

ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

DIRECTOR: ACADÉMICO SANTOS CIFUENTES
SUBDIRECTOR: ACADÉMICO JORGE HORACIO ALTERINI

Campanella - Cobas - Gagliardo -
Gastaldi - Hariri - Sambrizzi - Stiglitz



BUENOS AIRES
2015

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 52

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 Ríó.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Ríó.
- 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 antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.

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

- 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.*

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.*

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.*

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 SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

- *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.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Gregorio Badeni

Vicepresidente

Académico Dr. Jorge R. Vanossi

Secretarios

Académico Dr. Roberto E. Luqui
Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Tesorero

Académico Dr. Rafael M. Manóvil

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Julio H. G. Olivera	6 mayo 1964
Dr. José Domingo Ray	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	9 septiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	14 septiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegría	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	27 septiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h.)	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	26 junio 2014
Juan B. Alberdi	
Manuel Obarrio	
Luis María Drago	
Salvador M. del Carril	
Félix Gregorio Frías	
Carlos Pellegrini	
Antonio Bermejo	
Nicolás Avellaneda	
Rodolfo Rivarola	
José A. Terry	
Eduardo Acevedo	
Aristóbulo del Valle	
Dalmacio Vélez Sarsfield	
Bartolomé Mitre	
Alfredo Colmo	
Lucio V. López	
Lisandro Segovia	
Roque Sáenz Peña	
Manuel Quintana	
Domingo F. Sarmiento	
José Manuel Estrada	
Roberto Repetto	
Juan A. Bibiloni	
José N. Matienzo	
Mariano Moreno	
José María Moreno	
José Figueroa Alcorta	
Estanislao Zeballos	
Esteban Echeverría	
Carlos Calvo	

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María Bidegain	10 septiembre 2009
Dr. Julio César Otaegui	8 septiembre 2011

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. Giorgio Berti	Italia 10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania 22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia 27 mayo 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. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil 26 abril 2007
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile 11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay 23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay 24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia 9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia 9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España 9 junio 2011
Dr. Andrei 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

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
 Dr. Carlos A. Adrogué
 Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
 Dr. Jorge A. Aja Espil
 Dr. Juan Álvarez
 Dr. Octavio R. Amadeo
 Dra. Margarita Argúas
 Dr. Marco R. Avellaneda
 Dr. Antonio Bermejo
 Dr. Juan A. Bibiloni
 Dr. Germán J. Bidart Campos
 Dr. Eduardo L. Bidau
 Dr. Eduardo Bidau
 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. Ramón S. Castillo
 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 Díez
 Dr. Luis M. Drago
 Dr. Mariano J. Drago
 Dr. Wenceslao Escalante
 Dr. Felipe A. Espil
 Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
 Dr. Horacio P. Fargosi
 Dr. José Figueroa Alcorta
 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. Alberto Hueyo
 Dr. Carlos Iburguren
 Dr. Eduardo Labougle
 Dr. Héctor Lafaille
 Dr. Héctor P. Lanfranco
 Dr. Hilario Larguía
 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. Manuel V. Ordóñez
 Dr. Alfredo Orgaz
 Dr. Adolfo Orma
 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. Juan Carlos Rébora
 Dr. Roberto Repetto
 Dr. Manuel Río
 Dr. Marco Aurelio Risolía
 Dr. Horacio C. Rivarola
 Dr. Rodolfo Rivarola
 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. 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

ÍNDICE GENERAL

<i>Persona humana</i>	15
POR MANUEL O. COBAS	
<i>La propuesta reguladora en el divorcio</i>	27
POR EDUARDO A. SAMBRIZZI	
<i>Contratos en general</i>	43
POR ELENA CAMPANELLA	
<i>La frustración del fin del contrato</i>	77
POR JOSÉ MARÍA GASTALDI	
<i>Contratos por adhesión a cláusulas predispuestas. Contratos de consumo. Cláusulas abusivas</i>	107
POR RUBÉN S. STIGLITZ	
<i>De los contratos en particular</i>	161
POR JUAN CARLOS HARIRI	
<i>Tratando la donación</i>	181
POR MARIANO GAGLIARDO	

PERSONA HUMANA

POR MANUEL O. COBAS

Sumario: I. Concepto de persona.— II. Sentido etimológico.— III. Concepto legal de persona.— IV. La noción de persona humana y su comienzo.— V. La naturaleza jurídica de los embriones humanos.— VI. La muerte de la persona por nacer y la extinción de los derechos adquiridos.

I. Concepto de persona

El Diccionario de la lengua española define a la persona en su primera acepción como el individuo de la especie humana (1) que expresa en el campo filosófico la singularidad de cada individuo y que tiene contextos fisiológicos, sociológicos, psicológicos, religiosos y jurídicos entre otros, con una multiplicidad de posibles enfoques (2), incluido su tratamiento constitucional conforme lo enuncian los arts. 15, 16, 18, 19 y 20 entre otros, de nuestra Carta Magna y cuyo análisis en particular supera el objeto de este trabajo.

Hay entonces, según nuestro criterio y desde la semántica del término "persona", una especie de sinonimia entre el concepto de persona y la de ser humano. (3) Con la primera noción hacemos referencia al segundo,

(1) Nuevo Espasa Ilustrado, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2000, p. 1343.

(2) FERNÁNDEZ CESAREGO, Carlos, "Qué es ser persona para el Derecho", en Derecho Privado. Libro de Homenaje al Dr. Alberto J. Bueres. Dirección Oscar J. AMEAL, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 141 "Ser humano y "persona". No obstante lo dicho, sin dejar de ser un animal mamífero perteneciente a la naturaleza, el "ser humano", a diferencia de los demás mamíferos, posee un plus, un algo más, que constituye su ser, que es lo que conocemos como el espíritu de la libertad. La libertad constituye el núcleo existencial del "ser humano". DE SALVO VENOSA, Silvio, *Direito Civil. Teoría Geral.*, Ed. Atlas S.A., San Pablo, 1993, p. 118. "Todo ser humano é pessoa na acepcao jurídica..."

(3) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, duodécima edición, Ed. Abeledo Perrot, p. 229. "La persona natural es el hombre". BUERES, Alberto J., en Prólogo al texto *Derecho Civil Parte General de COBAS-ZAGO*, p. 12: "La calidad de persona sólo puede precarse del hombre y las personas jurídicas únicamente puede admitirse que lo sean en un sentido traslaticio, recurso técnico para adjudicar ciertos derechos a colectividades (o realidades sociales) que se encuentran al servicio del hombre. RIVERA, Julio

sin perjuicio de que la noción de persona sea posterior a la de ser humano y más amplia, abarcando además del ser humano, a aquellos entes de existencia ideal como las sociedades, asociaciones, fundaciones, etc., que también revisten el carácter de personas en los términos de los arts. 30 y 33 del Código Civil de Vélez, pero en este caso de existencia ideal o jurídica.

Sobre este concepto de "persona" se planteó desde hace tiempo una fuerte controversia no resuelta, uno de cuyos términos no acepta la sinonimia antes afirmada. Así, el maestro Orgaz define a la persona en su acepción jurídica como "el titular de un derecho o deber" (4) reafirmado su criterio al señalar que hombre y persona no son términos sinónimos, sino que provienen de distintos campos. En el primer caso del campo de la naturaleza y en el segundo del derecho. (5)

Por su parte, Salvat sostuvo sobre el tema que "la palabra *persona* fue empleada para designar el individuo mismo, el hombre considerado como sujeto activo o pasivo de derechos". (6)

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica estableció en su art. 1º párrafo 2º, que para los efectos de esa Convención, persona es todo ser humano. (7)

Y ya Boecio, en el siglo VI, había definido a la "persona" como la "sustancia individual de naturaleza racional". En este sentido, Santos Briz sostuvo

César, Los derechos personalísimos en el Proyecto de reformas del Código Civil. "Es decir que perfectamente puede sostenerse que nuestro derecho civil vigente recepta la idea de que todo hombre es persona." DIEZ PÍCAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Quinta Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 229. Todo hombre es persona. La personalidad no es algo que ordenamiento jurídico pueda atribuir de manera arbitraria, pues es una exigencia de su naturaleza y dignidad que el Derecho no tiene más remedio que reconocer. Juan XXIII en su encíclica *Pacem in terris*, dice: "En toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y voluntad libre". COBAS, Manuel O. - ZAGO, Jorge A., Derecho Civil Parte General. Ed. Universidad Buenos Aires, 2007, p. 170.

(4) ORGAZ, Alfredo, *Personas Individuales*, Ed. Assandri, Córdoba Argentina, 1961, p. 4.

(5) ORGAZ, Alfredo, ob. cit., p. 7. SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I Parte General, Vol. 3.I., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948. "Lo decisivo aquí es la vida humana. Cualquier deformación, por grave que sea, no impide que el derecho reconozca la existencia del ser humano y, por ende, lo califique de persona de existencia visible o, para decirlo con la terminología que utilizamos, de persona jurídica individual o más simplemente de persona individual.

(6) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino I Parte General*, Sexta Edición, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1940, p. 183.

(7) Ratificado por ley 23.054. B.O. 27/03/1984.

que la persona no puede ser considerada como medio o instrumento, sino reconocida en su propia individualidad. (8)

Se trata justamente de un individuo dotado de una estructura genética propia, distinta a la de sus progenitores o a la de cualquier otro. (9)

Por su parte, Maynz señalaba con otro enfoque, que en sentido técnico "todo derecho supone siempre necesariamente un sujeto al cual compete. Este sujeto se llama persona". (10)

II. Sentido etimológico

A los solos fines introductorios, puede recordarse que este término en su sentido etimológico proviene del latín y éste del etrusco (11) con el significado de máscara que usaba el actor para un mismo personaje para hacer resonar su voz o también al personaje que representaba determinado papel. Sintetiza Orgaz, "El personaje en suma, era el actor con la máscara". (12) También puede rastrearse el origen del término en Grecia, con un significado similar.

Señala Tobías sobre el particular, que la etimología de la palabra "persona" es discutida y la evolución de semántica del término ha transcurrido por distintos significados. (13)

(8) SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho Civil*, t. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 287.

(9) BUSNELLI Francesco Donato, *Bioética y derecho privado*, Ed. Grigley, Lima, 2003, p. 315 "Se piensa en el caso recientemente debatido en Gran Bretaña, de una gestante que es advertida por el médico del grave peligro de malformaciones que corre el nasciturum si no produce una operación cesárea. El rechazo de la gestante no puede llamarse acto de disposición del propio cuerpo, porque el nasciturum, más allá de las cuestiones sobre la posibilidad de configurarlo como persona en sentido pleno, no es parte del cuerpo de la madre sino un ser humano distinto, es por lo tanto otro. Y el rechazo de terapias no puede involucrar y perjudicar a otros".

(10) MAYNZ Carlos, *Curso de Derecho Romano*, t. I, Segunda Edición, Ed. Marcelino Bordoy, Barcelona, 1913, p. 423.

(11) FERNÁNDEZ CESAREGO, Carlos, "Qué es ser persona en el Derecho", op. cit., p. 135.

(12) ORGAZ, Alfredo, ob. cit., p. 8. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, *Derecho Civil Parte General*, 2ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011. Capítulo V Persona Humana, p. 111 y sig. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Vigésima Edición, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 217 y sig.

(13) TOBÍAS, José W., *Derecho de las Personas*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 1.

III. Concepto legal de persona

El art. 30 del Código Civil proyectado por Dalmacio Vélez Sarsfield, siguiendo al art. 16 del Esboço de Freitas, incluyó una definición de persona en el texto de su art. 30, del que resulta que es persona todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. (14)

Esta definición de carácter general se complementa en la estructura del Código proyectado por Vélez, con el concepto jurídico de persona física que resulta del art. 51 y refiere al ente que presenta signos de humanidad sin distinción de accidentes o cualidades (15) configurando este concepto a nuestro criterio, una formidable barrera antidiscriminatoria. (16) No nos parece por consiguiente, un concepto menor o pueril, que pueda hacer pensar en monstruos o prodigios (17) aunque alguna doctrina la hubiera considerado superflua o anacrónica. (18)

A los fines comparativos, cabe señalar que la persona de existencia ideal es definida por exclusión en el actual Código Civil, en su art. 32, ya que todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones que no son personas de existencia visible o física, son personas de existencia ideal o jurídica.

En este último caso se comprende no solo las personas de existencia ideal enumeradas en el art. 33 del actual Código Civil, sino también las llamadas simples asociaciones a las que se refiere el art. 46 del mismo cuerpo de normas y todas aquellas estructuras jurídicas que tienen el carácter de personas, pero no se encuentran regidas en principio por Código Civil, sino por otras disposiciones legales, como por ejemplo, las organizaciones gremiales reguladas por la ley 23.551, entre otras. (19)

(14) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Parte General, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003. "El derecho designa como con la palabra "persona" a todo ente dotado de la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones". VON THUR, Andreas, Derecho Civil, Vol. I.2 Las Personas. Ed. Depalma. Buenos Aires 1946, p. 3. "Con el término persona, la ciencia jurídica y la ley designan a un ente dotado de capacidad jurídica, es decir, al cual el orden jurídico otorga la capacidad de ser sujeto de derechos. La ley distingue entre personas naturales (seres humanos) y jurídicas (asociaciones, fundaciones y todas aquellas de derecho público".

(15) La nota al art. 51 identifica al art. 35 del Proyecto de Freitas como una de sus fuentes.

(16) RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, Derecho Civil Parte General, 2ª ed., Ed. Astrea, p. 119.

(17) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Ob. cit., t. I, p. 220.

(18) Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2003, dirección Alberto J. BUERES, coordinación Elena I. HIGHTON, t. 1-A, p. 488.

(19) Sobre su capacidad puede consultarse BOFFI BOGGERO, Luis María, Estudios Jurídicos, Ed. Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1960, p. 25.

En el Título II de dicho nuevo Código Civil, que se refiere a la Persona Jurídica, Capítulo 1 Sección Primera, se la define en el art. 141 como "los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación".

La norma antes mencionada, deja en claro que estos entes son una creación del ordenamiento jurídico y solo se los admite para el cumplimiento de determinados fines impuestos por las personas de existencia física, que las fundaron e integran y conforme su particular estructura jurídica. (20)

Si dicho Proyecto de 1998 en su art. 138, contiene una definición de persona jurídica (21) dado que se trata de una institución y su definición tiene entonces alcance y efectos o consecuencias normativas.

La estructura de dicho Proyecto de 1998 sirve de antecedente para el nuevo Código Civil sancionado por la ley 26.994.

Volviendo a la persona humana, el Código Civil que se unificó con el Código de Comercio, aprobado por la ley 26.994, no contiene en su texto una definición de persona ni de persona humana.

El Proyecto de Código Civil y Comercial generado por la Comisión creada por el dec. 685/1995, elevado a la consideración del Poder Ejecutivo Nacional en diciembre de 1998, tampoco contenía una definición de persona ni de persona humana, habiéndose sostenido en los fundamentos de ese Proyecto de 1998, que "la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo..." (22), haciendo innecesaria una definición legal.

Tampoco contienen una definición de "persona" o de "persona humana" otros Códigos como el alemán y el brasileño, que solo se refieren al momento en que comienza la capacidad de esta última. (23)

La capacidad de las personas jurídicas y el Código Civil Argentino.

(20) ALONSO, Juan I. - GIATTI, Gustavo J., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, directores Julio C. RIVERA y Graciela MEDINA, t. I, p. 398.

(21) Proyecto de 1998. Art. 138: "Son personas jurídicas todos los entes, distintos de las personas humanas, a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce aptitud para adquirir derecho y contraer obligaciones".

(22) "Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio", Ed. Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA. Coordinación Aurora BESALÚ PARQUINSON, p. 36.

(23) Código Civil alemán párrafo 1º: "La capacidad jurídica de la persona comienza

IV. La noción de persona humana y su comienzo (24)

El art. 19 del nuevo Código Civil, establece que "La existencia de la persona humana comienza con la concepción". (25) Igual criterio tuvo sobre el particular el Proyecto de 1998.

La Comisión I de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil ya habían establecido en su dictamen de la mayoría de sus miembros, que la existencia de la persona humana comenzaba con su concepción, entendida ésta como fecundación, y a partir de ese momento tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral, siendo el inicio de la vida humana, coincidente con el comienzo de la persona humana. (26)

En igual sentido se expidió la mayoría de la Comisión I de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en el año 2013. (27)

Como puede verse además, el momento del inicio de esa personalidad en otras legislaciones difiere con nuestra ley civil, que hace referencia a la concepción y otros códigos la establecen al momento del nacimiento (28), generando así una suerte de condición suspensiva sobre los derechos de la persona por nacer, cuyo hecho futuro e incierto es el nacimiento de ella con vida.

con la consumación del nacimiento". VON THUR, Andreas, op. cit., p. 17. "También fluye del artículo citado que el niño en el cuerpo de la madre, el nasciturus, no puede tener derechos".

(24) Puede consultarse sobre el tema TOBIAS José W. Derecho de las Personas, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 26 y sig.

(25) No fue ésta la redacción original del art. 19 que decía: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado". Ello implicaba que el embrión no implantado no revestía el carácter de persona. Sobre el particular puede verse KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora - HERRERA, Maris, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", LL 2013-A-907. "Tanto para la Corte como para el proyecto, concepción es anidación".

(26) XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Libro de ponencias, t. I, Rosario, 2003, Ed. Rubinzal Culzoni. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La defensa de la Constitución y el derecho a la vida", LL 1988-E-375. BARRA, Rodolfo C., "Embriones expósitos", LL 1996-D-1271.

(27) XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2013. Despacho de Mayoría: "Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno".

(28) Código Civil portugués. Art. 66 inc. 1° "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento completo y con vida. Inc. 2° Los derechos que la ley reconoce al nasciturus dependen de su nacimiento." Código Civil brasileño. Art. 2° "La personalidad civil de la persona comienza con el nacimiento con vida, pero la ley pone a salvo, desde la concepción, los derechos de la persona por nacer".

Por su parte el Código de Vélez también hace comenzar la existencia de la persona a partir de su concepción en el seno materno, como lo establece el art. 70 de dicho Código. (29)

Sirvió de antecedente a Vélez, la norma proyectada por Freitas, en su Esboço.

Va de suyo que Vélez tomó en cuenta los conocimientos científicos de la época para fijar su criterio jurídico y que en el caso del nuevo Código Civil y del Proyecto de 1998, se está haciendo referencia a concepciones extrauterinas, impensables para nuestro Codificador.

En este sentido la ley 23.849 que aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, acordada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, dispuso en relación a su art. 1° que se "entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad". No encontramos en este texto, la posibilidad de distinguir entre la concepción intrauterina y la extrauterina. (30)

Sobre el particular, debe recordarse que el art. 9° de la ley 26.994, en su cláusula segunda, determina que la protección de los embriones no implantados será objeto de una ley especial, refiriéndose la cláusula tercera de dicha norma a los nacidos antes de la vigencia del nuevo Código Civil, por técnicas de reproducción asistida que son hijos de quien los dio a luz y del hombre y de la mujer que también han prestado su consentimiento previo al procedimiento que dio origen a la persona nacida. (31)

(29) Código Civil argentino vigente art. 70. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre". PALMERO, Juan Carlos, Vélez Sarsfield y el Derecho Latinoamericano. Persona y Persona por Nacer, p. 556 y sig. en Dalmacio Vélez Sarsfield y el derecho latinoamericano. Universidad de Roma II. Memoria del Congreso Internacional Roma 19 de marzo de 1986.

(30) CámNacCivil, Sala I, 12/03/999, "Rabinovich, Ricardo", LL 2001-C-824. "En el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona humana comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica".

(31) En septiembre de 2010, la Academia Nacional de Medicina publicó una declaración en donde sostuvo lo siguiente: 1) Que el niño por nacer, científica y biológicamente, es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción por lo que, desde el punto de vista jurídico, es un sujeto de derecho como lo reconocen la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país. 2) Que destruir a un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano. 3) Que el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido

El planteo de esta cuestión hace necesario precisar el concepto de "concepción", máxime si en la actualidad se presentan dos supuestos de hecho, la concepción uterina en el seno materno y la concepción extrauterina, desconocida esta última, para el genial proyectista del actual Código Civil.

Y la concepción significa la existencia de una célula única que contiene la información genética a través de sus núcleos con los 23 cromosomas provenientes de sus progenitores e implica que se ha producido la fecundación del ovulo materno por el espermatozoide, denominando a nuestro criterio y el campo jurídico ambos términos, la misma cuestión (32) dada la inmediatez en el proceso, aunque biológicamente se traten de dos momentos distintos, sin que quepa por otra parte, distinguir como ya se dijo, según el lugar donde se ha producido la misma, no importando por consiguiente si es intra o extrauterina.

Acompañamos en este terreno, la tesis que propugna que el comienzo de la persona humana se encuentra en la fecundación, aunque el individuo como tal aparezca en el proceso, recién en la etapa de la singamia, donde algunos autores colocan el comienzo de la persona, sin perjuicio de ulteriores y excepcionales supuestos gemelares.

la vida humana como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento. 4) Que el derecho a la "objección de conciencia" implica no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo. CámNacCivil, Sala I, 12/03/1999, LL 2001-C-824, "Rabinovich, Ricardo", "Producida la fecundación "in vitro" y concebido el ser humano, cualquier decisión que lo involucre debe respetar su dignidad y el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica".

(32) CSJN, "Portal de Belén — Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo". "...Que, en esa inteligencia, Jean Rostand, Premio Nobel de biología señaló: 'existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades...' (confr. Revista Palabra nro. 173, Madrid, enero 1980). Por su parte el célebre genetista Jerome Lejeune, sostiene que no habría distinción científicamente válida entre los términos "embrión" o "preembrión", denominados seres humanos tempranos o pequeñas personas (citado en el caso "Davis Jr. Lewis c. Davis Mary Sue", 1° de junio de 1992, Suprema Corte de Tennessee, JA 12 de mayo de 1993, p. 36). 6°) Que en el mismo orden de ideas W. J. Larson, profesor de Biología Celular, Neurobiología y Anatomía de la Universidad de Cincinnati sostiene: "En este contexto comenzaremos la descripción del desarrollo humano con la formación y diferenciación de los gametos femenino y masculino, los cuales se unirán en la fertilización para iniciar el desarrollo embriológico de un nuevo individuo" (Human Embriology; p. 1: Churchill Livingstone Inc. 1977)..."

Desde este punto de vista no parece admisible tampoco sostener la tesis de la anidación (33) en función de la conclusión antes mencionada, de la excepcional posibilidad gemelar. (34)

V. La naturaleza jurídica de los embriones humanos

Lo antes expuesto deja en evidencia una grave discusión sobre la naturaleza jurídica de los embriones humanos, a los cuales no puede asignársele la naturaleza de simples cosas, pero a los que numerosa doctrina no los define como personas.

Tampoco consideramos que el embrión humano constituya un tercer género, ubicado entre las personas y las cosas. (35)

La existencia de un ADN propio y particular, inexistente con anterioridad e irrepetible en el futuro, nos hace considerar que en el caso de los embriones se trata de "personas" en el sentido jurídico que le venimos asignando al término, dado que presentan signos de humanidad como no podía ser de otra manera (36) quedando por consiguiente a nuestro criterio, comprendidos en el texto del actual art. 51.

(33) CIFUENTES, Santos, Elementos de Derecho Civil, 4ª Edición, Ed. Astrea, p. 108. HE-RRERA, Marisa, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 88, "¿Qué se entiende por 'concepción'? Como sinónimo de anidación".

(34) XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión I Despacho de la minoría: Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como implantación en el seno materno. No es jurídicamente necesario ser persona para lograr la protección del ordenamiento jurídico. El pre-embrión se encuentra en un status objeto de una tutela jurídica especial por su potencialidad de serlo. Se deben dictar normas que regulan su tratamiento y conservación". BARRA, Rodolfo C., Embriones expósitos, LL 1996-D-1272. "Es cierto que hasta el cuarto/quinto día las células del EH son multipotentes, es decir podrían generar más de un individuo, pero esto no afecta la identidad del EH en su momento precoz, ya que dicha posibilidad (o su contraria) se encuentra en el programa genético establecido con la fecundación".

(35) Suprema Corte Tennessee, Junio 1 de 1992, "D. J. L. c. D. M. S." citado por TOBÍAS, José W., en Colección de Análisis Jurisprudencial, Ed. La Ley, p. 25. "Los preembriones congelados, el caso, obtenidos a partir de gametos donados por cónyuges divorciados que discrepan sobre su destino no son estrictamente 'personas' ni 'cosas', sino que ocupan una posición intermedia que les confiere el derecho a un respeto especial debido a su potencial como vida humana".

(36) RINESI, Antonio Juan, "La nueva visión del comienzo de la vida", LL 1994-E-1214, con cita de MEDINA, Graciela, Genética y Derecho, JA 1989-IV-843. Ver también SALERNO, Marcel U., "Problemas jurídicos que plantea la procreación asistida", LL 1994-E-1294. XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil: En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación.

Lo dicho antes no es una opinión pacífica y no coincide por ejemplo con el importante pronunciamiento recaído en los autos "Artavia Murillo c. Costa Rica", fallado el 20 de noviembre de 2012, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (37), la que consideró en su sentencia, según la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, que hasta la implantación en el seno materno, no es procedente otorgar al embrión, el estado de persona. (38)

Compartimos el criterio que sostiene la no obligatoriedad de este fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo para el país comprendido en la resolución de dicha Corte (39) no siendo ésta opinión pacífica. (40)

Dada la naturaleza jurídica que asignamos al embrión, no parece admisible además que en las disposiciones legales que regulan la fertilización *in vitro*, como la ley 26.862 y su dec. regl. 956/2013 y la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires, se refiera a la donación de embriones, ya que este contrato tiene por objeto "cosas" en el sentido que expresa el art. 2311 del Código Civil proyectado por Vélez, y el embrión humano, no es como dijimos antes, una cosa.

VI. La muerte de la persona por nacer y la extinción de los derechos adquiridos

Si la persona por nacer muere antes de estar completamente separados del seno materno, se considera según el art. 74 del Código Civil de Vélez,

(37) XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2013: "La doctrina del fallo "Artavia Murillo" dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho". REVIRIEGO, Nicolás, "Persona Humana" en Código Civil y Comercial Comentado. Directores Julio C. RIVERA - Graciela MEDINA, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 121; "No obstante los argumentos que reiteradamente viene sosteniendo el Tribunal americano, ni de su Estatuto, ni de su Reglamento y mucho menos de la Convención Americana, se desprende que sus fallos tengan obligatoriedad erga omnes, más allá del expediente en que fueron dictados, más bien todo lo contrario".

(38) Puede verse TOBIÁS, José W. Colección de Análisis Jurisprudencial. Ed. La Ley, 2003, p. 25 punto 4. Puede consultarse también sobre el tema HOLLAND Suzanne - LEBACQZ, Karen - ZOLOTH, Laurie, "The human Embryonic Stem cell. Debate. Science, Ethics and Public Policy. A Bradford Book. The Mit Press. Cambridge, Massachusetts. EEUU.

(39) REVIRIEGO, Nicolás, "Persona Humana" en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Julio C. RIVERA - Graciela MEDINA Coordinadores, t. I, Ed. La Ley, p. 120.

(40) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Ed. Rubinzal-Culzoni, LORENZETTI Ricardo Luis Director, t. I, p. 872 "...y en especial, lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Artavia Murillo y otros c. Costa Rica' del 28 de noviembre de 2012, cuya jurisprudencia es obligatoria para la Argentina, so pena de incurrir en responsabilidad internacional" (Conf. CSJN, en caso "Mazzeo" Fallos 330:3248 entre otros).

como si nunca hubieran existido, borrándose la personalidad del no nacido vivo.

Igual criterio adopta el art. 21 del nuevo Código Civil y el segundo párrafo del art. 17 del Proyecto de 1998.

La normativa expuesta establece una suerte de condición resolutoria que afecta el carácter de persona del por nacer, en la que el hecho futuro e incierto es su muerte antes de su nacimiento.

Esta norma reitera lo dispuesto en el art. 17 del Proyecto de 1998.

Igual criterio legal provee el art. 70 del Código de Vélez. Sin perjuicio de todo lo dicho, la noción de persona no es a nuestro criterio, y sin perjuicio de lo dispuesto por la normativa vigente y futura, susceptible de ser borrada o extinguida por la muerte del feto, aun teniendo en cuenta la falta de autonomía de éste, provocada por su dependencia necesaria con la madre.

La muerte en el terreno jurídico es un hecho de tal tipo y no debiera extinguir el carácter de persona del por nacer, dejándolo como si nunca hubiera existido, lo que configura una ficción, ya que la persona existió, sino por el contrario abrir en consonancia con lo expuesto, el respectivo procedimiento sucesorio.

La posición que asume la codificación argentina en el texto de Vélez y en el nuevo Código Civil parece una concesión a la tesis que admite la noción de persona recién a partir del nacimiento y a nuestro criterio, configura una especie de contradicción, con la idea básica de ambos Códigos que aceptan en sus arts. 70 y 19 respectivamente, la personalidad del ser humano desde su misma concepción, aun dependiendo de su madre gestante y aunque dicha personalidad pueda extinguirse por la muerte, antes del nacimiento.

La controversia adquiere un particular significado en materia sucesoria a luz de lo dispuesto en el art. 3290 del Código Civil (41) y su nota redactados por Vélez.

El nuevo Código Civil por su parte establece en los que nos interesa, que pueden suceder al causante las personas humanas y jurídicas existentes al tiempo de su muerte, las concebidas a ese momento, que nazcan con vida —igual observación que la ya expuesta antes— y las nacidas después

(41) Código Civil Art. 3290: El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle.

de su muerte, mediante técnicas de reproducción asistida con los requisitos del art. 561 del nuevo texto legal. (42)

Los derechos y obligaciones adquiridos por la persona por nacer quedan según el art. 21 del nuevo Código Civil, irrevocablemente adquiridos si nace con vida, presumiéndose el nacimiento en dicha condición.

Ello supone que quien afirme lo contrario, es decir que nació muerta, tendrá a su cargo la respectiva prueba, según el texto de la norma antes citada.

(42) Nuevo Código Civil Art. 561: "Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión."

LA PROPUESTA REGULADORA EN EL DIVORCIO

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

Sumario: I. El contenido de la presente nota.— II. Presentación de la propuesta y conveniencia de su obligatoriedad.— III. El contenido de la propuesta reguladora.— IV. En cuanto a la posibilidad de poder modificar la propuesta reguladora.— V. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, quien deberá resolver los desacuerdos de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.— VI. El convenio regulador o la decisión judicial pueden ser revisados por el juez.— VII. El otorgamiento de garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio.

I. El contenido de la presente nota

De conformidad a lo normado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994 y cuya vigencia comienza el día 1º de agosto del corriente año 2015, cualquiera de los cónyuges puede peticionar que se decrete su divorcio sin tener que esperar un determinado tiempo desde la celebración del matrimonio y sin necesidad de alegar causa alguna. El único requisito que se exige es la presentación con la demanda de una propuesta que regule los efectos derivados del divorcio.

En la presente nota haremos un breve comentario de las normas que se ocupan de dicha propuesta, denominada propuesta reguladora, que se encuentra legislada en los arts. 438, 439 y 400 del Código, estando dichas disposiciones incluidas en las Secciones 2ª y 3ª del Capítulo 8 (Disolución del matrimonio), que forma parte del Título I (Matrimonio) del Libro II del Código, que se ocupa de las Relaciones de familia.

II. Presentación de la propuesta y conveniencia de su obligatoriedad

a) Presentación de la propuesta

Tal como señalamos, con el inicio de la acción debe presentarse una propuesta que regule los efectos del divorcio, lo que debe hacerse sea que la petición de divorcio sea hecha por uno o por ambos esposos, como permite el art. 437. De darse este último supuesto, los cónyuges pueden presentar una sola propuesta de común acuerdo, o cada uno de ellos presentar una distinta, a lo que no obsta el contenido de la segunda parte del art. 438, al establecer que *si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta*. En efecto, resulta evidente que dicha disposición no debe ser entendida mediante una interpretación *a contrario sensu*, en un sentido limitativo de la posibilidad —en el caso de que la presentación fuera conjunta— del ofrecimiento de una propuesta distinta por cada uno de los esposos. (1)

En el supuesto de que el divorcio hubiera sido peticionado por uno solo de los cónyuges, al contestar la acción el otro esposo puede estar de acuerdo con la totalidad o una parte de la propuesta acompañada por el demandante, como también puede presentar una propuesta distinta o, simplemente, no decir nada. Y si bien nada establece el Código para este último supuesto, entendemos que en tal caso, debe tenerse a la demandada como conforme con la propuesta de la parte actora. (2) Tampoco contempla el Código la situación que se daría si el esposo demandado simplemente se limitara a manifestar que no está de acuerdo con la propuesta acompañada con la acción, pero no ofreciera una propuesta reguladora distinta, supuesto en el cual entendemos que pierde la posibilidad de hacerlo, debiendo luego limitarse a discutir la ofrecida por su cónyuge, lo que, de hecho, implica la posibilidad de que el juez resuelva de la manera que el demandado estime que corresponde. En fin, son todas cuestiones que, al no encontrarse definidas en el Código, serán los jueces los que, en última instancia, establezcan las pautas aplicables.

En el último párrafo del art. 438 se establece que *la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición*, por lo que si quien inicia la acción no

(1) Véase al respecto HOLLWECK, Mariana, “Divorcio vincular, interpretación de los artículos 437 y 438 del Proyecto”, en *Derecho de Familia y de las Personas*, de La Ley, año 4, nro. 6, julio de 2012, p. 74; HERRERA, Marisa, “El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Familia, Suplemento Especial*, AA.VV., La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 58.

(2) Conf., KIELMANOVICH, Jorge L., “El proceso de divorcio en el Código Civil y Comercial”, *Revista La Ley*, diario del 28 de abril de 2015. Contra, MAZZINGHI, Esteban M., “Las propuestas, el convenio regulador, y otras vicisitudes del proceso de divorcio”, *La Ley*, diario del 18 de junio de 2015, III, c).

acompaña propuesta alguna, el juez podría, directamente, no dar trámite a la misma, teniéndoselo por desistido. Aunque también podría —lo que creemos preferible, aunque más no sea por un principio de economía procesal—, intimarlo a presentar una propuesta dentro del plazo que fije, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido de la acción.

Si, en cambio, la propuesta reguladora presentada junto con la acción es incompleta, el juez deberá, a nuestro juicio, intimar al cónyuge que inició la acción a completarla, bajo el mismo apercibimiento. (3)

b) Con respecto a la conveniencia de tener necesariamente que presentar una propuesta reguladora con la demanda

Según afirma Marisa Herrera, con la inclusión en el nuevo Código de la propuesta reguladora se va a lograr “tener mayor previsibilidad y evitar —prevenir— la mayor cantidad de conflictos”. (4) María Victoria Pellegrini manifiesta, a su vez, que “en reconocimiento a la capacidad de negociación de los cónyuges, el convenio regulador se erige en la opción más ventajosa para establecer las alternativas más ajustadas a sus relaciones familiares posteriores al divorcio”, constituyendo, junto con otras alternativas, “un cambio paradigmático respecto a la forma de resolver la crisis matrimonial”. (5) En cambio, Esteban Mazzinghi considera que “la nueva formulación que surge del art. 438, con la obligatoriedad de presentar *ab initio* la propuesta escrita, enrarecerá el ámbito de la mediación, dado lugar a un universo de propuestas insinceras con tal de cumplir formalmente con el requisito legal de ese artículo y hacer avanzar inexorablemente la petición del divorcio”. (6)

Por nuestra parte, mientras la práctica no lo confirme, nos parece prematuro coincidir con los autores que consideran positiva la reforma en la cuestión en análisis, así como con las alegadas ventajas que se derivarían de la obligatoriedad de la presentación de una propuesta con cuestiones que, con la excepción de la inclusión de la compensación económica, ya se encontraban contempladas para el divorcio y la separación personal por presentación conjunta en el art. 236 del Código de Vélez con la reforma de la ley 23.515; aunque esta última norma no lo establecía en forma obli-

(3) Contra, HOLLWECK, Mariana, “Divorcio vincular, interpretación de los artículos 437 y 438 del Proyecto”, cit., p. 74.

(4) “El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación”, cit., p. 58.

(5) “El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial”, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Familia, Suplemento Especial*, AA.VV., La Ley, cit., p. 76, I.

(6) “Las propuestas, el convenio regulador, y otras vicisitudes del proceso de divorcio”, cit., III, b).

gatoria sino facultativa, pues los esposos podían o no practicar acuerdos sobre dichas cuestiones.

Con el paso del tiempo se verá la conveniencia de la necesidad de tener obligatoriamente que presentar una propuesta con el contenido de la legislada en el nuevo Código en los arts. 438 y siguientes, lo que sin duda constituye una importante limitación a la libertad de los esposos para acordar cuando lo consideren conveniente las cuestiones pendientes entre ellos, tanto personales como patrimoniales; ya que de tal manera y contra lo que parece creerse, se produce un cercenamiento a su autonomía. (7) La experiencia profesional nos hace ver que en la mayor parte de los casos, los cónyuges necesitan tiempo —muchas veces, extenso— para lograr un acuerdo sobre ciertas cuestiones que atañen al matrimonio, fundamentalmente en cuanto a los bienes gananciales. No parece conveniente apurarlos, aparte de lo cual, en esta nota señalaremos algunas cuestiones que no son solucionables con la inmediatez requerida por la nueva normativa.

c) Ambas partes deben acompañar los elementos en que fundan la propuesta, pudiendo el juez ordenar que se incorporen otros elementos

Ello resulta de la tercera parte del art. 438. Si bien la norma no especifica de qué elementos se trata, los mismos no necesariamente deben limitarse a acompañar documentación, sino que, por el contenido que debe tener la propuesta reguladora —que más adelante analizaremos—, las partes pueden además alegar y fundamentar las razones que estiman justificativas de las propuestas que presenten. (8) Aunque en caso de discrepancia, no resulta claro —pues nada se dispone al respecto—, en qué momento los esposos deben ofrecer las pruebas que hagan a su derecho.

En ese mismo párrafo del art. 438 se dispone que el juez puede ordenar, ya sea de oficio o a petición de parte, que se incorporen otros elementos que se estiman pertinentes, como también puede requerir que las partes den las explicaciones o aclaraciones que crea convenientes o necesarias. No se fija límite al respecto, con lo que estamos de acuerdo, pues se trata de que el juez tenga los elementos suficientes para evaluar las propuestas que hayan sido presentadas por los cónyuges.

Pero antes de ello, el juez debe dictar la sentencia de divorcio, pues como resulta del cuarto párrafo de dicha disposición, *en ningún caso el desacuerdo*

(7) Conf., MAZZINGHI, Esteban M., "Las propuestas, el convenio regulador, y otras vicisitudes del proceso de divorcio", cit. III, b).

(8) Véase al respecto, KIELMANOVICH, Jorge L., "El proceso de divorcio en el Código Civil y Comercial", cit., La Ley, diario del 28 de abril de 2015.

en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. De más está poner el acento en la relevancia que esto último tiene con respecto a la celeridad en el dictado de la sentencia que decreta el divorcio, cuyo procedimiento —que se rige por la ley del lugar donde tramita la acción— es, como se advierte, inusitadamente rápido: demanda, contestación y sentencia, sin que el juez tenga siquiera la posibilidad de rechazar la acción, desde el momento que aparte del requisito de la presentación de la propuesta reguladora de los efectos del divorcio, nada se exige para la procedencia de la acción.

III. El contenido de la propuesta reguladora

a) Lo dispuesto en el art. 439

El art. 439 del nuevo Código establece que *el convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.*

Como se advierte, dicha norma se refiere al *convenio regulador*, como si los cónyuges hubieran arribado a un acuerdo, lo que no necesariamente es así, pues el hecho de que al iniciarse la acción se acompañe una propuesta que regule los efectos del divorcio —que pueden ser dos si la acción se inicia en forma conjunta—, no significa que haya habido un convenio al respecto entre los esposos.

b) Con respecto a si la propuesta reguladora debe comprender la totalidad de las cuestiones contenidas en el art. 439

Si nos atenemos a la letra de dicha disposición, sin perjuicio de proponerse otras cuestiones que sean de interés de los esposos, la o las propuestas reguladoras *deben* necesariamente contener todas las cuestiones a las que alude el art. 439.

Aunque, agrega la norma, ello es así siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en la Sección que se ocupa de los efectos del divorcio, en consonancia con lo establecido en el Título del Matrimonio, así como en el Título VII, que trata de la responsabilidad parental. Lo que es lógico, puesto que puede ocurrir que no se den los presupuestos establecidos en el

art. 441 sobre la compensación económica a favor de uno de los cónyuges, por no haber el divorcio producido a ninguno de ellos un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación que tenga por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura; o que no tuvieran hijos, por ejemplo, lo que haría que no correspondiera efectuar en la propuesta reguladora, mención alguna referida a la responsabilidad parental.

Volviendo a la *necesidad* que se establece en el art. 439 de tener la propuesta reguladora que contener las cuestiones a las que allí se alude —necesidad que resulta de la circunstancia de no estar ello contemplado como una opción, sino por el contrario—, debemos poner de relieve que una de los puntos que más cuestionamientos y dificultades va a traer aparejados, es el requerimiento de dicha norma con respecto a la distribución de los bienes del matrimonio. Por nuestra parte, creemos que si la acción es iniciada por uno solo de los esposos, éste tiene la obligación —que resulta de la referida disposición— de proponer una forma de distribución de los bienes; además de fundar la propuesta, como más arriba recordamos. Pero si, en cambio, la acción es iniciada en forma conjunta, consideramos que los cónyuges pueden ya sea afirmar que han llegado a un acuerdo por separado —que no tienen por qué informar en el expediente—, o que van a tratar privadamente de convenir la partición de la comunidad, lo que pueden hacer por su cuenta si son plenamente capaces. (9) También es posible que luego de iniciada la acción por uno de los esposos —junto con la presentación de la propuesta—, puedan con posterioridad de común acuerdo manifestar que acordarán la división de los bienes en forma privada.

Pensamos que de no admitirse los acuerdos privados, los esposos pueden verse perjudicados en importante medida. En efecto, en el supuesto de presentarse una propuesta reguladora que contenga una distribución de los bienes, el Fisco va a querer cobrar la tasa de justicia sobre el valor de los mismos, y además, los abogados van a tener el derecho de requerir que para la regulación de sus honorarios, se tome como base el valor de esos bienes. Regulaciones sobre las cuales van a tener, además, que practicarse los aportes previsionales, lo que es así en las jurisdicciones judiciales donde deban hacerse dichos aportes; los que, como es sabido, son sumamente elevados.

c) Algo más con respecto a la distribución de los bienes

En el inciso que antecede pusimos de relieve que el requerimiento que resulta del art. 439, de proponer junto con la acción, la distribución de los

(9) Conf., KIELMANOVICH, Jorge L., "El proceso de divorcio en el Código Civil y Comercial", cit., La Ley, diario del 28 de abril de 2015.

bienes, constituye una cuestión que puede crear dificultades. Creemos que no puede hacerse una simplificación en el sentido de que de lo que se trata es, simplemente, de proponer, por ejemplo, qué bien o qué proporción de cada bien debe adjudicarse a cada uno de las partes, o cómo dividirse el único bien ganancial, ya que la cuestión es más compleja.

En efecto, la propuesta reguladora sobre dicho tema tendría que contemplar, por de pronto, la cuestión de las deudas de los cónyuges ya sea con respecto a terceros (arts. 455, 461 y 467), o entre ellos (art. 489). Como también la cuestión de las recompensas (arts. 468 y 491 y sigs.).

Otro aspecto a considerar, que hace que la propuesta de distribución de la totalidad de los bienes al tiempo de la iniciación de la acción de divorcio (en que se tiene que presentar la propuesta reguladora) consista solo en una expresión de deseos —al menos, con relación a muchos matrimonios, sobre todo si poseen cuantiosos bienes gananciales—, es, en primer lugar, que no siempre es fácil la determinación de cuáles bienes son gananciales, cuestión sobre la cual pueden surgir discrepancias entre los esposos. Como podría ocurrir, por poner un ejemplo, con respecto a si las crías de los ganados propios que reemplacen en el plantel a los animales que falten por cualquier causa, han mejorado de calidad con relación a los ganados originarios, supuesto en el cual esas crías son de carácter ganancial; pero no, en cambio, si la calidad de las crías fuera la misma que la original, en que el ganado seguiría siendo de carácter propio.

