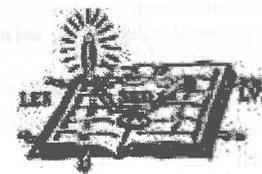


**BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES**

**SERIE: IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL**

**TEORÍA Y PRÁCTICA DE LOS CONTRATOS**



**BUENOS AIRES  
2010**

Teoría y práctica de los contratos / coordinado por Santos E. Cifuentes. - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2012. 192 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2122-4

1. Derecho Civil. 2. Contratos. I. Cifuentes, Santos E., coord. CDD 346.02

Copyright © 2012 by Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires  
Av. Alvear 1711, 1° (C1014AAE) Buenos Aires

Copyright © 2012 by La Ley S.A.E. e I.  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

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

*Printed in Argentina*

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

Tirada: 350 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-03-2122-4  
SAP 41274271

ARGENTINA

## 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*

### SERIE I - ANUARIOS

*Anales - Primera época, Nº 1 (1915) - Segunda época, Nº 1 a 48.*

### SERIE II - OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTÍN DE VEDIA y ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CÓRDOBA.
3. *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
4. *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRA.
6. *La libertad. Elección, amor, creación*, por MANUEL RÍO.
7. *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RÍO.
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.
10. *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
11. *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUÍN G. MARTÍNEZ.
13. *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER ( 2 tomos ).
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
15. *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.
17. *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.
19. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos).

20. *Conferencias y Estudios*, por HÉCTOR P. LANFRANCO.
21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.
22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.
24. *Vida y testimonio de Félix Frías*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.
25. *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por JORGE M. MAYER.
26. *Los posibles antidotos de la crisis*, por JORGE M. MAYER.
27. *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
28. *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por ALBERTO LUIS ZUPPI.
29. *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
30. *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
31. *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
32. *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por AÍDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI.
33. *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
34. *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

### SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 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 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.*

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

- *Descentralización Productiva.*

## INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

## INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

## INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

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

## INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*

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

*Presidente*

**Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio**

*Vicepresidente*

**Académico Dr. Gregorio Badeni**

*Secretarios*

**Académico Dr. Jorge H. Alterini  
Académico Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia**

*Tesorero*

**Académico Dr. Roberto E. Luqui**

## 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. Segundo V. Linares Quintana	28 mayo 1956
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 setiembre 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. Eduardo Aguirre Obarrio	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	24 setiembre 1996
Dr. Julio César Otaegui	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegria	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	12 mayo 2005
Dr. Horacio P. Fargosi	27 julio 2006
Dr. Enrique Manuel Falcón	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	27 setiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	25 setiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	8 octubre 2009
Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Luis María Drago	16 julio 1975
Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Félix Gregorio Frías	9 setiembre 1982
Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
José A. Terry	11 agosto 1994
Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Lucio V. López	13 diciembre 2001
Lisandro Segovia	10 abril 2003
Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Manuel Quintana	12 mayo 2005
Carlos Calvo	27 julio 2006
Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
José Manuel Estrada	27 setiembre 2007
Roberto Repetto	13 diciembre 2007
Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
José N. Matienzo	25 setiembre 2008
Mariano Moreno	8 octubre 2009
José María Moreno	8 octubre 2009

## ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Carlos María Bidegain

10 setiembre 2009

## MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		Fecha
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
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. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
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
Dr. Francesco Galgano	Italia	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. Guillermo J. Fierro	Rosario	22 mayo 2008
Dr. Felipe Osterling Parodi	Perú	26 junio 2008
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. Máns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Juan Álvarez	Dr. Carlos Güiraldes (h.)
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Alberto Hueyo
Dra. Margarita Argúas	Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Hilario Larguía
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Ricardo Levene
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Mario Justo López
Dr. Adolfo Bioy	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Francisco Canale	Dr. José N. Matienzo
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Rodolfo Moreno (h.)
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. José Luis Murature
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel María Diez	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Luis M. Drago	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Adolfo Orma
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Salvador Formieles	Dr. Lino E. Palacio
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Jesús H. Paz
Dr. Guillermo Garbarini Islas	Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Juan Agustín García	Dr. Federico Pinedo
Dr. Juan M. Garro	Dr. Norberto Piñero
Dr. Juan A. González Calderón	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 Zavalia  
 Dr. Estanislao S. Zeballos

## ÍNDICE GENERAL

	Pág.
- <i>Teoría general del contrato en la legislación argentina ...</i> Por SANTOS CIFUENTES	1
- <i>Contratos en beneficio de terceros .....</i> Por JUAN C. HARIRI	9
- <i>Los contratos de explotación de obras protegidas por el derecho de autor. Principios generales .....</i> Por DELIA LIPSZYC	35
- <i>Diferentes clases de consentimiento. Expreso o tácito .....</i> Por JOSÉ L. PÉREZ RÍOS	57
- <i>Los contratos entre cónyuges.....</i> Por EDUARDO A. SAMBRIZZI	75
- <i>Lesión subjetiva objetiva.....</i> Por RUBÉN S. STIGLITZ	117
- <i>La cláusula penal en los contratos .....</i> Por FÉLIX A. TRIGO REPRESAS	141

## TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

POR SANTOS CIFUENTES

**1º Voluntad y declaración.** Siguiendo la definición de Federico Videla Escalada en su obra señera sobre la materia, "el contrato es el acto jurídico bilateral destinado a reglar los derechos de las partes en el ámbito patrimonial". Esto lo diferencia del mero "pacto" que viene a ser una cláusula accesoria dentro del contrato que produce consecuencias importantes, tanto para su interpretación como para su cumplimiento.

Uno de los principios fundamentales y funcionales relativos a los contratos es el de la "autodeterminación" que se compone de dos elementos insoslayables aunque discutibles: la voluntad y la declaración de la voluntad.

La llamada autonomía de la voluntad se la ha diferenciado por la mayoría de los autores de la "autonomía privada", en tanto la primera según una doctrina atiende a la voluntad real o psicológica de las personas que daría lugar a los efectos jurídicos, mientras que la segunda vendría a ser una "autorregulación de los intereses de cada uno". Este punto de vista da primacía a la idea de que el sujeto tiene la posibilidad modificar su situación jurídica por un acto propio, que responde al sentido de su decisión.

Por su lado la "declaración de la voluntad" constituye la exteriorización de dicha voluntad que centra su importancia en la necesidad de que los terceros tengan conocimiento del contrato.

**2º Clasificación.** Las disposiciones que siguen al art. 1137 del Código Civil, estos es los arts. 1138 a 1142, contienen una clasificación de los contratos, subdivididos en:

a) *Unilaterales*: Como la norma estatuye estos contratos implican que una sola de las partes es la obligada por el contrato, vale decir que se crean obligaciones para uno de los contratantes. La otra parte, que en realidad es la beneficiada con la declaración de voluntad no asume ninguna obligación. En este sentido se ha estimado que son unilaterales los siguientes: la donación, el mandato cuando es gratuito, la fianza a favor de uno de los contratantes, el depósito siempre que no se haya asumido por el depositante ninguna contraprestación, el mutuo o préstamo también si es gratuito, el comodato o préstamo de uso y la renta vitalicia.

b) *Bilaterales*: En esta categoría entran en general todos los otros contratos. También se los ha llamado sinalagmáticos en los cuales las obligaciones se crean para las dos partes.

En estos contratos bilaterales se pueden establecer diferentes cláusulas con efectos especiales, tales como la señal o arras o el pacto comisorio. Se exige para considerarlos tales, la redacción en tanto ejemplares como partes haya con un interés distinto.

c) *A título oneroso*: Se caracteriza por la reciprocidad de las prestaciones, ya que una de las partes promete una prestación en correspondencia con la contraprestación que va a recibir. Han contratado las partes atendiendo a una utilidad recíproca.

d) *A título gratuito*: En este caso una sola de las partes se obliga a realizar a una prestación a favor de la otra, sin compensación ni prestación en su beneficio. Los bilaterales son onerosos pero los unilaterales pueden ser tales o gratuitos. En este caso que naturalmente es de poca frecuencia, se encuentran el mutuo, el depósito o la renta vitalicia.

e) *Consensuales*: Son los contratos que por oposición a los reales, es suficiente el mero consentimiento o acuerdo de voluntades para producir los efectos pertinentes.

f) *Reales*: Este contrato exige además de la común voluntad, la entrega de la cosa que es objeto del contrato. Esta entrega no es para darle fin a ejecutarlo, sino por formar el contrato y hacerlo nacer. En tal sentido se enuncian el mutuo, el comodato, el depósito, la prenda, la anticresis, la renta vitalicia y la donación manual.

g) *Nominados*: Cuando la relación contractual tiene una reglamentación específica sea en el Código sea en una ley especial que se dicte, de modo tal que no solo el nombre es lo que

los indica, sino también la existencia de sus efectos, formación y extensiones, se dice que son nominados, pero en realidad sería de mayor precisión señalarlos como contratos típicos o atípicos. Para los típicos a falta de reglas de la convención. En el supuesto de atípicos por ausencia de ley al respecto, como es el contrato de garaje, hay que acudir a la convención, bien a las de los contratos típicos análogos o, en última instancia, a las reglas generales del derecho.

h) *Simples*: Relacionados con los típicos, estos contratos a diferencia de los mixtos o complejos, responden a un solo tipo. En cambio en los segundos las partes pueden acordar elementos de varios contratos tipos, uno de estos con prestaciones accesorias o elementos de otro contrato tipo.

4º) **La formación del contrato**. El concurso de voluntades nos acerca a la idea del consentimiento, en tanto al asentir una de las partes consiente en la formación de un contrato. Hay pues coincidencia de tales voluntades en el orden interno o psicológico. Esto quiere decir que las respectivas voliciones con relación al objeto y causa, pues esta última es la finalidad que han tenido las partes en mira, pues si esa finalidad no existiera, podría producirse el error que anula la convención. Por lo demás tal coincidencia de voluntades debe ser simultánea o sucesiva, pero el requisito funcional es que se encuentren en un momento dado, pues si la oferta es retractada antes de la aceptación no estaría formado el contrato.

Desde otro punto de vista la modificación de la oferta por la parte que la recibió, importará la propuesta de un nuevo contrato (art. 1152 del Código Civil). Entre los sujetos habría de sobrevenir la reapertura de la discusión inicial.

Hay que agregar que la autonomía de la voluntad ha de tener vigencia amplia y efectiva, dado que en los contratos tiene un papel preponderante. Dicha fuerza vinculante solo carece de efectividad cuando el orden público interviene, tal lo que ocurre en los derechos reales a partir del derecho de propiedad, en tanto el legislador considera que estos derechos al igual que los que surgen del derecho de familia, prevalece un interés público, colectivo, económico y social del Estado.

5º) **Efectos acerca de los terceros**. Es de señalar que lo que predomina es la intención de las partes por sobre la forma externa, pues la parte psíquica predomina sobre la letra. Este es un principio casi universal que tiene raíces históricas en el derecho

romano. No obstante cuando de la simulación se trata y en procura de la protección de los terceros adquirentes o de las personas que no han sido partes, debe considerarse que para esos sujetos tiene relevancia lo que aparece y no lo que queda en la intimidad de los contrayentes. La excepción se enfrentaba con una regla clásica que estaba contenida en el art. 1198 del código, la cual facultaba tener en cuenta lo que implícita o virtualmente surgía de la entraña de la convención, lo que era razonable en lo que hace a los contratantes pero que no se compadecía con la protección de los terceros. Los jueces debían indagar los móviles a través de la prueba, lo que no significaba que fuera fácil prever a los terceros. La ley 17.711 derogó dicha regla.

Otro elemento es el de la declaración, que confiere valor a dicha exteriorización de la voluntad que parte de la voluntad misma. Este elemento, puede decirse que ha sido receptado por el legislador, en tanto si bien los contratos no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros quienes no revisten la condición de parte ni son sus sucesores universales, en ciertos casos a los sucesores particulares, extraños al contrato, las obligaciones que nacen del mismo se les transmiten cuando, por ejemplo se trata de los derechos accesorios del objeto adquirido por causa del contrato, o si se trata de las obligaciones llamadas "propter rem" u obligaciones reales, o frente a una figura particular como es el contrato de locación de cosas, por cuanto enajenada la finca arrendada, la locación subsiste para el adquirente durante el tiempo convenido por las partes (art. 1498 del código). Pero claro está que tratándose de terceros completamente ajenos a la relación contractual, vale decir los llamados "penitus extranei" a los que se les aplica la regla relativa a su condición extraña al contrato "res inter alios acta". De ahí que estos no pueden pretender el incumplimiento ni invocar perjuicios por la celebración del mismo. Esto no impide que deban respetarlos y aun que los efectos devenidos del contrato les sean oponibles, por cuanto como se ha visto se oponen "erga omnes".

No obstante lo expuesto los acreedores de una de las partes, que son terceros, pueden ejercer los derechos que su deudor ha omitido ejercitar e inclusive iniciar las acciones que a tales derechos correspondan, siempre y cuando estos últimos no fueren extrapatrimoniales o inherentes a la persona con un fundamento moral (art. 1196 del código). Por otra parte el ejercicio por los terceros no comprende más que a los derechos patrimoniales embargables y no a los facultativos que no están incorporados al

patrimonio del deudor, tales como aceptar una oferta o un mandato, alquilar un bien, etc.etc..

Por otra parte el ejercicio de la acción por el subrogante acreedor no puede ir dirigida a que los bienes ingresen a su patrimonio, sino que ingresan al del deudor, para que en un segundo paso posterior el acreedor pueda hacer valer sus derechos y aun concurrir con otros interesados alguno de los cuales puede tener privilegios que lo desplazan en el todo o en parte. El activo acreedor únicamente podría ejercer prioridad si hubiera con antelación trabado un embargo sobre esos bienes subrogados, acorde con lo dispuesto por el art. 218 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación.

**6º. Teoría de la declaración.** Hay una orientación, particularmente en el derecho alemán, que en los tiempos que corren da prevaencia por sobre el acto interno a la coincidencia de las voluntades "*declaradas y exteriorizadas*", no obstante que estas declaraciones pueden no coincidir con la diferentes voluntades reales de los contratantes. Tales orientaciones se basan en que se debe resguardar el interés social y por sobre todo evitar dificultades como la llamada reserva mental.

Si existieran más de dos centros de intereses contrapuestos en los llamados contratos plurilaterales, que no es el caso del contrato de sociedad (art. 1648 del Código Civil), en que los intereses son comunes y no se presentan intereses desentrañados, "*la declaración de voluntad común*" del art. 1137, es una conjunción voluntaria de intereses en que frente a lo contrapuesto hay acuerdo para reglar la integridad de los intereses de las partes. La coincidencia debe producirse sobre todos los puntos, pues en otros sistemas basta que ella se produzca en lo esencial. El art. 1154 del código no da posibilidades a esta última orientación, puesto que determina que cualquier modificación que se hiciera a la oferta para aceptarla importará la propuesta de un nuevo contrato.

**7º. La obligatoriedad de las convenciones contractuales.** Cuando el contrato se ha formado entre partes privadas acatándose todos sus elementos vinculantes, el art. 1197 del Código Civil eleva la voluntad humana a una categoría imperativa como lo es la ley misma. Y esta consecuencia se extiende tanto a los contratos tipos como a los atípicos.

Si bien la terminología utilizada por el legislador en el citado art. 1197 ha dado pie a diferentes interpretaciones, no cabe duda

## CONTRATOS EN BENEFICIO DE TERCEROS

POR JUAN CARLOS HARIRI

**SUMARIO:** I. PRÓLOGO.- II. ESENCIA DEL CONTRATO.- III. ACEPTACIÓN.- IV. LA ESTIPULACIÓN PUEDE REVOCARSE.- V. DERECHO COMPARADO EN LA MATERIA: A) CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. B) CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. C) CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. D) CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL. E) CÓDIGO CIVIL DE PERÚ. F) CÓDIGO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. G) CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. H) EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. I) CÓDIGO CIVIL DEL REINO DE ESPAÑA. J) CÓDIGO CIVIL DE PORTUGAL. K) CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. L) CÓDIGO CIVIL DE ITALIA. M) CÓDIGO CIVIL JAPONÉS. N) CÓDIGO SUIZO DE LAS OBLIGACIONES. Ñ) CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS.- VI. UTILIDAD PRÁCTICA DEL CONTRATO EN BENEFICIO DE TERCEROS.

### I. PRÓLOGO

Tratamos los contratos donde las partes directa o indirectamente incluyen en su contenido un beneficio destinado a un tercero ajeno dicho acto jurídico.

En nuestro derecho positivo la norma que lo prevé está contenida en el artículo 504 del Código Civil, permitiendo al tercero ser el destinatario de una gracia que le concede el promitente.

Creemos necesario incluir para lograr una mejor metodología, la denominación de los participantes:

*a) Estipulante:* Es quien individualiza al tercero beneficiario de la cláusula a su favor.

*b) Promitente:* Es quien se obliga y asume la obligación y debe cumplir con la prestación a favor del tercero.

*c) Beneficiario:* Tercero, que obtiene una ventaja.

Este contrato tiene una particularidad que le da una característica distinta de los demás, pues contiene una cláusula —estipulación— cuyas consecuencias derivan directamente sobre el patrimonio del tercero.

De modo tal que sea cual fuere el contrato es en principio susceptible de contener un beneficio en favor de alguien —tercero— que no ha sido parte del contrato originario.

Los beneficios de esta figura son múltiples y advertimos la utilidad que presenta su implementación, aún con las dificultades que puede presentar como por ejemplo que no se encuentre limitado en el tiempo respecto de ciertos actos.

No es el caso de lo dispuesto por el artículo 1161 del Código Civil que prohíbe contratar a nombre de un tercero sin estar debidamente autorizado por él, o bien sin tener la representación. Trataremos, precisamente, como los contratantes pueden incluir un beneficio para un tercero y este podrá aceptarlo o rechazarlo.

Entendemos que se trata de un medio jurídico de primer orden, pues dinamiza muchas instituciones y permite a su vez realizar operaciones que no serían posibles de otra manera (G. Ripert y J. Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, T. I, Vol. I, p. 384, ed. La Ley).

Esta modalidad, tiene particularidades propias y se proyectan en la vida contemporánea que permiten nuevas posibilidades para su correcta aplicación.

Claro está que la sociedad, destinataria del Derecho y la ley buscan nuevas respuestas en instituciones más lejanas, pero que se adecúan a las necesidades presentes.

Allí está precisamente cuando una institución creada desde antiguo es capaz de perdurar por la permeabilidad de su regulación a las nuevas situaciones, advirtiéndose además la genialidad del legislador, que se ve reflejada en la calidad de las normas que legisló.

No podemos dejar de señalar que los negocios en general siempre están presentes en la vida de relación de las distintas comunidades y son el eje principal de la economía del Estado, de tal modo no es concebible que se dicten normas que perjudiquen las transacciones comerciales e impidan que se desarrollen para lograr el bienestar general, al que alude el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional vigente desde 1853.

La obra magnífica del doctor Dalmacio Vélez Sarsfield plasmada en nuestro Código Civil, incorporó en el artículo 504: "Si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja a favor de

*un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada*", que da curso ilimitado para ser contemplado en los distintos contratos.

Esta norma, siguiendo la estructura de otros Códigos, tal vez hubiera sido recomendable que se tratara en la parte de los contratos. Sin embargo, ello nada altera su aplicación y en modo alguno constituye una crítica.

Nos parece apropiado incluir en esta introducción la definición del tema: el contrato a favor de terceros es aquél en que una de las partes llamada estipulante o promisorio conviene, en su propio nombre, que la contraparte designada promitente quede obligada hacia un tercero, adquiriendo éste el correlativo derecho de exigir la prestación (J. Dassen, *Contratos a favor de terceros*, p. 10, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1960, con citas de Capitant, Colin; Julliot de Morandiere y Savigny).

También podemos decir que se trata del caso en que el estipulante contrata con el promitente para que éste otorgue una prestación a favor de un tercero que en definitiva resulta ser beneficiario.

Desde ya adelantamos que el beneficiario puede ser tanto una persona física, moral o jurídica, nominado o innominado.

En consecuencia, trataremos el tema a la luz de las nuevas situaciones que se presentan en la actualidad y las diferentes legislaciones que abarcan el tema tan trascendente para las relaciones jurídicas.

Téngase en cuenta que el instituto que trataremos presenta en la vida moderna grandes ventajas para la sociedad toda, pues es un modo de protección de los eventuales daños que pueda padecer una víctima y también una gracia que puede concederse a quien resulte beneficiario del objeto de prestación.

## II. ESENCIA DEL CONTRATO

Tal como está normado este contrato por el artículo 504 del Código Civil tiene una declaración recepticia destinada a un tercero para favorecerlo.

El límite al artículo 504 lo pone a las claras la parte final del artículo 1195 en cuanto a que los contratos no pueden perjudicar a terceros dando origen así a la teoría de la inoponibilidad.

También el artículo 1161 prohíbe contratar a nombre de un tercero sin estar debidamente autorizado por él o bien sin tener por la ley su representación.

En efecto, si lo que las partes acuerdan debe respetarse como a la ley misma (art. 1197 del Cód. Civil), el tema debe proyectarse sobre quien no habiendo intervenido en su formación en forma directa puede beneficiarse por decisión de una de ellas.

Puede entenderse que nos encontramos ante una oferta en la cual hay un destinatario que la aceptará o rechazará.

Sin embargo, la naturaleza jurídica o esencia misma del contrato tiene su fuente en la voluntad unilateral en cuanto a la designación del beneficiario (ver Chapeau y Works, entre otros citados por Demogne, T. 7, N° 819), de uno de los contratantes que forman el acuerdo.

También el artículo 504 otorga un derecho emergente sujeto a una condición suspensiva en cuanto a que el tercero beneficiario acepte la estipulación y desde otro ángulo existe igualmente una condición resolutoria que puede consistir en que el estipulante manifieste la revocación (L. M. Boffi Boggero: *Tratado de las Obligaciones*, T. I, p. 487, ed. Omega, Bs. As, 1968).

En definitiva, para que nazca un contrato en beneficio de un tercero es necesario que a éste se le otorgue un derecho y la potestad legal de poder exigirlo a quien se obligó (Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, p. 92, "El Contrato a favor de Terceros", 7ª ed. Ed. Tecnos, Madrid, 1995).

La característica esencial destacable es que el tercero tiene que estar designado para obligar al promitente y al estipulante quienes tuvieron el deseo de beneficiarlo.

No obstante ello, el tercero se integra al contrato y de ese modo el promitente pierde la función asumida al celebrar el contrato el cual adquiere el desarrollo pleno que las partes tuvieron en miras.

Así nos encontramos frente a un acto jurídico pleno, cuya esencia se funda en la autonomía de la voluntad, que permite a quienes lo celebren alcanzar los fines que previeron adquiriendo la calidad de una convención típica rodeada en ciertos casos de reglas comunes al contrato de donación respecto del beneficiario, que se consuma con la aceptación, tal como lo dispone la parte final del artículo 1161: *"El contrato valdrá si el tercero lo ratificase expresamente o ejecutase el contrato"*.

En suma, en la estipulación a favor de terceros nacen obligaciones entre estipulante y obligado (relación de cobertura), entre estipulante y beneficiario (relación de valuta), y también una relación directa entre el obligado y el beneficiario, relaciones que son de carácter contractual (Cám. Nac. Civ.; Sala G, 3/8/1981: "Armedia Patricio c/Samaría Carlos, Colección de Análisis Jurisprudencial. Contratos Civiles y Comerciales; ed. La Ley).

### III. ACEPTACIÓN

Es evidente que al aceptar el tercero beneficiario la prestación efectuada por el estipulante queda asegurado su derecho.

¿Cuándo el tercero debe aceptar la estipulación?

En principio no existe ningún impedimento para que la lleve a cabo inmediatamente de celebrado el contrato.

Empero, téngase en cuenta que ese acto de ningún modo puede sostenerse que ello hace perfecto el contrato, pues esa calidad ya la tenía al tiempo de su formación, máxime que la "aceptación" no es contractual pues no se encuentra sujeta a ninguna forma especial, siendo evidente que el tercero como el "accipiscus" recibe la tradición; acepta en el sentido del 504 del Código Civil (CS Tucumán, "Povina Alfredo y otro c/Del Rey S.A.", octubre 5 de 1972, La Ley 150, 214 y ss.).

El modo en que puede llevarse a cabo la aceptación no es otra que la dispuesta para exteriorizar la voluntad prevista por el artículo 915 del Código Civil, es decir, expresa o tácita, formal o no formal, y ellas desde nuestro punto de vista no deberían estar sometidas a regla alguna.

Cuando al beneficiario se le dona un inmueble no cabe duda que la aceptación debe ser realizada por escritura pública bajo pena de nulidad absoluta, tal como prevé el inciso 1º del artículo 1810 del Código Civil. Sin embargo, creemos que en el caso, debería limitarse el tiempo de la aceptación evitando de ese modo que perdure *sine-die*.

En definitiva, la aceptación es un acto jurídico unilateral mediante el cual el tercero beneficiario declara su voluntad de recibir la cosa o ejecutar el contrato.

Más allá de las formas con que ella se debe revestir, lo cierto es que pone fin al estado de incertidumbre que existe hasta tanto no se manifieste.

Empero, téngase en cuenta que el contrato celebrado entre promitente y estipulante queda perfecto como tal aun cuando el beneficiario no acepte la estipulación.

Claro está que el beneficio estipulado a favor del tercero se puede revocar hasta tanto no haya sido aceptado, principio que deriva del artículo 1150 del Código Civil en cuanto a que: "Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas..." siempre y cuando el estipulante no hubiere renunciado a esa facultad la cual tiene que ser expresa o se obligó a mantenerla por un tiempo determinado.

Desde otro ángulo, debe tenerse presente que la estipulación por sí misma no caduca, y el derecho del beneficiario podemos preguntarnos si se transmite a sus herederos.

No sería apropiado dejar de lado lo que sostuvo Héctor Lafaille (*Obligaciones*, Vol. II, p. 369), en el sentido que la estipulación es un acto personalísimo a favor de tercero y por tanto no pasa a sus herederos, sin embargo con la conformidad de éste el promitente puede cambiar el beneficiario.

En suma, no admitimos que ese derecho sea transmisible no sólo por ser un derecho personalísimo sino que si ello se admitiera lisa y llanamente podría deformarse el contrato yendo más allá de lo previsto por el legislador.

Por tanto, el beneficiario debe aceptar la estipulación o rechazarla, empero la ley no fija plazo para ello, lo cual creemos que no es bueno, y por tanto el estipulante bien podría determinar el tiempo para que el beneficiario manifieste su voluntad, máxime que se trata de la liberalidad del estipulante.

#### IV. LA ESTIPULACIÓN PUEDE REVOCARSE

¿La estipulación en beneficio del tercero puede revocarse? La respuesta admite distintas respuestas según el tipo de contrato que se haya celebrado.

a) Veamos pues el contrato de seguro por daños provocados a terceros.

Dejamos a salvo la jurisprudencia emanada de los Tribunales de la provincia de Buenos Aires, los cuales en general han sentado el principio que el contrato de seguro no constituye una estipulación a favor de tercero (art. 504 del Cód. Civil), y la circunstancia de que el tercero pueda recibir alguna ventaja no altera

la afirmación anterior, porque esa ventaja es tan sólo uno de los efectos de contrato y no la causa de su celebración que es siempre el interés del asegurado traducido en el mantenimiento de su integridad patrimonial (Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 10/6/97 cita online AR/JUR/1278/1997; en igual sentido: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 14/1/95 cita online AR/JUR/128/1995; Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 15/11/94 cita online AR/JUR/3117/1994; Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 22/2/1994 cita online AR/JUR/2152/1994; Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 28/12/1993 cita online AR/JUR/97/1993; Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 27/12/1988 cita online AR/JUR/50/1998; Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 22/3/1988 cita online AR/JUR/1286/1998; Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 1/3/1988 cita online AR/JUR/911/1998; entre otros).

De ningún modo participamos del criterio establecido por esta corriente jurisprudencial que tiene fundamento en que la celebración de ese contrato es en interés del asegurado y no del tercero.

Pensamos, pues, todo lo contrario. El interés prioritario es precisamente el del tercero y no el del asegurado más allá de considerar que paga una prima —se asegura— para el caso de dañar a un tercero, pues atiende a un interés social.

En efecto, cuando el asegurado y el asegurador dan su consentimiento, el contrato queda formalizado y por tanto produce sus efectos con las consiguientes obligaciones para las partes. El asegurado debe pagar la prima acordada. El asegurador debe pagar el capital convenido como indemnización al beneficiario designado, cuando se acredite el evento previsto (J. C. Morandi, *Situación Jurídica del Beneficiario en el Seguro de Vida a Favor de Tercero*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Vol. I; ed. Depalma, Bs. As., febrero 1968).

En el caso, se protege a la sociedad toda y así lo reconoció el artículo 68 de la ley 24.449 (de Tránsito), sancionada el 23 de diciembre de 1994 y publicada en el Boletín Oficial el 10 de febrero de 1995 al establecer que todo automotor, acoplado o semi acoplado debe estar cubierto por un seguro, de acuerdo con las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no.

Esta norma muestra a las claras que el destinatario del beneficio es el tercero damnificado, máxime que el "asegurado" debe pagar por ello a la aseguradora.

En igual sentido al que adherimos, en contra de la doctrina jurisprudencial de la provincia de Buenos Aires, es frecuente que los médicos cuenten con un seguro para cubrir eventualmente perjuicios que puedan imputárseles respecto de terceros, habiéndose sostenido que: "Puede ocurrir que la relación médico-paciente no se origine de manera directa, sino por medio de organismos intermedios, en el caso a través de un hospital municipal al cual el paciente concurre voluntariamente o en caso de emergencia. Con respecto a la naturaleza del vínculo a través de organismos intermedios, se trataría de una estipulación a favor de un tercero, en los términos del artículo 504 del Código Civil y el interesado dispone —como cualquier otro acreedor— de los medios legales para compeler a los deudores el cumplimiento de las obligaciones y, en su caso, exigir las indemnizaciones correspondientes (Cám. Nac. Civil; Sala G; 7/4/1983 "G. R. de M. c/Municipalidad de la Capital"; cita online AR/JUR/1146/1983; en igual sentido: Sala C 24/8/1982 U.N.G. c/Sanatorio A.S.A. cita online AR/JUR/905/1982; Sala B, 25/3/1982; "Ibañe Juana I c/Barragán Roberto y otros"; cita online AR/JUR/646/1982; Sala H; 21/6/1995 "Gutiérrez María E. c/Intermedios Inc. y otros; La Ley 1997-E, 1007; entre otros).

No obstante lo expuesto y afirmando el criterio que sostenemos no podemos obviar el destacado fallo de la Sala E de la Excma. Cámara Nacional en lo Civil, anotado por el doctor Félix Trigo Represas (La Ley 1981-D, 133), donde el Tribunal siguiendo el fallo de Primera Instancia del doctor Eduardo Bueres, sostuvo que: "La figura de la estipulación a favor de tercero (art. 504 del Cód. Civil), es útil para perfilar la relación generada entre una clínica y una obra social (o mutual)". Entre esos entes se establece una "relación de cobertura" en beneficio del paciente afiliado a la obra social quien se transforma "contractualmente" por la virtualidad jurídica del nexo en acreedor de la clínica por la debida asistencia médica".

Por tanto, este tipo de seguros no puede revocarse cuando el perjuicio ha sido generado.

b) Admitimos que la estipulación es susceptible de revocación hasta tanto el beneficiario no la haya aceptado, derecho éste que sólo le compete al estipulante.

Téngase en cuenta que el beneficiario no es parte del contrato, sólo tiene derecho a recibir o rechazar la liberalidad

(L. Jossierand, *Derecho Civil*, T. III, Vol. II, Liberalidades, N° 1320, p. 49, ed. Jurídicas Bosch y Cía. editores, Bs. As, 1952).

Por cierto que una vez que se produzca la revocación el derecho que le asistía al beneficiario queda totalmente extinguido y en ese caso el promitente queda con un título perfecto a su favor.

Desde otro ángulo, téngase en cuenta que la revocación es un acto unilateral y recepticio pues el estipulante no tiene por qué justificarla y no necesita indicar ningún motivo pues sólo basta su declaración (J. J. Carneiro, "Estipulación en beneficio de Terceros", en: *Abuso de Derecho y otros Estudios en Homenaje a Abel M. Fleitas*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992).

También puede ocurrir que el estipulante haya renunciado a la facultad de revocar la estipulación lo cual si así fuere el caso, debe ser hecha expresamente, pues las renunciaciones nunca se suponen. Igualmente para este supuesto entendemos que debe fijarse plazo.

Empero, Llambías sostiene que la revocación del beneficio sólo puede ser obra de la voluntad concorde de ambos contratantes, estipulantes y promitente dando como apoyo el argumento del artículo 1200 del Código Civil (J. J. Llambías, *Código Civil anotado*, Doctrina y Jurisprudencia T. II-A "Obligaciones en General Extinción de las Obligaciones", ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1979).

Sin perjuicio de la opinión de este gran jurista argentino, nos permitimos disentir respecto de esta postura, toda vez que estamos frente a un contrato en sentido impropio donde no hay vinculación obligacional entre el promitente y el beneficiario (J. C. Rezzonico, "Estipulación a favor de terceros y buena fe en la venta de lotes" nota al fallo de la Sala A de la Cám. Civil; in re "Rubio Jorge c/Playas y Balnearios S.R.L." del 24/10/1984; La Ley 1985-C, 380 y ss.).

