceptación de la partición por donación no les impide a los descendientes, después de la muerte del causante, repudiar la herencia o aceptarla y ejercer la acción de reducción.

XI.4. La acción de protección de la legítima

El art. 3524 del Código anterior establecía que sea la partición por donación entre vivos o por testamento, el ascendiente puede dar a uno o alguno de sus hijos, la parte de los bienes de que la ley le permite disponer; pero no se entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer con ese objeto, si en el testamento no hubiere cláusula de mejora. El exceso sobre la parte disponible será de ningún valor. En la partición por donación, no puede haber cláusula de mejora.

En este sentido y en concordancia con lo que venimos sosteniendo respecto de la colación, cualquiera fuera la desigualdad que el ascendiente hubiera establecido en los distintos lotes, no habría en ese acto una donación entre vivos, ni un legado por mejora, si en efecto el ascendiente no hubiera declarado donar o legar la diferencia y solo habría partición. Claro está que actualmente debe expresamente mejorar cuanto parte mediante donaciones o por testamento.

Para Fornieles, surgía del art. 3524 una contradicción expresa por lo que era forzoso elegir entre alguna de las dos partes del precepto, lo que

(21) CNCiv., sala G, 4/11/1986, "Z. H. S. c. Z. E. D. y otros", LL 1987-C-206.

sostenía debía hacerse a favor de la última porque ella se conciliaba mejor con el art. 3484 que no permitía mejorar sino en testamento.

No cabía duda de que, aunque se hayan establecido desigualdades entre los descendientes, es innecesaria la cláusula de mejora pues el acto es una operación divisoria y definitiva realizada por el ascendiente antes de su muerte, y que debe respetarse mientras no vulnere la legítima.

Cabe concluir que si el donante forma lotes desiguales, que no agravan la legítima del descendiente, esa desigualdad es igualmente válida. En definitiva, el ascendiente puede utilizar la porción disponible en la partición-donación para favorecer a uno de los descendientes donatarios.

Distinta es la situación en caso de agravarse la legítima en la desigualdad de los lotes.

El Cód. Civ. y Com. reconoce la acción de reducción de la porción asignada a alguno de los partícipes cuando agravia la legítima. Así el descendiente omitido en la partición por donación o nacido después de realizada esta y el que ha recibido un lote de valor inferior al correspondiente a su porción legítima, pueden ejercer la acción de reducción si a la apertura de la sucesión no existen otros bienes del causante suficientes para cubrirla.

La imposibilidad de ejercer esta acción antes de la muerte del ascendiente se debe a dos razones fundamentales: la primera en que solo con la apertura de la sucesión se adquiere la calidad de heredero y la segunda, que para calcular la porción disponible y por consiguiente conocer si está afectada la legítima debe computarse el patrimonio del causante en ese momento.

El art. 2417 trata, entonces, de una acción de protección de la legítima, que se acuerda para reducir los valores incluidos en la partición del ascendiente, hasta dejar salvada la legítima. En definitiva, con el ejercicio de la acción que persigue la reducción, el legitimario quedará satisfecho obteniendo del favorecido indebidamente la integración de su legítima, sin que ello altere las restantes hijuelas. La norma deja a salvo que existieran otros bienes del causante suficientes para cubrirla. O sea que, si la legítima puede cubrirse con otros bienes, ya no habría posibilidad de ejercer la acción.

El art. 3537 del Cód. Civil también disponía que los herederos podían pedir la reducción de la porción asignada a uno de los partícipes, cuando resultara que este hubiese recibido un excedente de la cantidad

que la ley permite disponer al testador. Esta acción solo debe dirigirse contra el descendiente favorecido.

Se trata, entonces, de una acción de protección de la legítima, que se acuerda para reducir los valores incluidos en la partición del ascendiente, hasta dejar salvada la legítima. En definitiva, con el ejercicio de la acción que persigue la reducción, el legitimario quedará satisfecho obteniendo del favorecido indebidamente la integración de su legítima, sin que ello altere las restantes hijuelas.

Como se ha señalado, es una reducción especial, pues se acuerda para reducir los valores incluidos en la partición-donación del ascendiente hasta dejar salvada la legítima del descendiente, sin afectar, por ello, a la partición misma.

XI.5. Cálculo del valor de las donaciones

El art. 2418 establece que en todos los casos para la colación y el cálculo de la legítima se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones, apreciado a valores constantes.

Cabe recordar que en el art. 2445, referido al cálculo de la porción legítima, se dispone calcularla tomando el valor líquido de los bienes al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario a la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación.

Consideramos que es correcta tomar el estado del bien donado a la época de la donación y apreciarlo a valores constantes.

Si se produce controversia respecto de la partición por donación, seguramente será respecto de la reducción, pues como dijimos no se reconoce la acción de colación a los descendientes donatarios.

En cambio, no nos parece correcto tomar el valor a la época de la partición, máxime en nuestro caso que se trata de una partición en vida del causante, porque el cálculo de la legítima debe hacerse a valores constantes a la época de la muerte del autor de la sucesión.

Como hemos sostenido en las Jornadas de Derecho Civil realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en setiembre de 2013, en este sentido: 1. La legítima debe calcularse al tiempo de la apertura de la sucesión, no de la partición. 2. Debe distinguirse la masa

de cálculo de la legítima de la masa de partición. 3. El criterio que adopta para el cálculo de legítima el valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el valor de bienes donados de cada legitimario a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación, presenta una discordancia que reconoce dos momentos distintos para valorar bienes, que deben ser unificados empleando valores al momento de la muerte del causante. 4. La colación —como operación de partición y dado su fundamento de igualar hijuelas de donatarios legitimarios y de sus coherederos forzosos al momento de partir la sucesión— justifica determinar los valores a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación (art. 2385)(22).

De allí que, si bien coincidimos que debía modificarse el art. 3602 en lo que respecta al valor de las donaciones, lo cierto es que los valores deben actualizarse al momento de la muerte para el cálculo de la legítima; distinguiendo esta masa de cálculo de la masa partible.

XI.6. La partición por donación, la atribución preferencial y el derecho real de habitación

Una nueva cuestión que se han presentado respecto de la partición por ascendiente —sea por testamento o por donación— se refiere a su relación con los arts. 2380 y 2381 referidas a la atribución preferencial que el cónyuge o alguno de los herederos pueden reclamar.

Es decir, si los casos de atribución preferencial que contempla el nuevo Código predominan sobre la partición efectuada por el ascendiente sin contemplar esos supuestos.

Así, el art. 2380 prevé en lo pertinente, que el cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay, del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó.

Algún autor planteó el problema que se presentaría si el padre o la madre practican una partición de los bienes atribuyéndole el estableci-

(22) Ponencia presentada por la suscripta conjuntamente con los Dres. Ugarte, Luis, Ocampo, Guillermo y Arianna, Carlos. En las citadas Jornadas Nacionales.

miento industrial o agrícola a uno de sus hijos que no es el que contribuyó a formarlo ni el que, por caso está al frente de su gestión (23).

En principio, la partición realizada por los ascendientes se impone y como dice el autor citado los descendientes y eventualmente el cónyuge supérstite respecto de los bienes propios del causante no tienen derecho a requerir una atribución preferencial distinta fundada en una situación de hecho anterior a la donación o a la fecha en que se redactó el testamento.

De todas maneras, esta situación es más difícil que se tipifique en la partición por donación, pues seguramente en el caso planteado por Mazzinghi, el hijo que en su momento pudiera pedir la atribución preferencial, seguramente no aceptaría la donación, o en caso de aceptarla su conformidad lo inhibiría de solicitar posteriormente esa atribución preferencial.

Más dudas se presentan en el caso de que las circunstancias variaran con posterioridad a la partición realizada por el ascendiente.

En cuanto al derecho de habitación del cónyuge supérstite, teniendo un contenido asistencial la Comisión nro. 9, de las *XXVI Jornadas de Derecho Civil* realizadas en la Ciudad de La Plata en setiembre de 2017, propuso que si en la partición el ascendiente incluyó el inmueble sede del hogar conyugal o de la unión convivencial respecto del cual el cónyuge o conviviente tiene derecho real de habitación este no se ve alterado por la partición realizada por el ascendiente. Si el causante le atribuyó el inmueble sede del hogar conyugal al cónyuge, este no puede cuestionarla invocando el derecho real de habitación y aspirando a la atribución de otros bienes, pues tal aptitud constituiría abuso.

La cuestión resulta dudosa cuando se trata de partición por donación, pues tanto el art. 2383 como el 527 reconocen el derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente después de la muerte del causante sobre el inmueble de propiedad de este que constituyó el último domicilio conyugal. Es decir, se requiere que el inmueble haya sido propiedad del causante al momento de la muerte, extremo que no se da en la partición por donación donde el causante se ha desprendido del dominio en vida, por lo que ya no es propietario al fallecer.

(23) MAZZINGHI, Jorge A. M., "La partición de la herencia realizada por los ascendientes. Novedades y conflictos a partir de la sanción del Código Civil y Comercial", LL del 19/12/2016, cita online AR/DOC/3739/2016.

EL CONTRATO Y LA HERENCIA FUTURA

POR ZULEMA WILDE

I. INTRODUCCIÓN

El actual Código vigente instauro un orden contractual que se explica por la evolución sufrida por la teoría general del contrato en los últimos tiempos.