Además, hay otras circunstancias que pueden ocurrir, que hacen que la determinación de la masa común a repartir ofrezca ciertas dificultades, lo que puede complicar la propuesta de distribución. Adviértase al respecto, por ejemplo, que los frutos o rentas de los bienes gananciales devengados con posterioridad a la extinción de la comunidad —que se produce de acuerdo a lo dispuesto en el art. 480, o sea, en una fecha que puede ser posterior a la de la iniciación de la acción—, revisten ese mismo carácter, por lo que, en el supuesto considerado, al no existir dichos gananciales al tiempo de la presentación de la propuesta de distribución, los mismos no se encontrarán incluidos en la propuesta. Incluso el juez puede modificar con fundamento en la existencia de fraude o abuso del derecho, el efecto retroactivo de la extinción de la comunidad (art. 480, 3ª parte), modificando de tal manera el carácter de ciertos bienes, como puede ocurrir con respecto a los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro de los cónyuges, que pueden ser de relevante valor y que sólo serán gananciales si fueron devengados durante la comunidad (art. 465, inc. c).

Existen otros supuestos en los que al tiempo de la presentación de la propuesta reguladora no puede conocerse siquiera la existencia de ciertos

bienes gananciales, como ocurre con relación a los originariamente gananciales que con posterioridad a la extinción de la comunidad, vuelven al patrimonio del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico (art. 465, inc. 1). O en el caso del inc. n) de ese mismo artículo, que considera gananciales a *las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad*; por lo que si, por ejemplo, uno de los esposos era propietario del veinte por ciento de un bien ganancial, ese es el porcentaje que se va a tener en cuenta en la propuesta reguladora, no obstante que puede ocurrir que con posterioridad ese mismo cónyuge reciba por herencia el restante ochenta por ciento de ese bien, que de conformidad a la norma recién citada y sin perjuicio del derecho a recompensa, pasará a ser ganancial en un cien por ciento.

Los supuestos que anteceden —que sólo hemos expuesto a modo de ejemplos, ya que no son los únicos que pueden existir— dan una idea de las falencias y dificultades que pueden producirse con respecto a la propuesta de distribución de bienes que el art. 437 exige presentar al tiempo de la iniciación de la acción de divorcio, como también a la de su contestación por parte del esposo demandado. Lo que ha llevado a buena parte de la doctrina a considerar prácticamente como letra muerta la obligatoriedad que resulta de los arts. 438 y 439 del Código, de tener la propuesta o el convenio regulador que contener un ítem que se refiera a la distribución de los bienes conyugales.

Y así, al analizar la necesidad de incluir en la propuesta reguladora la distribución de los bienes, María Victoria Pellegrini afirma, con fundamento en el art. 496 del Código —según el cual, *disuelta la comunidad, la partición puede ser solicitada en todo tiempo, excepto disposición legal en contrario*—, que “mediante una interpretación sistematizada e integral, podemos concluir que si la propuesta o el convenio regulador de los efectos jurídicos que el divorcio provocará en las relaciones familiares no contiene todos los temas enunciados en el art. 439 CCC no implica que deba rechazarse la petición de divorcio, ni tampoco intimar a su complemento bajo apercibimiento de no dar curso a la petición de divorcio”. (10) Por su parte, Luis A. Ugarte considera que “respecto de los bienes existe

(10) “El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial”, cit., p. 82, III.b. Y añade que cualquiera de los cónyuges puede incorporar los temas relacionados con los efectos inter cónyuges, aunque no es exigible que lo hagan. Dicha autora cita como conforme con sus conclusiones, a GIRAUD ESQUIVO, Nicolás - SIMIAN, María Julia, en “El convenio regulador en el divorcio incausado: un abordaje diferente. Su innecesariedad”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, año 2014, nro. 67, p. 41.

una mayor libertad para acordar entre los esposos que con relación a los hijos”, y afirma que “podrían los esposos conjuntamente pedir el divorcio y decir que en lo demás no están de acuerdo, siendo ésta su propuesta. Este acuerdo sobre el desacuerdo, no impide dictar la sentencia y por tanto, la propuesta incompleta tampoco”. (11)

d) Qué otras cuestiones que las mencionadas en el art. 439 puede contener la propuesta reguladora

De la última parte del art. 439 resulta que los esposos pueden también proponer otras cuestiones que puedan ser de su interés. Si bien no existe límite alguno al respecto, podemos señalar entre otras propuestas, la relativa a la fijación de alimentos para uno de los esposos, que pueden acordarse entre las partes, lo que expresamente se encuentra previsto en la primera parte *in fine* del art. 432 del nuevo Código.

Asimismo, la propuesta reguladora también puede contener cuestiones relacionadas con el derecho de comunicación respecto de los hijos menores de edad o los parientes con capacidad restringida, enfermos o imposibilitados (art. 555), así como con respecto al *cuidado personal* de los hijos, denominación que establece el art. 648 del Código en relación a los *deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo*.

También pueden los esposos acordar las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, como surge del art. 482 en su primera parte, como asimismo el uso y goce de ciertos bienes indivisos de manera compartida o en determinada medida o calidad, o en forma excluyente por parte de los cónyuges.

IV. En cuanto a la posibilidad de poder modificar la propuesta reguladora

Autores como Mariana Hollweck afirman que cualquiera de los esposos puede en cualquier momento modificar la propuesta reguladora, mientras no haya sido aceptada por el otro cónyuge. (12) Por su parte, Esteban Mazzinghi entiende que “ante la falta de acuerdo en las propuestas, los incidentes y los reclamos se deberían desvincular completamente de aquéllas.

(11) “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, Revista La Ley, diario del 8 de junio de 2015.

(12) “Divorcio vincular, interpretación de los artículos 437 y 438 del Proyecto”, cit., p. 75.

De tal manera que comenzará una discusión vía incidental que no tiene obligatoriamente que estar atada a lo propuesto, reconocido o acreditado anteriormente". (13)

La cuestión no es clara, aunque bien podría afirmarse, de llegarse a la conclusión de que la presentación de la propuesta y la contestación implican un proceso judicial contencioso, que, como en cualquier proceso judicial, una vez notificada la acción las partes no pueden modificar sus propuestas, debiendo oportunamente el juez resolver de acuerdo a las pretensiones deducidas en el juicio por cada uno de los esposos (arg. art. 163, inc. 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). No obstante, la solución parece ser más dudosa en el caso de la presentación conjunta de los cónyuges con propuestas reguladoras distintas.

V. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, quien deberá resolver los desacuerdos de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local

El art. 438 dispone que las propuestas reguladoras presentadas por uno o ambos esposos deben ser evaluadas por el juez, que debe convocarlos a una audiencia, pudiendo el mismo ordenar de oficio o a petición de los cónyuges —como más arriba recordamos—, que se incorporen otros elementos que se estimen pertinentes. En caso de que existiera desacuerdo entre las partes sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudicase de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pertinentes deberán ser —luego de decretado el divorcio— resueltas por el juez, quien puede incluso no proceder a su homologación. (14)

Lo que debe hacerse de conformidad con el procedimiento previsto por la ley local, ya que las disposiciones de carácter procesal han quedado reservadas en la Constitución a las provincias. Y aunque nada resulta del art. 438 sobre el tipo de procedimiento que corresponde imprimir para dirimir judicialmente los desacuerdos entre los esposos con relación a los efectos del divorcio, en los Fundamentos del Anteproyecto se sostiene que el trámite

(13) "Las propuestas, el convenio regulador, y otras vicisitudes del proceso de divorcio", cit. III, c).

(14) Marisa HERRERA afirma la posibilidad de que el juez rechace la homologación de un convenio regulador en su totalidad o de alguna de sus cláusulas, si ellas contrarían principios constitucionales-convencionales o principios generales del derecho privado como los regulados en los arts. 9°, 10 y 12 del nuevo Código, referidos a los principios de buena fe, abuso del derecho y orden público ("El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación", cit., p. 59).

procesal debe ser de carácter incidental; con lo que no concordamos, ya que como dijimos, ello depende de las normas procesales vigentes en las distintas jurisdicciones. Marisa Herrera sostiene que, por lo general, la vía para dirimir los conflictos relacionados con la propuesta reguladora, es la incidental (15), con respecto a lo cual nos parece que, salvo yo creo que el Código Procesal aplicable en el caso establezca una determinada vía procesal, el juez debe disponer el procedimiento que resulte más adecuado a las cuestiones a dirimir, de acuerdo a la complejidad de las mismas.

Como se advierte, el precitado art. 438 le otorga al juez amplias facultades, en particular para determinar en qué casos puntuales el convenio regulador resulta perjudicial de modo manifiesto para los intereses del grupo familiar. Nótese que la norma se refiere a los *intereses del grupo familiar* —no a los intereses de los esposos, que pueden no coincidir con los del grupo familiar—, encontrándose dicho grupo compuesto además de por los hijos comunes y los de uno de los cónyuges que convivan con éstos (arg. art. 455), también por los de *otras personas que integran el grupo familiar* y que, entendemos, deben habitar en el inmueble familiar, siendo a nuestro juicio esto último así, por aplicación analógica del art. 443 inc. d), que menciona a los intereses de dichas *otras personas* entre las pautas que deben tenerse en cuenta a los efectos de la atribución de la vivienda familiar en el supuesto de divorcio.

VI. El convenio regulador o la decisión judicial pueden ser revisados por el juez

Lo que es así, según establece la segunda parte del art. 440 del Código, *si la situación se ha modificado sustancialmente*, constituyendo dicha disposición, según afirma Luis A. Ugarte, "un concepto jurídico indeterminado, pues no indica qué debe entenderse por alteración sustancial de circunstancias". (16)

Evidentemente, la norma contiene un concepto abierto que le da relativamente amplias facultades al juez, quien deberá analizar en cada caso si se produjo o no una sustancial modificación de la situación que se tuvo en cuenta ya sea para arribar al convenio, o para dictar la decisión judicial que se pretende modificar. Cabe por tanto señalar ciertas pautas que el juez de-

(15) "El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación", cit., p. 60.

(16) "Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica", cit., La Ley, diario del 8 de junio de 2015.

berá tener en cuenta para resolver favorablemente la modificación pedida, pudiendo afirmarse de un modo general que el cambio de la situación debe ser permanente y haber sin fundamento válido afectado en su persona o en su patrimonio a una de las partes involucradas, que con el cambio habido por circunstancias ajenas a ella, se haya visto perjudicada de un modo tan relevante que se pueda afirmar que se ha creado una situación injusta o inequitativa. Circunstancias que, como bien afirma Ugarte, “deben tener suficiente entidad como para que, de mantenerse lo acordado, se derive de ello grave perjuicio para una de las partes con relación a la situación de equilibrio configurada al convenir”. (17)

La fuente del art. 440 parece haber sido los arts. 90 y 91 del Código Civil español, que también admiten la modificación de lo acordado por las partes en el convenio regulador del divorcio —o lo resuelto por el juez— “cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”, debiendo señalar que un análisis de la jurisprudencia dictada al respecto en España, lleva a la conclusión de que las modificaciones efectuadas con fundamento en dichas normas, no han incursionado en la cuestión de la partición de los bienes conyugales. (18) Torrero Muñoz manifiesta que la jurisprudencia española “viene afirmando que los cambios deben ser generalizados, permanentes y no meramente de carácter incidental o transitorio”. Recuerda dicha autora una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 28 de enero de 2003, según la cual existirá una alteración sustancial de las circunstancias “cuando las bases personales o económicas, relación y asistencia de cada uno de los progenitores entre sí y para con los hijos de la pareja, hayan sufrido un cambio tan relevante y estable que por afectar de modo sustancial a la justicia, equidad o suficiencia de aquellas medidas, justifiquen su alteración, en más o en menos, o su sustitución por otras de naturaleza diversa”. (19)

Sin perjuicio de lo dicho, debemos señalar que si bien lo normado con relación a la presentación junto con la acción de una propuesta reguladora como un requisito necesario a ser acompañado a la acción de divorcio es algo nuevo en nuestro Derecho en lo que respecta a la obligatoriedad de la propuesta, la posibilidad por parte del juez de poder modificar —en el

(17) “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, cit., Revista La Ley, diario del 8 de junio de 2015, nro. V.

(18) Remitimos al respecto al estudio hecho por TORRERO MUÑOZ, Magda, “La modificación de los efectos de la separación y divorcio por alteración sustancial de las circunstancias”, cit., ps. 405 y sigs.

(19) TORRERO MUÑOZ, Magda, “La modificación de los efectos de la separación y divorcio por alteración sustancial de las circunstancias”, en Retos del Siglo XXI para la Familia, AA.VV., Valencia sin f., p. 411.

supuesto de alteración sustancial de la situación— determinadas cuestiones que deben formar parte de dicha propuesta, constituye una facultad judicial que siempre existió, no habiéndose producido cuestionamientos al respecto.

En efecto, por aplicación de las normas del Código actualmente modificado, lo que haya sido acordado por las partes o lo resuelto por el juez con respecto, por ejemplo, al régimen de comunicación (anteriormente, derecho de visitas) respecto de los hijos del matrimonio, o con los alimentos ya sea entre cónyuges o a favor de los hijos, puede ser modificado cuando así lo considere el juez o acuerden los esposos. En tal sentido, se ha resuelto que todo régimen de visitas es revisable, sea que el mismo hubiera sido fijado por los padres de común acuerdo, o mediante una decisión judicial, ya que lo convenido o lo resuelto al respecto no causa estado. (20) Un cambio de las circunstancias puede llevar a la revisión de un régimen de visitas (o de comunicación, según la terminología del nuevo Código), o como hemos sostenido en otra ocasión (21), un nuevo análisis de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la fijación de las visitas, puede resultar suficiente para un cambio del régimen vigente. (22) Debe a ese efecto tenerse como meta obtener una relación lo más cercana posible de ambos padres con sus hijos —para de esa manera lograr una mejor formación y educación de estos últimos— y, por tanto y como lógica consecuencia, el bien de los mismos.

Y con respecto a los alimentos, el monto convenido entre los cónyuges o fijado en la sentencia, tiene un valor provisional, en el sentido de que en cualquier momento puede ser modificado, si se modificaran las circunstancias de hecho con fundamento en las cuales se fijó la cuota (23) —como puede ocurrir, por ejemplo y entre muchos otros supuestos, en épocas de encarecimiento del costo de vida por depreciación de la moneda (24)— o por la mayor edad de los hijos, pudiendo también decretarse la disminución o la cesación de los alimentos, de acuerdo a la situación de las partes. Lo que es así, por cuanto la resolución que condena al pago de una cuota

(20) CNCiv., Sala C, ED 128-384; ídem, Sala E, LL 109-984. Ver, entre otros, MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., “El derecho de visitas entre padres e hijos menores no convivientes”, LL 1991-D-921 y sigs.

(21) Véase nuestro Tratado de Derecho de Familia, t. V, Buenos Aires, 2010, nro. 1049, ps. 82 y sig.

(22) BORDA, en cambio, considera que para que se pueda revisar un régimen de visitas, deben haberse modificado las circunstancias del momento en que se llevó a cabo el acuerdo (Tratado de Derecho Civil. Familia, t. I, 10ª ed., Buenos Aires, 2008, ps. 499 y sig., nro. 568).

(23) Véase, entre muchos otros, FANZOLATO, Eduardo Ignacio, Código Civil Comentado. Derecho de Familia, t. II, Santa Fe, 2004, ps. 327 y sig., 6 y 7.

(24) CNCivil, Sala F, LL 156-788, 31.547-S.

alimentaria no produce cosa juzgada material. Aunque para que un reclamo al respecto pueda prosperar, debe existir una poderosa razón, en especial en el supuesto del pedido de cesación de la cuota, habiéndose resuelto que una petición en tal sentido importa un compromiso probatorio mayor que lo común, ya que deben acreditarse debidamente los cambios en la situación patrimonial que hagan viable el pedido, llevando al juzgador a la convicción acerca de la veracidad de la situación precaria alegada. (25)

La cuestión más conflictiva se presenta, en cambio, a nuestro juicio, con respecto a la posibilidad de modificar lo acordado por las partes o lo resuelto por el juez en materia de distribución de los bienes conyugales, posibilidad que resulta de la norma en análisis, ya que el art. 440 del nuevo Código no limita las cuestiones que forman parte de la propuesta reguladora que pueden ser revisadas en el supuesto de una modificación sustancial de la situación. Con respecto a lo cual se debe ser muy prudente, por las incertidumbres y dificultades que ello conlleva. (26) Y si bien no parece haber duda sobre que la modificación es factible —según las circunstancias— ante la aparición de bienes de relevante valor que no habían sido tenidos en cuenta a los efectos de la división y cuya existencia era ignorada al menos por uno de los esposos, pensamos, en cambio, que la modificación no es factible en cuestiones tales como cuando por circunstancias externas ajenas al o a los adjudicatarios, los bienes adjudicados hubieran variado de valor. Pudo haber ocurrido, por ejemplo, una valorización importante de una fracción de campo adjudicada a uno de los esposos, con motivo de un gran incremento en el precio de los cereales, y en cambio, una baja relevante en el precio de un importante inmueble adjudicado al otro cónyuge, derivado del cambio de la zonificación para construir en la zona en la que se encuentra ubicado; a nuestro juicio, no obstante la modificación sustancial de la situación, circunstancias como las señaladas no ameritan la revisión a la que se alude en la segunda parte del art. 440.

VII. El otorgamiento de garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio

En la primera parte del art. 440 se establece la posibilidad por parte del Juez, de requerir al o a los obligados que otorguen garantías ya sea reales o

(25) CNCivil, Sala K, LL 2009-C-577.

(26) María Victoria PELLEGRINI afirma que “la modificación de los convenios es indiscutible cuando se refiere a las cuestiones relacionadas a los hijos, pero el tema genera mayor dificultad en aquellos acuerdos que reconocen efectos, extensión, cese, etc., de efectos entre los cónyuges” (“El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial”, cit., p. 80, III.a).

personales como requisito para la aprobación de lo convenido en el acuerdo al que alude el art. 439.

Creemos positivo lo normado al respecto, que torna inconveniente para los esposos el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el convenio regulador, dado la coerción a la que se encuentra sujeto el incumplidor, en razón de las garantías otorgadas.

Cabe no obstante señalar que aun cuando no existía una norma similar, los jueces siempre se encontraron facultados para requerir el otorgamiento de garantías para el cumplimiento de las obligaciones ya sea legales o asumidas por uno de los esposos. Aunque lo cierto es que, en la práctica, ante la ausencia de una norma específica al respecto, los jueces eran, en general, reacios a requerirlas.

CONTRATOS EN GENERAL

POR ELENA CAMPANELLA

Sumario: I. Preliminar.— II. Técnica legislativa.— III. Contratos en general.— IV. Formación del consentimiento.— V. Incapacidad e inhabilidad para contratar.— VI. Objeto-causa-forma-prueba.— VII. Efectos.— VIII. Interpretación.— IX. Subcontrato-Contratos conexos.— X. Extinción, modificación y adecuación del contrato.— XI. Contratos de consumo.

I. Preliminar

Objetivo del presente estudio con relación al tema del acápite

El procedimiento elegido es el de comparar el nuevo Código con el Código Civil de Vélez Sarsfield en la materia que nos ocupa, así como con algunas de las fuentes que los codificadores del nuevo Código invocan.

Por consiguiente, se seleccionan para su análisis, los tópicos en los que el nuevo Código ha suprimido disposiciones o por el contrario las ha enriquecido con normas aclaratorias, o bien ha incorporado nuevas figuras en materia de formas de contratación. En fin, las modificaciones introducidas en aras de codificar el derecho privado en un código del siglo XXI como sostiene Ricardo Luis Lorenzetti, presidente de la Comisión (dec. 191/2011). (1)

Los principios e instituciones implicados en los párrafos anteriores, no han de ser desarrollados en profundidad, dado el extenso tratamiento que ya tienen en la doctrina y la jurisprudencia, sino en la medida de lo expuesto.

El estudio específico de su inserción en el articulado del nuevo Código, será sin duda el trabajo en forma pormenorizada, de los códigos comentados, ya editados y por editarse.

(1) Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Rubinzal-Culzoni, introducción de Ricardo Luis LORENZETTI, Buenos Aires, 2015, p. 9.

II. Técnica legislativa

II.1. Como consecuencia natural de la unificación del derecho privado en el nuevo Código, han resultado unificados los contratos y las obligaciones civiles y comerciales; por ende les resultan aplicables las mismas normas generales.

Los autores del nuevo Código sostienen que han utilizado como fuentes el anteproyecto de 1926 preparado por Juan Antonio Bibiloni; el proyecto de 1936; el anteproyecto de 1954, dirigido por el Dr. Jorge Joaquín Llambías; el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la Cámara de Diputados de 1987; el proyecto de 1993 de unificación de la legislación civil y comercial, elaborado por la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación; el proyecto integrado por la comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/1992, proyecto del Poder Ejecutivo Nacional de 1993 y el proyecto de 1998, preparado por la comisión creada por dec. 685/1995 del Poder Ejecutivo Nacional. Este último sin dudas es el que más ha influido al momento de la redacción del nuevo Código.

El Código suizo desde el año 1907 incorporó un último libro con la novedad metodológica, para su época, consistente en la unificación del derecho de las obligaciones. Por su parte los proyectos nacionales citados, a partir del de 1987 aunque con muy distinto alcance, propiciaron la unificación.

Un tema interesante a tratar es la supervivencia en el nuevo Código, de una parte que aborda a los contratos en general.

El Código incorpora en su Libro Primero (Parte General) las disposiciones generales sobre personas, bienes y hechos y actos jurídicos.

En algunas legislaciones, como en el Código alemán de 1900, al existir dicha parte general, no se legislan normas generales con relación a los contratos.

Los autores del nuevo Código han preferido mantener un título de "Contratos en General", que sin duda responde a nuestra tradición jurídica, puesto que Vélez (cuyo Código no contaba con una parte general) incluyó la generalización de las normas contractuales a partir del art. 1137 del Código.

Esta postura la sostiene Mesineo, que con claridad explica "ante todo, existen principios comunes a todos y cada uno de los contratos, en cuanto cada figura de contrato en concreto, aun teniendo un contenido peculiar, participa de una común naturaleza y estructura, a las que corresponden

siempre las mismas normas. Y éste es el aspecto por el cual todo contrato resulta de elementos formales constantes (paradigma abstracto y general), si bien puede ser distinta —en cada caso— la sustancia de cada una de las figuras singulares" (2)

En nuestro derecho, Videla Escalada también sostiene que tratar al contrato como acto jurídico, dentro de la teoría de los actos en la parte general como lo hace el Código alemán, iba a producir una desvinculación entre el concepto de contrato y la regulación específica de cada figura en particular. (3)

Por otra parte, la existencia de estos principios generales, al unificar la legislación civil y comercial permite hacer desaparecer diferencias inexplicables a esta altura del desenvolvimiento jurídico, por ejemplo en materia de seña o de pacto comisorio. Asimismo apareja la disminución de la cantidad de artículos dedicados al tratamiento de cada contrato en particular.

Recordemos que tanto el Proyecto de 1998 como en el nuevo Código han tenido en cuenta normas internacionales como las del Instituto Para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) de 1994 que propicia similar solución.

II.2. Inclusión del contrato de consumo en el título III

En el Proyecto de 1998 no se trata el derecho del consumidor respecto de los contratos. Se deja el tema a la regulación específica (ley 24.240 y su modificación ley 26.361).

En la legislación comparada, de acuerdo a los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, texto al que nos referiremos en numerosas ocasiones, por considerarlo la interpretación auténtica de quienes proyectaron la reforma, y sustituyen las notas del Vélez Sarsfield, se describen por lo menos dos posturas para legislar al respecto.

Mantener separada la regulación de los contratos de consumo de los contratos en general. Se cita el criterio del Código de Consumo italiano del 2005 así como las legislaciones de Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Bolivia, Chile, Perú, Ecuador y Colombia. Este es el sistema de Argentina hasta la fecha. Y en igual sentido el proyecto de 1998.

(2) MESSINEO, Francisco, *Doctrina General del Contrato*, t. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 1.

(3) VIDELA ESCALADA, Federico "Visión General del Contrato" en *Contratos* 1, Ed. Víctor P. De Zavallía, Buenos Aires, 1971, p. 32.

Incorporar algunas normas al Código Civil como hicieron Alemania en el año 2002; el Código Civil de Québec en 1991 y el holandés de 1992.

Ante el debate que se plantea entre quienes dan mayor importancia al principio protectorio, frente a los que defienden la autonomía de la voluntad, el nuevo Código teniendo en cuenta además el rango constitucional de los derechos del consumidor y por tratarse no de un tipo especial de contrato, sino de una forma especial de contratación que puede influir sobre cualquier contrato en particular, lo incluye en la parte general de contratos.

Podría haberse avanzado más aún e incorporar toda la legislación al respecto puesto que ahora queda subsistente la ley 24.240 y sus reformas amén de las reformas que le introduce la ley 26.994 para coordinarla con los arts. 1092 y ss. del Código.

Se complica el régimen aplicable para los consumidores y para quienes deban aplicar la ley. Quizá la explicación esté según los fundamentos, en que se prefirió no legislar sobre cuestiones muy específicas de los derechos de los consumidores, que pueden mutar frecuentemente por los avances tecnológicos, y agregamos nosotros con mayor rapidez, que el tiempo que conllevaría la reforma de un Código con relación al de una ley, aun cuando aquél es en definitiva otra ley.

III. Contratos en general

El análisis de la ley 26.994 con respecto al Libro III, Derechos Personales, Título II Contratos en general, se hará de conformidad con el orden de sus capítulos y sus correlaciones cuando las hubiera.

III.1. Disposiciones generales

a) El art. 957 del nuevo Código dispone en la definición de contrato que "es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales".

Esta definición elimina el adjetivo bilateral con relación al acto jurídico, que se incluía en el proyecto de 1993 (comisión designada por dec. 468/1992). Ello es conteste con la eliminación de la clasificación de los actos jurídicos (Libro I, parte general, título IV, Hechos y actos jurídicos) y permite incorporar el contrato plurilateral en el art. 977.

El concepto de contrato del art. 957, pone fin al debate sobre la interpretación y alcance del actual art. 1137. La doctrina oscilaba desde una concepción amplia, asimilándolo a toda convención, hasta considerarlo únicamente como creador de derechos personales y finalmente acotando la noción, por una parte al ámbito patrimonial (arts. 1167 y 1169) y por otra, ampliándolo a la creación, modificación y extinción de derechos personales, reales e intelectuales (en este caso recurriendo entre otros al art. 1142). (4)

La nueva disposición adhiere sin duda al último criterio.

Se observa también que con acierto se ha sustituido el término *persona* por el de *partes* como reclamaba la doctrina en forma unánime.

b) Los arts. 958 y 959 receptan los principios de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria de los contratos (actual art. 1197). Sujeta la libertad de contratación a los límites que imponen la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, como siempre señalaron la doctrina y la jurisprudencia. (5)

Consagra el efecto vinculante, marcando que la modificación o extinción del contrato debe serlo por acuerdo de partes o previsto por la ley.

c) Resulta de interés la alusión a la facultad de los jueces. Estos únicamente deben intervenir a pedido de parte o de oficio cuando se encuentra afectado el orden público. Una norma similar existe en el Proyecto de 1998 (art. 907 facultades de los jueces).

Así se reafirma que el contrato es lo que las partes dicen que es y no lo que los jueces puedan decir que es, o sea se evita que se lo rearme o que se produzca la denominada revisión del contrato, más allá de los casos en que la ley expresamente lo permite (por ejemplo supuestos de lesión o imprevisión).

d) El nuevo Código en su Título Preliminar Capítulo 3, ejercicio de los derechos, sienta el principio de la buena fe en su art. 9º.

Por su parte el art. 961 lo consagra en materia de contratos con similar redacción al actual 1198, pero al modificarla en cuanto al adverbio verosímilmente (las partes entendieron o pudieran entender) por el párrafo que

(4) Código Civil, comentado, anotado y concordado, director BELLUSCIO, Augusto César, t. 5, ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 711 y ss.

(5) LLAMBIAS Jorge Joaquín - ALTERINI, Atilio, Código Civil anotado, t. III-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 144/151.

se refiere a que el contrato obliga también "a las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso o previsor"; gana en claridad, aunque tanto en una u otra redacción, serán los jueces quienes decidirán sobre la "verosimilitud" o próximamente sobre la "razonabilidad".

La regla de la buena fe debe ser tenida en cuenta cuando se interpretan los contratos y lo expuesto lo confirma.

e) La aclaración del carácter de las normas legales aplicables a los contratos resulta más idóneo para un texto de enseñanza que para un Código. Seguramente la distinción entre normas supletorias e indisponibles tiene relación con lo que el art. 953 denomina Prelación normativa y el 964 Integración del contrato.

El contenido de ambos artículos ya se encontraba en el proyecto de 1998, con levísimas diferencias de redacción en los arts. 902 y 903.

El art. 964 dispone el criterio para resolver las cuestiones que se susciten en la aplicación de las normas del Código y las de leyes especiales.

Pareciera más destinada a los jueces que a las partes; sin embargo entendemos que al igual que las normas de interpretación también están dirigidas a las partes y que tienen carácter imperativo, es decir que el apartamiento de ellas, por los jueces permitiría recurrir a un tribunal superior, si el a quo se hubiera desvinculado de dicha prelación en la aplicación de la ley, al conocer sobre el contrato traído a juicio (por ejemplo: por la vía de la arbitrariedad puede recurrirse a la Corte Suprema).

En cuanto a la integración del contrato, se deberá efectuar con: a) "las normas indisponibles que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatible con ellas, b) las normas supletorias; c) los usos y práctica 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 celebre el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable".

La integración trata de llenar las lagunas existentes en el contrato (más adelante se legisla la interpretación integradora). En este sentido cuando la ley se refiere a los usos y prácticas, Messineo (6) en el tema sostiene "en cuanto a los usos ha de advertirse que se trata de los llamados técnicamente

(6) MESSINEO, Francisco, obra citada, t. II, p. 123.

usos jurídicos o normativos, es decir de los usos que son verdaderas y propias fuentes de derecho objetivo". Lo distingue de los usos interpretativos de los que trata la interpretación del contrato.

El art. 964 se refiere, duda a los primeros; en cambio el Capítulo 10 —Interpretación— a los segundos.

f) Por último en este capítulo y de conformidad con lo que los autores denominan constitucionalización del derecho privado, se dispone en el art. 965, el derecho de propiedad del contratante con relación a los derechos que resulten del contrato que hubiere celebrado.

III.2. Clasificación de los contratos

La doctrina de nuestro país ha sostenido con relación a la clasificación de los contratos en el Código de Vélez Sarsfield, que la misma no debía ser materia de la codificación, sino que tenía carácter sólo doctrinario. Únicamente se justificaba la existencia de los arts. 1141 y 1142 pues en ellos se dispone la necesidad de la tradición de la cosa objeto del contrato.

No obstante lo expuesto el nuevo Código trae una clasificación, similar a la del proyecto de 1998 en su capítulo II Categorías de contratos.

Clasifica en unilaterales y bilaterales; a título oneroso y gratuito; conmutativos y aleatorios; formales y nominados e innominados.

La redacción en los tres primeros supuestos es similar a la del Código actual. Agrega con relación a los contratos plurilaterales, la aplicación supletoria de las normas de los contratos bilaterales.

Incluye la clasificación de los contratos formales en consonancia con los arts. 284 y 285, en materia de Forma y Prueba del acto jurídico (Libro I) y los arts. 1015 y 1016 del capítulo 7, Forma, del libro II.

De conformidad con el art. 1015 hay libertad de formas, salvo que la ley imponga una forma determinada, o bien las partes convengan una forma más exigente que la impuesta por la ley (art. 284).

El art. 969 abre tres posibilidades respecto de los contratos formales:

Los contratos para los cuales la ley exige una forma que hace a su validez; si la solemnidad no se cumplió, son nulos (sería la solemnidad absoluta a la que se refiere el art. 912 del Proyecto de 1998).

La forma requerida es a los fines de que el contrato produzca sus efectos, sin sanción de nulidad (contratos denominados de solemnidad relativa en el Proyecto de 1998) en cuyo caso no quedan concluidos como tales hasta que no se cumpla la formalidad prevista, pero valen como contratos en los que las partes se obligan a cumplirlos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1018 del nuevo Código.

Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato (art. 969 *in fine*).

La conjunción del art. 969 con el 1018, reemplaza al contenido del 1185 del Código de Vélez, aunque quizá su redacción no resulta del todo feliz.

Cierra la clasificación de los contratos la que distingue en nominados e innominados.

Resulta reiterativo señalar que la categoría debería ser de típicos y atípicos, porque como bien desarrolla el artículo, la diferencia está en que la ley los regule especialmente o no y no, en que tengan una denominación.

Por fuera de ello es acertado haber introducido el régimen legal que les es aplicable y su orden de aplicación: a) voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración y d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

Este último artículo escaparía a las críticas mencionadas de la doctrina, por cuanto tiene un claro contenido dispositivo.

En el nuevo Código no hay contratos reales, todos son consensuales; ello surge no sólo de la supresión de la categoría, sino de las normas que legislan el depósito, el comodato y el mutuo, así como de los fundamentos del legislador.

IV. Formación del consentimiento

El capítulo 3 sobre formación del consentimiento consta de 5 secciones y modifica en forma significativa los criterios del Código Civil para la conclusión del contrato.

No enuncia cuáles son los elementos esenciales del contrato como establecía el Proyecto de 1993 (art. 851) y los antecedentes del Código francés, art. 1108 y el Código italiano, art. 1325. En este aspecto igual que el Código de Vélez y el Proyecto de 1998 los trata a través de distintos capítulos y sección.

IV.1. Oferta-Aceptación

La Sección 1ª se refiere a las normas generales para la formación del consentimiento, oferta y aceptación, en los denominados contratos discretivos. Esta categoría que estaba incluida en las definiciones del art. 899 del Proyecto de 1998 no figura en el nuevo Código y se refiere a aquellos contratos concluidos de común acuerdo por todas las partes en los que éstas actúan en igualdad y son regidos en forma plena por los principios de la autonomía de la voluntad (con los límites señalados por la ley) y la fuerza obligatoria.

En esta sección en algunos artículos la redacción resulta poco clara. Así en su primer artículo, el 971 se comienza definiendo el consentimiento por la aceptación y no por la oferta.

De mayor importancia, entendemos que resulta la observación cuando en toda la sección se refiere a la recepción, ya de la oferta ya la de la aceptación, para concluir el consentimiento y en el último artículo (art. 983) se considera que la manifestación de voluntad es recibida por la otra, cuando ésta la conoce o debió conocerla.

Es decir, que si bien pareciera que se enrola en la teoría de la recepción de la aceptación para que se conforme el consentimiento (que el codificador sostiene "que es la más seguida en el derecho comparado") en definitiva se ha incorporado la denominada teoría de la información.

Del citado art. 971, se desprende también que los contratos se concluyen por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo. Los codificadores en los fundamentos del anteproyecto señalan que "la redacción se ajusta a los principios de UNIDROIT".

Sin duda, los contratos así concluidos llegarán a los estrados judiciales, a fin de que se pruebe y se demuestre su existencia, seguramente aplicando las normas de interpretación que el mismo Código prevé.

Tanto en lo referente a la oferta como a la aceptación se incluyen conclusiones sostenidas en doctrina y jurisprudencia y en el Proyecto de 1998.

La oferta puede ser dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse (intención de contratar) y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada.

La redacción es mucho más laxa que en el Código actual, que requiere que la oferta sea sobre un contrato en especial con todos los antecedentes constitutivos.

Es similar a la del Proyecto de 1998; al respecto comentando este proyecto Héctor Alegría sostenía "esto de lo razonable de acuerdo con las circunstancias, es un latiguillo muy frecuente en el Código proyectado..." esto es así porque hoy estamos seguros que tenemos que hacer reglas de textura abierta que permitan la evolución de las leyes y de acuerdo con las circunstancias, quiere decir de acuerdo con las circunstancias particulares, pero también con las circunstancias generales" (7)

Lo dicho se aplica en la invitación a ofertar (art. 973) que es la oferta dirigida a personas indeterminadas. La inclusión de este tipo de oferta es acertada y el último párrafo del artículo cuando sostiene "en este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos", da pie a poner de relieve que al unificar el nuevo Código las legislaciones civil y comercial, es frecuente la aplicación de los usos, por la importancia que ellos revisten en el Código de Comercio. (8)

La norma sobre la fuerza obligatoria de la oferta es un ejemplo de las de "textura abierta".

Entendemos que aunque no se establezca como en el Código de Vélez, el oferente puede fijar un plazo durante el que queda obligado (resultaría de los términos de la oferta) pero si no es así, la no obligación de mantener su oferta puede resultar de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso (art. 974).

Si la oferta "se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación".

Esta directiva dará lugar, a más de un pedido judicial de fijación de plazo.

(7) ALEGRIA, Héctor, "Cuaderno de Doctrina", fascículo 5, "Marco normativo de los contratos de empresa", Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, año 1999.

(8) ALEGRIA, Héctor, obra citada.

El art. 975 prevé que la oferta dirigida a una persona determinada, puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta. El concepto de "recibido" como ya se señaló significa "conocido" (art. 983).

En el supuesto de muerte o incapacidad de las partes, la caducidad opera para ambas partes antes de la recepción de la aceptación y se contempla la reparación a que tiene derecho el aceptante que ignoraba la muerte o incapacidad del oferente.

En lo que se refiere a la aceptación, en forma similar al Código actual, debe expresar la plena conformidad con la oferta. Si se hicieran modificaciones, no vale como aceptación sino que se considera una nueva oferta, pero agrega el art. 958 que si las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente, si lo comunica de inmediato. Es decir no habría que seguir en este supuesto, los pasos de una aceptación por parte del proponente originario.

Si el contrato es entre presentes, la aceptación perfecciona el contrato al ser manifestada (teoría de la declaración); si es entre ausentes cuando es recibida por el oferente durante el plazo de vigencia de la oferta (art. 980).

En definitiva el nuevo Código modifica con respecto a los contratos entre ausentes, el momento en que se considera aceptada la oferta. En el Código de Vélez, la aceptación perfecciona el contrato desde que ella se hubiere enviado al proponente (teoría de la expedición o remisión) con dos excepciones a la teoría de la información, en los arts. 1149 y 1155.

En la nueva legislación, la aceptación concluye el contrato cuando es recibida por el oferente (art. 971) mas, se considera recibida y esto vale para las manifestaciones de voluntad de ambas partes (art. 983), cuando la parte la conoce o debió conocerla. Se enrola en la teoría del conocimiento, sostenida por la doctrina francesa aun cuando el codificador sostiene que adhiere a la teoría de la recepción que es "la más seguida en el derecho comparado".

El conocimiento será un hecho difícil de probar y con seguridad se presumirá con la prueba de la recepción. En fin, cuando la nueva ley se comience a aplicar, se verá el camino que marcarán la doctrina y la jurisprudencia.

Se suprimen las ofertas alternativas pero se introducen los acuerdos parciales y su valor legal, lo que resulta sin duda un acierto.

En el itinerario hacia la conclusión del contrato, las partes pueden alcanzar el acuerdo sobre ciertos elementos, pero no sobre todos, dejando los restantes para un momento posterior.

El documento que fija los puntos de acuerdo se denomina minuta, borrador, en el derecho alemán "*punktation*" y se discute en derecho comparado su valor jurídico.

En este sentido el art. 982 es claro, hay acuerdo parcial que concluye el contrato si todas las partes expresan su consentimiento sobre todos los elementos esenciales particulares, con las formalidades que correspondan. En este caso el contrato queda integrado de conformidad con el Capítulo I.

Si existiesen dudas se tendrá por no celebrado y tampoco se considera acuerdo parcial, si solo existe una minuta o borrador respecto de alguno o de todos los elementos.

El artículo fija así el valor que reviste el acuerdo parcial y en que consiste. Entendemos que cuando hace referencia a la necesidad del consentimiento sobre todos los elementos esenciales particulares del contrato, incluye también a los esenciales generales.

IV.2. Contratos celebrados por adhesión

En la sección segunda, siguiendo los paradigmas de la protección de la parte débil y de seguridad jurídica, se incorpora el contrato celebrado por adhesión. Se mejora substancialmente el tratamiento que dicha forma o manera de contratar, tenía en el Proyecto de 1993 (art. 870) y en el Proyecto de 1998 (arts. 899 inc. e), 905 y 1033).

Este modo de contratación ha sido ampliamente tratado por la doctrina y la jurisprudencia, aludiendo ya sea a cláusulas generales o predispuestas y a la aceptación obligada del no predisponente. El nuevo Código fija un criterio y lo define en el art. 984, como "aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por una parte o por un tercero sin que el adherente haya participado en su redacción".

Enuncia los requisitos de las cláusulas generales predispuestas en protección del no predisponente y lo hace extensivo a la contratación telefónica, electrónica o similar.

Incorpora reglas de interpretación que ya han sido aplicadas por los tribunales: 1) si hay cláusulas particulares, negociadas individualmente,

prevalecen sobre las generales en caso de divergencia, 2) en caso de ambigüedad de las cláusulas generales, ellas se interpretan en sentido contrario al predisponente (el art. 986 de la sección, y el 1062 del Capítulo X).

El paradigma protectorio y la igualdad de las partes se resguardan con la prohibición de las cláusulas que resulten abusivas, las que se tendrán por no escritas. Dichas cláusulas son las que desnaturalicen las obligaciones del proponente, importen renuncia a los derechos del adherente o amplíen los del predisponente que surjan de las normas supletorias y el tercer supuesto nos encara nuevamente al tema de la razonabilidad previsible, al prohibir "las que por su contenido, redacción, o presentación no son razonablemente previsibles".

Es decir que disposiciones de tal naturaleza deberán ser evaluadas en última instancia, por el Poder Judicial.

Concluye la sección con una directiva a los jueces, los que si bien podrán evaluar las cláusulas generales, en caso de ser abusivas y declarar la nulidad parcial, deberán a fin de conservar el contrato, integrarlo. Se entiende que ello será conforme a lo dispuesto en el art. 964.

IV.3. Tratativas contractuales

La sección tercera legisla las tratativas contractuales, el período previo a la celebración del contrato, durante el que las partes realizan diversas negociaciones que conducirán al lanzamiento de una oferta, que al ser aceptada, concluirá el contrato.

En el Código de Vélez se ha interpretado que únicamente los arts. 1155 y 1156 dan valor a este período (aunque no más atrás que al momento de la oferta) ya que la ruptura apareja responsabilidad y reparación por los daños sufridos.

La nueva ley legisla la libertad de las partes para realizar estas negociaciones y poder retirarse de ellas, siempre actuando de buena fe, para que de haber ruptura, ésta no sea injustificada. Si fuera así, el responsable deberá resarcir el daño que cause a la parte no culpable.

Los arts. 990 a 993, en la materia, no consagran especialmente el principio de que la ruptura tampoco debe ser intempestiva (como sostiene la doctrina) aunque se entiende que ello quedaría incluido en la buena fe con la que se debe obrar.

Se impone la confidencialidad en las tratativas y se considera que las cartas de intención que expresan la manifestación de voluntad para negociar un futuro contrato, sólo tendrán fuerza obligatoria si reúnen los requisitos de la oferta.

IV.4. Contratos preliminares

La sección 4ª se destina a los contratos preliminares no legislados en el Código de Vélez. También se los denomina "promesas" y tendrán un plazo de validez de un año o menor si las partes lo convienen y puede ser renovado. Deberán reunir los elementos esenciales particulares del futuro contrato.

El contrato preliminar es el convenio en que una sola parte o ambas se obligan a concluir en el futuro entre ellos o un tercero, otro contrato que será el definitivo. Este futuro contrato no puede ser de aquellos para los que se exige una forma bajo sanción de nulidad y se aplica el régimen de las obligaciones de hacer.

Cierra la sección el contrato de opción, del que surge un derecho perfecto para uno de los contratantes, en el caso, el beneficiario, que tiene el derecho irrevocable de aceptarlo. Si bien el artículo 996 no lo dice, se entiende que este derecho es potestativo. (9) En la doctrina se incluyen como ejemplo los pactos de retroventa y de reventa.

IV.5. Otras modalidades

En la sección 5ª se regulan el pacto de preferencia y el contrato sujeto a conformidad, como sostiene la comisión codificadora en los fundamentos "dando cabida a diversas modalidades de acuerdos para contratar".

El contrato sujeto a conformidad o que dependa de una autorización "queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva" (art. 999).

V. Incapacidad e inhabilidad para contratar

El capítulo IV trata la incapacidad e inhabilidad para contratar. La capacidad es un presupuesto de validez del contrato y en forma similar al Código de Vélez, el nuevo Código expresa su contenido por la negativa, es decir por los que no pueden hacerlo en supuestos especiales.

(9) LARENZ, Karl, Derecho Civil, parte general, ed. Revista de Derecho Privado, editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, p. 715.