Por último afirmamos que la revocación de la estipulación a favor de terceros será admisible teniendo en cuenta las particularidades del contrato y la conducta asumida por el estipulante, destacando una vez más que ella de ocurrir debe ser expresa.

## V. DERECHO COMPARADO EN LA MATERIA

Veamos en primer lugar como esta institución ha sido recibida por otras legislaciones.

### a) Código Civil de la República Oriental del Uruguay

En su artículo 1256 dispone: "Si contratando alguno a nombre propio, hubiese estipulado cualquier ventaja a favor de tercera persona, aunque no tenga derecho a representarla, podrá esta tercera persona exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiere aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada".

Se advierte fácilmente que esta norma es similar a nuestro artículo 504 del Código Civil.

Debe destacarse también la trascendencia que tiene en Uruguay este contrato, pues desde el 24 de mayo de 2009 rige la ley 18.412 que dispuso la obligatoriedad para todos los automotores que circulen en el territorio de la República contar con un seguro contra daños a terceros, facultándose al Ministerio del Interior a retener los vehículos que carezcan de ese seguro, previéndose una multa equivalente al importe promedio del costo del seguro.

Esta ley también es aplicable a los vehículos matriculados en países extranjeros o ingresados temporariamente, que deben acreditar ante las autoridades aduaneras que están amparados por una aseguradora.

Se prohíben los cambios de titularidad sobre los rodados si el nuevo titular no acredita que cuenta con el seguro correspondiente.

De este modo vemos que el contrato de seguro a favor de terceros damnificados se trata de una estipulación en sentido propio, sin considerar el beneficio o no que puede adquirir el asegurado.

Hay una clara demostración entonces que este precepto legal se implementa en beneficio de la sociedad toda.

No creemos que ésta sea la única forma de manifestación del artículo 1256 del Código Civil, pero hemos querido traer este ejemplo que consideramos trascendente y demuestra cómo el Estado protege a los transeúntes.

### b) Código Civil de la República de Chile

El Título II del Libro IV, dispone en su artículo 1449: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él.

Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".

Esta disposición contempla como partes del contrato al estipulante y al promitente y el tercero beneficiario, igual que el artículo 504 del Código Civil argentino, no es parte del acto jurídico.

En el caso el estipulante obtiene la promesa o bien la obligación del promitente a realizar la prestación objeto del contrato a favor del tercero beneficiario.

Nuevamente advertimos que un ejemplo de ello es el seguro de vida donde la "aseguradora" se obliga en caso de muerte de quien contrató la póliza a pagar las sumas de dinero que previó el contrato al tercero o terceros beneficiarios, los cuales no participaron en ese negocio jurídico pero sus consecuencias se proyectan a ellos.

La doctrina chilena en su gran mayoría calificó al beneficiario como el desarrollo de la "Teoría de la Adquisición Directa del Derecho" la cual sostiene que desde que se celebró el contrato entre estipulante y promitente, aunque el tercero ignore el beneficio, la aceptación que haga constituye el único requisito para exigir el cumplimiento de la prestación (J. López Santa María, *Los Contratos*, Parte General, Capítulo V; ed. Jurídica, 1986).

Por último, nos parece apropiado señalar a quienes la Corte Suprema de Chile consideró terceros "...serán aquellos que de alguna manera, directa o indirectamente, pueden ser ofertados o tener interés en sus estipulaciones" (RDJ T. 51, Secc. 1ª, p. 424).

Este contrato que también regula la legislación chilena no es ni más ni menos que un modo de circulación y distribución económica.

### c) Código Civil paraguayo

Este Código trata el tema dentro del Libro Tercero "De los Contratos y de otras Fuentes de Obligaciones", Capítulo VII "De los Contratos a Favor o a Cargo de Terceros" —artículos 730/736— previendo situaciones que en otros Códigos no se tratan y por tanto la doctrina fue la que puso claridad al tema. Para lograr una mejor lectura transcribimos los artículos:

Artículo 730: "El contrato celebrado a nombre propio, por el que se promete la prestación de un tercero, será obligatorio si el promitente hubiere garantizado la ratificación o el cumpli-

miento por parte de aquél. En la duda, se entenderá que sólo fue garantizada la ratificación. Prestada ésta, las relaciones entre el estipulante y el tercero serán juzgadas como si el contrato se hubiera ajustado directamente entre ellos”.

Artículo 731: “Si en el caso del artículo anterior, no se ratifica la promesa o no se cumple la prestación ofrecida, el estipulante podrá exigir daños e intereses al promitente. Si éste no hubiere garantizado la ratificación o el cumplimiento, sólo será responsable si no se ha ocupado de obtenerlos o si no se los obtuvo por su culpa”.

Artículo 732: “El que obrando en su propio nombre estipule una obligación a favor de un tercero, tiene el derecho de exigir su ejecución en provecho de ese tercero”.

Artículo 733; “El tercero o sus derechohabientes pueden también reclamar directamente del deudor, salvo convención en contrario, la ejecución de la prestación. El deudor puede oponer al tercero las excepciones resultantes del contrato. En caso de revocación de la estipulación, o de negativa del tercero a aprovecharse de ella, la prestación quedará a beneficio del estipulante, salvo que otra cosa resultare de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato”.

Artículo 734: “El estipulante puede reservarse el derecho de substituir al tercero designado en el contrato, independientemente de la anuencia del otro contratante. Tal substitución puede hacerse por actos entre vivos y por disposición de última voluntad”.

Artículo 735: “Si la prestación debiere ser efectuada al tercero después de la muerte del estipulante, podrá éste revocar el beneficio aun mediante disposición testamentaria y aunque el tercero hubiere declarado que quiere aprovecharlo, salvo que en este último caso el estipulante hubiere renunciado por escrito a su poder de revocación. La prestación deberá ser efectuada a favor de los herederos del tercero si éste muriese antes que el estipulante no hubiere dispuesto de otro modo”.

Artículo 736: “El tercero que no haya aceptado el beneficio estipulado a su favor puede repudiarlo. La renuncia será irrevocable y extinguirá su derecho como si nunca hubiere existido”.

En consecuencia, estas normas tan claras revelan una gran utilidad sobre el tema y la extensión a favor de los herederos del tercero que les permite reclamar del estipulante la prestación.

La ley 1183 dictada en 1986, sancionó el nuevo Código que entró en vigencia el 1º de enero de 1987, el cual fue motivo de reformas posteriores parciales, sin haber alterado el tema que nos ocupa y de gran difusión en la República del Paraguay.

#### d) Código Civil de la República Federativa del Brasil

En el Título IV —De los Contratos— Capítulo IV refiere a las estipulaciones a favor de terceros.

Solamente en tres artículos —1098, 1099 y 1100— aborda la temática previendo que aquel que estipula a favor de un tercero puede exigir el cumplimiento de la obligación; y también a este último le está permitido reclamarla.

También el estipulante puede reservarse el derecho de substituir al tercero designado en el contrato con independencia de su consentimiento y ella puede ocurrir tanto por actos entre vivos o por disposición de última voluntad, ello en una clara remisión al artículo 1473 que trata sobre los seguros de vida.

Advertimos nuevamente en esta legislación en concordancia con la nuestra que el tercero beneficiario no es parte del contrato, pero puede exigir su cumplimiento, o bien, rechazarla y en este caso sus consecuencias se proyectarán naturalmente entre el estipulante y el beneficiario.

#### e) Código Civil de Perú

En el artículo 1360 prevé que es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha en cuyo caso opera retroactivamente.

El Título X del Libro VII —fuentes de las Obligaciones— en el artículo 1457 lo define: “Por el contrato a favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona. El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato”.

Entendemos que de la definición surge que el estipulante debe tener una causa eficiente que motive el contrato.

También se indica que el derecho del tercero surge de la celebración del contrato y que éste haga conocer tanto al estipulante como al promitente su voluntad para que de ese modo sea exigible y esa declaración tiene efectos retroactivos (art. 1458).

Este acto de voluntad refiere tanto al promitente como al estipulante con el fin de que el primero sea anoticiado por el beneficiario que aceptará y respecto del segundo para que cumpla la prestación, aceptación que la jurisprudencia de ese país admite que sea en forma tácita o expresa (cas. N° 899-98, Camaná. El Peruano 6-8-2000; p. 5768).

Encontramos otras notas distintivas en cuanto a que los herederos del beneficiario pueden aceptar la estipulación, salvo pacto en contrario (art. 1459), y si el tercero no acepta el derecho conferido el estipulante puede exigir el beneficio en su favor (art. 1460).

El estipulante conserva el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación por el promitente el cual es extensivo al tercero beneficiario (art. 1461).

Empero, cuando se deja exclusivamente al tercero el derecho de hacer exigible la obligación del promitente, el estipulante no podrá exonerar a éste (art. 1462 en concordancia con los arts. 1346 y 1425).

En igual sentido el estipulante puede reservarse el derecho de sustituir al tercero independientemente de la voluntad de los contratantes y este derecho no se transmite a los herederos del estipulante (art. 1463), salvo que se lo haya convenido.

Igual que lo dispuesto en cuanto a la oferta en nuestro Código Civil, el estipulante puede revocar o modificar el derecho del tercero en tanto no haya ocurrido su aceptación (art. 1464).

Sin embargo, la facultad de revocación o modificación es transmisible a los herederos, salvo pacto en contrario (art. 1465 y conc. arts. 9°, 660, 1218, 7463, 1464 y 1466).

La revocación que pudiere realizar el estipulante es válida hasta tanto el tercero no haya aceptado el beneficio (arts. 1359, 1464, 1465, 1466 y c.c.), y de ocurrir produce la extinción del contrato (art. 1467).

Puede darse el supuesto que el estipulante haya renunciado a la facultad de revocar o modificar o sustituir el contrato a favor del tercero (art. 1468).

Por último, el promitente puede oponer al tercero las excepciones fundadas en el contrato, pero no las que deriven de otras

relaciones existentes entre él y el estipulante (art. 1469 y cc. 1432 y 1491).

En suma, el Código Peruano siguiendo la línea del Código Paraguayo ha contemplado las distintas situaciones que puede presentar el contrato dándole una adecuada respuesta legal.

#### f) Código de la República de Colombia

También incluye en su normativa el contrato a favor de terceros, el cual tiene lugar cuando las personas que lo celebran convienen en que las obligaciones a cargo de alguna de ellas deberán ser ampliadas a favor de un tercero que no ha participado en dicho contrato ni ha sido representado por ninguno de quienes lo celebran (G. Ospina Fernández y E. Ospina Acosta, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, N° 451, p. 363 y ss. Ed. Temis S.A., Bogotá, Colombia, año 2009).

Así el artículo 1506 define esta institución y prevé el régimen aplicable: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esa tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".

Se demuestra así que la estipulación para un tercero ha sido recibida en forma amplia y compatible con las necesidades del comercio y prevé los efectos de este contrato.

Se requiere que el estipulante no sea un representante legal o convencional del beneficiario, pues si así ocurriera ya no sería una estipulación para tercero, toda vez que éste sería parte del contrato por cuanto estaría representado en la figura del primero, y ese acuerdo caería en la figura del artículo 1505 que prevé la "representación".

Igual que en los códigos anteriormente mencionados, el tercero beneficiario no es parte del contrato el cual se perfecciona entre estipulante y promitente.

Advertimos que este contrato tiene amplia difusión en materia de seguros, de transporte, de títulos-valores, etc. (autores y obra citada precedentemente N° 456, p. 365).

### g) Código Civil de la República de Panamá

Este código en el Título II, De los Contratos; Capítulo I —Disposiciones Generales— en la segunda parte del artículo 1108 dispone "...Si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada".

Esta es la única disposición en la materia dentro del derecho civil panameño, pero encierra todo el estándar jurídico respecto de este contrato cuyo tráfico alcanza sin duda también de los seguros de vida de amplia trayectoria.

### h) El Código Civil alemán

La estipulación a favor de tercero era conocida por el derecho romano a donde se remontan los antecedentes de este acuerdo de voluntades y el BGB (Código Civil alemán), que entró a regir el 1º de enero de 1900, lo incorporó, sirviendo de base a nuevas legislaciones.

Corresponde destacar que este Código sobrevivió a dos guerras mundiales que perdió el estado alemán y gracias a la labor fecunda de la jurisprudencia y a algunas modificaciones que se fueron incorporando perduró en el tiempo, y en materia de contratos las modificaciones no han sido relevantes.

El libro Segundo trata sobre "Derechos de las Relaciones Obligatorias" —Sección Segunda: Obligaciones Contractuales, Título Tercero. Promesa de prestación a un tercero—, allí encontramos regulado el contrato en análisis.

El artículo 328 determina que: "un contrato puede estipular la prestación a beneficio de un tercero de manera que el tercero adquiere de forma inmediata el derecho de exigir la prestación" y "En ausencia de una estipulación expresa se deduce de las circunstancias, especialmente del objeto del contrato, si el tercero adquiere el derecho, si el derecho del tercero aparece en el acto o sólo bajo ciertas condiciones o si las partes contratantes pueden reservarse algún derecho para eliminar o modificar el derecho del tercero sin su consentimiento".

La estipulación puede ser hecha en forma expresa o tácita, principio que se afirma claramente, en concordancia con otras legislaciones.

Singularmente los artículos 329 y 330 refieren a reglas de interpretación tanto para el caso de asumir el cumplimiento como para el supuesto de seguros de vida o de tratarse de una renta vitalicia.

Así dispone el artículo 330: "Si en un contrato de seguros de vida o renta vitalicia se estipula el pago del seguro o la renta a un tercero, se presume, en caso de dudas, que el tercero adquiere, él directamente, el derecho a exigir el pago. La misma regla se aplica, si en una atribución a título gratuito de imponer al favorecido una prestación a un tercero, o si una persona, al asumir todas las propiedades o bienes de otra persona, promete una prestación a favor de un tercero con el propósito de saldar las deudas con este último".

Tampoco ha sido descuidado el tema del cumplimiento de la prestación para después de ocurrido el fallecimiento del beneficiario.

Artículo 331: "Si la prestación a favor de un tercero debe realizarse después del fallecimiento de la persona a quien se le prometió, en caso de duda el tercero adquiere el derecho a la prestación en el momento de la muerte del promisorio. Si el promisorio muere antes del nacimiento del tercero, la promesa de realizar la prestación a favor del tercero puede revocarse o alterarse sólo si se ha reservado el derecho a hacerlo".

Se prevé el cambio mediante disposición por causa de muerte provocada por haberse efectuado una reserva.

Artículo 332: "Si el promisorio se ha reservado el derecho de sustituir por otra persona al tercero nombrado en el contrato sin consentimiento del promitente, en caso de duda puede también hacerse esto en una disposición por causa de muerte".

El tercero que rechaza la estipulación al promitente, tal derecho se lo considera que no fue adquirido (art. 334), y las objeciones que surjan del contrato corresponden al promitente incluso frente al tercero.

Finalmente se deja a salvo el derecho del promitente a exigir el cumplimiento a favor del tercero incluso en el caso que este último es quien tiene el derecho a la prestación, todo ello con la excepción que en el caso se presuma una intención contraria de las partes contratantes (art. 335).

De este modo tan analítico el Código Civil alemán (BGB), concluye el tratamiento de este contrato, el cual no ha sido afec-

tado por modificaciones desde su sanción que lleva más de cien años.

Debemos destacar la afirmación del gran jurista alemán Hein Kötz, en oportunidad de haber escrito la introducción del Código (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1998), que el BGB aún sigue vigente a pesar de los cambios políticos de la transformación tecnológica y las oscilaciones de los valores sociales y ello en gran parte se debe a la jurisprudencia.

Pues bien, sin duda la regulación del contrato a favor de terceros tiene un plausible tratamiento dinámico y gran proyección económica amparada por su buena aplicación e interpretación que se ha hecho.

#### i) Código Civil del Reino de España

Este Código tiene como base fundamental al francés y también recibió la influencia pandectista del alemán, portugués, italiano, y del anteproyecto belga de Lauret, sin abandonar la influencia del derecho romano.

Así la ley de base del 11 de mayo de 1988 por la que se autorizó en sus artículos al gobierno para publicar un Código Civil, en sus 27 bases se sentaron los principios que contendría dicho código.

En el Libro Cuarto —De las Obligaciones y Contratos; Título II: De los Contratos—, el artículo 1257 en su parte final dispone que: “Si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiere hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada”.

Es la única norma que está en esa legislación y sólo se fijan dos aspectos: revocación y exigibilidad, y es por tanto la doctrina y la jurisprudencia quien da respuesta a todos los problemas que puedan surgir cuando en la relación jurídica que se forme existan más de dos sujetos implicados.

En consecuencia, en la legislación española se considera que para que exista contrato a favor de tercero es necesario que a éste se le atribuya directamente un derecho, con la facultad de exigirlo al obligado (Luis Diez Picaso y Antonio Gullon, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, p. 93, ed. Tecnos, séptima edición, Madrid, 1995).

No obstante ello, debemos señalar que el contrato queda celebrado con las partes contratantes, y el tercero es totalmente ajeno a ellas.

En la norma anotada advertimos pues, una carencia importante en el sentido que no se previó sobre el destino de la prestación que el promitente debería haber cumplido a favor del tercero si no hubiese intervenido en la revocación (autor y obra citada, p. 95).

#### j) Código Civil de Portugal

Sancionado en 1966, previó también en su artículo 441 la estipulación a favor de tercero, legitimando no sólo al tercero sino también al estipulante facultándolo a demandar al promitente para que cumpla con la estipulación.

#### k) Código Civil francés

En su artículo 1121 ha quedado plasmado que está permitido efectuar una estipulación a favor de un tercero y ofrece eficazmente una práctica generalizada.

Artículo 1124: “Se puede estipular asimismo a favor de un tercero cuando ésa sea la condición de una estipulación que se hace por sí mismo o de una donación que se hace a otro. El que haya hecho esa estipulación no puede revocarla si el tercero ha declarado que quiere aprovecharla”.

Así los seguros en general caen bajo el amparo de la norma del artículo 1121, el transporte de mercadería que llevan una estipulación para un tercero, el transporte de personas, la donación con cargo, la cesión de un fondo de comercio, etc.

Como bien señala Louis Josserrand, *Derecho Civil*, T. II, Vol. 1 - Teoría General de las Obligaciones, N° 276, p. 199, ed. Jurídicas Bosch y Cía., Bs. As., 1950), la estipulación por otro pone en acción a tres personas: el estipulante, el promitente y el tercero beneficiario y en toda estipulación por otro, operación triangular se encuentra esta trinidad necesaria.

Este contrato se defiende en Francia y se lo ha definido como el negocio jurídico por el cual una persona, el estipulante, conviene con otra persona, el promitente (u obligado), que ésta cumplirá una prestación a favor de un tercero, el beneficiario (Heri y León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, Par-

te segunda, Vol. III - Cumplimiento Extinción y Transmisión de las Obligaciones", N° 769, p. 61, ed. EJE, Bs. As., 1969).

Estos autores han comentado claramente los requisitos propios de este contrato: 1) La voluntad de estipular a favor de un tercero, 2) el carácter accesorio de la estipulación y 3) la designación de un tercero beneficiario.

Por último, debemos decir que la jurisprudencia francesa ha debido violar deliberadamente las disposiciones restrictivas del artículo 1121 del código, pero como sostienen estos últimos autores, ella no podía ser censurada porque era indispensable para permitir en la práctica la amplia utilización del mecanismo de la estipulación a favor de tercero.

Estamos frente a un contrato autónomo donde el tercero, el cual no es parte del negocio jurídico, se le asigna un derecho que emana de la voluntad de aquellos que celebraron el contrato.

#### 1) Código Civil de Italia

Este código que entró en vigencia mediante el "Regio Decreto" del 16 de marzo de 1942, regula el contrato a favor de terceros en los artículos 1411 al 1413, aunque el anterior de 1865 también se ocupó de este instituto.

Artículo 1411: "Es válida la estipulación a favor de un tercero cuando medie un interés del estipulante. Salvo pacto en contrario, el tercero adquiere el derecho contra el promitente por efecto de la estipulación. Empero, ésta puede ser revocada o modificada por el estipulante hasta que el tercero haya declarado, también frente al promitente, querer aprovecharla".

En caso de revocación de la estipulación o de rehusamiento por parte del tercero de aprovecharla, la prestación queda a beneficio del estipulante, salvo que otra cosa resulte de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato.

Artículo 1412: "Si la prestación debe ser cumplida después de la muerte del estipulante, éste puede revocar el beneficio aún mediante disposición testamentaria y aun cuando el tercero haya declarado querer aprovecharla, salvo que, en este último caso, el estipulante haya renunciado por escrito a la facultad de revocarla".

La prestación debe ser ejecutada a favor de los herederos del tercero si éste premuere al estipulante a menos que el beneficio

no haya sido revocado o que el estipulante no haya dispuesto otra cosa.

Artículo 1413: "El promitente puede oponer al tercero las excepciones fundadas en el contrato del que deriva el derecho del tercero, mas no aquéllas fundadas en otras relaciones entre el promitente y el estipulante".

Así se ha legislado que es válida la estipulación a favor de un tercero, y éste adquiere su derecho contra el promitente por el mismo efecto de la estipulación (art. 1411).

Se exige que además de existir un interés del tercero beneficiario, el estipulante tenga también un interés propio (aunque fuese inmaterial según el art. 1174), para que se efectúe una prestación a favor del tercero quien adquiere el poder de reclamarla al promitente, quien tendrá un derecho autónomo (F. Messineo, *Doctrina General del Contrato*, T. II, p. 192, N° 21, ed. EJE, Bs. As., 1986).

En consecuencia, podemos sostener que el Código Civil italiano entiende que este instituto tiene lugar cuando el promitente se obliga ante el estipulante a ejecutar la prestación en beneficio de un tercero, en un todo de acuerdo con lo dispuesto en otros códigos.

#### m) Código Civil Japonés

Sancionado el 27 de abril de 1896 y reformado parcialmente después de la segunda guerra mundial —1947— con el fin de recibir en la legislación las modificaciones ocurridas en lo social como en lo económico, teniendo como principal mandato su Constitución que entró en vigencia el 3 de mayo de 1947.

En su ley fundamental, en el Capítulo III, se prevén los derechos y obligaciones de las personas, reconociéndose el derecho de propiedad el cual es la base de todos los contratos, en el mundo entero, principio éste que no debe abandonarse jamás.

Pues bien, en el artículo 537 de este código se prevé que: "Cuando una parte al contratar ha estado de acuerdo en que el efecto del acto o las prestaciones sean a favor de una tercera persona, ésta tiene derecho a demandar ese acto o prestación directamente al obligado. En ese caso, el derecho del tercero existirá desde el momento en que él le declara al obligado su intención de aceptar el beneficio".

La norma citada regula este contrato con gran similitud a la que contiene el Código Civil alemán, pero sin contener sus claras previsiones sobre todo en su interpretación de esa legislación.

#### n) Código Suizo de las Obligaciones

Su artículo 112 establece el principio general de la estipulación a favor de terceros otorgándole a éste el derecho a exigir su cumplimiento, el cual no es parte del contrato.

Su naturaleza jurídica tiene por fin favorecer a un tercero y se encuentra íntimamente ligada con las normas que regulan el contrato de seguros.

También la estipulación está prevista en caso de muerte del estipulante la cual debe cumplir los requisitos formales de los artículos 448 y siguientes y de la última parte del artículo 112. Podemos sostener que su cumplimiento y alcance es verdaderamente ilimitado.

#### ñ) Código Europeo de Contratos

Por último, no podemos dejar de señalar que existe un anteproyecto de Código Europeo de Contratos, elaborado por la Academia de Pavía con el fin de lograr la integración de las legislaciones de los diferentes derechos europeos, el cual nació a fines de 2001, y conserva un espíritu que los distintos estados no están lejos de alcanzar.

En verdad, sabemos que se ha avanzado muchísimo desde ese entonces, pues se ha compilado las distintas legislaciones y la jurisprudencia en materia de derecho contractual, buscando, además, una terminología común.

Creemos que ello será posible en un lapso más o menos cercano, pues existiendo un mercado común sería apropiado que se logre esta unificación de los contratos en un Código, advirtiendo desde ya que la regulación de ellos no es tan diferente en cada país y además impulsará las transacciones comerciales, pues el concepto de ellos es similar en toda la comunidad.

Téngase en cuenta que el desarrollo cuantitativo de los contratos, que se manifiesta a la vez por la multiplicación, la frecuencia de estos actos jurídicos y su diversificación, es la resultante de un gran número de factores, económicos o sociales unos, más específicamente jurídicos, los otros (L. Josserand, "El Desarrollo Moderno del Concepto Contractual", La Ley: "Páginas de Ayer",

p. 36, año 2, número 5, junio de 2001, publicado en La Ley T. 2 Ser. A secc. doctrina, año 1936).

De todos modos llevar a cabo una integración como la que se pretende, no será una tarea simple pues se deberá aplicar un estilo jurídico, lograr la inserción de las normas en el conjunto del ordenamiento y superar algunas cuestiones concretas, tal como lo ha señalado el profesor José Luis De los Mozos (Diario La Ley N° 5629 de octubre de 2002, Madrid).

Por nuestra parte pensamos que el estilo que se utilice para la redacción de este código deberá tener ante todo claridad y ponerse en el lugar del lector, procurando concisión en las normas, tal como lo afirmó el doctor Guillermo Borda en una nota titulada "Acerca del Estilo de Nuestros Juristas" (La Ley 85, 950, año 1957), cuyos lineamientos dados son de alcance universal.

#### VI. UTILIDAD PRÁCTICA DEL CONTRATO EN BENEFICIO DE TERCEROS

Hemos visto a través de las distintas legislaciones que citamos que este contrato tiene relación y tipificación muy similares, demostrando su importancia y su perdurabilidad en el tiempo, reconocida en sus orígenes por el derecho romano.

Sin duda, creemos que su utilidad con el correr del tiempo se exterioriza cada vez más.

a) cuando se contrata un seguro el estipulante le impone a la compañía aseguradora la obligación de pagar para el caso de que se presente un siniestro, al tercero destinatario de una mercancía.

Los seguros de vida en sus diversas formas están al alcance de la población. Todo funcionario del Estado argentino que preste servicios sufre en su liquidación mensual un descuento por el "seguro de vida obligatorio" el cual el estipulante —asegurado— designa uno o más beneficiarios para el caso de ocurrir su muerte y aquéllos perciban una suma de dinero.

b) También su aplicación se extiende en materia de servicios médicos en una multiplicidad de funciones cuyos destinatarios se ven amparados por el cumplimiento que realicen los prestadores a favor de los terceros los cuales están amparados en virtud de un pacto expreso en tal sentido entre estipulante y promitente.

c) En la implementación de contratos que hoy están en pleno auge tales como el fideicomiso, el trust, etc., encontramos en

## LOS CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR. PRINCIPIOS GENERALES

POR DELIA LIPSZYC (1)

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE APLICACIÓN GENERALIZADA A LOS DERECHOS PATRIMONIALES Y A LOS CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS.- III. EL PROBLEMA DE LAS OBRAS FUTURAS. PROHIBICIONES.- IV. LA PRÁCTICA CONTRACTUAL Y LA INFLUENCIA DE LAS SOCIEDADES DE AUTORES.

---

(1) Profesora consulta de Derecho Internacional Privado, titular de la Cátedra UNESCO de Derecho de Autor y Derechos Conexos e investigadora principal y miembro del Consejo del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora visitante en las Especializaciones en Propiedad Intelectual de las universidades Externado de Colombia, Católica de Santiago de Guayaquil (Ecuador), Finis Terrae de Santiago de Chile, en el Master en PI de la Universidad Carlos III de Madrid (España) y honoraria de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE) de Lima (Perú). Integrante del Instituto de Derecho Civil y de la Sección de Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Presidenta del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA) y de la ALAI-Argentina (grupo nacional de la *Association Littéraire et Artistique Internationale*). Directora del Instituto de Derecho de las Comunicaciones y Derecho de Autor del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Argentina).

Sus principales obras son los libros *Derecho de autor y derechos conexos* —escrito por encargo de la Unesco para la enseñanza universitaria del derecho de autor— y editado por UNESCO/CERLALC/Zavalía en 1993 y reimpresso en 2001, 2005 y 2006. Ha sido publicado en francés en 1997, en inglés en 1999, en chino en 2000, en ruso en 2002 y en árabe en 2003. *Nuevos temas de Derecho de autor y derechos conexos* —complementario del anterior— publicado por los mismos coeditores en 2004. *El derecho de autor en la Argentina*, en colaboración con Carlos Alberto Villalba, publicado en Buenos Aires por la Editorial La Ley, primera edición 2001 y segunda edición 2009.

## I. INTRODUCCIÓN

1. Los contratos de explotación de las obras son el medio a través del cual el autor ejerce los derechos que le reconoce la ley autorizando la utilización de su obra, lo cual le permite convenir las condiciones en que se efectuará dicha explotación y obtener una remuneración por el uso del producto de su esfuerzo creador.

A su vez, los derechos con que cuenta el usuario primario de las obras, es decir, el editor, empresario, productor, etc. son los que el autor le ha transmitido por el contrato.

Por su parte, el público está siempre más deseoso de poder disfrutar las obras sin trabas.

Por estas razones, la utilización de obras ofrece dificultades para lograr una equilibrada composición de los intereses en juego: autor, público y usuarios primarios. Los autores crean las obras y van a reclamar derechos sobre ellas; el público que quiere disfrutarlas sin obstáculos, y el usuario primario (editor, empresario, productor, etc.), vínculo casi indispensable entre autor y público, que desea conducir su negocio en las mejores condiciones posibles y de la manera que le resulte más conveniente.

La normativa legal de los contratos de utilización de obras debe contribuir a establecer un adecuado equilibrio entre las posiciones de las partes contemplando sus legítimos intereses.

Una vez que el autor decide divulgar su obra la explotación puede ser realizada por él mismo —por su cuenta y riesgo— o, como generalmente sucede, a través de terceros.

El ejercicio de los derechos del autor —su administración— puede llevarse a cabo en forma individual, por el propio autor, o colectiva, por intermedio de una entidad de gestión colectiva, generalmente una sociedad de autores, en la que se delegan, en forma más o menos amplia según el género de obras, los distintos aspectos que comprende la administración de los derechos de autor.

2. El autor, cualquiera sea su celebridad, padece de una suerte de sumisión psicológica frente el usuario que le impide discutir libremente las condiciones del contrato porque:

- el impulso creador está asociado a la necesidad de que la obra llegue al público, pero las dotes que favorecen el tra-

bajo intelectual creativo no son las mismas que se requieren para llevar a cabo la explotación comercial de la obra;

- la oferta de obras es muy superior a la demanda porque la mayor parte de los autores crean espontáneamente, y
- el número de obras que entran al dominio público crece continuamente y compiten con las que se encuentran en el dominio privado.

Surge así la necesidad de que la ley establezca una protección excepcional, cualquiera que sea el poder económico del autor, porque aun cuando se trate de uno “rico y famoso” la señalada debilidad estructural subsiste, porque el éxito es errático (por ejemplo, Jean Anouhil, el célebre y prolífico dramaturgo francés autor de, entre otras, *Antígona*, *Orquesta de Señoritas*, *La idiota*, *Armiño*, *Beckett* o el *Honor de Dios*, etcétera) y, además, porque se añaden otros factores:

a) Una vez difundida la obra escapa al control del autor y es susceptible de ser apropiada, utilizada y transformada sin su intervención ni conocimiento.

b) La inmaterialidad de la obra y el don de ubicuidad que la caracteriza no permiten su custodia física. Una obra puede ser usada simultáneamente en los lugares más distantes; existen utilidades fugaces, como la representación y la ejecución “en vivo”, e incluso, aunque se utilicen grabaciones o se transmitan por radio o televisión, sus rastros —salvo los de indicios— desaparecen al instante de concluir la utilización.

c) Constituye un hecho aceptado que, en la relación empresario-autor, generalmente este último es la parte débil porque los beneficios económicos que recibe están destinados a su sustento, porque la necesidad de que su obra sea conocida por el público forma parte de su impulso creador y de su vocación, y por la competencia que implica la existencia de una enorme oferta de productos de éxito probado en distintas partes del mundo.

Surge así la necesidad de que el Estado afiance una extensa tutela de los derechos de autor (2).

(2) Esa necesidad ha sido expresamente reivindicada en la Carta del Derecho de Autor adoptada por la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) en su 19 Congreso (Hamburgo, setiembre de 1956) (vid. [www.cisac.org](http://www.cisac.org), DOC56-3000, disponible al 19/07/2010), en cuyo Cap. I, párrafo 1 puede leerse:

3. En la actualidad se tiende a entender que el derecho patrimonial de autor es un derecho a autorizar el uso de la obra mediante licencias (exclusivas o no exclusivas) y que es necesario que las legislaciones incorporen un catálogo de principios de carácter obligatorio y válidos para todos los contratos de explotación de obras, en una parte general relativa a éstos, así como la regulación de los derechos y las obligaciones de las partes en los contratos más frecuentes —los típicos— (de edición gráfica, de representación y de ejecución públicas, de producción de grabaciones sonoras —o de reproducción mecánica—, de radiodifusión sonora, de teledifusión, de realización de obras cinematográficas).