Dos principios aseguraban la concepción del Cód. Civil, el de la autonomía de la voluntad y la obligatoriedad del contrato. El primero aún sigue apuntalando y es eficaz para servir de apoyo a la existencia de la voluntad contractual mientras que del segundo se deriva la voluntad de las partes que hacen nacer el contrato y de allí las obligaciones que provienen de él.

Nuestro Código reinante a diferencia del anterior, expresa con claridad que las normas contenidas en su articulado referidas a los contratos tienen el carácter de supletorias respecto de la voluntad de las partes, sin que, por ello, se pueda avanzar sobre materias indisponibles, mostrando que, para ello, debe tenerse en cuenta la forma de expresarlo, su contenido y su contexto. Lo que señala una gran amplitud de criterio en la interpretación de ellos (art. 962).

El derecho positivo actual es el que le da un marco y su fuerza al contrato.

Sin embargo, ya el art. 21 del antiguo Código traía el límite del orden público y las buenas costumbres, reiterado en el art. 953, cuando de ser contrario a esas buenas costumbres o prohibidos por la ley, serían sancionados con la nulidad.

El sistema de restricciones ya estaba vigente con anterioridad al Código actual, sin olvidar que la modificación introducida por la ley 17.711, insertó los institutos de la lesión, la imprevisión, el abuso de derecho y

la jurisprudencia en su natural evolución fue imponiendo fronteras a la libertad de contratar.

J. Mosset Iturraspe señalaba hace ya mucho tiempo que “Frente a una concepción solidarista en lo jurídico e intervencionista en lo económico, que multiplica el dirigismo estatal en los negocios entre particulares, sufre un profundo embate la concepción clásica del contrato —liberal, individualista y capitalista— y entran en crisis sus postulados. Pero el contrato, como instrumento o herramienta para la satisfacción de las necesidades humanas, en armonía con el bien común o función social, continúa desempeñando su rol preponderante, aunque ajustado, en su ropaje, a los nuevos tiempos” (1).

No obstante lo expresado, cabe hacer notar que nuestra CN es clave en su art. 19 última parte en cuanto a que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe. El art. 14 del mismo cuerpo legal protege ampliamente la libertad de contratación cuando hace mención de la facultad de usar y disponer de su propiedad, sin olvidar que las leyes no pueden alterar los principios, garantías y derechos acogidos por estas disposiciones, so pretexto de su reglamentación.

La norma contenida en el art. 965 del Cód. Civ. y Com. precisamente reconoce que los derechos resultantes del contrato integran el derecho de propiedad del contratante.

Al referirse a los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución, consolida la operatividad de aquellas en las relaciones entre particulares.

Ello no implica dejar de tomar en consideración el art. 42, referido al derecho del consumidor.

“Es verdad que también a raíz del contrato se presentan ciertos efectos que derivan directamente de la ley, y respecto a los cuales el contrato tiene el mismo papel que un simple acto, cual acontece con las normas imperativas. Pero se advierte que esto no constituye un carácter específico del contrato frente a la ley. Tampoco la ley puede afectar garantías constitucionales (que actúan imperativamente sobre ella)” (2).

(1) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Teoría general del contrato*, Ancalevi, Rosario, Prov. de Santa Fe, 1976, p. 49.

(2) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., en CURA, José M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 2ª ed., La Ley, t. III, art. 957.

El nuevo art. 958 no hace más que reflejar la libertad o no de contratar como la de determinar el contenido del compromiso asumido, con los límites ya conocidos.

El siguiente muestra el efecto vinculante del contrato cuando sostiene que es obligatorio para las partes, en la medida que sea válidamente celebrado.

“La obligatoriedad del contrato deriva de su adecuación a los requisitos de validez del acto” (3).

“...Decía Videla Escalada que se había quebrado la línea maestra de la evolución que había llevado hasta la plena consagración de la fuerza obligatoria de la voluntad y entrado en un período de decantación de los conceptos, tratándose de alcanzar, como culminación de la crisis, una regulación que ajuste el verdadero concepto de contrato y establezca los requisitos y garantías necesarios para asegurar su eficacia, donde puede señalarse la simplificación del acuerdo, la desigualdad de las partes, el aumento de la intervención del Estado, la presencia de una promesa pública firme e irrevocable, el predominio del interés general y el goce del monopolio de hecho del ofertante” (4).

La normativa contenida en el art. 1003 hace una remisión a lo prevenido para los actos jurídicos. Disposición similar a la del Cód. Civil, ya que el objeto debe ser lícito, real y determinado o determinable y con contenido patrimonial.

A ello se suma que la siguiente norma menciona los objetos prohibidos, detallando los contrarios a la moral, al orden público... ni tampoco podrán ser objeto de los contratos, los bienes que por un motivo especial se prohíben que lo sean.

Si bien el contenido es amplio, ya que se refiere a bienes y hechos, y es factible que puedan ser objeto de los contratos los bienes futuros (art. 1007 Cód. Civil), la primera parte de la normativa del art. 1007 del mismo cuerpo legal reitera que no deberán ser contrarios a la moral, al orden público, ni tampoco los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean.

La primera parte de la normativa del art. 1010 es tajante en cuanto a que la herencia futura no puede ser objeto de los contratos, ni tampoco

(3) GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Astrea, 2015, p. 202.

(4) GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 204.

los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, sin perjuicio de la excepción que habilita después.

“Art. 1010.— Herencia Futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco puede serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones a 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”.

Sin embargo, el párr. 2º habilita la contratación sobre herencia futura siempre que este referido a una explotación productiva o a participaciones societarias, lo que hace pensar, más en la propiedad de la empresa en el segundo caso que en la gestión o administración de ella.

Lo convenido es posible de ser modificado o extinguido por el accionar de las mismas partes, celebrando otro acuerdo, no por voluntad exclusiva de una de ellas, es decir, que se respeta el principio de intangibilidad.

En cuanto a la posibilidad de modificación o extinción por el órgano judicial, solo cabe en los supuestos que la ley lo admita. Ambos artículos son concordantes en este aspecto, el 959 y el 960, estando limitadas esas facultades y siendo admisible su ejercicio, frente al pedido de una de las partes, cuando se trata de un supuesto que la ley prevé o cuando se encuentre afectado, “de modo manifiesto”, el orden público.

La locución “de modo manifiesto”, implica una violación eminente, ostentosa y trascendente debiendo distinguirse con precisión si se trata exclusivamente de una cláusula y/o de todo el contenido.

Lo concreto es que las facultades otorgadas a los jueces se encuentran encorsetadas en esos dos supuestos para la revisión y no pueden ser extendidas a otros, sin perjuicio de la potestad de interpretación del contrato, que los asiste.

Interpretación que deberá tomar en consideración, si tratarse de un contrato discrecional, o uno predispuesto a cláusulas generales o de adhesión o de consumo.

Interpretación que también debe no olvidar el principio de buena fe (art. 961 del Cód. Civ. y Com.).

No solo meritando lo que está formalmente expresado sino la voluntad real de las partes, así como las consecuencias que se derivan de él, que las partes entendieron o pudieron entender las obligaciones que contraían, obrando con cuidado y previsión.

La buena fe se extiende desde antes del nacimiento del contrato, durante todo su desarrollo y hasta su ejecución.

En conclusión: el principio es de no intervención, inclusive para los jueces sino se dan una o ambas de las hipótesis contenidas en la norma ya mencionada.

El art. 954 establece la prelación normativa, aunque la jerarquía de las normas las fija la CN.

Lo establecido en este artículo está referido al supuesto de aproximación al conflicto desde distintas leyes, a fin de realizar una heterointegración. El inc. a) no indica a cuál se le dará preeminencia, por el contrario, coloca en un pie de igualdad a las normas indisponibles de la ley especial y a las del código.

Luego son las normas particulares del contrato, las supletorias de la ley especial y por último las de este Código.

En la primera hipótesis la interpretación integradora⁽⁵⁾ ante supuestos de lagunas u oscuridades, se hará a través del contenido normativo, conforme al sistema diseñado, para lo que se deberá tomarse en consideración el ordenamiento en su conjunto, la Constitución y la finalidad perseguida. Distinto es el supuesto de integración del contrato cuando la ley, impone efectos ordenados por ella.

(5) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., en CURA, José M. (dir.), *Código Civil y Comercial...*, cit., art. 964, p. 557, "Se denomina integración a la operación que consiste en añadir a lo que las partes dijeron, otras reglas que no explicitaron pero que resultan necesarias para conocer el alcance de sus derechos y deberes. Lo explícito del contrato se integra, se completa, por vía de agregación, con otros datos que tienden a llenar las lagunas de su regulación y forman un todo a interpretar. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, t. 1, nro. 25, IV, 1)".

II. CONTRATOS SOBRE HERENCIA FUTURA O PACTOS SUCESORIOS. CONCEPTO

Son pactos sucesorios todos aquellos que su objeto es todo o parte de la herencia de una persona viva, y su contenido está referido a su organización o alguna materialidad de ella, pudiendo intentar instituir, o disponer, o transferir derechos sucesorios eventuales o decidiendo reglas de distribución de los bienes u otras cuestiones sucesorias (6).

Maffia sostenía que es la convención mediante la cual el causante organiza su sucesión de acuerdo con otros interesados, o estos, estipulando entre sí en vida del causante, transfieren o abdican derechos (7).

También se lo define como “el contrato (bilateral como característica esencia del mismo), por el que se regula una sucesión o efectos de la misma, ya sea propia de algunos de los participantes o ajena, para surtir efectos tras la muerte de la persona cuya sucesión trate el contrato” (8).