El tema debe interpretarse dentro de la hermenéutica del nuevo Código. En el Libro Primero, Parte General, Título I Persona Humana, Capítulo 2 se legislan los principios generales de la capacidad.

En los fundamentos del Código, se advierte que "las modificaciones importantes se producen en esta última (se refiere a la capacidad de ejercicio), a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad. De allí de la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como "edad y grado de madurez", la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas..."

La capacidad de derecho en su art. 22, que repite el art. 18 del Proyecto de 1998. La capacidad de hecho, se denomina capacidad de ejercicio (art. 23). El principio es que "toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial".

A continuación se enumeran (art. 24) las personas incapaces de ejercicio: "a) la persona por nacer; b) La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2ª de este capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial en la extensión dispuesta en esa decisión".

En la sección 2ª el menor de edad y el adolescente son respectivamente las personas que no han cumplido 18 años y ejercen sus derechos a través de sus representantes legales y las que son menores de edad y han cumplido 13 años (art. 26).

Por su parte la persona "que cuente con la edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le sean permitidos por el ordenamiento jurídico".

Esta directiva puede interpretarse ceñida exclusivamente al texto del artículo, en cuanto a las decisiones atinentes al cuidado de su cuerpo: a partir de los 16 años, resulta igualado al adulto y entre los 13 y los 16, necesita la asistencia de sus progenitores si se trata de tratamientos invasivos.

Pero también por ser una norma del tipo flexible, dada la referencia general a edad y grado de madurez, en definitiva requerirá la intervención del Poder Judicial si se aduce su aplicación a otros supuestos.

En lo que respecta a los emancipados, dispone que la emancipación es irrevocable y reitera el régimen de actos que pueden o no, realizar.

Las reglas referidas a la restricción de la capacidad de ejercicio distinguen en los casos de alteración mental o adicción, los supuestos de capacidad restringida o incapacidad y reservan la figura de la inhabilitación para la prodigalidad, en protección del interés patrimonial de la familia.

Congruente con estos principios el nuevo Código ha eliminado los supuestos de los aparentes incapaces de derecho del art. 1160 del Código de Vélez: los religiosos confesos y los comerciantes fallidos. La doctrina señala que en el primer caso se trata de la imposibilidad de contratar debido a los votos pronunciados y en el de los comerciantes, la consecuencia del desamparamiento.

El art. 1000 con respecto a los efectos de la nulidad, reitera el actual art. 1165 con una redacción preferible y omite el art. 1166 de difícil interpretación.

Con respecto a la nulidad de los contratos, deberá tenerse en cuenta el capítulo 9 de la parte general, hechos y actos jurídicos, sobre ineficacia de los actos jurídicos que trata la clasificación de las nulidades, quienes pueden invocarla y sus efectos, entre otras disposiciones.

En el capítulo en examen se legislan las inhabilidades para contratar, tanto en interés propio como ajeno. Al introducir las inhabilidades (personas capaces pero imposibilitadas o vedadas de contratar en determinados casos con determinadas personas y en especiales circunstancias) (10), dentro de las normas de los contratos en general, se aligera considerablemente la cantidad de artículos en las figuras especiales y se evitan inútiles repeticiones.

Con respecto a la última de las inhabilidades del art. 1002 inc. d) Kermelmaier de Carlucci como coautora del Código expresa en "Pautas para Interpretar el Código" (11), que esta prohibición general de contratar entre los cónyuges "influida por una imagen fantasmagórica de fraude", desvirtúa la reforma.

(10) DIEZ PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, vol. I, ed. Tecnos, 1992, p. 225.

(11) KERMELMAIER DE CARLUCCI, Aída, Pautas para Interpretar el Código en el Código Civil y Comercial, ed. Astrea, Buenos Aires 2015, p. 15.

VI. Objeto-causa-forma-prueba

En los capítulos 5, 6, 7 y 8 se tratan respectivamente el objeto, la causa, la forma, y la prueba de los contratos. En el tema como en lo ya explicado sobre capacidad, se han seguido e incluso reproducido normas del Proyecto de 1998.

VI.1. Objeto

El capítulo relativo al objeto remite a las normas del Libro Primero, Título IV Capítulo 5, Sección 1ª (art. 279, el objeto del acto jurídico son los hechos y los bienes) e indica que debe ser lícito, material y jurídicamente posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial (art. 1003).

Entre los objetos prohibidos se incorporan los derechos sobre el cuerpo humano y se dispone la aplicación de los art. 17 (derecho sobre el cuerpo humano del Título Preliminar) y 56 (actos de disposición sobre el propio cuerpo, art. 1004).

Difiere del Código de Vélez con relación al contrato sobre bienes ajenos como propios (art. 1008) supuesto en el que es responsable de los daños el que no hace entrega de ellos, pero no incurre en el delito civil de estelionato.

Dos artículos de este capítulo merecen una referencia especial.

El art. 1010, con relación a la prohibición de contratar sobre herencia futura y derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares (pacto de disposición), incorpora la excepción de "los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos", que "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".

Aun cuando la finalidad perseguida pueda ser la seguridad jurídica económica, el párrafo transcrito compromete el derecho del causante a la libre disponibilidad de su patrimonio para después de su muerte, a través del derecho de testar y dará lugar a numerosos juicios entre los herederos, más allá de las cuestiones fraudulentas que podría llegar a encubrir.

El art. 1011 legisla sobre los "contratos de larga duración" con relación al cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes. Dispone que las partes deben ejercitar sus derechos con un deber de colaboración, y respeto a la reciprocidad durante la duración total. Por último autoriza la rescisión unilateral de una parte, aunque previamente debe dar a la otra parte la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo (¿se referirá al derecho de rescisión unilateral?).

Los contratos de duración o permanentes involucran un tiempo desde que empiezan hasta que terminan, ya se trate de tiempo corrido o de fracciones de tiempo y el artículo relaciona dicho factor, como esencial con los hechos y las cosas objeto del contrato.

Se han reseñado como incorporados al nuevo Código, en materia de contratos discrecionales, la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de lo convenido, la buena fe como estándar jurídico de conducta social y la seguridad jurídica que emana del reconocimiento de tales principios. El art. 1011 aplica a los contratos de duración, a la que califica de larga, una amalgama de directivas con relación al comportamiento de las partes (suponemos que en vista a la conservación del contrato), que en definitiva, contradice el contenido de otros artículos del mismo plexo legal. Su aplicación quedará sin duda, sujeta también a la interpretación judicial.

VI.2. *Causa*

La remisión a la parte general del Código indica la aplicación, en materia de causa de los contratos, de las disposiciones de la Sección 2ª, Capítulo 5, Título IV, Libro Primero (art. 1012).

De conformidad con el art. 281 "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".

El Código de Vélez no trata la causa en las normas correspondientes a los contratos, sino en los arts. 500, 501 y 502 en materia de obligaciones. No obstante la posición doctrinaria mayoritariamente entiende que la causa-fin es un elemento esencial del contrato.

El nuevo Código la incorpora expresamente y la distingue de la causa como fuente de las obligaciones (art. 726). Sigue así el camino del Pro-

yecto de 1993 (arts. 884 a 886) y del Proyecto de 1998 (art. 952 a 957). Mejora a este último al establecer en la parte general el concepto de causa, que será en definitiva el que se aplique al citar los elementos del contrato (art. 281).

Se trata del propósito de alcanzar un determinado resultado con la celebración del contrato, que ha de ser común a las partes o por lo menos de una de ellas y reconocido y no rechazado por la otra. Incluye en la definición, los motivos singulares de las declaraciones que formaron el consentimiento en la medida de su incorporación expresa o tácita al contrato y sean esenciales para ambas partes.

En los fundamentos del Código, textualmente se expresa "...se desprende que la causa-fin abarca tres posibilidades: a) fin inmediato determinante de la voluntad; b) motivos exteriorizados e incorporados expresamente; c) motivos esenciales para ambas partes supuesto en el cual aunque no sean expresos pueden ser tácitamente deducidos...". De esa manera la causa-fin permite un despliegue relevante de todas las consecuencias que la doctrina y jurisprudencia han dado a este concepto.

La causa debe existir (hay presunción de su existencia, art. 282) y ser lícita.

En el articulado específico de los contratos, se prescribe en el art. 1013 que dicha causa debe existir durante la celebración y subsistir en la ejecución, norma que guarda relación con la frustración de la finalidad del contrato legislada en el art. 1090.

Las consecuencias de la falta de causa, en el artículo citado, son la nulidad, la adecuación o la extinción del contrato. Es decir un abanico de opciones, que hasta pueden resultar contrapuestas. Ello solo pareciera explicarse por el principio de conservación del contrato, salvaguardado en numerosos artículos del Código y en última instancia, dependiente de la intervención judicial.

Cuando la causa es ilícita el contrato es nulo. Recordemos que en el nuevo Código, se ha eliminado la clasificación de actos nulos y anulables (sólo se tratan las nulidades absoluta y relativa y total y parcial). Luego el término nulo significa en esta ocasión acto inválido por nulidad.

Para que se declare la nulidad, la causa ilícita debe ser una causa contraria a la moral, al orden público y a las buenas costumbres y ser común a ambas partes. "Si sólo una de ellas ha obrado con un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta

puede reclamar lo que ha dado sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido" (art. 1014).

VI.3. Forma

En cuanto a la regulación de la forma se siguen los lineamientos del Proyecto de 1993 y en especial del Proyecto de 1998, como quedo expuesto en el ítem III.2, al tratar los contratos formales y el contenido de los arts. 1015 a 1018 del Capítulo 7.

En el art. 1017 se explicitan los contratos que deben ser otorgados por escritura pública, en un texto más acotado (cuatro incisos) que el art. 1184 del Código de Vélez.

En este capítulo no hay remisión a las disposiciones de la parte general sobre hechos y actos jurídicos. Ella debe hacerse por vía de interpretación, lo que permite aplicar en materia de contratos, las nuevas tecnologías en los registros de la palabra y de información (art. 287, instrumentos privados y particulares no firmados) y la utilización de la firma digital en los instrumentos generados por medios electrónicos, cuando se asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento (art. 288, en consonancia con la ley 25.506, que permanece vigente).

Es de interés señalar que en el art. 319 se otorga valor probatorio a los instrumentos particulares, el que será apreciado por el juez, en determinadas circunstancias entre las que se enuncian la "confiabilidad de los soporte utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen".

Esta fórmula adoptada también en otras legislaciones dará lugar a pruebas periciales que acerquen al juez la demostración de la fiabilidad de los sistemas técnicos utilizados.

El Capítulo 7, en consecuencia, no agota la forma de los contratos sino que hay que interpretar contextualmente el Código.

VI.4. Prueba

En materia de prueba, se reproducen prácticamente los arts. 962 y 963 del Proyecto de 1998.

Se elimina la enunciación de los medios de prueba; se involucran "todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de

la sana crítica y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial".

En el art. 1019 al limitar la prueba testimonial, se mencionan nuevamente los usos, al disponer que "los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos".

Para el supuesto de que la forma sea requerida únicamente como prueba (art. 1020) "pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental o comienzo de ejecución".

La consideración del principio de prueba instrumental es similar al art. 1192, último párrafo del Código de Vélez; aun cuando utilice otros términos, tiene igual contenido.

VII. Efectos

El Capítulo 9, efectos, se divide en cinco secciones y la sección cuarta en tres párrafos. Se adoptan principios del Proyecto de 1998, aunque se mejora la metodología.

VII.1. La disposición general es la del efecto relativo (art. 1021). Con respecto a quienes se consideran parte del contrato, se incluye, además de quién actúa en nombre propio y a quién es representado por un otorgante, a "quién manifiesta la voluntad contractual, aunque ésta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación". Concuera con la regulación de los contratos de corretaje y de agencia, en el Título IV Contratos en particular.

Los arts. 1022 y 1024, en forma similar al art. 1095 del Código de Vélez, señalan los límites de los efectos con relación a los terceros y sucesores universales.

VII.2. En la sección 2ª se reúnen supuestos de incorporación de terceros al contrato, sistematizando el contenido de normas que se encuentran dispersas en el Código de Vélez.

En forma sucesiva se trata la contratación a nombre de tercero (arts. 1161 y 1162 del Código de Vélez); la promesa del hecho del tercero, que puede constituir una obligación de medios o de resultado (anteriores arts. 1163 en el Código Civil y 230 y 231 en el Código de Comercio) y la estipulación a favor de terceros (legislada en forma insuficiente en el art. 504 del Código Civil, que se enriquece con los arts. 1027 y 1028 que

establecen las relaciones triangulares entre el estipulante, el promitente y el tercero beneficiario.

Dos figuras muy estudiadas en doctrina tienen ahora cabida en el Código.

En el contrato para persona a designar (art. 1029) cualquiera de las partes puede reservarse el derecho de nombrar a un tercero para que lo sustituya en la relación contractual. Se distingue del contrato a favor de terceros, pues en éste desde el comienzo la estipulación es en nombre propio y a favor del tercero, mientras que en el contrato para persona a designar, es al comienzo en nombre e interés del estipulante y de conformidad con el art. 1029 *in fine*, "mientras no haya una aceptación del tercero, el contrato produce efectos entre las partes".

Entendemos, aunque el artículo no lo expresa, que una vez vencido el plazo que estipulen las partes o en su defecto el de quince días desde la celebración del contrato, sin que se designe al tercero, se aplica la misma solución.

Cierra la sección el contrato por cuenta de quién corresponda que de acuerdo al art. 1030 queda sujeto al régimen de la condición suspensiva, producida la cual el tercero asumirá la posición contractual que lo determina.

VII.3. En la sección 3ª se reformula la excepción de incumplimiento contractual a fin de asegurar el mantenimiento del sinalagma funcional en los contratos.

Los arts. 1031 y 1032 tratan respectivamente de la suspensión del cumplimiento y de la tutela preventiva.

La suspensión del cumplimiento puede ser deducida judicialmente como acción o excepción. Resulta una consecuencia de "los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir.

El segundo artículo citado incorpora un mecanismo de prevención, que autoriza a suspender el propio cumplimiento si los derechos de la parte sufrieren una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia.

La suspensión queda sin efecto si la otra parte cumple o a garantías de que cumplirá. En este supuesto la prueba del estado mencionado, correspondería al demandado.

VII.4. La obligación de saneamiento comprende la garantía por evicción y por vicios ocultos así como las responsabilidades cuando ya ha ocurrido el daño, elementos naturales de los contratos onerosos.

Metodológicamente es un acierto haber incorporado las reglas generales respectivas, entre las normas de los contratos en general y suprimir las especiales de cada contrato. Hay excepciones en la permuta (art. 1174), en la locación (art. 1220) y en la cesión de derechos (art. 1628).

En las disposiciones generales de la sección 4ª se establecen los sujetos responsables (art. 1033); las garantías comprendidas; la posibilidad de que el adquirente a título gratuito ejerza las acciones de responsabilidad por saneamiento correspondientes a sus antecesores (art. 1035); la disponibilidad de las cláusulas de responsabilidad, que pueden ser aumentadas o aún suprimidas y en este último caso da pautas estrictas para la interpretación de la supresión (arts. 1035 a 1038).

Con respecto a las responsabilidades, se repiten los arts. 1004 y 1005 del Proyecto de 1998. Se modifica este proyecto (art. 1003) en el art. 1039 inc. c) en cuando a las opciones del acreedor frente a la responsabilidad por saneamiento, enuncia la declaración de la resolución del contrato, sin incluir la resolución parcial.

En la adquisición de una pluralidad de bienes si fueran enajenados en conjunto, la responsabilidad es indivisible.

El nuevo Código suprime la evicción parcial del art. 2093 del Código de Vélez y el caso descrito es un ejemplo, sin perjuicio de que podría interpretarse como una excepción.

Los párrafos 2º y 3º pormenorizan las circunstancias de la responsabilidad por evicción y por vicios ocultos. Atento a la unificación del Derecho Civil y Comercial quedan superados los distintos plazos de caducidad y prescripción para el ejercicio de las acciones.

La acción para reclamar la obligación por evicción prescribe a los cinco años (plazo genérico del art. 2560); en cuanto al reclamo por vicio redhibitorios prescribe al año, mas la caducidad de la responsabilidad por los defectos ocultos tiene plazos fijados en el art. 1055 que se pueden aumentar por convención de las partes y son: "Si la cosa es inmueble, cuando transcurren tres años desde que la recibió".

"Si la cosa es mueble cuando transcurren seis meses desde que la recibió".

Entre la solución del Código Civil, que era contar el plazo desde la celebración del contrato y la del Código de Comercio, momento de la recepción de la cosa, se ha optado por esta última.

VII.5. La sección 5ª recepta la señal o arras con carácter confirmatorio; adopta así la postura del Código de Comercio. Pueden entregarse como seña, dinero o cosas muebles y sólo si la cosa es de la misma especie que lo que debe darse en el contrato, se tiene como parte de la prestación si el contrato se cumple.

VIII. Interpretación

El Código Civil de Vélez Sarsfield no tiene reglas de interpretación de los contratos, salvo el fecundo art. 1198, reformado por la ley 17.711. El Código de Comercio, de fecha anterior al Civil sí incluye en sus arts. 217, 218 y 219, normas para interpretar los contratos y convenciones.

Como consecuencia de la unificación de las legislaciones civil y comercial, el nuevo Código incorpora en este capítulo una cantidad de reglas universales, muchas de ellas reflejadas en los citados artículos del Código de Comercio y ampliamente difundidas y aplicadas por la doctrina y la jurisprudencia.

El art. 1061 del nuevo Código incorpora el principio general de la interpretación conforme a la intención común de las partes y la buena fe.

La intención común de las partes está consagrada en el Código de Comercio, art. 218 inc. 1º, en el Código francés, art. 1156 y en el 1362 del Código Italiano. Con relación a este último Código, es interesante destacar que su capítulo IV "De la interpretación del Contrato (arts. 1361 a 1371) resulta prácticamente similar al contenido de los arts. 1061 a 1068 del Capítulo X en examen.

En lo que respecta a la buena fe (en este supuesto buena fe probidad, como recíproca lealtad de conducta o confianza entre las partes), concuerda con el principio consagrado en el Título Preliminar y en el art. 961 de las disposiciones generales.

En art. 1062 con respecto al valor de los términos, el Código decide por la interpretación literal de ellos cuando el contrato es de interpretación restrictiva (similar al art. 218, inc. 2º del Código de Comercio).

Esta literalidad no resulta de aplicación a las obligaciones debidas por el que ha impuesto las cláusulas predispuestas en los contratos celebrados por

adhesión o los de consumo, conteste con las normas específicas, incluidas al tratar ambas modalidades de contratación.

El art. 1063 complementa el anterior (actual art. 218 inc. 6º) al disponer que las palabras deben entenderse en el sentido que les da el uso general, salvo el significado específico que les hayan dado las partes o los usos y prácticas del lugar de celebración del contrato, remite implícitamente a las disposiciones sobre integración del contrato que afectan a la interpretación integradora del mismo.

La interpretación debe ser contextual, art. 1064 y actual 218 inc. 2º y si ello no fuera suficiente para desentrañar el significado de las palabras el art. 1065 enumera otras fuentes de interpretación a tener en cuenta: a) las circunstancias en que se celebró el contrato, incluso las negociaciones preliminares (art. 218 inc. 3º); b) la conducta de las partes, incluso la posterior a la celebración (actual 218 inc. 4º); c) la naturaleza y finalidad del contrato (en alguna medida contenidos también en el art. 218, inc. 6º).

Esta norma como la del art. 1063 trata de la interpretación integradora, a diferencia de la integración del contrato.

Videla Escalada señalaba: "Puede afirmarse que mientras la integración tiende a colmar lagunas existentes en la convención, la simple interpretación integradora pertenece en el ámbito del contrato y procura desentrañar las consecuencias que implícitamente se encuentran comprendidas en él..." (12)

La nueva codificación recepta a través de distintos artículos la diferencia, que será muy importante al momento en que los jueces deban conocer la interpretación del contrato llevado, ante su jurisdicción.

Se incluyen en el capítulo el principio de conservación del contrato (actual art. 218 inc. 3º); la protección de la confianza y lealtad de las partes, en concordancia con el principio de buena fe y las conductas previas de los sujetos (incorpora el principio procesal de los actos propios) y por último la regla contenida en el actual art. 218 inc. 7º, de protección al deudor.

Pero al introducir el precepto "a favor del deudor" ya extendido jurisprudencialmente a la protección de la parte más débil, distingue en el art. 1068 dos situaciones: 1) si el contrato es a título gratuito, la interpretación

(12) VIDELA ESCALADA, Federico, La Interpretación de los Contratos Civiles, Monografías Jurídicas, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1974, p. 93.

será en el sentido menos gravoso al obligado y 2) si el contrato es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes.

En este último supuesto, se ejercerán las facultades de los jueces de conformidad con el art. 960 explicado *ut supra*.

IX. Subcontrato-contratos conexos

El Capítulo 11 regula el subcontrato, como una nueva figura. Esta incorporación es acertada e incluso mejora las normas del Proyecto de 1998 (arts. 1035 a 1038), pues califica como directas a las acciones del subcontratado y les aplica lo dispuesto en los arts. 736, 737 y 738.

Queda clara la distinción con la acción subrogatoria. En la acción directa la parte la ejerce a nombre propio; en la indirecta o subrogatoria, se ejerce a nombre ajeno, aunque en interés propio. (13)

Define al subcontrato como "un nuevo contrato mediante el cual el subcontratante crea a favor del subcontratado una nueva posición contractual derivada de la que aquél tiene en el contrato principal" (art. 1069).

Se dispone con carácter general, que "en los contratos con prestaciones pendientes éstas pueden ser subcontratadas, en todo o en parte, a menos que se trate de obligaciones que requieran prestaciones personales" (art. 1070).

Esta disposición involucra, por ejemplo, al actual art. 1645 en materia de locación de obra; en la nueva terminología, contrato de obra, y que no se reproduce en el nuevo texto.

El capítulo se completa con las respectivas acciones del subcontratado y las de la parte que no ha celebrado el subcontrato. Esta última parte, dispone también sobre las acciones que le correspondan al subcontratante contra el subcontratado y reafirma que las ejerce en nombre e interés propio.

En el Capítulo 12 se incorporan los contratos conexos. Los codificadores explican que aunque los mismos han sido ampliamente investigados por la doctrina, existen escasas disposiciones normativas al respecto. Sin duda, es

(13) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, t. III, ed. De Palma, Buenos Aires, 1975, ps. 424 y ss.

lo que la doctrina califica como unión de contratos con dependencia (14), o "contratos recíprocos".

Se definen en el art. 1073 como "dos o más contratos autónomos vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme lo dispuesto en el art. 1074".

Conteste con ello la interpretación será de uno por medio de los otros. Probada la conexidad, se podrán oponer las excepciones de incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del contrato a que es ajeno el excepcionante. La misma regla se aplica si la extensión de uno de los contratos, lleva a la frustración de la finalidad económica común (arts. 1074 y 1075).

X. Extinción, modificación y adecuación del contrato

X.1. Normas generales

En relación al Capítulo 13 que legisla la extinción, modificación y adecuación del contrato, los codificadores sostienen en su fundamentación, que "siguen las pautas del Proyecto de 1998, con algunas adaptaciones".

En los fundamentos del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 (15), se aclara que se han reunido las reglas comunes y generales para la extinción por declaración de una de las partes, que rigen en los casos de rescisión unilateral, revocación o resolución. Entienden que ello clarifica el sistema y disminuye la regulación de los contratos en particular, evitando reiteraciones.

El nuevo Código, por ende, reproduce prácticamente el articulado del Proyecto de 1998.

Legisla el distracto, es decir la extinción por decisión bilateral, la que salvo disposición en contrario tiene efectos para el futuro y no afecta los derechos de terceros (art. 1076).

(14) SPOTA, Alberto G., obra citada, t. I, ps. 202/203.

(15) Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio, Fundamentos, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1999, p. 60.

Dispone la extinción total o parcial por declaración de una de las partes, mediante la rescisión unilateral, la revocación o la resolución, cuando por el contrato o por la ley se la faculta (art. 1077).

El art. 1078 (con ocho incisos), trata de las disposiciones generales aplicables a los supuestos del art. 1077.

Destacamos el inc. b) que alude a la extinción extrajudicial; ello puede aliviar a los tribunales de numerosos conflictos llevados a su conocimiento y decisión. En el Código de Vélez los arts. 1202, 1203 y 1204 tenían sin duda esa función preventiva, permitiendo la solución entre las partes sin recurrir inevitablemente al Poder Judicial.

Según el inc. e) "la parte que tiene derecho a extinguir el contrato, puede optar por requerir el cumplimiento y la reparación de daños. Esta demanda no impide deducir ulteriormente una pretensión extintiva". Este supuesto involucra la intervención judicial.

Establece el inc. f) que la comunicación de la declaración extintiva produce la extinción de pleno derecho y prevé las consecuencias para el caso que se promoviera demanda sin haber intimado. En el inc. g) se determina que la demanda por extinción impide la posterior pretensión de cumplimiento.

En el art. 1079 se incorpora la operatividad de los efectos de estas figuras: a) la rescisión unilateral y la revocación, producen efectos para el futuro; b) la resolución produce efectos retroactivos entre las partes y no afecta el derecho adquirido a título oneroso, por terceros de buena fe. Los arts. 1080, 1081 y 1082 tratan de las restituciones si correspondieran y de las reparaciones en caso de daño.

El término pacto comisorio se elimina; se refiere el nuevo Código a la resolución total y parcial.

Regula los regímenes de la cláusula resolutoria expresa y de la implícita.

Con respecto a la primera, las partes pueden pactarla, tanto para el supuesto de "incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados". En este caso la resolución surte efectos a partir de la comunicación fehaciente de la voluntad de resolver, a la parte incumplidora.

Como un elemento natural de los contratos bilaterales, la cláusula resolutoria se considera implícita en ellos, de conformidad con las disposiciones de los arts. 1088 y 1089.

Las condiciones exigidas para su aplicación son: a) un incumplimiento en los términos del art. 1084 (configuración del incumplimiento); b) "que el deudor este en mora" y c) "que el acreedor emplace al deudor, bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no menor de quince días, excepto que de los usos o de la índole de la prestación, resulte la procedencia de uno menor. La resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo. Dicho requerimiento no es necesario si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o si el cumplimiento resulta imposible. En tales casos, la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte".

Los párrafos primero y segundo del inciso transcrito, dejan el cumplimiento del contrato sujeto a la voluntad de la parte incumplidora.

No resultará aplicable la doctrina y jurisprudencia, que con respecto al art. 1204 del Código de Vélez, permitía entender que si el requerimiento de cumplimiento en los plazos indicados, no se formulaba bajo apercibimiento de tener por resuelto el contrato, ante el incumplimiento de la otra parte pese a los plazos otorgados, la parte cumplidora conservaba aún el derecho de exigir judicialmente el cumplimiento.

De conformidad con el texto actual, el emplazamiento debe ser con el apercibimiento expreso de dar por resuelto el contrato y en consecuencia, la resolución se produce de pleno derecho. En conclusión, se retorna a la situación de la que se intentó salir por vía de la interpretación y se le otorga a la parte deudora la potestad sobre el cumplimiento del contrato. El tema no ha merecido aclaración en los fundamentos reseñados.

X.2. Frustración de la finalidad

En este capítulo se incluye la frustración de la finalidad del contrato, tanto la definitiva como la temporaria y sus consecuencias.

En el primer caso autoriza a la parte perjudicada a declarar la resolución, si fue causada por una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración, ajena a las partes y que supere el riesgo asumido por la afectada.

La frustración de la finalidad, como una situación de ineficacia en el sentido amplio de este vocablo, se vincula con la necesidad de existencia de causa, consagrada en los arts. 281 y 1013.

El Proyecto de 1993 preveía la figura en su art. 943 como un supuesto de resolución y en sus fuentes se citaban las recomendaciones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires en 1991 y el antecedente de la doctrina inglesa. En el Proyecto de 1998, se la trata como a una causal de rescisión.

Morello en su estudio del tema, con relación a la doctrina de la frustración en el derecho anglosajón, sostiene: "bajo esta denominación se estudian allí los casos en que un negocio o contrato pierde su eficacia debido a circunstancias o acontecimientos que, con posterioridad a su perfección, hacen que la exigencia de cumplimiento devenga ilegal, imposible o comercial o económicamente estéril". (16)

El art. 1090 la legisla como un caso de resolución, con sus elementos y efectos.

X.3. Imprevisión

La imprevisión se incluye en el capítulo, como otro caso de resolución, pero también de adecuación del contrato.

La metodología adoptada parece acertada, con respecto a su ubicación en el art. 1198 del Código de Vélez reformado por la ley 17.711.

El régimen de la excesiva onerosidad sobreviviente ha sufrido modificaciones en la redacción del art. 1091, que vienen a aclarar aspectos que daban lugar a algunas disputas en la doctrina nacional.

Se aplica a los contratos conmutativos, es decir a una clasificación de los onerosos, de ejecución diferida o permanente.

Esta fórmula mejora la anterior referida a los de ejecución diferida o continuada. López de Zavalía ya propiciaba que debían ser contratos "de ejecución diferida o de duración". (17) Como se comentó al analizar el art. 1011, a los contratos de duración también se los denomina permanentes.

La alteración que produzca la excesiva onerosidad de la prestación a cargo de una parte debe ser extraordinaria con relación a las circunstancias del momento de celebración y sobrevinida por causas ajenas a las partes y al

(16) MORELLO, Augusto M., *Ineficacia y Frustración del Contrato*, Librería Editora Platenense — Abeledo Perrot, La Plata 1975, p. 80.

(17) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos, Parte General*, t. I, Víctor P: de Zavalía, Buenos Aires 1984, p. 454.

riesgo que asumió la parte afectada. Se elimina el calificativo genérico de "imprevisible", pero se indican las características que debe observar la alteración.

La parte afectada puede plantear extrajudicialmente o pedir al juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Ésta última resulta un supuesto de revisión del contrato facultado por la ley. En el art. 1198 del Código de Vélez, la adecuación sólo podía pedirse para impedir la resolución.

La solución se aplica también a los terceros, a los que se haya conferido derechos o asignado obligaciones y a los contratos aleatorios, cuando la prestación se torne excesivamente onerosa, por causas extrañas al riesgo del contrato.

La posibilidad de que las partes solucionen sus conflictos sin acudir a la justicia es ponderable y acorde al art. 1078, ya comentado.

Con respecto a los efectos cumplidos, nada dice el nuevo artículo, por lo que entendemos, que deberán aplicarse las normas concernientes a los supuestos de extinción de los arts. 1079 a 1081.

XI. Contratos de consumo

El Título III del Libro Tercero —Derechos Personales— trata de los Contratos de Consumo. La razón de su ubicación metodológica fue explicada en el ítem II 2.

En las citadas "Pautas para interpretar el Código" (18), Aída Kemelmajer de Carlucci se refiere al fenómeno de la descodificación o recodificación que permite justificar, porque en el caso de los consumidores y los contratos de consumo, se ha incluido el denominado "núcleo duro" o piso mínimo de protección, que no podrá ser desconocido por las leyes especiales que complementan la respectiva regulación.

La autora ejemplifica en la materia, con los arts. 1096 a 1099, sobre prácticas abusivas; arts. 1104 a 1116 de modalidades especiales de contratación; arts. 1117 a 1122 sobre cláusulas abusivas y la extensión de la protección de los consumidores a otros supuestos del mismo Código. Por ejemplo, los contratos bancarios (arts. 1384 a 1389), el cementerio privado (art. 2111); el tiempo compartido (art. 2100).

(18) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, obra citada, ps. 4, 5 y 6.

Los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios han sido profusamente estudiados. (19) Interesa aquí señalar que en esta modalidad de contratación se manifiestan varios de los principios que sostienen al nuevo Código.

En primer término la consagración a través de normas operativas de los preceptos constitucionales; en el caso, los derechos otorgados a los consumidores y usuarios en el art. 42 de la Constitución Nacional. La pirámide normativa aplicable tendría como vértice la Constitución, por debajo el Código Civil y Comercial y por fin las leyes específicas.

El denominado paradigma protectorio, con la defensa del consumidor como la parte más débil del contrato, incluso legislando en el art. 7º una excepción con relación a la aplicación de las nuevas leyes supletorias, que regirán a los contratos en curso de ejecución, cuando sean más favorables al consumidor.

En las disposiciones del derecho internacional privado los contratos de consumo tienen una sección (arts. 2654, 2655) dedicada a la jurisdicción y la ley aplicable.

En el supuesto de cláusulas abusivas, si se trata de contratos conexos, el juez deberá aplicar lo dispuesto en el art. 1075 (art. 1122 inc. d); es decir la posibilidad de oponer la excepción de incumplimiento total, parcial o defectuoso frente a la inejecución de las obligaciones, incluso a las ajenas a su contrato.

En los sucesivos capítulos y secciones se legislan: la relación de consumo; la formación del consentimiento; las prácticas abusivas; la información y publicidad dirigida a los consumidores; las modalidades especiales y las cláusulas abusivas.

Los codificadores han expresado que en el tema de la formación del consentimiento, existen marcadas diferencias con la regulación de los contratos discrecionales.

Especial mención merece la obligación general de información y publicidad que debe existir en los contratos de consumo. El deber de trato digno al consumidor e información cierta y detallada resultan imprescindibles debido a las nuevas modalidades, también legisladas, de la contratación a distancia y por medios electrónicos.

(19) MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor*, Ley 24.240 (modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2010.

En el Anexo II de la ley 26.994, punto 3, se encuentran las modificaciones a la ley 24.240 y su modificatoria la ley 26.361. Se sustituyen los arts. 1º, 8º, 40 bis y 50 de la ley por los textos del anexo. Con seguridad estas normas se ajustarán paulatinamente, por ejemplo los arts. 17 y 18 de la ley especial vigente remiten a normas del Código de Vélez y no se han modificado aún.

LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO

POR JOSÉ MARÍA GASTALDI

Sumario: I. Introducción general.— II. Antecedentes.— III. La norma del nuevo Código.— IV. La “frustración del fin del contrato”. Su antecedente en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991).— V. La relación de la frustración con la causa-fin o finalidad.— VI. Frustración de la finalidad o del fin del contrato. Terminología. Concepto. Requisitos. Doctrina y jurisprudencia.— VII. Los diversos institutos que se relacionan con la frustración del fin del contrato.— VIII. La frustración del fin frente a otras causales extintivas.— IX. Requisitos de aplicación de la teoría de la frustración del fin del contrato.— X. Conclusión: análisis de la norma en cuestión. Mi opinión.

I. Introducción general

Como en anteriores exposiciones, artículos y libros a lo largo de los años, no siendo el único, quiero inicialmente señalar mi posición respecto a este nuevo Código, la que he sostenido desde que, a partir de 1987, se sucedieron cuatro intentos de modificación de los Códigos Civil y Comercial y su unificación: mi posición, no sólo mía por cierto ni tampoco original, pero sí sustentada y reiterada, era optar por una reforma, una actualización de los códigos, no un cambio total.

Para ello, el camino a seguir se podría haber efectuado mediante un reordenamiento de las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield —con sus agregados a lo largo de años—, una suerte de depuración, suprimiendo repeticiones o normas superfluas y, sobre todo, contradicciones.

Ese primer paso permitiría ya una simplificación de artículos y, sobre todo, su reordenamiento. Existe en tal sentido como un antecedente antiguo

pero importante, un trabajo que se efectuó y publicó en 1930, dirigido por Juan Carlos Rébora y ejecutado con la colaboración de destacados juristas bajo el título "Contribución a la obra preparatoria de la Reforma del Código Civil —Metodización y consolidación de leyes—". (1)

Antiguo sí, pero hubiera sido muy útil para encarar un nuevo Código, respetando las muy buenas normas, ya analizadas e interpretadas por la doctrina y la jurisprudencia.

El tiempo había pasado, pero existieron nuevos proyectos de 1936 y de 1954 (Dr. Llambías), las reformas de la ley 17.711 de 1968 (Dr. Borda) y otras, y numerosos artículos que apuntaban a mejoras o a la incorporación de nuevos temas no legislados (como ejemplo, la concesión, agencia, etc.), que se podrían haber incorporado sin necesidad de modificar totalmente los Códigos Civil y Comercial.

Pero en la actualidad nos encontramos con un Código Unificado Civil y Comercial, realizado por los juristas designados, pero que en algunos artículos importantes —es de público conocimiento— fueron modificados directamente por el Gobierno —normas sobre la "Responsabilidad del Estado, obligaciones de dar dinero y la moneda, etc.—, lo cual generó una polémica profunda. El nuevo Código con sus modificaciones fueron definitivamente realizadas y aprobadas mediante la ley 26.994 (octubre 2014).

Si bien me voy del tema que analizo, cabe recordar los cambios referidos al derecho de familia, extendiéndose a otros aspectos de suma importancia, cuestionables. Basta como un ejemplo las normas de capacidad, muy importantes por ser el presupuesto de validez de los elementos de los contratos —consentimiento, objeto y causa— que, partiendo de la ya establecida mayoría de edad a los 18 años, regula dos categorías de menores, una suerte de capacidad progresiva: el que llega a los 13 años es incapaz pero se convierte en "adolescente". Entre los 13 y los 16 años tiene la posibilidad de tomar ciertas decisiones con respecto a su cuerpo, en tanto que pasados los 16 ya cuenta la aptitud de un mayor plenamente capaz a los fines de su salud. Naturalmente, pasados los 18 se convierte en un adulto.

Véase al respecto los proyectados arts. 25 y 26. El primero califica como "menor de edad" a la persona que no ha cumplido 18 años, agregando que "este Código denomina adolescente a la persona mayor de edad que

(1) Publicado en "Obras del Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", 1930 (2 tomos). Es muy interesante verlo y, en cuanto a la tarea que se desarrolló para su confección puede consultarse GNECCO, Emilio, "Algunas reflexiones acerca de la elaboración de las leyes", LL 1979-A-678.

cumplió 13 años". El art. 26 refiere cuales son los derechos de su persona, que antes he mencionado. (2)

Destaco estas normas vinculadas al presupuesto de validez de los elementos que estimo de diferente y difícil interpretación para su aplicación por cuanto, en ciertos casos, se relaciona con los contratos y, por cierto, sus tratativas. Otros profesionales podrán evaluar y opinar sobre esas y otras normas que no hacen en forma directa al caso de la "frustración del fin".

Pero debo dejar en claro que, por cierto, de ninguna manera cuestiono todo el nuevo Código. Su aplicación y su interpretación definirán el alcance de las normas y su contenido.

II. Antecedentes

El nuevo Código Civil y Comercial incorpora en su art. 1090 —en el capítulo sobre extinción, modificación y adecuación del contrato— la norma que denomina "Frustración de la finalidad". No cabe considerarse como algo nuevo, por cuanto la misma, con diferentes denominaciones y algunas modificaciones, fue incluida en Leyes o Proyectos que cabe recordar: 1) Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, Comisión Especial del Senado y Cámara de Diputados —sancionado en Diputados en 1987 y Senadores a fines de 1991—, elevado al Poder Ejecutivo fue vetado por éste en su totalidad; 2) Proyectos posteriores: del Poder Ejecutivo de 1993 (Comisión designada por dec. 468/1992), Federal de 1993 (sancionado por la Cámara de Diputados) y el de 1998 (Comisión Honoraria, dec. PE 685/1995).

Respecto al tema que analizo, como un antecedente muy importante de muchos años atrás que me originó su tratamiento, debo recordar y mencionar a un jurista y docente con el cual me formé desde mi incorporación a su Cátedra de Contratos, el Dr. Federico N. Videla Escalada, porque en este asunto tuvo influencia, siendo compartido con otro ilustre jurista y profesor, Dr. José Domingo Ray —ambos fueron designados en esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (el primero de ellos falleció hace unos años)—. Conjuntamente encararon la denominada "Frustración del

(2) En Jornadas realizadas en la Facultad de Derecho UBA, sobre "Personas y familia en el Anteproyecto de Reforma del CC de la Nación", en que expusieron los tres juristas a quienes se le encargó la tarea, en la síntesis realizada por uno de ellos explicó que en el anteproyecto la capacidad progresiva implica que quien es menor de 13 años es incapaz, pero que a esa edad se convierte en adolescente. Asimismo, la emancipación sólo será posible por medio del matrimonio entre menores de 18 años no requiriéndose autorización judicial.

fin del contrato”, un elemento importante ubicado o incorporado a la lista de las denominadas causales de extinción de las obligaciones contractuales, que se relacionan entre sí pero que habitualmente se las analizan en conjunto, aunque con algunas semejanzas y diferencias respecto a la extinción.

Me refiero a la “teoría de la imprevisión” (o “excesiva onerosidad sobreviniente”), a la “imposibilidad de cumplimiento” y al “caso fortuito y fuerza mayor”. Dejando un tanto de lado a la denominada “suspensión del cumplimiento”, norma del art. 1031 del nuevo Código.

No todas estas causales se encuentran legisladas en nuestros Códigos por ahora vigentes, particularmente la que encaro que, una vez más, se presenta en el nuevo Código Civil y Comercial con la denominación de “Frustración de la finalidad” y en el texto inicia con “La frustración definitiva de la finalidad del contrato” que, a la fecha, será vigente en breve plazo —agosto de 2015— según lo que se ha determinado por el Gobierno de la Nación.

Pero, al margen, debe tenerse en cuenta que no se trata de nada novedoso, porque no sólo anteriores proyectos sino nuestra doctrina y jurisprudencia ya habían aceptado en muchos casos concretos la bien denominada teoría de la frustración del fin del contrato, aunque, veremos, se han cuestionado algunos por considerar que no reúnen los requisitos que la conforman.

III. La norma del nuevo Código

El mencionado art. 1090 propone: “La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”. (3)

(3) Debe tenerse en cuenta que este artículo fue modificado como otros, en este aspecto en un solo término: reemplazo de la causal “rescisión” por “resolución”. Ese cambio coincide con mi opinión de siempre respecto a la causal “resolución”, que ahora confirmo según este artículo y reiteraré más adelante. En el proyecto CC 1998, art. 1059, se proponía: “Frustración de la finalidad. Conforme lo previsto en el art. 259 la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tal frustración proviene de una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, y la alteración sobreviene por causas ajenas a las partes y excedentes al riesgo asumido por la que es afectada. La rescisión es operativa cuando esta parte

Los fundamentos del Proyecto, VI) Libro Tercero, Título II, Contratos en general, punto 8 —Subcontrato, Extinción, modificación y adecuación del contrato—, al aludir a las normas referidas en el capítulo antes mencionado, nada explican. En el mencionado punto simplemente establecen que “En relación a la extinción, modificación y adecuación del contrato se siguen las pautas del Proyecto de 1998, con algunas adaptaciones”. También se señala, punto 2.6., que si bien la frustración del fin del contrato “es un tema relativo a la causa, se lo regula en contratos porque es su ámbito de aplicación más frecuente”; transcribe a continuación el ya citado art. 1090.

Es decir, si se pretende sustentar la nueva norma habrá que buscar no solamente en aquel proyecto 1998 sino en algunos anteriores y, especialmente, en la doctrina y jurisprudencia. Es con esas bases que analizaré también la incorporación a los modos extintivos del contrato, que considero positiva en la medida que se interprete como corresponde.

IV. La “frustración del fin del contrato”. Su antecedente en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991) (4)

Teniendo en cuenta la falta de ley al respecto, es importante recordar estas Jornadas anteriores, como base a lo que se establece en el nuevo Código.

En ellas se fijó como uno de los temas a tratar la “Frustración del fin del contrato”, teniendo en cuenta el entonces Proyecto 1987 y antecedentes.

Presentamos, con el apoyo del Dr. Videla Escalada y los profesores de por entonces mi Cátedra de Derecho Civil, una ponencia, en la cual definí y aceptaron esta causal de extinción con los siguientes términos: *La frustración del fin del contrato tiene lugar cuando de un contrato bilateral válido, de ejecución diferida o continuada, la finalidad relevante —razón de ser— y conocida por las partes no puede lograrse —se ve frustrada— por razones sobrevinientes ajenas —externas— a su voluntad y sin que medie culpa.*

comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria se aplica el inc. b) del art. 1057”

(4) Participé en estas Jornadas y, juntamente con los Dres. Juan Carlos Palmero, Rubén S. Stiglitz, Jorge Zago y Miguel Araya, nos designaron para la Comisión Redactora. Para la exposición de las conclusiones fui relator conjunto con Jorge Zago.