Un catálogo semejante, de disposiciones generales obligatorias y aplicables a todos los contratos, aparece por primera vez en la ley francesa de 1957 (3), y si bien ésta admite la cesión total o parcial de los derechos de explotación y puede ser objetada en algunos aspectos más, se trata de normas de gran valor que han iniciado una etapa en la regulación contractual del derecho de autor. En España, la ley de 1987 incluye un capítulo de importantes disposiciones generales (arts. 42 a 57) que, de acuerdo con la doctrina de ese país, no admite la transmisión total de derechos patrimoniales en forma definitiva (como ocurría bajo el anterior régimen legal de 1879), al igual que la ley de Alemania (1965) la cual, en virtud de su adhesión a la teoría monista del derecho de autor, establece en el art. 29 que éste es intransmisible entre vivos (4) y, consecuentemente, en el capítulo "Derechos de uso" (arts. 31 a 44) sólo admite la concesión de autorizaciones de uso (exclusivas o no exclusivas).

*"1. Los autores de las obras literarias, musicales, artísticas y científicas desempeñan una función espiritual cuyo beneficio se extiende a toda la humanidad, se perpetúa en el tiempo e influye esencialmente en la evolución de la civilización."*

*"Debe, pues, el Estado asegurar la más amplia protección al autor, no sólo considerando el personal esfuerzo de éste, sino también por lo que afecta al bien social".*

(3) Cuando en este trabajo se alude a una legislación nacional mediante la mención del país respectivo, la referencia es a la ley de derecho de autor. Por lo general esas referencias sólo tienen la intención de suministrar ejemplos sin pretender agotarlos.

(4) Alemania, art. 29: *"Transmisión del derecho de autor. El derecho de autor puede ser transmitido en ejecución de disposición testamentaria o a los coherederos por vía de partición de la herencia. Fuera de estos casos es intransmisible".*

A su vez, entre los países latinoamericanos, la ley venezolana de 1962 siguió a la ley francesa de 1957, incorporando una serie de disposiciones generales en los arts 50 a 58, ampliadas en la reforma de 1993, como también lo hicieron la mayor parte de las adoptadas en la región en la última década: Honduras —1993— arts. 60 a 66; Panamá —1994—, arts. 55 a 62; Ecuador —1998—, arts. 44 a 47; Guatemala —1998— arts. 72 a 83; Paraguay —1998— arts. 86 a 91; Nicaragua —1999— arts. 46 a 54, República Dominicana —2000— arts. 76 a 78.

No es de extrañar que la ley argentina 11.723, sancionada en 1933, no contenga una sistematización semejante. No obstante, a lo largo de su articulado se encuentran varios de los principios generales aplicables a los derechos patrimoniales y a los contratos autorales.

## II. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE APLICACIÓN GENERALIZADA A LOS DERECHOS PATRIMONIALES Y A LOS CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS

4. El carácter tuitivo del derecho de autor se concreta en algunos principios básicos de aplicación generalizada a los derechos patrimoniales y a los contratos de explotación de las obras.

*a) La independencia de los derechos* es un principio consagrado en las legislaciones. Algunas lo enuncian en forma explícita, como Costa Rica, art. 19 (5), República Dominicana, art. 62 (6), Venezuela, art. 51, § 1 (7), España, art. 23 (8), etc., o

(5) Costa Rica, art. 19: *"Las diversas formas de utilización son independientes entre ellas, por lo que la autorización para fijar la obra o producción no induce la autorización para ejecutarla o radiodifundirla y viceversa"; y art. 154: "Las diversas formas de uso son independientes entre ellas, por lo que la autorización para fijar la obra o producción no autoriza para ejecutarla o transmitirla o viceversa".*

(6) República Dominicana, art. 62: *"Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre sí; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás".*

(7) Venezuela: art. 51, § 1: *"Los derechos de explotación son independientes entre sí y, en consecuencia, la cesión del derecho de reproducción no implica la del derecho de comunicación pública, ni viceversa".*

(8) España, art. 23: *"Los derechos de explotación [...] son independientes entre sí".*

bien implícitamente en diversas disposiciones, como Francia (9), Argentina (10), etcétera.

Ha sido expresamente reivindicado en la ya mencionada *Carta del derecho de autor* (III, 9, segundo párrafo) en los siguientes términos:

*“Los diferentes derechos exclusivos del autor en lo que concierne a las utilidades económicas de sus obras tales como la reproducción gráfica o la reproducción por cualquier otro medio, la grabación mecánica, la adaptación cinematográfica, la representación, el recitado y la ejecución pública, la radiodifusión y la televisión y la adaptación a otra forma de expresión, son prerrogativas independientes la una de la otra, cuya transmisión a terceros sólo puede depender de manifestaciones expresas y distintas de la voluntad del autor.”*

En *Segovia, Diana Verónica y otro c. Dori Media Central Studios S.A. y otro* (CNCiv. Sala G, de 18/10/2010, La Ley Online AR/JUR/74557/2010) el vocal preopinante, Dr. Carranza Casares, luego de destacar que “El derecho de autor, que cuenta con soporte constitucional en el art. 17 de nuestra ley fundamental en cuanto prescribe que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerda la ley (también lo protege el art. XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 27 de la Decla-

(9) Francia, p. ej., art. L.122-7, §§ 2 y 3: “La cesión del derecho de representación no implicará la del derecho de reproducción. La cesión del derecho de reproducción no implicará la del derecho de representación”; art. L.132-20: “1. La autorización para teledifundir una obra por vía hertziana no comprenderá la distribución por cable de esta teledifusión, a menos que ella no sea hecha en forma simultánea e integralmente por el organismo beneficiario de esta autorización y sin extensión de la zona geográfica contractualmente prevista; 2. La autorización de teledifundir la obra no implica la autorización de comunicar la teledifusión de esta obra en un lugar accesible al público; 3. La autorización de teledifundir la obra por vía hertziana no comprende su emisión hacia un satélite que permita la recepción de esta obra por intermedio de terceros organismos, a menos que los autores o sus derechohabientes hayan autorizado contractualmente a esos organismos a comunicar la obra al público; [...]”.

(10) Argentina, p. ej., en el art. 38, según el cual el titular que ha contratado la edición conserva el derecho de propiedad intelectual y “puede traducir, transformar, refundir, etc. su obra” y en el art. 47: “La aceptación de una obra no da derecho al aceptante a su reproducción o representación por otra empresa, o en otra forma que la estipulada no pudiendo hacer copias fuera de las indispensables, ni venderlas, ni locarlas sin permiso del autor”.

ración Universal de Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), comprende derechos patrimoniales y morales” señala que “**en virtud de la independencia de los derechos de explotación, cualquier derecho de utilización no expresamente cedido en el contrato se encuentra reservado por su titular** (cf. Massini Ezcurra, Martín, “El derecho de autor sobre los formatos televisivos”, en *La Ley*, 2006-F, 929; Lipszyc, ob. cit., p. 188). Vale decir que los cesionarios de los derechos de los actores para la elaboración de una telenovela, no podían extender su aprovechamiento a los tópicos consignados en los apartados b y c del artículo primero del contrato antes aludido, a espaldas de los autores. Lo expuesto me induce a concluir que la cesión instrumentada por los demandados el 13 de agosto de 2003 ha infringido los derechos intelectuales —susceptibles de apreciación pecuniaria— de los actores, al exceder el alcance de la anterior transmisión de sus derechos. El incumplimiento contractual imputable ha resultado, entonces, suficientemente acreditado.” (Énfasis añadido).

**b) El principio de la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de las obras** va de la mano con el principio de la independencia de los derechos, pues está profundamente ligado y conduce, necesariamente, a éste último. El principio de la interpretación restrictiva de los contratos es consagrado por las legislaciones, ya sea en forma explícita (11), o bien implícitamente en diversas disposiciones (12), como también lo hace la ley

(11) Colombia, art. 78: “La interpretación de los negocios jurídicos sobre derechos de autor será siempre restrictiva. No se admite el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos por el autor en el instrumento respectivo”; Costa Rica, art. 16: “Los contratos sobre derechos de autor se interpretarán siempre restrictivamente, y al adquirente no se le reconocerán derechos más amplios que los expresamente citados, salvo cuando resultan necesariamente de la naturaleza de sus términos”; República Dominicana, art. 81: “La interpretación de los negocios jurídicos sobre derecho de autor será siempre restrictiva. No se admite el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos o licenciados por el autor en el contrato respectivo”.

(12) Venezuela, art. 51, § 2: “Siempre que no se hubiese convenido otra cosa, los efectos de la cesión de cualesquiera de los derechos patrimoniales se limitan a los modos de explotación previstos específicamente en el contrato”; Francia, CPI, art. L.122-7, § 4: “Cuando un contrato implique la cesión total de uno de los derechos a que se contrae el presente artículo [el derecho de representación —en el sentido amplio de derecho de comunicación pública— y el derecho de reproducción], su alcance quedará limitado a los modos de explotación previstos en dicho contrato”; Alemania, art. 31, § 5: “Si las estipulaciones bajo las cuales se conceda un derecho de uso no enumeran específicamente las formas diversas en que la obra pueda ser

argentina 11.723 en los arts. 38, segunda parte, 39 y 47 (art. 38, segunda parte: “[el autor] *puede traducir, transformar, refundir, etc., su obra y defenderla contra los defraudadores de su propiedad, aun contra el mismo editor*”; art. 39: “*El editor sólo tiene los derechos vinculados a la impresión, difusión y venta, sin poder alterar el texto, y sólo podrá efectuar las correcciones de imprenta si el autor se negare o no pudiere hacerlo*”; art. 47: “*La aceptación de una obra no da derecho al aceptante a su reproducción o representación por otra empresa o en otra forma que la estipulada, no pudiendo hacer copias fuera de las indispensables, ni venderlas, ni locarlas sin permiso del autor*” (énfasis añadido). En las sentencias de los tribunales de justicia se hace reiterada aplicación de este principio ya sea que se lo mencione o no explícitamente, como resulta —entre otras— de las que se reseñan a continuación.

- En el fallo *Segovia c. Dori Media Central Studios S.A. y otro* (CNCiv. Sala G, de 18/10/2010, La Ley Online AR/JUR/74557/2010), más arriba citado, el Dr. Carranza Casares —vocal preopinante— pone de relieve que “[...] el art. 51 de la ley 11.723 dispone que el autor o sus derechohabientes pueden enajenar o ceder total o parcialmente su obra. Tales prerrogativas se encuentran en cabeza del autor aun cuando la obra haya sido realizada por encargo, pues los autores encargados preservan todos aquellos derechos patrimoniales que no hayan sido expresamente cedidos (cf. Emery, Miguel Ángel, *Propiedad Intelectual*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 143; Lipszyc, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ed. Unesco/CERLALC/Zavallía, Buenos Aires, 1993, p. 145). Ahora bien, contrariamente a lo postulado por los demandados, entiendo que en el caso no se ha configurado una cesión total de los derechos sobre la obra. Ello es así, ante todo, porque en el único instrumento suscripto entre las partes, ellos no lo expresaron de tal modo (cf. Fallos: 307:2216; 314:363; 319:3395; 322:1546 y 324:606). [...] Y en todo caso, si se entien-

*utilizada, el alcance o amplitud de la concesión otorgada será determinado en función de la finalidad que se perseguía al conceder ese derecho de uso*”; Nicaragua, art. 46: “*Los derechos patrimoniales pueden ser objeto de cesión por actos entre vivos en exclusividad o sin ella, quedando limitada al derecho o derechos concedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas*”; España, en el art. 43, § 1, establece que la transmisión de los derechos de explotación de la obra queda limitada al derecho o derechos cedidos y a las modalidades de explotación expresamente previstas, y previene además en el art. 57, § 2, que “*las cesiones de derechos para cada una de las distintas modalidades de explotación deberán formalizarse en documentos independientes*”.

de, como lo ha hecho el pronunciamiento, que le falta precisión al alcance de la cesión, la conclusión no puede ser diferente, **en virtud del principio de interpretación restrictiva que campea en la cesión de derechos intelectuales** (cf., C.N.Civ., sala M, “Medrano, Julio c/ Ediciones Record S.A.”, del 8/3/02, en La Ley 2002-E, p.130; íd., sala E, “Overgaard, Graciela c/ Third Time”, del 23/5/07, en La Ley Online AR/JUR/3130/2007; Emery, ob. cit., p. 232 y “La interpretación restrictiva en la cesión de derechos intelectuales”, en La Ley 1991-C, 401; Lipszyc, ob. cit., p. 277). Abona aún más lo sostenido la circunstancia de que la empresa demandada constituye una firma dedicada a este tipo de operaciones comerciales en relación con la cual no cabe presumir la *imprevisión*”. (Énfasis añadido).

- En *Medina Cámpora c. Porcelana Americana*, sentencia de la Cámara Comercial de 1992 (CNCCom., sala C, abril 23/1992, E.D. 152-459) el propietario de un haras encomendó verbalmente al artista plástico Medina Cámpora que realizara una serie de obras artísticas representando las cabezas de sus caballos. Luego, el comitente encargó a una empresa fabricante de porcelanas que le preparara una vajilla para su uso personal. Como ese procedimiento es sumamente costoso, para amortizar lo gastado en esa producción, la empresa de porcelanas realizó una cantidad mayor de juegos de la misma vajilla que vendió a otras personas y comercios. El tribunal estimó que el comitente de la obra artística “*incurrió en una clara infracción al deber genérico de no dañar, no sólo al proporcionar los dibujos a Porcelana Americana S.A. sin preservar la intangibilidad de la obra, esto es, omitiendo la diligencia necesaria que las circunstancias exigían [anteriormente la sentencia calificó de negligente la conducta de quien encargó la obra al no observar el deber de custodia respecto de ésta], sino también al beneficiarse con su reproducción ilegítima, al acceder a un precio inferior al que, de otro modo, hubiera correspondido*”. La sentencia destaca que la locación de obra convenida entre las partes no involucró una cesión de los derechos intelectuales, por lo cual “*el Sr. Medina Cámpora conservaba la plenitud de los derechos intelectuales inherentes a los retratos que había confeccionado*”.

- Otro caso muy interesante para ilustrar los principios de la independencia de los derechos y de la interpretación restrictiva de los contratos es “*Rodríguez c. Lowe*”, resuelto por la Cámara Civil en 1989 (CNCiv., sala G, mayo 30/1989 —libre N° 45.176). La Secretaría de Cultura de la Nación convino con la empresa

Lowe Argentina S.A. que ésta difundiría las actividades del Fondo Nacional de las Artes. Con este motivo Lowe produjo un corto sobre la exposición en la que se exhibía una escultura móvil de autoría del demandante, quien había recibido el gran premio de honor en un concurso en cuyas bases figuraba que la obtención de ese premio importaba que la obra pasaba a ser de propiedad del Fondo Nacional de las Artes; posteriormente, dicha empresa comenzó a utilizar la imagen filmica de la obra de Rodríguez como división entre los distintos temas que componían sus noticieros y la publicidad intercalada en éstos. El autor reclamó una indemnización a Lowe por el uso no autorizado de su obra. El tribunal hizo lugar a la demanda destacando que el art. 54 de la ley 11.723 protege al autor disponiendo que, aun cuando vendiera la obra pictórica, fotográfica, escultórica o de artes análogas, conserva el derecho de reproducción y que incluso después de la enajenación de dichas obras le permanece reservado al autor o a sus sucesores el derecho a reproducir el trabajo, a menos que se hubiera hecho constar lo contrario en una convención expresa.

- En el mismo sentido resolvió el tribunal en 1991 en autos "*Piranian c. Gona*" (CNCiv., sala C, marzo 15/1991, L.L. 1991-C, 401). En este caso la Cámara invocó la sentencia *Rodríguez c. Lowe* y rechazó la pretensión de que el fotógrafo demandado entregara los 127 negativos correspondientes a las fotografías que tomó por encargo de los accionantes durante las ceremonias civil y religiosa del matrimonio de éstos y la fiesta que realizaron con tal motivo. La Cámara consideró que, al no haberse previsto la entrega de los negativos, la cuestión estaba regida por las disposiciones del Código Civil y de la ley 11.723, que dispone en el art. 2 que el autor tiene el derecho de reproducir su creación, el cual subsiste aun cuando lo haya enajenado. La sentencia señala "*que la venta que se realizara de las ampliaciones no implica haber cedido la obra, conservando el derecho de reproducción que reconoce el art. 54 de la ley 11.723*" agregando, más adelante, que aun cuando el fotógrafo no puede reproducir las fotografías sin el consentimiento de las personas retratadas, como lo exige el art. 31 de la ley 11.723, no por eso debe entregar el objeto de su creación.

c) *Estos principios se aplican también en el área del copyright.* Reiteradamente los tribunales estadounidenses realizan una interpretación restrictiva de los contratos y aplican el principio de la independencia de los derechos, como ilustran las decisiones adoptadas en dos casos resueltos en la última década

y relacionados con el entorno digital: *Tasini v. New York Times* y *Random House. v. Rosetta Books* (13).

1) En el sonado caso "*Tasini v. New York Times*", seis escritores *freelance* (es decir, no asalariados) entre ellos Jonathan Tasini, presidente del *National Writers Union* (el Sindicato Nacional de Escritores) de los Estados Unidos de América habían cedido sus derechos sobre sus artículos para que fueran publicados en los diarios *The New York Times*, *Newsday* y en la revista semanal *Sports Illustrated* editada por *Time Inc.*; estas empresas, además de publicar los artículos en soporte papel, los vendieron a los otros demandados —*University Microfilms Inc. (UMI)* y *Mead Data Central Corp. (LexisNexis)*— para que los incluyeran en bases de datos electrónicas, *en línea* y en CD-Roms (14).

Los periodistas accionantes consideraron que los demandados habían infringido sus derechos de reproducción electrónica al incluir sus artículos, previamente publicados en diarios y revistas, en bases de datos electrónicas puestas a disposición del público *en línea* y en CD-Roms, sin haber recibido una autorización expresa al efecto otorgada individualmente por cada uno de los mencionados autores. En cambio, las empresas demandadas alegaron que los derechos transferidos por los autores habían incluido los de publicación electrónica y, aunque así no fuera, igualmente los editores no habrían incurrido en infracción en virtud de lo dispuesto por el art. 201(c) de la *Copyright Act*, según el cual quienes publican "obras colectivas" están autorizados a incluir las obras que las integran en "revisiones" (15).

(13) Vid. LIPSZYC, D., *Nuevos temas de Derecho de autor y derechos conexos*, ed. Unesco, CERLALC, Zavalía, 2004, ps. 300 y ss.

(14) *Mead* era la propietaria y operaba *Nexis*, una base de datos en línea que incluía una serie de importantes diarios, periódicos, revistas, entre otros, los arriba mencionados; *UMI* producía y distribuía dos CD-Roms, uno de los cuales, "*The New York Times OnDisc*", operaba de manera similar a *Nexis* y estaba integrado por los artículos que aparecían en cada número de "*The New York Times*". El otro CD-Rom era "*General Periodicals OnDisc*" y reproducía íntegramente *The New York Times Book Review* y *Sunday Magazine*.

(15) *Copyright Act*, art. 201. "*Ownership of copyright [...] (c) Contributions to Collective Works.—Copyright in each separate contribution to a collective work is distinct from copyright in the collective work as a whole, and vests initially in the author of the contribution. In the absence of an express transfer of the copyright or of any rights under it, the owner of copyright in the collective work is presumed to have acquired only the privilege of reproducing and distributing the contribution*

En primera instancia, el Tribunal Federal de Distrito (16) en agosto de 1997 falló en favor de las empresas editoriales demandadas (17).

En cambio, el Tribunal Federal de Apelaciones (18), en decisión de setiembre de 1999 se pronunció, por unanimidad, en favor de los autores demandantes (19).

El caso llegó a la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (20) la cual, por mayoría de siete votos contra dos, el 25 de junio de 2001 confirmó la decisión del Tribunal de Apelaciones que había considerado que *The New York Times* y los otros editores habían infringido los derechos de los autores originales *freelance* al vender sin su autorización, o sin hacerles pagos adicionales, sus artículos publicados en diarios y revistas para ser reproducidos en bases de datos electrónicas como LexisNexis.

La Suprema Corte concluyó que los editores electrónicos infringen los derechos de los autores al reproducir y distribuir sus artículos de una manera no autorizada por éstos y no prevista por el art. 201(c) sobre obras colectivas. Adicionalmente sostuvo

---

*as part of that particular collective work, any revision of that collective work, and any later collective work in the same series. [...]*"

(16) *United States District Court Southern District of New York*, 972 F. Supp. 804, 810-811 (S.D.N.Y. 1997).

(17) El Tribunal Federal de Distrito consideró que el uso que éstas habían hecho de los artículos en cuestión se encontraba reconocido a los editores de "obras colectivas" por el art. 201(c) de la *Copyright Act* de 1976 porque la inclusión de los artículos en bases de datos electrónicas en línea y en CD-Roms eran "revisiones" en tanto conservaban la originalidad en la selección y disposición de las obras que las integran ([www.jmls.edu/cyber/cases/tasini1.html](http://www.jmls.edu/cyber/cases/tasini1.html)).

(18) *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, 206 F. 3d 161 (1999).

(19) Al revocar la decisión del Tribunal de Distrito, citó el precedente "*Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Service Co.*" resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América el 27 de marzo de 1991, reiterando que en una obra colectiva la protección se basa en la "selección, coordinación y arreglo" de los materiales preexistentes, y que al incluir en Nexis la edición de un periódico, como la de *The New York Times* de 16 de agosto de 1999, algunos de sus artículos —y probablemente mucho más que sus arreglos— se habían perdido. Más aún, *The New York Times* prohibía a Nexis hacer "reproducciones facsimilares" de ediciones particulares y que aquello a lo cual el usuario final podía acceder fácilmente era a los materiales preexistentes, que pertenecían a los autores individuales de acuerdo a los arts. 201(c) y 103(b) de la *Copyright Act* (<http://gigalaw.com/library/tasini-nyt-1999-09-24-p1-6.html>).

(20) *Supreme Court of the United States*, 533 U. S. (2001).

que los editores de impresos infringen los derechos de los autores al autorizar a los editores electrónicos a incluir dichos artículos en bases de datos y a éstas en el entorno digital (21).

La *National Writers Union (UAW)* denunció que *The New York Times* había comenzado a tratar de obligar a los escritores *freelance* a ceder sus derechos cubiertos por la decisión de la Suprema Corte, como condición para mantener sus artículos en los archivos del *Times* y que esta actitud creaba la lista negra de la era Internet (22).

2) En *Random House v. Rosetta Books* (23) la controversia se planteó entre dos empresas editoras y la decisión evoca, al igual que en el caso "*Tasini*", una adecuada aplicación de los principios de la *independencia de los derechos patrimoniales* y la *interpretación restrictiva de dichos contratos*. En el caso, Random House accionó contra Rosetta Books y su presidente por vender en forma de *e-books* (libros electrónicos) ocho obras respecto de las cuales los autores habían otorgado por contrato a Random House el derecho de "imprimir, publicar y vender las obras en formato de libro" (en todos los contratos se utilizó esta fórmula). Como, a su vez, Rosetta Books había contratado con varios autores la publicación de algunas de sus obras en formato digital en Internet y lanzó su negocio de *e-books*, ofreciendo dichas obras y otras, Random House la demandó por infracción a sus *copyrights* y porque al vender dichos *e-books*, Rosetta Books interfería ilícitamente en los contratos que Random House tenía con los autores.

Simultáneamente, solicitó una medida cautelar para que Rosetta cesara en la actividad infractora de los *copyrights* de Random.

Rosetta negó haber infringido los derechos que los autores habían conferido a Random porque los respectivos contratos de licencia no incluían los derechos digitales o electrónicos. Sobre la base de los textos de los convenios y de los principios fundamentales de interpretación de los contratos, el Tribunal de Distrito rechazó la demanda de Random estimando que los derechos conferidos a ésta empresa no abarcaban las publicación de

---

(21) [www.supremecourtus.gov/opinions/00slipopinion.html](http://www.supremecourtus.gov/opinions/00slipopinion.html).

(22) [www.nwu.org/tvt/ad1.htm](http://www.nwu.org/tvt/ad1.htm).

(23) *United States District Court, Southern District of New York*, 11 de julio de 2001.

las obras en formato *e-book*. Destacó la redacción de un párrafo de los contratos en el cual los autores otorgaban los derechos de publicar ediciones para clubes de libros, reimprimir, efectuar ediciones abreviadas y en Braille. Esta redacción —según el Tribunal— no sería necesaria si la frase “en forma de libro” abarcara todos los tipos de libros. Además los autores se habían reservado ciertos derechos.

Random había sostenido que la frase “en forma de libro” significaba reproducir fielmente el texto del autor en su forma completa y dado que los *e-books* contenían el texto completo de la obra, Rosetta no podía ser titular de los mismos derechos. El tribunal consideró que la definición de Random House no era admisible, porque el “nuevo uso” —las señales electrónicas digitales en Internet— es un medio distinto del uso original —las palabras impresas en papel—. También destacó que el propio perito designado por Random había concluido que los medios son distintos porque la información almacenada digitalmente puede ser manipulada como no lo puede ser una información analógica.

**d) Los derechos patrimoniales no están sujetos a numerus clausus** (24). Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no sólo en el momento de la creación de la misma, sino durante todo el tiempo en que la obra permanezca en el dominio privado (25).

Sin embargo, con finalidad didáctica y para aventar problemas de interpretación de un principio básico en una materia relativamente nueva y poco difundida, las leyes mencionan, deta-

(24) P. ej., Francia, art. L.123-1, § 1: “El autor gozará, durante su vida, el derecho de explotar su obra bajo cualquier forma que sea y obtener de ella un provecho pecuniario”; Italia, art. 12: “El autor [...] tendrá el derecho exclusivo de utilizar económicamente la obra en cualquier forma o modo, originario o derivado [...] y, en particular, para ejercer los derechos exclusivos indicados en el artículo siguiente”; República Dominicana, art. 20: “Los autores [...] tienen [...] derecho a autorizar o prohibir: [...] g) cualquier forma de disposición, utilización o explotación conocida o por conocerse”; Costa Rica, art. 16: “[...] compete al autor autorizar [...] d) Cualquier otra forma de utilización, proceso o sistema conocido o por conocerse”.

(25) En algunas leyes, la sujeción de los derechos patrimoniales al sistema de *numerus apertus*, suele resultar de disposiciones como el art. 16, § d) de la ley costarricense: “Cualquier otra forma de utilización, proceso o sistema conocido o por conocerse” o el art. 17, § 6) de la ley boliviana: “La utilización pública por cualquier medio”. En otras leyes, las enumeraciones de los derechos patrimoniales terminan con expresiones como, por ej., en la Argentina, el art. 2: “[...] y de reproducirla en cualquier forma”.

lladamente, los distintos derechos patrimoniales, los cuales se corresponden con las diversas formas en que el autor puede ejercerlos (p. ej. el derecho de reproducción es el derecho a reproducir una obra mediante la realización de ejemplares o copias de la misma en cualquier forma material; el derecho de representación es el de representar públicamente la obra dramática; el derecho de radiodifusión es el de transmitir o retransmitir la obra por radio y televisión; etc.).

Pero aun cuando la ley no contenga tal ejemplificación —o algún derecho o forma de utilizar la obra no se encuentre mencionado— ello no es óbice para que el autor disponga igualmente de todos ellos, porque *los derechos patrimoniales son reconocidos con carácter genérico* (26).

Carlos Alberto Villalba (27) pone de relieve que: “La enumeración de las distintas facultades del autor tiene la finalidad adicional de dividir el derecho sobre la obra en varios derechos absolutos y completos. A diferencia del régimen sobre las cosas en el que los derechos reales sólo pueden ser establecidos por la ley sistema cerrado o de *numerus clausus* y no por voluntad de las partes, en el derecho sobre los bienes inmateriales intelectuales, que son obras, rige la autonomía de la voluntad —sistema abierto—. El autor puede crear voluntariamente derechos absolutos sobre partes de su derecho a la obra.”

**e) Los derechos patrimoniales no conocen más limitaciones que las establecidos en la ley.** Las limitaciones y excepciones al derecho de autor están sujetas a *numerus clausus*; son específicas, a diferencia de los derechos del autor, que son reconocidos con carácter genérico (a su respecto rige, como dijimos, el sistema abierto). Por tanto, mientras la ley no establezca expresamente determinada limitación, *el derecho exclusivo del autor cubre toda posible forma de utilización de la obra* existente al momento de la sanción de la norma o que surja en el futuro

(26) Antonio Delgado Porras expresa: “[...] dado que con la propiedad se protege el interés de la cosa ‘en la íntegra totalidad de sus posibilidades’ (Pugliatti, cit., por Baylos), el monopolio de referencia se extiende a todas las posibilidades de explotación de la obra, sin que sea de aplicación a las mismas el principio de tipicidad legal, que parece necesario en la figura del privilegio y en aquellos sistemas que conservan residuos de ella (área del ‘copyright’) [...]” (“La propiedad intelectual y la explotación videográfica”, Revista de Derecho Privado, Madrid, diciembre de 1983, p. 1125).

(27) VILLALBA, C.A., “El control del autor sobre la utilización de los ejemplares de su obra. Planteamiento general”, en el libro memoria del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Madrid, 1991, p. 500, § 12.

como consecuencia del desarrollo tecnológico o de nuevas modalidades en la comercialización de obras y de productos culturales.

No existe ninguna restricción al goce de los derechos sobre las obras ni sobre las formas y las modalidades de explotación de las mismas. El derecho de autor confiere al creador el monopolio de explotación de la obra como derecho exclusivo, absoluto, oponible *erga omnes*.

**f) El principio de la independencia entre el derecho de autor y la propiedad del objeto material.** Este principio implica que la adquisición del objeto material ("*corpus mechanicum*") en que está fijada la obra ("*corpus mysticum*") no implica la cesión de ninguno de los derechos que sobre ella le corresponden al autor.

Tanto Francia (art. L.111-3) como España (art. 56) contienen previsiones expresas en tal sentido; del mismo modo Portugal (art. 10, § 1), Venezuela (art. 1, § 2).

Algunas leyes lo expresan en relación con las obras artísticas, como en las de Argentina (art. 54) (28), Costa Rica (art. 91), Colombia (art. 185), Paraguay (art. 46), Rep. Dominicana (art. 60), etc., etcétera.

Sin embargo, ciertas legislaciones excluyen de esta regla el derecho de exposición pública de obras artísticas, como España (art. 56, § 2), Perú (art. 81) y Venezuela (art. 54, § 2).

**g) La obligación de respeto del derecho moral.** Se encuentra implícita en todos los contratos. Aunque las partes nada hayan estipulado al respecto, en todos los ejemplares o copias de la obra, así como en los anuncios y presentaciones —si se trata de comunicaciones públicas— el usuario debe consignar el nombre del autor de la obra, del traductor, del adaptador y de los demás autores cuyos derechos se encuentren involucrados, en la forma que usualmente se observa en utilidades similares.

Ello no obstante, la forma de mencionar el nombre del autor, el lugar, el tamaño de la letra, etc. suelen ser objeto de especiales tratativas que se reflejan luego en el contrato, porque, si bien el derecho moral no tiene contenido patrimonial, no por ello deja de tener importantes efectos patrimoniales como, en el caso de

(28) *Vid. supra* las sentencias "Medina Cámpora c/ Porcelana Americana", "Rodríguez c. Lowe" y "Piranian c/ Gona".

la mención del nombre del autor, el "cartel" que el mismo puede lograr.

Lo mismo cabe decir de la obligación del usuario de respetar la integridad del texto y de efectuar la utilización en condiciones adecuadas a la clase de obra de que se trate.

**h) La presunción de onerosidad.** La autorización de uso de una obra implica el derecho de su creador a obtener una remuneración; éste propósito sustancial del derecho de autor se plasma en la mencionada presunción por la cual se entiende que toda utilización de una obra es onerosa y origina el derecho a percibir una remuneración (29). En la ley argentina 11.723 la presunción de onerosidad se encuentra en el art. 40: "*En el contrato deberá constar el número de ediciones y el de ejemplares de cada una de ellas, como también la retribución pecuniaria del autor a sus derechohabientes, considerándose siempre oneroso el contrato, salvo prueba en contrario. Si las anteriores condiciones no constaran, se estará a los usos y costumbres del lugar del contrato*" (énfasis añadido).

**i) Restricciones sobre la embargabilidad de la remuneración del autor.** Teniendo en cuenta que los beneficios pecuniarios que recibe el autor por la utilización de su obra constituyen la remuneración por su esfuerzo o actividad intelectual, algunas leyes los equiparan a los salarios, o bien limitan la porción embargable (30).

(29) Ecuador, art. 44: "*Los contratos sobre autorización de uso o explotación de obras por terceros [...] serán onerosos*"; El Salvador, art. 51 y Guatemala, art. 72, § 2: "*Todo traspaso entre vivos se presume realizado a título oneroso*"; Venezuela, art. 50, § 2: "*Salvo pacto en contrario, toda cesión de derechos de explotación se presume realizada a título oneroso*".