Surge claro de las definiciones dadas que “si las cosas o los derechos del contrato no han sido considerados como objetos hereditarios futuros, o si aquel que contrata en relación a ellas no actúa como causante o como heredero eventual a ellos, no habrá estrictamente un contrato sobre herencia futura, sin perjuicio que la nulidad del acto se funde en otras razones legales” (9).

Es claro que para nuestro derecho el pacto de herencia futura se trata de un acto entre vivos, no de un supuesto de sucesión contractual, y que la materialización de lo acordado esté sujeto al plazo incierto como es la muerte de una persona, no lleva a confusión, ni modifica su naturaleza jurídica.

III. CLASES

Se los ha clasificado por su contenido como: de institución, cuando se designa una persona como heredero o legatario sobre el todo de la sucesión, o algún bien de esa eventual sucesión, o una parte alícuota de

(6) GUASTAVINO, E., *Pactos sobre herencia futura*, Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 76.

(7) MAFFÍA, J. O., *Manual de derecho sucesorio*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1989, t. 1, p. 8.

(8) DIEZ ARNAIZ, M., *Los pactos sucesorios, hacia una reforma del Código Civil*, Universidad de La Rioja, España, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014-2015.

(9) CNCiv., sala B, 14/5/1951, LL 62-805.

ella; como renunciativos, cuando el posible o eventual heredero o legatario renuncia a ella o al beneficio sin transmitir a otro esos eventuales derechos; y como dispositivos, cuando el eventual heredero o legatario cede sus eventuales derechos sobre la herencia futura, a un tercero; o formaliza un contrato sobre alguno de los bienes que constituirán el caudal relicto.

IV. PACTOS SOBRE HERENCIA FUTURA EN EL CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ

El Cód. Civil disponía que “No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares” (art. 1175).

Ni el consentimiento de la persona de cuya sucesión se tratase, podía evitar la nulidad del contrato sobre herencia futura, atenta la prohibición legal.

Como bien señalaron Borda (10) y Maffía (11), existían varias excepciones a la prohibición, que posibilitaban pactos sobre la herencia futura, tales como:

a) la partición por donación hecha en vida por los ascendientes respecto a sus descendientes (arts. 3514 a 3538, Cód. Civil);

b) la imputación de las liberalidades realizadas por los padres a favor de sus hijos, entendiéndose que debían comprenderse como un adelanto de la legítima (art. 1805, última parte);

c) las donaciones sujetas a la condición de restitución al donante, si este sobrevivía al donatario o a este último y sus herederos (art. 1803 y 1841);

d) transferencia de dominio entre legitimarios, con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo, que creaba presunción de mejora, pudiendo ser desvirtuada por el consentimiento de los otros herederos forzosos (art. 3604).

“A su vez, en la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 se prevenían —y se preven en la actualidad pues la redacción se ha mantenido

(10) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1971, t. II, nro. 1247, ps. 175-176.

(11) MAFFÍA, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, cit., t. II, ps. 10-11.

en la hoy denominada Ley General de Sociedades- convenciones de herencia futura o pactos de ingreso de herederos a la sociedad frente al fallecimiento de los socios fundadores (arts. 90, 2º párr., y 155)” (12).

V. RAZONES ESBOZADAS PARA EL RECHAZO DE LOS PACTOS SOBRE HERENCIA FUTURA

El fundamento dado para la prohibición legal sería el moral; considerando que no cabría especular con la muerte de una persona, por lo que este tipo de pactos carecerían de la necesaria legitimidad.

Nótese que cuando se lleva a cabo un contrato de renta vitalicia, también se está evaluando el posible plazo de vida de una persona, sin embargo, es válido.

No supone distinta razón ética considerar que la muerte de una persona no configure un hecho condicionante, por no ser un hecho incierto. Es un plazo en el caso de la renta vitalicia como en el del pacto, que solo supedita la exigibilidad del derecho, no su existencia.

Mas, cuando la ley ha considerado ético aceptar en el caso de las donaciones sujetas a condición, la restitución de las cosas donadas en caso de sobrevivencia del donante al donatario, y/o donatario y sus herederos (arts. 1803 y 1841 del Cód. Civil), y en este supuesto que es condición porque, además de hecho futuro, es incierto; ya que se desconoce quién fallecerá primero, se lo considera también válido. En uno u otro caso se lo consideró ético. Se afirma que pueda ser riesgoso para la persona que sería el futuro causante, por el peligro eventual de una muerte provocada.

La vida tiene riesgos, algunos ni previsibles. La cuarta causa de muerte en la Argentina son los accidentes viales. Ello debido a la falta de educación vial, sin embargo, nadie deja de salir a la calle por eso. Pareciera más riesgoso salir a transitar que firmar un pacto sucesorio.

Se menciona también, que la ilimitada revocabilidad de los actos de última voluntad se vería impedida de ser ejercida frente al compromiso asumido.

Es cierto que limita su voluntad de testar de manera voluntaria, ya que el posible futuro testador vincula su voluntad sucesoria a la voluntad de otra persona, impidiendo eventualmente realizar testamento o dona-

(12) VARGAS BALAGUER, H., “Estudios de derecho empresario”, ISSN 234-9404.

ción por lo suscripto en el pacto, lo que supone pensar en principio, que los pactos sucesorios son irrevocables.

Su irrevocabilidad es consecuencia necesaria de ser un contrato bilateral: al confluir dos voluntades, se aplican a ellos las reglas de los contratos. Siendo uno de sus principios la irrevocabilidad por voluntad unilateral, “con la matización que supone la modificación por alteración a este principio, a mi juicio, se puede trasladar del mismo modo a los pactos o contratos sucesorios, tanto en forma de existencia legal como su posible inclusión en las cláusulas del contrato” (13), salvo que se incluyan cláusulas que lo posibiliten o que existan supuestos en la ley que lo habiliten.

Se desaprueba la validez de los pactos sucesorios por el carácter de irrevocable que tienen, pero no siempre es así (cláusulas que lo posibiliten o casos en que la ley lo admita).

Mas, si así lo fuera, esa decisión emana de la voluntad de quien lo suscribe, pudiendo no ejercerla, si así le place. En cambio, nuestra ley trae límites a la libertad de testar, como es la legítima, imposición legal que no se puede resistir, aunque se la considere injusta en algunos casos, de modo que no debería defenderse a ultranza la libertad de testar cuando nace de la propia voluntad del futuro causante, cuando cree que limitarse es adecuado a las circunstancias de su vida.

Inclusive la situación se ha tornado más injusta, desde la abolición en el nuevo Código de la institución de la desheredación. No hay un equilibrio lógico, la obligación de dejar parte importante de los bienes a los legitimarios, no encuentra un límite al no permitir al futuro causante expresar su voluntad en cuanto al deseo de desheredar a algún pariente que sea heredero forzoso.

Frente a un derecho siempre surge el reverso del deber, en este caso no es así. Es obligatorio que los legitimarios reciban los dos tercios del acervo hereditario, pero el futuro causante no los puede desheredar a pesar que no hayan cumplido con las obligaciones que surgen del mismo Código y de la Convención Interamericana de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

De modo que no hay sanción frente a la marginación, discriminación y/ o violencia, situaciones que sufren en el mundo los adultos mayores.

(13) LA CRUZ BERDEJO, J. L. - SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos del derecho civil II. Derecho de las obligaciones V*, Dykinson, Madrid, 1999, t. I.

La situación se ha tornado ilógica porque si la solidaridad es la razón de la existencia de la legítima, cabe preguntarse, ¿qué solidaridad se les exige a los legitimarios?

Mas, el pacto, por el contrario, supone ampliar la libertad de testar al permitir organizar su propia sucesión, cuando este persigue como propósito la conservación de la empresa.

Por otra parte, olvidan los que lo critican, que al ser un contrato se crean obligaciones para ambas partes (14).

Se agrega presumiendo que en general una de las partes se encontraría en una situación de vulnerabilidad o al menos en una singular ocasión de debilidad, lo que permitiría de reunirse los otros necesarios requisitos que exige la ley, que se configure la lesión.

Jeanne Louise Calment nació en Arles en febrero de 1875, falleció en agosto de 1994, fue supercentenaria documentada, se la considera como la persona más longeva de la historia al alcanzar la edad de 122 años y 164 días, sobreviviendo a su hija y a su nieto.

Cuando tenía 90 años firmó un acuerdo vendiendo su antiguo departamento con reserva de usufructo vitalicio, con el notario Andre Francois Raffray, entonces, este solo contaba con 47 años; contrato por el cual, además, se le pagaba una suma mensual de 2500 francos hasta que ella muriera.

Raffray falleció antes que ella y su viuda continuó pagando lo comprometido. La suma abonada en todos esos años superó ampliamente el precio del inmueble, lo duplicó.

Lo que demuestra que cada caso debe ser analizado concienzudamente, no presumiendo consecuencias, ni por la edad, ni por el género, ni por ningún otro prejuicio.

Se podría imaginar que una persona de 90 años sería más vulnerable que un notario de 47, no solo por su edad sino por su escolarización, sin embargo, la realidad demostró lo contrario.

(14) BRAUN, A., "Testamentary freedom and its restriction in French and Italian law: Trends and shifts", en ZIMMERMAN, R., *Freedom of testation; Testierfreiheit*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2012, ps. 58-64 citado por DIEZ ARNAIZ, M., *Los pactos sucesorios; hacia una reforma del Código Civil*, Universidad de La Rioja, España, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014-2015.