Cabe aclarar que coincidí en general con la postura del Dr. Videla Escalada en su trabajo conjunto con el Dr. Ray (5), siendo este último quien conceptuaba así: *Se configura la frustración del contrato cuando por circunstancias sobrevinientes y sin culpa de ninguna de las partes, se produce un cambio en la naturaleza de sus obligaciones, transformándose en alguno fundamentalmente distinto a lo que se tuvo en mira al contratar, es decir, que se convierte al contrato en algo diferente a lo convenido.*

Ampliando lo referido a la ponencia presentada en las mencionadas Jornadas, incluyo sólo su *Síntesis del contenido (los puntos de ponencia)* —agosto 1991—, en el marco del Código Civil en vigencia:

1. Para la mejor consideración de la teoría de la frustración del fin del contrato, resulta necesario admitir la diferenciación entre el objeto y la causa —entendida como fin o finalidad— del contrato. (6)

2. El concepto de “objeto” del contrato debe quedar circunscripto a la materia que lo integra o compone como requisito esencia.

3. El objeto como materia resulta claramente del art. 953 del Código Civil, aplicable al contrato no sólo por la naturaleza jurídica de éste —acto jurídico (entre vivos, de contenido patrimonial)— sino por la remisión efectuada por el art. 1167, 1ª parte, del Código Civil. Por tanto, componen el objeto —según el contrato de que se trate— los bienes o los hechos.

4. Los principios del art. 953 CCiv., relativos al objeto-materia aparecen claramente ratificados por el Código Civil al tratar dicho elemento en los diversos contratos en particular (véase por ejemplo, art. 1327 y aún más concretamente arts. 1444, 1499, 1626 y sus concs.).

5. La causa, entendida no como fuente sino como causa-fin, fin o finalidad, apunta a un aspecto volitivo, por oposición a la materia del acto.

(5) Comunicación que integraron y presentaron el 27/09/1984 a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires: el Dr. RAY, José D., “La frustración del fin del contrato”; el Dr. VIDELA ESCALADA, Federico, “La teoría de la causa”.

(6) Con el apoyo del Dr. Videla Escalada, al realizar mi tesis del Doctorado “El contrato de concesión de derecho privado”, iniciada 1969 y aprobada “sobresaliente” en 1971, y publicada posteriormente como *El contrato de concesión privada* (Astrea, 1974), analicé el art. 1167 del Código Civil y ss. —que era cuestionado en su alcance— y decidí que se refería al objeto, separándolo de la causa o causa fin, en oposición a otras opiniones que adherían el objeto a la causa y que, considero, ya no se sustenta esa opinión. En cuanto a la diferencia entre objeto y causa, entre otros trabajos puede verse el más simple: GASTALDI, José María, *Introducción al estudio del Contrato, La Ley, 2003, cap. V, Objeto y causa del contrato. Criterio diferenciador*, ps. 78/108.

6. La causa, entendida como la “razón de ser” del acto jurídico en general o de su especie contrato, resulta proyectada desde la doctrina de aquél, consagrada por los arts. 500 a 502 del Código Civil, no obstante su desubicación metodológica. También existen otras referencias a este elemento dentro del Código Civil.

7. En el ámbito del elemento esencial *causa*, entendido como finalidad, es dable establecer una clara diferencia entre: a) La finalidad genérica de un contrato, que se repite uniformemente en todos los contratos de la misma naturaleza o, si se quiere, del mismo tipo y b) La finalidad o razón de ser —es decir, la jurídicamente relevante para ser considerada como causa— concreta de los contratantes en cada contrato que se celebra, variable de contrato en contrato y aún en cada contratante. En este aspecto cobran importancia los *motivos*, en tanto sean jurídicamente relevantes —determinantes—.

8. En la doble acepción o aplicación de la causa-fin tiene también una doble importancia o utilidad: la referida a la letra a) del punto precedente, a los fines de la calificación del contrato —o acto—; la de la letra b) a los fines de determinar la licitud o ilicitud del acto y también la teoría que ahora nos ocupa.

9. La teoría de la frustración del fin del contrato apunta o toma como base la finalidad concreta de cada contrato celebrado (letra b), sin perjuicio de estar íntimamente relacionada con el equilibrio contractual propio de los contratos bilaterales.

10. La *frustración del fin del contrato* tiene lugar cuando en un contrato bilateral válido la finalidad relevante y conocida para las partes no puede lograrse —se ve frustrada— por razones ajenas —externas— a su voluntad y sin que medie culpa.

11. La teoría de la *frustración* no debe ser confundida con otras teorías o institutos que, como la imprevisión, la imposibilidad de cumplimiento, el caso fortuito o la fuerza mayor, tienen similitudes, pero presentan distintos componentes o efectos.

12. En nuestro derecho positivo la teoría de la frustración tiene su marco en la teoría de la causa (fin), en la medida que demos a ésta su correcta interpretación y concreción, separándola del objeto-materia y también del elemento consentimiento.

13. De “*lege lata*” (ley vigente, no a futuro) la teoría de la frustración es aplicable en nuestro derecho, a través de la teoría de la causa (fin). Debe

propenderse a su desarrollo, como un remedio más al desequilibrio contractual sobreviniente o, más aún, a la justicia y equidad.

14. De "*lege ferenda*" (legislar en el futuro) puede incorporarse expresamente la teoría de la frustración a nuestra legislación, como causal independiente de resolución de los contratos, con base fundamental en la teoría de la causa (fin) y orientada por sus principios. (7)

En las citadas Jornadas, tal como fue recomendado, se introdujo en los proyectos de codificación la institución inglesa de la *frustration*, como medio extintivo de los contratos. Debe tenerse en cuenta que en la ley 26.994, del 1º de octubre de 2014, se aprobó el Código con algunas modificaciones; cabe señalar y reitero que en el tema que desarrollo hubo un cambio importante respecto al art. 1090 referido a la *frustración de la finalidad*, pues se modificó como un caso de *resolución*, reemplazando como *rescisión* en la versión original. Este cambio implica la aceptación de otros proyectos anteriores, que ya mencioné y que compartí, que refieren a la *resolución*: Ley de Unificación, Comisión especial del Senado y Cámara de Diputados, luego vetada (véase art. 1204, que incluye la *frustración del fin del contrato*, declarable mediante *resolución*); del Poder Ejecutivo de 1993 (véase arts. 941 a 943); Federal de 1993, de la Cámara de Diputados de la Nación (véase art. 1200, párr. 3º, que también incluyó la *frustración del fin del contrato* mediante la *resolución*).

En las conclusiones de *lege lata* de las citadas Jornadas, se aprobaron por mayoría las siguientes conclusiones (muy importantes):

I) Noción de frustración del fin

1. Por mayoría: la frustración del contrato es capítulo inherente a la causa; entendida ésta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio. (8)

2. La teoría de la frustración debe distinguirse de la imprevisión, de la imposibilidad de cumplimiento, o del caso fortuito o fuerza mayor, del error y de la cláusula resolutoria, en razón de tratarse de un instituto autónomo.

(7) La fundamentación de esta ponencia se realizó, como era de costumbre, por separado. De ella se tomó una gran parte del tema que me convoca. Destaco en la terminología de la ponencia que la causal en cuestión la consideré como resolución, no como rescisión. Así, véase más adelante, el artículo proyecto del nuevo código fue modificado.

(8) Disidencias: a) La frustración del fin del contrato no en todos los casos alude a la causa; enmarcándose más bien en el respeto al consentimiento de los contratos como una causal objetiva vigentes. b) La frustración del fin del contrato debe ser concedida sin recurrir a la noción de causa y se funda en el fin que integra inequívocamente el contenido contractual y por ende se refleja en su sinalagma genético.

II) Presupuestos de admisibilidad

a) Existencia de un contrato válidamente constituido:

b) Por mayoría: existencia de un acontecimiento anormal; sobreviniente; ajeno a la voluntad de las partes; que no haya sido provocado por ninguna de ellas; que no haya sido generado en su mora de ellas; que incida sobre la finalidad del contrato de manera que se logre el motivo que impulsó a contratar; al punto que desaparezca interés o utilidad en la subsistencia del contrato. (9)

III) Ámbito de aplicación

1. Por mayoría: la frustración del fin del contrato se desenvuelve en el marco de los contratos bilaterales, de ejecución diferida o de tracto sucesivo. (10)

IV) Efectos

1. La frustración del fin del contrato en tanto importa la desaparición de la causa, sirve de presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria.

2. La resolución importará: a) que las prestaciones cumplidas por una de las partes, antes de producido el acontecimiento frustrante, serán repetibles, con excepción de los gastos realizados por la otra, en la medida de su relación causal con la prestación a su cargo; b) que las prestaciones cumplidas y equivalentes en los contratos de ejecución continuada o periódica, de carácter divisible, se tendrán por firmes.

3. Por mayoría: no es factible la revisión del contrato pues al haber desaparecido los móviles (causa impulsora) que determinaron a una o ambas partes a contratar, al acto le faltaría un elemento estructural, la causa, que es precisamente la que sirve de soporte a la prestación malograda. (11)

V) La frustración del fin del contrato y la contratación predispuesta

En los negocios con cláusulas predisuestas el predisponente no podrá exigir la resolución ante la frustración de finalidades propias no previstas en el instrumento contractual, por tratarse de una alea implícitamente asumida.

(9) Disidencias: Además de los presupuestos anteriores añade que los acontecimientos deben haber modificado la base objetiva del negocio. b) La causa debe haber sido declarada en el "campo jurídico", conocida y aceptada por las partes.

(10) Disidencias: a) Añaden a los bilaterales, unilaterales y onerosos. b) Añaden también a los contratos aleatorios. c) Añaden también los contratos gratuitos.

(11) Disidencia: la frustración del fin del contrato puede dar lugar a la revisión.

Las conclusiones fueron aceptadas en un único despacho, pero con las disidencias señaladas.

Lege ferenda se sugirió:

Mayoría: se considera conveniente la consagración legislativa de la frustración del fin del contrato. (12)

Minoría: la frustración del fin del contrato no constituye una causal autónoma de resolución. En razón de la consagración legislativa de los institutos de la teoría de la lesión, de la onerosidad sobreviniente, del abuso del derecho, del uso de los estándares jurídicos como la buena fe, el orden público, la moral y las buenas costumbres, tal figura estaría subsumida en cualquiera de las precedentemente enunciadas.

Como corolario de lo decidido en las citadas Jornadas cabe tener en cuenta la opinión de la mayoría, que muchos compartimos y que, de una u otra forma, se fueron introduciendo en los sucesivos proyectos modificatorios parciales o totales. Y teniendo en cuenta que se ha aceptado el nuevo Código Civil y Comercial es importante lo resuelto en aquellas Jornadas, que se tuvieron en cuenta en numerosos libros, escritos o exposiciones.

Debo agregar que esas Jornadas fueron un impulso que motivó el estudio de la causa. Su análisis, según mi criterio, llevó a reiterar que, dentro de las causales genéricas de extinción de los contratos —rescisión, resolución, revocación—, correspondía ubicarla como un supuesto de resolución, que aniquila el contrato, al desaparecer uno de sus elementos esenciales, cual es la causa-fin, en este caso en la acepción de finalidad concreta, razón de ser, motivo determinante, como se reconoció y admitió en las mencionadas Jornadas. Obviamente las partes, sobre la base de su autonomía de la voluntad, podrán evitar la resolución, pero para ello prácticamente deberán modificar el fin y, con ello, estarán acordando un nuevo contrato.

V. La relación de la frustración con la causa-fin o finalidad (13)

Esta relación resulta de una de las aplicaciones de la teoría de la causa-fin; me refiero a la que caracterizo como la finalidad o razón de ser relevante,

(12) Véase GASTALDI, José María, Contratos I, Cap. X: La teoría de la causa (fin) y su relación con la frustración del fin del contrato, 1ª ed., 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, 1997.

(13) GASTALDI, Contratos I, op. cit. cap. X: ps. 216/234.

variable de contrato en contrato y aun de contratante a contratante. En ella se apoya la teoría de la frustración, por cuanto, en el supuesto de la finalidad concreta de una de las partes, se enmarca precisamente también aquella teoría. Dicho en otras palabras, la misma, en definitiva y según veremos, contempla supuestos en que se ve impedida, frustrada, la razón de ser, el motivo determinante, de un contratante.

En efecto, la teoría en análisis apunta o toma como base la finalidad concreta de un contrato celebrado y válido estando también vinculada, por cierto, con el equilibrio contractual propio de los contratos bilaterales.

Una vez más, la causa-fin se aplica para dar solución a situaciones jurídicas controvertidas.

VI. Frustración de la finalidad o del fin del contrato. Terminología. Concepto. Requisitos. Doctrina y jurisprudencia

A fin de poder analizar e interpretar la norma propuesta en el nuevo Código, como asimismo su aplicación, creo necesario desarrollar los diversos aspectos que se mencionan en el título de este apartado.

VI.1. Terminología: la frustración del contrato y la frustración del fin —o finalidad— del contrato

La palabra *frustración* suele aplicarse en forma más amplia en relación al contrato.

Generalmente denominada “frustración del contrato”, abarca diversos supuestos en que, de uno u otro modo, lo convenido entre las partes no puede llevarse a cabo, se frustra. (14)

Pero cuando se alude a la *frustración —o finalidad— del contrato* se ingresa en esta específica causal de extinción, en la cual la frustración del fin o de la causa-fin pasa a ser un supuesto especial de la genérica *frustración* del contrato. Pienso que de la lectura del presente trabajo resultará claramente lo genérico y lo específico. Pero quizá valga una aclaración más amplia sobre los conceptos.

Es que la terminología *frustración del fin* tiene su origen en el derecho inglés y se remonta a su jurisprudencia, señalándose como primer caso

(14) Si nos atenemos a la definición del Diccionario de la Lengua Española, frustración es “privar a uno de lo que esperaba, dejar sin efecto, malograr un intento, dejar sin efecto un propósito contra la intención del que procura realizarlo”.

Taylor v. Caldwell, sentenciado en 1863 (15), si bien antes la teoría había sido analizada —pero rechazada— en 1647, *Paradine c. Jane* (responsabilizando a un inquilino por el pago del alquiler, no obstante que había sido privado de la tenencia del bien —no pudiendo obtener sus frutos— por la invasión de fuerzas armadas de un enemigo del rey —el príncipe germano Ruperto—. Se resolvió que, no existiendo contractualmente prevista la exoneración por tal hecho, no podía eximirse de cumplir su obligación de pagar el arriendo. La solución no se consideraba justa). (16)

Quizá para comprender por qué el derecho inglés debió recurrir a la teoría, vale recordar que el principio básico de su derecho contractual era la estricta obligación de cumplir el compromiso asumido, sin que pudiera eximirse por cambio de circunstancias, caso fortuito o fuerza mayor —como ocurría en el derecho continental, inspirado en el Código Civil francés—.

Digamos que aquella terminología abarcaba una noción amplia de la *frustración*, si bien se puntualizó posteriormente en los denominados *Casos de la Coronación*, a los cuales más adelante aludiré. Y ocurre que, cuando se incorporó a los institutos extintivos y es analizada, la *frustración del fin del contrato*, se recurrió como antecedentes a aquellos *Casos*. Dicho en otras palabras, éstos sirvieron de base para calificar y conceptuar el instituto que se fue incorporando y aplicando en el derecho de otros países —en la Argentina, sin estar legislada—.

Y en esa línea se considera que fue el derecho continental europeo —de origen romanista— el que elaboró el concepto restrictivo, la denominada *frustración del fin del contrato* (17), opuesto a la amplia *frustración del contrato* (18), extendiendo la antigua concepción genérica anglosajona.

(15) Se trataba de la locación de un inmueble por cuatro días para organizar eventos. Un incendio produjo la destrucción total del local. El locatario reclamó daños y perjuicios —existían antecedentes jurisprudenciales favorables—, pero se rechazó la demanda, por entender que era un riesgo implícito que el objeto desapareciera, sin culpa del locador. Se destaca que sería el primer caso en que se aplicó el término “frustración del fin”. Puede advertirse que se relaciona la extinción con la finalidad del contrato. Véase FREITAS, Alejandro E., “La frustración del fin del contrato”, tesis, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2011.

(16) Véase —respecto a los antecedentes del derecho inglés y su análisis de nuestros juristas Videla Escalada y Ray—, el trabajo mencionado en nota 5. En cuanto a los antecedentes, REZZÓNICO, Luis María, *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1954, ps. 14 y ss. y 57 y ss. Citaré luego otros trabajos posteriores.

(17) ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968; LARENZ, Karl, “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”, p. 147, trad. Carlos FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1956, alude a la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato.

(18) En nuestra doctrina, entre otros, podemos citar a LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “Frus-

Siendo así, marcando las diferencias de conceptualización, desde el punto de vista de la legislación, doctrina y jurisprudencia argentinas —y de otros países, latinoamericanos y europeos— se advirtió sobre casos de frustración del contrato que no se sustentan en la finalidad sino en otros elementos de ese acto jurídico, particularmente el objeto o la prestación, separándose así de la finalidad, de la causa-fin, ya mayoritariamente aceptada como un elemento diferente al objeto en el ámbito de los contratos.

Del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield, actual por ahora, podemos entre varios artículos rescatar, como ejemplos y entre otros, casos que se pueden invocar, y se invocan, como “frustración del contrato”: el fallecimiento de quien debía efectuar una obra y que había sido contratado por sus condiciones, situación ubicable en el art. 626 (19); la destrucción de la cosa arrendada en la locación de cosas, art. 1521 (20), imposibilidad del vendedor de entregar una cosa cierta comprometida en una venta, art. 1413 (21), etc.

tración, nulidad e inoponibilidad de los actos jurídicos”, Buenos Aires, LL 1987-D-1154, que conceptuaba así a la frustración: “El supuesto en el que por causas ajenas a la voluntad de las partes, no se obtiene o se pierde la obtención del efecto inmediato tenido en mira para la celebración del acto. Es decir, aquellos casos, en los que se frustra por una circunstancia ajena al deseo de los otorgantes la producción del efecto deseado en forma directa e inmediata. Esa frustración del efecto puede operar retroactivamente o no, en forma total o relativa, es decir, erga omnes, o respecto de personas determinadas”. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La frustración del contrato*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1991, p. 67 ss., señala que “para algunos juristas, con el vocablo se alude a una teoría originada en el Derecho anglosajón, específicamente en el Derecho inglés, cuyo antecedente remoto estaba confinado a la finalización de los contratos marítimos por la ‘frustración de la aventura’; para nosotros, la frustración del contrato es una teoría receptada por los ordenamientos jurídicos de base romanizada, incluidos los latinoamericanos, entre ellos el argentino, para aludir a la finalidad malograda, a las expectativas fracasadas, en orden a la base subjetiva u objetiva del negocio”. Creo conveniente diferenciar bien la frustración del contrato del caso específico de la frustración del fin del contrato, que es la que contemplo en este trabajo. El requisito de la causa-fin frustrada es la pauta de este singular modo extintivo. Puede verse el análisis del caso en FREYTES, op. cit., p. 115 ss.

(19) Art. 626 Cód. Civil argentino: “El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales”. Se invoca como ejemplo, habitualmente, entre otros, el caso del artista plástico para pintar un cuadro.

(20) Art. 1521 Cód. Civ. argentino: “Si durante el contrato la cosa arrendada fuera destruida en su totalidad por caso fortuito, el contrato queda rescindido. Si lo fuere sólo en parte, puede el locatario pedir la disminución del precio, o la rescisión del contrato, según fuese la importancia de la parte destruida. Si la cosa estuviere solamente deteriorada, el contrato subsistirá, pero el locador está obligado a reparar el deterioro, hasta poner la cosa en buen estado”.

(21) Este caso, los anteriores y otros, son citados por MORELLO, Augusto M., “Ineficacia y frustración del contrato”, Abeledo-Perrot, 1975, p. 96 ss.

El análisis de la frustración del fin permitirá marcar que esos casos no ingresan en esta causal específica, aunque sí en otras que se consideran que *frustran* el contrato pero que habitualmente se ubican en otros institutos: imposibilidad, caso fortuito o fuerza mayor, por ejemplo. Se los considera como medios extintivos y se denominan habitualmente de esa manera, no como *frustración*.

VI.2. Concepto y requisitos de la "frustración del fin del contrato"

La frustración del fin del contrato, en concepto descriptivo, tiene lugar, en mi opinión, cuando en un contrato bilateral válido, de ejecución diferida o continuada (en alguna de las modalidades de esta clasificación), la finalidad relevante —razón de ser— y conocida, aceptada expresa o tácitamente por las partes, no puede lograrse —se ve frustrada— por razones sobrevinientes ajenas —externas— a su voluntad y sin que medie culpa. (22)

En mi opinión, son sus requisitos o presupuestos de funcionamiento que resultan del concepto:

a. Contrato válido: si tuviera un vicio sería invalidante, nulo en su génesis, no en su etapa funcional en la que se ubica la frustración.

b. Bilateral, lo que implica reciprocidad y equilibrio entre las prestaciones y también onerosidad.

(22) GASTALDI, Contratos I, cit. cap. X, p. 225. A veces se la ha definido en forma más amplia, más descriptiva, comprensiva de una suerte de explicación de su contenido o de aspectos fácticos. Así se ha dicho: "La frustración del fin del contrato es un supuesto específico de ineficacia producido a consecuencia de la variación de las circunstancias objetivas presupuestas por las partes al celebrar un contrato válido, que impide la realización del propósito práctico, básico o elemental que el acreedor aplicará a la prestación prometida por el deudor, si ese propósito es también aceptado o presupuesto por éste, provocando que aquél pierda interés en el cumplimiento del contrato al quedar desprovisto de su sentido originario" (FREYTES, op. cit., p. 232). También vale señalar un extenso escrito sobre la "Frustración del Contrato en Derecho Hondureño", que era del conocido Dr. Laureano F. GUTIÉRREZ FALLA, a quien conocí y tuve la oportunidad de analizarlo cuando dicté parte de un curso en Honduras, durante varios días, curso que realizó la UBA en 1986; fue este su concepto: "El principio de la frustración del fin del contrato consiste en facultar a una de las partes a resolver el contrato en aquellos casos en que, por acontecimientos sobrevinidos, la prestación objeto del mismo haya perdido su utilidad, haya salido fuera del campo del interés jurídico del acreedor, haciendo perder al contrato su sentido o razón de ser (tomado de ESPERT SANZ, Vicente, La frustración del fin del contrato, Tecnos, Madrid, 1968, p. 76); o sea, aquellos casos en que el fin contractual objetivo, expresado en el contrato, se ha transformado en definitivamente irrealizable, sin que por ello la prestación del deudor haya llegado a ser imposible (tomado de LARENZ, Karl, Derecho de las Obligaciones, t. I, traducción española, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 318). Como se advierte, la frustración del fin no es un tema reciente.

c. De ejecución diferida o continuada, o sea, no de ejecución instantánea, en tanto la alteración de la finalidad debe aparecer en la etapa de cumplimiento o funcional. Conforme las variables modalidades que sostiene la doctrina respecto de la ejecución *diferida* y de la *continuada*, existen supuestos en que resulta dudosa su clasificación. Aspecto que surge de esta causal extintiva.

d. Acontecimiento sobreviniente y ajeno a la voluntad de las partes. Resulta similar en este aspecto a los que como *extraordinarios e imprevisibles* menciona el art. 1198 del Código Civil argentino (y el art. 1191 del Código aprobado y con vigencia a partir de agosto 2015), o sea, ausencia de culpa —se agrega que no haya sido generada en mora—. El hecho que lo motiva debe aparecer posteriormente a la celebración del contrato y ocurrir fuera de la voluntad de las partes, pues de no ser así la situación se enmarcaría en otros institutos que producirían la extinción pero mediante culpa. Cabe señalar que el artículo proyectado lo establece expresamente.

e. El acontecimiento de aquellas características que mencionamos deja de ser causal de extinción en el caso de que se trate de un riesgo que se asumió por la parte que pretende ampararse en la causal en análisis (cabe aplicar en tal caso, asimilando a la fuerza mayor, lo que dispone el art. 889 del Código Civil argentino, parte pertinente: *Si la prestación se hace imposible por culpa del deudor, o si éste se hubiese hecho responsable de los casos fortuitos o de fuerza mayor... la obligación primitiva se convierte en la de pagar daños e intereses.*

f. Frustración de una finalidad relevante y conocida, aceptada expresa o tácitamente. Acá aparece claramente la vinculación con la causa —en el sentido de finalidad—. Para determinar la existencia de este requisito será necesario efectuar una investigación no sólo del contrato sino de las circunstancias que rodearon el mismo en su génesis y en su funcionamiento. Ello es así por cuanto el fin relevante —razón de ser o motivo determinante (23)— no siempre aparece con claridad, en forma expresa —como sería si los contratantes lo han especificado—, sino que resultará incluido tácitamente, conforme la actitud de las partes y las circunstancias en que se concretó el acuerdo así como el conjunto de sus disposiciones.

g. Se dice también que la frustración debe ser definitiva, porque si es temporaria no cabe incluirla en la resolución. (24)

(23) En otras palabras se ha dicho —LORENZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Parte General, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 530— que "el elemento afectado es la causa-fin, entendida como el motivo concreto que se persigue mediante la obtención del contrato, conocido por ambas partes". Aclaro que considero que debe ser "conocido" en el sentido de que, aunque no esté expresado, resulte claramente de las circunstancias del caso.

(24) Op. cit. en nota anterior, p. 533. En la práctica, si hay suspensión no hay frustración, la temporal no la configura, a punto que no hay extinción.

Reitero, calificada y sustentada en los aspectos que la configuran, la frustración del fin se considera, en opinión que aparece como mayoritaria, diferente a otros institutos que se encuentran más frecuentemente legislados en los sistemas jurídicos en general, como la imposibilidad de pago, la imprevisión, el caso fortuito y la fuerza mayor o, simplemente, la causa-fin, por lo cual su análisis y encuadramiento parecería inútil pues se superpondría con esos otros institutos que en su aplicación se asemejan. (25)

Pienso que no es así y las comparaciones y diferencias entre ellos, que más adelante efectuaré, llevarán a la conclusión que la frustración del fin es una causal extintiva diferente.

Volviendo a la causal en análisis ejemplificaré con un caso emblemático, que se cita como antecedente, originado en la jurisprudencia inglesa. (26) Se trataba de la coronación del rey Eduardo VII, episodio de gran trascendencia en especial por el largo reinado de su madre la reina Victoria —1837/1901—, lo cual preveía un espectáculo destacado por el desfile del rey. Pero éste enferma y se cancela el evento.

El contrato en que se acepta la teoría de la frustración (27) se produce entre una parte que alquila su balcón ubicado sobre el lugar del desfile y

(25) Así lo sostienen, en opinión que no comparto, RAY, *Frustración del contrato*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 83 ss.; del mismo autor *La frustración del contrato*, comunicación ya citada, efectuada a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 27 de septiembre de 1984, *Anales XXIX*, nro. 22; también, RIVERA, Julio C., "La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión", ED 179-61 y ss., Argentina.

(26) Se trata de los llamados los Casos de la Coronación —Inglaterra—, resueltos en 1903, y me detendré en uno de los que se presentaron, por tratarse de aquel en que se puso en práctica la incipiente teoría de la frustración del fin (si bien tenía antecedentes más remotos, a partir de 1647). Recordemos en primer lugar que el principio básico del derecho contractual inglés era la estricta obligación de cumplir el compromiso asumido, sin que pudiera eximirse por un cambio de circunstancias, caso fortuito —*misfortune*— o fuerza mayor —*act of God or the King's enemies*—, si no hubiera un pacto expreso o la limitación de responsabilidad en el cumplimiento mediante una cláusula expresa de exoneración. La regla era entonces absoluta, a punto que obligaba a cumplir la obligación pactada aunque ésta se viera afectada por esas contingencias posteriores a la celebración del contrato y ajenas a su control.

(27) Digo así por cuanto existió otro caso, "Herne Bay Steamboat Co. c. Hutton", originado en la misma oportunidad, en el que se admitió la demanda de pago formulada por los armadores del buque que habían ofrecido un crucero para ver la revista de la flota inglesa, revista que no se realizó por el mismo motivo —desfile frustrado— pero sí el crucero, incluso con vista de la flota. Y un tercero, "Chandler c. Webster", también originado en el alquiler de una habitación para ver el desfile; fue la Corte de Apelación la que rechazó la demanda, no obstante la similitud con el caso "Krell c. Henry", fundamentándose en que el derecho del arrendador al pago total de la renta se había perfeccionado antes de la cancelación del desfile y que la frustración no anulaba el contrato sino que relevaba a las partes de sus compromisos posteriores.

la otra que lo contrata para ver el paso del rey —caso "Krell c. Henry"—; la finalidad aparecía nítida, el ver el desfile y no otra. Se había pagado una parte al contado; el resto sería días después, antes del desfile.

Fracasado éste y frente al reclamo del arrendador y la reconvencción del inquilino, el tribunal declaró que resultando frustrado el contrato ambas partes quedaban liberadas de sus futuras prestaciones. En otras palabras, el arrendador nada debió reintegrar y el arrendatario no debió abonar el saldo del alquiler pactado.

En la jurisprudencia inglesa existieron otros casos vinculados a conflictos bélicos, que se consideraron y se incluían en esta similar norma, durante las primeras y segundas Guerras Mundiales, etc.

Cabe señalar que la frustración del fin —o causa-fin— se aplica en muchas legislaciones comparadas. Ese interesante ver el *Contract Code* de Harvey Mc. Gregor y UNIDROIT, regla 6.2.1.; también el Proyecto de Código Europeo de Contratos.

Reitero y remarco lo ya antes referido al comienzo de la frustración en Argentina, es decir, las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1991, en la que participé presentando la teoría de la frustración, que ya he mencionado y analizado, teoría que fue aceptada por la mayoría. Luego de esas Jornadas se fueron incluyendo en proyectos de Código Civil que también ya he mencionado. Tema muy importante porque implicaba aceptar la frustración del fin sin que existiera una norma expresada en el Código Civil actual, no obstante lo cual fue tomada en diversos casos que he mencionado y amplió a continuación.

VI.3. *Jurisprudencia. Casos y doctrina*

Nuestra jurisprudencia no registraba gran cantidad de casos sobre "frustración del fin del contrato", aunque a lo largo de los años, a partir de que el tema comenzó a difundirse a través de doctrina y, particularmente, en encuentros en que se incorporó para su análisis, se comenzó a plantear en demandas de diverso tipo la posibilidad de su aplicación, generando sentencias y doctrinas contradictorias.

Mencionaré algunos fallos, con distintos contratos como base y circunstancias diferentes, que concluyeron en sentencias disímiles desde distintos puntos de vista.

Así, a modo de ejemplo, tomo un caso, que se complementa con otros que citaré (ver en las notas) —incluso algunos similares con resoluciones diferentes—.

Contrato de locación de un local en un *shopping center*. El locatario, al fracasar el emprendimiento y frente al pedido de desalojo por falta de pago, invoca la frustración del fin, con base en que la empresa no cumplió la obligación de coordinar los recursos para el buen funcionamiento del *shopping*. Diversos factores sobrevinientes, ajenos a las partes —ubicación del predio, apertura de otro centro comercial cercano, la economía en crisis y la disminución del público consumidor y por ello también las ventas—, llevaron a la frustración del fin del contrato celebrado, al no poder cumplirse con la finalidad y función del negocio previstas que, incluso, obligaron al cierre definitivo. Aunque ello no estaba incluido expresamente en el contrato, teniendo en cuenta que la actividad del locatario dependía de modo relevante del funcionamiento de todo el emprendimiento, se aceptó la defensa por frustración del fin. (28)

Otro caso se origina en un contrato de prestación del servicio de *lunch* para un casamiento, en el cual, con varios meses de anticipación, el padre de la novia contrató y pagó la totalidad del precio. Los novios decidieron no casarse con antelación a la fecha programada, período que fue el principal motivo de confrontación en el juicio que se inició. Quien había pedido el servicio inició juicio para que le fuera restituido lo pagado, mientras que el dueño del negocio cuestionó el reclamo y reconvino por daños y perjuicios por el desistimiento unilateral de la contraparte.

En primera instancia se tipificó el contrato como locación de obra que, aunque no se concretó, existía voluntad resolutoria de ambas partes y, con base en el art. 1638 del Código Civil (29), admitió la demanda. En segunda instancia se confirmó el fallo pero con argumento diferente, pues consideró que la verdadera causa de la resolución no fue de la libre voluntad de quien contrató el servicio —el padre—, sino el desistimiento de los novios, que implicaba un hecho ajeno a aquél, que lo hizo saber con antelación de 15

(28) CNCiv., sala H, "Carrefour Argentina c. Kids and Co.", LL 1995-C-18. Cabe señalar que parte de la doctrina argentina ha considerado que este caso de frustración del fin puede sustentarse, por tratarse de una locación, en el art. 1522 del Código Civil argentino de V.S. que prescribe: "Si por un caso fortuito o de fuerza mayor, el locatario es obligado a no usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio, por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Pero si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continuarán como antes". En esta línea puede verse APARICIO, Juan Manuel, *Contratos*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 368 y ss. Los casos mencionados pueden verse en FREYTAGS, op. cit., p. 136 ss.

(29) Art. 1638 del Código Civil argentino actual: "El dueño de la obra puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato. Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia".

días; consideró que tal situación privó de sentido, razón de ser y utilidad al contrato, y de causa a la retención del precio; la base objetiva del negocio era festejar las nupcias, lo cual sabía el locador, y se frustró por el desistimiento de terceros. Este fallo (30) generó posiciones encontradas; por mi parte no estoy de acuerdo (31), por cuanto si bien parecen dados los requisitos que componen la frustración del fin, la causa invocada —novios que desisten— no puede considerarse como un hecho ajeno, máxime que no se contrató bajo condición alguna, es decir, no hubo causal de exoneración sino una suerte de riesgo, una intención personal, que debe presumirse asumida. Si se acepta que el contrato es una locación de obra, tendría solución en aquel artículo del Código Civil que, por un lado, permite el desistimiento del contrato pero con la carga de abonar —en el caso, no recuperar— todo el precio, pero atempera la solución cuando tal carga implicaría una "notoria injusticia".

Otros diversos fallos, incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en situaciones muy disímiles llevadas a juicio con invocación de la teoría de la frustración del fin del contrato —o aún sin mencionarla— fueron resueltos mencionando dicha teoría, aceptándola o descartándola. *El análisis de unos cuantos fallos (32) me lleva a considerar que aquella teoría no se ha*

(30) Cámara 1ª en lo Civil y Comercial de la Plata, Sala Tercera, "Dominella c. Panadería y Confitería Argentina", 30/07/1987. No estoy de acuerdo con el fallo, aunque hay opiniones diferentes. Coincido con FREYTAGS, op. cit., p. 138. Véanse otros casos, en que se aceptó o no: CNCCom., sala D, "José Morandeira c. Nobleza Piccardo" —se rechazó—, La Ley, 24/10/2001, p. 8; CNCiv., sala F, "Turay c. Nahuel" —se aceptó, con la base de que el acreedor había perdido el interés en el cumplimiento—.

(31) En contra: STIGLITZ, Rubén, *Objeto, causa y frustración del contrato*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 22 y nota 51.

(32) Sólo la lectura detallada de las sentencias, en sus puntos principales, permite sacar conclusiones, pues los casos son muy diversos y los argumentos muy disímiles (resuelven con otras causales). Me atrevo a decir que en su mayoría la teoría ha sido mal o dudosamente aplicada, tanto para aceptarla como para rechazarla. Véanse otros casos, en que se aceptó o no, dudosamente: Cámara Nacional en lo Comercial, sala D, 22/05/2001, "José Morandeira c. Nobleza Piccardo" —se rechazó, con razón, pero el argumento no debió haber sido la "frustración"—, La Ley, 24/10/2001, p. 8; CNCivil, sala M, 19/09/1991, "Dunkelman de Malkenson c. Pujol", —se rechazó, con razón, pero aplicando indebidamente la "frustración", tratándose de un caso de "imposibilidad de cumplimiento—, LL 1992-E-118, con nota; CNCiv., sala F, 25/04/1996, "Turay c. Nahuel" —se aceptó, rechazándose la demanda, por aplicación de la frustración del fin, con la base de que el acreedor había perdido el interés en el cumplimiento, pero puede sostenerse que se aplicó mal porque la prestación se había vuelto imposible de cumplir y siendo así no se trataba de frustración, pues ésta supone que la obligación a cargo del deudor es posible, pero el fin no—, LL 1997-D-341, con nota que apoya el fallo; CNCiv., sala A, 27/03/1995, "Penta Cars c. Karatas" —se rechazó la aplicación de la frustración, argumento de primera instancia para admitir la demanda, y se revocó el fallo—, JA 1996-II-204; CPrimeraApelCivCom., La Plata, sala 3ª, 03/12/1996, "García Amigo c. Ledesma", inédito —se rechazó la demanda invocando la frustración del fin, lo cual resulta cuestionable porque el contrato de locación de cosas base del reclamo estaba

aplicado debidamente o se ha aplicado indebidamente, es decir, se extendió a casos que no cumplen los requisitos, o se omitió aplicarla en otros que sí los cumplían. Dicho en otras palabras, *la frustración del fin del contrato no se ha consolidado aún en el derecho argentino*, no se han establecido las pautas claramente, lo cual torna equívoca la teoría ante los casos en que se intenta o pretende aplicar. Ello se traslada a la doctrina, que analiza y expone y, fundamentalmente, a la Justicia, al Poder Judicial, que define los juicios a través de sus fallos; coincidirán o no con las sentencias, pero en el análisis y en la práctica deberá aplicar el art. 1090 del nuevo Código y elaborar un criterio definitivo o, de lo contrario, en caso de diferentes fallos, se recurrirá, según los casos que consideren, a los “plenarios”.

VII. Los diversos institutos que se relacionan con la frustración del fin del contrato

En tanto la frustración del fin en el nuevo Código y dado las posiciones encontradas, teniendo en cuenta los diversos institutos que se relacionan con el tema en análisis —imposibilidad de cumplimiento, frustración del fin y excesiva onerosidad sobreviniente (imprevisión), que se vinculan con la extinción de los contratos—, considero agregar algunos comentarios al respecto.

Como la imposibilidad y el caso fortuito —causales extintivas—, la frustración conlleva la extinción del contrato en el caso de que su finalidad —o al menos la de un contratante—, relevante y manifestada —o conocida y aceptada expresa o implícitamente— no pueda cumplirse.

extinguido al iniciarse el juicio—; CNCiv., sala M, 13/10/1997, “Alerse c. Carrefour” (similar situación al fallo comentado respecto a la empresa demandada) —se aplica la frustración del fin, correctamente, aunque la doctrina ha cuestionado respecto al resarcimiento—, LL 1998-E-565, con nota; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/03/2007, “Rinaldi c. Guzmán Toledo”, LL, suplemento especial del 21/03/2007. Se trataba de un caso de ejecución de un mutuo, involucrado en las leyes de pesificación —ley 25.561, sus complementarias, decretos, etc.—; el fallo fue por unanimidad pero con diferencia en los argumentos de los votos; en primera y segunda instancia se declaró la inconstitucionalidad de las citadas leyes y se aplicó el “esfuerzo compartido”. El Superior Tribunal declaró ineficaz la renuncia a la teoría de la imprevisión que se había pactado en el contrato, admitiendo el reajuste “de conformidad con la excesiva onerosidad sobreviniente, la frustración del fin del contrato y la afectación de derechos fundamentales” (voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni). Si bien se considera acertado el fallo, coincidimos con quienes entienden que se han citado como fundamentos tres institutos disímiles, lo cual lo sustentamos en las comparaciones que efectuamos en este trabajo. Para el análisis de los casos mencionados puede verse FREYTAGS, op. cit., ps. 136/181; también, APARICIO, op. cit., t. II, p. 367 y ss., GIANFELICE, Mario C., *La frustración del fin del contrato*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 165 ss.

Dentro de las causales genéricas de extinción de los contratos —rescisión, resolución, revocación—, la he ubicado como un supuesto de resolución, que aniquila el contrato, al desaparecer uno de sus elementos esenciales, cual es la causa-fin, en este caso en la acepción de finalidad concreta, razón de ser, motivo determinante. (33)

La norma proyectada —art. 1090, Código 2015— consideraba a la frustración extintiva como un supuesto de “rescisión”, pero ya he señalado que mediante la ley 26.994, el término fue remplazado por “resolución”.

Adhiero a ese cambio de la citada ley, porque siempre lo he expresado y lo reitero. Si bien lo admitía en opinión minoritaria, creo que ahora se aceptará el criterio por el cambio en el citado artículo. Es que la *rescisión* es un modo extintivo bilateral, un supuesto de distracto. En aquella línea defendí siempre mi postura de que la extinción por frustración del fin ingresaba en el supuesto de *resolución*. En este caso, cabe señalar nuevamente que ya el Proyecto del Poder Ejecutivo y el Federal, ambos de 1993, siguieron ese criterio —*resolución*—. Lo mismo ocurrió, antes de ellos, en las ya indicadas Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1991.

También se ha dicho, confirmando la *resolución* para el caso de la frustración: “La rescisión no puede ser un efecto automático de la pérdida del fin. Ni siquiera es suficiente, como prevé el art. 2012 del Proyecto, la comunicación del afectado a la contraparte, anoticiándolo sobre su desinterés en la prestación. Antes bien, se requiere de una petición judicial concreta articulada a través de una demanda o reconvencción, que permita un examen detenido de los múltiples y complejos aspectos de procedencia que la figura requiere”. (34)

Obviamente las partes, en base a su autonomía de la voluntad, podrán evitar la resolución, pero para ello prácticamente deberán modificar el fin y, con ello, estarán acordando un nuevo contrato. (35)

(33) Así se admitió y reitero en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, en la recomendación IV.1. de la Comisión 3: “La frustración del fin del contrato en tanto importa la desaparición de la causa, sirve de presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria”. Así lo he sostenido en esas Jornadas y en posteriores trabajos. Cabe señalar que, antes de dicha reunión, las IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, Pcia. de Buenos Aires, 1990, entre sus recomendaciones sobre el tema de la “Frustración del fin del contrato”, simplemente admitieron que “la frustración del fin del contrato, una vez configurados los supuestos de aplicación, constituye causal de extinción”, pero no establecieron cual.

(34) Véase FREYTAGS, Alejandro E., “La frustración del fin del contrato y el Proyecto de Código”, LL, 22/05/2013.

(35) Reitero este criterio que impuso la mayoría de la Comisión 3 de las XIII Jornadas

En principio, como efecto de la resolución, habrá que volver las cosas al estado inicial, es decir, que las prestaciones cumplidas serán repetibles, salvo las equivalentes en los contratos de ejecución continuada que, siendo divisibles, se podrán tener por firmes según las circunstancias.

VIII. La frustración del fin frente a otras causales extintivas

Me parece importante cotejar la frustración del fin con otros medios extintivos. Lo haré con la imposibilidad de cumplimiento, el caso fortuito y la excesiva onerosidad sobreviniente (imprevisión).

VIII.1. Frustración del fin e imposibilidad de cumplimiento

Es sutil establecer las diferencias entre frustración del fin e imposibilidad de cumplimiento.

En mi criterio, la primera y sustancial clave de las diferencias entre uno y otro instituto reside en que la *imposibilidad* —material y objetiva— se vincula con el objeto en sí del contrato —o, si se quiere, con la obligación en él originada—, mientras que en la frustración, si bien existe una suerte de imposibilidad de cumplir el contrato, la misma se relaciona no con el objeto sino con la finalidad o causa-fin. (36) Obviamente, parto de la base

Nacionales de Derecho Civil, 1991, cit.: "IV.3. No es factible la revisión del contrato pues al haber desaparecido los móviles (causa impulsora) que determinaron a una o a ambas partes a contratar, al acto le faltaría un elemento estructural, la causa, que es precisamente la que sirve de soporte a la prestación malograda". La minoría opinó por la posibilidad de revisión.

(36) BREBBIA, Roberto H., "La frustración del fin del contrato", § VI-3), LL 1991-B-876, dice con razón que los acontecimientos sobrevinientes que alteran la base del negocio deben incidir de forma tal que "la finalidad debe resultar inalcanzable, aun cuando la prestación sea posible, determinando la desaparición de la causa del acto jurídico". En mi posición, no única por cierto, siempre he sostenido que, para diferenciar el objeto de la causa-fin o finalidad, el criterio más simple y claro es considerar al primero como "los bienes o los hechos" —conf. art. 953 del Código Civil argentino, en relación a los actos jurídicos, que se puede aplicar en función del art. 1167, ubicado en los contratos, primera parte que remite a aquel artículo— y la causa-fin, resumidamente, como la "finalidad o razón de ser —o motivo determinante— del acto jurídico o del contrato, finalidad perseguida por los contratantes en conjunto o individualmente". Así me he pronunciado en GASTALDI, "El contrato de concesión privada —tesis del Doctorado—", Astrea, Buenos Aires, 1974; Introducción al estudio de los contratos comerciales, De Belgrano, Buenos Aires, 1981/1985/1991; Introducción al estudio del contrato, La Ley, 2003; Causa final (una aproximación al tema de la causa), publicado en Libro de Homenaje al Dr. Alberto J. Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2001; La causa "fin": actualidad y utilidad, LL, 2010; etc. Véase, para el análisis de la teoría de la causa, entre otros, en la doctrina argentina, VIDELA ESCALADA, Federico N., La causa final en el derecho civil, Abeledo-Perrot, 1968; GAGLIARDO, Mariano, La causa

—mayoritariamente admitida por la doctrina y jurisprudencia argentinas y reconocida expresamente en legislaciones extranjeras— que dentro de los elementos o componentes esenciales del contrato —también del acto jurídico— deben separarse el elemento objeto del elemento causa —en su acepción *fin* o *finalidad*—, en especial el motivo concreto del acto de que se trata. Nuevamente son los casos de la coronación que permiten arrojar luz para efectuar la comparación y establecer las diferencias.