(30) España, art. 53, § 2: "*Los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos o productos que se considerarán como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable*"; Honduras, art. 40: "*Serán inembargables las dos terceras partes del importe de los ingresos pecuniarios que perciba una persona natural por derechos de autor*"; Nicaragua, art. 54: "*Los derechos patrimoniales del autor no son embargables. Las obligaciones a favor del autor tienen el mismo privilegio que los créditos a favor de los empleados en los procedimientos concursales*"; Paraguay, art. 24, § 2: "*Durante la vida del autor serán inembargables las tres cuartas partes de la remuneración que la explotación de la obra pueda producir*"; Venezuela, art. 23, *in fine*: "*En los casos de embargo, el Juez podrá limitar sus efectos para que el autor reciba a título alimentario, una determinada cantidad o un porcentaje de la suma objeto de la medida*".

j) **El principio "in dubio pro auctore"**. Es consecuencia de que —como se dijo— en términos generales el autor es la parte débil de la relación y del carácter tuitivo del derecho de autor, que en el derecho del trabajo se expresa en el principio *in dubio pro operario* (31).

k) **La exclusividad en el uso autorizado debe ser expresa**. Ésta es una consecuencia de los principios de la independencia de los derechos y de la interpretación restrictiva de los contratos. El art. 49 de la ley 11.723 establece una excepción a este principio —salvo pacto en contrario— cuando se trata de la representación de obras inéditas: *"El autor de una obra inédita aceptada por un tercero no puede, mientras éste no la haya representado, hacerla representar por otro, salvo convención en contrario"*. Dado que se trata de una excepción, a contrario sensu se infiere que el principio general es que la exclusividad debe ser expresamente convenida (32).

l) **Los contratos sobre derechos de explotación son "intuitus personae"**. El usuario siempre toma en cuenta la personalidad del autor, de modo que en relación con éste los contratos son siempre *intuitus personae*. A su vez, la utilización pública de la obra la exterioriza y pone en juego el prestigio del autor, involucrando todo su derecho moral sobre aquélla; es por ello que la ley argentina 11.723 dispone en el art. 47 que *"la aceptación de una obra no da derecho al aceptante a su reproducción o representación por otra empresa"* (33).

(31) Colombia, art. 257: *"En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de esta ley, se aplicará la más favorable para el titular de los derechos de autor"*. Muchas leyes lo acogen en relación con los derechos conexos al consagrar, de conformidad con el art. 1º de la Convención de Roma (1961), la primacía de los derechos de los autores en relación con aquéllos; con más razón —como destaca Ricardo Antequera Parilli— se debe aplicar entonces respecto de otros cocontratantes del autor.

(32) Costa Rica establece expresamente este principio en el art. 41 en relación con el contrato de representación, pero en el art. 36 lo excluye respecto del contrato de edición.

(33) Algunas leyes como la costarricense (art. 26) y la venezolana (art. 57, § 2) también establecen el carácter *intuitus personae* de la contratación en relación con el usuario, aunque, en términos generales, las legislaciones no suelen consagrarlo respecto de este último a fin de que el contrato no resulte demasiado lábil. Sin embargo, en general se admite que el editor no puede ceder el contrato de edición por sí mismo, sin el acuerdo del autor, por ejemplo, en Francia (CPI, art. L.132-16), Italia (art. 132) y España (art. 68; d); esta última legislación contiene normas generales al respecto, que requieren el consentimiento expreso del

m) **El autor puede fraccionar el ámbito de validez espacial y temporal de la autorización de uso de su obra y las distintas formas de comercializarla**. Puede accionar no sólo contra las utilidades hechas sin su autorización, sino también contra las realizadas en formas y lugares distintos de los autorizados o después de concluido el plazo de validez de la autorización. Al respecto, el art. 38, *in fine*, de la ley 11.723 dispone que el titular puede defender la obra *"aun contra el mismo editor"*.

Este es el derecho de distribución del autor, que en la Argentina está estructurado como *"derecho de destinación"* (siguiendo la terminología francesa *"droit de destination"*) porque debido al carácter abierto de la enumeración contenida en el art. 2º, el derecho de reproducción cubre no sólo la confección de los ejemplares de las obras, sino también la determinación del "destino" de ellos, tanto en cuanto a la forma de circulación de dichos ejemplares (a través de su venta, alquiler, préstamo y cualquier otra transmisión de su propiedad o de su tenencia) y a su uso (privado o público).

n) **Los contratos deben constar por escrito**. Numerosas legislaciones exigen que el contrato sea escrito (34), pese a que en muchas áreas de la utilización de obras este requisito no se cumple; por ello se considera que tal omisión no debe traer como consecuencia necesaria la nulidad del contrato sino que parece más razonable que se presuma la ilicitud de la utilización que no se encuentre autorizada por escrito, como lo hace la ley argentina en el art. 72 bis, § a), con respecto a la autorización para reproducir un fonograma al tipificar una de las formas comisivas del delito de piratería fonográfica y, especialmente, la ley costarricense en el art. 120 (*"La autorización del titular de derechos de autor y conexos será siempre expresa y escrita y se presumirá ilícita toda reproducción o utilización hecha por quien no la tenga"*).

### III. EL PROBLEMA DE LAS OBRAS FUTURAS. PROHIBICIONES

5. En relación con las obras futuras se plantea la necesidad de proteger al creador respecto de ciertas prácticas abusivas en contratación mediante las cuales, algunos usuarios, imbuidos

cedente para que el cesionario en exclusiva pueda transmitir a otro su derecho (art. 49, pár. 1º) y, en relación con el cesionario no exclusivo, declara intransmisible su derecho (art. 50, § 1, *in fine*).

(34) Chile, art. 48, § 2; España, art. 45; Francia, CPI, art. L.131-2; Italia, art. 110; Uruguay, art. 8.

de un espíritu voraz, tratan de aprovechar el estado de necesidad o la inexperiencia del autor, especialmente en los inicios de su carrera, y dejarlo al margen de los actos posteriores de explotación de sus obras. Consecuentemente, la transmisión global de derechos sobre obras futuras resulta inadmisibles, salvo que se encuentre limitada.

Por ello, para tutelar al creador respecto de modalidades usurarias respecto de su obra futura, las legislaciones establecen distintas prohibiciones: de ceder globalmente obras futuras, de realizar pactos por los que el autor se comprometa a no crear otras obras o sobre explotaciones inexistentes o desconocidas por las partes.

**6. La prohibición de ceder en forma global las obras futuras.** Es consecuencia de los principios de la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de obras y de la independencia de los derechos patrimoniales. Varias leyes del área latinoamericana contienen disposiciones al respecto (Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana).

**7. La prohibición de pactos de no crear otras obras.** Se debe a que tal condición, además de usuraria —porque pretende un beneficio ilegítimo derivado de anular la concurrencia de otras obras del autor coartando su creatividad— resulta contraria a los derechos humanos de libertad de creación y de trabajo, consagrados en los arts. 19 y 23, §1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en las Constituciones Nacionales, entre los derechos individuales y los sociales.

Varias leyes de derecho de autor contienen previsiones expresas en tal sentido, como España, art. 43, § 4: "*Serán nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro*"; Ecuador, art. 39, c), que establece que se considera nula y sin valor ni efecto alguno cualquier disposición relativa al compromiso de no producir, así fuere por tiempo limitado (en el mismo sentido El Salvador, art. 4º; Perú, art. 3º).

**8. La prohibición de pactos sobre explotaciones inexistentes o desconocidas por las partes.** También es una consecuencia de los principios de la independencia de los derechos y de la interpretación restrictiva de los contratos de explotación.

Al respecto es necesario distinguir entre los derechos de explotación que corresponden al autor en forma genérica (por lo

que comprenden todas las formas de utilización que sean posibles tanto al tiempo de creación de la obra como en el futuro) y aquellos de que goza el usuario, que se limitan a los medios y modalidades expresamente previstos en el contrato.

Como la remuneración se estipula tomando en cuenta el ámbito de explotación existente (el futuro es impredecible, máxime teniendo en cuenta el ritmo vertiginoso del desarrollo de la tecnología) si se admitiera la posibilidad de que el contrato comprenda modos de explotación aún inexistentes, se alteraría sustancialmente la base económica convencional en perjuicio del autor.

Sobre el particular España prevé expresamente (art. 43, § 5) que "*La transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión*".

Francia admite la cesión de los derechos de explotación sobre tipos de utilización no previsibles o no previstos, pero ésta cesión deberá ser expresa y estipular una participación correlativa en los beneficios de dicha explotación (art. L.131-6).

#### IV. LA PRÁCTICA CONTRACTUAL Y LA INFLUENCIA DE LAS SOCIEDADES DE AUTORES

**9.** Es imposible analizar los contratos de explotación de los derechos patrimoniales sobre las obras sin tomar en cuenta la influencia que, en la formación de los contratos, tienen las sociedades de autores que realizan la administración o gestión colectiva. La realidad demuestra que en las áreas en que dichas entidades actúan eficazmente tienen una gravitación indiscutible para equilibrar las relaciones entre autores y usuarios; y aunque la ley admita la cesión o enajenación de derechos patrimoniales, sin embargo las mencionadas sociedades sólo otorgan autorizaciones de uso o licencias exclusivas o no exclusivas respecto de las utilidades que administran.

Esa influencia se manifiesta también en el hecho de que la reglamentación legal es más detallada en los campos donde no se realiza la gestión colectiva, por ejemplo la edición de obras literarias. En cambio, y esto se ve bien en la ley argentina, en materia de edición de obras musicales, representación y ejecución públicas, producción de grabaciones sonoras —o de reproducción mecánica—, inclusión de obras en films y demás áreas en que las contrataciones son de competencia de la Sociedad Argentina de Autores y Compositores (SADAIC) y la Sociedad Ge-

neral de Autores de la Argentina (ARGENTORES), el legislador no se ha preocupado por regularlas o la reglamentación legal es mínima.

La mayor parte de esos contratos siguen los modelos que se han concertado entre las sociedades de autores y las cámaras empresarias, o bien se han conformado por una práctica reiterada. Pueden mencionarse, entre otros, los contratos de repertorio, de grabación sonora, de edición musical, de representación teatral, de inclusión cinematográfica, de radiodifusión sonora y televisiva y de difusión por cable.



## DIFERENTES CLASES DE CONSENTIMIENTO. EXPRESO O TÁCITO

POR JOSÉ L. PÉREZ RÍOS

**SUMARIO:** I.- ENFOQUE PRELIMINAR. II.- LA CONFORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.- III. EL CONSENTIMIENTO EXPRESO.- IV. EL CONSENTIMIENTO TÁCITO.

### I. ENFOQUE PRELIMINAR

El art. 897 del Código Civil, determina que: "Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad". Pero, con todo, lo que antecede no es suficiente para que el hecho adquiera relevancia jurídica, ya que para ello necesariamente debe cumplir con otro requisito, el de la "manifestación" o "declaración" de la voluntad a través de algunas de las formas previstas a tal fin en el Código Civil (1).

(1) Conf. MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Tomo II, Parágrafo 37 "Elementos constitutivos del negocio", A) "La declaración de voluntad. Sus modos. Concordancia y divergencia entre voluntad y declaración", ed. EJE, Buenos Aires, p. 359, dice: "1. El elemento fundamental del negocio jurídico es la declaración de voluntad (la expresión "declarar la propia voluntad" es textual en el art. 603; cfr., también arts. 285/287); lo que presupone, desde luego, que exista una voluntad como sustrato de la declaración, teniendo esta declaración valor instrumental respecto de la voluntad.

Como se ha dicho (parágrafo 33), la declaración sirve para hacer cognoscible, por los otros la voluntad; para comunicar (hacer saber) a los interesados (terceros) que el sujeto tiene la determinada voluntad por él expresada (que es siempre una voluntad concreta).

Obsérvese, incluso, que, en rigor, existen dos voluntades: una, dirigida a la obtención del efecto negocial (el "querido") y, al lado de ella, una voluntad separada, dirigida a comunicar a otros aquella (primera) voluntad y a hacerla concreta y jurídicamente relevante (retro, parágrafo 33, n. 1). La segunda voluntad, que es llamada voluntad de declarar (o de la declaración), es el medio para expresar la

Lo expuesto está determinado enfáticamente en el art. 913 de dicho cuerpo legal: "Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste". Y, a partir de allí se abren una serie de mecanismos jurídicos para lograr tal "exteriorización". El Código Civil distingue la "expresión positiva de la voluntad" (art. 917) y, dentro de ella, la formal o no formal (art. 915); la "expresión tácita" (art. 918); el "silencio" con los alcances que le otorga el art. 919, sin olvidar a la "presunción de la ley" en los casos que expresamente lo disponga (art. 920) (2).

De este modo el Código de Vélez toma acertadamente partido por la "seguridad jurídica", al obligar que el acto voluntario se proyecte desde la intimidación psíquica de los sujetos que lo generan, al mundo exterior donde ha de ser conocido y regulado por el derecho (3).

primera voluntad; la cual, por contraposición, es llamada voluntad del efecto (o voluntad del negocio, o voluntad del contenido, o voluntad del resultado)...". Id. RIPERT, GEORGES - BOULANGER, JEAN (*Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol*, Tomo I, *Parte General*, N° 564, "Necesidad de la voluntad", Editorial La Ley, Buenos Aires, p. 417) expresan: "El acto jurídico supone una voluntad de alcanzar ciertos fines jurídicos; por ejemplo, una persona se considera propietaria o locataria de un inmueble determinado o con calidad de heredera en una sucesión abierta a su favor. Esta voluntad interna explica cómo una persona puede estar obligada hacia otra o cómo puede convertirse en titular de un derecho a consecuencia de una disposición legal. Pero la voluntad interna no adquiere valor jurídico mientras los interesados no pueden conocerla. Se necesita que sea declarada, es decir, exteriorizada. ...".

(2) Conf. BORDA, GUILLERMO A. (*Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo II, octava edición; N° 819, "Editorial Perrot", Buenos Aires, 1984, p. 75) donde sintetiza: "...Por declaración de voluntad debe entenderse no sólo la palabra verbal o escrita, sino toda conducta o proceder que de acuerdo con las circunstancias permita inferir la existencia de una voluntad".

(3) Conf. MAZEAUD, HENRI y LEON - MAZEAUD, JEAN, *Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda. Volumen I*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Punto 123. "La declaración de voluntad en derecho francés y en derecho alemán", p. 135; "Ediciones Jurídicas Europa-América", Buenos Aires. Expresan: "La oposición entre ambas codificaciones existe más bien en apariencia. El Código Civil francés estudia el consentimiento en sí mismo, sin preocuparse, salvo incidentalmente (art. 1.135), de su expresión; en tanto que el B.G.B. denomina el título general de los contratos: "De la declaración de voluntad", palabras que acuden sin cesar a la pluma de sus redactores. Pero el derecho francés no se contenta con la voluntad interna. Exige, junto a esa voluntad real, una manifestación exterior. En cuanto al derecho alemán, tiene en cuenta, con gran amplitud, la voluntad real. Por eso son tan débiles las diferencias. ...".

Así las cosas, el acuerdo de voluntades jurídicamente manifestado produce lo que en latín se denomina "consensus" que, no es otra cosa que el acuerdo de voluntades sobre un mismo negocio "especial" (conf. art. 1148 Cód. Civil).

De este modo, el "consentimiento" que según determina el art. 1144 del Código Civil, "...debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra", se convierte en el elemento esencial constitutivo del "contrato" que el Código Civil define en su art. 1137, al sentar: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".

Dados los términos de la norma, lo cierto es que la disposición que antecede caracteriza en realidad a la "convención" que, es el género dentro del cual se encuentra contenida la especie "contrato" que, como tal, debe tener una finalidad exclusivamente crematística. Así lo deja claro el art. 1321 del Código Civil italiano de 1942 que lo define acertadamente: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial".

Por lo demás, este "consentimiento" que genera al contrato puede ser —al igual que en cualquier acto voluntario— por ser una manifestación de este—, expreso o tácito (art. 1145 Cód. Civil); formal o no formal (art. 1182); pero también, presumido por la ley (art. 1146) y, hasta en algún supuesto comprende al silencio (conf. art. 919 y su nota del Código Civil). A ello apunta la propia definición del art. 1137, cuando emplea la expresión, "...declaración de voluntad común, ...", cumpliendo los recaudos del art. 1148, toda vez que la discordancia impedirá alcanzar el necesario e indispensable "consensus" (conf. art. 1152 Cód. Civil) (4).

Lo dicho hasta aquí, apunta al consentimiento de las partes tal como se manifiesta en el tradicional contrato "clásico", donde

(4) Sobre el particular es de interés considerar una disposición legal que rige en el estado de Nebraska (EEUU), que dispone en contrario: "Ninguna persona estará obligada en este Estado a pagar los periódicos, revistas u otras publicaciones que le sean enviadas o remitidas por correo si no se ha suscripto o las ha pedido, ni las que le sean enviadas o remitidas por correo después de haber expirado el plazo de suscripción a dichas publicaciones, y aunque las haya recibido". (Ver MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Manual de Derecho Civil Contratos*, "El silencio como manifestación de voluntad", p. 150, *Bibliográfica Omeba*, Buenos Aires, 1961).

en un nivel de equilibrio y paridad jurídica, se llega negociadamente al "consensus".

Sin embargo, no podemos soslayar que el mundo actual, compelido por nuevas formas negociales caracterizadas por la masividad y vertiginosidad, ha creado los llamados "contratos tipo y de adhesión" que desequilibran esta clásica igualdad jurídica en la negociación contractual, generando una parte fuerte. La "empresa" —pública o privada— que impone y, otra débil, el "adherente" que nada o muy poco puede discutir, quedando su libertad decisoria condicionada a aceptar o no, el contrato impuesto. Circunstancia esta, denominada por la doctrina como la "crisis del contrato".

A respecto clarifican los Mazeaud (5): "La doctrina clásica no enfoca el contrato más que como el acuerdo al que han llegado dos partes que tratan en plano de igualdad, de mutuo acuerdo. Pero, en la práctica, se encuentran rara vez esa igualdad y esa posibilidad de libre discusión. Numerosos productos son vendidos según tarifas impuestas por el fabricante; los grandes almacenes fijan precios que no podrán ser discutidos; resulta difícil para un particular discutir las condiciones de un contrato de seguro; imposible, para un obrero aislado, lograr que se modifiquen las condiciones de trabajo impuestas por la empresa; para un particular, el precio o las cláusulas de un contrato de transporte que concluye con una compañía ferroviaria, marítima o aérea.

Impresionados por la oposición entre el contrato de mutuo acuerdo y todas esas situaciones, algunos autores han forjado, para calificarlas, una palabra que ha hecho fortuna: el **contrato de adhesión**. Se ha querido incluso aproximar el contrato de adhesión a la **institución** de derecho público, para subrayar que la voluntad estaba ausente por uno de los lados.

Eso no es del todo exacto. El individuo conserva la posibilidad de no contratar; si contrata, es porque quiere; sin duda no tiene la facultad de discutir, pero el contrato no implica necesariamente una discusión libre e igual. En efecto, la igualdad económica o psicológica resulta imposible de realizar: el uno tendrá prisa en comprar, mientras que la otra parte no sentirá necesidad de vender; el más fuerte, o el más sagaz, triunfará necesaria-

(5) MAZBAUD, HENRI y LÉON - MAZBAUD, JEAN; obra y volumen de cita (3); Punto A. "Contratos de adhesión y contratos de mutuo acuerdo". N° 87. "Impresión de la clasificación", ps. 103/104.

mente. El tránsito del contrato de mutuo acuerdo al contrato de adhesión es insensible, y toda clasificación aparece delicada".

## II. LA CONFORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Como expresa Messineo (6): "El contrato resulta de varios **elementos constitutivos**, que son, además de los comunes a los otros negocios: **la presencia de dos partes y el consentimiento**. Además, hay algunos "presupuestos" de validez del contrato que, aun siendo extrínsecos a él (y, por eso, se distinguen de los elementos del mismo), ejercitan una función integradora, respecto de los "elementos". Tales son la capacidad de obrar y el poder disponer.

A) En relación al primer elemento que concurre a formar el contrato, debe advertirse que el contrato, mientras es siempre negocio bilateral, porque resulta de dos declaraciones de voluntad provenientes de dos diversos sujetos, puede, en cuanto contrato ser con **prestación a cargo de una sola parte** o con **prestaciones recíprocas...**. Mas adelante agrega (7): "B) ... El consenso es un fenómeno complejo, puesto que resulta, no sólo del concurso de las voluntades, sino —en cierto sentido— de su combinación. Cada declaración debe ser **emitida** y, además, **comunicada** a la futura contraparte; las dos declaraciones y las correspondientes voluntades se combinan en el sentido de que **integran recíprocamente** y son, así, **complementarias**, porque cada una de ellas tiene en sí lo que falta a la otra.

Pero no se debe pensar que la combinación de las voluntades resida en el hecho de que las mismas coinciden en el contenido, o se fundan en una voluntad única (la llamada voluntad contractual); esto ocurre en las figuras del acto colectivo y (de otro modo) en el acto complejo; la combinación de las voluntades en cuanto formen el consentimiento, consiste, en cambio, en el hecho de que ambas partes quieren la **conjunta finalidad externa**

(6) MESSINEO, FRANCESCO; ob. cit. (1), Tomo IV, Punto 4, p. 436. Por su parte el art. 1325 del Código Civil italiano de 1942, dispone: "**Indicación de los requisitos**. Son requisitos del contrato:

- 1) el acuerdo de las partes;
- 2) la causa;
- 3) el objeto;
- 4) la forma, cuando resultara prescrita por la ley, bajo pena de nulidad (arts. 1350-1352)".

(7) Id. que anterior, Punto 6. - B), ps. 437 *in fine* y 438.

del contrato, puesto que lo que la una parte da o hace, la otra lo quiere recibir.

En muchos textos de ley, el término “consenso”, que debería expresar únicamente un hecho esencialmente bilateral, se emplea para indicar lo que debería llamarse propiamente “asentimiento” (cfr. arts. —(aclaramos por nuestra parte, del Código italiano)— 122, 394, 395, 1202, 1406, 1407, 1427, Nos 2 y 3, 1430, 1440, etc.), o sea, un hecho esencialmente unilateral”.

Lo trascrito es concordante con lo que establece el art. 1144 de nuestro Código Civil: “El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra”. Siendo que la clave de esta norma se encuentra expresada en el art. 1137 del mismo cuerpo legal, cuando con pocas palabras y gran claridad, lo configura como: “...una declaración de voluntad común...” (8).

De ello se advierten dos elementos constitutivos del “consensus”. El primero es el necesario acuerdo de voluntades que plasma el acto jurídico contrato. Y, el otro, es la necesaria declaración de esa voluntad común para que se conozca en el mundo exterior —trascendiendo la intimidad de las partes— y, de este modo, ingresar al ámbito jurídico (conf. art. 913 Cód. Civil).

Desde ya, para que exista “consentimiento”, esas voluntades exteriorizadas no pueden ser divergentes o discordantes (9).

(8) Conf. JOSSERAND, LOUIS, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola; Punto 41. “Naturaleza e importancia del consentimiento”, p. 39, dice: “El consentimiento no es otra cosa, aquí, que el **acuerdo de voluntades** con ánimo de crear obligaciones; su definición se confunde, pues, con la del contrato mismo, cuya trama o **substratum** constituye; ...”.

(9) Conf. MESSINEO, FRANCESCO, obra y tomo de cita (6); Punto 6. - B), p. 438, expresa: “...El consenso es un fenómeno complejo, puesto que resulta, no sólo del concurso de las voluntades, sino —en cierto sentido— de su combinación. Cada declaración debe ser **emitida** y, además, **comunicada** a la futura contraparte; las dos declaraciones y las correspondientes voluntades se combinan, en el sentido de que **se integran recíprocamente** y son, así, **complementarias**, porque cada una de ellas tiene en sí lo que falta a la otra.

Pero no se debe pensar que la combinación de las voluntades resida en el hecho de que las mismas coinciden en el contenido, o se fundan en una voluntad única (la llamada voluntad contractual); esto ocurre en las figuras del acto colectivo y (de otro modo) en el acto complejo; la combinación de las voluntades en cuanto formen el consentimiento, consiste, en cambio, en el hecho de que ambas partes quieren la **conjunta finalidad externa** del contrato, puesto que lo que la una parte da o hace, la otra lo quiere recibir...”.

Siendo que las ofertas o propuestas que da cuenta el art. 1144 del Código Civil, deben ser necesariamente “recepticias”; —“...aceptarse por la otra”, dice la norma—, lo que exige que estén dirigidas al otro cocontratante; quien además de estar determinado (conf. art. 1148 Cód. Civil), necesariamente las deberá recibir para conocerlas y aceptarlas si así es su voluntad. Para luego comunicar al proponente su aceptación (conf. art. 1154 Cód. Civil) y, de este modo perfeccionar el contrato (10).

En esto consiste el juego armónico de los arts. 1144; 1148; 1152 y, 1154, del Código Civil.

Como expresa Mosset Iturraspe (11): “...Lo dicho permite englobar tanto al acuerdo de voluntades en el que se persigue un resultado común —o sea que cada parte quiere para sí lo mismo que la otra quiere para sí— como ocurre en el contrato de sociedad, como en el consentimiento formado por voluntades que persiguen un resultado distinto, esto es que cada voluntad quiere algo diverso de la otra; así en la compraventa donde mientras uno quiere comprar el otro busca vender...”.

Por su parte, sintetiza el Código Civil italiano de 1942, en su art. 1326: “El contrato se concluye en el momento en que quien

(10) Conf. MESSINEO, FRANCESCO, obra y tomo de cita anterior; Punto 8, ps. 460/461, manifiesta. “...a) La aceptación parecería constituir el acto mediante el cual el contrato se perfecciona; pero, en efecto, la aceptación no basta; es necesaria, no suficiente. Es necesario también que el proponente esté en conocimiento de la existencia de la aceptación: tal **toma de conocimiento** es el verdadero último momento de formación del contrato (aun cuando, en el contrato entre presentes, los dos momentos coincidan en el tiempo y, por consiguiente, prácticamente sean equivalentes). Esto se infiere del primer apartado del art. 1326; pero, de tal disposición se infiere también algo más: que la toma de conocimiento señala, no sólo el **hecho del perfeccionamiento**, sino además el **momento** (instante) de ese perfeccionamiento...”. El art. 1326 del Código Civil italiano de 1942, dispone: “**Conclusión del contrato**. El contrato se concluye en el momento en que quien ha hecho la propuesta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte. La aceptación debe llegar al proponente dentro del término establecido por él o del ordinariamente necesario de acuerdo con la naturaleza del negocio o según los usos. El proponente puede considerar eficaz la aceptación tardía, con tal que dé aviso inmediatamente a la otra parte. Cuando el proponente requiere para la aceptación una forma determinada, la aceptación no tendrá efecto si fuese dada en una forma distinta. Una aceptación no conforme a la propuesta equivale a nueva propuesta”.

(11) MOSSET ITURRASPE, JORGE, obra de cita (4); Capítulo Segundo; Sección 1ª. “El consentimiento o acuerdo de voluntades”, p. 146.

ha hecho la propuesta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte.

La aceptación debe llegar al proponente dentro del término establecido por él o del ordinariamente necesario de acuerdo con la naturaleza del negocio o según los usos.

El proponente puede considerar eficaz la aceptación tardía, con tal que dé aviso inmediatamente a la otra parte.

Cuando el proponente requiere para la aceptación una forma determinada, la aceptación no tendrá efecto si fuese dada en una forma distinta.

Una aceptación no conforme a la propuesta equivale a nueva propuesta”.

### III. EL CONSENTIMIENTO EXPRESO

Dentro de los elementos esenciales del contrato, el fundamental es el “consentimiento”, sin el cual jamás podría existir jurídicamente. Es por ello que el “consensus” hace a la definición misma del contrato (conf. art. 1137 Cód. Civil). Pero también hemos expresado que este consentimiento debe necesariamente estar manifestado o declarado (conf. arts. 913; 1137 y, 1144 Cód. Civil).

Dicho lo cual, cabe ocuparnos de las distintas formas en que este consentimiento puede ser expresado. Teniendo presente la diferencia conceptual que existe entre “forma” y “formalidad”. Al respecto dice Cifuentes (12): “...No se debe confundir la forma como elemento externo del acto o manifestación, que hemos venido estudiando hasta ahora, con las formalidades que la ley puede o no exigir en casos específicos. Toda declaración requiere una forma para entrar en el mundo sensible y darse a conocer, pero hay casos en que se exige una clase concreta de forma por orden legal, o por disposición voluntaria de los sujetos. Este segundo sentido estricto o técnico de la palabra forma es aplicable a ciertos y determinados actos y se la suele llamar forma impuesta. No se habla ya de ‘forma de la manifestación’, sino de ‘formalidades’ exigibles, dividiéndose los actos en ‘formales’ y ‘no formales...’”.

(12) Ver CIFUENTES, SANTOS, *Elementos de derecho civil Parte general*, 4ª ed., Parágrafo 183. “Forma del acto jurídico”, p. 296, Astrea, Buenos Aires, 1995.

Como introducción al tema, el art. 1145 del Código Civil, sienta en lo pertinente: “El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos...”.

Como no podría ser de otro modo, la norma repite —siendo el contrato una especie de acto jurídico—, los mismos principios consagrados por el Código Civil en el art. 917 y, colateralmente, en sus arts. 914 y 915 por caso.

Cabe entonces desentrañar en que consiste la manifestación “expresa” de la voluntad, para luego proyectar las conclusiones al “consentimiento” que genera al contrato.

Al respecto aclara Messineo (13) que: “Cuando se lo emplee a conciencia y con el propósito de hacer conocer a otro la propia voluntad (concreta), el modo de manifestación se denomina declaración expresa...”.

Aclarando por su parte Cifuentes (14) que: “...Dado que esta manifestación requiere el propósito de **comunicación directa** de la voluntad, lo que no ocurre en la tácita, se la ha calificado de **directa**, pero ello no coincide con la terminología empleada en el Código”.

Recurriendo a una caracterización más didáctica, el mismo autor aclara (15): “También llamada expresa de la voluntad, es la que se da a conocer por medio de un signo sensible emitido por el declarante con el único objeto de dar a conocer su voluntad. Es una exteriorización que la persona emplea a conciencia y con el propósito de dar a conocer su voluntad concreta...”.

Como dice el art. 917 y, reitera el 1145 del Código Civil, la manifestación expresa es aquella que se manifiesta “...verbalmente, o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos”.

Obviamente, la expresión escrita es la más utilizada por su seguridad probatoria y, dentro de ella cabe también la declaración formal (conf. arts. 916, 978 y 1183 Cód. Civil).

(13) MESSINEO, FRANCESCO, obra de cita (6), Tomo II, Punto 4. - a), p. 361.

(14) CIFUENTES, SANTOS, *Negocio Jurídico*, Parágrafo 30. “Concepto de la manifestación positiva de la voluntad”, p. 65, Astrea, Buenos Aires, 1986.

(15) CIFUENTES, SANTOS, obra de cita (12), Parágrafo 179. a) Positiva, ps. 291/292.

Respecto de la verbal, ha ido perdiendo predicamento en el derecho moderno por su falta de seguridad probatoria en el tiempo; a más de los aspectos “impositivos” que la descartan. Su ámbito de aplicación en la práctica queda acotada por lo general a pequeños contratos de cumplimiento instantáneo que se consienten y cumplen en el acto (conf. art. 1151 Cód. Civil), como ocurre al comprar alguna golosina, por caso. Pero también, en negocios más trascendentes, como sucede en el ámbito del derecho comercial en la contratación de seguros, en particular vía telefónica, como es de uso y práctica; V.G. en los seguros de transporte de mercaderías, dada la urgencia en cubrir los viajes desde las plantas de origen a los distintos destinos. Ello es jurídicamente posible por ser el seguro un contrato consensual, como lo determina el art. 4 de la ley 17.428, al sentar: “El contrato de seguro es consensual; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza. ...”. (Ver también art 1140 Cod. Civil). Y, a ello hay que agregar que la “buena fe” que consagra el art. 1198 —primera parte— del Código Civil; en el contrato de seguros —por su propia naturaleza—, se encuentra remarcada para posibilitar su eficaz operatoria (16).

Así y todo, el Código Civil en el art. 1193 admite implícitamente el consentimiento verbal en los contratos que no superen un monto de diez mil pesos, tal como surge de interpretar a “contrario sensu” lo que expresa la norma.

(16) HALPERIN, ISAAC, *Seguros*, Tomo I, segunda edición actualizada por Juan Carlos Félix Morandi, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1991; Punto V. Parágrafo 18. “Contrato de buena fe”, ps. 50/51, dice: “Se acostumbra afirmar que es un contrato de buena fe, **uberrimae bona fidei**. Este no es un rasgo peculiar del seguro. Domina todo el derecho de las obligaciones: las partes deben conducirse con buena fe en la celebración y en la ejecución, como en todos los contratos (la nueva redacción del art. 1198, Cód. Civil —ley 17.711—, que recoge los principios de la jurisprudencia, lo demuestra). Si los principios de la buena fe hallan una aplicación más frecuente y rigurosa, se debe a la naturaleza del contrato y a la posición especial de las partes. Respecto del asegurador, el tomador debe conducirse con la mayor lealtad posible en cuanto se refiere a la descripción del riesgo y al mantenimiento del estado del riesgo. Respecto del tomador, el asegurador debe conducirse con la mayor lealtad posible en todo cuanto se refiere a la ejecución de sus obligaciones y a la interpretación de la póliza, por el carácter del contrato, cuya comprensión generalmente escapa a la capacidad del tomador y por su naturaleza de contrato de masa, de condiciones generales uniformes (en principio) e impuestas al asegurado...”.