Además, se menciona que cuando se resigna anticipadamente una herencia o parte de ella, se estaría disminuyendo el patrimonio del heredero renunciante lo que podría provocar un perjuicio para sus acreedores.

En primer lugar, lo que se estaría evaluando es un potencial, que no se sabe si se concretará en un incremento del patrimonio del heredero.

Por otra parte, si es inmoral estar especulando con la muerte de una persona, para quienes piensan de ese modo respecto de los pactos sucesorios, también lo sería reflexionar sobre una potencial ganancia ocasionada por la muerte de alguien.

Por último, se aduce que puede ser el mecanismo de violación de la legítima.

No pareciera que eso ocurriría si se respetaran los principios que gobiernan el llamamiento ab-intestato para todos los legitimarios.

A pesar de todas estas razones para impedir la celebraciones de pactos sobre herencia futura y el principio de la partición forzosa; ya existían en el código disposiciones que habilitaban a las personas a partir sus bienes anticipadamente a su muerte (participación por ascendientes, acto por el cual un ascendiente dispone de la forma de dividir su herencia entre sus descendientes, asignando a cada uno de los legitimarios los bienes en sus lotes o la indivisión forzosa temporaria de bienes, a posteriori de su fallecimiento. O el derecho de habitación del cónyuge supérstite o bienes excluidos de la partición).

Borda ya en su tiempo sostenía que “no todo pacto que tiene en mira bienes que se han de recibir por muerte de una persona es inmoral, las circunstancias los hacen razonables y prudentes” (15).

La realidad que observaba Vélez Sarsfield al tiempo de la elaboración del Cód. Civil era muy distinta de la actual, las explotaciones eran fundamentalmente agrícolas o artesanales.

Cuando la empresa se constituyó en un factor preponderante de desarrollo en el capitalismo, la tradición romanista quedó desencajada del contexto, es necesario reconocer que al ser aquella productora de beneficios no solo para sus titulares sino para la comunidad, es imprescindible cambiar el enfoque.

(15) BORDA, G., *Tratado de derecho civil, Obligaciones*, cit.

La realidad societaria y empresarial inserta en un contexto económico provocado por la globalización, al que se suma una fuerte competencia en la economía de mercado ha provocado reformas en el gobierno societario, que son imposibles de no reconocer.

La noción misma de la empresa se ha ido modificando, provocando verdadera preocupación en torno a su evolución, sin olvidar su vínculo con la sociedad donde está inserta, lo que ha suscitado la denominada “responsabilidad social empresaria”.

De aquella primigenia visión economicista de la empresa, en la que la preocupación era producir dividendos para los accionistas, se caminó hacia una conducta responsable de la empresa, dirigida respecto de los negocios, como al trato de sus integrantes, como a la sociedad y al cuidado del medio ambiental (16).

“La empresa interactúa en un medio y se relaciona con un conjunto de actores, clientes, consumidores, proveedores que están vinculados con su actividad. Su resultado muchas veces condiciona decisivamente el futuro, los proyectos y la vida de la comunidad en que se inserta, por lo que puede decirse que alrededor de la misma se genera una “relación de valor “de la cual la empresa no puede prescindir” (17).

Todo lo graficado muestra lo positivo del cambio, sin que con esto se pretenda agotar con lo expresado la temática de los pactos sucesorios o las sucesiones contractuales; más si se merita el entrecruzamiento de normas de diversa índole (familia, sucesiones, contratos, societarias).

VI. DERECHO COMPARADO

Dos corrientes se distinguen: las que nacen del derecho romano, que prohibió relativamente esta clase de pactos (18), mantenida duramente por el derecho francés y otra cuyo origen debemos encontrarlo en el derecho germánico, él que las acepta sin cortapisas en algunos supuestos, por considerar normal que cada uno disponga de su patrimonio para después de su muerte.

(16) FARGOSI, Horacio, “La incidencia de la empresa en la sociedad anónima”, consultado en www.laley.online.com.

(17) JUNYENT BAS, Francisco, *Sociedad y empresa*, El Derecho, colección académica, p. 10.

(18) DIEZ ARNAIZ, M., “Los pactos sucesorios; hacia una reforma del Código Civil”, Universidad de La Rioja, España, 2014-2015.

Esta última tendencia está cristalizada en el Código alemán, el austríaco, el suizo, que consideran a los pactos como morales, no infringiendo el orden público, ni las disposiciones imperativas. Por otra parte, la tendencia que se percibe entre los primeros, los que derivan del pasado romano y del Código Francés de 1807, es que las excepciones a la intangibilidad de la legítima, que ya se operaban en nuestro derecho con anterioridad en los casos ya enunciados, van superando la inflexibilidad del sistema.

Si bien el Cód. Civil Español no los admite, solo lo permite hacer a través del testamento; numerosas legislaciones forales, con distintas magnitudes, los acogen. El caso más destacado es el de Cataluña, que revistió una antigua institución agraria, adaptándola a la actualidad.

Aragón, Islas Baleares, Galicia, Navarra y el País Vasco, también los autorizan.

“Muy interesante también es el paralelismo histórico realizado por el notario Huerta Trólez. Manifiesta que la ordenación de los vínculos entre una familia y un patrimonio constituye un fenómeno nuevo en el ámbito de lo jurídico. A esta idea respondían los vínculos familiares representados especialmente por la institución de los mayorazgos. En algunos territorios todavía persisten residuos legislativos de instituciones jurídicas cuyo objetivo era preservar la unidad del patrimonio familiar (en realidad, una empresa agrícola familiar). Así sucede con las capitulaciones matrimoniales de Aragón y Navarra, por ejemplo, donde se puede configurar, tal y como sucedía antaño, como un instrumento complejo que incluye pactos relativos al régimen matrimonial, pero también comprensivo de previsiones en orden a la sucesión de uno y otro de los contrayentes, a modo de contrato sucesorio o a donaciones entre los propios cónyuges y a donaciones por razón del matrimonio efectuadas por los ascendientes de los cónyuges.

“Es un hecho que el paso de una sociedad agraria a otra industrial provocó en la segunda mitad del pasado siglo la caída en desuso de estas capitulaciones familiares. El dato reseñable, y en cierto modo sorprendente, es que, medio siglo después, en la era de la tecnología generalizada y de la crisis de la familia tradicional, la sociedad siente de nuevo la necesidad de crear vínculos jurídicamente eficaces entre un patrimonio y un grupo familiar determinado” (19).

(19) Citado por DI CASTELNUOVO, Franco - SCOCCIA, María V., “La empresa familiar”, *Revista del Notariado*, nro. 909, julio-septiembre 2012, Órgano del Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires, ps. 112-113, de una cita de CERDÁ GIMENO, José, “De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual en la empresa familiar”, *Revista*

El paralelismo señalado muestra el fenómeno de no solo crear vínculos jurídicos entre la familia o un grupo determinado de ella y el patrimonio, si no la necesidad de buscar distintas soluciones conforme la realidad que se legisla. El derecho es expresión de la cultura.

El mayorazgo respondía a la exigencia de sobrevivencia del sistema de poder instaurado en ese momento histórico, debían defenderse o competir con el poder del Rey, de allí que el poder del señor feudal debía estar unificado, no podía haber luchas intestinas que lo debilitaran, mientras que ahora los pactos sucesorios manifiestan la necesidad de la conservación de la empresa.

En España, país del notario mencionado, conforme el Instituto de la Empresa Familiar, existían dos millones y medio de empresas familiares, al año 2012, lo que constituía el noventa por ciento del total, lo que lleva a que se proponga la modificación del régimen legal en materia sucesoria (20).

“El veinticinco por ciento de las empresas más grandes es familiar; aporta 6,5 por ciento de las exportaciones y el 60 por ciento del empleo privado, con más de 9 millones y medio de asalariados. Algo parecido ocurre en otras latitudes. En la Unión Europea, 17 millones de empresas familiares, el 60 por ciento del total, emplean cien millones de personas. En Estados Unidos, generan entre el 40 por ciento y 60 por ciento del PBI y el 50 por ciento del empleo. Por lo que se refiere al Reino Unido, de las ocho mil compañías más grandes, el 66 por ciento es familiar. A nivel mundial, el 35 por ciento de las quinientas empresas con mayor facturación es familiar” (21).

Aun cuando en España el régimen de la legítima, da más flexibilidad al futuro causante respecto de los bienes a repartir entre los herederos forzosos, se propone la reforma del Cód. Civil. Esa flexibilidad enunciada respecto del régimen sucesorio, es calificada así al compararlo con nuestro sistema en esa materia, él que impone la igualdad de las porciones.

Jurídica del Notariado, Madrid, Consejo General del Notariado Español, nro. 62, abril-junio 2007, p. 100.

(20) DIEZ ARNAIZ, M., *Los pactos sucesorios; hacia una reforma del Código Civil*, Universidad de La Rioja, 2014-2015.

(21) HUERTA TRÓLEZ, Antonio, *La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio*, *Revista Jurídica del Notariado*, Consejo General del Notariado Español, Madrid, nro. 50, abril-junio 2004, ps. 93-138; citado por DI CASTELNUOVO, F. - SCOCCIA, M., “La empresa familiar”, *Revista del Notariado*, julio-septiembre 2012, p. 113.