En ese precedente, el objeto del contrato, en el sentido de la cosa y su uso —o, si se prefiere, la ejecución de la obligación—, no era imposible de cumplir; si se quiere, tampoco la finalidad *genérica* —que permite calificar un contrato dentro de un tipo o considerarlo atípico—. (37) El inmueble y sus ventanas o balcones y el uso de estos —objeto— eran posibles. Mas la finalidad como motivo concreto esencial era ver el desfile, para ello se había contratado y resultó frustrado ese fin, sin posibilidad de lograrlo.

Otro punto de diferenciación lo encontramos en los caracteres del contrato sujeto a imposibilidad o a frustración del fin.

La imposibilidad tanto puede darse en los contratos de ejecución instantánea o inmediata como en los de ejecución diferida o continuada o tracto sucesivo o *fluyentes*, mientras que la frustración no se aplica en aquellos —ejecución instantánea o inmediata— y, como ya señalé, conforme las diversas modalidades de los de ejecución diferida o continuada que plantea la doctrina, existen supuestos en que resulta dudosa la clasificación de la frustración dentro de alguna de ellas.

No obstante las diferencias entre imposibilidad y frustración del fin, no puedo dejar de considerar que en algún caso la confusión se pueda producir, o bien el supuesto se resuelve aplicando una u otra teoría correctora, pero erróneamente a mi juicio. (38)

En tal sentido, se puede citar el inc. 3º del art. 1604 del Código Civil argentino —conclusión de la locación por pérdida de la cosa arrendada—.

Jurídica, Abeledo-Perrot, 2009. Esta posición que asumí fue reflejada, en forma expresa o tácita, en proyectos de reforma y/o de unificación de los Códigos Civil y de Comercio —véase desde el Anteproyecto de Babiloni, 1926, el Proyecto del Ejecutivo de 1992/3, el Proyecto Federal de 1993, el Proyecto de 1998—.

(37) Recordemos que fue CAPITANT, H., De la cause de obligations, París, 1923, quien señaló que todos los contratos de la misma naturaleza tienen una misma causa-fin genérica, que se repite en ellos invariablemente y que sirve para calificar un acto, para tipificar un contrato. También, por oposición, para detectar un contrato atípico.

(38) Véase al respecto los fallos de la justicia argentina que he analizado desde el punto de vista de la frustración de la causa.

Cierta vinculación con esta norma la encontramos en el art. 1203 del nuevo Código—. (39) Pero aun así se puede encontrar la diferencia; basta con volver a la distinción entre la materia —objeto— y el fin —volitivo—. Si se establece de este modo, al menos en mi opinión, no única por cierto, la norma citada no sería un caso de *frustración del fin* sino de imposibilidad.

De cualquier manera, tanto la frustración del fin como la imposibilidad son, según vimos, causales de extinción de las obligaciones o del contrato, pero con algunas diferencias respecto a la aplicación y consecuencias, pues cada una de ellas presenta ciertas características propias.

Desde un punto de vista práctico se pueden considerar como de efectos similares, en tanto ambas extinguen la relación obligacional, pero existen situaciones diversas respecto a la responsabilidad de las partes, por ejemplo las que consagran los arts. 889 y ss. del Código Civil argentino. (40) En el nuevo Código podemos citar el art. 955 que se refiere a la imposibilidad de cumplimiento. (41)

VIII.2. La frustración del fin y el caso fortuito

Resulta quizá más difícil o complicada la distinción entre el caso fortuito o fuerza mayor y la frustración del fin. Pero habré de llegar a la conclusión de que son dos causales que se pueden y se deben diferenciar entre sí.

En cambio, la imposibilidad tiene una estrecha vinculación con el caso fortuito, a punto que suelen asimilarse.

(39) Art. 1604 Cód. Civil vigente: "La locación concluye:... 3° Por la pérdida de la cosa arrendada". Art. 1203 del nuevo Código: "Frustración del uso o goce de la cosa. Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o esta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes".

(40) Me refiero a las causales de excepción de responsabilidad en el supuesto de imposibilidad de cumplimiento, que no encuentran similares en la frustración del fin: art. 889 Código Civil argentino: culpa del deudor, asunción por éste del caso fortuito o fuerza mayor, su mora, supuestos en los cuales debe abonar daños e intereses; art. 890: pérdida de la cosa cierta —destruida o colocada fuera de comercio o desaparecida (art. 891)—, que sólo obliga a reparar en los supuestos del art. 889; demostración de que hubiera perecido igualmente en poder del acreedor (art. 892); cosas inciertas no fungibles determinadas por su especie, no hay imposibilidad y la obligación se resolverá en el pago de daños e intereses (art. 894).

(41) Art. 955: "Definición. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados".

En cuanto a la diferencia entre la frustración del fin y el caso fortuito, vuelven a ser de utilidad los casos de la coronación, dado que éstos y muchos otros supuestos o antecedentes de frustración parecerían entrar en aquellos conceptos de caso fortuito o fuerza mayor, o en alguno de ellos. La respuesta correcta surgirá al analizar y determinar, detenidamente, qué es lo que se "frustra" en uno y en los otros casos a comparar. El análisis que me propongo en este punto resultará similar al realizado respecto a la imposibilidad, en tanto ésta y el caso fortuito o fuerza mayor se asemejan, si partimos de la base que una u otros configuran "obstáculos insuperables". (42)

En el "caso fortuito" —también en la "fuerza mayor"— se trata del incumplimiento de la obligación asumida —al igual que en la "imposibilidad"—, incumplimiento originado en esas causales, en la medida que no sea un supuesto justificable.

En la "frustración", en definitiva, la obligación en sí se puede cumplir —en aquel caso de la "Coronación" el uso del balcón estaba disponible—, pero es el fin el que no puede cumplirse y entonces el acto deviene sin sentido, inútil. En efecto, digo una vez más, el balcón estaba disponible, se podía hacer uso de él, pero la finalidad por la cual se contrató no era posible de cumplir. No se impide materialmente el cumplimiento por el deudor —como ocurre en el caso fortuito o fuerza mayor— pero sí el cumplimiento de la finalidad. Frustrándose la causa-fin, elemento esencial del contrato, éste no se puede cumplir, el acreedor pierde su interés, aunque la ejecución de la obligación en sí fuera posible.

Si enmarcamos el cumplimiento de la obligación dentro de la calificación "genérica" de la causa, la distinción subsiste, pues no se cumpliría la denominada causa "individual".

En cuanto a los efectos, cabe diferenciar: 1) el fin frustrado no puede reponerse, el contrato queda extinguido, salvo la revisión por las partes y su modificación de común acuerdo —en realidad, un nuevo acto—; 2) no se trata de un incumplimiento sino de desaparición del motivo determinante; 3) el caso fortuito o fuerza mayor exime de cumplimiento aunque pueda considerarse el supuesto de incumplimiento "transitorio", conforme las circunstancias; 4) la frustración no implica exoneración de responsabilidad por incumplimiento, pues éste no se da, sino que se extingue el contrato por no concretarse la finalidad perseguida.

(42) Así los califica LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. I, Perrot, Buenos Aires, 1961, nro. 195, p. 286.

VIII.3. *La frustración del fin y la excesiva onerosidad (imprevisión)*

En alguna opinión, que no comparto, se ha querido ver en la frustración del fin una aplicación de la teoría de la imprevisión, partiendo del argumento de que ambas exigen la alteración de la base objetiva del negocio por circunstancias sobrevinientes ajenas a las partes y también consideradas como "extraordinarias" e "imprevisibles".

Una sola precisión es suficiente, a mi criterio, no único por cierto, para distinguir ambos institutos. En el caso de imprevisión se mantiene la posibilidad de cumplir, aunque el incumplimiento resultare más gravoso, aún muy gravoso. De allí que se identifica esta teoría de la imprevisión con la expresión "excesiva onerosidad sobreviniente".

Por el contrario, cuando el contrato celebrado ve frustrada su finalidad ella no puede ser cumplida y de tal modo el acreedor no tiene ya interés en el negocio, al desaparecer su finalidad.

Desde otra perspectiva, la imprevisión altera el equilibrio económico del negocio, la frustración del fin —no del objeto— hace perder "interés" al acreedor.

Tomando nuevamente el referido al alquiler del balcón, este ejemplo de frustración se separa claramente de la imprevisión.

No se trataba de agravar la prestación, no se solucionaba la situación con un reajuste, ni aún con un mayor o menor precio; el "incumplimiento" no podía ser compensando de esa manera, nada evitaría la frustración originada en la enfermedad del rey, que implicaba el cumplimiento de la finalidad esperada.

Cabe también diferenciar ambas situaciones desde otro aspecto, cual es si la parte perjudicada, en uno u otro caso, tiene o no acción para pedir la readecuación del contrato.

En el caso de la imprevisión se admite el reajuste; no ocurre así en la frustración. En este supuesto no consideramos posible la "readecuación" o "reajuste" por cuanto, en definitiva, ello implicaría el cambio del fin, pues éste resultó frustrado.

Las circunstancias que frustran el fin del contrato no pueden ser repuestas —ni aún por vía judicial— pues no se trata de buscar equilibrio en las prestaciones, en tanto lo que se afecta es la finalidad prevista que se

vuelve imposible de cumplir. Al margen, cambiaría un elemento esencial determinado por las partes.

Claro está que las propias partes en conjunto, con base en la autonomía de la voluntad, podrían evitar la resolución, si bien para ello deberán modificar el fin, con lo cual, en definitiva, tendrían que realizar un nuevo contrato, pues deberían introducir un elemento esencial diferente.

Es por eso que la teoría de la frustración del fin no prevé ni autoriza la acción de readecuación del contrato —sólo es posible celebrar otro, por cambio de un elemento esencial—, pues el fin previsto es de tal relevancia que no cabe su reemplazo. Desaparece así el elemento esencial causa —en el sentido de finalidad—, con lo cual corresponde la extinción del acto por no cumplirse el fin perseguido, ingresando en la causal de resolución que se ejerce mediante la acción resolutoria.

Distintos son los efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Es que en la imprevisión no hay frustración sino agravación de las prestaciones para una de las partes, que es la que podrá ejercer la acción por la excesiva onerosidad sobreviniente que la perjudica.

En otras palabras, la prestación podría —objetivamente— cumplirse, pero de forma tal que se hace muy gravosa para una de las partes, desequilibrando el contrato, alterando sus bases económicas, lo cual permitiría la resolución.

Pero en este caso se da un recurso —que lo distancia del supuesto de frustración y que he contemplado—, consistente en la posibilidad de ofrecer un reajuste ante el pedido de resolución del perjudicado o aún, en otra interpretación —de ninguna manera pacífica— solicitando la parte que sufre el agravamiento tal reajuste directamente en la demanda que la ley le permite plantear.

En síntesis, reitero que la imprevisión admite la posibilidad de la readecuación del contrato que, por lo demás, será definida por la justicia —salvo pacto de las partes— la que tiene facultades, de acuerdo a las circunstancias, de salvar el acto mediante la modificación de la ecuación económica, restableciendo el equilibrio de las prestaciones. Así lo hemos visto en la jurisprudencia argentina en situaciones diversas que he ya mencionado —hiperinflación, devaluación severa, "pesificación"—. La readecuación está prevista en el art. 1091 del nuevo Código, referido a la imprevisión. (43)

(43) Art. 1091: "Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobre-

IX. Requisitos de aplicación de la teoría de la frustración del fin del contrato (44)

Sintetizo parte de lo cual ya incluí y/o analicé precedentemente:

1. Que el contrato sea bilateral, oneroso y conmutativo.
2. Que sea aplicable a los contratos conexos.
3. Que la frustración sea definitiva y no temporal.
4. Que la causa tenga una causa-fin.
5. Que la causa se haya incorporado al contrato.
6. Que sea de cumplimiento diferido y no impida el cumplimiento.
7. Que se frustre el fin y la frustración se origine en hecho ajeno a las partes.

X. Conclusión: análisis de la norma en cuestión. Mi opinión (45)

X.1. He anticipado mi opinión referida a la conveniencia de la introducción en nuestra legislación de la causal extintiva denominada frustración del fin. Ello no implica, por cierto, aceptar el criterio de reemplazar totalmente nuestros Códigos Civil y Comercial, aunque sí admito la unificación de los mismos. Lo he expresado desde siempre frente a los diversos proyectos propuestos que, hasta ahora, como bien sabemos, no habían sido aprobados.

Respecto al Código Civil y Comercial, proyectado en 2012, ya aprobado y que se ha establecido la fecha de inicio —agosto 2015—, en las condiciones y

venida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia." Adviértase que también en este artículo se reemplazó "rescisión" por "resolución", término y concepto que al igual que el art. 1090 acepto conforme mi criterio.

(44) Estos requisitos tienen como base lo publicado en el Código Civil y Comercial 2015, de RIVERA-MEDINA, y es en el art. 1090 que LEYVA FERNÁNDEZ, Luis analiza la frustración. Al margen, lo expuesto y/o publicado por mí, en varias exposiciones y en publicaciones que me solicitaron y fueron presentadas —véase particularmente Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y en presentación que realicé a pedido de la UBA y que está entregada para su publicación—.

(45) Analizada y sustentada en varias opiniones que mencionaré.

época que se ha definido no puede suponerse que sea vetado, como ocurrió en el Proyecto 1987. A lo largo de este escrito, fueron varios los antecedentes que mencioné, particularmente los referidos a los diversos proyectos anteriores al nuevo Código y que introdujeron la "frustración del fin del contrato".

Agrego este breve comentario final:

El Proyecto de "Reformas al Código Civil", realizado a pedido del Ministerio de Justicia de la Nación y elevado en marzo de 1993, proponía el art. 943 en estos términos: *La frustración del fin del contrato facultará a la parte perjudicada a resolverlo. Ello acaecerá cuando por un acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes, no provocando por alguna de ellas y no derivado del riesgo que la parte que la invoca haya tomado a su cargo, se impidiere la satisfacción de la finalidad del contrato que hubiese integrado la declaración de voluntad. Las prestaciones realizadas por cada una de las partes que hubiesen sido cumplidas y fuesen equivalentes, quedarán firmes. No habrá indemnización de daños.*

Se advierte en esta norma y en la nota al pie, que el elemento de la frustración se configura como *resolución* —no como *rescisión*—, lo cual confirma mi opinión que incluí en el Proyecto de las Jornadas de 1991, que optaron por la *resolución*.

Una vez más señalo que en el nuevo Código, mediante la ley 26.994, ya analizada, en el art. 1090 se modificó *rescisión* por *resolución*.

Veamos ahora el análisis de dicho artículo. Cuestionaré en parte, con apoyo de otras opiniones, por cierto no únicas, el contenido de la mencionada norma, haciendo especial hincapié en la *resolución*. Es que, en realidad, el nuevo Código no fue, como otras veces, puesto en difusión por un tiempo necesario para que todos los juristas del país pudieran evaluar los cambios del proyecto. Lejos de ello, éste se aprobó por mayoría en el Congreso de la Nación y limitó el tiempo de ponerlo en funcionamiento; se esperaba a fines de 2015 y se definió para agosto de este año. Adhiero a todos aquellos que en reuniones, exposiciones o escritos publicados, cuestionaban las normas para ser tenidos en cuenta y exigiendo mayores tiempos. Es lo habitual cuando se trata de un Código totalmente modificado.

Dentro de ese marco considero de mucho interés lo expuesto por Alejandro E. Freytes, autor del libro que he mencionado y del cual tomé datos importantes, como también una publicación en *La Ley*, en que cuestionaba el Código Civil en proyecto. (46)

(46) Véase FREYTES, "La frustración del fin del contrato y el Proyecto de Código", LL, ejemplar del 22/05/2013.

X.2. En una síntesis expongo algunas opiniones que considero destacables:

a) Una obra tan importante para nuestro país, para los juristas —jueces, abogados, etc.— así como las personas que viven en la Argentina o vienen a ella, con alcance a otros países y de evidentes largas normas, muchas de ellas nuevas o modificadas en el nuevo Código merecían y merecen un mayor tiempo para analizar, escribir y, sobre todo, ponerlas en funcionamiento.

b) Se destruye gran parte del Código Civil de Vélez Sarsfield, con sus agregados posteriores, como también se involucra el Código de Comercio y, como consecuencia, modificaciones importantes que, en muchos casos, eliminan totalmente o gran parte de doctrina y jurisprudencia de largo arraigo, más aún en breve tiempo. ¿Qué plazo será necesario para conocer a fondo el nuevo Código y su aplicación? Mucho más para quienes son simplemente ciudadanos, no juristas o pocos conocedores de las leyes.

c) Países de muchos años, más que la Argentina, poco han modificado sus Códigos, sobre todo si se trata de cambios profundos. Y los cambios o sustituciones llevaron largos tiempos.

d) El Proyecto de Unificación a la Legislación Civil y Comercial de 1987 fue aceptado, pero posteriormente se vetó totalmente en 1991. Los presidentes habían cambiado luego de ese largo plazo; el segundo de ellos, luego de analizar, decidió el veto total. (47) No creo que ello ocurra ahora.

e) La aplicación del nuevo Código, el tiempo y, fundamentalmente, el análisis y aplicación en la práctica de los casos que ocurrirán, esperamos se consolide, se acepte y se interprete debidamente, de modo que todos los ciudadanos conozcan de “que se trata” cada artículo.

Cierro este escrito, dejando el futuro para evaluar el nuevo Código una vez que se ponga en funcionamiento. Agregó al pie los datos de algunos otros que publiqué, o expuse, antes de los cambios de la ley 26.994. (48)

(47) DAMIÁNOVICH, Adalberto, “La frustración del fin del contrato en la proyectada reforma del derecho privado”, Zeus, Rosario, t. 46-D, enero/abril de 1988, p. 28 y ss., GASTALDI, “El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial. Generalidades. Su incidencia en la doctrina general de los contratos”, ED 125-811.

(48) Frustración del fin del contrato en el Proyecto de Contrato, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, La Ley, Edición Especial “Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, octubre de 2012, ps. 208/221; “La frustración del fin del contrato en el nuevo Código”, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, noviembre 2014; Dentro de las Exposiciones expuse “Frustración del fin del contrato”, que realicé el 28/08/2014, en Mar del Plata, invitado para el Seminario sobre “Cuestiones Modernas de la Litigación (Organiza AIEJ —Academia de Intercambio y Estudios Judiciales—)” con la presencia de jueces y juristas de EE.UU. y de la Argentina.

CONTRATOS POR ADHESIÓN A CLÁUSULAS PREDISPUESTAS. CONTRATOS DE CONSUMO. CLÁUSULAS ABUSIVAS

POR RUBÉN S. STIGLITZ

I. Nociones generales. Noción. Caracteres

El contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de modo que si la otra decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido.

Lo expuesto constituye una restricción al principio de libertad de contratación, en perjuicio de quien contrata con una empresa creadora del texto contractual.

De ello se deduce que la contratación predispuesta porta los siguientes caracteres: unilateralidad, rigidez, poder de negociación a favor del predisponente y el riesgo de aprovecharse de tal circunstancia para consolidarlo a través de cláusulas inequitativas contrarias al adherente.

La ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo, que caracteriza a la contratación discrecional y que se desenvuelve desde la etapa de tratativas, queda sustituida por un simple acto de adhesión a un esquema predeterminado unilateralmente.

II. Caracteres (continuación). Unilateralidad y rigidez

Tal vez la unilateralidad sea uno de sus rasgos más característicos. La configuración interna del contrato viene modelada sólo por una de las partes, precisamente identificada como el *predisponente*, lo que significa que el adherente no participa en la redacción ni influye en su contenido.

Otro elemento caracterizante del contrato por adhesión lo constituye la rigidez del esquema predeterminado por el empresario.

Ello significa que su contraparte carece del poder de negociación consistente en contar con la posibilidad de discutir o en intentar influir en la redacción del contrato o tan siquiera de una cláusula.

El tramo íntegro de las tratativas precontractuales en punto al contenido de las condiciones generales se halla suprimido.

III. Caracteres (continuación). Poder de negociación

La predisposición contractual es inherente al poder de negociación que concentra el "profesional" y que generalmente (no siempre) coincide con la disparidad de fuerzas económicas.

La desigualdad económica no parece ser una característica que atrape todos los supuestos, pues quien ostenta poder económico también formaliza contratos por adhesión en calidad de adherente. De allí que aparezca como más convincente distinguir a las partes según el poder de negociación de que dispongan. Predisponer un contrato presupone poder de negociación y ello sólo lo ejerce el profesional. Adherir a un contrato presupone que se carece de dicho poder. Y esa carencia se sitúa en cabeza del adherente/consumidor o usuario.

IV. Estado de vulnerabilidad del adherente. Consecuencias

La alternativa de que dispone el adherente consiste en no contratar, hipótesis excepcional, pues habitualmente se halla en estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita del bien o servicio que presta el predisponente, preferentemente en ocasión del ejercicio de un monopolio de hecho o de derecho o, en su defecto, contratar, en cuyo caso debe adherir en bloque contenido redactado por el profesional.

Lo expresado de ninguna manera significa que un contrato por adhesión deja de serlo si el adherente tuvo la posibilidad de contratar con otro "que no le impusiera la reducción de responsabilidad".

En primer lugar, porque no hace a la esencia del contrato por adhesión que el predisponente sea titular de un monopolio.

En segundo lugar, porque esa línea de reflexión sustrae al adherente la escasa libertad de que dispone, la de contratar con quien quiere.

Lo hasta aquí expresado supone, como consecuencia, la existencia de un riesgo, que consiste en que, quien detenta el poder de negociación, apro-

veche tal condición para reafirmarlo a través de cláusulas que, integrando la configuración interna (contenido) del contrato, apuntalen la posición dominante de que disfruta el profesional.

Contemporáneamente acontece que la contratación pone de relieve, de más en más, el sentimiento de los particulares de su vulnerabilidad que hace que, en ocasiones, los empresarios se sirvan de las condiciones generales para desplazar ilegítimamente todo el riesgo sobre el adherente, "obteniendo resultados que nunca alcanzarían a través de una libre discusión con el cliente".

V. Estado de vulnerabilidad del adherente (continuación). Consecuencias (continuación). El abuso en la predisposición contractual

Lo que queremos decir es que si el contrato por adhesión presupone *desigualdad formal*, destrucción de la relación de paridad, el abuso contractual lo acentúa.

Ello significa que las técnicas contractuales predisuestas son (o pueden llegar a ser) constitutivamente desequilibrantes.

En ese caso, la injusticia es inherente a las mismas. Su procedencia es *ingénita* (proviene de adentro del contrato).

Y si el desequilibrio es connatural a las formulaciones a tipos uniformes o constantes, los controles (cualquiera de ellos), programados para bloquear el abuso o el desequilibrio, deben ser suministrados desde afuera del contrato.

Y su propósito debe conducir a restablecer (garantizar) la justicia contractual, o sea, un justo equilibrio de los intereses en disputa.

No se nos oculta que ni siquiera en los dominios de la contratación discrecional es posible aludir a una autodeterminación sin límites, entendida aquélla como el poder jurídico de que dispone cada parte para autorregular sus intereses según su voluntad. Esa inteligencia cede al tiempo que comprendamos que siendo el contrato un negocio jurídico bilateral, donde constitutivamente participa otro, la resultancia, ineludiblemente, será una declaración de voluntad común, lo que presupone que cada quien porta una voluntad, simultáneamente auto y heterodeterminada. Ello significa que en la contratación paritaria, las ventajas excesivas a las que aspira una parte son controladas (desde adentro) por la contraparte. Si la correspondencia de la ventaja que pretende el primero importa un sacrificio que el

segundo lo estima justificado, lo acepta. Caso contrario, si lo considera injusto o excesivo, lo rechaza. Lo expuesto presupone la existencia de controles recíprocos (situados predominante en etapa formativa del contrato y excepcionalmente en etapa de ejecución, cuando se intenta revisarlo) hasta alcanzar un programa de ventajas y desventajas acordadas. Pareciera ser, entonces, que la primera garantía de justicia objetiva del contrato la suministran las partes. Pues bien, ello no es factible en el contrato por adhesión, donde al quedar (por esencia) suprimida la negociación, queda eliminado el control interno.

VI. Control exógeno sobre las condiciones generales

Aparece entonces el orden jurídico y el poder de los jueces como el único y último refugio. El primero, a través de una dilatación del derecho necesario, que se traduce en límites inherentes al contenido predispuesto mediante la consagración de normas imperativas y semi imperativas.

El segundo, acudiendo a una interpretación del contrato que no desatienda ni se aparte de las directivas esenciales (principios fundamentales) que gobiernan el derecho dispositivo, reformulando su función, no reparando en él como una mera muletilla, operativa sólo para el caso de ausencia de reglas de autonomía, como un derecho subsidiario.

Las normas dispositivas expresan un juicio de valor, pues aseguran una equilibrada composición de los intereses enfrentados, ya que cumplen un rol ordenador en consideración a lo que es normal y corriente y, por tanto, se conforman a los principios que mejor preservan la relación de equivalencia. Y habrá que distinguir, entre aquéllas, las que, por no regular cuestiones esenciales a la economía del contrato, portan eficacia supletoria, de las que, por afectar la misma estructura del sinalagma, carecen de efectos subsidiarios.

Y también aceptar la revisión del contrato en cada ocasión en que se manifieste la existencia de cláusulas que importen una alteración excesiva al equilibrio tan deseado.

VII. Formación del contrato por adhesión

Una de las notas salientes de los contratos por adhesión está referida a su formación. Si bien es cierto que nos hallamos en presencia de una declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos de las partes, y que se manifiesta por medio de una oferta y de una aceptación, el esquema predispuesto o formulario impreso de oferta, impreso por el predisponente,

tiene un destinatario genérico, el público consumidor o usuario, y *no va dirigido a persona determinada*.

Sirve a una pluralidad indeterminada de personas y recién se individualiza con el perfeccionamiento de cada contrato particular.

Ocurre que el consumidor o usuario *adhiera* a un esquema contractual que le viene (le llega) predeterminado. Y lo hace a través de una manifestación de voluntad particular y concluyente que se traduce en una oferta. De tal manera que ésta *parte del adherente*, quien propone contratar en base a las cláusulas o condiciones generales predispuestas por el profesional o empresario, quien a pesar de que la oferta lo es sobre la base de un formulario de cuyo contenido es su autor exclusivo, se reserva el derecho de aceptarla en consideración a las condiciones específicas que le son ofrecidas, especialmente referidas a la persona del adherente, lo que se enuncia como "riesgo subjetivo".

De lo expuesto surgen las siguientes etapas que integran el *iter* formativo:

- a) El predisponente provee al oferente una solicitud de propuesta, ya impresa, reservándose, obviamente, el derecho de aceptarla o no.
- b) El consumidor o usuario, oferente o adherente, con la firma de la propuesta inicia el *iter* formativo, pues con ella emite su declaración recepticia de voluntad, dirigida a iniciar la formación definitiva del contrato.

De lo expuesto surge que la etapa a la que hemos hecho referencia (la inicial), la del consumidor que adhiere, presupone que hasta ese momento no hay contrato nacido a la vida jurídica.

En efecto, sería contrario a la realidad ignorar que la solicitud u oferta que contiene las condiciones generales es creación (se origina por obra) del predisponente; de tal suerte que el formulario participa de la naturaleza de una *invitación colectiva (indeterminada) y permanente a proponer*. Hasta entonces sólo existe un acto preparatorio emanado del predisponente.

Es a través de una manifestación particular del adherente, dirigida al predisponente —por ejemplo, la firma y presentación de la propuesta de un contrato de seguro—, la modalidad que adopta el impulso del *iter* formativo del contrato por adhesión.

Lo contrario, afirmar que el predisponente es el oferente y el adherente el aceptante, importa lo mismo que suponer que el empresario o profesional se halla en estado de oferta permanente y que el consumidor, al suscribirla, no hace sino aceptarla.

En efecto, la adhesión exteriorizada a través de la presentación de una solicitud o de un impreso con contenido predispuesto no traduce *per se* aceptación, y por ende no hace perfecto el contrato.

La realidad constata todo lo contrario: aun cuando la oferta esté constituida por una solicitud cuyo contenido ha sido predispuesto por el profesional o empresario, ello no comporta para él obstáculo alguno que le impida reservarse y/o ejercitar el derecho de aceptarla o no.

c) La aceptación del predisponente hace perfecto el contrato. Lo expresado presupone que el consumidor previamente ha adherido al texto de las condiciones generales predispuestas que le fueron suministradas por el primero. Y si el contrato alcanza a perfeccionarse es porque el profesional o empresario acepta la oferta en su plenitud, lo que incluye las condiciones particulares, o sea donde se consignan los elementos específicos de la relación singular.

A título de ejemplo, la alta frecuencia siniestral del asegurable, el mayor riesgo que importa formalizar un seguro de previsible posibilidad siniestral, son algunas de las razones que impulsan al asegurador a rechazar la oferta dirigida por el adherente (asegurando). Y ello a pesar de que la oferta lo haya sido sobre la base de condiciones generales predispuestas por el mismo centro de interés que no acepta contratar.

VIII. Naturaleza jurídica de las condiciones generales. Importancia de la cuestión

Determinar cuál es la naturaleza jurídica de las cláusulas predispuestas tiene consecuencias prácticas en orden a:

a) la interpretación de las mismas. Distintas serán las reglas o directivas a las que habrá de acudir según optemos por la concepción normativa o por la contractualista;

b) los límites impuestos a la autonomía de la voluntad por el derecho objetivo, muy especialmente el configurado por las normas imperativas y las semi imperativas.

IX. Naturaleza jurídica de las condiciones generales (continuación). Tesis normativa. Crítica

Afirma que las condiciones generales de la contratación, por el dato de su obligatoriedad indiscutible para las partes y por su trascendencia al suplir

las lagunas de la ley en sectores enteros del tráfico mercantil, ofrecen un carácter muy semejante al de la ley.

Agrega que para decidir sobre la naturaleza de estas condiciones generales de contratación habrá que considerar su grado de difusión y objetividad y, cuando éste sea muy amplio, dichas condiciones podrían asimilarse al uso mercantil normativo.

Sus sostenedores concluyen señalando que son fuente de derecho consuetudinario y que, ejemplificando con el contrato de seguro, suministran el contenido uniforme en cada riesgo de todos los contratos (ramas) posibles.

La crítica que se formula a la tesis normativa podríamos sistematizarla así:

a) El Estado de Derecho es incompatible con la atribución a los empresarios de un privilegiado poder normativo.

b) Las condiciones generales carecen de los caracteres internos y externos de la norma de derecho objetivo. Les falta la validez normativa, la obligatoriedad del derecho objetivo, puesto que el empresario que las establece no está facultado para crear derecho.

c) Las condiciones generales de póliza aprobadas por la autoridad de control no transforman su naturaleza jurídica, ni tiene por efecto hacer del acto aprobado un acto del aprobante, pues la aprobación no es un elemento integrante del acto, sino que se agrega a éste y mantiene su independencia.

En esa dirección se tiene expresado que el carácter contractual de las condiciones generales no se ve obstaculizado porque las cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad administrativa (en el caso, la Superintendencia de Seguros de la Nación), *pues tal dato no mueve a concluir que las mismas hayan sido elevadas al plano legislativo* o que tengan eficacia *per se* para derogar las disposiciones imperativas que las contradigan.

d) Las condiciones generales de póliza no constituyen usos, pues no importan una expresión de voluntad generalizada, como lo es la ley, sino una expresión unilateral, la de quien las elabora, en contradicción con la voluntad y sentir de los clientes. Por lo demás, los usos tienen un nacimiento anónimo, al contrario de lo que acontece con las condiciones generales, que son obra de empresas que aparecen identificadas.

e) La calificación de las condiciones generales como *ius ex contractus* favorece su inimpugnabilidad, pues la tendencia a "normativizar" el conte-

nido de ellas no responde a un academicismo gratuito, sino a la interesada necesidad de obstaculizar aquella censura jurisdiccional.

X. Naturaleza jurídica de las condiciones generales (continuación). Tesis contractualista

Quienes afirman que las condiciones generales de póliza constituyen derecho contractual sustentan la tesis en las siguientes consideraciones:

a) Son el conjunto de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Ello significa que, perfeccionado el contrato, son cláusulas contractuales.

b) En la misma línea de reflexión se señala que la circunstancia de que las condiciones generales hayan sido creadas por una sola de las partes no excluye su carácter contractual. Es que partiendo de la base de que hay contrato cuando una persona acepta la oferta que otra hace, la adhesión, desde el punto de vista jurídico, no puede ser distinguida de la aceptación de una oferta, pues en los contratos por adhesión hay una verdadera prestación de consentimiento donde el vínculo contractual se genera voluntaria y libremente.

c) La circunstancia de que no se vean precedidas de tratativas previas no invalida la tesis contractualista, pues la ley no exige que el acuerdo contractual sea el precipitado de una libre discusión y de largos tratos; sobre todo —se señala—, ningún texto exige que las dos partes tengan una intervención igual en la génesis del contrato; todo lo que se exige es que ambos interesados consientan, que exista acuerdo entre ellos en punto al nacimiento de las obligaciones.

d) El capítulo referido a las condiciones generales aparece en escena simultáneamente con el desarrollo de los contratos por adhesión, de allí que se las haya calificado muy gráficamente como las “cláusulas de un contrato redactado por adelantado”.

XI. Naturaleza jurídica de las condiciones generales (continuación). Nuestra opinión

Ya hemos anticipado antes de ahora nuestro apoyo a la tesis contractualista. En una primera aproximación al tema, debemos comenzar por señalar que la posición que adoptamos surge del reconocimiento de algunas premisas esenciales:

a) Las condiciones generales vinculan a las partes en los términos (y con las limitaciones) del artículo 1197 del Código Civil aun cuando su contenido no sea factible de ser discutido, y la adhesión deba serlo en bloque, a la totalidad del contenido predispuerto.

Lo expresado se hace extensivo aun a los contratos cuyas condiciones generales deban ser aprobadas previamente por la autoridad administrativa, pues tal aprobación sólo significa que el órgano de control “no tiene nada que oponer” al contenido del contrato.

b) Los empresarios carecen de poder normativo. Este argumento que, si se quiere, es de carácter constitucional, conduce por sí solo al rechazo de la tesis normativa.

c) En lo que a nuestro tema se refiere, no existe posibilidad jurídica de un vínculo entre predisponente y adherente cuya fuente no sea la norma jurídica o el contrato.

Si las condiciones generales o cláusulas predispuertas no constituyen derecho objetivo, va de suyo que deben ser consideradas derecho contractual.

Las otras razones que, a mayor abundamiento, suministramos en apoyo de nuestra postura podríamos agruparlas de la siguiente manera:

d) El contrato por adhesión a condiciones generales pone en evidencia que las partes ostentan distinto poder de negociación —de allí que se contraponga al “contratante fuerte” con el “contratante débil”—, pero la estructura del contrato se mantiene inalterable.

e) El consumidor o usuario emite una oferta cuyo contenido ha sido predispuerto por el empresario en formularios impresos. El contrato se perfecciona una vez que el predisponente emite su declaración de voluntad consistente en una oferta o solicitud redactada sobre las bases dispuestas anticipadamente por el empresario y que éste la acepte.

f) La naturaleza íntima del contrato no se modifica. Queremos decir que la formación del acto, consistente en la adhesión a un contenido predeterminado con anterioridad y no discutido previamente, no priva al negocio de su naturaleza contractual pues, en definitiva, hay una declaración sobre la cual las dos partes consienten, no pudiendo desconocerse que la adhesión, aunque consista en la aceptación incondicionada de pactos establecidos por otro es, al menos formalmente, un acto de libre voluntad que no puede ser constreñido.

g) La necesidad de que se adhiera libremente a un esquema predispuesto por otro configura a las condiciones generales como derecho contractual, pues sería innecesaria la adhesión si éstas fuesen normas objetivas.

XII. El contrato por adhesión en el Código Civil y Comercial. Definición de "contratos por adhesión" y requisitos de las "cláusulas generales predispuestas". Quid de las "cláusulas particulares"

Cabe señalar, como lo haremos en su momento con relación al contrato de consumo, que el Código introduce las tres categorías de contratos existentes: el contrato discrecional o paritario, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas y el contrato de consumo. Hasta su presentación, normativamente no existía una definición del contrato por adhesión. Obviamente no se halla en el Código Civil ni tampoco en la Ley de Defensa del Consumidor. En esta última, se lo menciona en el art. 38 sin definirlo. Sólo se hace una referencia al control de incorporación, estableciéndose que la autoridad de aplicación deberá vigilar que en los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas. En el Código, se ha incluido una sección que contiene seis artículos, del 984 al 989, que tratan el tema con carácter general. Los habremos de reproducir y añadir un breve comentario a cada disposición.

Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas

"Art. 984.— Definición. El contrato por adhesión es aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

Como resulta de la lectura de la precedente disposición, al referirse a esta categoría, el Código alude a "contrato", por lo que suprime todo debate en torno a la naturaleza jurídica de su contenido, o sea, de las cláusulas predispuestas.

En segundo lugar, se desprende de la definición, la existencia de dos partes: por un lado el predisponente que es quien redacta el documento contractual o se sirve de la redacción efectuada por un tercero. Por otro lado, la contraparte del predisponente es el adherente que no sólo no ha participado en la creación del texto contractual sino que tampoco ha influido en su contenido.

Y ello se explica en que uno de los caracteres salientes de la noción del contrato por adhesión se halla constituido por el hecho que el adherente

carece de poder negociación a tal punto que no puede redactar ni influir en la redacción de la cláusula. Dicho de otro modo, las cláusulas se presentan al adherente ya redactadas por el predisponente.

XIII. Requisitos de los contratos por adhesión

El Código enuncia una serie de recaudos que deberán contener las cláusulas predispuestas, a saber:

Art. 985.— "Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción deberá ser clara, completa y fácilmente legible. Se tendrán por no convenidas aquéllas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica o electrónica, o similares".

Cabe indicar que el Código hace prevalecer la importancia de la inteligibilidad y la completividad de la cláusula de modo que para la comprensión de su lectura se haga innecesario un reenvío a otra cláusula. Sobre el particular, cabe señalar que a la claridad debe unírsele la legibilidad para que las cláusulas predispuestas que contienen restricciones dirigidas al adherente no pasen desapercibidas y, para ello, deben aparecer destacadas del resto del documento contractual.

Justamente, los contratos impresos en formularios se destacan por su inusitada extensión, traducida en un inagotable y profuso clausulado, en ocasiones ininteligible, por lo que para favorecer su edición se emplean textos redactados en pequeños caracteres. Pero, considerando que no todo el articulado se halla constituido por cláusulas potencialmente lesivas, concluimos en que sólo ellas deben ser redactadas en caracteres notorios, ostensibles, lo suficiente como para llamar la atención del adherente/consumidor. Deben aparecer patentes, ostensibles, visibles, aparentes, palmarias, evidentes en el contexto total, fácilmente advertibles; lo que requiere una impresión en caracteres más considerable, y de apariencia más visible que el resto del texto, con una tinta destacada o subrayadas, aisladas o enmarcadas. Es ineludible que se noten.

Y ello debe ser así, al punto que la consecuencia que, como directiva de interpretación, debe aparejar el defecto de legibilidad de una cláusula restrictiva, leonina, gravosa o abusiva es la de tenerla por no escrita, lo que significa "no convenida" o, el de su inoponibilidad al adherente/consumi-

dor. Lo expresado constituye el efecto que apareja asumir la responsabilidad de redactar unilateralmente el documento contractual: la obligación de redactar claro constituye la fuente de la responsabilidad civil en que incurre quien efectúa una defectuosa declaración.

El objeto de la referida obligación tiene por contenido redactar cláusulas claras, serias e inequívocas, idóneas para ser entendidas por sí por el adherente. Y llena este requisito, el texto redactado con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido sin lugar a dudas según el uso idiomático común o del comercio.

Por lo demás, se ha enfatizado en la necesidad de un conocimiento pleno y cabal del texto contractual, al punto que se declara como no convenidas las cláusulas que contengan reenvíos a textos que no se faciliten previamente al adherente.

Con relación a la contratación telefónica o electrónica, la fuente ha sido el artículo 80 inc. b), 2da parte del dec.-ley 1/2007 vigente en España por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El Código le asigna suma trascendencia a las cláusulas particulares no sólo por disciplinarlas en una disposición específica sino porque, el contenido de la misma no sólo constituye una definición sobre lo qué son sino, por lo demás, porque se reconoce en dicha disposición una directiva de interpretación que les atañe.

Art. 986.— “Cláusulas particulares. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas”.

En primer lugar, cabe señalar que en la disposición precedente se incorpora una frase con la que, modernamente, se denomina al clásico contrato discrecional: el negociado individualmente. Creemos que la denominación es la más acertada porque refiere a uno de los caracteres más salientes de la negociación tradicional que es la que hoy ocupa una función residual en la contratación. En efecto, hoy prevalecen los contratos por adhesión y los contratos de consumo que, predominantemente se forman por adhesión y, excepcionalmente, se negocian individualmente. La disposición, además de definir el significado de la “cláusula particular”, incorpora una regla de interpretación proficua en su aplicación por los Tribunales y que tiene su fundamento en la preferencia que se otorga a la cláusula negociada en tanto

constituye el resultado de la libre contratación por sobre la cláusula general que constituye el resultado de la predisposición contractual.

En segundo lugar, añadimos que las cláusulas particulares que tienen por fin sustituir, ampliar, suprimir o modificar una cláusula general, predominantemente traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato. En ese caso, prevalecen por sobre la condición general que deviene derogada.

Pero sucede frecuentemente que las fórmulas empleadas, manuscritas o mecanografiadas, omiten expresar que el propósito tenido en miras al incluirlas consiste en suprimir o modificar la cláusula predisuelta o condición general con la que se halla en estado de incompatibilidad.

De tal manera que, al momento del conflicto, el intérprete se encuentra en presencia de una cláusula predisuelta y, por tanto, impresa (desde su origen) y con una cláusula particular que la contradice o altera su alcance.

Para este supuesto, la directiva de interpretación contractual que impera consiste en que las cláusulas particulares deben considerarse como una deliberada modificación o supresión, según el caso, de la cláusula predisuelta general. Y el fundamento está dado en que la primera refleja, de ordinario, el acuerdo que fue objeto de negociación.

En efecto, en la discrepancia entre una cláusula general y otra particular, habrá de estarse a esta última, en razón no sólo de que apunta a alterar, suprimir o aclarar el contenido de la primera, suministrándole un contenido más concluyente y concretamente adaptado al caso de que se trata, sino que, es tarea relevante del intérprete, no perder de vista que la cláusula manuscrita o mecanografiada, se estipula al tiempo de la conclusión del contrato, mientras que la cláusula predisuelta general viene formulada (redactada) previamente por el predisponente sin consideración al negocio concreto, por lo cual cabe concluir que la regla de autonomía particularmente concertada, revela la auténtica y real intención de las partes de derogar, en el caso singular, la cláusula general redactada por el profesional uniformemente para sus futuros contratos.

XIV. Directivas de interpretación de los contratos por adhesión. Las cláusulas ambiguas

A la ya expresada precedentemente, la de prevalencia de las cláusulas particulares sobre las cláusulas generales predispuestas, se añade la previsión contenida específicamente en el art. 987.

Art. 987.— “Interpretación. Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente”.

Se hace preciso un comentario preliminar.

La categoría de los contratos por adhesión a cláusulas predisuestas, porta sus propias directivas de interpretación que el Código las ha receptado y que se hallan incluidas en el art. 37 apart. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor. En efecto, en esta última se establece que “cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”. Por nuestra parte, entendemos que la regla que transcribimos a continuación, es consistente con los criterios actuales referidos a los efectos de la ambigüedad.

Cabe señalar, una vez más, que la modalidad que adopta la formación del contrato predisuesto —la predisposición unilateral del contenido—, impide acudir a criterios subjetivos, como podría ser la indagación de la intención común de los contratantes mediante la reconstrucción del pensamiento y de los propósitos de los autores de la regla contractual.