Al respecto tiene dicho la jurisprudencia: “La restricción probatoria del art. 1193 del Cód. Civil en cuanto prohíbe probar por testigos los contratos por una suma superior a \$ 10.000, resulta inaplicable cuando se trata de un contrato —en el caso, locación de servicios profesionales— acreditado mediante la prueba de confesión (CNCiv., Sala F, 2004/09/24, DJ, 2005-1, 21)”.

Finalmente, la manifestación expresa por “signos inequívocos”, se da por necesidades prácticas en ciertos actos jurídicos —léase en el caso “contratos”—, dada la particularidad de los mismos. Por caso, en los remates, al levantar la mano para hacer una postura o; al viajar en subterráneo e introducir la tarjeta magnética en el molinete que así franqueará el acceso al viaje en dicho medio de transporte, etc.

Aquí, como se advierte, la manifestación expresa de la voluntad, no surge de la expresión verbal ni escrita, sino de un actuar o gesticular del sujeto que de esta forma quiere específicamente manifestar en forma directa y sin duda alguna, su voluntad positiva de realizar un específico acto jurídico. En el caso que nos ocupa, “contrato”.

Dentro de la manifestación escrita de la voluntad que en materia contractual se transforma necesariamente en “consensos”, cabe considerar también a la manifestación formal que, en el caso se convierte en una especie de ella a la cual acuden la ley o las partes, para remarcar la trascendencia de ciertos actos jurídicos, como para reforzar la fuerza probatoria de los mismos (17).

Al respecto dice el Código Civil:

Art. 916. “Las declaraciones formales son aquellas cuya eficacia depende de la observancia de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de la voluntad”.

Art. 973. “La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiem-

(17) Aclaran RIPERT, GEORGES - BOULANGER, JEAN, obra y tomo de cita (1 *in fine*), Parágrafo 583, ps. 427/428: “En general, los actos jurídicos **no requieren formalidades**. Las personas que los realizan expresan su voluntad como les place, verbalmente o por escrito, y emplean las fórmulas que prefieren. Pueden además, prescindir del concurso de otras personas. Es aquí donde reside el principio de la **consensualidad**. Por excepción, ciertos actos o contratos llamados **solemnes** están sometidos a exigencias de forma. Tales son el contrato de matrimonio, la constitución de hipotecas, la donación entre vivos...”.

po de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar”.

Estas normas se encuentran, por lo demás, genéricamente receptadas en el ámbito contractual en la última parte del art. 1145 del Código Civil. Que, como dice Borda (18): “...Se trata de una mera e inútil repetición de lo que disponen los artículos 916 y siguientes respecto de la declaración de voluntad; puesto que el consentimiento es precisamente una declaración de voluntad, resulta de toda evidencia que aquellas reglas generales les son aplicables...”.

Tradicionalmente se reconoce una clasificación bipartita de las formalidades jurídicas (19), distinguiéndose los actos formales “ad solemnitatem” de los “ad probationem”. Siendo los primeros aquellos en que la formalidad impuesta por la ley o por la voluntad de las partes, es esencial para la validez del acto y, en el supuesto de no cumplirse con ella, el acto jurídico deviene en nulo, toda vez que la solemnidad integra la estructura misma del acto, de manera inescindible (conf. arts. 975 a 977 y 1183 Cód. Civil).

En cambio, en los segundos —“ad probationem”—, la formalidad exigida tiene una exclusiva finalidad probatoria que,

(18) BORDA, GUILLERMO A., *Manual de Contratos*, 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1966, Punto 44. “Medios de manifestación del consentimiento”, p. 40, expresa: “...Se trata de una mera e inútil repetición de lo que disponen los artículos 916 y siguientes respecto de la declaración de voluntad; puesto que el consentimiento es precisamente una declaración de voluntad, resulta de toda evidencia que aquellas reglas generales les son aplicables...”.

(19) Ver CIFUENTES, SANTOS, “Negocio Jurídico”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, Parágrafo 91. “Sentidos de la palabra “forma”, p. 192: “No hay que confundir la forma como elemento externo de la voluntad, a que se refiere el art. 913, con las formalidades del art. 916...”. Mas adelante aclara en el mismo parágrafo: “...En sentido estricto o técnico, en cambio, se habla de forma cuando en virtud de la ley o de la voluntad en el acto jurídico se hace necesaria una modalidad exterior determinada. Aquí, no cualquier modo es trascendente para que la manifestación consiga su efecto, sino uno particular, más o menos rigurosos, que debe asumir una determinada declaración para que consiga un cierto efecto. Es la forma exigida para ciertos actos, o, como también se la ha llamado, **la forma impuesta**. A este segundo sentido es al que se refieren los art. 915 y 916. Es por ello que las declaraciones son formales si su eficacia depende de la observancia de “formalidades” exclusivamente admitidas (por la ley o por la voluntad) como expresión de voluntad. Y no lo serán si no hay una exclusiva forma impuesta o admitida, o “ciertas formas determinadas” exclusivamente admitidas al efecto...”.

de no cumplirse no invalida al acto en sí, pero no se lo podrá probar si no asume la formalidad jurídicamente prevista para el mismo.

Ejemplo tradicional de lo primero, es el matrimonio que, es una “convención” (conf. art. 1137 Cód. Civil) y, de lo segundo, los arts. 1193 y 2006 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, como enseña Cifuentes (20), esta clasificación ha sido perfeccionada, convirtiéndose en tripartita. Esto es que, entre los dos extremos tradicionales de la anterior —según visto—, se agrega uno intermedio denominado “de solemnidad relativa”, donde el no cumplimiento de la formalidad impuesta no invalida todo el acto, como ocurre en los de “solemnidad absoluta” ó “ad solemnitatem”, sino que produce la conversión formal del acto jurídico, el cual no producirá el fin inmediato previsto en el mismo (conf. 944 Cód. Civil), sino otro; como ocurre por caso en el boleto de compraventa que para posibilitar la transferencia del dominio de un inmueble, deberá cumplirse con la obligada escritura traslativa de dominio, conforme dispone el art. 1185 del Código Civil; y a ello habrá que adicionar para perfeccionar el acto, otros dos requisitos complementarios: La tradición del inmueble y la inscripción del título del dominio en el respectivo registro de la propiedad inmueble de la jurisdicción que corresponda (conf. art. 2505 Cód. Civil).

Sin perjuicio de ello, este “boleto de compraventa”, como todo contrato, constituirá en los términos del art. 1197 “ley entre las partes” pero, reiteramos, solo entre ellas y no, frente a terceros que serán ajenos a dicha relación por el “efecto relativo de los contratos” (conf. arts. 1195 *in fine* y, 1199 Cód. Civil).

Al respecto, la mayoría de los supuestos que inventaría el extenso art. 1184 del Código Civil, encuadran dentro de la denominada “formalidad relativa” (21). Toda vez que para cumplir su fin inmediato (conf. art. 944 Cód. Civil) deben ajustarse a la formalidad impuesta en la norma. Siendo de aclarar que el artículo 1184 de nuestro cuerpo legal, está inspirado en el art. 1003 del “Proyecto de García Goyena, y también, en Freitas —art. 1929 del “Esboco”—, que dispone, diferenciándose de nuestro Código

(20) CIFUENTES, SANTOS, obra de cita anterior, Parágrafo 102. “Nueva formulación tripartita de las formalidades”, ps. 205/209.

(21) BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil Obligaciones*, Tomo II, actualizado por ALEJANDRO BORDA, La Ley, Buenos Aires, 2008, Punto D. “Forma”, N° 1250, ps. 189/193.

Civil: "Deben ser hechos por escritura pública, so pena de nulidad...", sin mencionar la salvedad relativa a los actos "que fuesen celebrados en subasta pública" (22).

Como sintetiza Cifuentes (23): "...Tenemos que aclarar que siempre que la ley exige una formalidad como "exclusiva", es solemnidad absoluta y no relativa, por eso su incumplimiento se traduce en invalidez del acto, el cual no puede cumplirse más que atendiendo a esa formalidad exclusiva exigida (arts. 975 a 977 y 1183, Cód. Civil).

La omisión o defecto en las solemnidades relativas no producen, por tanto, la nulidad, sino que se proyectan otras consecuencias. El fin inmediato del negocio (art. 944) no podrá realizarse sin cumplir la formalidad, pero las obligaciones han quedado eficazmente establecidas entre las partes, y una de esas obligaciones, para proyectar los efectos del acto inclusive frente a terceros, es cumplir la formalidad exigida".

En relación a la ley que regula la forma de los contratos entre presentes, nuestro Código Civil aplica el principio "locus regit actum". Ello surge dispuesto en el art. 1180, el cual expresa: "La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido".

Respecto de los contratos entre ausentes, rige el art. 1181 de dicho cuerpo legal; al que Borda (24), hace extensivo a los contratos concluidos por teléfono. Aclarando Jossierand (25): "Se pregunta si los contratos concluidos por **teléfono** deben ser tratados como contratos entre presentes o como contratos entre ausentes: de una parte, se celebran entre personas alejadas una de otra; pero de otra parte, en cambio, las preguntas y respuestas se transmiten y cambian sin interrupción; es una verdadera conversación la que se entabla entre los interesados, los cuales, en un momento dado, adquieren la certeza de la coincidencia de sus voluntades.

(22) MOISSET ITURRASPE, JORGE, obra de cita (4), Sección 2ª. "Contratos que deben celebrarse en escritura pública. Análisis y enumeración de los casos contemplados en el art. 1.184 Cód. Civil", p. 285.

(23) CIFUENTES, SANTOS, obra de cita (12), Parágrafo 185. "Clasificación de los actos formales", p. 298.

(24) BORDA, GUILLERMO A., obra y tomo de cita (21), Punto 1254, p. 194.

(25) JOSSEIRAND, LOUIS, *Derecho Civil*, T. II, Vol. I, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, EJEBA Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, N° 54, "Contratos por teléfono", ps. 46/47.

Esta última particularidad nos parece decisiva; los contratos por teléfono han de considerarse como celebrados entre presentes.

Sin embargo, hay que reconocer que esta solución suscita una importante dificultad en lo referente a la determinación del lugar de la formación del contrato, que no se sabe bien dónde fijarlo, mientras que, si se considera la operación como realizada entre ausentes, habrá que referirse al lugar donde partió la aceptación. Esta consideración lleva a los autores a tratar los contratos por teléfono como contratos entre ausentes. Sin embargo, la razón no es decisiva, ya que una dificultad de puro hecho no debe, **por sí sola**, decidir una cuestión de derecho. De todas maneras, habrá que entregarse a investigaciones delicadas, que el sistema de la declaración no consigue evitar en este caso con el mismo éxito que en el de los contratos por correspondencia".

#### IV. EL CONSENTIMIENTO TÁCITO

La manifestación tácita de la voluntad, se encuentra regulada en general, para todos los actos jurídicos, en el art. 918 del Código Civil: "La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria". Y se incorpora específicamente al ámbito contractual, a través del art. 1145 del Código Civil que reitera —como no podría ser de otro modo—, similar concepto. Veamos qué dispone la norma en lo pertinente: "...El consentimiento tácito resultará de hechos, o de actos que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad; o que las partes hubiesen estipulado, que sus convenciones no fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades".

Esta norma se encuentra completada, en lo referido al consentimiento tácito, por el art. 1146 del Código Civil; que tiene la particularidad de imbricar dos formas de manifestación: La "tácita", y la "presumida"; veamos: "El consentimiento **tácito** se **presumirá** si una de las partes entregare, y la otra recibiere la cosa ofrecida o pedida; o si una de las partes hiciere lo que no

hubiera hecho, o no hiciere lo que hubiera hecho si su intención fuere no aceptar la propuesta u oferta”.

Como se advierte, la norma transcrita incluye específicamente en su primera parte, lo que se denomina “compraventa manual” (25). En tanto en la segunda se muestra menos genérica y abarcativa, a través de un modo de expresión que hace recordar a un juego de palabras (26).

Encuadrado así el tema en el Código Civil, resulta de interés recurrir a Messineo para aclarar algunos aspectos de interés (27): “...Pero hay modos de obrar (**comportamientos**) que valen como declaraciones de voluntad, **aun cuando** quien obra así se proponga **cosa muy distinta de comunicar** una voluntad suya a otro. La existencia de la voluntad **se arguye**, sin embargo, del comportamiento del sujeto, esto es, de un **hecho positivo concluyente y también unívoco**, en el sentido de que (según los criterios introducidos en una determinada sociedad) sería **incompatible** con aquel comportamiento que el sujeto **no** tuviera la **voluntad**, o tuviera una **voluntad diversa** de la que se le atribuye (**arg.** arts. 476, 1724 —aclaremos por nuestra parte, del Código Civil italiano—); la **certeza de la voluntad** se deduce **por vía indirecta**.”

Estos modos de obrar se llaman declaraciones **tácitas** (o **indirectas**) de voluntad, en antítesis con las declaraciones expresas de voluntad, que son las antes indicadas. Ejemplo de declaración tácita es la aceptación de la herencia en el modo indicado por el art. 476, y que los romanos llamaban **pro herede gestio** (cfr. parágrafo 192, n. 3); tal es, también, el emprender —en determinadas circunstancias— la ejecución de un contrato a continuación de una propuesta recibida (art. 1327) (cfr., también, en cuanto a otros casos, arts. 121, segundo apartado, 1237, 632, 684-

(26) “La recepción de las mercaderías configura una conducta mercantil concluyente, una actuación de voluntad, como acto de ejecución del contrato consistente en la recepción de las mercaderías en las condiciones de la facturas (art. 1146, Cód. Civil). Tal conducta de ejecución del contrato sirve también como criterio decisivo para dirimir la colisión de condiciones contractuales (CNCom., Sala E, 1983/02/18, E.D. 105-437)”.

(27) “La recepción por parte del particular de la solicitud de tarjeta de crédito que hubiera suscripto, sin que hubiese mediado, ni antes ni después, retractación de las partes, importa una tácita aceptación de la propuesta u oferta que cerró el ciclo de perfeccionamiento del contrato (arts. 1145 y 1146, Cód. Civil) (CNCom., Sala C, 1998/12/04, La Ley, 1999-D, 24, con nota de MOBREMANS, D.E. DJ, 1999-367).”

85, 1724, 2937, tercer apartado). Pero, por lo general, es cuestión de hecho establecer si existe, o no, declaración tácita”.

De lo dicho hasta aquí, resulta claro que para analizar el tema es necesario remitirse a los principios generales contenidos genéricamente, para todos los actos jurídicos, en el Código Civil. Siendo para ello dispensable acudir al art. 918 de nuestro cuerpo legal.

Al respecto es de destacar que Borda (28) critica la redacción del art. 918 del Código Civil, al sostener: “...El concepto de una voluntad tácita no está bien logrado en el art. 918, que habla de actos por los cuales se pueda conocer **con certidumbre** la voluntad. Ahora bien: si de los actos realizados se desprende esa certidumbre, es porque se trata de **signos inequívocos**, como lo afirma el art. 917 y, por consiguiente, la manifestación es expresa. Está claro así que, ateniéndonos rigurosamente a los términos del art. 917, la única manifestación tácita de voluntad sería aquella que, en ciertos casos, se infiere del silencio. Pero lo cierto es que tanto en muchas disposiciones del Código como en el lenguaje jurídico más generalizado, se llama manifestación tácita a la que surge de la conducta clara e inequívoca de una persona que, empero, no ha dado un consentimiento escrito o verbal”.

Creemos que las dudas expuestas por tan insigne autor, encuentran respuesta en la parte final del párrafo transcrito ya que, en definitiva, se trata de una manifestación **inferida** por quien o quienes observan el proceder de quien actúa de determinada manera, generando certidumbre sobre cual es la voluntad de este. Por consiguiente, esta manifestación no es emitida expresamente por “signos inequívocos”, como dice el art. 917 del Código Civil —en cuyo caso sería expresa—; sino que el actuar tiene otros fines prácticos que, quienes advierten este proceder **infieren** de ello con certeza una determinada voluntad de quien así procede y, siempre que, como dice el art. 918 del Código Civil en su parte final: “...en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria” (29).

(28) MESSINEO, FRANCESCO, obra y tomo de cita (1), Punto 4. - b), p. 361.

(29) BORDA, GUILLERMO A., obra y tomo de cita (2), N° 820, “Distintas formas de Manifestación de la voluntad”, punto B) “Declaraciones expresas y tácitas”, p. 76.

Así las cosas, el “silencio” que refiere el art. 919 del Código Civil, podrá constituir —también—, manifestación tácita de la voluntad cuando encuadra en el último párrafo de la norma; esto es: “...a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes” (30).

Debemos concluir que, para el Código Civil, la manifestación tácita se plasma en estos dos supuestos. Cuando se la infiere por otros del “actuar en particular” del sujeto que así procede (con las salvedades del art. 918). Y, por el silencio que, valida las “declaraciones precedentes”. De no ser así, no se habrá procedido de tal forma.



(30) CIFUENTES, SANTOS, “Código Civil comentado y anotado”, T. II, 2ª ed. actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, “Doctrina”, p. 95, expresa: “**Comprensión.** En la declaración tácita, a diferencia de la expresa por signos, la persona actúa sin el directo o inmediato designio de expresar su voluntad para el acto de que se trata, pero ello surge de modo mediato o indirecto, podría decirse también “implícito”, a través de las características del acto y por su relación con otras circunstancias que lo rodeen y con los usos”.

## LOS CONTRATOS ENTRE CÓNYUGES

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

**SUMARIO:** I. NOCIONES GENERALES. 1. FUNDAMENTOS DE LAS RESTRICCIONES DE CONTRATAR ENTRE LOS ESPOSOS. 2. ALCANCE DE LAS PROHIBICIONES. 3. PROYECTO DE REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1998.- II. CONTRATOS PROHIBIDOS. 1. COMPRAVENTA. A) EL PRINCIPIO GENERAL Y LOS FUNDAMENTOS DE LA PROHIBICIÓN. B) EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN. C) LA SITUACIÓN EN LOS CASOS DE SEPARACIÓN PERSONAL Y DE DIVORCIO. D) SUPUESTO DEL BOLETO DE COMPRAVENTA SUSCRITO A FAVOR DE LA PERSONA CON LA CUAL EL VENDEDOR CONTRAE MATRIMONIO ANTES DEL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA. 2. DONACIÓN. A) LAS NORMAS QUE PROHÍBEN LA DONACIÓN ENTRE ESPOSOS. B) LAS CAUSAS DE LA PROHIBICIÓN. C) LA SITUACIÓN EN LOS CASOS DE SEPARACIÓN PERSONAL Y DE DIVORCIO. D) CON RESPECTO A LA DONACIÓN ENTRE LOS ESPOSOS PARA DESPUÉS DE LA MUERTE. E) CON RESPECTO A LAS LIBERALIDADES Y A LOS REGALOS DE COSTUMBRE. 3. CESIÓN DE DERECHOS Y PERMUTA. 4. DACIÓN EN PAGO. 5. USUFRUCTO. 6. SERVIDUMBRES. 7. RENTA VITALICIA. 8. FIDEICOMISO.- III. EFECTOS DE LA CELEBRACIÓN ENTRE ESPOSOS DE CONTRATOS PROHIBIDOS. 1. SEGÚN EL CASO, EL ACTO ES DE NULIDAD ABSOLUTA O RELATIVA.- IV. CONTRATOS PERMITIDOS. 1. MANDATO. 2. FIANZA. 3. MUTUO Y USUFRUCTO SOBRE COSAS FUNGIBLES. 4. CONTRATOS DE DEPÓSITO Y COMODATO. 5. LOCACIÓN DE OBRA. 6. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA, DE PRENDA Y DE ANTICRESIS. 7. SOCIEDADES COMERCIALES: A) INTRODUCCIÓN. B) LA NORMA LEGAL ACTUALMENTE VIGENTE Y SU FUNDAMENTO. C) EL CASO DE LAS SOCIEDADES EN COMANDITA POR ACCIONES. D) LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE Y LA DE CAPITAL E INDUSTRIA. E) LA SOCIEDAD ACCIDENTAL O EN PARTICIPACIÓN. F) LA VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN ESTABLECIDA. V. CONTRATOS CONTROVERTIDOS. 1. LOCACIÓN DE COSAS. A) DOCTRINA NEGATORIA. B) DOCTRINA QUE ADMITE LA POSIBILIDAD DE CELEBRAR EL CONTRATO DE LOCACIÓN DE COSAS. C) CRÍTICA CON RESPECTO A LA CARACTERIZACIÓN COMO LOCACIÓN DEL SUPUESTO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL. D) CON RESPECTO AL CONTRATO DE LEASING. 2. CONTRATO DE TRABAJO Y LOCACIÓN DE SERVICIOS. 3. SOCIEDAD CIVIL.

### I. NOCIONES GENERALES

#### 1. Fundamentos de las restricciones de contratar entre los esposos

Como es sabido, en nuestro derecho existen ciertas restricciones para celebrar contratos entre los cónyuges —que ya existían, entre otras legislaciones, en el derecho romano—, las

que actualmente se mantienen con el objeto principal de impedir que la celebración de esos contratos pueda causar perjuicios a terceros acreedores de uno de los esposos (1). Jorge Mosset Iturraspe afirma al respecto que “se trata de prevenir un posible concierto fraudulento, tanto más probable cuanto que se trata de dos personas ligadas por una relación afectiva que las ha llevado al matrimonio y a la integración de la sociedad conyugal, compartiendo autoridad, derechos, deberes y responsabilidades” (2).

Además, dichas restricciones tienen también por objeto evitar que pueda alterarse el régimen patrimonial imperativo —imbuído de orden público— establecido en el Código Civil entre los esposos, prohibiéndose, entre otros acuerdos, todo pacto que pudiera significar una renuncia con relación a los derechos sobre los bienes gananciales. En tal sentido, luego de enumerar en el artículo 1217 las convenciones matrimoniales que los esposos podían pactar antes de la celebración del matrimonio, en los dos artículos siguientes se dispone *que toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor. Como también, que ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio; ni el que se hubiere hecho antes, podrá ser revocado, alterado o modificado* (arts. 1218 y 1219). Esta última norma se refiere a los convenios posteriores al matrimonio, mientras que los artículos 1217 y 1218 contemplan el supuesto de los celebrados entre esposos antes del matrimonio.

Además, si los cónyuges pudieran transmitirse entre ellos con absoluta libertad bienes de su propiedad, tales actos podrían llevar a la “defraudación” a sus herederos, como ocurriría, tal como se ha ejemplificado, con respecto a los hijos extramatrimoniales o de un matrimonio anterior del marido difunto que hubiera donado sus bienes a su segunda esposa, en la sucesión de la cual

(1) Véase al respecto, entre otros, VARELA DE MOTTA, MARÍA INÉS, *Manual de Derecho de Familia*, 2ª ed., Montevideo, Uruguay, 1998, ps. 128 y sig. Como también, MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, ¿Por qué, para qué y hasta cuándo las prohibiciones contractuales entre cónyuges?, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 42, p. 73, d.5.

(2) “Compraventa entre cónyuges disuelta la sociedad conyugal”, en *Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Doctora María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, 1991, p. 258.

no recibirían bien alguno; aunque como aclara Méndez Costa, dichos hijos estarían protegidos en su legítima por la acción de reducción (3).

Como fundamento de las restricciones en cuestión también se ha señalado el conflicto de intereses ínsito en todo negocio jurídico, que implica la posibilidad, al estar los esposos colocados en situación de deudor y acreedor, de tener que enfrentarse en acciones judiciales de carácter patrimonial, lo cual es altamente inconveniente con respecto tanto al régimen patrimonial del matrimonio, como también con la idea de familia, en la que debe reinar la unidad y la complementariedad entre sus integrantes (4).

Sin embargo, Azpiri afirma, con fundamento en la plena capacidad jurídica de que actualmente goza la mujer casada, que la prohibición de celebrar ciertos contratos entre los esposos es algo anacrónico, aparte de provocar —según dice dicho autor— no pocas dificultades interpretativas (5). Con relación a lo cual señalamos que en algunos Códigos modernos se permite en forma amplia la celebración de contratos entre los cónyuges, debiendo recordar al respecto el artículo 1323 del Código Civil español, con la reforma del año 1981, que dando un giro de 180 grados en comparación con la normativa hasta allí vigente, dispone que el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. También en el Código Civil peruano del año 1984 se han introducido modificaciones sustanciales al respecto, al derogarse la prohibición de carácter general establecida en el artículo 1339 del Código de 1936 (6).

Cabe por último señalar que las prohibiciones que establece la ley es con relación a los contratos entre cónyuges, lo cual significa que las mismas se mantienen vigentes también con rela-

(3) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, ¿Por qué, para qué y hasta cuándo las prohibiciones contractuales entre cónyuges?, cit., RDF, N° 42, ps. 70 y sig., c).

(4) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de bienes del matrimonio*, Buenos Aires, 2004, p. 36; SALERNO, M. URBANO, “Contratos entre cónyuges”, *Enciclopedia de Derecho de Familia*, T. I, Buenos Aires, 1991, ps. 638 y sig.

(5) *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, 2002, p. 55, parágr. 7. Conf., MIZRAHI, MAURICIO LUIS, “Hacia una reforma del régimen patrimonial del matrimonio”, en *Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, 1991, ps. 288 y sig., b).

(6) Dicha norma establecía que “se prohíbe contratar entre cónyuges, si no es para el otorgamiento de poderes”.

ción a los esposos con respecto a los cuales se hubiera dictado una sentencia de separación personal (7), ya que tal circunstancia no disuelve el vínculo matrimonial (art. 201, Código Civil). Pero, en cambio, dejan de existir en el supuesto de que se hubiera decretado el divorcio vincular.

## 2. Alcance de las prohibiciones

Si bien en el Código Civil no existe una prohibición de carácter general con relación a la contratación entre cónyuges —lo que junto con lo normado en el artículo 19 de la CN, lleva a Mazzinghi a afirmar que en nuestro derecho el principio general es la libertad de contratar—, a lo largo de su articulado se establecen una serie de prohibiciones para la realización de determinados actos jurídicos entre marido y mujer, que, en principio, constituyen verdaderas incapacidades de derecho.

Lo cual no significa que los esposos no puedan celebrar entre sí contrato alguno, pues aparte de estar permitido en forma expresa algún contrato, como el de mandato (conf., art. 1276, 3er. párrafo), al no haber una norma general prohibitiva, los cónyuges se encuentran autorizados para concluir aquellos contratos que no se hallan expresamente prohibidos, lo cual es así en razón de que además de que las incapacidades de derecho deben ser expresas, las mismas deben ser interpretadas en forma restrictiva, por restringir la capacidad y la libertad de las personas (8). Se ha resuelto al respecto que “si no existe una prohibición expresa o si el fundamento del contrato no repugna a los principios legales en que se funda el régimen patrimonial, no es posible hacer pesar sobre los cónyuges una verdadera incapacidad de derecho, como es la de no poder contratar entre ellos” (9).

Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda afirman que la regla general es que los esposos pueden celebrar contratos entre sí, con ciertas limitaciones: a) aquellos contratos que se encuentren expresamente prohibidos; b) aquellos que, por su naturaleza, impliquen

(7) Conf., MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., “Sociedades entre cónyuges: análisis de cuestiones no resueltas”, E.D. 206-1038, III.

(8) Conf., ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho de Familia*, 5ª ed., Buenos Aires, Buenos Aires, 2006, T. I, p. 576, Nº 466, a); FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL Y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 36; LAGOMARSINO, CARLOS A. R., “Compraventa entre cónyuges”, La Ley 136-1397; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, “¿Por qué, para qué y hasta cuándo las prohibiciones contractuales entre cónyuges?”, cit., en RDF, Nº 42, marzo/abril 2009, p. 67.

(9) CNCiv., Sala D, E.D. 57-567.

una alteración del régimen patrimonial del matrimonio, o del carácter propio o ganancial de los bienes; y c) los contratos de los que resulten derechos u obligaciones incompatibles con las características personales de la relación matrimonial (10).

## 3. Proyecto de Reformas del Código Civil de 1998

Dicho proyecto suprime las prohibiciones de contratar entre cónyuges (11), aunque mantiene la norma establecida en el artículo 27 de la Ley de Sociedades 19.550, agregándole un párrafo mediante el cual se permite la constitución entre cónyuges de sociedades de tipo distinto a los expresamente previstos por la ley, con tal que de las mismas no surja responsabilidad solidaria ya sea entre los cónyuges o con la sociedad.

Asimismo, el Proyecto conserva la suspensión del curso de la prescripción entre cónyuges durante el matrimonio (art. 2479, inciso a), lo que ha sido criticado por Méndez Costa, por ser dicha suspensión, afirma, inarmónica con la libertad de contratar entre sí que el Proyecto permite a los esposos, e inclusive, agrega, porque el mismo admite en distintas normas (arts. 448, 454, 455) la trascendencia del transcurso del tiempo y la inacción del interesado, por lo que dichas disposiciones operan —según considera, no obstante tratarse de plazos de caducidad— como excepciones a la prescripción (12).

## II. CONTRATOS PROHIBIDOS

Varias son las normas que establecen en forma expresa ciertas prohibiciones para contratar entre los esposos. A ellas nos referiremos seguidamente.

### 1. Compraventa

#### a) El principio general y los fundamentos de la prohibición

Entre las prohibiciones de contratar entre cónyuges, cabe en primer lugar recordar que el artículo 1358 del Código Civil es-

(10) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL Y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de bienes del matrimonio*, cit., p. 36.

(11) Coincidentemente, en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en el año 1998 en la ciudad de Mendoza, se recomendó lo siguiente: “En aquellos países en que existen limitaciones para que los cónyuges contraten entre sí, se recomienda su supresión estableciendo una amplia libertad”.

(12) “Los cónyuges separados de bienes en el Proyecto de 1998”, La Ley 2000-E, 1010, Nº 6.

tablece que el contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos. Tampoco puede celebrarse el contrato de compraventa por interpósita persona, lo cual también se encuentra dentro de la prohibición legal, que se vería violada en forma indirecta (13).

Aparte de lo más arriba expresado, la razón de la prohibición consiste en el hecho —según manifiesta particularmente la doctrina con relación a la compraventa— de que bajo la apariencia de un contrato de ese tipo —de carácter oneroso, por tanto—, se encubra una liberalidad (14), perjudicando a los herederos legítimos (15), o más bien, diríamos, una donación, que, como más adelante veremos, se encuentra prohibida entre los esposos, conforme resulta de lo normado en los artículos 1807 inciso 1º y 1820 del Código Civil (16).

#### b) Excepciones a la prohibición

No obstante la clara disposición establecida en el artículo 1358 del Código, hay autores que contra una interpretación estricta de la norma, oponen razones pragmáticas, las que llevan, por de pronto, a admitir la existencia de excepciones al principio general que resulta de la misma. Entre las cuales, Mosset Iturraspe —que en razón de la actual capacidad plena de la mujer casada, afirma que no se debe hacer una aplicación extensiva de las prohibiciones de contratar entre los esposos— menciona los casos en que la venta tiende a poner fin a un estado de indivisión hereditaria o a liquidar un condominio, así como también las hipótesis de venta en subasta pública por disolución de la sociedad conyugal y por ejecución judicial (17).

(13) Conf., SALERNO, MARCELO URBANO, "Contratos entre cónyuges", cit., p. 632, N° 9.

(14) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 40; MAZZINGHI, JORGE A., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., cit., T. 2, p. 345, parágr. 376, a); ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., ps. 654 y sig., parágr. 520.

(15) VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, 3ª ed., 6ª reimpr., Buenos Aires, 2005, p. 308, parágr. 274. Señala dicho autor que a la prohibición del art. 1358, se le suma la contenida en el inciso 2º del art. 1361, en el supuesto de que uno de los esposos sea curador del otro.

(16) Conf., SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones*, 2ª ed., act., Buenos Aires, 1957, T. I, cit., p. 313.

(17) MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Compraventa entre cónyuges disuelta la sociedad conyugal", en *Derecho de Familia. Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, 1991, ps. 258 y 260; CNCiv., Sala A, La Ley 1986-E,

Mazzinghi coincide con la excepción resultante de la venta en subasta pública, que no está expresamente contemplada en el artículo 1358 y a la cual, dice, no le alcanza por analogía la prohibición de la venta forzosa a que alude el artículo 1361, en cuyos siete incisos no se encuentran enumerados los cónyuges. Nada impide, agrega Mazzinghi, que si uno de los esposos es ejecutado por un tercero y a consecuencias de la ejecución sale a la venta en remate uno de sus bienes, el otro lo adquiera en la subasta pública con la finalidad de evitar que el bien salga del ámbito familiar (18). Además, dicho autor extiende la excepción a la venta en remate público no judicial, dado que constituye una oferta a persona indeterminada, siendo las especies adjudicadas al mejor postor, por lo que, afirma, en tal caso no se presentan los riesgos que pueden implicar la compraventa entre esposos.