El Código español divide en tres partes el haber sucesorio: la legítima estricta; la porción disponible y el tercio restante, es permitido disponerlo para mejorar a los hijos. Igual sistema tiene Uruguay.

El resultado que arroja el sistema español es mejor que el nuestro, a pesar de la crítica de Fornieles, porque ese sistema permite distribuir parte de los bienes a los hijos conforme la conducta de estos o sus necesidades.

Por su parte, la ley 728/2006 francesa ha modificado en profundidad el derecho de las sucesiones, teniendo en cuenta la evolución de la sociedad, el aumento de la esperanza de vida, la multiplicación de las familias reconstituidas y los cambios económicos.

Los notarios franceses se implicaron muy seriamente en la reforma, tras una encuesta que llevo a cabo el Ministerio de Justicia, sobre la opinión de más de tres mil quinientos notarios.

Tres fueron los objetivos principales: aumentar la seguridad jurídica, a través de la definición precisa de los casos de aceptación tácita de la sucesión y la modificación de la aceptación con beneficio de inventario convirtiéndola en una transmisión de un patrimonio neto, evitando la confusión entre el patrimonio del difunto y el del heredero; la simplificación y aceleración de la regulación mediante el mandato *post mortem*, que varía la gestión de la indivisión y la partición.

La ampliación de la libertad individual en la organización previa o en la regulación de la sucesión, particularmente a través del pacto sucesorio y la habilitación de la donación-partición-transgeneracional, muda alguno de los principios anteriores (22).

Desde enero de 2007 Francia acoge la posibilidad de realizar pactos sucesorios, en ellos el heredero forzoso puede renunciar por anticipado a la herencia, total o parcialmente, pudiendo ceder a otras personas sus derechos, con independencia que estas últimas sean herederos o no.

Asimismo, el mandato *post mortem*, hecho obligatoriamente por escritura pública, permite designar en vida a un mandatario para que administre y gestione el patrimonio, una vez que se abra la sucesión. Elemento útil en caso de empresas familiares, cuando se persigue su continuidad. El mandatario tiene obligación de rendir cuentas anualmente

(22) GINISTY, Jean Claude, notario de París. Colegio Notarial de Madrid. Último número de *El notario del siglo XXI*, enero-febrero 2019, nro. 83.

a los herederos. Su mandato durara por el tiempo determinado por el causante, con un máximo de diez años.

Desde el 2018, Bélgica tiene una ley similar a la francesa.

Italia no es ajena al cambio, “el pacto de familia” es un instrumento introducido en el *corpus* del Código civil italiano, con la ley del 14 de febrero de 2006, n 55 2.

El legislador además de modificar el art. 458 C.C., ha establecido después del artículo 768 (del art. 768 bis al 768 octies), siete nuevos artículos que constituyen ahora el capítulo V bis, que disciplinan el nuevo instituto como el contrato a través del cual el empresario transfiere total o parcialmente, la empresa y el titular de las participaciones transfiere, total o parcialmente, sus cuotas a uno o más descendientes, garantizando la protección de los futuros legitimarios.

Los beneficiarios están obligados a entregar a estos últimos una suma de dinero o el equivalente *in natura*, cuyo valor deberá determinarse en el momento del otorgamiento del pacto, según los criterios vigentes en el tema de la sucesión necesaria, con exclusión de los mecanismos de reducción y de colación hereditaria.

El nombre de beneficiarios lleva a confusión, no hay un beneficio si debe ser pagado ese derecho que se les otorga.

El objeto del pacto de familia, es pues, que la empresa y/o a través de sus participaciones societarias, “total o parcialmente”, a uno o más descendientes”, consolide el traspaso generacional sin problemas”.

La Comunidad Europea en su recomendación del 7/12/1994 ya manifestaba su preocupación respecto de la problemática de la continuidad de la empresa familiar ante el régimen sucesorio de determinados países.

La comunicación 98/C93/02 del 28 de marzo de 1998 insiste en su preocupación por la modificación de la legislación en temas claves de política empresarial, fomentando se adopten medidas —jurídicas, fiscales y de apoyo— para facilitar la trasmisión de las empresas, con el fin de garantizar su supervivencia y el mantenimiento de los puestos de trabajo. Entre esas medidas está la de impulsar las reformas de legislación respecto de los pactos sucesorios o protocolo familiar, con el propósito de evitar consecuencias negativas.

VII. ELEMENTOS

Lavalle Cobo sostiene que tres son los elementos del contrato sobre herencia futura: a) debe tratarse de una sucesión sobre una persona viva; b) el objeto del contrato debe referirse a esa sucesión, o a uno o más bienes de esa sucesión, o a partes alícuotas de ella y c) el pacto debe haberse hecho a título de eventual heredero y no a otro título (23).

La promesa *post mortem*, según parte de la doctrina, es válida para distinguirla del pacto sucesorio basta ver que no se actúa ni como futuro causante, ni como heredero, no se especula con una herencia futura. Se invoca otro título para obligarse y esa obligación estará sujeta a condición o plazo (24).

VIII. OBJETO

El objeto directo del pacto sucesorio en nuestro derecho es “la explotación productiva o las participaciones societarias”, lo que aparentemente se distinguiría del resto del haber sucesorio.

Esta explotación o participación sería la destinada a determinados legitimarios o no, llamados beneficiarios del acuerdo. De revestir esa calidad de herederos forzosos, serían “beneficiados” de determinados futuros derechos hereditarios. De no ser legitimarios, sino eventuales herederos o no revistiendo esta última calidad, el futuro causante podrá decidir disponer, imputándolo a su porción disponible.

Sin embargo, más adelante la norma pone como condición de validez del pacto, que deberán recibir compensación a su favor los restantes herederos forzosos.

Al ocurrir este extremo, necesariamente se habrá extendido el objeto indirectamente a otros bienes del haber sucesorio, distintos de los enunciados. Mas, si se toma en consideración que deberá respetar los derechos del cónyuge supérstite.

El pacto podrá abarcar la totalidad o no del acervo hereditario, en caso de que no tuviera toda esa magnitud, el resto de los bienes se regirá por las normas sucesorias.

(23) LAVALLE COBO, J. E., en BELLUSCIO, A. C. (dir.) - ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, art. 1175.

(24) Comentario de Augusto C. Belluscio.

En nuestro presente, sobre el particular, el nuevo Cód. Civ. y Com. mantiene como ya se dijo la regla general la prohibición de ser objeto de los contratos la herencia futura, así como sobre los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares. Lo que permitiría imaginar eventualmente su nulidad y privación de todo efecto.

Sin embargo, como ya se señaló, indirectamente podría verse involucrado en el pacto, la totalidad del acervo sucesorio y esto de respetarse los condicionamientos legales impuestos por la misma norma, en modo alguno conduciría a su nulidad. Mas, si se tiene en cuenta el principio de buena fe, evaluándose la voluntad real de las partes, las consecuencias que se derivan de él, tratándose de un contrato discrecional y la finalidad perseguida por la ley.

Es decir, que, si no se afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros, son válidos, aunque involucren la totalidad del acervo sucesorio.

El párr. 2º del art. 1010 expresa claramente: “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”.

Explotación productiva no tiene una clara definición en nuestra ley, la real Academia Española en su última edición de su diccionario define a la empresa como la unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos. Agregaría de explotación de recursos naturales, agrícola, ganadero, minero, energías renovables u otros campos. Todo aquello que constituya una unidad económica.

Es intrascendente la dimensión que tengan, aunque algún autor haya entendido que la ley se refería a la “explotación productiva” como la pequeña y mediana empresa familiar (25).

Se debe coincidir con la opinión de la Dra. Medina, en cuanto a que la empresa familiar no se caracteriza por la dimensión, tanto puede ser

(25) FERRER, Francisco A. M., “Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial”, LL 2015-D-1124. Cita online: AR/DOC/2158/2015.

una explotación individual como de envergadura internacional, “en la cual el capital se mantiene concentrado mayoritariamente en las manos de los miembros de la familia” (26).

La doctrina incipiente elaborada con motivo de esta innovación legislativa es “contestes”, en cuanto a que las “participaciones sociales” son comprensivas de cualquiera de los tipos sociales regulares de la ley de sociedades, “incluido el supuesto de asociaciones del art. 3º, las comprendidas en los arts. 17 y 21 (sustituídos por la ley 26.994) y las del art. 31, ya que la norma no exige que la actividad empresarial sea ejercida directamente por la sociedad cuyas participaciones sean objeto del pacto” (27).

En igual sentido, “quedan comprendidos los tipos societarios del Capítulo II de la LGS (sociedad colectiva, en comandita simple, de capital e industria, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima y en comandita por acciones), como igualmente las sociedades de la Sección IV del Capítulo I de la LGS, denominadas por la doctrina sociedades simples, libres o residuales. También se encuentran abarcadas las sociedades civiles existentes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley 26.994, las conformadas con esas características con posterioridad, quedan incluidas en el régimen previsto en los arts. 21 a 26 de la LGS” (28).

Este mismo autor se pregunta si las participaciones de un holding familiar podría ser objeto de un pacto sucesorio, respondiendo que si porque al controlar y dirigir las sociedades operativas de titularidad de la familia (29), estaría produciendo e intercambiando bienes y servicios en forma indirecta (art. 1º de la Ley General de Sociedades) citando al Dr. Favier Dubois en su apoyo (30).