De allí la necesidad de que la directiva en análisis sea examinada a través de criterios predominantemente objetivos y con extremado rigor, ya que en razón de que el predisponente reserva para sí la creación del texto (documento) contractual, lo debe hacer de forma tal que el destinatario (adherente) comprenda su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio.

Es el predisponente quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Para alcanzar esta conclusión, debemos señalar que su fundamento está dado en que es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad.

Ésta no se refiere sólo a facilitar la legibilidad de la lectura sino, además, a la claridad sustancial, la referida a la significación relevante, desde los aspectos fácticos, económicos y jurídicos.

La claridad o precisión en el lenguaje son acepciones que se contraponen a la ambigüedad, y la cláusula ambigua deberá entenderse como aquella susceptible de varios sentidos o expresada sin precisión, equívocamente, confusamente, con oscuridad.

A veces, la ambigüedad se predica de la insuficiencia misma de un texto vago e impreciso, redactado genéricamente. Lo expresado en el texto puede

traducirse en la necesidad que todo sistema de interpretación requiera de un principio que satisfaga la equidad y preserve la relación de equivalencia.

La regla *contra proferentem* importa una aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente.

Acontece que las palabras usadas deben autoabastecerse. Ello significa que deben ser idóneas, suficientes, claras, aptas por sí para ser reconocidas por el destinatario.

Las declaraciones deben ser comprendidas y llenan este requisito las expresadas con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido, sin lugar a dudas, según el uso idiomático común o del comercio.

Todo ello justifica trasladar al predisponente las consecuencias que derivan de la imprecisión o vaguedad en la redacción de las cláusulas.

Y las consecuencias no son otras que la eliminación de la cláusula dudosa u oscura o —lo que es lo mismo— su interpretación contraria a los intereses del predisponente.

Ocurre que, al hallarse el contratante débil apartado de los mecanismos de configuración interna del contrato, obtiene una ventaja que se instala, como control judicial indirecto, y que consiste en que el riesgo contractual lo asume el predisponente, lo que implica atribuirle responsabilidad por las consecuencias que derivan de la falta de diligencia en la creación del esquema negocial, cuando adolece de ambigüedad, falta de claridad u oscuridad.

Entre nosotros, se tenía expresado antes de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor que, “aun cuando no se encuentre prevista en nuestra legislación la regulación de los contratos por adhesión, nada impide que las cláusulas oscuras sean interpretadas en favor del adherente, por aplicación de la regla contenida en el art. 1198 o, desde la perspectiva inversa, en contra del contratante que redactó e impuso las condiciones del convenio”.

XV. El contrato de consumo

El examen del contrato de consumo impone la necesidad de volver sobre uno de los caracteres que, en principio, puede ser calificado de saliente del mismo. En efecto, uno de los sujetos del contrato de consumo es el consumidor final de bienes o el usuario de servicios (art. 1093, CCCN).

Puede serlo, indistintamente, la persona individual o jurídica "ubicada al agotarse el circuito económico, ya que pone fin, a través del consumo o del uso, la vida económica del bien o servicio".

Resulta indistinto que el uso o la utilización de bienes y servicios se efectúe a título personal o familiar, o sea para su uso privado.

El Código Civil y Comercial, ha recogido el criterio expresado, en el sentido que consumidor o usuario final es "toda persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o cuna empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios para su uso privado, familiar o social (art. 1093, CCCN).

Y como el art. 1092, CCCN establece que la "relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor" cabe, en el sentido indicado afirmar, que el usuario de servicios bancarios o de telefonía celular o el asegurado, por dar algunos ejemplos, cuando contrata a título oneroso para destinarlo a su consumo final o al de su grupo familiar, es consumidor. O sea, para satisfacer sus necesidades.

En el sentido indicado en el texto, se ha resuelto que cuando se reclaman los daños y perjuicios consistentes en el lucro cesante derivado de la imposibilidad de obtener ganancias con la utilización de un automóvil adquirido como remís, durante los meses en que el vehículo estuvo inmovilizado, como consecuencia de la reparación de los vicios y defectos de fabricación que presentaba, no resulta aplicable la Ley de Defensa del Consumidor, porque no se trata de una relación de consumo, sino que resulta aplicable el régimen general de responsabilidad en materia contractual.

Siguiendo esa línea de reflexión, por dar un ejemplo, las empresas que contratan seguros (incendio, robo, etc.) sobre bienes de su pertenencia integrados a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, no son consumidoras finales. Acontece que, en el caso referido, al tiempo de la celebración del contrato de seguro, los bienes objeto del contrato de seguro celebrado por la persona jurídica (asegurada) no se hallan ubicados al final del circuito económico.

En ese supuesto, quien celebra un contrato de seguro no es consumidor final que requiera la protección de la ley de Defensa del Consumidor ya que, vale la repetición, los bienes objeto del seguro continúan su vida económica. En consecuencia, en el caso que nos ocupa, la importancia práctica que tiene la distinción, en el ejemplo dado, está dada en que la prescripción aplicable es la de un año (art. 58, ley 17.418).

O, dicho de otro modo, el consumidor individual o persona jurídica que requiere protección, es aquél que carece de intenciones que apunten a que el bien o el servicio continúen su vida económica en actividades de fabricación, producción, distribución o prestación. Gráficamente se halla situado en el último tramo del eje constituido por la producción, la distribución y el consumo y, sintéticamente, se lo enuncia como consumidor final.

En cambio, es consumidor la persona jurídica (por ejemplo, una empresa) que celebra contratos de seguro (a) que amparen bienes como destinatario final, en beneficio de la empresa o (b) que protejan los riesgos a los que se hallan expuestos bienes con los que agotará el proceso económico.

La cuestión para determinar cuándo un contrato es, simultáneamente, contrato de consumo, es de gran trascendencia práctica por las consecuencias que acarrea, entre ellas, no sólo la prescripción, sino, también, todos los deberes de protección instituidos en el Código Civil y Comercial como, por ejemplo, lo relativo al deber de información (art. 1100, CCCN); lo relacionado con la prestación de los servicios; las cláusulas abusivas (art. 1117, CCCN).

Siguiendo con el ejemplo del contrato de seguro, digamos que la ley 24.240 t.o. establece genéricamente una prescripción de tres años que será aplicable sólo para cuando el contrato de seguro lo sea, simultáneamente de consumo.

En ese caso, el plazo debe computarse "desde que la correspondiente obligación es exigible" (art. 2554, CCCN) aplicable como norma especial según lo previsto en el art. 3-2, ley 26.361).

O dicho inversamente, no será aplicable la prescripción trienal a todas aquellas acciones que, aún fundadas en el contrato de seguro, el vínculo asegurativo no se haya constituido con el propósito que el asegurado sea destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social. En esos casos, la prescripción liberatoria sigue siendo la anual (art. 58-1, L.S.).

Como lo seguirá siendo la acción promovida por el asegurador contra el asegurado para el cobro de primas, en virtud de ser "más favorable al consumidor o usuario" (art. 50, ley 26.361).

En el seguro de vida, el plazo de prescripción para el beneficiario es de tres años en razón que, según lo establece el art. 1-2, de la ley 26.361, su situación es la que corresponde a aquél que, "sin ser parte de una relación de consumo" es considerado consumidor ya que "como consecuencia o

en ocasión" de dicho vínculo, "adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social..."

Deberá tenerse presente que los plazos de prescripción establecidos en el Código Civil y Comercial son aplicables "en ausencia de disposiciones específicas" (art. 2532, CCCN).

Finalmente, el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor se aplica para cuando las circunstancias de hecho que dieron origen al reclamo hayan acontecido al tiempo de vigencia de la ley 26.361. En efecto, en este sentido se tiene decidido que "el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor, vigente tras la reforma de la ley 26.361, es inaplicable a la acción por cobro de una póliza de seguro de vida colectivo, si las circunstancias de hecho que dieron origen al reclamo acontecieron con anterioridad a la sanción de esta última norma, pues una decisión contraria implicaría desconocer las consecuencias ya verificadas del hecho consumado o, al menos, quitarles eficacia".

XVI. Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia. Estado anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación

(a) Una técnica de comercialización: la venta domiciliaria

Antes de ahora, hemos afirmado que la equidad en las relaciones de consumo suele quedar comprometida, habitualmente, en razón de las connotaciones abusivas o agresivas contra el consumidor, de ciertos mecanismos o técnicas de comercialización.

Se trata de prácticas mercantiles, propias de los sistemas de marketing, que restringen la libre espontaneidad del público, presionando sobre su decisión de contratar, o en la elección de la contraparte.

Es el caso de las ofertas efectuadas fuera de los locales comerciales. Su especie lo constituye el contrato celebrado fuera del domicilio del vendedor. Se trata de la venta a domicilio.

En esta hipótesis, se restringe la posibilidad de que las elecciones de consumo, sobre bienes y servicios, que adopta el público, se hallen correctamente fundadas, conforme a los deseos y necesidades de cada quien (art. 3°, inc. c), Directrices de las Naciones Unidas sobre protección del Consumidor).

Por ello la regulación de estas técnicas de comercialización, denominadas "no ortodoxas", tiende a imponer una serie de recaudos rigurosos que condicionan la eficacia de los contratos celebrados en su consecuencia:

1) Acentuación de la rigidez formal, exigiendo la instrumentación escrita del negocio y una serie de contenidos imperativos.

2) Reconocimiento del derecho del consumidor a revocar incausadamente su aceptación, lo que los transforma en contratos bajo condición resolutoria ya que, en caso de devolución de la cosa se considera que no hubo contrato.

3) Imposición de un control administrativo específico como, por ejemplo, el otorgado al Banco Central sobre las operaciones de venta a crédito (art. 36 *in fine*, Ley de Defensa del Consumidor, dec. 142.277/1943 y leyes 22.315 y 22.370), o respecto de la Inspección General de Justicia para los sistemas de ahorro previo.

Todo ello sin perjuicio de la integración al sistema de protección jurídica del consumidor (art. 3-2, ley 24.240), de los regímenes en materia de:

a) Ahorro previo (dec. 142.277/1943 y leyes 22.315 y 22.370).

b) Ofertas con premios (art. 10, ley 22.802 de Lealtad Comercial).

c) De aplicación, a las técnicas "no ortodoxas" de comercialización, de las normas y principios generales sobre justicia contractual del Código Civil y Comercial de la Nación.

XVII. Ofertas fuera de los establecimientos comerciales u oferta domiciliaria

La oferta fuera de los locales comerciales (a domicilio) constituye una estrategia de comercialización, sustentada en la técnica de acecho o atisbo y en el efecto sorpresa, para lograr la representación de aparentes ventajas al consumidor. Ello en razón de que se debilita su posición en el mercado al restringirse la facultad de reflexión del consumidor, impidiéndole comparar calidad y precio con otros bienes o servicios del ramo ofrecidos por los competidores.

Para bloquear los efectos que se derivan de las referidas técnicas, que no son otras que estimular una actuación precipitada del consumidor, existen soluciones normativas por las que se acentúa la rigidez formal

del contrato, exigiendo una serie de (a) especificaciones informativas; (b) solemnidades impuestas para la instrumentación del contrato, bajo pena de nulidad y (c) contenidos imperativos que deben incorporarse entre las estipulaciones del negocio.

XVIII. La venta fuera de los establecimientos comerciales. La venta domiciliaria. Noción

La venta domiciliaria se halla regulada por el art. 32 de la LDC: "es la oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor. También se entenderá comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que resulte de una convocatoria del consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto a la contratación, o se trate de un premio u obsequio..."

La noción anterior "...no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado".

La norma incluye expresamente las ofertas en (a) el domicilio del consumidor; (b) en su lugar de trabajo; (c) en la vía pública y (d) por medio de correspondencia.

También deben comprenderse por analogía, otras hipótesis de venta ambulante durante reuniones, excursiones, etcétera.

Como primera medida, el art. 32 de la ley 24.240, impone la instrumentación por escrito, y la inclusión de los contenidos imperativos enunciados en los arts. 10 y 34, salvo en los casos de venta de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado.

XIX. La venta fuera de los locales comerciales y la Ley de Defensa del Consumidor (continuación). Venta a la distancia: venta por correspondencia. Noción

Por otra parte, el art. 33 de la ley de Defensa del Consumidor, define la venta por correspondencia y otras: "Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios".

Como ya lo hemos sostenido, la venta a distancia es aquella en que los medios utilizados pueden serlo sin la presencia simultánea de las partes contratantes.

Se comprenden, por lo tanto, las ofertas: a) postales; b) por teléfono y otras vías de telecomunicación; c) por televisión, por radio, televisión, prensa u otros dispositivos electrónicos o telemáticos.

Son características esenciales de la venta a distancia, como lo es la venta por correspondencia: (a) en que comprador y vendedor no se hallan presentes simultáneamente; (b) que la oferta se realice por los medios enunciados en el art. 33 de la Ley de Defensa del Consumidor; (c) que la aceptación se emita por los mismos medios; (d) que con fundamento normativo, el consumidor o usuario pueda ejercer el derecho de revocar su aceptación.

XX. Régimen de la Ley de Defensa del Consumidor aplicable a todas las ventas fuera de los locales comerciales. Derecho del consumidor a revocar la aceptación. Quid del plazo

En relación a todas las ofertas fuera de los locales de comercio reguladas por la ley 24.240, modificada por ley 26.361, el art. 34-1 de la Ley de Defensa del consumidor, se establece que "el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de diez (10) días corridos contados, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esa facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que, con motivo de la venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria" (art. 34-1-2 y 3, Ley de Defensa del Consumidor).

En caso de ejercer el derecho de revocación, "el consumidor debe poner la cosa a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último" (art. 34-4).

Como anticipamos, el derecho de revocar la aceptación, o facultad de arrepentimiento, es una solución uniforme en las legislaciones comparadas sobre ofertas fuera de los locales comerciales. Es pieza esencial de una suerte de sistema de "reglamentación contra las tentaciones". Desde el punto de vista de la esencia de la figura, conceptualmente se ha graficado a la revocación de la aceptación, o al arrepentimiento, dentro del plazo de reflexión, como que "el consentimiento es puesto en cámara lenta", o bien, que "la aceptación es claudicante".

De acuerdo al texto del art. 34, el régimen de la revocación es el siguiente:

a) **Ámbito de aplicación:** la regulación se aplica a todas las ofertas formuladas fuera de los locales comerciales.

b) Imperatividad: la facultad de revocación es irrenunciable, siendo nulo el pacto de dispensa que se conviniera.

c) Información: el derecho a la revocación debe constar, como contenido insoslayable, claro y notorio de los instrumentos del contrato que deben ser entregados, a efectos de ser informado el consumidor (art. 34 LDC).

d) Plazo de reflexión: el plazo para decidir si se revoca la aceptación es de diez días corridos (art. 34, LDC).

e) Comienzo del cómputo: el referido plazo, se inicia "a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada".

Notificación al vendedor: aunque no surja de la Ley de Defensa del Consumidor, el principio de buena fe impone que el ejercicio por el consumidor del derecho de revocación, deba ser informado al vendedor sin que ello esté sometido a formalidad alguna. La información puede ser expresa o inferida de la devolución de la cosa ya que esto último importa una declaración concluyente de voluntad.

Efectos del ejercicio del derecho de revocación: el consumidor debe únicamente poner la cosa a disposición del vendedor, que carga con los gastos de devolución.

Gastos: en materia de gastos, el art. 34 *in fine* de la Ley de Defensa del consumidor establece que "el consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último".

En materia de venta por correspondencia (y otras), el art. 33-2 de la Ley de Defensa del Consumidor, establece un recaudo adicional de protección del consumidor, que tiene como propósito impedir que éste no pueda identificar al empresario proponente: se prohíbe al oferente la publicación del número postal como domicilio.

También el art. 35 establece otra prohibición, respecto de prácticas habituales en el marco de las técnicas de oferta por correspondencia, aun cuando la norma se refiere ampliamente a propuestas al consumidor por cualquier tipo de medio. Se trata del supuesto de bienes y servicios que no son previamente requeridos por el consumidor, y respecto de los cuales igualmente se efectúan envíos y débitos automáticos por la sola voluntad del oferente.

Si el consumidor no lo acepta, no está obligado a pagar el precio ni a tomar la iniciativa para restituir el objeto: se considera que el empresario ha obrado a su riesgo.

XXI. Contratos por sistemas informáticos

Desde un punto de vista técnico, los ordenadores pueden conectarse por línea telefónica, cables de datos punto a punto o por una red de datos. Para el diálogo entre ordenadores se emplea un software de comunicación, que consiste en un programa que indica a la computadora cómo convertir la información almacenada en ella, de tal manera que pueda ser transmitida por un módem y, a su vez, cómo decodificar los datos recibidos de un módem en información procesable y almacenable.

Cuando el proceso de comunicación se realiza a través de una línea telefónica, la computadora y el teléfono se conectan a un aparato llamado módem, que se encarga de convertir las señales digitales transmitidas por el ordenador, en señales técnicamente denominadas "analógicas", transmisibles telefónicamente y éstas de nuevo en digitales para llegar, al cabo, a la computadora que recibe el mensaje.

Una vez establecida la comunicación, las partes dialogan entre sí a través de las computadoras, que ejecutan automáticamente las órdenes impartidas mediante un programa previamente inserto.

XXII. Contratos por sistemas informáticos (continuación). Atribución de la declaración negocial. Momento del perfeccionamiento

La declaración de voluntad recibida será atribuida al sujeto que la emitió. El ordenador transmite en el momento la declaración negocial emitida, lo que significa que ejecuta en forma automática las órdenes que impartió el agente por medio de un programa insertado previamente y que contiene instrucciones para la elaboración de la declaración, de manera tal que ella se formará conforme a la voluntad del declarante tal como ha sido introducida en la programación.

El momento del perfeccionamiento del contrato dependerá del mecanismo de comunicación seleccionado por las partes y, por ende, adoptará según el caso, la modalidad de un contrato entre presentes o entre ausentes.

Como los ordenadores pueden dialogar entre sí en forma instantánea y conforme a una programación previa, uno de ellos emite la oferta contenida en la declaración unilateral de voluntad del proponente. Aceptada

inmediatamente una vez recibida, el contrato queda perfeccionado para producir sus efectos propios, lo que presupone un contrato "entre presentes".

Si el destinatario de la oferta está ausente o su aceptación requiere de un plazo de reflexión, la propuesta queda almacenada en la memoria de su computadora. En ese caso el intercambio de declaraciones ya no es instantáneo. Cuando ulteriormente se emita la aceptación, el contrato quedará formado "entre ausentes" si la oferta se halla vigente (arts. 1147 y 1151, Código civil de Vélez).

La declaración de voluntad mediante señales electromagnéticas (por pulsos eléctricos o registros magnéticos), queda visualizada en pantalla o es reproducida en un texto impreso. Ello constituye una decodificación y reproducción en símbolos gráficos legibles de aquello registrado en forma electromagnética.

La importancia de lo expuesto —recepción de pulsos o su decodificación—, radica en la determinación del momento en que el contrato queda perfeccionado.

A nuestro entender, el contrato queda perfeccionado cuando el proponente pueda verificar —vía decodificación— sensorialmente, que la aceptación se ajusta a la oferta.

XXIII. Criterios de atribución de la declaración de voluntad. La prueba del contrato electrónico

El requerimiento de la firma, por razones obvias, debe ser sustituido por otros criterios de identificación de la autoría de la oferta y de la aceptación. En la actualidad se enuncian el "código o clave secreta", la "huella digital", el "procesamiento del habla", etcétera.

La "clave de acceso" o identificación (*password*) es un conjunto de caracteres conocidos por el usuario de un sistema computarizado que le permite ingresar o acceder a información específica o a establecer comunicación con otro sistema o computadora.

El "procesamiento del habla" es un método utilizado para la identificación de una persona, mediante el análisis espectral de la señal del habla, con algoritmos y técnicas sofisticadas basadas en el tratamiento de señales aleatorias y procesos estocásticos. La señal la capta un micrófono y se convierte en pulsos digitales (por medio de un conversor analógico/digital). Luego se la procesa hasta su identificación.

El "reconocimiento computarizado de huellas digitales" es una técnica utilizada para la identificación de un sujeto mediante el análisis computarizado de sus huellas digitales. La imagen de la huella se digitaliza —es convertida en señales digitales—, y luego puede ser analizada para ser finalmente individualizada entre un conjunto de huellas (diccionario), identificando así al sujeto a quien pertenece la huella reconocida.

En cuanto a la prueba del contrato, si no se exige una forma especial para la celebración del contrato, las partes pueden, en función del principio de libertad de formas, convenir celebrarlo por medio de ordenadores.

El contrato se hallará contenido en los pulsos electromagnéticos y puede quedar almacenado en la memoria de la computadora o en un disco o cinta magnética, lo que se ha dado en denominar "documento electrónico", en tanto constituye la representación del acuerdo y se halla dotado de la corporalidad propia del pulso electromagnético. El documento seguirá siendo electrónico mientras continúe en la memoria de la computadora, o magnético si está contenido en un disco o cinta.

Como la percepción directa del contenido del documento se logrará con un dispositivo de salida (*out put devices*), como ser la impresión en papel o su visualización en pantalla, el tema de la forma a los fines probatorios abre capítulo a dos posibilidades:

a) Si el legislador no exige una forma determinada, el contrato podrá ser probado en su forma electromagnética, en tanto forma convencionalmente pactada.

b) Si no es así, en la práctica el contrato podrá ser probado mediante el escrito que emite la impresora que implica una reproducción, un soporte, ya que el contrato se halla contenido originariamente en los pulsos electromagnéticos.

En ese caso nos hallaremos con un instrumento particular no firmado que representaría las voluntades negociales. Sobre el documento electrónico se tiene expresado que se trata de un "documento escrito", dado que es la "fijación sobre un soporte físico de un mensaje en un lenguaje destinado a la comunicación y a mantenerse en el tiempo".

XXIV. El tema en el Código Civil y Comercial de la Nación

Sobre el particular, cabe afirmar que la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles contiene una única

disposición específica y otras disposiciones comunes con los contratos a distancia.

Art. 1104.— Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. “Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio”.

XXV. Fuente. Definición

La fuente de esta disposición ha sido el parágrafo 312.1 inc. 1º del Código Civil alemán y parcialmente el art. 32 de la ley 24.240 sustituido por el art. 13 de la ley 26.361. La definición doctrinaria de la venta fuera de los establecimientos comerciales es aquella que, con un sentido amplio, afirma que consiste en “ir al encuentro de la clientela para ofertarle bienes o servicios”. Se trata de la técnica de venta de mayor antigüedad y la más expandida ya que es utilizada por numerosos sectores de la economía de mercado a través, entre otros medios, de la denominada venta “puerta a puerta”, del “*home-parties*”, “*face à face*” o “*ventes en reunion*”. En ciertos casos, la visita de un vendedor ha sido provocada por el envío previo de correspondencia o por una comunicación telefónica, en ambos casos (oferta a distancia). De donde, si el diagnóstico es correcto, la venta a distancia se inicia con una oferta a domicilio.

La ventaja que ofrece al consumidor consiste en que le evita desplazarse. La desventaja es la agresividad con que se la ejerce dado que toma al consumidor por sorpresa en su domicilio o en su lugar de trabajo, quien no siempre ofrece resistencia a la oferta y adquiere, sin reflexión previa, objetos que no le resultan útiles.

Los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, se presumen sometidos a las normas de protección del Derecho del consumo, por lo que la prueba contraria incumbe al proveedor.

XXVI. Ámbito de aplicación y personas involucradas. Contratos excluidos

Los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial son aquellos concertados en el domicilio o en el lugar de trabajo del consumidor;

en ocasiones en la vía pública; usualmente por correspondencia o como premio u obsequio. Son todos lugares no destinados a la comercialización.

Participan de la operación un “vendedor a domicilio”, así como la persona jurídica que utiliza sus servicios. En este último caso, es responsable de las infracciones que cometa el vendedor, aunque se trate de representante independiente.

En cuanto al “cliente/consumidor a domicilio”, en principio se trata de una persona física que si contrata lo hace por necesidad. Ello no impide una venta a domicilio a una persona jurídica. Cualquiera sea el caso, contratan por necesidad de consumo. En ambos casos, la protección deberá alcanzar a quien contrate fuera del ámbito de su actividad profesional/habitual. Ello debe ser entendido en el sentido que se hallan excluidos de la protección, los contratos que tienen relación directa con las actividades ejercidas dentro del marco de la actividad profesional del adquirente. También los contratos celebrados a distancia, especialmente los realizados a través de medios electrónicos.

En cuanto al objeto del contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales, la disposición alude, genéricamente, a bien o servicio, lo que comprende muebles e inmuebles, a crédito o al contado y los mencionados en el art. 1º de la ley 24.240 sustituido por la ley 26.361, o sea, “adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”.

XXVII. Forma y facultad de retractación

Si bien es cierto que el texto del Código Civil y Comercial de la Nación nada dice sobre el particular, es de estilo que el contrato se celebre por escrito en doble ejemplar. Dicho de otro modo, el consumidor debe contar con un ejemplar del documento contractual. De conformidad a lo dispuesto por el art. 1111, ineludiblemente, debe incorporarse al texto o a los textos, la facultad de retractación a que tiene derecho a ejercer el consumidor.

En orden al derecho de retractación es aplicable lo dispuesto por el art. 1110, a cuyo comentario remitimos, sin perjuicio de lo cual, habrá de tenerse presente que el plazo otorgado al consumidor para desistir de la operación es de días corridos, lo que incluye los feriados y los días no laborables. Y si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el inmediato hábil siguiente. El cómputo debe iniciarse a partir de la aceptación de la oferta oportunidad que, predominantemente coincide con la del pedido. Lo que significa que no se computa el día de la celebración del contrato. El

plazo no podrá prorrogarse por la sola solicitud del consumidor, pero podrá convenírsele. El proveedor no se halla obligado a realizar la entrega antes del vencimiento del plazo acordado. La retractación no puede ser confundida con un período de prueba ya que cuenta con un plazo de reflexión que lo habilita para leer el instrumento del contrato y con tiempo suficiente como para requerir consejo antes de tomar la decisión de retractarse. De donde, la retractación participa de la naturaleza jurídica de una declaración de voluntad unilateral e incausada, de orden público e irrenunciable y su efecto es el aniquilamiento del contrato lo que, en los hechos, significa que el mismo no se ha celebrado.

XXVIII. Contratos celebrados a distancia. Definición legal y fuente

Art. 1105.— Contratos celebrados a distancia. “Contratos celebrados a distancia son aquéllos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa”.

La fuente de este artículo lo ha sido el parágrafo 312.b del Código Civil de Alemania.

Argentina no ha previsto orgánicamente la venta a distancia en la Ley de Defensa del Consumidor 24.240. Sólo contiene dos disposiciones. Una, referida a la venta por correspondencia y otra, por la que se establece que “es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios. No se permitirá la publicación del número postal como domicilio” (art. 33). Otra, referida a la revocación de la aceptación sobre cuyo contenido nos referiremos al comentar el art. 1110 (art. 34, ley 24.240 modificada por ley 26.361).

XXIX. Noción y caracteres

De la definición del Código Civil y Comercial de la Nación, cabe señalar que el elemento esencial de los contratos celebrados a distancia lo constituye el mensaje transmitido a distancia como mecanismo de oferta de productos o servicios dirigidos a potenciales consumidores o usuarios futuros e indeterminados.

La oferta al consumidor se concreta mediante una técnica de comunicación a distancia. La disposición menciona especialmente los medios

postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa. Todo ellos, presuponen la inexistencia de la presencia física simultánea de las partes contratantes, lo que significa que no se ven ya que el consumidor emplea cualquier medio de comunicación a distancia para iniciar las tratativas. La oferta requiere de una aceptación expresa pues es desestimable la aceptación tácita.

XXX. Diferencias con los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales

Lo expresado constituye una de las diferencias entre los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y los contratos a distancia ya que, en los primeros el proveedor por sí o a través de un agente o representante toma contacto personal con el consumidor. Y en esa ocasión suministra la oferta. En cambio, en los contratos a distancia, como quedó expresado, el mensaje es transmitido a distancia como mecanismo de oferta de productos o servicios dirigidos.

Otra diferencia consiste en la intensidad del uso del período de reflexión también aplicable a los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial o del contrato a distancia. En efecto, en los primeros, el consumidor probablemente contrate sin reflexionar mayormente su decisión, ello sin perjuicio de su derecho a retractación. Pero la práctica indica que permanece con su “impresión inicial”. En cambio en los contratos celebrados a distancia, dispone del plazo de reflexión que imperativamente le atribuye el art. 1110, CCCN y cuyo propósito no es sólo el de examinar con suficiente tiempo si la decisión es acertada o no sino, además, verificar ya recibido el bien o prestado el servicio, si el mismo se corresponde con sus expectativas. Lo expresado presupone que el referido plazo de reflexión, en ocasiones, habrá de ser utilizado, también, a los fines de revocar la aceptación por falta de correspondencia en torno a las características del bien o del servicio contratado.

XXXI. Técnicas o modos de contratación a distancia

Genéricamente, podemos afirmar que las técnicas de comunicación a distancia se definen como todo medio que habilite la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor, sin la presencia física simultánea de ninguno de ellos. O dicho de otro modo, sin la presencia física del vendedor. La utilización de una técnica de comunicación a distancia es lo que sustituye la presencia física de las partes. La enunciación que sigue es meramente indicativa.

(a) El correo es un modo idóneo para la celebración de contratos a distancia. En este caso, el impreso consistente en un catálogo, en una circular

o en un anuncio por la prensa escrita, constituye el soporte de la oferta. El impreso puede serlo con o sin destinatario.

(b) La contratación telefónica constituye un medio de gran difusión, especialmente utilizado por empresas de telefonía móvil y bancaria, en este último caso predominantemente en la oferta de préstamos y de tarjetas de crédito. El teléfono puede serlo con intervención humana o sin ella. A esta categoría pertenecen las ofertas por prensa, televisión, radio y a través de mecanismos informáticos.

XXXII. El deber de información

El tema está resuelto en el art. 4º de la ley 24.240 sustituido por la ley 26.361 de Defensa del Consumidor en tanto establece que "el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión". Se trata de una disposición genérica pues la obligación se inicia con la etapa de tratativas o sea con la información previa a la celebración del contrato a distancia, la que deberá ser veraz y suficiente.

En un intento de sistematizar el contenido de la información, afirmamos que en la oferta realizada por el proveedor, éste deberá identificarse, especificar las características esenciales o especiales del bien o del servicio, el precio, separado de él, el costo del transporte, forma de pago, modalidades que adoptará la entrega, el plazo de vigencia de la oferta, duración del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de duración y de ejecución permanente, la facultad de revocar, así como y especialmente, para los contratos celebrados por medios electrónicos, la información debe contener lo necesario para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos (art. 1107, CCCN).

XXXIII. Ámbito subjetivo de aplicación

Conforme la noción de consumidor que surge del art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación, los contratos a distancia se aplican al consumidor y al proveedor, entendiéndose por consumidor "a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. 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".

La adquisición o uso final del bien o del servicio suprime de la definición de consumidor a quien actúa dentro de su ámbito profesional, o sea, a quien prosigue el ciclo económico de la cosa o del bien.

Y la definición de proveedor es aquella que lo identifica como "una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada..." (art. 1093, CCCN). De lo hasta aquí expresado, lo esencial que habrá de retenerse es el propósito final que anima al consumidor: la contratación a distancia sobre bienes o servicios, actuando con un propósito ajeno a su actividad profesional (habitual.) A su vez, el profesional es aquél que actúa en el ámbito de su competencia profesional (comerciante, industrial, artesanal o profesional).

Particularmente, cabe señalar que la actuación de ambos sujetos se traduce en la celebración de un contrato cuyo objeto lo sean bienes o servicios que han sido ofertados (ofrecidos) en el ámbito de un sistema de ventas de bienes o servicios a distancia organizado por el proveedor quien para dicho contrato utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la conclusión del contrato.

XXXIV. Ámbito objetivo. Íter formativo: oferta y aceptación

El ámbito objetivo, o sea la materia de la que trata el contrato al que estamos haciendo referencia, es el celebrado entre el proveedor y el consumidor en el ámbito de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicha categoría de contratos, utiliza técnicas o mecanismos de comunicación a distancia hasta la conclusión del contrato.

Es el proveedor quien, predominantemente, emite una oferta a distancia, mientras que el consumidor es quien debe, o no, aceptarla a través del mismo u otro mecanismo siempre que lo sea a distancia, lo que presupone que el contrato se celebra sin la presencia física simultánea de las partes.

El art. 33 de la Ley de Defensa del Consumidor alude a la aceptación. Lo hace con el rótulo de "respuesta," lo que denota un error de técnica legislativa. En efecto, luego de enunciar —indicativamente— las técnicas de la oferta a distancia, establece "que la respuesta a la misma se realiza por

iguales medios". Los efectos derivados de la falta de aceptación se hallan regulados en el art. 979 del Código Civil y Comercial de la Nación: "...El silencio importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes". En los contratos a distancia no existe "deber de expedirse" por lo que el silencio del consumidor es jurídicamente irrelevante, salvo que las partes hayan acordado lo contrario. En consecuencia, la aceptación requiere ser expresa.

XXXV. Formación del contrato. La oferta (cont.)

Como en todos los contratos, la conclusión de los contratos celebrados a distancia requiere de una oferta y de una aceptación (art. 971 del Proyecto). La oferta se traduce, en ocasiones, en el envío de un catálogo, de prospectos o de cualquier método de promoción de ventas. El catálogo constituye un soporte publicitario e incluyen indicaciones que, a veces, inducen a error. De allí que la contratación a distancia se halle sometida a los deberes de información que surge de la previsión contenida en el art. 1100 del Código, lo que también presupone el sometimiento al principio de buena fe (art. 961, CCCN). Si bien es cierto que las técnicas de marketing empleadas en la comercialización a distancia son las mismas que en otros procedimientos de venta, vale señalar que las técnicas de búsqueda de clientes se localizan muy especialmente en las operaciones de venta a distancia. Existe una técnica denominada de patrocinio o padrinazgo, consistente en incitar a los clientes a hacer conocer a otros lo que han comprado en cuyo caso, si logran que adquieran, los primeros reciben un regalo. Lo que significa que la obtención del regalo se halla subordinada a la compra por parte de un nuevo cliente. Hasta hace años, la venta por correspondencia ha sido la única técnica utilizada. Hoy se han diversificado y son utilizados todos los medios de comunicación modernos, entre otras, el marketing telefónico y el comercio electrónico.

XXXVI. Aceptación de la oferta. El silencio

Como en todos los contratos, el concluido a distancia requiere la aceptación del destinatario de la oferta. Claro que habrá de estarse a las precisiones que contenga el catálogo en el sentido si son suficientes como para constituir una oferta. La aceptación puede adoptar la forma escrita en cuyo caso debe incorporarse la firma del consumidor.

En el caso que la oferta se haya hecho llegar a través de catálogos, valdrá como tal en la medida que aquélla sea suficiente. Y será suficiente si

contiene "las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada" (art. 972, CCCN). Lo expuesto significa que la aceptación valdrá como tal en la medida que importe "plena conformidad con la oferta" (art. 978, CCCN).

En cuanto al silencio habrá de estarse a lo dispuesto por el art. 979 del CCCN, de modo que importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

Si se trata de una oferta realizada entre presentes o la formulada por un medio de comunicación instantáneo (teléfono o Internet), sin fijación de plazo, para que el contrato quede perfeccionado sólo puede ser aceptada inmediatamente (art. 974-2, CCCN), aunque no se haya ingresado en etapa funcional, pues si el medio empleado es el teléfono, queda impedida la entrega de la cosa y el precio, lo que significa que la ejecución queda diferida a la oportunidad acordada por las partes. No es el caso de un mecanismo electrónico como es Internet que posibilita el pago inmediato con tarjeta de crédito por lo que sólo queda diferida en el tiempo la entrega de la cosa.

Cuando la oferta se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación (art. 974-3, CCCN).

Existe un supuesto, bastante común, en que la aceptación se halla subordinada a un examen previo. Es el caso cuando en las negociaciones por correspondencia se propone un bien mueble, predominantemente un libro/s. Como se advierte, se trata de una oferta de venta bajo condición suspensiva ya que el objeto enviado se halla sometido durante un plazo al examen del destinatario quien, si no le satisface, deberá reexpedirlo.

XXXVII. Contratos excluidos

No constituyen contratos a distancia los celebrados mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados, ni las ventas realizadas en subastas.

En los dos primeros, la razón no se halla en la circunstancia que las partes no se encuentran física y simultáneamente una frente a la otra, como acontece en todos los contratos a distancia. En efecto, en los locales automatizados, el consumidor actúa de conformidad con las instrucciones que

le son dadas por el proveedor e inmediatamente el bien o la prestación le son suministrados al primero. Lo expresado, los excluye como contratos celebrados a distancia. Esta situación, parece ser la misma que en la contratación telefónica cuando la aceptación es dada en forma inmediata y, por lo tanto, se la considera un contrato entre presentes y no concluido a distancia.

XXXVIII. Incumplimiento del proveedor

El incumplimiento del proveedor, entre otras razones, puede hallarse motivado en que, al tiempo de ejecución, el bien o el servicio no se halle disponible, en cuyo caso deberá informarse al consumidor quien, salvo que se haya pactado un plazo para el reintegro, tiene derecho, de inmediato, a recuperar las sumas que haya abonado. Otro motivo en que podría fundarse el incumplimiento es que el bien o servicio suministrado carezca de las características esenciales a las que se hacía referencia en la oferta y que motivó la aceptación de la misma. Todo ello, sin perjuicio que el consumidor acepte un bien o servicio de características similares en punto a función, calidad y precio equivalente. En ese caso, el consumidor podrá ejercer nuevamente su derecho de retratación como si se tratara del bien o del servicio inicialmente requerido.

XXXIX. Una práctica abusiva: el envío no solicitado

Constituye una práctica abusiva consistente en la remisión por el proveedor al consumidor, sin que éste lo haya solicitado previamente y por el que se le indica que, indistintamente, puede pagar el precio o devolver el bien.

La gravedad de esta práctica resulta de la circunstancia que el proveedor aprovecha la falta de disposición, la falta de tiempo o la dejadez del consumidor para reintegrar el bien, con la previsible consecuencia que termina percibiendo el precio.

Existe un antecedente en el Derecho Comparado. Nos referimos a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de España (ley 7/1996) por el que se establece que "queda prohibido enviar al consumidor artículos o mercancías no pedidos por él al comerciante cuando dichos suministros incluyan una petición de pago. En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el receptor de tales artículos no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio". Un ejemplo distinto al expresado es el de las muestras comerciales pero única y exclusivamente cuando tengan carácter gratuito. Como efecto de lo aquí expresado, el texto establece que "...cuando el envío "incluya una petición de pago", el destinatario no está

obligado a pagar ni a reexpedir. Es decir, tiene derecho a hacer suya la mercancía, sin cargo alguno". Lo propio acontece en Francia donde se sanciona esta práctica de venta sin requerimiento previo. Se trata de una infracción que consiste (a) en el envío de un objeto no solicitado por el destinatario, lo que presupone que no habría infracción cuando el envío se halla precedido de una carta del destinatario solicitando el examen del objeto; o (b) el envío por el proveedor de una correspondencia acompañando el objeto y dando a entender al consumidor que puede elegir entre reintegrarlo o pagar el precio.

XI. Ejecución del contrato

Si bien el pago puede efectuarse al tiempo en que se requiere el envío del bien, existe el riesgo que el proveedor no ejecute o no pueda ejecutar ulteriormente su obligación principal consistente en el envío del bien o el suministro del servicio.

El pago del precio puede ser efectuado contra reembolso del bien o del servicio requerido. En ese caso, el contrato deberá ser analizado como una venta la condición suspensiva de recepción del bien o del servicio. La transferencia de la propiedad del bien vendido acontece al tiempo en que el mismo es recibido por el consumidor.

En caso de defecto de la ejecución del contrato por el proveedor con motivo de la indisponibilidad del bien o del servicio encomendado, el consumidor debe ser informado de la indisponibilidad y reembolsar, el pago que ya se hubiera realizado.

XLI. Utilización de medios electrónicos

Fuente. Forma. Momento y lugar de cumplimiento

En la actualidad, cabe afirmar la expansión del uso de medios electrónicos útiles para la comercialización. El Código Civil y Comercial de la Nación se refiere a ellos, específicamente con relación al medio probatorio:

Art. 1106.— Utilización de medios electrónicos. "Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar".

La fuente del presente artículo lo es el art. 1268 inc. 5º de la "Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos" para España, del año 2010.

La forma escrita es exigida a los fines probatorios.

Si la parte que realizó la oferta se halla en un lugar distante del que formuló la aceptación, se entiende que hay consentimiento desde que el proveedor conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, el proveedor no pueda ignorarla sin infringir el principio de buena fe.

Se considera lugar de cumplimiento aquél en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato (art. 1109, CCCN).

XLII. Información sobre los medios electrónicos. Fuente y denominación

El Código Civil y Comercial de la Nación ha regulado la hipótesis en que las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica para la celebración de contratos de consumo a distancia, a través de la siguiente disposición:

Art. 1107.— Información sobre los medios electrónicos. “Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos”.

España ha regulado exhaustivamente el contenido de la misma y la ha enunciado en el dec.-ley 1/2007 (“Texto refundido de la ley de defensa de los consumidores y usuarios”) y donde se menciona el (a) costo de la utilización de la técnica de comunicación a distancia, (b) las características esenciales del bien o servicio; (c) los gastos.

En orden a la denominación, creemos que la más precisa es la de “contratos celebrados mediante uso de instrumentos informáticos”.

XLIII. El comercio electrónico. Definición

El comercio electrónico constituye un mecanismo específico de los contratos concluidos a distancia. También Francia lo ha regulado a partir de la ley 2004-575 por el que se define al comercio electrónico como “la actividad económica por la cual una persona propone o asegura a distancia y por visión electrónica el suministro de bienes y servicios”. Lo expresado

presupone que también, por esta vía, se suministra información en línea que incluye comunicaciones comerciales.

Se halla constituido por un intercambio de datos por medios electrónicos relacionados con la actividad comercial habitual del proveedor, como ser compraventa de bienes o prestación de servicios lo que incluye las tratativas (negociaciones) precontractuales y la prosecución de las mismas lo que incluye la celebración del contrato y el pago electrónico.

El tema ha sido especialmente considerado en los países que integran la Unión Europea, muy especialmente a través de Directivas como la 2000/31 de la CE del Parlamento Europeo. España hizo la transposición a su derecho nacional a través de la ley 34/2002 sobre “Comercio electrónico”, bajo la denominación de “servicios de la sociedad de la información” que atrapa en su regulación no sólo la contratación de bienes y servicios por vía electrónica sino, además, el suministro de información vía Internet.

XLIV. El comercio electrónico en el Código Civil y Comercial de la Nación. Fuente

El Código Civil y Comercial de la Nación hace referencia a la utilización de esta técnica, a su vigencia, a su subsistencia condicional y al momento de la aceptación a través de la siguiente disposición:

Art. 1108.— Ofertas por medios electrónicos. “Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación”.

La fuente del presente artículo, lo es el art. 1268 incs. 2º y 3º de la “Propuesta para la modernización del derecho de las obligaciones y contratos” para España, del año 2010.

En este país, existe una restricción fundada en la Directiva 2000/31 C.E. referida a la información procedente de otros países, cuando exista daño o peligro grave contra ciertos valores fundamentales como el orden público, la salud pública o la protección de los menores. Pero la regulación se halla contenida, como ya lo hemos expresado, en la ley 34/2002 donde a los fines de proteger los intereses de los destinatarios de la información, se impone a los prestadores de servicios la obligación de facilitar el acceso a sus datos de identificación a cuantos visiten su sitio de Internet.

En ese caso, se destaca la obligación del proveedor de informar sobre los precios que apliquen a sus servicios y la de permitir el acceso a las condiciones generales a que se someta, e imprimir las mismas.

XLV. La contratación con consumidores

Cuando la contratación se efectúe con consumidores, el proveedor deberá, además, auxiliarles en el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y ayudarles a corregir los errores incurridos en la introducción de datos y confirmar la aceptación realizada una vez recibida. Es lo que establece la disposición que anotamos: "...todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos".

Obviamente, estamos haciendo referencia a la obligación de información que el proveedor debe suministrar al cliente/consumidor: debe identificarse, consignar su dirección postal y electrónica, sus números de teléfono, todo lo cual le permitirá al consumidor "entrar en contacto". Es de estilo incluir la inscripción en el Registro Público de Comercio y poner a disposición de quien lo requiera, las condiciones contractuales de una manera que permita su lectura y análisis.