Nosotros pensamos que no habría inconveniente en que uno de los esposos adquiera un bien perteneciente al otro cuando la venta es de carácter forzoso —en virtud de una ejecución—, o con motivo de la disolución de la sociedad conyugal, pero no en otros supuestos distintos. Es que el hecho de que la venta en remate no judicial constituya una oferta a persona indeterminada, y que el bien sea adjudicado al mejor postor, no obsta para que

155; ídem id., La Ley 1987-C, 307; ídem, Sala C, La Ley 1982-B, 82; ídem id., E.D. 69-250; ídem, Sala D, La Ley 63-124; CCiv.2ª Cap., J.A. 36-1431; CNCom., Cap., E.D. 68-298. Conf. en cuanto a que la prohibición no rige en el supuesto de que la compra se haga en subasta pública, LAGOMARSINO, CARLOS A. R., "Compraventa entre cónyuges", cit., La Ley 136-1401, 10; ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. 1, p. 656, parágr. 520; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 41; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 10ª ed., Buenos Aires, 2008, T. I, ps. 344 y sig., N° 416; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 309, parágr. 274; ESCRIBANO, CARLOS, "Las hijuelas conyugales desaparejas", La Ley 1989-B, 888, VIII, a); PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2006, T. I, p. 863, b.1.; SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones*, cit., p. 313, N° 450, 2º, quien fundamenta su opinión en el hecho de que la concurrencia al remate de diversos interesados —además de la publicidad del acto— constituye una garantía suficiente contra los fraudes que la ley desea impedir. Salvat también admite como excepción el supuesto de la adquisición del inmueble por vía de adjudicación o licitación al ser liquidado un condominio existente entre los esposos.

(18) *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., Buenos Aires, Buenos Aires, 2008, T. 2, p. 346, parágr. 376. Conf., MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, Santa Fe, 2004, p. 20, 3); SALERNO, MARCELO URBANO, "Contratos entre cónyuges", cit., p. 634, b). Contra, BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, 9ª ed., Buenos Aires, 2009, p. 302, parágr. 228, b).

los esposos se pongan de acuerdo para comprar uno de ellos sí o sí el bien del otro, a cualquier precio, pudiendo de tal manera constituir una maniobra por parte del esposo titular del mismo, para defraudar a sus acreedores por medio del vaciamiento de su patrimonio (19).

Con relación al tema, se ha resuelto que “la prohibición de contratar entre esposos deja de funcionar cuando uno de los cónyuges compra en remate público con motivo de procederse a la disolución de la sociedad conyugal. La publicidad del acto y la concurrencia de otros postores son garantía suficiente contra la posibilidad de encubrir una donación o perjudicar a los acreedores” (20).

### c) La situación en los casos de separación personal y de divorcio

Pero sin perjuicio de la existencia de las excepciones aludidas, Mosset Iturraspe también afirma que la prohibición contemplada en el artículo 1358 no rige en los supuestos de separación personal o de divorcio, debido a que en dichas situaciones no se podría afirmar que pudiera existir entre los esposos —o entre quienes lo fueron— una confabulación para defraudar a terceros, que es precisamente lo que se quiere evitar con la prohibición que establece la ley (21). Agrega Mosset Iturraspe que, a su juicio, esos supuestos no se encuentran contemplados en el artículo 1358, que si se refirió a la separación judicial de los bienes sólo lo hizo teniendo en vista el contenido de la primitiva redacción del artículo 1294 del Código Civil, que permitía que la mujer pudiera requerir la separación de los bienes cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios, o cuando hubiese hecho concurso de acreedores. Lo que en realidad importa a los efectos de la prohibición de celebrar el contrato de compraventa —dice Mosset Iturraspe— es la subsistencia de la sociedad conyugal, tal como estableció el

(19) Conf., PERRINO, JORGE O., *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 864, b.2.

(20) CNCivil, Sala D, La Ley 63-123.

(21) “Compraventa entre cónyuges disuelta la sociedad conyugal”, cit., p. 260. Conf. BOSSERT, GUSTAVO A., *Régimen Jurídico de los Alimentos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1993, p. 157; CNCivil, Sala E, E.D. 98-468, con nota aprobatoria de CAPPARELLI, JULIO CÉSAR, “La compraventa entre cónyuges divorciados. Un fallo esclarecedor”; PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, cit., T. I, ps. 862 y sig., b). Conf. en cuanto a que la prohibición no rige en el supuesto de separación personal, FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL Y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., ps. 40 y sig.; CNCivil, Sala E, La Ley 1982-C, 117.

artículo 1098 del Anteproyecto de Código Civil de 1954, donde se decía que mientras subsista la sociedad conyugal el contrato de compraventa no puede tener lugar entre esposos, salvo que se efectúe en pública subasta, previa autorización judicial (22).

También Zannoni se pronuncia en el sentido de la procedencia de la celebración del contrato de compraventa entre cónyuges separados judicialmente, y manifiesta que luego de la sentencia de separación personal y de la consiguiente disolución de la sociedad conyugal, hay algo mucho más profundo que una mera separación de bienes, ya que la convivencia ha cesado y el deber de cohabitar se ha extinguido, lo que hace innecesaria la prohibición (23). Al igual que Zannoni, tanto Lagomarsino (24) como Mazzinghi (25), afirman que el artículo 1358 del Código debe ser interpretado en el sentido de que dicha norma no prohíbe la celebración del contrato de compraventa a los esposos con sentencia de separación personal, sino únicamente con relación a los que se encontraran separados de bienes.

Nosotros también pensamos que en el supuesto de separación personal parece difícil que se presente la hipótesis de la defraudación a terceros. No obstante lo cual, el hecho de haber optado por esa alternativa en lugar de por el divorcio, podría ser interpretado en el sentido de que la situación entre los esposos no se hallaba tan deteriorada como para adoptar una solución como la de divor-

(22) MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Compraventa entre cónyuges disuelta la sociedad conyugal”, cit., p. 260. Señala además Mosset Iturraspe que cuando el legislador quiso referirse a la hipótesis de divorcio, lo hizo en forma expresa, tal como resulta del art. 3969 del Código Civil.

(23) ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. I, ps. 655 y sig., parágr. 520. En el fallo antes citado de la CNCivil, Sala E, E.D. 98-468, se afirma que la prohibición establecida en el art. 1358 obedece a la necesidad de evitar que por la confabulación de los cónyuges se pudiera alterar el régimen patrimonial del matrimonio y vulnerar de tal manera los derechos de los terceros, y al temor de que la influencia que pudiera ejercer el marido sobre la mujer funcionara como fuente de enriquecimiento de aquél. En el fallo se consideró que la prohibición de contratar entre cónyuges separados judicialmente constituía una restricción excesiva y sin mayor justificación, no pareciendo razonable —se dijo— presumir que quienes por sus desavenencias no pudieron mantener una convivencia normal, se confabulen para defraudar a terceros.

(24) LAGOMARSINO, CARLOS A. R., “Compraventa entre cónyuges”, cit., La Ley 136-1399, 7. En realidad Lagomarsino se refiere a los esposos divorciados, pero efectúa el análisis estando vigente la ley 2393, en que el divorcio tenía similar alcance al de la actual separación personal.

(25) *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., cit., T. 2, p. 345, parágr. 376, b).

ciarse, que parece más definitiva. También puede pensarse que lo que en realidad quisieron los esposos con la separación personal fue eludir, ya sea la prohibición del artículo 1358, o alguna otra, en especial si se tiene en cuenta la facilidad con la que la separación puede ser dejada sin efecto, mediante la reconciliación (art. 234, Cód. Civ.). Lo expresado y el hecho de que, en definitiva, no obstante haberse dictado una sentencia de separación personal, los esposos continúan siendo marido y mujer, nos hacen concluir en que la prohibición legal debe mantenerse en el supuesto de que se hubiera dictado una sentencia de separación personal (26). Distinta es la solución que a nuestro juicio corresponde, en el supuesto de que los esposos estuvieran divorciados, en que entendemos que la prohibición ya no subsiste (27). Como tampoco subsiste en el caso de que se hubiera decretado la nulidad del matrimonio, por cuanto deja sin efecto la relación conyugal (28).

*d) Supuesto del boleto de compraventa suscripto a favor de la persona con la cual el vendedor contrae matrimonio antes del otorgamiento de la escritura*

Un supuesto particular lo constituye el caso de que el vendedor hubiera suscripto un boleto de compraventa de un inmueble a favor de una persona que no es su cónyuge, pero con quien contrae matrimonio antes de otorgada la escritura traslativa de

(26) Conf. LAFAILLE, HÉCTOR, *Curso de Contratos*, T. II, Buenos Aires, 1927, p. 25, N° 40; LLERENA, BALDOMERO, *Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, 1931, coment. al art. 1358, p. 60, I; BAIGORRI WALKER, CARLOS M., "División, liquidación y adjudicación de bienes gananciales por partición notarial", *La Ley* 1986-B, 787; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "Partición de gananciales: negocio jurídico único", *La Ley* 1986-E, 162 y sig.; BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 302, parágr. 228, b); BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil, Familia*, 10ª ed., cit., T. I, p. 346, N° 417; y *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, Buenos Aires, 1961, T. I, p. 30, N° 25, donde, sin embargo, afirma que la restricción le parece excesiva, debido a que, a su juicio, después que la separación de bienes ha ocurrido, no resulta razonable mantener la prohibición legal.

(27) Conf., entre muchos otros, ESCRIBANO, CARLOS, "Las hijuelas conyugales desaparejas", cit., *La Ley* 1989-B, 887, VII; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil, Familia*, cit., T. I, p. 346, N° 417; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 308, parágr. 273; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 33, b); BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 302, parágr. 228, b).

(28) Conf., BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil, Familia*, cit., T. I, ps. 353, N° 426; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 308, parágr. 273.

dominio, que de acuerdo a lo normado en el artículo 1184, inciso 1° del Código Civil, constituye un requisito ineludible para transmitir la propiedad del mismo.

En un fallo del año 1961, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió acertadamente una situación de esa naturaleza, al decidir que la transferencia del dominio del inmueble no era nula; afirmó el Tribunal al respecto que "dado el carácter consensual del contrato de compraventa, queda concluido desde que las partes manifestaron recíprocamente su consentimiento. La firma de la escritura pública, impuesta imperativamente por la ley, es sólo un requisito de forma vinculado con la prueba de la convención" (29).

Por nuestra parte, aunque como recién señalamos, concordamos con la solución a la que se arribó —puesto que encontrándose el vendedor obligado por el boleto de compraventa, debe cumplir dicha obligación, a lo cual no puede obstar la celebración del casamiento posterior al boleto y antes del otorgamiento de la escritura—, no concordamos con el fundamento, ya que la escritura pública constituye un requisito constitutivo del acto. Lo cual resulta de lo que dispone el artículo 1185 del Código Civil, que establece al respecto que los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada...

## 2. Donación

### *a) Las normas que prohíben la donación entre esposos*

El Código Civil prohíbe celebrar el contrato de donación entre los esposos, debiendo recordar al respecto que de acuerdo al inciso 1° del artículo 1807, *no pueden hacer donaciones: 1° Los esposos el uno al otro durante el matrimonio*, disponiendo a su

(29) *La Ley* 106-42, con nota aprobatoria en cuanto a la solución arribada, de RACCIATTI, HERNÁN, "Momento de la perfección del contrato de compraventa de bienes inmuebles celebrados por instrumento particular". Conf. con la solución, ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 656, parágr. 520; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 309, parágr. 274; BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 302, parágr. 228, b); SALERNO, MARCELO URBANO, "Contratos entre cónyuges", cit., p. 633, a).

vez el artículo 1820 que *las donaciones mutuas no son permitidas entre esposos*.

Asimismo y con la finalidad de evitar las donaciones indirectas de uno de los esposos al otro, el inciso 1º del artículo 1807 también prohíbe las donaciones por parte de uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación. Con relación a dicha norma, se ha resuelto que “al decretarse la nulidad de la donación de un cónyuge al hijo del otro en virtud de una de las hipótesis contempladas por el artículo 1807, inciso 1º, se respeta una prohibición legal (incapacidad de derecho que compromete el orden público) basada en que la ley presume que el donatario es un prestanombre y que el verdadero destinatario de la liberalidad es el cónyuge de su progenitor” (30).

Afirma Méndez Costa que la eficacia práctica de la prohibición dispuesta en el artículo 1807 queda reducida a la donación de inmuebles o de cosas muebles registrables (31). Es que, en la práctica, la prohibición de la donación entre esposos no es difícil de transgredir, en particular cuando la misma se produce sobre otros bienes que los inmuebles, o los muebles o derechos registrables.

Al analizar la norma citada, se ha dicho que la prohibición impuesta a los esposos en la norma recién citada suscita no pocas vacilaciones con respecto a la constitucionalidad de una medida de esas características, habiéndose recordado al respecto que en Italia dicha prohibición ha sido reputada como constitucionalmente ilegítima por la Corte Constitucional en un fallo del mes de junio de 1973 (32).

#### b) Las causas de la prohibición

Aparte de lo ya expresado al respecto, suele afirmarse que el motivo de la prohibición radica en la posibilidad —que se supone que existe— de que uno de los cónyuges utilice la influencia

(30) CNCivil, Sala A, E.D. 183-681. En otro caso se decretó la nulidad de la donación de uno de los esposos a una sociedad que integraba junto con su cónyuge, para luego la sociedad donarle el bien a este último (CCiv. y Com. de San Isidro, Sala II, La Ley 2003-B, 372).

(31) *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 19.

(32) RADZYMSKI, ALEJANDRO P., “Ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho Internacional Privado Argentino”, E.D. 156-895, nota 114.

que pudiera tener sobre el otro para enriquecerse a costa de este último (33) —se decía que, por lo general, a costa de la mujer, a la que se le atribuía una sujeción hacia el marido—, lo que en la actualidad resulta difícil de sostener, dado el cambio que se ha producido al respecto en las costumbres, gozando por otra parte desde hace ya tiempo ambos esposos de plena capacidad civil.

Mazzinghi afirma sobre el tema que las circunstancias del matrimonio han variado, por lo que actualmente el propósito tuitivo de la norma ha perdido un cierto interés, no obstante lo cual, la donación entre cónyuges no constituye un contrato que interese estimular (34).

#### c) La situación en los casos de separación personal y de divorcio

Al igual que lo más arriba expresado con respecto al caso de la compraventa, creemos que la prohibición se mantiene aun en el supuesto de que se hubiera dictado una sentencia firme de separación personal. Pero no, en cambio, si los cónyuges se hubieran divorciado, por cuanto en ese caso dejan de ser esposos, cosa que no ocurre en la separación personal. Carlos Escribano afirma, en cambio, que tanto en el caso de separación personal como en el de divorcio —aunque, aclara, con mayor razón en este último caso—, los esposos pueden celebrar el contrato de donación (35).

Se ha sostenido al respecto que cuando el artículo 1807 prohíbe en su inciso 1º hacer donaciones entre los esposos durante el matrimonio, debe ser entendido que ello es así durante la vigencia de la sociedad conyugal, por cuanto luego de disuelta, la prohibición carecería de fundamento (36); con lo cual no estamos de acuerdo, ya que de tal manera no sólo se estaría modificando lo que claramente expresa la norma citada, sino que, además, podría irse contra los fundamentos de la prohibición, en especial cuando la disolución de la sociedad se produjera por concurso o quiebra de uno de los cónyuges, o con motivo de la interdicción del mismo, supuestos en los cuales no tiene por qué haberse producido un distanciamiento afectivo entre los esposos.

(33) Véase al respecto, BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 300, parágr. 228, a).

(34) *Tratado de Derecho de Familia*, cit., T. 2, p. 343, parágr. 375, 3.

(35) “Las hijuelas conyugales desperejas”, cit., La Ley 1989-B, 889, IX.

(36) MAZZINGHI, JORGE A., *Tratado de Derecho de Familia*, cit., T. 2, ps. 343 y sig., parágr. 375, 3.

d) *Con respecto a la donación entre los esposos para después de la muerte*

Creemos que la donación entre los esposos para después de su muerte es válida, pues tal acto no se encuentra permitido con el alcance de un contrato, ya que como dispone el artículo 1790 del Código Civil, tal declaración de voluntad será nula como contrato, y valdrá sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos. De más está poner de relieve la diferencia entre ambos actos jurídicos, entre las cuales señalamos la unilateralidad del acto testamentario, el cual, además, es esencialmente revocable (37).

Cabe señalar que el supuesto aquí contemplado difiere del legislado en el inciso 4° del artículo 1217 del Código, por cuanto este último constituía, en el Código de Vélez, una de las convenciones prematrimoniales admitidas en el Código, que, como hemos recordado más arriba, actualmente se encuentra derogada.

e) *Con respecto a las liberalidades y a los regalos de costumbre*

Recordamos a todo evento que nuestro Código Civil no considera donaciones a las liberalidades que enumera el artículo 1791 (38), ni lo que el artículo 3480 llama regalos de costumbre, por lo que pueden practicarse entre los esposos (39). Afirma Perrino que la condición para que un regalo sea considerado como un presente de uso y, como consecuencia, se considere exceptuado de la prohibición establecida para las donaciones entre esposos, es que "su monto resulte módico en función de los ingresos

(37) Conf., MAZZINGHI, JORGE A., *Tratado de Derecho de Familia*, cit., T. 2, p. 344, parágr. 375, c).

(38) Esta norma dispone que no son donaciones: "...2° La renuncia de una hipoteca, o la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor esté insolvente; 3° El dejar de cumplir una condición al que esté subordinado un derecho eventual, aunque en la omisión se tenga la mira de beneficiar a alguno; 4° La omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella; 5° El dejar de interrumpir una prescripción para favorecer al propietario... 7° El servicio personal gratuito, por el cual el que lo hace acostumbra pedir un precio; 8° Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente; pero no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas".

(39) Conf., VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 309, parágr. 274; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J., *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., ps. 18 y sig.

del matrimonio, y tenga como finalidad la expresión del amor hacia el otro cónyuge y no procurar su enriquecimiento..." (40).

Mazzinghi señala acertadamente que ello deberá evaluarse sobre la base del contexto económico del matrimonio, pues lo que para unos puede ser un regalo de poca importancia, para otros puede constituir una donación significativa, debiendo la interpretación ser amplia y admitirse la validez de las donaciones que no traspongan el límite de habitualidad y razonabilidad que, en caso de discrepancia al respecto, deberá ser determinado por el juez. Dice asimismo dicho autor que el pago por uno de los esposos de deudas de su cónyuge, no debe ser considerado como una donación, afirmación con la que coincidimos (41).

### 3. Cesión de derechos y permuta

También se prohíbe celebrar entre los esposos el contrato de cesión de derechos, al cual, cuando *fuese cedido por un precio en dinero, o rematado, o dado en pago, o adjudicado en virtud de ejecución de una sentencia*, se le deben aplicar las normas del contrato de compraventa (art. 1435); y si la cesión fuese gratuita, se le aplican las disposiciones sobre la donación (art. 1437).

Además, el artículo 1441 del Código Civil establece que *no puede haber cesión de derechos entre aquellas personas que no pueden celebrar entre sí el contrato de compra y venta*. Tampoco pueden los cónyuges cederse entre sí derechos hereditarios, pues la capacidad que se requiere para celebrar un convenio de esa naturaleza es la misma que se exige para ceder un crédito (42).

Asimismo, no pueden los esposos celebrar entre sí el contrato de permuta, por cuanto de acuerdo a lo normado en el artículo 1490, *no pueden permutar, los que no pueden comprar y vender*; aparte de lo cual, en todo lo que no se haya determinado especialmente en el capítulo de la permutación, *ésta se rige por las disposiciones concernientes a la venta* (art. 1492).

### 4. Dación en pago

Uno de los esposos no puede hacer al otro una dación en pago, por cuanto ésta debe ser juzgada por las reglas de la cesión

(40) *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 862, a.2.

(41) *Tratado de Derecho de Familia*, cit., T. 2, p. 343, parágr. 375, b), 1.

(42) Conf., MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de Familia patrimonial*, cit., p. 19, 2); FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL Y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 41.

de derechos o de la compraventa, según que lo que se dé en pago fuese un crédito o una cosa, respectivamente (arts. 780 y 781), estando dichos actos prohibidos entre los cónyuges.

Afirma Mazzinghi que la prohibición de celebrar entre los esposos una dación en pago, rige únicamente durante la vigencia de la sociedad conyugal, pero no cuando se disuelve, circunstancia en que, a su juicio, dicho contrato puede ser celebrado entre los mismos, siendo en la práctica utilizado frecuentemente en los procesos de liquidación de la sociedad conyugal (43). Análogamente, Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda señalan que las restricciones establecidas con relación a la cesión, permuta, dación en pago, etc., ceden cuando luego de disuelta la sociedad conyugal, los cónyuges llegan a un acuerdo para su liquidación, pues dentro de ese marco —dicen— resultan admisibles los actos referidos (44).

### 5. Usufructo

Tampoco es posible constituir entre cónyuges el derecho real de usufructo por contrato oneroso o gratuito sobre cosas no fungibles, ya que de acuerdo al artículo 2831 del Código Civil, para constituir ese derecho real, se debe tener capacidad, y no la tiene quien no la tenga para vender (si el contrato es oneroso) o para donar (si el mismo es gratuito), y, como hemos visto, el esposo no puede vender ni donar bienes a su cónyuge (45).

Asimismo, la prohibición de celebrar el contrato de compraventa entre esposos, le impide a uno de ellos constituir a favor del otro un usufructo sobre bienes muebles o inmuebles, por contrato oneroso o disposición onerosa de última voluntad (art. 2836) (46).

### 6. Servidumbres

Recordamos asimismo que los esposos no pueden entre ellos establecer o adquirir servidumbres, pues la capacidad requerida a esos efectos es regida por las disposiciones esta-

(43) *Tratado de Derecho de Familia*, cit., T. 2, p. 347, parágr. 378. Conf., ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. 1, p. 671, parágr. 530.

(44) *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 41.

(45) Conf., MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 21, 5).

(46) BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 306, parágr. 230, f).

blecidas para establecer o adquirir el derecho de usufructo (art. 2979) (47).

### 7. Renta vitalicia

Como regla general, el contrato de renta vitalicia (48) no puede celebrarse entre los esposos, por cuanto, de ser oneroso, implicaría la transferencia de bienes entre ellos, lo que se encuentra prohibido; expresamente dispone el artículo 2073 en su segunda parte, que *tiene capacidad para constituir una renta vitalicia por venta que hiciere de cosas muebles o inmuebles, el que la tuviera para venderlas; y tiene capacidad para obligarse a pagarlas, el que la tuviere para comprar*.

Tampoco podría dicho contrato celebrarse entre los cónyuges aunque fuera gratuito, por cuanto de tal manera se estaría celebrando entre ellos una donación, que, como más arriba hemos visto, se encuentra expresamente prohibida (49).

Sin embargo, como excepción, el contrato de renta vitalicia oneroso entre esposos es posible cuando es practicado por medio de la entrega en mutuo de una suma de dinero, por cuanto en tal caso la capacidad requerida es la de hacer empréstitos, para lo cual se encuentran capacitados los cónyuges (art. 2073) (50). Por su parte, Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda entienden que el contrato de renta vitalicia sería válido si hubiera sido establecido como una forma de instrumentar la obligación asistencial y ali-

(47) Conf., BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 306, parágr. 230, f).

(48) De acuerdo a lo establecido en el art. 2070 del Código Civil, dicho contrato se constituye cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciable en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos individuos, designados en el contrato.

(49) Conf., MAZZINGHI, JORGE A., *Tratado de Derecho de Familia*, cit., T. 2, ps. 346 y sig., parágr. 377; ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. 1, p. 671, parágr. 529; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., T. I, p. 353, N° 424; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 19, 2); SALERNO, MARCELO URBANO, "Contratos entre cónyuges", cit., p. 631; PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 870, N° 644.

(50) Conf., BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 306, parágr. 230, h); VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 312, parágr. 275.

mentaria dispuesta por el artículo 198 del Código Civil (51); con lo cual concordamos, aunque siempre que el monto de la renta convenida fuera adecuado, en comparación a lo que razonablemente correspondería fijar judicialmente como monto de la cuota alimentaria, de acuerdo a las circunstancias del caso.

Por otra parte, cabe señalar que no habría inconveniente en que un tercero dé el precio a uno de los esposos, para que éste pague una renta a su cónyuge, por cuanto ese supuesto equivaldría a una donación de un tercero a uno de los esposos (52).

### 8. Fideicomiso

Tal como resulta del artículo 1º de la ley 24.441, habrá contrato de fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra persona (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

Dicho contrato será válido si uno de los cónyuges es fiduciante y el otro, fiduciario, pues el dominio de los bienes no se transmite al fiduciario en forma plena, sino temporaria, a lo que no obsta que el fiduciario pueda usar y gozar de las cosas transmitidas. También lo será, si uno de los esposos es fiduciario y el otro, beneficiario o fideicomisario, pues la cosa no le pertenece en propiedad al fiduciario.

Pero no será válido, en cambio, en el supuesto de que el fiduciante sea uno de los esposos, y el fiduciario deba transmitir en un determinado momento la propiedad de los bienes al cónyuge de aquél, pues en tal caso se produciría una transmisión de bienes por parte de uno de los cónyuges al otro, en clara violación a lo normado en los artículos 1218, 1219, 1437, y 1807 inciso 1º del Código (53). No obstante, Méndez Costa exceptúa de la prohibición el supuesto de que no existiera gratuidad, como ocurriría en el caso de que el contrato tuviera como finalidad cumplir con

(51) *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 42.

(52) BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 306, parágr. 230, h). Conf., VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 312, parágr. 275; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 30, 6).

(53) Conf., FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 46.

la obligación alimentaria o saldar una deuda emergente de responsabilidad civil (54), lo cual parece admisible, dentro de ciertos límites.

### III. EFECTOS DE LA CELEBRACIÓN ENTRE ESPOSOS DE CONTRATOS PROHIBIDOS

#### 1. Según el caso, el acto es de nulidad absoluta o relativa

De acuerdo a lo normado en el artículo 1044 del Código Civil, *son nulos los actos jurídicos... cuando fuese prohibido el objeto principal del acto*, no resultando de dicha norma si la nulidad allí establecida es de carácter absoluto o relativo.

Sabido es que la nulidad absoluta se produce cuando el vicio que afecta el acto hiere o destruye intereses públicos, mientras que si sólo están en juego los intereses particulares de las partes del acto, la nulidad es relativa, por lo que, a nuestro juicio, no es posible dar una solución única a este problema, debiendo en cada caso concreto el juez apreciar si está interesada en la invalidez una razón de orden público o si, por el contrario, sólo se ha pretendido proteger el interés de los particulares; de acuerdo a lo cual, resolverá que la nulidad es absoluta o relativa.

Mazzinghi afirma al respecto que la violación de la prohibición establecida de celebrar determinados contratos entre los esposos que pudiera alterar el sistema básico del régimen patrimonial del matrimonio que la ley estatuye, lleva a una nulidad absoluta, por cuanto, según señala, la misma está fundada en el interés público, siempre vigente en la organización de la familia, así como en el de los terceros, que podrían verse afectados por los contratos celebrados entre los cónyuges (55). A igual conclusión llega Méndez Costa, que entiende que las prohibiciones contractuales entre cónyuges son de orden público, siendo dicha cualidad, afirma, característica de las incapacidades de derecho, por lo que su violación comporta la sanción de nulidad absoluta del negocio prohibido (56).

(54) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 19, 2).

(55) *Derecho de Familia*, cit., parágr. 373, p. 341. Conf., BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 303, parágr. 228, e); SALERNO, MARCELO URBANO, *Contratos entre cónyuges*, cit., p. 640.

(56) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "Partición de gananciales: negocio jurídico único", cit., La Ley 1986-E, 158 y sig., 6). Conf., de la misma autora: *Código Civil comentado, Derecho de Familia patrimonial*, cit., p. 18, 2. a).

Por nuestra parte, antes de ahora hemos sostenido que la nulidad absoluta se produce cuando el vicio que afecta al acto, hiere o destruye intereses públicos —incluidos los de terceros ajenos al acto—, mientras que si sólo están en juego los intereses particulares de las partes del acto, la nulidad es relativa. Por lo que, a nuestro juicio, no es posible dar una solución única al interrogante del carácter de la nulidad de los actos practicados por personas a las que se prohíbe su realización, debiendo en cada caso concreto el juez apreciar si en la invalidez está involucrada una razón de orden público o los intereses generales, o si, por el contrario, sólo se encuentra afectado el interés de los particulares del acto cuya validez se cuestiona; de acuerdo a lo cual, deberá resolver el carácter absoluto o relativo de la nulidad (57).

En efecto, tal como hemos recordado en el último de los trabajos recién citados en nota, a diferencia del Esboco de Freitas y del Código Civil chileno, nuestro Código Civil no define cuáles son aquellos actos nulos o anulables en los cuales la sanción que corresponde es la nulidad absoluta, ni tampoco los enumera, habiendo afirmado al respecto Santos Cifuentes que “cuando el vicio que tiene el acto hiere o destruye intereses públicos la nulidad es absoluta; mientras que si están en juego sólo los intereses particulares de las partes del acto, la nulidad es relativa”. Dicho autor enumera como actos nulos de nulidad absoluta a “los de objeto prohibido u objeto inmoral (art. 953); la incapacidad de derecho cuando se ha establecido para resguardar una institución de la sociedad, como la honestidad del desempeño de la función pública. También la simulación o fraude presumidos por la ley si afectan intereses públicos. La falta de una formalidad absoluta o solemnidad exclusiva ordenada por la ley”. Y como actos anulables de nulidad absoluta enumera a los siguientes: “Actos solemnes en que el instrumento es anulable, por falsedad o por defectos. El acto de objeto prohibido, pero que hace necesario no sólo investigar para revelar el vicio, sino que el juez aprecie el calibre e importancia de la inmoralidad o contravención a las buenas costumbres”. Y más adelante sostiene que “las incapacidades de derecho pueden acarrear una nulidad absoluta o una nulidad relativa, según el interés implicado en la nulidad. Así, la compra prohibida al mandatario que se le

(57) Véase al respecto nuestro *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2010, T. III, ps. 72 y sig., N° 564; y nuestro trabajo “Alcance de la nulidad de los actos jurídicos practicados por personas a quienes se les prohíbe la realización del acto”, *La Ley*, diario del 19 de junio de 2008.

encargó vender, cuando es el mandante el vendedor, sólo atañe a intereses privados, pero la compra por un juez de lo que ha ordenado vender en un expediente de su juzgado, atañe al resguardo de la honestidad y corrección del desempeño judicial, y por ello la nulidad es absoluta” (58). En similar sentido, Borda afirma al respecto que no es posible dar una solución única a este problema, y agrega que “en cada caso concreto el juez apreciará si está interesada en la invalidez una razón de orden público o si, por el contrario, sólo se ha pretendido proteger el interés de los particulares; y según ello, resolverá que la nulidad es absoluta o relativa” (59).

Además de señalar que tanto con respecto a los actos nulos como a los anulables, la nulidad puede ser absoluta o relativa, también Aráuz Castex sostiene que la nulidad absoluta se funda “en razones de seguridad, moralidad o interés generales”. Lo cual lo lleva a afirmar, al enumerar los actos de nulidad absoluta, que los obrados con una incapacidad de derecho ostensible, son —según el caso— de nulidad absoluta o relativa (60). En igual sentido, Mosset Iturraspe entiende que en las incapacidades de derecho hay hipótesis de nulidad relativa, dependiendo de si está por medio un interés particular (61). Por su parte, Llambías considera que adolece de nulidad absoluta el acto contrario al orden público o a las buenas costumbres, mientras que si el acto nulo o anulable no los afecta, sólo es pasible de nulidad relativa (62).

Siguiendo iguales pautas, Julio César Rivera afirma que la nulidad será absoluta o relativa “por el sentido y gravedad del defecto y, en consecuencia, por el interés afectado con el acto alcanzado con la sanción de nulidad”, consistente, según sostiene dicho autor, en un “interés general”. Agrega Rivera que los actos inválidos de nulidad absoluta no son necesariamente los que

(58) CIFUENTES, SANTOS, *Elementos de Derecho Civil*, 3ª edición, Buenos Aires, 1992, 397 y sigs. Conf., LLOVERAS DE RESK, MARÍA EMILIA, en *Código Civil comentado*, dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, T. 2-C, Buenos Aires, 1999, coment al art. 1043, p. 323.

(59) BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 7ª edición, Buenos Aires, 1970, T. II, p. 417.

(60) ARÁUZ CASTEX, MANUEL, *Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, 1965, T. II, p. 419, N° 1734 y sig., y p. 420, N° 1736.

(61) MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos*, Buenos Aires, 1978, ps. 174 y sig.

(62) LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, 1964, T. II, p. 594, N° 1996, 1º. Conf., voto del Dr. Cichero, en CNCiv., Sala D, La Ley 116-568.

entran en conflicto con el orden público, por cuanto hay normas de orden público, como las que se refieren a la capacidad, que cuando son violadas dan lugar a nulidades relativas; y que el interés general que debe ser afectado para que se pueda hablar de nulidad absoluta, es el que "se vincula con la tutela del interés colectivo, el orden económico social, en el que está interesada la comunidad toda". Dice también que "el tipo de ley que rige el caso no basta para calificar la nulidad. Sólo el examen del fundamento y fin de una disposición legal determinada, permite afirmar si está afectada de nulidad absoluta o relativa el acto que la infringe" (63). Sostiene asimismo dicho autor con relación al carácter de la nulidad de los actos realizados por los incapaces de derecho a que se refiere el art. 1043 del Código Civil, que "no es posible afirmar, de antemano, si en estos casos corresponde una nulidad absoluta o relativa. Será menester investigar previamente, si es un interés general o particular el que inspira la incapacidad impuesta por la ley. Por regla general, serán nulidades absolutas, pues esas prohibiciones o incapacidades tienen la finalidad de principio de prohibir actos inmorales" (64). Como se advierte, también de lo expresado por Rivera resulta que no por realizar una persona un acto que la ley le prohíbe practicar, la nulidad del mismo es absoluta, por cuanto no necesariamente existirá en tal caso un interés general involucrado.