El orden público no se entendería “infringido” en forma manifiesta “porque las sociedades de ese tipo produjeran o intercambiaran bienes

(26) MEDINA, Graciela, “Empresa familiar”, LL 2010-E-920.

(27) CESARETTI, María y Oscar Daniel, “El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación”, *Revista del Notariado*, nro. 918, oct.-dic. 2014, junio 2015, Secc. Doctrina.

(28) VARGAS BALAGUER, H., “Estudios de derecho empresario”, cit.

(29) VARGAS BALAGUER, H., “Estudios de derecho empresario”, cit.

(30) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. P. - FAVIER DUBOIS, Eduardo M. H., “La sociedad *holding* y la sociedad ‘filial’ en el derecho argentino”, *Errepar, DSE*, nro. 276, t. XXII, noviembre 2010, p. 1189.

o servicios de modo indirecto, sólo se trataría de la forma como lo hace (arts. 959 y 960 del Cód. Civ. y Com.)”.

La interpretación debe respetar el principio de buena fe, meritando la voluntad real de las partes, así como las consecuencias que derivan del contrato, sin olvidar la finalidad que se persigue en la norma, que busca no solo la satisfacción de intereses individuales sino de la sociedad toda, como se refiriera en el apart. VII *in fine*.

IX. FINALIDAD DE LA NORMA

“Con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos”, ese es el fin que persigue la norma.

Estudios en España señalan que entre dos tercios a tres cuartos de las empresas familiares quiebran o son vendidas por los socios fundadores en la primera generación, es decir, que su ciclo de vida es corto, solo entre un cinco por ciento a un quince por ciento continua en la tercera generación. La falta de un estatuto jurídico adecuado que encarrile para ayudar a la continuidad, es a criterio del notario español Tena Arregui, lo que provoca esos resultados(31).

Evitar que, en la transmisión generacional, los posibles conflictos internos provocados por los distintos criterios de los herederos ya sea en la gestión o en el gobierno de la empresa, perjudiquen su desenvolvimiento, provocando disminución en el rendimiento y consecuentemente en la generación de ganancias, llevándola a su desaparición. Ese es el propósito de la norma, impedir su extinción.

Lo que se intenta evitar son los conflictos de poder, porque la experiencia ha demostrado la dificultad del traspaso de generación a generación, hecho que acontece en cualquier situación de cambio que potencialmente afecta los intereses de los grupos significativos de poder dentro de la empresa.

La dificultad en las relaciones interpersonales que representan la autoridad de la empresa, como problemas de comunicación entre ellos, al no tener reglas de participación claras son conflictos que suelen presentarse con frecuencia. Al igual que acontece respecto de los derechos y obligaciones de los socios y de los familiares.

(31) DI CASTELNUOVO, F. - SCOCCIA, M., “La empresa familiar”, cit., ps. 113-114.

La forma de contratación de familiares en ocasiones, no son útiles para la empresa, así como las áreas de responsabilidad tampoco se encuentran bien delimitadas y esos familiares en ocasiones, no tienen la capacitación necesaria para ocupar puestos gerenciales.

No deja de estar presente la preocupación por la herencia y el testamento en referencia a la empresa. Los socios fundadores también vuelcan su inquietud por el funcionamiento y continuidad de la empresa para cuando se retiren, sin dejar de lado la propia intranquilidad en cuanto a sus condiciones de retiro y renta vitalicia.

Por eso muchos de los socios fundadores conscientes de la problemática interna, venden su empresa como solución a las difíciles relaciones del grupo familiar.

“Para la Cámara de Comercio de Navarra, las principales razones por las que desaparecen los negocios familiares en España son las siguientes: confusión en el hecho de ser propietario y el de tener la capacidad necesaria para dirigir, demasiada atomización de la propiedad; falta de liderazgo claro; excesivo crecimiento de una familia muy diversa y mal avenida; escasa diferenciación entre la gestión del negocio, propiedad y familia; limitada profesionalización; pérdida de motivación y de identificación con la empresa y deficiente planificación de la sucesión.”

De la misma opinión es también el notario español Víctor Garrido “Las causas de desaparición de tipo de empresas son más familiares que empresariales” (32).

Por ello, se habla de prevención y solución de conflictos. Hay niveles en que el conflicto deja de ser una oportunidad de cambio frente a la confrontación de intereses y/o de personas o grupos que difieren en sus enfoques, para convertirse en algo desgastante y destructivo. Hay que buscar las posibilidades de negociación de acuerdos, lo que a menudo no se logra.

Las empresas familiares y cerradas en nuestro país constituyen el noventa por ciento de las sociedades anónimas constituidas, aportan más del cincuenta por ciento del PBI y se entiende que absorben más del setenta por ciento del empleo útil (33).

(32) Citando a FERNÁNDEZ, Pedro M., “¿Por qué fracasan las empresas familiares?” en Escritura Pública, Madrid, Consejo General del Notariado, nro. 50, marzo-abril 2008, p. 51.

(33) Ídem, p. 113.

En el derecho positivo español se define el protocolo en la empresa familiar como “aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre la familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad” (34).

Este concepto vertido no es omnicomprendivo de todos los aspectos que puede contener este documento, pero son los que el derecho español considera que debe tener el instrumento jurídico, que puede ser objeto de publicidad.

El protocolo, en principio, busca organizar los nexos entre la familia, gestión y propiedad de la empresa.

“Fundamentalmente el protocolo regula el plan de la sucesión en la gestión de la empresa y el plan de la sucesión en la propiedad de la misma, estableciendo un procedimiento para la elección de un reemplazante del fundador. Su retiro y el mecanismo de transmisión de la propiedad a todos o algunos de los herederos” (35).

Se lo define como un acuerdo marco, que intente prevenir y gestionar los conflictos que puedan plantearse entre esos dos núcleos que son la familia y la empresa.

La voluntad de las partes es la que hace nacer el contrato y de ahí las obligaciones que surgen de él. La fuerza vinculante del protocolo depende quien o quienes lo firmen, de la adecuada interpretación que se le dé, así de su forma e instrumentación y del derecho positivo en el cual se inserte.

Favier Dubois (h.) y Spagnolo L. sostienen que existen tres tipos de protocolos:

a) El “pacto de caballeros” que obliga exclusivamente a los suscriptores desde un ángulo moral, familiar, y social;

b) el “protocolo contractual” que los vincula jurídicamente, pudiendo accionar por cumplimiento o inejecución y reclamarse medidas cautelares.

(34) Art. 2º del Real Decreto 171/2007 del 9/2/2007.

(35) FABIER DUBOIS, Eduardo (hijo) (dir.), *La sucesión de la empresa familiar*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.

c) El protocolo “institucional”, cuando es posible oponer el mismo frente a terceros que no lo hayan suscripto (36).

Respecto de la eficacia de este último, se deberá acudir, de ser necesario, a otros instrumentos jurídicos que pudieran integrarlo a fin de tornarlo oponible frente a terceros (37).

“El protocolo ha sido definido, desde el punto de vista jurídico, como “un acuerdo entre accionistas familiares, titulares de bienes o derechos que desean gestionar de materia unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia empresaria y la empresa familiar” (38).

No cabe duda que el nuevo Código no encara el tema de regular la empresa familiar en todos sus aspectos, ni reglamenta el protocolo, ni su publicidad; es un comienzo incipiente al crear la excepción a la prohibición de los pactos sucesorios (art. 1010, párr. 2º) y darle el valor de pactos asociativos (art. 1042). Si bien el protocolo ha sido la estrategia tradicional utilizada para intentar gestionar los conflictos que ya se han mencionado, hoy se apunta a las cláusulas societarias de programación.

“La organización constituye un sistema socio-técnico integrado, deliberadamente constituido para la realización de un proyecto concreto, tendiente a la satisfacción de necesidades de sus miembros y de una población o audiencia externa, que le otorga sentido. Está inserta en un contexto socio-económico y político con el cual guarda relaciones de intercambio y de mutua determinación.

”Las seis dimensiones relevantes que se pueden extraer de esta definición son:

(36) FAVIER DUBOIS, E. (h.) - SPAGNOLO, Lucía, *Fideicomiso de planificación patrimonial y la empresa familiar*, 1ª ed., Ad-Hoc, abril 2019, p. 40, en la que se cita a CORTÁZAR, Carlos, “Principales aspectos médicos e institucionales del protocolo familiar”, en AMAT, Joan M. - CORONA, Juan F. (eds.), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Deusto, Barcelona, 2007, p. 196.

(37) FAVIER DUBOIS, E. (h.) - MEDINA, G., “Empresa familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil”, *Revista de Derecho de Familia y de la Persona*, año IV, nro. 1, La Ley, Buenos Aires, enero/febrero, 2012, ps. 4 y ss.

(38) Véase FAVIER DUBOIS, E. (h.) - SPAGNOLO, Lucía - FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), *La sucesión en la empresa familiar*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, en el que cita a RODRÍGUEZ APARICIO, Jorge A. - TORRES, C. Agustín, “La empresa familiar y el derecho civil”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nro. 12, 3ª época, mayo 1999, p. 44.

- "1. El proyecto en el que se sustenta la organización.
- "2. La estructura organizativa.
- "3. La integración psicosocial.
- "4. El sistema político.
- "5. Las condiciones de trabajo.
- "6. El contexto" (39).

IX.1. Proyecto

El primigenio empresario fue quien creó el proyecto sobre su idea de saciar necesidades de una sociedad, así como las propias y las internas de esa organización, en un momento determinado.