XLVI. Formación del contrato

Como en la totalidad de los contratos, se perfecciona por el encuentro coincidente de la oferta y la aceptación. La oferta debe contener las distintas etapas útiles a los fines de concluir el contrato por vía electrónica. Los medios técnicos, ya quedó expresado, son los ordenadores quienes pueden dialogar entre sí en forma instantánea y conforme a una programación previa. De este modo, uno de ellos emite la oferta contenida en la declaración unilateral de voluntad del proponente. Si la misma es aceptada inmediatamente una vez recibida, el contrato queda perfeccionado para producir sus efectos propios, lo que presupone un contrato "entre presentes".

Si el destinatario de la oferta está ausente o su aceptación requiere de un plazo de reflexión, la propuesta queda almacenada en la memoria de su computadora. En ese caso el intercambio de declaraciones ya no es instantáneo. Cuando ulteriormente se emita la aceptación, el contrato quedará formado "entre ausentes".

La declaración de voluntad mediante señales electromagnéticas (por pulsos eléctricos o registros magnéticos), queda visualizada en pantalla o

es reproducida en un texto impreso. Ello constituye una decodificación y reproducción en símbolos gráficos legibles de aquello registrado en forma electromagnética.

La importancia de lo expuesto —recepción de pulsos o su decodificación—, radica en la determinación del momento en que el contrato queda perfeccionado.

A nuestro entender, el contrato queda perfeccionado cuando el proponente pueda verificar —vía decodificación— sensorialmente, que la aceptación se ajusta a la oferta.

XLVII. Lugar de cumplimiento. Jurisdicción aplicable. Cláusula de prórroga de jurisdicción

Todos estos temas han sido regulados por el Código Civil y Comercial de la Nación del siguiente modo:

Art. 1109.— Lugar de cumplimiento. "En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquél en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita".

La importancia en la determinación del "lugar de cumplimiento" reside, en los hechos, en que ese lugar "fija la jurisdicción aplicable". Y el lugar de cumplimiento lo fija el Código en aquél en el cual el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Predominantemente, el consumidor recibe el bien o el servicio en su domicilio particular o en el lugar de trabajo.

Si el proveedor incluyó en el/los documento/s contractual/es una cláusula de prórroga de jurisdicción, por anticipado, se la declara abusiva y, por tanto, se la tiene por no escrita.

XLVIII. Revocación del contrato. Plazo. Derecho irrenunciable

Todos los temas relativos a la revocación del contrato han sido materia de regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación, empezando por el reconocimiento del derecho, de su carácter irrenunciable, de su ejercicio, del plazo, del cómputo y del efecto de las cláusulas que aludan a la imposibilidad del ejercicio del derecho. Y lo hace así:

Art. 1110.— Revocación. “En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez (10) días computados a partir de la celebración del contrato. Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce. Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos”.

XLIX. Fuente y consideraciones previas

La fuente de la presente disposición se halla en el art. 159 incs. 1º y 5º del “Código Europeo de Contratos” (Grupo Pavía/Gandolfi), cuando hace referencia al derecho que le asiste “al consumidor insatisfecho o que ha cambiado de idea” y, parcialmente en el art. 34 de la ley 24.240 modificado por la ley 26.361.

Por nuestra parte, señalamos que la insatisfacción o el cambio de idea se hallan implícitas en la decisión del consumidor, por lo que consideramos que éste no se halla obligado a fundar su decisión. De allí que se le denomine “retractación incausada” o “discrecional”.

En aquél proyecto, se declara la nulidad de todo pacto contrario a la facultad de desistir como lo constituye la renuncia (art. 159 inc. 5º). En España, el dec.-ley 1/2007 en su art. 101 inc. 2º, se establece que “serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo”.

Otra fuente análoga se halla constituida por lo dispuesto por el artículo L. 121-25, “Code de la consommation”, de Francia.

L. Fundamento y ejercicio del derecho de revocación

Sobre el ejercicio del derecho de revocación nos remitimos a lo ya expuesto *supra* en II, parágrafo 3º. Sin perjuicio de lo cual, añadimos lo siguiente:

El ejercicio por el consumidor de su derecho de retractación importa la extinción de pleno derecho del contrato de crédito destinado a asegurar el financiamiento. No debe ser fundada. Basta con un simple desistimiento sin necesidad de justificar las razones de su decisión. Como ya quedó expresado antes de ahora, el consumidor que ejerce el derecho de retractación debe reintegrar el bien inmediatamente y en buen estado.

El derecho de revocación no debe ser confundido con el arrepentimiento. En efecto, el contrato a distancia se concluye bajo la denominación de “*bon de commande*”, o sea con orden de pedido y si el comprador acepta el bien, la operación se retrotrae al día de la conclusión del contrato. Y por el contrario, el adquirente que no acepta el bien, hace que la venta jamás se haya concluido. Lo expresado significa que toda venta a distancia deviene una venta bajo condición de examen previo. El plazo de reflexión de diez días al que alude la disposición puede ser prolongado si existe conformidad de partes, pero no puede ser limitado en el tiempo aunque medie acuerdo ya que se trata de un plazo irrenunciable establecido por una disposición indisponible.

El inconveniente que pone de manifiesto la contratación a distancia es la imposibilidad real del consumidor de observar el bien, de contrastarlo, de verificar sus características, antes de la celebración del contrato. Ello fundamenta el derecho de revocación que se le concede.

Este derecho de retractación, de carácter discrecional, debe ser ejercido sólo por el consumidor, contrariamente a lo que acontece con el proveedor quien no podría invocar tal derecho para desvincularse de sus obligaciones. Debe ser ejercido en el plazo previsto en el art. 1112. La excepción a este principio está dada por la circunstancia que el proveedor haya omitido informar debidamente al consumidor su derecho a revocar (art. 1111, CCCN).

Puede acontecer que el bien objeto del contrato haya llegado a poder del consumidor antes de la aceptación. En ese caso, el plazo se computa desde la recepción de aquél.

LI. Deber de informar el derecho a la revocación. Fuentes

El Código Civil y Comercial de la Nación ha regulado el deber al que se refiere el título. La disposición consagra al proveedor como titular del deber y la obligación de que la información se halle destacada del resto de las restantes cláusulas contenidas en el documento así como su ubicación en el texto, así como el efecto derivado de la falta de información. Lo hace a través de la siguiente disposición:

Art. 1111.— Deber de informar el derecho a la revocación. “El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho”.

Constituye fuente parcial de esta disposición, la previsión contenida en el art. 34, apart. 2º, ley 24.240 modificado por ley 26.361.

La obligación del proveedor, consistente en informar al consumidor por escrito su facultad de revocación, tiene como fuentes el art. 9º inc. 1º del "Código Europeo de Contratos" (Grupo Pavía/Gandolfi), donde se alude al derecho del consumidor a "desistir del contrato". En igual sentido, se lo redacta en el art. 1267 inc. 1º de la "Propuesta para la modernización del derecho de las obligaciones y contratos" para España del año 2010. A su vez, en Francia, se lo enuncia como "renunciar al pedido" (art. L. 121-25, "Code la consommation"). Una vez más nos hallamos con un mismo fenómeno jurídico que adopta distintas denominaciones. Entre nosotros, técnicamente no es de uso las frases "desistimiento del contrato", ni la de "renuncia al pedido". Por el contrario, examinamos la revocación como un medio de extinción del contrato. Lo propio acontece en el Código Civil italiano, arts. 800 a 809 o en el Código Civil español, arts. 644 y 1732.

LII. Contenido de la disposición

Debemos reconocer la riqueza de la disposición proyectada, aunque en una apretada síntesis podamos afirmar que: (a) la información que el proveedor debe suministrar al consumidor, debe serlo en caracteres destacados, de modo que su inserción en el/los documento contractual, no pase desapercibida; (b) la referida información debe ser suministrada en período de tratativas o en el documento con el que se instrumenta el contrato; y (c) en ambos casos, debe ser incluida en la disposición inmediatamente anterior a la firma del acto.

Se le asigna tal trascendencia a la información, al punto que la infracción a dicha obligación posee un efecto sobre el plazo de reflexión: se lo tiene por no extinguido mientras subsista la omisión.

LIII. Forma y plazo para notificar la revocación

En este caso, la regulación apunta al deber del consumidor consistente en notificar al proveedor su decisión y los medios que puede utilizar para hacerlo. Se lo regula del siguiente modo:

Art. 1112.— Forma y plazo para notificar la revocación. "La revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de diez (10) días computados conforme a lo previsto en el art. 1110".

LIV. Fuentes y plazo de la revocación

El Proyecto Europeo de Contratos (Grupo Pavía/Gandolfi) alude a la forma escrita del desistimiento (art. 159 inc. 1º) "en la que se puede limitar a expresar su intención de desistir del contrato o de su oferta".

Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. En este sentido se decide el art. L. 121-16, "Code de la consommation", Francia.

LV. Forma

Universalmente, la forma que adopta la información sobre el derecho que asiste al consumidor a revocar su aceptación es la escrita. En efecto, el artículo 1111 establece su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. En países como España se prevé la entrega al comprador en el momento de ejecución del contrato de un documento de desistimiento de la compra, lo que facilita las cosas al consumidor/adquirente ya que la mayor parte de ellos carecen de conocimientos jurídicos suficientes, pudiendo resultarles la redacción de un documento de revocación, una dificultad insalvable para el ejercicio del derecho. La excepción, se halla constituida por una conducta tácita del consumidor consistente en la devolución de la cosa. Se trata de un acto inequívoco que hace presumir la revocación de pleno derecho.

LVI. Efectos de la revocación. Fuente y consideraciones previas

El Código Civil y Comercial de la Nación regula los efectos derivados de la revocación a través de la siguiente disposición:

Art. 1113.— Efectos del ejercicio del derecho de revocación. "Si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspectivas y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido".

Fuente parcial de esta disposición lo constituye el art. 159 incs. 3º y 4º del "Código Europeo de Contratos" (Grupo Pavía/Gandolfi).

Las obligaciones correspectivas refieren al reintegro por el proveedor de las sumas recibidas, sin retención de gastos (art. 1115), aunque sí, parece razonable, el costo de la devolución del bien. La disposición no establece plazos, lo que presupone la necesidad de que lo sea "lo antes posible".

De lo hasta aquí expuesto, surge evidente que, noticiado el proveedor de la revocación del contrato, las partes se hallan habilitadas para exigir la restitución de lo entregado.

LVII. Quid del contrato financiado

La cuestión no ha sido regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Existen precedentes legislativos donde se establece que en caso de que el precio de un bien o de un servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido por el proveedor, o en caso de que el precio haya sido total o parcialmente acordado mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor, el contrato de crédito quedará resuelto sin penalización en caso de que el consumidor ejerza su derecho de revocación (art. 6.4 de la ley 47/2002 que transpuso la Directiva comunitaria 7/97 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia). Como se advierte, nos hallamos en presencia de un contrato conexo, lo que significa que a estar a lo dispuesto por el art. 1075 del Proyecto nos hallamos frente a un supuesto de frustración de la finalidad económica del contrato.

LVIII. Imposibilidad de devolución. Fuente, principio general y excepciones

El Código Civil y Comercial de la Nación ha regulado la hipótesis consistente en que la devolución por parte del consumidor, sea imposible. Lo ha hecho manteniendo subsistente el derecho a revocar el contrato aun cuando la misma le sea imputable, en cuyo caso el consumidor debe afrontar el pago de la prestación a valor de mercado. Lo ha hecho a través de la siguiente disposición:

Art. 1114.— Imposibilidad de devolución. “La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato no priva al consumidor de su derecho a revocar. Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último”.

La fuente se halla constituida por el art. 1.265 inc. 5° de la “Propuesta para la modernización del derecho de los Contratos y Obligaciones”, para España del 2010. El principio general consiste en que la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor o usuario, no privará a éste de ejercitar el derecho de revocación. Si la referida imposi-

bilidad es imputable al consumidor, éste deberá afrontar el pago a valor de mercado a favor del proveedor que la prestación hubiese tenido al tiempo del ejercicio del derecho a retractación, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso sólo deberá pagar este último.

LIX. Los gastos efectuados por la retractación

En cuanto a los gastos del reintegro de la prestación el Código Civil y Comercial de la Nación ha dispuesto:

Art. 1115.— Gastos. “El ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella”.

La disposición es clara en cuanto dispone que el consumidor se halla exonerado de gastos con motivo de haber ejercido el derecho de retractación. La referencia apunta, a continuación, a la circunstancia regulada en el art. 1113, en el sentido que, notificada la retractación las partes deben reintegrarse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido. Pues bien, en ese caso, si el bien que, en su momento, recibió el consumidor ha disminuido su valor siempre y cuando sea consecuencia de su uso “conforme lo pactado o a su propia naturaleza”, nada debe reembolsar. En cambio, sí tiene derecho al reembolso de los “gastos necesarios y útiles” que realizó en ella. El reembolso puede ser efectuada por todo medio de pago, ello sin perjuicio que el profesional/proveedor puede proponer una modalidad de reembolso que el consumidor puede aceptar o no.

LX. Excepciones al derecho de revocar

A través de una norma supletoria, el Código Civil y Comercial de la Nación ha enunciado las distintas hipótesis que constituyen excepción al derecho de revocar:

Art. 1116.— Excepciones al derecho de revocar. “Excepto pacto en contrario, el derecho de revocar no es aplicable a los siguientes contratos:

Los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez.

Los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente.

Los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas”.

LXI. Fuentes. Excepciones

La fuente de esta disposición, lo constituye la ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista de España.

Las tres excepciones al derecho de revocar a las que se alude en la disposición se fundan en un caso (a) en la improponibilidad de la revocación cuando el bien adquirido ha sido encomendado por el consumidor quien suministró al proveedor todas las especificaciones. Dicho de otro modo, el bien o el servicio no fue ofrecido al consumidor sino, por el contrario, encargado por éste.

La otra hipótesis, emparentada con la anterior, es la que está referida a un bien personalizado, entendiéndose por tal, el que ha sido confeccionado sólo para la persona del consumidor de modo tal que, por su naturaleza, no puede ser devuelto o puede deteriorarse rápidamente.

Otra exclusión se halla constituida por los supuestos previstos en (b) ya que la circunstancia que haya sido el consumidor quien haya decodificado las grabaciones sonoras, videos, programas informáticos sitúa la hipótesis de una conducta inequívoca y concluyente de aceptación por parte del consumidor siendo, por tanto, inadmisibles la retractación. Finalmente, la naturaleza del servicio diario o periódico de suministro de prensa, publicaciones o revistas, hace imposible el ejercicio del derecho de revocar.

LXII. Cláusulas abusivas. Cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial. *Quid* en los contratos por adhesión y de consumo. Cláusulas abiertas

1. El texto legal

Cabe reconocer que el Código intenta y logra suministrar al contrato por adhesión un tratamiento pleno, ingresando a la regulación de todos los

temas que le son inherentes y diferenciando con rigor, la disciplina de esta categoría con la del contrato de consumo con la que, en ocasiones, se identifica y que no es otro que, cuando el contrato de consumo se perfecciona por adhesión a cláusulas predisuestas. Veremos a continuación cómo en una misma norma se enuncian dos cláusulas abiertas previstas en los incs. a) y b) y una referencia a una subcategoría de cláusulas abusivas que, no son otras, que las cláusulas sorprendivas.

Art. 988.— “Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

- a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente;
- b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias;
- c) las que por su contenido, redacción o presentación, no fuesen razonablemente previsibles”.

En primer lugar, la definición de cláusulas abusivas fue incorporada por el Código al Título III, que regula los contratos de consumo, concretamente al art. 1119 que establece lo que sigue: “Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

En segundo lugar, el análisis de la definición lo haremos más adelante cuando analicemos el contrato de consumo.

En tercer lugar, cabe señalar que el artículo 988 del Código al establecer dos supuestos en que las cláusulas se tendrán por no escritas, alude a dos cláusulas abiertas en las que el Código opta por reproducir el texto del art. 37 incs. a) y b) de la Ley de Defensa del Consumidor.

Ello significa que el Código a través de la disposición examinada ingresó de lleno al control judicial de las cláusulas abusivas.

Sobre el particular, cabe señalar que si bien es cierto que existen diversos sistemas de control sobre las cláusulas abusivas, el que mejor satisface, por su plenitud, un sistema de control judicial es aquél que (a) incluye una cláusula abierta, (b) un elenco de cláusulas nulas de pleno derecho y (c) otro de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas

luego de una apreciación judicial. Las dos últimas deberán ser contenido de listas que deberán incluirse en la ley especial. Como quiera que sea, la decisión de que ambos elencos de cláusulas se hallen incluidos en un Código o en una ley especial conforma una cuestión de política legislativa. En la actualidad predomina el hecho que los referidos elencos constituyan contenido de Códigos del consumidor o de leyes especiales, tendencia a la que se sumó en su momento, la Comisión de Reformas.

En cuanto a la cláusula abierta o cláusula general, se caracteriza por tratarse de una disposición legal de carácter imperativo, que tiene por objeto o por efecto el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran los contratos.

Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y en el principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores en tanto débiles jurídicos, y en la finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo. Es aplicable a todas las hipótesis que se le subsuman, pero específicamente a los supuestos no incluidos en el elenco de cláusulas ineficaces de pleno derecho o en el enunciado de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas judicialmente.

Operan como una red de protección en tanto impiden que se evadan de dicha calificación aquellas hipótesis no incluidas en los elencos de cláusulas calificadas como abusivas. Y dada su amplitud, presupone que las listas de cláusulas —negras o grises— sean meramente indicativas.

Vale señalar como punto de referencia, que el Código Civil de Alemania contiene una cláusula abierta como la descrita (parág. 307); un elenco de ocho categorías de cláusulas prohibidas previa apreciación judicial (parág. 308) y otro elenco de trece categorías de cláusulas prohibidas sin necesidad de apreciación judicial (parág. 309). Desde un punto de vista sistemático, el sistema implementado por los parágrafos 308 y 309 del Código Civil alemán tiene la ventaja de agrupar las cláusulas abusivas por temas.

LXIII. Cláusulas abiertas en el Código Civil y Comercial de la Nación

En cuanto a las dos cláusulas abiertas a las que se alude en el art. 988 del Código, cabe computarlo como una mejora ostensible al texto del art. 37 incs. a) y b) de la Ley de Defensa del Consumidor. En efecto, tal como está redactado este último, cabe formular una objeción conceptual ya que aludir a las "cláusulas que desnaturalizan las obligaciones" y a las

"cláusulas por las que se amplían los derechos del predisponente o se restrinjan las del consumidor" parecieran expresar lo mismo ya que no hay modo de desnaturalizar las obligaciones o la relación obligacional que no sea ampliando significativamente los derechos del predisponente o suprimiendo sus obligaciones o restringiendo los derechos del consumidor o ampliando sus obligaciones. En pocas palabras, provocando un desequilibrio contractual.

Tal como se halla redactado el Código (art. 988 inc. a), se advierte que se reproduce parcialmente lo que dispone el art. 37 inc. a) de la ley 24.240 ya que se alude expresamente como cláusulas abusivas a aquéllas que "desnaturalicen las obligaciones del predisponente". Como se advierte, la Ley de Defensa del Consumidor refiere a "las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones..." sin indicar a quién hacen referencia. En cambio, el Código con un criterio más realista y con una redacción más clara, indica inequívocamente que son cláusulas abusivas aquéllas "que desnaturalicen las obligaciones del predisponente".

Como quiera que sea, "las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones" son aquéllas que alteran o desfiguran el vínculo obligacional en tanto presupone dos centros de interés.

El art. 988 inc. b) del Código establece que consisten en cláusulas abusivas: "b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias". Una vez más, el Código ha mejorado significativamente el texto del art. 37 inc. b), tomando como fuente la previsión contenida en el art. 968 inc. d) del Anteproyecto de 1998.

La expresión desnaturalización de la relación a la que se halla obligado el predisponente refiere a tres hipótesis:

(a) ampliando los derechos del proveedor/profesional con daño al consumidor;

(b) modificando, en su favor y en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido en su carácter de proveedor/profesional;

(c) ampliando las obligaciones del consumidor o restringiendo o suprimiendo sus derechos.

Y de todo ello, resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocas de tal entidad (manifiesto), que quede compro-

metido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia.

Cuando la cláusula observada no se halle enunciada en un elenco de reglas nulas de pleno de derecho o en un enunciado de cláusulas presumiblemente nulas, el examen de los caracteres que perfilan el abuso presupone en el intérprete un amplio poder discrecional en punto a la evaluación del desequilibrio significativo.

En cuanto a las cláusulas que amplíen los derechos del predisponente/proveedor o restrinjan los derechos del adherente/consumidor que resulten de normas supletorias, no requieren de mayores explicaciones añadidas a las ya expuestas. Bastaría con afirmar de ellas que constituyen el fundamento del desequilibrio contractual.

Una sistematización de ellas y que, a su vez, como venimos sosteniendo, desnaturalizan las obligaciones podría ser la que ensayamos a continuación:

a) Cláusulas por las que se amplíen los derechos del predisponente, como por ejemplo, la cláusula que sólo a él lo faculta para rescindir unilateral e incausadamente el contrato (art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 33, inc. 2º, letra g, "Codice del consumo" de Italia); o suspender su ejecución (art. 1398, Cód. Civ. de Perú); o hacer constar la adhesión del consumidor a cláusulas que no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato (art. 132-1, decreto 2009-302, Francia); o conferirle el derecho exclusivo de interpretar cualquiera de las cláusulas.

b) Cláusulas por las que se reserve el predisponente el derecho de modificar, en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido como, por ejemplo, la relativa a las características del producto o el contenido del contrato (inc. k, Anexo, Direc. 93-13- C.E.E.; art. 132-1 inc. 3º, dec. 2009-302, Francia).

c) Cláusulas por las que se reduzcan o supriman obligaciones comprometidas por el predisponente como, por ejemplo, la cláusula exonerativa de responsabilidad o limitativa de reparación (art. 37 inc. a, ley 24.240; art. 132-1, inc. 6º, dec. 2009-302, Francia) en caso de muerte o daño en la persona del consumidor (art. 33 inc. 2º ap. 1, "Codice del consumo", Italia).

d) Cláusulas por las que se amplíen (agraven) inequitativamente las cargas u obligaciones del adherente, como, por ejemplo, la cláusula por la que se modifique las normas sobre prórroga de jurisdicción (art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 85 inc. 2º, dec.-ley 1/2007, España); o una cláusula

por la cual se consagre la inversión de la carga de la prueba (art. 37, Ley de Defensa del consumidor 24.240; art. 88 inc. 2º, dec.-ley 1/2007, España).

e) Cláusulas por las que se supriman o reduzcan los derechos del adherente, como, por ejemplo, la cláusula que limite la facultad de oponer excepciones (art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 1398, Cód. Civ. de Perú); o la cláusula por la que se suprima u obstaculice "el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no prevista por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante" (anexo sobre cláusulas abusivas correspondiente a la Directiva 93/13 de la C.E.E.; art. 132-1 inc. 12, dec. 2009-302, Francia).

LXIV. Cláusulas sorpresivas. El texto en el Código Civil y Comercial. Noción

En cuarto lugar, el último párrafo del art. 988 del Código, el identificado con la letra c), constituye una novedad en nuestra legislación pues hace referencia a las cláusulas sorpresivas al aludir en la disposición al carácter más saliente y definitorio de las mismas: la imprevisibilidad. Dice así: "...c) las que por su contenido, redacción o presentación, no fuesen razonablemente previsibles".

Sobre el particular, cabe señalar que las cláusulas sorpresivas constituyen una subcategoría o, si se prefiere, un desprendimiento de las cláusulas abusivas.

De allí que su examen requiera, con carácter previo, una consideraciones generales y el ensayo de una noción.

Las cláusulas sorpresivas participan del género de las cláusulas abusivas.

Los contratos por adhesión pueden llegar a contener cláusulas excepcionales, imprevisibles según las circunstancias y la materia objeto del contrato.

La cláusula se habrá de calificar de sorpresiva cuando su uso no sea habitual al contratar sobre la base de cláusulas predispuestas. En ese caso, no vincula al adherente, por no integrar el contenido usual o previsible del contrato.

Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no imagina que integrarían el contenido del contrato.

Avanzando en estos desarrollos, pareciera que contribuye a perfilar más nítidamente el concepto de cláusula sorpresiva, el cotejo que se efectúe entre la materia (objeto) del contrato y su contenido o marco regulatorio, con la configuración interna de la cláusula cuestionada.

Estimamos que la calificación de insólita, de inesperada, o inaudita de la referida cláusula, debe ser una conclusión natural del antedicho examen comparativo, del que resulte que su incorporación al contrato importa inequidad e irrazonabilidad.

No es suficiente que la cláusula sorpresiva sea inesperada. Es preciso que se trate de una situación de acentuada inequidad (desequilibrio) y de subrayada anormalidad. Debe tratarse de una cláusula que no es normal incluir entre las cláusulas predispuestas con las que se opera; no se cuenta razonablemente con su inclusión. De allí que, apriorísticamente, no pueda formularse una lista de "cláusulas sorprendentes". A lo sumo podrán enunciarse algunas conocidas. Y a medida que sean incluidas repetidamente, dejarán de constituir una sorpresa.

En consecuencia de lo hasta aquí expuesto, podemos sistematizar el criterio para considerar sorpresiva una cláusula predispuesta:

a) En primer lugar se debe realizar un análisis total del "iter negocial" desde el comienzo de las negociaciones hasta la etapa formativa, lo que incluye la publicidad y, por ende, las expectativas (representación mental) normales generadas en el adherente de acuerdo con la materia introducida al "campo" contractual.

b) La cláusula sorpresiva es aquella que se contradice (se halla en contraste) de modo trascendente con las expectativas legítimas y normales (razonables) que genera en el adherente un contrato de la naturaleza del concluido y que aparece insólitamente en el contenido del negocio, provocando una desnaturalización de la relación de equivalencia.

En Alemania, por ejemplo, a instancia de la jurisprudencia, se ha estimulado a los predisponentes para que las cláusulas de contenido inhabitual, susceptibles de sorprender, queden recogidas en los impresos de manera visible o que se haga una referencia a las mismas de manera expresa.

La Ley sobre Cláusulas Generales Contractuales de Austria (C.P.A., *Consumer Protection Act* de 1979) otorgaba protección al consumidor desde la formación del contrato, suministrándole el derecho a requerir la cancelación de aquellas cláusulas que tomen al consumidor por sorpresa. Respecto

de las cláusulas "inesperadas" se establece que las estipulaciones inusuales en las condiciones generales de los contratos *no forman parte del contrato si son desventajosas para la otra parte y no hay razones que justifiquen su existencia en dichas circunstancias* (art. 864 a, Cód. Civ.).

LXV. Caracteres y control sobre las cláusulas sorpresivas

Las razones por las que el ordenamiento jurídico reacciona contra esta categoría de cláusulas es porque constituyen un *plus* por sobre la generalidad de las cláusulas abusivas. En efecto, estas últimas se caracterizan por desnaturalizar el vínculo contractual con daño al consumidor y que no siempre, pero de ordinario, aparecen en los textos contractuales. En cambio, las cláusulas sorpresivas, además de lo expuesto, son inusuales, insólitas. Debutan, se inauguran en la hipótesis concreta, aun cuando se demuestren precedentes en textos contractuales que instrumentan otros tipos contractuales.

Las cláusulas sorpresivas no forman parte de las reglas de autonomía propias del contrato en cuestión. No se cuenta con ellas. Aparecen subrepticamente. Se trata de cláusulas que ingresan clandestinamente. Su inclusión en el contrato, justamente, presupone que el predisponente cuenta con que el adherente no las espera, por lo que su expectativa consiste en tomarlo desprevenido. Es una cláusula que exhibe una desmesurada deslealtad.

Si ello es así, la cláusula sorpresiva contiene una alta dosis de inmoralidad, más allá de que, por abusiva, alcance categoría de regla, formal o materialmente ilícita.

De allí que el ordenamiento jurídico reaccione en su contra, de la misma manera que lo hace con las cláusulas abusivas, teniéndolas por no escritas, como no formando parte del contrato.

Para contrarrestar este efecto se ha intentado, doctrinariamente, ir más allá, por ejemplo, de las formas seudolegitimantes del art. 1341 del Código Civil italiano. Ya no basta, para que adquieran eficacia, con la firma específica de cada cláusula leonina. Ahora se afirma que se hace necesario llamar la atención del adherente sobre su inclusión en el texto, luego hacerlas suscribir y, finalmente, tenerlas por incorporadas por la circunstancia que el cliente haya tenido razonable noticia de las mismas.

La solución propuesta no difiere, básicamente, de la concepción legitimadora que procede del art. 1341 del Código Civil italiano. El abuso contractual en el marco de los contratos por adhesión no es factible *legitimar*lo con la

adopción de formas solemnes (la firma de la cláusula), ni con ficciones de conocimiento, ni con presunciones de consentimiento. Lo real es que no existen fórmulas que excluyan el control judicial (de legitimidad o equidad) sobre las cláusulas abusivas en cualquiera de sus variantes.

La solución propiciada, por ejemplo, por el art. 1341 del Código Civil italiano del que, en su momento, se hizo eco el art. 969 del Proyecto del 98, ha sido, afortunadamente, dejada de lado por el Código Civil y Comercial de la Nación, ya que se consideró que no era factible legitimar una cláusula abusiva por ningún medio, ni aparentando una negociación individual, ni simulando una aprobación por parte del adherente/consumidor, tan fácil de lograr en una categoría contractual donde aparece nítidamente conformada la desigualdad en el poder de negociación.

En efecto el art. 1118 del Código establece que “las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”. En esta última disposición se advierte el rigor protectorio del sistema consagrado en el Código. Por lo demás, el artículo anterior, el 1117, establece que el régimen de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo se aplica a los contratos por adhesión, por lo que el sistema protectorio se lo ha extendido a todos los supuestos imaginables.

DE LOS CONTRATOS EN PARTICULAR

POR JUAN CARLOS HARIRI

El nuevo Código trata en el Libro III, Título II Los Contratos en general, previendo en el Capítulo 1, disposiciones generales que se extienden en la clasificación de los contratos formación del consentimiento y demás circunstancias que hacen a su celebración. En pocas palabras, introduce una parte general.

I. Contrato de compraventa

Comienza el Título IV —Contratos en particular— con el desarrollo del contrato de compraventa definiéndolo e indica que las normas allí desarrolladas se aplican supletoriamente a la transferencia de derechos reales y también cuando el objeto sean títulos valores por un precio.

Advertimos en esa norma un alcance sumamente trascendente y al mismo tiempo bastante difuso, pues no debemos olvidar que los derechos reales tienen sus características propias. Lo mismo cabe decir respecto de los títulos valores, pero los legisladores entendieron asimilarlos con estos actos jurídicos.

Resulta novedoso también aplicar las reglas de la compraventa con el contrato de obra, siempre que se traten de cosas manufacturadas o producidas, con la salvedad de que si el que asume la obligación de proporcionales en forma sustancial en ese caso se interpondrán las normas específicas, previstas en el contrato de obra que tratan los arts. 1251 al 1261.

Se distingue con buen criterio entre la compraventa y la permuta, permitiendo diferenciar los casos que distinguieron a uno de otro.

Se destaca claramente la naturaleza de este contrato, indicándose que para ser tal debe contener sus requisitos esenciales, sin importar el nombre que las partes le dieron.

Como principio rector está previsto que no existe en el ordenamiento la obligación de vender, excepto cuando exista válidamente una necesidad

jurídica. Empero, ésta queda en definitiva abierta y será motivo de reclamo judicial.

El art. 1129 en forma breve dispone que las cosas que pueden venderse son todas aquellas que pueden ser objeto de los contratos, haciendo en definitiva un reenvío al art. 1003 reconociendo como antecedente el art. 1327 del Código Civil del doctor Vélez Sarsfield.

Entendemos que se trata de un principio universal, previendo además la venta de las cosas ciertas que dejaron de existir, las futuras y las ajenas.

En cuanto al precio, uno de los elementos esenciales de este contrato, se describe en la Sección 3ª previéndose su determinación, y también que lo sea por un tercero y por unidad de medida de superficie (arts. 1133/1136).

Se determinan las obligaciones del vendedor en la Sección 4ª, incluyéndose el caso de compraventa de inmuebles como el tiempo en que se deben entregar estos bienes registrables y luego se estipulan las obligaciones del comprador (art. 1141).

En los arts. 1143 y 1144 se reanuda el tema del precio, incluyéndose el supuesto que no se haya indicado ni expresa ni tácitamente, describiéndose que en ese caso que las partes se refirieron al que "generalmente" se percibe al tiempo de celebración del contrato para las mercaderías indicadas atendiendo al tráfico comercial.

Se incluye en los arts. 1145 y 1146 la necesidad de entregar la documentación en la cual deberá constar el precio, mencionándose la factura, instrumento propio del derecho mercantil.

La entrega de la cosa vendida como su recepción y el pago del precio son tratadas por los arts. 1147/1157, como también el plazo para efectuar reclamos por los defectos que se presenten en las cosas, el cual comenzará a contarse a partir de su recepción por el comprador, sin indicar en esta norma el tiempo con el que se cuenta.

La compraventa puede encontrarse sujeta a condiciones suspensivas (art. 1161), y contener cláusulas de difusión general en los usos internacionales, aun que se las prevé en forma difusa.

Siguiendo las cláusulas que pueden establecerse en este contrato, se incluyen los pactos de retroventa, reventa y de preferencia (arts. 1163/1165), distinguiéndose en los arts. 1166/1169 aquellos para los bienes registrables.

Se advierte, entonces, un tratamiento distinto según sean registrables y no registrables, debiendo recordar que la inscripción en el registro no puede convalidar un título nulo por ser ella de carácter declarativa, con excepción del registro de la propiedad del automotor donde aquella es constitutiva de derechos (art. 1º, dec. 6583/1958).

II. Boleto de compraventa

Deben destacarse los arts. 1170/1171, pues describen al boleto de compraventa y su oponibilidad en caso de concurso o quiebra del vendedor, indicándose que deben contar con fecha cierta y el comprador haber actuado de buena fe.

Téngase en cuenta que es la primera vez que se incluye dentro de un Código a este contrato tan trascendente y que en la práctica presenta un tráfico importantísimo.

III. Contrato de permuta o trueque

En el Capítulo 2, los arts. 1172/1175 tratan el contrato de permuta o trueque como se lo conoció en un principio, disponiéndose que las normas de la compraventa pueden aplicarse supletoriamente.

IV. Contrato de suministro

A partir del art. 1176 al 1186, Capítulo 3, se incluye el contrato de suministro, propio del comercio, previéndose que el plazo máximo es de veinte años cuando se traten de frutos o productos del suelo o subsuelo y de diez años en los demás casos.

Se permite la inclusión del pacto de preferencia (art. 1182), y la aplicación como normas supletorias de las reglas de los contratos que sean compatibles, dándose de este modo una amplia facultad a las partes contratantes.

V. Contrato de locación

En el Capítulo 4 se describe el contrato de locación de cosas, la Sección 1ª (arts. 1187/1191), alude a las disposiciones generales, agregándose que se

necesita facultad expresa en el representante, digamos pues en el mandatario, para celebrar contratos por más de tres años, o bien cobrar alquileres anticipados, previéndose de este modo que los cánones se perciban por adelantado pero se prohíbe cuando se trate con destino a viviendas (art. 1196, inc. 1º).

Los arts. 1192/1196 refieren al objeto y destino de la cosa locada, destacándose que si el locador es una persona jurídica de derecho público se aplicarán al contrato las normas administrativas y subsidiariamente las previstas en ese Capítulo. Por tanto, la ley 17.091 sobre restitución de inmuebles fiscales cobra plena vigencia.

Se determinó el tiempo de la locación en los arts. 1197/1199 el cual no puede ser superior a veinte años para destino habitacional, sorprendiendo con un plazo máximo de cincuenta años para otros destinos, plazo que en verdad implica un acto de disposición. Evidentemente es sumamente extenso, el cual, seguramente no se dispondrá y por tanto tendrá poca operatividad.

El mínimo es de dos años (art. 1198), cualquiera sea su destino pudiendo renunciarlo el locatario si ostenta la tenencia de la cosa locada, y el 1199 determina las excepciones existentes a estos plazos.

Entendemos, siguiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales que todo lo que hace al plazo está previsto por normas de carácter imperativas.

Los arts. 1200 al 1210 regulan las obligaciones del locador y las del locatario mediante las formulas clásicas; igualmente se prevén el régimen de las mejoras (arts. 1211 y 1212), la cesión y la sublocación (arts. 1213/1216), y la extinción del contrato (arts. 1217/1226), disponiéndose correctamente que está prohibida la tácita reconducción manteniendo en este aspecto el criterio de Vélez Sarsfield en el art. 1622 y su nota.

En los arts. 1227 al 1250 se incluye el contrato de leasing los cuales son réplica de la ley 25.248.

VI. Contrato de locación de obra y servicios

La locación de obra y servicios se trata en los arts. 1251/1279 incluyéndose para la primera el caso de ruina la cual es una responsabilidad que las partes no pueden eludir, constituyendo una norma de orden público.

Naturalmente que la diferencia sustancial entre un contrato y el otro es que el primero refiere a una obligación de resultado y el segundo a una de medio,

para el cual se aplicarán las normas de la Sección 1ª de este Capítulo y las correspondientes a las obligaciones de hacer, disponiéndose que en el supuesto que no se haya incluido plazo en los servicios continuados, cualquiera de las partes puede ponerle fin dando un preaviso con razonable anticipación.

VII. Contrato de transporte

Se regula el contrato de transporte (arts. 1280/1318), definiéndolo en primer lugar y luego se dispone que estas reglas serán aplicables a cualquier medio que se emplee, con excepción de las previsiones especiales, como por ejemplo aquellas contenidas en el Código Aeronáutico (ley 17.285 y sus modificatorias y complementarias).

Es importante destacar que está previsto que el transporte a título gratuito no se rige por estas normas, excepto cuando es efectuado por un transportista que presta sus servicios como modo habitual de su actividad (art. 1282).

Se diferencia en su tratamiento al transporte de personas con el de cosas, impartiendo las regulaciones en cada caso.

VIII. Contrato de mandato

El Capítulo 8 trata el contrato de mandato (arts. 1319/1334), incluyéndose que puede existir sin la debida representación. Así surge del análisis de los arts. 1319, 1320 y 1321. También se determinan las obligaciones del mandatario y del mandante.

Se reenvía al art. 858 (art. 1334,), para el caso de la rendición de cuentas la cual puede quedar exceptuada (art. 860).

Se mantiene el mandato irrevocable, tal como lo dispuso la ley 17.711 en el art. 1977 del Código de Vélez Sarsfield lo cual representó una buena disposición, para agilizar el tráfico negocial, pero sin incluir los tres requisitos que contenía aquel artículo.

IX. Contrato de consignación

Los arts. 1335/1344 refieren al contrato de consignación definiéndolo cuando el mandato es sin representación para la venta de cosas muebles, indicándose, además, que se trata de un contrato naturalmente indivisible

y se le prohíbe al consignatario comprar ni vender para sí las cosas que se entregan en la consignación, quedando su retribución cuando no fue convenida, a la que se emplee en el lugar.

X. Contrato de corretaje

El Capítulo 10 refiere al contrato de corretaje. A partir de los arts. 1345 al 1355 el cual tiene lugar cuando una persona —corredor— se obliga ante otra a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes.

Entendemos, que ha sido de buena técnica legislativa su tipificación y se diferencia de otros códigos que han tratado a este contrato dentro del mandato.

Las normas que se incluyen dentro de estos diez artículos permiten su tratamiento con suficiente proyección.

XI. Contrato de depósito

El Capítulo 11 refiere al contrato de depósito a partir de los arts. 1356 al 1377, regulándose como oneroso. También hay referencia al depósito irregular y al necesario, y se hace especial tratamiento a las casas de depósito haciéndolas responsables de la conservación de las cosas allí depositadas.

Obviamente está regulado como un contrato consensual toda vez que fue derogada la clasificación sobre contratos reales.

XII. Contratos bancarios

El Capítulo 12 alude sobre los contratos bancarios a partir de los arts. 1378 al 1441. Encontramos en primer lugar disposiciones generales que hacen a la transparencia de las condiciones contractuales las cuales debe instrumentarse por escrito pudiendo el cliente rescindirlo en cualquier momento sin ningún tipo de penalidad para éste, exceptuándose, por cierto, los gastos que se hayan devengado.

Se incluyen en las normas los contratos bancarios con consumidores y usuarios y como contratos en particular el denominado depósito bancario, el cual consiste en el depósito de dinero que tiene lugar cuando el deposi-

tante transfiere la propiedad al banco depositario el cual tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie a simple requerimiento del depositante o al vencimiento del término acordado, advierto en este caso un desencuentro con lo normado por los arts. 765 y siguientes.

Se regula también, el depósito a la vista y el depósito a plazo.

XIII. Contrato cuenta corriente bancaria

El art. 1393 define la cuenta corriente bancaria como el contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente y por su orden, los créditos y débitos de manera tal de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuenta correntista, y en su caso, a prestar un servicio de caja.

Ciertamente, ello responde a la realidad de las transacciones que se efectúan sobre dichas cuentas periódicamente incluyendo, también, el servicio de cheques.

Cuando se trate de cuentas que estén a nombre de dos o más titulares pasan a ser solidariamente responsables frente a la institución bancaria por los saldos que se acrediten.

Téngase en cuenta que el principio de la solidaridad siempre debe provenir de la ley o por acuerdo de partes, y en este caso, se ha recurrido a la primera tal como lo dispone el art. 1399.

El Código en este aspecto trata una casuística importante que hace a todo el movimiento entre el depositante y la institución bancaria.

XIV. Contrato servicio de caja de seguridad

También se incluyen el servicio de caja de seguridad disponiendo que el prestador de la caja responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario, sin embargo se lo libera de responder por caso fortuito externos a su actividad y por el propio vicio de las cosas guardadas.

De este modo se da tipicidad a este contrato que nada tiene que ver con el de depósito, toda vez que posee naturaleza distinta, y características esenciales diferentes.

Se ha tratado de este modo aquello que la jurisprudencia ha venido recibiendo cuando se ha demandado a las instituciones bancarias por delitos cometidos sobre dichas cajas, determinándose que la prueba puede presentarse por cualquier medio, siguiendo el criterio procesal de su amplitud.

Se prevé, también, dentro de este capítulo que los bancos practiquen, tal como lo hacen en la actualidad, la custodia de títulos, regulándose sus normas a partir de los arts. 1418 al 1420.

XV. Contrato de factoraje

El Capítulo 13 regula entre los arts. 1421 al 1428 el contrato de factoraje, el cual tiene lugar cuando una de las partes denominada factor, se obliga a adquirir por un precio de dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra denominada factoriado pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos.

Puede ser complementado encargándosele servicios de administración, gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos, los cuales pueden ser cesiones globales de parte o todos los créditos del factoriado.

El título suficiente de transmisión de los derechos cedidos es sin duda el documento contractual.

Por último, se impone el deber de notificar al deudor cedido la transmisión de los derechos del crédito, tal como se encuentra previsto en el Código de Vélez Sarsfield en el art. 1461.

XVI. Contratos en bolsa o mercado de comercio

El Capítulo 14 en el art. 1429 se refiere a los contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio, previéndose que cuando operen bajo contralor estatal se rigen por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control.

XVII. Contrato cuenta corriente

El Capítulo 15 alude a la cuenta corriente, conceptuándola como el contrato por el cual dos partes se comprometen a inscribir en una cuenta las

remesas recíprocas que se efectúen y se obligan a no exigir ni disponer de los créditos resultantes de ellas hasta el final de un período, a cuyo vencimiento se compensan haciéndose exigible y disponible el saldo que resulte.

Así se la define a partir de los arts. 1430 al 1441, previendo el art. 1436 el embargo del saldo por un acreedor.

Se trata en definitiva de un contrato del derecho comercial, cuya inclusión es posible.

XVIII. Contratos asociativos

El Capítulo 16 trata sobre los contratos asociativos comprendidos entre los arts. 1442 al 1478 indicándose que las disposiciones de este capítulo se aplican a todo contrato de colaboración organización o participativo, con comunidad de fin que no sea sociedad, y por tanto, no le son aplicables las normas sobre este último como tampoco a las comunidades de derechos reales ni a la indivisión hereditaria pueden aplicarse las normas sobre este contrato.

Desde ya que todo lo que hace a la comunidad hereditaria y a su indivisión es típico del derecho sucesorio al que se refieren los arts. 2323 y siguientes y no del contractual mercantil.

En cuanto al elemento forma se dispuso su libertad, pudiendo además configurar estos contratos con otros contenidos.