López Olaciregui refuerza lo dicho, al afirmar, con cita de Planiol, que en la determinación de los supuestos en los cuales debe decidirse si existe una nulidad relativa o absoluta, no pueden darse fórmulas generales; y al igual que Rivera, agrega que "sólo el examen del fundamento y fin de una disposición legal determinada permite afirmar si está afectado de nulidad absoluta o relativa el acto que la infringe". Afirma además dicho autor que "la idea de que la ley de orden público da lugar a nulidades absolutas requiere afinamiento. Aplicándola en forma rígida se incurriría en errores", debiendo la noción de orden público ajustarse al tiempo de cada situación jurídica. Sostiene, por último, que aun ciertas nulidades de orden público son confirmables, y que la calificación de absoluta corresponde al tiempo en que la nulidad se juzga: es de orden público si resulta intolerable o injusto que subsista la situación creada por el acto otorgado con vicio. Se deben considerar en ese momento proyecciones futuras y

(63) RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1993, T. II, ps. 963 y sigs.

(64) Ob. y T. cit., p. 979.

antecedentes pasados. No se trata simplemente de castigar, sino de asegurar la justicia contractual (65).

De lo expresado resulta claramente que aun cuando el acto de que se trate consistiera, por ejemplo, en una donación entre cónyuges, podría no llegar a ser nulo de nulidad absoluta, sino relativa, si el mismo no hiriera o destruyera intereses públicos, sino, en todo caso, sólo los de una de las partes involucradas en el acto (66). Y a nuestro juicio, no necesariamente una donación de ese tipo afecta los intereses generales de la comunidad, sino muchas veces únicamente un interés particular, tan es así que tanto el Proyecto de Código Civil del año 1993 (redactado por la Comisión designada por Decreto N° 468/92), como el de 1998, no prohíben la donación entre esposos, conforme resulta de los artículos 1010 al 1012 del primero de ellos, y 1421 y siguientes del Proyecto de 1998. Ello es también así en los códigos modernos, como, entre otros, en el alemán, el español y el francés, luego de las reformas practicadas en los mismos, que en un comienzo prohibían ese acto.

(65) LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ MARÍA, en *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, de SALVAT, RAYMUNDO M., Buenos Aires, 1964, T. II, ps. 756 y sig.

(66) Cabe señalar que el inciso 1° del art. 1807 del Código ha sido instituido en interés del donante, para proteger su patrimonio, y en todo caso, para evitar la violación del régimen patrimonial del matrimonio, que no necesariamente tiene por qué haber sido quebrantado con la realización de una donación como la que el artículo prohíbe. Por otra parte, quizás no esté de más señalar la amplitud que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria han reconocido a los cónyuges separados judicialmente —que siguen siendo marido y mujer—, para convenir sobre la división de los bienes conyugales, e inclusive para percibir una porción de esos bienes, mucho menor que la que hubiera legalmente correspondido (Conf., MAZZINGHI, JORGE A., *Derecho de Familia*, cit., T. 2, parágr. 430, p. 590; PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, cit., T. I, ps. 911 y sig., N° 663; MINYERSKY DE MENASSÉ, NELLY, "Convenios de liquidación de la sociedad conyugal", en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, T. I, Buenos Aires, 1991, ps. 689 y sig., N° 5; AZPIRI, JORGE O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., ps. 281 y sig.; CNCiv., Sala A, La Ley 1987-C, 307; ídem íd., La Ley 1995-D, 712, con nota de GOGGI, CARLOS H., "Indivisión y modificación de un acuerdo de liquidación de la sociedad conyugal"; ídem, Sala C, E.D. 106-495; ídem íd., E.D. 85-539; ídem, Sala D, E.D. 102-276; ídem, Sala H, E.D. 166-515). Por otra parte, en el análisis no queremos omitir recordar que un renombrado autor como Fernando J. López de Zavalía afirma que, en realidad, no puede sostenerse que la prohibición de la donación entre esposos constituya una incapacidad de derecho, habiendo señalado al respecto que en ese caso no se puede hablar de incapacidad, sino de incompatibilidad (LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J., *Teoría de los Contratos*, 3ª edición, Buenos Aires, 2000, T. 2, p. 570).

Creemos, por lo hasta aquí dicho, que no todos los actos practicados por personas a las que se prohíbe su realización, son nulos de nulidad absoluta. Una interpretación razonable de la ley exige que se considere si en el caso a resolver se dan o no las circunstancias en virtud de las cuales deba decretarse la nulidad absoluta de un determinado acto, e inclusive, si se da el fundamento en virtud del cual se sancionó la prohibición que resulta de la norma. Lo cual ha llevado a Llambías a afirmar que “el codificador, haciendo un llamado a la sabiduría de los tribunales, ha querido confiar a éstos la responsabilidad de la decisión” de cuándo corresponde la sanción más rigurosa (nulidad absoluta) o la más benigna (nulidad relativa), no habiendo dicho autor enumerado entre los actos que considera de nulidad absoluta, a los realizados con incapacidad de derecho, y expresamente afirma que “no es posible predecir si a ellos corresponde una nulidad absoluta o relativa. Es menester descubrir previamente si es un interés público o privado el que resguarda la sanción de nulidad” (67).

#### IV. CONTRATOS PERMITIDOS

Varios son los contratos que los esposos pueden celebrar entre sí, pudiendo afirmarse que el principio general en esta materia consiste en que, salvo los que están expresa o implícitamente prohibidos, o que sean incompatibles con la relación que resulta del matrimonio —como el contrato de trabajo—, los restantes contratos pueden ser celebrados entre los cónyuges.

##### 1. Mandato

Más arriba recordamos que los esposos pueden celebrar entre sí el contrato de mandato, el cual, según sostiene Méndez Costa, “exterioriza y fortalece la confianza que debe reinar entre los consortes y es de indiscutible utilidad práctica” (68).

Dispone al respecto el tercer párrafo del artículo 1276 del Código Civil, que uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le esté reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas. La norma

(67) Ob. y T. cit., ps. 596 y sig. Conf., *Código Civil comentado*, de LLAMBÍAS, JORGE J., Buenos Aires, 1979, T. II-B, comentario al art. 1047, p. 230; CNCiv., Sala D, La Ley 116-568.

(68) MÉNDEZ COSTA, MARÍA J., “Mandato entre cónyuges”, J.A. 1971, Secc. Doctr., p. 311.

es amplia, pudiendo el mandato ser conferido no sólo para actos de administración y disposición, sino también para la realización de otros actos en general, como podría ser, entre otros, la representación en juicio. Además, el mismo puede ser otorgado en forma expresa o tácita (69).

Si bien resultan aplicables entre los cónyuges las normas del mandato, en el supuesto contemplado en la norma recién transcrita se ha eliminado, tal como resulta de la misma, la obligación de rendir cuentas, que requieren los artículos 1909 y 1910 del Código con relación al mandatario, lo que se ha dispuesto teniendo en cuenta la especial relación de confianza existente entre los esposos, que hace inconveniente que uno de ellos se encuentre obligado a rendir cuentas al otro. Aunque como más adelante se verá, dicha eximición ha sido admitida únicamente con respecto a los actos de administración, pero no a los de disposición.

Señalamos, por último, que ya en el Código de Vélez se había permitido la celebración entre los esposos del contrato de mandato, tal como resulta de los artículos 189 y 1281 del Código Civil, que actualmente han sido, el primero de ellos, derogado, y el otro, perdido su vigencia.

##### 2. Fianza

Al no existir una prohibición expresa, ni tampoco una razón plausible para prohibir el contrato de fianza, estimamos que uno de los esposos puede constituirse en fiador de obligaciones asumidas por el otro. Lo que es así, dice Borda, porque el contrato de fianza se concierta entre el fiador y el tercero acreedor (70).

Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, por su parte, señalan la posibilidad —aunque lo consideran un caso poco usual— de que uno de los esposos sea fiador de las obligaciones asumidas por un tercero a favor del otro cónyuge (71). Con lo cual no estamos

(69) Conf., entre otros, PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 871, N° 645, a).

(70) BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., T. I, p. 353, N° 425. Conf., VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 312, parágr. 275; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 30, 7); BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., ps. 305 y sig., parágr. 230, e); PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 871, N° 645, b).

(71) *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 38. Conf., ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 672, parágr. 531, b); BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 306, parágr. 230, e).

de acuerdo, por cuanto si uno de los esposos garantizara a favor de su cónyuge el cumplimiento de las obligaciones asumidas hacia el mismo por un tercero, se estaría configurando un contrato gratuito entre esposos, lo que se encuentra prohibido (72).

### 3. Mutuo y usufructo sobre cosas fungibles

Tampoco existe prohibición legal alguna de convenir entre los esposos un contrato de mutuo, por lo que podrían celebrarlo, aunque creemos que no resulta una situación que pueda ser considerada precisamente como ideal, dado la posibilidad de incumplimiento de devolver el dinero prestado por parte del mutuario, y la consiguiente acción judicial de reclamo.

En apoyo de la posibilidad de celebrar este contrato, Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda señalan que "no se trata de una modificación patrimonial ni una liquidación parcial de la sociedad conyugal" (73), habiendo afirmado Belluscio al respecto la razonabilidad de que el cónyuge en dificultades económicas sea ayudado por un préstamo del otro, en lugar de tener que acudir a un tercero (74). Méndez Costa, por su parte, fundamenta la admisibilidad de la celebración de este contrato entre esposos en la inexistencia de prohibición al respecto, además de que, según afirma dicha autora, más allá del deber alimentario, el mismo armoniza con las especiales relaciones entre los cónyuges, y no es incompatible con la libre administración y disposición de que goza el esposo propietario con relación al dinero propio y ganancial, según resulta del artículo 1276 del Código (75).

A *contrario sensu* de lo dispuesto por el artículo 2832 del Código Civil, quienes tienen capacidad para constituir un mutuo, también la tienen para constituir un usufructo sobre cosa fungible, por contrato ya sea oneroso o gratuito. En consecuencia, un

(72) Conf., BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., T. I, p. 353, N° 425; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J., *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 19, 2); PERRINO, JORGE O., *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 871, N° 645, b).

(73) *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 38. Conf., ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 672, parágr. 531, c); VIDAL TAQUINI, *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 312, parágr. 275; SALERNO, MARCELO URBANO, "Contratos entre cónyuges", cit., p. 638, N° 17.

(74) *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 305, parágr. 230, d). Conf., PERRINO, JORGE O., *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 871, N° 645, c).

(75) *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 30, 4).

esposo puede constituir usufructo a favor del otro, pero siempre que sea sobre cosas fungibles, como resulta de dicha norma, debiendo recordar que, como antes hemos señalado, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 2831 y 2836, el usufructo entre cónyuges no puede ser constituido por contrato oneroso sobre cosas no fungibles, o por contrato oneroso o disposición onerosa de última voluntad sobre bienes muebles o inmuebles.

### 4. Contratos de depósito y comodato

Al no encontrarse prohibidos ni existir una transferencia de la propiedad de uno de los esposos al otro —lo que hace que no se altere el régimen patrimonial entre los cónyuges—, estos pueden constituir entre ellos tanto el contrato de depósito, como el de comodato (76).

Perrino coincide con ello, aunque agrega que el contrato de comodato carece en la práctica de sentido, puesto que el uso y goce de los bienes gananciales forma parte de las cargas del matrimonio (77).

### 5. Locación de obra

En el contrato de locación de obra no se da el supuesto de subordinación que existe en la locación de servicios, que constituye quizás el principal argumento que lleva a concluir en la prohibición de la celebración entre esposos de este último contrato.

Señala Méndez Costa que esa inexistencia de subordinación resulta del hecho de que tanto la dirección como la realización de la obra son asumidas por el locatario, circunstancia que, junto con la presunción *iuris tantum* de beneficiar a la persona a la que se presta el servicio, llevar a dicha autora a admitir, "en una razonable ampliación interpretativa del artículo 1628 apoyada en el deber de asistencia conyugal", la posibilidad de la celebración entre cónyuges del contrato de locación de obra (78).

(76) Conf., ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 673, parágr. 531, d) y e); VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 312, parágr. 275; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 30, 5); FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL Y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., ps. 38 y sig.; SALERNO, MARCELO URBANO, "Contratos entre cónyuges", cit., p. 638, N° 17.

(77) *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 872, d) y e).

(78) *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 26, 8).

No obstante, sostiene Salerno que en la única hipótesis en que el contrato de locación de obra no se encuentra permitido entre los esposos, es en el supuesto contemplado en el artículo 1629 del Código Civil, en el cual el empresario pone los materiales, lo que es así, afirma, debido a que entonces media un acto traslativo de la propiedad de esos materiales (79).

## 6. Constitución de hipoteca, de prenda y de anticresis

De acuerdo a lo normado en el artículo 1259 del Código Civil, el marido puede constituir una hipoteca a favor de su esposa, en garantía del pago de una deuda hacia la misma.

Lo cual lleva a admitir la constitución de una prenda y también de anticresis, pues no sólo la situación es similar, sino que, además, no existe una norma que lo prohíba (80).

## 7. Sociedades comerciales

### a) Introducción

Hasta la vigencia de la ley 19.550, de sociedades comerciales, constituía una cuestión controvertida la posibilidad de celebrar entre los cónyuges sociedades comerciales, habiéndose dictado sentencias tanto en uno como en otro sentido. Recordamos un fallo del año 1957 de la Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata, Sala I, que resolvió que "los esposos pueden formar sociedad entre ellos porque la prohibición de los artículos 1217 a 1219 del Código Civil se refiere sólo a convenciones matrimoniales; porque la mujer casada es plenamente capaz; porque la ley no trae —como ocurre con la compraventa, donación, cesión, etc.— prohibición expresa; y porque todo lo vinculado a incapacidad es de derecho estricto" (81).

(79) SALERNO, MARCELO URBANO, "Contratos entre cónyuges", cit., p. 637, N° 14.

(80) Conf., MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 30, 8); BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 306, parágr. 230, f); VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 312, parágr. 275.

(81) Cit. por MAZZINGHI, JORGE A., *Tratado de Derecho de Familia*, cit., T. 2, p. 350, parágr. 381, a), nota 30. En esa misma nota dicho autor cita un fallo en contra del año 1953 del mismo Tribunal (no especifica la Sala), en el sentido de que "los cónyuges no pueden formar entre sí, y con mayor razón si intervienen extraños, una sociedad colectiva".

Como fundamentos de la prohibición, en cambio, se sostenía que las sociedades entre esposos facilitarían el fraude entre ellos, además de que posibilitarían burlar la prohibición legal de efectuar donaciones entre los cónyuges, y los terceros verían así mermar su garantía, formada por el patrimonio de su deudor, conforme resulta del artículo 5º de la ley 11.357.

### b) La norma legal actualmente vigente y su fundamento

En el año 1972 se sancionó la precitada ley 19.550, que aclaró en gran parte el panorama, al establecer en la primera parte de su artículo 27 que *los esposos pueden celebrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada*.

La idea de restringir la posibilidad de celebrar entre los cónyuges únicamente ese tipo de sociedades comerciales, radica en el hecho de que la responsabilidad de los socios se encuentra limitada. De la norma parcialmente transcrita resulta que los cónyuges pueden integrar en forma conjunta sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones, aunque no, en cambio y como más adelante veremos, ser socios comanditados en la misma sociedad, por cuanto de tal manera ambos serían responsables subsidiariamente, en forma ilimitada y solidaria, por las obligaciones sociales, que es lo que se ha querido evitar.

Como se advierte, se trata, fundamentalmente, de evitar que al integrar sociedades de responsabilidad ilimitada y solidaria, uno de los cónyuges deba responder con dicho alcance por las deudas sociales que el otro esposo haya contraído, lo que puede alterar las responsabilidades en el matrimonio, que resulta de lo dispuesto en los artículos 5º y 6º de la ley 11.357 (82); lo cual no ocurre cuando uno de los esposos integra con terceros una sociedad de responsabilidad ilimitada, por cuanto las deudas de dicho cónyuge no pueden ser ejecutadas sobre los bienes de los que es titular el otro esposo.

(82) Véase al respecto, entre otros, MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 21, 8); FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL Y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 39; AZPIRI, JORGE, "La sociedad de familia y la empresa familiar", en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 13, año 1998, ps. 154 y sig., II. Para un exhaustivo desarrollo del tema remitimos a lo expresado al respecto por ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. 1, ps. 664 y sigs., parágr. 525; CAPPARELLI, JULIO CÉSAR, "Sociedades entre cónyuges", cit., E.D. 212-952.

A su vez, en la segunda parte del citado artículo 27 se limita la posibilidad por parte de los esposos de celebrar entre ellos otras sociedades comerciales distintas a las que resultan de la primera parte de dicha norma, al disponer que cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo (83), la sociedad deberá transformarse en el plazo de seis meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte al otro esposo o a un tercero en el mismo plazo. Como se advierte, de una interpretación a contrario sensu del artículo transcrito, resulta la prohibición de constituir otro tipo de sociedades entre esposos que las expresamente permitidas, lo que se ve reforzado por la obligación que la norma impone —en el supuesto que contempla— de transformar una sociedad de distinto tipo que las expresamente permitidas, en otra ya sea por acciones o de responsabilidad limitada.

Por otra parte, una interpretación racional de la norma en análisis lleva a la conclusión de que la prohibición de constituir otras sociedades que las permitidas no se limita a las constituidas únicamente entre ambos esposos, sino que también comprende a las sociedades en las que, además, haya otros socios. Aparte de lo cual, la prohibición que resulta de la mencionada norma abarca no sólo el supuesto de que los cónyuges constituyan una sociedad de las no permitidas, sino también el caso de que uno de ellos ingrese como socio a una de dichas sociedades, en la que el otro esposo ya sea socio (84).

### c) El caso de las sociedades en comandita por acciones

Un caso especial lo constituye el de la sociedad en comandita por acciones, en la cual los socios comanditados responden por las obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva —es decir, en forma ilimitada y solidaria—, mientras que los socios comanditarios limitan su responsabilidad al capital que suscriben (art. 315, ley 19.550). Por lo cual, entendemos que no habría inconveniente en que los esposos sean socios de una sociedad de esa especie, pero siempre que uno de ellos sea comanditado y el otro comanditario (85), o que los dos la integren como

(83) Estrictamente, no se es socio del otro cónyuge, como resulta de la norma, sino de la sociedad.

(84) Conf., MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., "Sociedades entre cónyuges: análisis de cuestiones no resueltas", cit., E.D. 206-1040 y sig., V y VI.

(85) Conf., VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 314, parágr. 275; MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., "Sociedades entre cónyuges:

comanditarios (86). Pero no ambos como comanditados, puesto que de esa manera cada uno de ellos debería responder en forma ilimitada y solidaria por las deudas que contrajera el otro en nombre de la sociedad, que es lo que, de acuerdo al precitado artículo 27 de la ley 19.550, se quiere evitar (87).

Recordamos al respecto una sentencia del 27 de marzo de 1973 de la Sala II de la Cámara 1ª Civil y Comercial de San Isidro, que resolvió la validez de una sociedad en comandita por acciones en la cual dos maridos revestían el carácter de socios solidarios, mientras que sus esposas eran socias comanditarias, habiéndose decidido en tal sentido debido a que, según se señaló, no existe una prohibición legal expresa, no hay violación de los bienes preservados en el art. 953 del Código Civil, no se afecta la comunidad conyugal, ni se crea la posibilidad de alterar la normal convivencia de los esposos (88).

Mazzinghi coincide con esa interpretación, debiendo no obstante preverse, agrega, la posibilidad de que el esposo socio comanditario se inmiscuyera en la administración de la sociedad, pues en ese supuesto su responsabilidad se transformaría en ilimitada y solidaria, conforme establece el artículo 137 para las sociedades en comandita simple, aplicable a las en comandita por acciones, de acuerdo a lo que resulta del artículo 324 de la ley 19.550 (89).

En una posición distinta, Perrino considera que los esposos no pueden integrar una sociedad en comandita por acciones, uno como socio comanditario, y el otro, como comanditado,

análisis de cuestiones no resueltas", cit., E.D. 206-1039, IV.2. Contra, ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. 1, p. 668, parágr. 526, quien afirma que ante lo preceptuado en el art. 27 de la ley 19.550, no se puede sostener la interpretación expresada en el texto.

(86) Conf., BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 308, parágr. 231; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 314, parágr. 275; MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., "Sociedades entre cónyuges: análisis de cuestiones no resueltas", cit., E.D. 206-1039, IV.2.

(87) Conf., MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 24, 4).

(88) La Ley 151-275, con nota aprobatoria de AZPIRI, JORGE OSVALDO, "La sociedad en comandita por acciones constituida por cónyuges", en la cual afirma, entre otras cuestiones, que "se encuentran viciadas de nulidad por afectar normas de orden público las sociedades en comandita por acciones en las que los esposos intervengan como socios solidarios".

(89) *Tratado de Derecho de Familia*, cit., T. 2, ps. 352 y sig., 381, d).

dado que ello concurre, dice, "en disfavor del régimen patrimonial del matrimonio porque puede generar severas discrepancias en cuanto violaría la inmutabilidad del patrimonio de la sociedad conyugal y atentaría contra la expectativa de uno de los cónyuges a los gananciales que administra y dispone el otro, cuya distribución se hará al momento de la disolución de la sociedad conyugal" (90).

*d) La sociedad en comandita simple y la de capital e industria*

Mediante una interpretación exegética del artículo 27 de la ley 19.550, Mazzinghi (91) incluye en la prohibición tanto a la posibilidad de ser uno de los cónyuges socio comanditario en una sociedad en comandita simple en la que el otro esposo también sea socio (92), como también ser socio industrial con su cónyuge en una sociedad de capital e industria, no obstante que en dichas sociedades tanto el socio comanditario como el socio industrial no responden en forma ilimitada por las deudas sociales, conforme resulta de los artículos 134 y 141 de dicha ley (93).

*e) La sociedad accidental o en participación*

María Josefa Méndez Costa considera que los esposos pueden válidamente ser socios de una sociedad accidental o en participación, lo que fundamenta en la afirmación de que el socio gestor es el único que asume obligaciones hacia terceros. Pero esa validez, agrega, se encuentra sujeta a que dicho socio no haga conocer los nombres de sus consocios con el consentimiento de éstos, por cuanto de otra manera, los mismos quedarían obligados en forma ilimitada y solidaria hacia terceros (arts. 362 y 363, ley 19.550) (94).

*f) La violación de la prohibición establecida*

La pena establecida en el primer párrafo del artículo 29 de la ley 19.550 por la violación de la prohibición que resulta de la segunda parte del artículo 27, consiste en la nulidad de la socie-

(90) *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 868.

(91) *Tratado de Derecho de Familia*, cit., T. 2, p. 351, parágr. 381, c).

(92) Conf., CAPPARELLI, JULIO CÉSAR, "Sociedades entre cónyuges", cit., E.D. 212-952, a).

(93) Conf., PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, cit., T. I, ps. 868 y sig., b).

(94) *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 25, 6).

dad (95), lo cual, además de poder afectar los intereses de terceros también socios, se contradice con el contenido del artículo 16 de dicha ley, que dispone que la nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, salvo que la participación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias.

Molina Sandoval afirma que la nulidad dispuesta en el artículo 29 de la ley de sociedades —que critica— es de carácter absoluto, pues contraría una norma proyectada en el interés general y de orden público matrimonial, no obstante lo cual, aclara que dicha norma debe armonizarse con el recién transcrito artículo 16 y con el sistema societario (art. 100 de la Ley de sociedades), por lo cual la sociedad no siempre será nula, sino que sólo el vínculo de los socios estará viciado. Debe distinguirse —agrega— el caso de que la sociedad esté formada únicamente por los esposos, en que la incapacidad jurídica de uno de ellos hará anulable el contrato, de aquel en el cual la sociedad tuviera más socios, supuesto en el que la sociedad sólo será anulable cuando afecte la voluntad de los socios a los que pertenezca la mayoría de capital, o cuando la prestación deba considerarse esencial. En caso contrario, dice, la nulidad que afecte el vínculo no producirá la nulidad del contrato de sociedad, sino sólo el vínculo de los esposos con la sociedad, imponiéndose en ese caso la nulidad parcial del contrato (96).

A nuestro juicio, no se advierte el sentido de la sanción de nulidad de la sociedad, establecida en el artículo 29 de la ley de sociedades, que como bien sostiene Zannoni, no guarda proporción con los medios de que se disponen para la preservación de la finalidad que se busca y a la que más arriba nos hemos referido, además de que la sanción establecida no logra, en definitiva, salvaguardar el régimen patrimonial del matrimonio, ya que, de todas maneras, de acuerdo al artículo 23 de la ley 19.550, los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales (naturalmente, para el

(95) En la Exposición de Motivos de la que finalmente se sancionó como ley 19.550, se aclara que lo dispuesto en los arts. 27 y 29 sólo tiene aplicación en el ámbito de las sociedades comerciales, y no en las sociedades civiles.

(96) MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., "Sociedades entre cónyuges: análisis de cuestiones no resueltas", cit., E.D. 206-1042, X. Conf., CAPPARELLI, JULIO CÉSAR, "Sociedades entre cónyuges", cit., E.D. 212-957 y sig.

pasado) (97). Además, la nulidad de la sociedad llevaría a que la misma pasara a convertirse en una sociedad irregular, lo que acarrearía la responsabilidad ilimitada y solidaria de los esposos, que es precisamente lo que se pretende evitar (98). Lo lógico en todo caso hubiera sido la declaración de nulidad del vínculo en virtud del cual ambos esposos integran una sociedad en la cual son ilimitadamente responsables por los negocios sociales, pero no, en cambio, como resulta del artículo 29, la nulidad de la sociedad.

Por otra parte, la posibilidad que otorga el artículo 27 de la ley 19.550 para evitar la nulidad, puede dar lugar a un conflicto, por cuanto tanto la transformación de la sociedad (art. 77 inciso 1º), como la cesión de la parte de uno de los esposos (esto último para la sociedad colectiva, aplicable a la sociedad en comandita simple: arts. 131 y 139) requieren el acuerdo unánime de los socios, lo que puede dificultar esos actos, lo cual llevaría a tener que disolver la sociedad, o a la exclusión de uno de los socios (99).

## V. CONTRATOS CONTROVERTIDOS

Existen varios contratos con respecto a los cuales la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre si los mismos pueden o no ser celebrados entre los esposos. A ellos nos referiremos seguidamente.

### 1. Locación de cosas

Está controvertida la cuestión relativa a si el contrato de locación de cosas puede ser celebrado entre cónyuges.

#### a) Doctrina negatoria

La doctrina que niega esa posibilidad, se fundamenta en lo normado por el artículo 1494 del Código Civil, que en su segunda parte establece que todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compraventa, es aplicable al contrato de locación. Se ha interpretado que la aplicación a la locación de cosas de disposiciones de la compraventa

(97) *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. I, ps. 670 y sig., parágr. 528.

(98) Conf., PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 870, N° 643.

(99) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 22. Véase asimismo al respecto, MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., "Sociedades entre cónyuges: análisis de cuestiones no resueltas", cit., E.D. 206-1041 y sig.

—que, como hemos visto, se halla prohibida entre los esposos—, lleva a igual conclusión en cuanto a la celebración de aquel contrato (100). Aparte de que —también se ha dicho— permitir la locación entre los cónyuges constituiría una fuente de conflictos entre los mismos, no alcanzando este último argumento a convencer, puesto que, llevándolo a un extremo, debería concluirse en la prohibición de la celebración de cualquier otro contrato oneroso entre los esposos, aún los que se encuentran permitidos.

Se ha sostenido asimismo que permitir la locación entre los esposos podría llevar a simular una locación entre ambos en perjuicio de terceros, como podría ocurrir en el supuesto de que uno de los esposos hubiera celebrado un mutuo como prestatario, garantizado con una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad que luego alquila simuladamente a su cónyuge por un largo período de tiempo, disminuyendo de tal manera el valor de la garantía. A lo cual se puede replicar que ese tipo de actos pueden ser perfectamente evitados mediante la inserción de una cláusula en el contrato de hipoteca que prohíba la locación, habiéndose resuelto en numerosas oportunidades la nulidad de una locación constituida a pesar de una prohibición de ese tipo (101).

#### b) Doctrina que admite la posibilidad de celebrar el contrato de locación de cosas

Otra parte de la doctrina, con la que concordamos, entiende que al no constituir el contrato de locación de cosas un acto de disposición de bienes, sino de administración, el mismo no les está prohibido a los esposos, además de que las incapacidades de derecho deben ser interpretadas en forma restrictiva, no habiendo por otra parte el artículo 1494 —que establece la aplicación subsidiaria de normas de la compraventa— aludido a la capacidad, regida por los artículos 1510 a 1513, sino a otras cuestiones (102).

(100) CNPaz, La Ley 92-31. Conf., BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., T. I, p. 347, N° 418.

(101) CNCivil, Sala C, E.D. 22-569; S.C.B.A., La Ley 133-691. Conf., PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 865.

(102) Conf., entre otros, BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., ps. 304 y sig., parágr. 230, b); SALERNO, MARCELO URBANO, "Contratos entre cónyuges", cit., p. 636, N° 13; PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 865, quien además señala que entre las razones de la prohibición de los contratos entre cónyuges se encuentra el de enriquecimiento de un esposo a costa

Afirma Mazzinghi al respecto que decidir si la capacidad de derecho es uno de los requisitos esenciales a los que alude el artículo 1494 del Código, constituye un problema interpretativo que dicho autor resuelve por la negativa, por ser la índole de la locación distinta tanto a la compraventa, como a la permuta y a la cesión de créditos, ya que, en principio, se trata de un acto de administración, y no de disposición —como, en cambio y por lo general lo es la compraventa—, por lo que su celebración no altera la composición ni el volumen del patrimonio de las partes, ni entra en conflicto con el régimen de bienes del matrimonio (103).

Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda ponen de relieve sobre el tema que el artículo 211 del Código Civil (reformado por la ley 23.515), establece un supuesto de locación compulsiva entre esposos —de lo cual resultaría la validez de un contrato de ese tipo celebrado entre ellos— (104), con lo cual concuerdan Lagomarsino y Uriarte, en razón de la afectación ineludible establecida por dicha norma, en el supuesto de darse los extremos allí requeridos (105). Ival Rocca sostiene, a su vez, que en forma subsidiaria y en todo lo que no resulte del artículo 211, a la situación contemplada por ese artículo le deben ser aplicadas las normas del contrato de locación (106).

*c) Crítica con respecto a la caracterización como locación del supuesto contemplado en el artículo 211 del Código Civil*

Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con la caracterización como locación de la ocupación del inmueble con fundamento en el artículo 211 del Código, con respecto a lo cual cabe señalar

del otro, lo que no ocurre en el contrato de locación de cosas. Conf., asimismo, ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. 1, ps. 656 y sigs., parágr. 521, autor que afirma con relación a la doctrina negatoria, que quienes piensan que el contrato de locación no se puede celebrar entre cónyuges, parten de la idea —implícita— de que al vedar el art. 1358 el contrato de compraventa entre los esposos, por extensión prohíbe todo contrato oneroso entre ellos.

(103) *Tratado de Derecho de Familia*, cit., T. 2, ps. 348 y sig., parágr. 380.

(104) *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 44.

(105) LAGOMARSINO, CARLOS A. R. - URIARTE, JORGE A., Separación Personal y Divorcio, Buenos Aires, 1991, p. 464, N° 267. Conf., FANZOLATO, EDUARDO IGNACIO, Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio, Buenos Aires, 1993, p. 224, N° 84.1.

(106) ROCCA, IVAL, "Locación familiar imperativa", La Ley 1987-C, 806, III. Conf. FANZOLATO, EDUARDO IGNACIO, "Alimentos y Reparaciones en la Separación y en el Divorcio", cit., p. 226, N° 85.

lar lo siguiente: en primer lugar, que el citado artículo contempla dos situaciones distintas, una de las cuales consiste en que el inmueble que se atribuye al cónyuge inocente sea de carácter ganancial, supuesto en el cual entendemos que aparte de lo dispuesto en dicha norma —que no establece contraprestación alguna por el uso del inmueble ni tampoco caracteriza a esa ocupación como una locación—, corresponde aplicar las reglas del comodato en cuanto no se opongan al artículo 211, por ser el comodato el contrato que, a nuestro juicio, más se asemeja a la ocupación que del inmueble hace el cónyuge al que se le otorga su uso.

El otro supuesto del artículo 211 es el relativo a la atribución al esposo inocente, del uso de un inmueble de carácter propio del otro cónyuge, caso en el cual el artículo 211 efectivamente caracteriza esa ocupación como una locación, siguiendo en ello la disposición establecida en el artículo 285-1 del Código Civil francés. Pero ocurre que en realidad dicha ocupación no constituye una verdadera locación, habiendo Belluscio criticado la calificación efectuada al respecto (107); en sentido análogo, Videla afirma que sorprende que se la haya considerado de esa manera (108). Siguiendo esas pautas, Capparelli se resiste a reconocer que la relación jurídica que resulta del artículo 211 tenga una naturaleza locativa, debido a las importantes diferencias que existen entre el contrato de locación y las características que reviste la ocupación del inmueble propio de uno de los esposos por el otro (109). En similar sentido, Carlos Escribano afirma que a pesar de lo expresado en el artículo 211, el régimen que establece la norma en análisis no constituye una locación, ni tampoco un comodato, un usufructo o un derecho real de habitación, aunque manifiesta que tiene algunas analogías con todos esos institutos, de los cuales considera que deben provenir las pautas útiles para resolver los conflictos que se originen (110).