IX.2. Estructura

La estructura organizacional es el "sistema interrelacionado de roles oficialmente sancionados que forman parte del organigrama, y de la definición de funciones y responsabilidades. Cuando el proyecto organizacional está suficientemente clarificado corresponde que éste sea asignado a través de la definición de responsabilidades diferenciales a los distintos roles que componen la organización" (40).

IX.3. Integración psico-social

La integración psicosocial es el tópico de las relaciones interpersonales, tanto en la línea vertical, con quien o quienes ejercen la autoridad; como en la horizontal, la que se produce entre los pares.

Aunque esté suficientemente claro el proyecto y la estructura organizacional, pueden subsistir problemas en las relaciones interpersonales lo que lesiona el buen clima de trabajo, la integración y en última instan-

(39) SCHLEMONSON, Aldo, "Análisis organizacional y empresa unipersonal", Cap. 2, *Dimensiones relevantes para el análisis organizacional*, Paidós, 1998. 2. Para ver otras definiciones de organización, véase, ETZION, A., *Organizaciones modernas*, UTEHA, México, 1965, cap. 1; SCHEIN, E. H., *Psicología de la organización*, Prentice Hall International, 1972, cap. 2, p. 19.

(40) SCHLEMONSON, Aldo, "Análisis organizacional...", cit., cap. 2.

cia perjudica el rendimiento, incidiendo en los resultados perseguidos, que es la generación de ganancias.

IX.4. Condiciones de trabajo

“Las condiciones de trabajo están directamente referidas a la satisfacción y realización de los miembros, siendo éstos particularmente proclives a la consideración de lo que se les da. El tratamiento que sienten que reciben, condiciona su vínculo con la organización y resulta determinante de su identificación y compromiso con la tarea” (41).

El tema de cómo son tratadas las personas, es de interés social principal, ya que pasan una gran parte de su vida en el ámbito de trabajo.

IX.5. El sistema político

Toda organización posee un sistema de autoridad que se ocupa de la conducción, distribución y coordinación de las tareas.

Administrar, gobernar y controlar son competencias diferenciadas en los órganos del sistema societario.

A la par de la autoridad ya hace algunos años que se habla del *establishment* en materia de administración, o de staff, clase dirigente, los que constituyen centros autónomos de poder.

Estos grupos, que poseen intereses que les son propios, están correlacionados con los niveles ejecutivo-jerárquicos de la estructura. Forman lo que Mendel llama las clases institucionales y Dahrendorf “grupos de interés” (42).

Desde esos centros de poder autónomos controlan las empresas y/o sociedades y solo son reemplazados en función de su capacidad o éxito (43).

IX.6. El contexto

Por último, Schlemenson se refiere al contexto y la forma que este incide en la dinámica interna. Sostiene que “la relación de intercambio

(41) SCHLEMENSON, Aldo, “Análisis organizacional...”, cit., igual capítulo.

(42) SCHLEMENSON, Aldo, “Análisis organizacional...”, cit., capítulo citado.

(43) FERESIN, M. I., “La gerencia en la sociedad anónima”, LL del 5/10/2005, *www.laleyonline.com*.

dinámico que se da entre contexto y organización permite discriminar distintos aspectos del contexto que afectan el desarrollo.

“Los fenómenos de crisis que suelen darse en las organizaciones están relacionados con la influencia de un contexto turbulento amenazante. Las organizaciones debieron transformarse o modificarse para evitar el riesgo de desaparición”. Los cambios inesperados provocan sensación de angustia y son un elemento perturbador frente a la imposibilidad de prever el futuro (44).

En conclusión, ¿qué persigue la norma?

La continuidad e integridad de la empresa, no solo por la trascendencia que tenga para los intereses individuales de los herederos sino también por la preservación de los de la comunidad en la que está inserta.

Trata de evitar que el traspaso generacional, provoque por impericia, negligencia o conflictos interpersonales su fragmentación, disolución o quiebra.

La norma del art. 1010 marca que los pactos persiguen “la conservación de la unidad de la gestión empresarial, en consecuencia, pretende su supervivencia.

En realidad, no solo busca que la administración, gobierno y control de la empresa se conserve, sino que se perfila hacia la propiedad de la empresa, sino no haría referencia a “las participaciones societarias”, ni a la afectación de la legítima, ni a los derechos del cónyuge supérstite, ni a los terceros.

Debemos recordar que “El ejercicio de las acciones que la ley da al heredero forzoso para la defensa de su porción legítima puede llevar en algunos casos, a que se declare la inoponibilidad de la persona jurídica, a la que el causante haya aportado determinados bienes. Las pocas sentencias dictadas en tal sentido han ordenado que los bienes se incorporen materialmente a la sucesión del causante, debiendo la sociedad reducir su capital, si los socios no optan por la disolución definitiva” (45).

Sin perjuicio que en ese artículo se proponga que el cumplimiento de la sentencia debe computar la existencia de pasivo social y salvaguardar

(44) SCHLEMONSON, Aldo, “Análisis organizacional...”, cit., capítulo citado.

(45) FAVIER DUBOIS, Eduardo (h.) - BARGALLO, Miguel F., cap. VI, “Los derechos de los terceros como límite a los efectos de la ‘inoponibilidad’”, en *Las sociedades comerciales y la trasmisión hereditaria*.

los derechos de los acreedores del ente, así como someterse a las reglas societarias sobre reducción voluntaria o en caso de disolución garantizar o cancelar el pasivo societario, sin olvidar que “la violación de la tutela de los acreedores podrá importar la nulidad, o inoponibilidad a los mismos, o ineficacia frente a la ulterior quiebra, del acto de trasmisión” (46); como se comprenderá esto afectara a la empresa de manera casi letal.

Además, incorporar exclusivamente los bienes a la sucesión del causante es considerar al patrimonio como un ente estratificado, él que naturalmente es cambiante. Si el *de cuius* hizo una inversión, el heredero no puede pretender recibir solo los bienes netos sin descontar las deudas o perjuicios que se produjeron.

Sin embargo, no es este el único camino que puede perseguir el pacto sucesorio, nótese que también se refiere la ley a “la prevención o solución de conflictos”, por lo que puede pactarse la venta u otro mecanismo de traspaso de la propiedad de la empresa, si no se logra la conciliación de intereses.

X. SUJETOS INTERVINIENTES

Si la frase del art. 1010 del Código vigente “establecer compensaciones a favor de otros legitimarios” fuera un valladar, como entienden algunos autores para considerar exclusivamente como legitimados para contratar a los herederos forzosos (47); el futuro causante, no podría suscribir pacto de herencia futura alguno, porque no es legitimario respecto de su propia herencia; lo que evidentemente es un despropósito”.

Mas tampoco lo podría consentir el otro cónyuge, con el criterio que exige que quien sea parte debe ser heredero forzoso, en el caso que el régimen matrimonial patrimonial elegido por la pareja, fuera el de comunidad (arts. 463 y ss., del Cód. Civ. y Com.) y el pacto recayera sobre bienes gananciales (art. 465 del mismo Código), ya el esposo o esposa conserva sus derechos sobre los gananciales en caso de disolución por muerte, pero no es legitimario en ese supuesto. Recoge los bienes que le correspondan en su calidad de exsocio por su propio derecho. No es heredero forzoso, en este caso, el cónyuge supérstite.

(46) Ídem, p. 83.

(47) CÓRDOBA, Marcos, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, p. 743.

En consecuencia, en el pacto sucesorio no se podría disponer sobre la porción ganancial del cónyuge sin su consentimiento (art. 498, última parte, Cód. Civ. y Com.).

El supuesto es distinto sobre los bienes propios del futuro causante a la muerte de este, ya que cónyuge supérstite va a concurrir con los descendientes con la misma porción que un hijo (art. 2433, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.), siendo excluido de los gananciales por los descendientes (art. 2433, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.).

Concluyendo, la expresión debe interpretarse como un condicionamiento a la validez del contrato, no como una limitación a los sujetos intervinientes, en igual sentido que cuando la norma afirma si no afecta “los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

En modo alguno esa expresión supone un límite para el futuro causante, si hipotéticamente este decidiera con el tercio de sus bienes, porción disponible, contratar con su sobrino, en atención a que él ha sido quien lo ayudara desde su fundación, en desenvolvimiento de la empresa familiar. Mas, tomando en consideración que sus dos hijos viven en el exterior, desarrollando no solo su vida profesional sino también la familiar, no teniendo interés en venir al país para continuar con ese proyecto. La familia tampoco es lo que era en tiempo de Vélez Sarsfield, después de la segunda guerra mundial desaparece la familia ampliada. La familia nuclear toma su lugar, la que hoy tiende también a diluirse. La existencia de personas que viven solas en el mundo cada vez es mayor.

Dentro del contexto postmoderno hay múltiples modelos de familia, uniones convivenciales, familias monoparentales, matrimonios con o sin hijos biológicos, matrimonios homoafectivos, matrimonios o parejas con hijos adoptivos, familias ensambladas, matrimonios o parejas con hijos originados con la ayuda de técnicas de reproducción humana asistida, matrimonios islámicos, personas solas... todas esas formas existentes conforman una familia. El ordenamiento internacional así las reconoce. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966). En el mismo lineamiento, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1948 (art. 10.1), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 16.3); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de igual año (art. VI); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (art. 17.1) y otros; los que poseen rango constitucional en atención a lo dispuesto en el art. 75 de nuestra Carta Magna.