Se prevé también el negocio en participación, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación, regulándose en forma particular estas distintas asociaciones que ocurren habitualmente.

De tal modo advertimos que las posibilidades que contiene este capítulo permiten una movilidad de la actividad económica que va desarrollándose con proyecciones hacia el futuro.

XIX. Contrato de agencia

El Capítulo 17 a partir de los arts. 1479 al 1501 refiere al contrato de agencia, dando su concepto cuando una parte denominada agente se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie

relación laboral alguna mediante una retribución. El primero —agente— es un intermediario independiente que no asume los riesgos de las operaciones ni representa al preponente.

Se prevé que este contrato debe formalizarse por escrito, pero no pueden ser de otra manera.

Se indican las obligaciones del agente y las del empresario y que el agente no representa al empresario a los fines de la conclusión y ejecución de los contratos en los que actúa.

En cuanto al plazo del contrato, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, es por tiempo indeterminado tal como lo dispone el art. 1491.

Es interesante destacar la previsión que contempla el art. 1492 para resolverlo, disponiéndose que debe ocurrir con un preaviso de un mes por cada año de vigencia de la relación contractual. Y para el supuesto que se omita, la otra parte tendrá derecho a una indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período.

También se incluyen en el art. 1494 otras causales de resolución tales como la muerte o incapacidad del agente, la disolución de la persona jurídica que celebró el contrato, la quiebra firme de cualquiera de las partes, el vencimiento del plazo, el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones asumidas por las partes y la disminución significativa del volumen de negocios del agente.

Debemos destacar que este contrato, hoy típico, ha tenido gran tratamiento doctrinario por su empleo y ello se vio reflejado a través de la jurisprudencia y la doctrina en materia de derecho comercial.

Debe ponderarse la norma prevista en el art. 1497 que determina que una vez extinguido el contrato el agente que por su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste, derecho que se transmite a sus herederos y si no hubiera acuerdo sobre la compensación ésta debe ser fijada judicialmente que no podrá exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones.

En principio se prohíbe la subagencia, salvo consentimiento expreso del empresario y el agente responde solidariamente por la actuación del subagente.

Se excluyen a los agentes de bolsa o de mercados de valores, de futuros y de opciones derivadas; a los productores o agentes de seguros; a los agentes

financieros o cambiarios, a los agentes marítimos o aeronáuticos y otros grupos que estén regidos por leyes especiales que los comprendan.

XX. Contrato de concesión

El Capítulo 18 refiere a partir de los arts. 1502 al 1511 el contrato de concesión, el cual tiene gran difusión, de modo tal que su tipificación obedece a una realidad mercantil.

De modo claro se incluyen las obligaciones del concedente y del concesionario y se prevé que el plazo no puede ser inferior a 4 años considerando esta indicación como una norma de carácter imperativo y por tanto no puede ser dejada de lado por los contratantes.

Está prevista la retribución del concesionario que puede consistir en una comisión o un margen sobre el precio de las unidades vendidas a terceros.

De igual modo se prevé la rescisión de contratos por tiempo indeterminado que siempre será menor a 4 años.

La aplicación de este contrato se podrá extender, también, a la venta o comercialización de software o de procedimientos similares y a los contratos de distribución.

Debe ponderarse que las normas que contemplan este contrato mantienen la igualdad de derechos y obligaciones de las partes los cuales constituyen el equilibrio contractual, característica esencial de este acto jurídico.

XXI. Contrato de franquicia

El Capítulo 19 trata el contrato de franquicia entre los arts. 1512 al 1524.

Advertimos su difusión que presenta y hoy adquiere la calidad de típico, determinándose puntualmente tanto las obligaciones del franquiciante como las del franquiciado. El plazo no puede ser inferior a 4 años y a su vencimiento, si no existiere voluntad de las partes de resolverlo, se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año y ocurrida la segunda renovación se transforma en contrato por tiempo indeterminado.

Las franquicias son exclusivas para ambas partes destacándose la independencia de las partes y por tanto, no existe relación laboral entre ellas.

El art. 1522 prevé en cuatro incisos la extinción del contrato, el cual se registrará por las disposiciones allí indicadas.

XXII. Contrato de mutuo

El Capítulo 20 refiere en los arts. 1525 al 1532 al contrato de mutuo. La definición que se contempla no difiere en lo sustancial de la normada por Vélez Sarsfield en el art. 2240. Están previstas las obligaciones del mutuante.

Se lo considera un contrato oneroso siempre y cuando no se haya pactado que sea gratuito: si no se ha estipulado sobre el plazo y el lugar de restitución de la cosa prestada el mutuario debe restituirlo dentro de los diez días de requerirlo por el mutuante excepto lo que surja de los usos. El lugar establecido para la devolución será el domicilio del deudor reenviándose a este fin a lo dispuesto por el art. 874.

El incumplimiento de las obligaciones asumidas por el mutuario permite al mutuante resolver el contrato y exigir la devolución de la totalidad de lo prestado, más sus intereses que correrán hasta la efectiva restitución.

Empero, si es gratuito y ocurre el incumplimiento del mutuario, deberá pagar los intereses moratorios, y si es oneroso y no se ha pactado sobre ellos rige lo dispuesto para las obligaciones de dar suma de dinero que son normas supletorias, en este caso, tal como lo dispone el art. 1532.

XXIII. Contrato de comodato

El Capítulo 21 refiere al contrato de comodato a partir de los arts. 1533 al 1541.

También se lo regula como consensual característica diferente a la tipificación que hizo Vélez Sarsfield a partir del art. 2255.

Se indican quienes no pueden celebrarlo y se prevén las obligaciones del comodatario y el comodante puede exigir la restitución de las cosas antes del vencimiento del plazo. Y en cuanto su extinción éste concluye por destrucción de la cosa o por vencimiento del plazo; por voluntad unilateral de comodatario o por muerte de éste, con la excepción que se haya estipulado lo contrario.

XXIV. Contrato de donación

El Capítulo 22 trata el contrato de donación a partir de los arts. 1542 al 1573.

En el primero de ellos se da el concepto que ha tenido la ventaja de indicar claramente que el donatario debe aceptar la donación siguiendo de este modo el concepto de contrato que consiste, necesariamente, en un acuerdo de voluntades con contenido patrimonial.

Por tanto, haber incluido la manifestación en tal sentido del donatario constituye un elemento que debe resaltarse.

Se prevé que se puede incluir actos mixtos consistentes en parte onerosos y en parte gratuitos. Desde ya que la forma de la aceptación puede ser tanto expresa como tácita siguiendo los lineamientos de la manifestación de la voluntad.

En cuanto a que debe producirse en vida del donante y del donatario aparece, en principio, como sobreabundante toda vez que es un contrato que lo celebran las partes que tienen vida. No puede ser de otra manera.

Han quedado prohibidas las donaciones que se hagan para producir efectos a partir del fallecimiento del donante cambiando el criterio que siguió Vélez Sarsfield en el art. 1795, solución ésta que fue mantenida en el anteproyecto del doctor Bibiloni (art. 1569), y también en el proyecto de 1936 art. 972. También entre otros argumentos, se dispone que se requiere ser capaz para su aceptación por cuanto si ella fuere hecha a un incapaz corresponderá que la aceptación o el rechazo de ella deba ser puesta de manifiesto por su representante legal.

Se dispuso, claramente, que la donación no puede comprender la totalidad del patrimonio del donante siguiendo también de este modo el art. 1800 del Código de Vélez Sarsfield y su nota aclaratoria.

Se mantiene, en cuanto a la forma, que deben ser hechas bajo escritura pública bajo pena de nulidad la donación de bienes inmuebles y la de prestaciones periódicas o vitalicias, tal como lo previó el art. 1810 inc. 1º y 2º del Código de Vélez Sarsfield, agregándose, además, bajo esta misma forma las cosas muebles registrables.

En este último caso, se ha seguido las disposiciones que obran en materia sobre buques y aeronaves.

Se permite que el donante responda por evicción, si expresamente asumió esa obligación, o bien, cuando la donación se hace de mala fe sabiendo el donante que la cosa donada no era de su propiedad y el donatario lo ignoraba. Debemos destacar que la garantía de evicción no es otra cosa más que responder por la bondad del título que se transmite.

Para el caso que se haya asumido dicha garantía ella constituye una obligación para el donante de indemnizar los gastos en que ha incurrido, en cambio, el donante responderá por los vicios ocultos sobre la cosa donada cuando existió de su parte dolo, es decir, la intención de causar un perjuicio.

Se mantiene también, cuando la donación es gratuita el deber del donatario de prestar alimentos al donante, lo cual significa el deber de gratitud que se le debe a aquél.

La Sección 3ª de este Capítulo incluyen algunas donaciones en particular, tales como los mutuas, las remuneratorias, las con cargo y las inoficiosas. Respecto de estas últimas deben necesariamente aplicarse las normas que el Código contiene sobre la porción legítima (ver art. 2445).

La Sección 4ª refiere a la reversión y revocación de las donaciones destacándose en el art. 1571 la ingratitud del donatario.

XXV. Contrato de fianza

El Capítulo 23 desarrolla el contrato de fianza entre los arts. 1574 al 1598 indicándose que nos encontramos frente a un contrato accesorio, es decir, que depende de uno principal permitiéndole al fiador constituir garantías sobre la seguridad de la fianza que emite.

Todas las obligaciones pueden ser afianzadas y deben formalizarse siempre por escrito.

En cuanto a las cartas de recomendación o patrocinio, de ningún modo pueden considerarse fianza tal como lo previeron los arts. 2008 y 2009 del Código de Vélez Sarsfield.

Respecto a los efectos entre fiador y acreedor se mantienen los beneficios de excusión, de división y la fianza solidaria y el carácter que asume el principal pagador.

Téngase en cuenta que al ser normas de carácter supletorias presentan la característica de ser renunciables.

Los efectos: entre el deudor y el fiador se dispone el derecho de subrogación y el aviso que haga al deudor principal del pago que ha hecho. También se indican en seis incisos los derechos del fiador.

El art. 1595 prevé que el cofiador que cumple la obligación accesorio en exceso de la parte que le corresponde, queda subrogado en los derechos del acreedor contra los cofiadores y si uno de ellos resultare ser insolvente la pérdida será soportada por todos los cofiadores e incluso por aquél que realizó el pago.

Se extingue la fianza por las causales previstas en el art. 1596 y también por novación la garantía de evicción sobre lo que el acreedor ha recibido en pago del deudor no hace renacer la fianza.

XXVI. Contrato oneroso de renta vitalicia

El Capítulo 24 alude al contrato oneroso de renta vitalicia entre los arts. 1599 al 1608.

El concepto de este contrato es prácticamente similar al que dispuso Vélez Sarsfield en el art. 2070 y en cuanto a la forma por escritura pública se mantiene también el art. 2071 de ese Código.

Se regula la periodicidad del pago, la pluralidad de beneficiarios, la acción que puede promover el constituyente de este contrato y sus herederos y la acción directa contra el deudor con que cuenta el tercero beneficiario previéndose también la extinción y su resolución.

XXVII. Contrato de juego y apuesta

El Capítulo 25 alude a los contratos de juego y de apuesta, otro de los denominados aleatorios excluyéndose a aquellos que están reglamentados por el estado nacional, provincial o municipal, los cuales se regirán por las normas que lo autorizaron.

XXVIII. Contrato de cesión de derechos

El Capítulo 26 refiere a la cesión de derechos entre los arts. 1614 al 1635 entendiéndose por tal cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho.

Se prevé la cesión en garantía, y en ese caso serán de aplicación las normas de la prenda de créditos.

Se dispone que todo derecho puede ser cedido con la excepción de que lo impida la ley o un acuerdo de partes o la propia naturaleza del derecho.

En cuanto a su forma debe ser hecha por escrito y en cambio, deben ser hechos por escritura pública las cesiones de los derechos hereditarios, los litigiosos, y los derivados de un acto instrumentado por escritura pública.

Se determinan las obligaciones del cedente quien deberá entregar al cesionario los documentos probatorios que acrediten el derecho cedido.

El efecto de este contrato se transmite a terceros a partir de su notificación al cedido, la cual se hará tanto por instrumento público o privado de fecha cierta.

En cuanto a la cesión del crédito prendario se dispone que no está autorizado el cedente o quien tenga la cosa prendada en su poder entregarla al cesionario, no obstante que la norma no lo indica (art. 1625), pensamos que con la conformidad del acreedor prendario puede el cedente entregar la cosa al cesionario, toda vez que no se trata de una norma de orden público.

Debe el cedente responder por evicción cuando la cesión sea onerosa, excepto que se trate de un derecho litigioso, aplicándose como reglas subsidiarias las normas previstas en los arts. 1033 y siguientes.

También se reguló entre los arts. 1632 y 1635 la cesión de deudas.

XXIX. Contrato de cesión de la posición contractual

El Capítulo 27 trata la cesión de la posición contractual entre los arts. 1636 al 1640, lo cual constituye una nueva regulación legal, disponiéndose que en los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes pueden transmitir a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión.

En este caso el cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato.

XXX. Contrato de transacción

El Capítulo 28 regula la transacción entre los arts. 1641 al 1648, definiéndola como un contrato donde las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, se hacen concesiones recíprocas y de ese modo extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.

Vélez Sarsfield trató la transacción en los arts. 832 y siguientes como un acto jurídico bilateral, por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, desestimen obligaciones litigiosas o dudosas.

Con la redacción actual, al ser tratada como un modo anormal de extinción de las obligaciones, quedó calificada como contrato.

En cuanto a su forma se prevé que debe hacerse por escrito.

No pueden ser objeto de transacción aquellos derechos en los que esté comprometido el orden público o sobre derechos irrenunciables, los derivados de relaciones de familia o sobre el estado de las personas.

Se prohíbe realizar este contrato a las personas que no pueden enajenar el derecho respectivo; los padres tutores o curadores respecto de las cuentas de su gestión ni siquiera con autorización judicial, y los albaceas en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento sin la autorización del juez de la sucesión.

El art. 1647 dispone en tres incisos las causales de nulidad.

Y en cuanto a los errores aritméticos que pueda tener la transacción se previó que las partes tienen derecho a obtener la rectificación correspondiente.

XXXI. Contrato de arbitraje

El Capítulo 29 refiere el contrato de arbitraje entre los arts. 1649 al 1665.

Nuevamente nos encontramos ante una relación jurídica que se la califica también como contrato, el cual tiene lugar cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentra comprometido el orden público. Naturalmente su forma debe ser por escrito y puede ser enunciada en una cláusula dentro de un contrato.

Adviértase que el Libro VI del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación incluyó a partir del art. 736 el proceso arbitral.

El art. 1651 prevé aquellas controversias que de ningún modo pueden concluir en arbitraje tales como las que se refieren al estado civil o capacidad de las personas; las cuestiones de familia; las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; los contratos de adhesión; y las derivadas de las relaciones laborales.

En cuanto al art. 737 del Código Procesal aludido precedentemente dispone que no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción.

Se determina claramente en el art. 1653 que el contrato de arbitraje es independiente del contrato con que las partes se relacionaron.

Este contrato excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre los puntos sometidos a arbitraje con la excepción que el tribunal arbitral no esté conociendo sobre la controversia y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable.

También se dispone que los laudos arbitrales pueden ser revisados ante los tribunales en caso que se invoquen causales de nulidad total o parcial de acuerdo con las disposiciones del Código.

Es irrenunciable la impugnación judicial del laudo definitivo que fuere contrario al orden público, pues las renunciaciones nunca son para el futuro sino para el pasado.

Se determina la designación de los árbitros que han de ser siempre en forma impar.

El art. 1662 en siete incisos determina las obligaciones de los árbitros y finalmente, se dispone que se extingue la competencia de ellos luego del dictado del laudo definitivo.

XXXII. Contrato de fideicomiso

El Capítulo 30 trata el contrato de fideicomiso entre los arts. 1666 al 1707.

Con anterioridad este contrato de gran difusión se encontraba regulado en la ley 24.441 con algunas variantes pero siguiendo la línea de la ley citada quedó normado dentro del código dicho Contrato.

XXXIII. Conclusiones

El nuevo Código en materia contractual ha incluido varios contratos que no tenían regulación propia y ahora se los ha reglamentado dándoles el carácter de típicos.

Ello demuestra el esfuerzo que dedicaron los juristas que llevaron a cabo la tarea, no obstante las diferencias de criterios que se vislumbran.

Empero, podemos sostener que las reglas legisladas son en su mayoría normas de carácter supletorias, pues son pocas las de orden público, de manera tal que los contratantes podrán acordar diferentes estipulaciones, tal como lo indica claramente el art. 962 a menos que de su propia expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible.

Es necesario recordar a Juan Bautista Alberdi en su obra "Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina" (EUDEBA, 1966), donde sostuvo que no debe dejarse llevar por la creencia mágica que cambiando la ley se cambia automáticamente la realidad.

La proyección de este nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tardará, naturalmente, muchos años para apreciar y valorar su aplicación y serán nuestros tribunales los intérpretes que ejecutarán la trascendencia que tendrá.

Desde otro ángulo, se trata de un trabajo plural, razón por la cual, en distintos institutos, vemos diferentes apreciaciones ideológicas que tal vez los tiempos legislativos recibirán a través de la jurisprudencia y concretarán las modificaciones que la experiencia demuestre.

No podemos dejar de señalar la disposición del art. 765 el cual tendrá seguramente incidencia inmediata sobre los contratos, pues volvió a considerar a la moneda extranjera como una cosa.

Sabemos que los contratos de compraventa de inmuebles, los de obra y otros más, tienen por costumbre ya arraigada en nuestra sociedad pactarlos en dólares. Por tanto, entendemos que la norma citada en su actual redacción podrá presentar operatividad distinta a la prevista por el legislador, por cuanto no podrá considerarse en la vida cotidiana que si se estipuló dar moneda extranjera que no sea de curso legal en la República, la obligación será considerarla como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse entregando el equivalente en moneda de curso legal.

Por tanto, no puede escaparse que el mercado en los diferentes contratos que se celebren buscarán fórmulas —como ocurrió en tiempos pasados— para eludir esta normativa, está en contra de la libertad de contratación prevista en el art. 958.

Deberá tenerse presente que no es aconsejable que el Estado tome injerencia en los contratos, pues si ello ocurre tendremos como respuesta una menor celebración y se buscarán, seguramente, otras jurisdicciones.

De tal modo, que los negocios jurídicos deben adecuarse a lo que las partes libremente acuerden, respetando la buena fe y las normas de orden público, comprendidas también la moral y las buenas costumbres.

Las normas legales que se dictan deben obedecer a los usos y prácticas del mercado, pues de lo contrario se las deja de lado.

TRATANDO LA DONACIÓN

POR MARIANO GAGLIARDO

1. El Código Civil y Comercial de la Nación, en vigencia desde el 01/08/2015, modifica y actualiza entre otros institutos, la Donación, contemplada en la Sección 1º a 4º, según los siguientes títulos: “Disposiciones generales”; “Efectos”; “Algunas donaciones en particular” y “Reversión y revocación”.

Todos estos enunciados se formulan en treinta y un [31] preceptos que constituyen el núcleo de la figura; luego, en otros títulos y secciones, de manera autónoma, coexisten normas que se correlacionan con las antes referidas que, en particular, tratan “colación de donaciones” —arts. 2385/2396—; “cesión-donación, art. 2614; “reducción de las donaciones” y sus “efectos” —arts. 2453/4—; “derechos reales constituidos por el donatario”, art. 2457; “transmisión de bienes a legitimarios”, art. 2461; “partición por donación”, art. 2415/20 y, finalmente, “acción de reducción”, art. 2458.

En estas líneas, nos dedicaremos a ciertos dispositivos legales de las secciones precedentes que han merecido nuestra atención.

En primer lugar, este comentario no es un análisis exagético, tal como acontece en otras circunstancias, donde el estudio de cada artículo configura un análisis, reseña y síntesis de lo que se está ponderando, aludiendo asimismo a las correlaciones legales y antecedentes que correspondieren, contemplando, además, la estructura y funcionamiento del precepto, aunado a las correspondientes remisiones.

Desde el instante en que hemos optado por un desarrollo, acorde la selección de ciertas situaciones jurídicas y prescindimos de títulos, subtítulos y apartados, otro enfoque posible de la disciplina, el panorama expositivo no resulta sencillo.

Justificamos éste, nuestro proceder, por razones de espacio y carecer del mayor tiempo necesario a fin de concretar un planteo integral de la materia.

En segundo término, el concepto de donación, todo lo contrario —y como sucede en todo su articulado—, no se agota en el enunciado del art. 1542 —tipo legal clásico—, sino que se irradia a otras normas, las que tienen sus dificultades interpretativas, matices, complejidades y variedad de proyecciones.

2. El Código de Vélez definía la donación en el art. 1789, en los siguientes términos: "Habrá donación cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra la propiedad de una cosa".

La redacción del dispositivo fue objeto de fundadas observaciones, pues a estar a su enunciado, parecía que el contrato de donación era real ("*...transfiera... la propiedad de una cosa*"), cuando por esencia, resulta consensual.

Ello así, pues el perfeccionamiento del contrato no requiere la tradición de la cosa sobre la que recae.

Por lo demás, la expresión "*de su libre voluntad*" es un giro desafortunado de Vélez Sarsfield, pues no existe en nuestro orden jurídico —antes y ahora— donaciones "forzadas": la alternativa resulta "donar o no donar", más allá de la moralidad o grado de convencimiento respecto del acto que se efectúa.

En cuanto a la gratuidad, el acto debe ser de tal índole, sin perjuicio de la variedad de soluciones —tal la complejidad anticipada— en orden a las donaciones onerosas.

Y a modo de cierre del breve comentario que antecede, cabe reafirmar que la donación es un contrato declarativo y no traslativo de derechos reales, pues carece de efectos reales.

La nueva formulación del art. 1542, mejora el antiguo enunciado y dispone: "Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta".

Se mejora el anterior precepto y demás de la supresión realizada, donde se reafirma, vía consecuencia, la consensualidad y carácter personal de la figura, se introduce el recaudo de la "aceptación".

En lo sucesivo, ésta será una exigencia del tipo legal, fuere expresa o tácita, mas debe existir "sujeta a la forma de las donaciones y producirse "en vida del donante y donatario", es decir, ambos.

Luego de la definición legislativa, se incluyen dos normas que consideramos sobreabundantes: la primera dice acerca de la aplicación subsidiaria de lo preceptuado en el capítulo de la donación a "los demás actos jurídicos a título gratuito" —art. 1543—. Tal aclaración es innecesaria pues la naturaleza de los actos jurídicos es lo que siempre ha prevalecido a la hora de las definiciones y calificaciones.

Y el art. 1594 dispone bajo el título "Actos mixtos": "Los actos mixtos, en parte onerosos y en parte gratuitos, se rigen en cuanto a su forma por las disposiciones de este Capítulo; en cuanto a su contenido, por éstas en la parte gratuita y por las correspondientes a la naturaleza aparente del acto en la parte onerosa".

Aclárase que si bien el precedente dispositivo está inserto en lo que se denomina "Disposiciones generales" —relativas a la donación, se reitera de una manera implícita— art. 1561, final, donación remuneratoria, y, cuando se legisla respecto de la onerosidad —art. 1564— en la sección "Algunas donaciones en particular".

3. La moderna doctrina de los autores itálicos coincidía en atribuirle a la noción de donación la de una "causa de adquisición", mientras que otra posición más real interpreta que se trata de un negocio jurídico específico.

Estas distintas perspectivas nos dan una visión de lo delicado que resulta esta disciplina, en particular por los diversos postulados, la finalidad que subyace, mas en una corriente conciliadora, no se duda que mediante la donación se puede efectuar la transmisión de la propiedad o bien de un derecho real, la conformación de una obligación, liberación de un vínculo jurídico preexistente y, en cualquier supuesto, resulta un instituto que es génesis o extinción de prerrogativas jurídicas.

A modo de síntesis y en una faz ordenadora, en la donación, especie de liberalidad, existe una atribución patrimonial, causada, mediante un acto entre vivos, que supone la existencia de un contrato que conlleva, en principio, una gratuidad.

En otro enfoque y pautas disímiles, se ubica la donación *mortis causa*, muy debatida y siempre presente en los análisis de la materia, y aun cuando no fuere admitida en nuestro orden jurídico, resulta que: si se efectúa una donación contemplando la premoriencia del donante respecto de donatario, la atribución patrimonial no se produce en el momento en que se dona, sino luego de la muerte del donante, careciendo la donación de efecto y la disposición será esencialmente revocable. Está ausente, al decir de De Ruggiero (1) la actualidad de la adquisición en el donatario, sino también la obligatoriedad del vínculo, recaudo de la irrevocabilidad.

Es que la donación, en un prisma conceptual, es un acto jurídico bilateral con obligaciones *inter partes* y un ánimo liberal.

(1) Instituciones de Derecho Civil, Vol. II, 4ª ed., Reus, Madrid, 1931, p. 574.

Esta última noción, en la búsqueda de una armonía de la figura, con la otra concepción antes reseñada, no soslaya la otra posición referida que, al contrario, la da por supuesta, en cuanto a que el *animus* no se identifica con la gratuidad, mas como fuere está visto que la donación es un contrato, en el cual la causa se da en el *animus*.

Y a propósito de las precedentes ideas, el *animus* no se identifica ni asimila con la gratuidad: es un momento en el concepto de liberalidad, distinto de la gratuidad, que resulta otra etapa de la misma noción.

Así como la gratuidad es la liberalidad objetivamente considerada, es decir, que existe una adquisición sin compensación alguna, por su lado, el *animus donandi*, es el aspecto subjetivo de la misma, que denota que la atribución patrimonial es querida por el donante con un propósito liberal.

En cualquier hipótesis, el *animus*, debe existir en el donatario.

Como se remarca, el aspecto de la gratuidad, implícito en la donación, resulta que aquella no es exclusiva de ésta. En efecto: en el comodato, depósito, mandato, mutuo sin interés, existe una ventaja en el comodante, depositario, mandatario, mutuante, que obtiene de la otra parte. Sin embargo, en estos contratos, está ausente la atribución patrimonial o bien la disminución en el patrimonio de quien proporciona la ventaja. (2)

De manera que retomando las expresiones liminares, se dirá que el rasgo marcado y de notoriedad de la donación es el espíritu de liberalidad y siendo el fin de ésta, constituye la causa del contrato.

En el cauce de vincular a la donación con lo gratuito, el reverso de este último calificativo es lo oneroso; ello, en cuanto significa otorgar una ventaja al otro contratante que signifique una ventaja susceptible de apreciación pecuniaria.

Y es en esta senda, remontándonos a las aclaraciones liminares, que nos encontramos con especies de donación, por caso, la llamada remuneratoria, art. 1561, figura en la que se instrumenta la recompensa de servicios prestados del donante al donatario, apreciables en dinero, tal la exigencia del precepto citado. Corolario de esta modalidad es la disquisición doctrinaria en cuanto a la índole del contrato: según que lo donado exceda o no el valor de los servicios, se admitirá que existe donación hasta donde el acto jurídico significa una atribución gratuita; el otro enfoque, es aceptar la donación, inclusive en la hipótesis de que resulte totalmente oneroso.

El Código Civil y Comercial de la Nación adopta una solución que se aparta de lo expuesto pues dice —art. 1564— en cuanto al alcance de la onerosidad, “Las donaciones remuneratorias o con cargo se consideran como actos a título oneroso (!) en la medida en que se limiten a una equitativa retribución de los servicios recibidos o en que exista equivalencia de valores entre la cosa donada y los cargos impuestos. Por el excedente se les aplican las normas de las donaciones”.

Otro instituto en la senda que antecede, resulta la donación con cargo —art. 1562— que resultará oneroso en la medida del cargo: si absorbe el valor total de lo donado, el acto jurídico será plenamente oneroso, lo que no excluye el propósito de liberalidad.

Más delicado es lo relativo a las donaciones por causa de matrimonio, tratadas vigente el Código Civil según distintos enfoques (arts. 1217 y ss.).

De futuro y en virtud del nuevo régimen patrimonial de la sociedad conyugal, cualquier especie del contrato referido queda excluido en el sistema de comunidad, no así, si los cónyuges optaren por la alternativa de separación, donde podrán celebrar entre ellos, las donaciones antes observadas, sin mediar restricción alguna.

Tal como se anticipara, surge una dificultad en precisar o bien delimitar una noción que comprenda todas las entidades del tipo (donación), lo que llegado el momento, tendrá su incidencia en la faz conceptual.

Es que la diversa aplicación del vocablo donación, puede resultar involucrado en algún instituto jurídico que ontológicamente no sea donación, mas se asemejará destacándose la aplicación de preceptos de aquella figura: cesión-donación (art. 1437, Código Civil y art. 1614 C.C. y C.N.). De más está decir que la cesión gratuita no es un contrato de donación, más allá que esté sometido a sus preceptos. Ello no obstante la cesión gratuita significa un enriquecimiento, que se denomina donación, al solo efecto de la vigencia de institutos como el de la colación y la reducción.

4. Otro aspecto de relevancia en la donación es el relativo al objeto mediato directo: la donación de todos los bienes presentes es factible en la medida que el donante se reserve, o el usufructo, o una porción conveniente (de bienes) para responder a sus necesidades. En cuanto a los bienes futuros —no cosas futuras—, tal acto es inválido.

En orden a la operatividad y aspecto funcional de la donación, cabe el distinguo de la donación de la nuda propiedad; donación de la nuda propiedad, por un lado, y usufructo por el otro, y finalmente, la donación del usufructo.

(2) DE RUGGIERO, ob. cit., p. 575.

Dentro del espectro de la donación, surgen algunas modalidades de excepción, debidamente reguladas.

Las donaciones mutuas, en las que la ley prescinde de su concepto y de un modo directo, contempla su invalidez: art. 1560: "En las donaciones mutuas, la nulidad de una de ellas afecta a la otra, pero la ingratitud o el incumplimiento de los cargos sólo perjudican al donatario culpable".

La figura se presenta cuando concurren una pluralidad de donaciones, cuanto menos dos de manera recíproca, conllevando a una reciprocidad y generando una dependencia bilateral.

La extinción de los contratos mutuos tiene relevancia, valga la redundancia, de manera recíproca, excepto que mediar ingratitud o incumplimiento de cargos, supuestos ambos o indistintos que sólo afectan al incumplidor.

5. En la esfera de la vicisitud de una donación, se encuentran aquellas liberalidades bajo la modalidad de donación calificada de "inoficiosas".

Esta especie recibe un doble tratamiento legal: por un lado, el art. 1565, dice: "Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima". Y, en el art. 2386, esfera de la colación, se reglamenta: "La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso".

Los preceptos que anteceden mejoran la formulación del Código de Vélez: art. 1830: "Repútese donación inoficiosa aquella cuyo valor excede en la parte de que el donante podía disponer..." y, art. 3484, cuando dice "La dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible".

Conceptualmente, aquellas donaciones que excedan la porción disponible del donante, están sujetas a la acción de reducción sea que fueren instrumentadas en el acto de la donación o bien vía disposición testamentaria.

Ahora bien: las dos formulaciones legales de los preceptos del Código respecto del tema, en aras de búsqueda de armonía que asigne coherencia a la técnica legislativa, merecen dos líneas.

En primer lugar, los sujetos pasivos que serán involucrados resultan: descendiente o cónyuge; en segundo término, la "inoficiosidad" se analiza

según la posición del donante y, además acorde la situación del donatario.

En este último sentido, lo afectado es el valor que excede la suma de la "porción" disponible más la "porción" legítima (del donatario), redundancias ambas que podrían haberse unificado o simplificado.

Respecto del donante, la censura alcanza el "valor que excede la parte disponible...".

Merecen una consideración especial —son excluidas— "la dispensa de colación o mejora", en cuanto mediar, "valor que excede" aquellos. Dentro de las diversas contingencias que pueden suscitarse con motivo de la vigencia del contrato de donación, nos referimos al *quid* de los valores a que hace la actualidad versión del dispositivo mejorado del art. 3604 del Código Civil que está formulado como "Transmisión de bienes a legitimarios" —art. 2461— y, luego enunciar los derechos de los herederos legitimarios con relación a las donaciones del causante a favor de un coheredero, también legitimario.

Previo a todo, es oportuno señalar que es tanta la gravitación de la figura de la donación, que su existencia y dinámica vincula la materia con dos soluciones jurídicas que tienden a preservar a aquella ante la eventualidad que desnaturalice el acto de la liberalidad: se trata de la colación de donaciones —arts. 2385 y ss.— y acción de reducción —arts. 2457 y 2458—.

El art. 2461 cit. da cuenta que los actos enumera dos: reserva de usufructo, uso o habitación y renta vitalicia que se presumen, *juris et de jure*, en orden a la gratuidad del acto celebrado, están "teñidos" de onerosidad, y configuran una intención de mejorar al beneficiario. De allí que tal liberalidad cuestionada, bajo la figura de donación, significa que "se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado".

Sin perjuicio de la operatividad en la hipótesis de imputación del valor de los bienes a la porción disponible, el excedente da lugar al mecanismo de la colación.

En el caso de una simulación encubierta bajo una venta, una supuesta donación puede generar situaciones "*in extremis*" y no frecuentes: cuanto más cercana esté la enajenación en el tiempo, de la probable fecha de deceso del enajenante, mayor valor tendrá la nuda propiedad y menor el usufructo; luego, la donación de la nuda propiedad se aproximará en sus efectos al supuesto de venta. (3)

(3) Cfr. La reflexión que trae, GUAGLIANONE, Aquiles H., "Venta de inmuebles a herederos forzosos, Revista del Notariado" 714-1970.

6. En orden a eventuales objeciones a ciertas donaciones, citamos algunas reseñas jurisprudenciales que oportunamente efectuáramos:

1) Bajo el título "La donación con reserva de usufructo: ¿pasible de simulación? (4), dijimos que:

Todas las figuras jurídicas, en mayor o menor medida, pueden ser objeto de simulación jurídica. La naturaleza del contrato, es decir la real esencia contractual, suele desvirtuarse por razones que en la práctica son múltiples y responden a variados condicionamientos: locación por comodato; la venta se desdibuja bajo la forma de permuta, etcétera.

Sin embargo, la esfera propicia para estas elucubraciones y ficciones es el ámbito de las liberalidades. Y es así como se ubican situaciones donde las partes soslayan la gratuidad del acto jurídico, sin vulnerar precepto legal alguno, como una manera de evitar suspicacias; en otros supuestos, el título gratuito es una pantalla que afecta a los legitimarios, tras una máscara que oculta un negocio distinto.

La donación encubierta reconoce distintas aplicaciones y la imaginación o creatividad de las partes no reconoce fronteras a la hora de concretar las citadas liberalidades de dudosa legalidad o esquivas a controversias eventuales.

Una combinación de derecho personal y derecho real con una forma solemne impuesta como rasgo común, era la que surgía del art. 1801 Código Civil al decir: "El donante puede reservarse a su favor, o disponer a favor de un tercero del usufructo de los bienes donados".

El precepto posibilitaba tres soluciones jurídicas diversas: a) donación de la nuda propiedad y del usufructo; b) donación de la nuda propiedad y c) donación de la nuda propiedad a uno; y del usufructo a otro.

En la hipótesis de donación de la nuda propiedad, en rigor el donante se reserva el usufructo y no efectiviza la tradición de la cosa donada con lo que se desvirtúa el principio francés "*donner et retenir ne vaut*" (donar y retener no vale); en el supuesto c) el donante no se reserva para sí el usufructo sino que lo da a otro.

Cabe el interrogante de si en las modalidades que anteceden cabe instrumentar la simulación, a lo que corresponde la respuesta afirmativa pues lo que en principio prevalece no es el "*animus donandi*" sino la causa concreta acorde los motivos o razones esenciales de los actos jurídicos respectivos.

(4) Noviembre 2009, Revista Abeledo Perrot, nro. 11, p. 1280 y ss.

De allí que una será la forma visible de que se sirven las partes, en el caso de la simulación para engañar a los terceros y otra diversa, la relación jurídica subyacente.

Corolario de lo dicho es que se puede rehuir de la donación aduciendo una compraventa anexa a la reserva de usufructo. Donde las circunstancias del caso pueden contribuir a develar la verdadera naturaleza del acto, la posición de cada una de las partes, la imposibilidad del pretense adquirente de disponer del precio, etc., pautas que pueden concluir en que se trata de una enajenación gratuita.

Estas reflexiones se originaron a raíz de la deficitaria situación comercial de una empresa del demandado, lo que motivó que donara sus dos únicos bienes inmuebles a favor de sus hijos, siendo el actor dependiente del primero. Se produjeron una serie de probanzas tendientes a descalificar el acto controvertido (situación patrimonial del demandado; origen del crédito; parentesco de los beneficiarios de la donación) y otras argumentaciones, en aras de mantener la liberalidad admitida en la sentencia de primera instancia.

En realidad, el encuadre del tema tal como está formulado en nuestro desarrollo, debería convalidar el rechazo de la pretensión del actor pues, precisamente como se anticipó, en la donación con reserva de usufructo, no existe tradición de la cosa a los donatarios (hijos del accionado), corolario propio de la figura legal en cuestión; en segundo lugar, no existe el llamado indicio de coartada, toda vez que la *retentio possessionis* está expresamente consustanciada con el acto jurídico que se le cuestiona al accionado. De manera que si debemos atenernos a la valoración semiótica de los indicios de simulación, por inercia cabe desechar el reclamo del actor.

Sin embargo, una lectura pormenorizada de la sentencia, bajo el imperio de la sana crítica y armonía en las presunciones de la cuestión planteada, conducen al buen resultado arribado. En efecto, la donación conflictiva era de fecha 23 de marzo de 1993 y, a su turno, el actor fue despedido por el accionado en octubre de 1993, siguiendo *a posteriori* el trámite de los reclamos dinerarios. De manera que, por un lado, el calendario que hace a lo fáctico, resulta inequívoco de lo urdido por el demandado.

En segundo lugar, el acto jurídico observado resultó incurso en simulación absoluta y por tanto, carente de causa que, en todo caso, incursionaba en ilicitud (5) pues aunque lícito el contrato en su sustancia o contenido, acorde la doctrina de los móviles o motivos es ineficaz: convención con causa ilícita es equivalente siempre a convención ilícita (Dabin).

(5) Art. 502, Cód. cit.

Por fin, el Derecho tutela las determinaciones serias de la voluntad que responden a un interés lícito, no a las malicias y los desmanes de la autonomía privada.

2) En otro comentario: "Donación encubierta y simulación frustrada" (6), señalamos que:

El gran principio de la fuerza obligatoria de los contratos, en cuanto sostiene que las convenciones se efectúan para ser cumplidas, precisamente por su antigüedad, ha demostrado su vigencia ineludible. De allí pues que si las cláusulas de un contrato posibilitaran dos interpretaciones, de una de las cuales resultara su validez y de la otra su nulidad, deben ser consideradas en el sentido de la primera. (7)

Claro está que las pautas precedentes tienen todo su vigor en la medida en que no se planteen excepciones de especie. Y ello así, pues en Derecho privado, nadie está obligado a dar al mundo cuenta de las razones de su propia actividad o inactividad negocial.

Sin entrar en otros detalles por ahora, podría replantearse lo antes expuesto con una interrogación: ¿está prohibido simular la celebración de un acto jurídico? Ante lo cual, caben distintas respuestas, cada una con sus alcances de orden jurídico. En un primer supuesto, cabe argumentar en el sentido de no explicitar acerca del propio obrar; en la hipótesis que un tercero pidiera explicaciones, las cosas cambian, máxime cuando el que indaga tiene un interés legítimo a una respuesta adecuada.

Lo antes dicho nos conduce a ciertas afirmaciones que por el margen de duda que conllevan son de orden relativo: en línea de principios, simular no está prohibido genéricamente por la ley; distinto es que alguien tenga derecho a hacerlo. Porque una cosa es simular de manera irrelevante y otra diversa es tener derecho a hacerlo con una aspiración "*urbis et orbis*" a que los demás respeten la simulación generada, a que no indaguen la verdad de lo acontecido y, en consecuencia si aciertan lo veraz, deban callar y no develen el secreto, más aun cuando están legitimados a controvertir el acto en cuestión.

Dentro de los modos de simular —varios actos— dos sintetizan el amplio espectro: aquél en el cual los interesados afirman haber celebrado un negocio, cuando en rigor nada han concretado; y aquél en el cual manifiestan haber realizado uno, cuando en rigor, concluyeron otro total o parcialmente distinto.

(6) ED, ej. marzo 4, 2011.

(7) Cfr. ALEGRIA, Héctor, Reglas y principios del Derecho Comercial, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 71 y ss.

Ambas sistematizaciones —simulación absoluta y relativa— declaran una voluntad que sólo en apariencia es querida.

Y en la simulación negocial resulta un caso de prevalencia de la "intención de las partes" sobre el sentido literal de las cláusulas del negocio (art. 218 inc. 1º Código de Comercio).

Intención común de los contratantes, que conduce inevitablemente en la exteriorización de la voluntad (art. 913, del entonces Código Civil), a precisar y delimitar que aquélla sólo vale en cuanto es reflejo de la interna de los contratantes. (8)

El decisorio que motivara estas breves líneas no es nuevo y refleja un antiguo artilugio que siempre existió y existirá.

La argucia simuladora —de una o ambas partes— de creer encontrar el instrumento adecuado para sus oscuros propósitos. Ese último calificativo, sólo es aplicable en cuanto a la ausencia de transparencia del acto celebrado; carece de otra connotación.

La Cámara Civil y Comercial de Córdoba (Sala IV), en una sentencia bien merituada descalificó una compraventa de madre a hijo por cuanto no se duda, encubría una donación.

Los indicios eran numerosos y la permanencia del negocio inviable: relación materna filial; ausencia de capacidad económica; previo vil; testigos no idóneos y documentación irregular. (9)

Además, el recibo de pago —acompañado a la causa—, en cuanto medio extintivo de una obligación y aún con amplitud de criterio, debió ser acorde a la legislación imperante en el orden notarial y más aún según las exigencias del abrogado Código Civil (art. 1184 inc. 10 Código Civil). Nada de ello ocurrió, sumado a la procedencia de los indicios que concluyeron en la descalificación del acto y invalidez del acto y frustración de la simulación.

El negocio disimulado para no ser impugnado y resistir a las indagaciones, debe surgir perfecto como si de manera originaria hubiera sido concluido y contenido en un acto serio y sincero.

(8) VIDELA ESCALADA, Federico N., La interpretación de los contratos civiles, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 68.

(9) GAGLIARDO, Mariano, Simulación Jurídica, Buenos Aires, 2008, p. 273 y ss.

Es que la simulación que lo encubría no le privaba de su propia esencia y realidad, pero tampoco podía asignarle la veracidad ausente.

7. En la esfera de nuestras consideraciones un dato no menor a tener en cuenta es el valor de las donaciones a los fines que el acto y sus alcances pudieren corresponder.

Tres son las pautas que se han señalado como posibles (10): el valor de los bienes donados al tiempo en que las donaciones fueron hechas; o el que esos bienes tienen al deceso del causante y, por último, el de la partición, de mediar colación; propiciando, el autor citado, la valuación al tiempo de efectuarse la donación.

El Código, en la hipótesis de transmisión de bienes a legitimarios —art. 2461—, la deducción del valor de lo donado será de las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado.

Por su parte, el valor colacionable en materia de intereses —art. 2394— lo es desde la notificación de la demanda.

Y el valor de los bienes donados —art. 2385—, se determina “a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”.

Más allá de la precisión en el modo del cómputo, en el último supuesto es aconsejable sustituir la última locución “época” por “tiempo”.

8. Por último, un extenso y valioso comentario de la doctora María Josefa Méndez Costa (11) suministra un amplio y fundado análisis de las contingencias, distinguiendo y diferenciando los sujetos llamados a suceder ante la existencia de donaciones, lo que es sustentado con acopio de nutrida jurisprudencia y doctrina.

9. Dejamos expuestas unas breves reflexiones acerca de un tema de actualidad que el muy buen criterio de otros autores sabrán complementar y observar.

(10) BELLUSCIO, Augusto C., “El valor de las donaciones”, LL 135-1252.

(11) “Derechos de los herederos forzosos con respecto a las donaciones del causante a favor de un coheredero”, JA 28-1975-42.

2015



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Av. Alvear 1711 1º piso
(1014) / Ciudad Autónoma de Buenos Aires
(011) 4815-6976 / 4812-9327
www.academiadederecho.org.ar
academiadederecho@fibertel.com.ar

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Código Civil y Comercial

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director: Académico Santos Cifuentes

Subdirector: Académico Jorge Horacio Alterini

Código Civil y Comercial

Campanella ♦ Cobas ♦ Gagliardo
Gastaldi ♦ Hariri ♦ Sambrizzi ♦ Stiglitz