Si como afirma el Kate Hamburger Center for Advanced Study, Law and Culture, el primer paradigma fija la atención entre el derecho y las esferas de la cultura, para luego dedicarse a examinar la relación entre el derecho y la comunidad. No cabe duda que las diversas culturas muestran normas del derecho de familia diferentes, pero no dejan de estar influenciadas por las formas de las sociedades globalizadas. De allí que lo vertido en el Cód. Civil en materia sucesoria responde más a la idiosincrasia de la familia de otro siglo que a la actual.

XI. OTROS PACTOS SUCESORIOS PERMITIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El nuevo Código admite al igual que lo hacía el anterior, distintos pactos de herencia futura, los que son excepciones al principio que se enuncia en la primera parte del art. 1010 del Cód. Civ. y Com.

I. La partición por donación de ascendientes respecto de sus descendientes (arts. 2415-2420);

II. El Pacto de reversión en el contrato de donación sujeto a condición resolutoria en el supuesto de muerte del donatario, o del donatario, su cónyuge y sus descendientes, previa a la del donante (arts. 1566-1567);

III. Dispensa de colación o mejora a un heredero forzoso que fuere donatario, manifestada en el mismo acto de la donación (art. 2385);

IV. Mejora a un beneficiario por actos entre vivos (art. 2461);

V. Transferencia de dominio entre legitimarios, con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo, uso u habitación, que crea presunción de mejora, pudiendo ser desvirtuada por el consentimiento de los otros herederos forzosos (art. 2461, última parte);

VI. Pacto de indivisión voluntaria entre herederos, por un plazo que no exceda de diez años (art. 2331).

XII. El pacto sucesorio y la resolución parcial del contrato por muerte del socio en la ley general de sociedades

— Sociedades de personas: en aquellas que la calidad del socio sea determinante (*intuitu personae*), la muerte del socio provoca la resolución parcial del contrato societario (art. 90 párr. 2º de la LGS). De modo que los herederos no van a integrar la sociedad.

— En las sociedades colectivas y en comandita simple es si se pactó en el contrato social que la sociedad continúe con sus herederos (art. 90, párr. 2º, LGS), el pacto sucesorio en el mismo sentido tendrá aplicación.

En el supuesto contrario, que el contrato social no disponga el ingreso de los herederos del socio premuerto, para que el pacto sucesorio tuviera operatividad, se torna necesario cambiar el contrato social incluyendo el pacto de incorporación de herederos del socio premuerto.

— Sociedades de responsabilidad limitada: el art. 155 de LGS dispone: “Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios...”. En consecuencia, no existe inconveniente en aplicar lo estipulado en el pacto, si es de incorporación de uno o más de los designados.

Si en el contrato social se estableció cláusula de rescisión parcial ante el supuesto de fallecimiento de uno de los socios, los herederos no ingresarán a la sociedad, se hubiere pactado lo que se hubiere pactado.

Si no existiese esa cláusula de rescisión parcial, en opinión de Roitman se estaría a las reglas generales del régimen sucesorio (arts. 2277, 2278 y concs. del Cód. Civ. y Com.) por lo que se provocaría el ingreso conforme lo acordado en el pacto sucesorio. Deberán acreditar su calidad de herederos con la pertinente declaratoria e inscripción en el Registro Público (arts. 155 y 152 de la LGS).

Por último, cabe mencionar la posibilidad que en el contrato social se haya estipulado cláusulas por las cuales se limita la transferencia de cuotas sociales, como las de derecho de preferencia o de aceptación a la incorporación por parte de los socios restantes.

De existir y que se ejerzan, se deberá liquidar el valor de la cuota parte de la que era titular el socio muerto, según lo dispuesto en el contrato social a los herederos o eventualmente estimarse el valor por peritos designados a ese fin. Es decir, que las cláusulas del contrato social, prevalecen sobre el pacto sucesorio.

— Sociedades por acciones: En las sociedades anónimas y en las comanditas por acciones en relación con los socios comanditarios la muerte del socio nunca produce la resolución del contrato.

Producida la adjudicación de acciones en el juicio sucesorio del socio fallecido, inscriptas en el libro de Registro de Acciones (art. 215), gozan de la calidad de socio o socios, ejecutando lo concertado en el pacto sucesorio.

En caso de existir limitaciones en el contrato social, como las de impedir la transmisibilidad en caso de fallecimiento del socio, en el supuesto de acciones nominativas o escriturales (art. 214) (48) por existir cláusulas de preferencia de adquisición de las acciones por parte de determinados socios o de aceptación o consentimiento de ellos, las mismas tendrán prevalencia sobre lo acordado en el pacto. En consecuencia, de ejercerse esos derechos de opción, los herederos no ingresarán a la sociedad, sin perjuicio del resarcimiento por el valor de las acciones según lo establecido en el estatuto.

XII. EL PAPEL DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Ya se ha puesto de manifiesto la distinta calidad que puede asumir este conforme el régimen patrimonial matrimonial por el que se haya optado, es decir que puede asumir el rol de ex socio al concluir la que se llamó la sociedad conyugal, en el supuesto del régimen de comunidad restringido o ser heredero en el supuesto de los bienes propios, en el caso del régimen de separación de bienes (arts. 505 y ss. y 2433 del Cód. Civ. y Com.).

Sin perjuicio de lo señalado, al no estar obligado el cónyuge a participar del pacto sucesorio, es adecuado recordar que la ley le concede los siguientes derechos:

I. Recompensa (arts. 491-495, Cód. Civ. y Com.);

II. Compensación si se tratare de un bien propio del causante, al ser el cónyuge (art. 1010, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.);

III. Oposición a la partición solicitando la indivisión forzosa si se configuran los recaudos del art. 2332, Cód. Civ. y Com.;

IV. Solicitar la atribución preferencial del establecimiento o de los derechos sociales, en los supuestos reglados por del art. 2380, Cód. Civ. y Com.

Atento lo indicado casi se torna innecesario mostrar la conveniencia de la intervención del cónyuge en el pacto, para evitar futuros conflictos. Inclusive igual razonamiento cabe respecto del heredero o herederos

(48) Ver jurisprudencia que admite las cláusulas de no transmisibilidad "El Chañar SA". De no ejercerse esos derechos por parte de los socios, los herederos ingresan a la sociedad, en la forma que eventualmente se hubiere concertado, de ser exigible el pacto sucesorio.

que revistan la condición exigida en la atribución preferencial del establecimiento (art. 2380, Cód. Civ. y Com.).

XIII. CONCLUSIONES

Es un contrato, porque la calidad de herederos la otorga la ley, así como la posibilidad de decidir sobre la porción disponible, en caso de tener herederos forzosos.

El pacto al revestir carácter contractual, su modificación o extinción solo puede hacerse por el accionar de las mismas partes, celebrando otro acuerdo. Se respeta el principio de intangibilidad. No puede ser modificado unilateralmente. En cuanto a la modificación o extinción por el órgano judicial, solo cabe cuando la ley lo admita.

Es un acto inter vivos, no una disposición testamentaria. Es una partición anticipada, en principio, de determinados bienes.

Los derechos conferidos a los beneficiarios sobre la explotación productiva o las participaciones societarias se incorporan a su patrimonio y tienen el carácter de irrevocable desde el momento de la suscripción del contrato, sujeto su concreción a un plazo incierto.

El futuro causante conserva el dominio de sus bienes, lo que implica que su patrimonio sigue siendo prenda común de sus acreedores.

Es un contrato accesorio del protocolo familiar y del contrato de sindicación de acciones.

La intención es mantener la participación familiar en la empresa y que continúe siendo el sustento de la primera, mas no son solo los intereses individuales los que se procuran proteger sino también los de la comunidad donde esta inserta.

La importancia de planificar ordenadamente la sucesión, busca traspasar el negocio a la siguiente generación sin que peligre la integridad de la empresa.

De allí que el pacto pueda ser de gran utilidad, aunque otros autores sostengan la conveniencia del fideicomiso a fin de asegurarse ese objetivo.

El pacto instrumentado sería obligatorio entre los suscriptores, pero de haber sido firmado por el futuro causante también obligaría a todos

los sucesores universales de aquel a su muerte (art. 1024 del Cód. Civ. y Com.).

Todos los legitimarios mantienen su derecho a conservar incólume su porción legítima, inclusive el o los llamados beneficiarios.

Los legitimarios sobrevivientes u omitidos deben respetar la atribución preferencial dada por el pacto al beneficiario, en la medida que se mantenga incólume su porción legítima.

El pacto no puede incluir renuncia anticipada de la legítima (art. 2449 del Cód. Civ. y Com.).

La atribución preferencial de la unidad productiva o de las participaciones sociales no serán objeto de partición. Los restantes bienes que compongan la masa hereditaria se rigen por los principios generales de la trasmisión sucesoria.

Otro recurso que se podría instrumentar para que el pacto sucesorio fuere oponible a terceros es incluir sus disposiciones en el estatuto o un instrumento registrable, como es el caso del Registro Testamentario.

El pacto puede contener cláusulas que fijaran pautas para determinar el valor de las compensaciones de los restantes legitimarios.

Las disposiciones del pacto podrían incluir la remisión a mediación ante conflictos que se planteen en el desenvolvimiento de la empresa y de no lograrse un acuerdo a través de ese método derivar a arbitraje.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2DA. QUINCENA DE MARZO DE 2020
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