(107) BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 510, parágr. 422.

(108) VIDELA, JORGE R., "Efectos de la separación personal y del divorcio vincular", en Nuevo Régimen de Matrimonio Civil. Ley 23.515, AA. VV., Buenos Aires, 1989, p. 175.

(109) CAPPARELLI, JULIO C., "El derecho de habitación del cónyuge inocente y del enfermo en caso de separación personal o divorcio", La Ley 1989-A, 900. Conf., FANZOLATO, EDUARDO I., *Código Civil comentado*, dirigido por V. Alberto J. y HIGHTON DE NOLASCO, ELENA, Buenos Aires, 1995, coment. al art. 217, p. 1006, parágr. 16.

(110) ESCRIBANO, CARLOS, "Alimentos entre cónyuges", en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, dirigida por LAGOMARSINO, CARLOS A.R. y SALERNO, MARCELO U., T. I, Buenos Aires, 1991, p. 320.

Lo cierto es que la ocupación del inmueble tiene pocas características del contrato de locación, debiendo recordarse al respecto la posibilidad —que resulta del texto del artículo 211— de que el juez no fije monto alguno como contraprestación a favor del propietario, por el uso que el otro esposo haga del inmueble. Lo cual haría que no se diera uno de los requisitos necesarios de la locación, establecido en el artículo 1493, cual es el pago de un precio determinado en dinero (111).

Por otra parte, los parámetros que el artículo 211 establece para la fijación de la renta (si es que el juez decide fijarla), y que según dicha norma están dados por las posibilidades económicas de los cónyuges y el interés familiar, son ajenos a los que se tienen racional y normalmente en cuenta para la determinación de un alquiler, que consisten, esencialmente, en el valor del inmueble (112), habiendo sido asimismo dicho argumento utilizado por Aída Kemelmajer de Carlucci para criticar la caracterización de la relación como una locación (113).

Otro aspecto que hace que la ocupación del inmueble difiera de la locación, consiste en que la falta de pago de la renta podría no tener necesariamente como consecuencia la cesación del derecho al uso del inmueble por parte del cónyuge beneficiario, seguida por la consiguiente liquidación y partición del mismo, habiéndose afirmado al respecto que la falta de pago no producirá esa consecuencia si se diesen circunstancias tales como la pérdida del empleo, una enfermedad o un accidente del beneficiario (114). Además, y esto también constituye una nota que diferencia el supuesto contemplado en el artículo 211 de la locación, el juez puede —pues la norma es amplia al respecto— fijar un plazo de ocupación distinto al mínimo esta-

(111) Conf. GROSAN, CECILIA P., "Atribución del hogar conyugal. Separación o divorcio", en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, dirigida por LAGOMARSINO, CARLOS A. R. y SALERNO, MARCELO U., T. I, Buenos Aires, 1991, p. 452. En otra nota, dicha autora ha sostenido que se está frente a "un derecho de habitación con características propias" ("La vivienda familiar. Efectos de la separación personal o divorcio", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 1, Buenos Aires, 1989, ps. 27 y sig.)

(112) Conf., BÍSCARO, BEATRIZ R., "Atribución de la vivienda familiar para el cónyuge enfermo o inocente de la separación personal o divorcio vincular", *La Ley* 1987-D, 975, III.

(113) KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Protección Jurídica de la Vivienda Familiar*, Buenos Aires, 1995, p. 279, III.

(114) GROSAN, CECILIA, "Atribución del hogar conyugal. Separación o divorcio", cit., T. I, p. 452.

blecido por el artículo 2° de la ley de locaciones 23.091, como también al máximo que determina el artículo 1505 del Código Civil (115).

Es en virtud de lo hasta aquí dicho que también nosotros pensamos que no ha sido feliz la caracterización de la relación como locación. Es común querer identificar determinadas relaciones jurídicas nuevas con figuras ya conocidas, pero lo cierto es que si bien a veces ello es factible, muchas otras son tantas las diferencias que, como en este caso, la identificación no resulta posible, debiendo además de las disposiciones que resultan del propio artículo 211, aplicarse en todo lo no contemplado las normas que en cada caso resulte razonable aplicar, teniendo en mira la finalidad que se tuvo en cuenta al sancionar la disposición analizada.

#### d) Con respecto al contrato de leasing

En cambio y como bien señala Zannoni (116), no resulta permitido entre esposos celebrar el contrato de leasing (locación con opción a compra al cabo del pago de determinada cantidad de cánones locativos), puesto que, como se ha señalado, dicho contrato lleva implícita la posibilidad de una transferencia patrimonial de uno de los cónyuges al otro, similar a la compraventa (117).

## 2. Contrato de trabajo y locación de servicios

Aunque no existe norma que lo prohíba, pues nada se establece al respecto en el Código Civil ni en la ley N° 20.744, se cuestiona la posibilidad de celebrar entre los esposos un contrato de trabajo, o que uno de ellos contrate al otro para que realice un determinado servicio. Por nuestra parte, creemos que dichos contratos se hallan impedidos de celebrarse entre los cónyuges, por la muy especial relación que existe entre ambos, derivada de la unión matrimonial, que excluye en todos los aspectos que pudieran presentarse la relación de subordinación que resulta de un contrato laboral, así como la que surge de una locación de servicios.

(115) Conf., GROSAN, CECILIA P., "Atribución del hogar conyugal. Separación o divorcio", cit., T. I, p. 452.

(116) *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. I, ps. 658 y sig., parágr. 521, f).

(117) Conf., MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil comentado, Derecho de familia patrimonial*, cit., p. 24, 3).

También Zannoni afirma que existe incompatibilidad entre las relaciones derivadas de la unión matrimonial y las que suponen la prestación de trabajos considerados como objeto de una relación laboral. Agrega dicho autor que si un cónyuge presta a otro servicios o trabajos típicos de una relación de dependencia, debe suponerse que no lo hace en función de la subordinación jurídica propia del empleado o trabajador, sino dentro del contexto del *consortium omnis vitae* (118). De la misma opinión son Vidal Taquini (119) y Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, agregando estos últimos que el contrato laboral entre esposos "afecta los deberes de los cónyuges y la igualdad jurídica dentro del matrimonio", y que cuando uno de ellos trabaja junto al otro "no lo hace en relación de dependencia, sino que ambos están contribuyendo a la manutención de la familia", pareciendo difícil admitir —agregan— que uno pueda reclamar al otro o ejercer los derechos derivados de la legislación laboral, tales como vacaciones, huelga, indemnización por despido, etc (120).

Eso mismo señala Borda, quien afirma que la relación de subordinación que resulta de la relación empleado-principal, y que se crea con motivo de la celebración de un contrato de trabajo, resulta repugnante al espíritu en que deben desenvolverse las relaciones entre los esposos. Entre otros argumentos, señala también dicho autor que la colaboración y ayuda que uno de los cónyuges presta a los negocios del otro, forma parte del deber de asistencia recíproca, tanto más cuanto que el producido del negocio es de carácter ganancial, porque el cónyuge que ayuda en las actividades del otro, en definitiva está trabajando en beneficio común (121).

En similar sentido, Mazzinghi afirma que la colaboración que podría constituir el contenido del contrato de trabajo queda incluida en el deber de asistencia que los esposos se deben uno al otro. Y agrega que la colaboración entre cónyuges está prevista por la ley y retribuida con la división de los gananciales, así como que hacer que esa asistencia sea objeto de un contrato de trabajo según el cual los servicios son retribuidos con una suma de dinero, parece introducir en la relación conyugal un elemento que la desfigura. Por lo cual, afirma que el contrato de trabajo entre esposos sería nulo, de nulidad absoluta, lo que no ocurri-

(118) *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 659, parágr. 522. Contra, SALERNO, MARCELO URBANO, "Contratos entre cónyuges", cit., p. 637, N° 15.

(119) *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., ps. 310 y sig., parágr. 274.

(120) *Régimen de Bienes del Matrimonio*, cit., p. 45.

(121) *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., T. I, ps. 351 y sig., N° 422.

ría, aclara dicho autor, si uno de los esposos trabajara para una sociedad de la que formara parte el otro, porque en tal caso la persona del empleador sería distinta a la del cónyuge (122). Siguiendo iguales pautas, Perrino afirma al respecto que la colaboración mutua entre los esposos, o la de uno de ellos para con el otro, no puede crear una subordinación jurídica como la que resulta del contrato de trabajo (123).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto en un fallo del 20 de agosto de 1975, que en el régimen jubilatorio de trabajadores en relación de dependencia no corresponde incluir al cónyuge que invoca un contrato de trabajo con el esposo, con quien realizara actividades lucrativas en beneficio de la sociedad conyugal, las que deben reputarse cumplidas por cuenta propia (124). Por su parte, la Sala 1ª de la Cámara Nacional del Trabajo ha resuelto la nulidad del contrato de trabajo celebrado entre los esposos, así como que no son computables los servicios prestados por la esposa junto a su cónyuge para la jubilación del personal de comercio y actividades civiles (125). En cambio, se ha resuelto la validez del contrato de trabajo celebrado por la esposa con una sociedad que integra el marido (126).

### 3. Sociedad civil

Se encuentra controvertida en doctrina la posibilidad por parte de los esposos de constituir una sociedad civil entre ellos o con terceros. Quienes la niegan, han sostenido que dicho contrato podría convertirse en una convención matrimonial —prohibida por los artículos 1217, 1218 y 1219—, transmitiéndose de tal forma entre ellos bienes que les pertenecen, en violación del régimen patrimonial del matrimonio, como también, que uno de los esposos podría adquirir sobre los bienes de los otros poderes que la ley no le confiere. Asimismo, se ha afirmado que mediante el aporte de bienes a la sociedad, los esposos —o uno

(122) *Tratado de Derecho de Familia*, cit., T. 2, ps. 355, parágr. 381, b). Conf. con el hecho de que uno de los esposos trabaje en una sociedad de la que forme parte el otro, BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., T. I, p. 352, N° 422; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL Y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de bienes del Matrimonio*, cit., p. 45; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 311, parágr. 274.

(123) *Derecho de Familia*, cit., T. I, p. 866, N° 639.

(124) E.D. 64-255; ídem, La Ley 143-235.

(125) E.D. 33-690.

(126) CNTrabajo, Sala I, E.D. 33-691.

de ellos— podrían evadir la responsabilidad que frente a terceros tienen y les corresponde por aplicación de los artículos 5º y 6º de la ley 11.357.

Pero lo cierto es que no existe disposición legal que prohíba el contrato de sociedad civil entre los cónyuges o con terceros, y si con motivo de la misma se produce alguno de los supuestos más arriba señalados, o similares, se podrá demandar la nulidad del acto practicado en desmedro de los terceros, o de disposiciones que se consideran de orden público (127). En razón de lo cual entendemos que dicho contrato puede ser celebrado entre los esposos, aunque ello es así, siempre que no se hubieran obligado en forma solidaria, como permite el artículo 1747 del Código en el caso de la sociedad civil (128). Borda coincide con dicha solución, pues sostiene que a diferencia de la generalidad de los contratos, que suponen un posible conflicto de intereses entre los esposos que repugna al espíritu que resulta de la comunidad conyugal, la sociedad importa una confluencia de intereses, que, por lo general, se adecua y favorece el espíritu comunitario (129), lo que ha llevado en viejos fallos a su aceptación jurisprudencial (130).



(127) Conf., ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., T. 1, p. 660, parágr. 523.

(128) Conf., VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., p. 315, parágr. 275; MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., "Sociedades entre cónyuges: análisis de cuestiones no resueltas", cit., E.D. 206-1039, IV.1; CAPPARELLI, JULIO CÉSAR, "Sociedades entre cónyuges", cit., E.D. 212-954, b).

(129) *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., T. I, ps. 348 y sig., Nº 420. Contra, SALERNO, MARCELO URBANO, "Contratos entre cónyuges", cit., ps. 634 y sig., Nº 10.

(130) CCiv. y Com. en pleno de Rosario, La Ley 64-647; Juzg. 1ª Inst. Cap., La Ley 50-774; CCom. La Plata, J.A. 1946-I, 389.

## LESIÓN SUBJETIVA OBJETIVA

POR RUBÉN S. STIGLITZ

**SUMARIO:** I. LESIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES. DEBATE SOBRE EL EFECTO REACTIVO: RESCISIÓN O NULIDAD.- II. LESIÓN. NATURALEZA JURÍDICA (CONTINUACIÓN). NUESTRA OPINIÓN: VICIO DE LA VOLUNTAD QUE AFECTA LA LIBERTAD DEL LESIONADO.- III. QUID DEL MOTIVO INDIVIDUAL E IMPULSOR DEL APROVECHADOR.- IV. LESIÓN SUBJETIVA-OBJETIVA. EL TEXTO LEGAL. FUNDAMENTO. EL CRITERIO ADOPTADO.- V. ELEMENTOS DE LA LESIÓN SUBJETIVA-OBJETIVA. EL ELEMENTO OBJETIVO.- VI. LA LESIÓN SUBJETIVA-OBJETIVA. EL ELEMENTO OBJETIVO (CONTINUACIÓN). LA "VENTAJA PATRIMONIAL EVIDENTEMENTE DESPROPORCIONADA Y SIN JUSTIFICACIÓN". ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LESIÓN.- VII. ELEMENTOS DE LA LESIÓN SUBJETIVA-OBJETIVA. ELEMENTOS SUBJETIVOS QUE ATAÑEN AL LESIONADO. CARÁCTER DEL ENUNCIADO: EFECTOS. SUPUESTOS DE INAPLICABILIDAD DE LA LESIÓN.- VIII. ELEMENTOS DE LA LESIÓN SUBJETIVA-OBJETIVA. ELEMENTOS SUBJETIVOS QUE ATAÑEN AL LESIONANTE. EL APROVECHAMIENTO. LA CARGA DE LA PRUEBA. INTERPRETACIÓN.- IX. ACCIONES A QUE DA LUGAR. LEGITIMACIÓN ACTIVA. PRESCRIPCIÓN.

### I. LESIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES. DEBATE SOBRE EL EFECTO REACTIVO: RESCISIÓN O NULIDAD

Los distintos rostros que exhibe el poder de negociación, se traduce siempre en un desequilibrio negocial. La lesión, como vicio del acto jurídico (1), constituye uno de los precipitados de la ruptura del principio conmutativo. Como lo examinaremos más adelante, puede llegar a fundar, entre dos consecuencias alternativas (nulidad o revisión), un supuesto de ineficacia con la que se sanciona *ex lege* un contrato irregular.

Si ello es así, se trataría de una hipótesis de ineficacia automática o declarada por el ordenamiento jurídico (art. 954-2 y

(1) BORDA, G., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Perrot, 1988, p. 338, quien examina la lesión como una de las hipótesis de los vicios de los actos jurídicos. En el mismo sentido, LLAMBÍAS J. J., *Código civil anotado*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1984, T. II-B, p. 107, quien afirma que la reforma al art. 954 del Código Civil, "ha venido a significar la inclusión del vicio de lesión como complemento del cuadro general de las causas de nulidad de los actos jurídicos".

5, Código Civil), absoluta, originaria, parcial, funcional y sana-ble (2).

Se ha debatido sobre la naturaleza jurídica de la reacción prevista por nuestro ordenamiento jurídico, ya que el mismo concede a la víctima —entre dos opciones—, la de deducir una pretensión de nulidad del acto jurídico.

Moisset de Espanes afirma que la expresión “nulidad” empleada en el texto legal, constituye un error terminológico en la denominación utilizada, “pues los efectos que la ley otorga a la acción no son propios de una acción de “nulidad”, sino de lo que técnicamente debe llamarse “rescisión”, que es el remedio reservado para negocios jurídicos que no están afectados de “invalidez, sino de ineficacia” (3). El fundamento suministrado por el autor, está dado por la circunstancia que, en el caso de la lesión el efecto es el desequilibrio entre las prestaciones, de manera tal que, salvado ese defecto por medio de una corrección parcial del acto, se mantiene su validez.

Zannoni señala que en la lesión, el vicio tiene su origen en circunstancias subjetivas concomitantes al nacimiento del negocio ya que aquélla se infiere a una de las partes inicialmente, por encontrarse en situación de inferioridad respecto de la parte que explota esa situación de inferioridad. De allí, agrega, que la ineficacia debe catalogarse como nulidad (4). Y ésta estaría fundada en que si bien la lesión no constituye un vicio relativo a la formación del acto o negocio jurídico, es decir, que afecte a cualquiera de sus elementos internos (discernimiento, intención o libertad del otorgante) y que, por ende, implique un defecto de formación de la voluntad, sí en cambio constituye una anomalía del negocio (5). En cuanto a la naturaleza del vicio de lesión, computando la esencia del elemento objetivo, constituido por la

(2) Seguimos el enunciado de modalidades de ineficacia propuesto por DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, volumen primero (Introducción. Teoría del contrato”, p. 458.

(3) MOISSET DE ESPANES, L., *La lesión y el nuevo artículo 954*, Víctor de Zavalía, 1976, ps. 181/182, quien señala, sin embargo, que acepta la denominación, pues aunque se diga en ella que se trata de una acción de “nulidad”, “las características del remedio que brindan las acciones emergentes del artículo 954, son las típicas de las acciones rescisorias, que tienen a lograr la inoponibilidad total o parcial de un acto ineficaz”.

(4) ZANNONI, E., *Código Civil y leyes complementarias*, BELLUSCIO (Dir.), ZANNONI (Coord.), Astrea, Bs. As., 1982, T. 4, p. 379.

(5) ZANNONI, E., *Ineficacia...*, ob. cit., p. 309.

obtención de “una ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación”, la considera como una “desnaturalización causal del negocio jurídico”, como una “frustración de la función económica típica que el negocio está destinado a realizar”. (6) De allí que sostenga —contrariamente a lo que afirma Moisset de Espanes—, que la subsanación del vicio mediante una modificación del acto implica un saneamiento pero no una confirmación del mismo.

## II. LESIÓN. NATURALEZA JURÍDICA (CONTINUACIÓN).

### NUESTRA OPINIÓN: VICIO DE LA VOLUNTAD QUE AFECTA LA LIBERTAD DEL LESIONADO

Por nuestra parte, sostenemos que la lesión constituye un vicio de la voluntad de los actos jurídicos y, consecuentemente, de los contratos (7), ya que afecta la libertad (8).

El fundamento está dado por la circunstancia que si el acto voluntario requiere discernimiento, intención y libertad, los presupuestos de hecho de la lesión indican que **no media libertad de elección**.

En efecto, entendida como la facultad espontánea de la determinación del agente, cuando se ejerza sobre éste **“coacción externa que excluya la espontaneidad de su determinación... forzándolo a obrar en un cierto sentido**, entonces el acto habrá sido realizado sin libertad y será tratado por la ley como involuntario, con el aditamento de que las consecuencias del acto no serán imputadas a su autor, sino a su autor moral que sería quien hubiese ejercido la presión exterior para lograr el resultado obtenido” (9).

La relevancia de lo expresado, está dada por la circunstancia que la falta de libertad suprime la voluntad y ésta constituye un

(6) ZANNONI, E., *Código Civil...*, ob. cit., T. 4, p. 379.

(7) POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, G. Bailly-Bailliere, París, 1872, N° 16, p. 18.

(8) MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 178; LLAMBÍAS, J. J., *Código civil Anotado*, Abeledo-Perrot, Bs. As., T. II-B-107, para quien la lesión ha venido a significar su inclusión, como complemento del cuadro general de las causas de nulidad de los actos jurídicos.

(9) LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho civil. Parte general*, Perrot, Bs. As., 1989, T. II, N° 1386. C) p. 266 y ss.

**elemento esencial del acto** (10) por lo que, de ser así, el acto es inválido (11).

Por definición, la lesión importa un "sometimiento" al esquema implementado por quien ejerce la violencia e impide al sometido "elegir" en libertad. De allí que la voluntad del lesionado se halla viciada por violencia al extremo que la necesidad lo obliga a optar por una solución que puede no ser querida o que, valorada en su justa dimensión, hubiese sido rechazada (12). La voluntad que se le atribuye sólo puede referírsela en su aspecto material ya que se traduce en una declaración "que él no ha querido" (13). Se trata de una hipótesis en que la contraparte ha recurrido a la violencia que presupone el aprovechamiento de quien se halla mejor posicionado en el contrato, ya que negocia con un "débil jurídico" en razón de su necesidad, de su ligereza o de su inexperiencia, lo cual moralmente presiona sobre su voluntad viciándola (14).

Y cuando aludimos a la voluntad viciada, nos referimos a una modalidad de aprovechamiento —la explotación—, que importa una "injusticia (ya que es) ejercitada con la finalidad de constreñir a un sujeto a emitir una declaración negocial que, en caso contrario, no habría emitido una persona sensata" (15). En efecto, la violencia moral, —a ella nos referimos—, "opera psicológicamente ya que genera un estado de libertad incompleta en la persona". Se trata de una violencia injusta, ilegítimamente empleada "dada la relación en que se hallan las personas entre sí o

(10) CARIOTA FERRARA, LUIGI, *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, trad. Manual Albaladejo, T. I, N° 27, p. 90

(11) DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos ... Teoría del contrato*, ob. cit., N° 5, p. 457, para quien el contrato inválido nace con una tara que impide su viabilidad, mientras que el contrato ineficaz (en sentido estricto) es un contrato que nace sano, pero que pierde su vitalidad merced a un accidente exterior. Cf. STIGLITZ RUBÉN S., *Contratos civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999, T. II, N° 486, p. 17. Cf. Cám. Fed. Rosario, Sala A, 12/10/989, "Aldazábal B. c/Estado Nacional", J.A. 1989-IV-239, donde se sostuvo que "faltando el requisito de la libertad, no hay contrato".

(12) C2ªCC Santiago del Estero, 14/4/98, "Llanos de Ferreira V. c/Abdenur A.", LLNOA, 1998-1420

(13) SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del Derecho Civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, N° 32, p. 173

(14) CARBONNIER, JEAN, *Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones y la situación contractual*, Bosch, Barcelona, 1960, trad. Manual Mª. Zorrilla Ruiz, T. II Vol. II, N° 104, p. 208.

(15) TRIMARCHI, PIETRO, *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano, Giuffrè, 1979, N° 147, p. 214.

el fin al que atiende". Provoca un mal grave, de consideración, en el patrimonio del lesionado (16). O, como afirma Barassi, "desvía la voluntad", a cuyo efecto deberá considerarse —ése es nuestro tema—, "la condición de la persona amenazada" (17) (débil jurídico en razón de su necesidad, ligereza o inexperiencia). Su propia debilidad coacciona al sujeto y lo induce a determinarse en el sentido que pretende el aprovechador (18). O dicho de otro modo, su propia debilidad le provoca la fuerte impresión que sufre todo aquel que se siente amenazado por su limitada condición de la que es consciente.

En síntesis, la "vis coacta" o violencia moral es la que se ejerce "sobre el ánimo" de un sujeto para determinarlo a decidirse por la realización de un negocio (19), lo que presupone una "mengua en la libertad" de tomar partido (20).

De ser así, el acto atribuido al lesionado, carece de eficacia originaria y, por tanto es inválido (21) dado que, con palabras de Carnelutti, nos hallamos frente a un acto imperfecto por defecto de requisitos (22) o por alteración en la formación del acto (23).

Cuando se examinan los elementos de la amenaza o intimidación (24), se afirma que la misma (a) debe ser seria y no una

(16) DE RUGGIERO ROBERTO, *Instituciones de Derecho civil*, Reus, Madrid, T. I, parág. 27, ps. 264 y 265.

(17) BARASSI LUDOVICO, *Instituciones de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1955, parág. 65, p. 202, quien afirma que es suficiente que la amenaza se dirija únicamente contra el patrimonio...

(18) BARBERO D., *Sistema del derecho Privado*, EJE A, Bs. As., 1967, T. I, N° 247, p. 528, quien define la violencia como una "amenaza de tal naturaleza que, en consideración a la edad, el sexo y la condición de las personas, pueda hacer impresión en una persona sensata y pueda inducir a temor de exponerse a sí misma, o a sus bienes..."

(19) CARIOTA FERRARA, L., ob. cit., T. II, N° 117, p. 452.

(20) BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, trad. A. Martín Pérez, T. II, N° 56, p. 342, quien añade que la violencia influye sobre el proceso volitivo con la amenaza de un mal e infundiendo temor, "hace surgir un motivo (causa final) que no debería operar"

(21) BARBERO, D., ob. cit., T. I, N° 247, p. 529

(22) CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, trad. Francisco Javier Osset, T. II, N° 160, p. 416

(23) MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, EJE A, Bs. As., 1971, trad. S. Sentís Melendo, T. II, N° 10, p. 441 quien alude a una formación del acto perturbado por una amenaza; CARIOTA FERRARA L., ob. cit., T. II, N° 117 p. 453

(24) DE CASTRO y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, N° 173, p. 135, quien analizando el fundamento mismo de la intimidación, afirma que si

mera sospecha o sea que el temor que se infunde, se basa en una suposición verosímil y racional; (b) **que sea injusta**, dado el fin a que tiende; (c) que el mal amenazado sea de consideración (25); y que puede provenir de un tercero. (26)

En lo que concierne al tema que nos ocupa, se cumplen acabadamente todos los recaudos, pues el “temor” (*metus*) (27) —expresión que prefiere Messineo—, no es contenido de una especulación intelectual lo que presupone que es serio, injusto, fundado, de consideración económica para el lesionado y provocada por él.

Por lo que cabe concluir que la declaración del lesionado no constituye el precipitado de un libre arbitrio pues, para ello, la voluntad del agente debió, jurídicamente, no hallarse viciada (28).

### III. QUID DEL MOTIVO INDIVIDUAL E IMPULSOR DEL APROVECHADOR

Vista la cuestión desde la perspectiva del aprovechador o lesionado, consideramos que el beneficiado por la convención obra con el **propósito deliberado** (acción dolosa) (29) de aprovechar la condición de inferioridad del otro contratante, atentando

se está ante la alternativa de tener que aceptar uno de los términos de la disyuntiva, cuando no queda en verdad posibilidad de no querer, no opera la voluntad, sino la necesidad.

(25) DE RUGGIERO R., ob. cit., T. I, p. 265

(26) CARBONNIER, J., ob. cit., T. II, Vol. II, N° 104, p. 209

(27) MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, EJE, Bs. As., 1986, T. I, N° 14, p. 124. Cf. STOLFI G., *Teoría del negocio jurídico*, Revista de derecho Privado, Madrid, 1959, parág. 48, p. 195, quien afirma que “inspirando miedo se induce a otro a consentir”.

(28) COLASSO, F., *Il negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1967, parág. 7, p. 125. O como lo señala JOSSEBRAND, “se trata de un constreñimiento moral ejercido sobre la voluntad de una persona, de modo que el acto realizado bajo el imperio de semejante presión no es obra de una voluntad libre; los móviles han sido falseados, por lo que el acto que de él ha salido, debe poder caer” (JOSSEBRAND LOUIS, *Derecho Civil*, Bosch, Bs. As., 1950, T. II Vol. I (*Teoría general de las obligaciones*), trad. Santiago Cunchillos y Manterola, N° 80, p. 61).

(29) CCiv, Com. y Contencioso administrativo, San Francisco, 2/4/96, “Yordano V. c/Flores J.”, LLC, 1996-1098; ST Jujuy, 5/6/95, “Costas Otero S. c/montero de Wilde M.”, La Ley 1996-E, 439; C2ª Civil, Com. Minas, Paz y Tributario, Mendoza, 21/12/1998, “Furque J. c/Mateo D.”, LLGran Cuyo, 1999-621, donde se alude a “una voluntad dirigida” del aprovechador.

contra la buena fe que debe presidir las relaciones jurídicas (30). Y ese propósito deliberado no es sino el motivo que lo determina a contratar. De allí que se tenga decidido que el elemento subjetivo pone de manifiesto que una de las partes concurre a celebrar el negocio “con la finalidad específica del aprovechamiento o explotación de la necesidad, inexperiencia o ligereza de la otra” (31).

El examen de esta cuestión, nos sitúa en el control de la causa, tema relacionado con los límites a que está sometida la prueba de los móviles. Hay consenso generalizado en que el examen debe ceñirse a los elementos que el juez pueda verificar dentro del “campo contractual” (32), y el mejor argumento en torno de la pertinencia del control lo hallaremos en la medida en que se compruebe la existencia de móviles ilícitos o inmorales “determinantes”, aquellos sin los cuales el contrato no se hubiera concluido, y hayan sido conocidos o conocibles por ambas partes.

La investigación de los motivos personales (causa impulsiva) favorece esclarecer (determinar) cuál ha sido la intención real de los contratantes. Se hace innecesario apuntar la importancia que ello implica —por ejemplo—, en cuanto a la eventual invalidez del acto (33).

En punto a la investigación de los móviles nos interesa, en miras al tema considerado, lo que se refiere a los contratos bilaterales onerosos. El control de los móviles puede comprometer dichos actos cuando han sido queridos **por ambos**, al punto de

(30) Civil, Com. y Contencioso administrativo, Río Cuarto, 2/6/93, “Del Corral A. c/Constantino A.”, LLC, 1994-747; ST Jujuy, 5/6/95, “Costas Otero S. c/Montero de Wilde M.”, La Ley 1996-E, 439, donde se afirma que una de las partes actúa con la finalidad específica de aprovechamiento o explotación. Cf. CNCom. Sala A, 14/11/97, “Murad A. c/Lloyds Bank”, La Ley 1998-B, 699; D.J. 1998-3-142.

(31) C5ª CC Córdoba, 18/9/95, “E. E. J. c/Sarmiento A.”, LLC, 1996-120.

(32) WEILL, A. - TERRÉ, A. F., *Droit civil. Les obligations*, París, 1980, ps. 297/299.

(33) Ésta es la tesitura de Mazeaud (MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, EJE, Bs. As., 1969, Parte Segunda, Vol. I, p. 288), quienes al afirmar que la causa del contrato es concreta y viviente, porque se trata de apreciar el móvil que ha impulsado a las partes a celebrar el contrato, subrayan que a fin de limitar la indagación de los móviles, la jurisprudencia (francesa) no toma en cuenta más que la causa impulsora y determinante. Pero se exige —concluyen— que para que el motivo determinante se admita como causa del contrato, haya sido conocido por la otra parte, aclarando que esa exigencia se refiere sólo a los contratos onerosos.

haberlos incorporado al instrumento contractual o hayan sido conocidos o conocibles por las partes, aun cuando no hayan sido introducidos como contenido del documento (34). De donde los únicos móviles intrascendentes, en tanto no gravitan en la validez del contrato, son aquéllos desconocidos por los contratantes ni factibles de ser conocidos. Nos referimos obviamente a los móviles que no constituyen preceptos de voluntad, ni pueden ser conocidos, pues las partes recíprocamente los han ocultado la una a la otra.

Es suficiente con que una de las partes haya expresado el motivo que la impulsó a contratar y que la otra lo haya aceptado. No es necesario que el motivo sea común, o sea, que exista un mismo motivo que impulse a ambas partes a la celebración del contrato (35).

Esta concepción de la causa, desde que tolera la investigación (control) sobre los móviles, implica una posibilidad de moralización de los actos jurídicos, invalidando todos aquéllos motivados en finalidades subjetivas reprochables por el orden jurídico (36).

De lo hasta aquí expuesto, queda claro que el motivo que impulsa a contratar debe ser el motivo determinante el que, a

(34) CNCiv., Sala F., 25-IV-1996, "Turay S.R.L. c/Nahuel S.A.", J.A. 1997-E, 539.

(35) Si el locatario toma en alquiler un bungalow en Cerro Catedral y expresa —no necesariamente en el instrumento contractual— que lo hace con el propósito de practicar esquí durante los tres meses de la temporada invernal, no es preciso que el propietario exprese que concede el uso y goce del inmueble a esos fines. Declarado en el texto, por el locatario, una vez perfeccionado el contrato, ello presupone la aceptación por el locador de los móviles expuestos por el primero. Las vicisitudes que puedan importar la ineficacia del contrato por frustración de la finalidad, como sería, por ejemplo, que las pistas no se hallan cubiertas de suficiente nieve, son factibles de ser invocadas aun cuando la referida finalidad no haya sido incorporada al escenario contractual por ambas partes. Basta con que lo haya sido por una sola y que la otra la conociera o hubiera podido conocerla. Conf. CNCiv., Sala F, 25-IV-1996, "Turay S.R.L. c/ Nahuel S.A.", donde se estipuló que el contrato de arrendamiento se realizaba a los fines de una "explotación ganadera", frustrada por falta de suficiente caudal de agua.

(36) Busso, E., *Código Civil Anotado*, Ediar, Bs. As., 1958, T. II, N° 102, p. 128, quien señala que la utilidad jurídica del móvil se valora al tener en cuenta todos los casos en que la ley asigna trascendencia a los estados psicológicos que preceden o acompañan determinadas manifestaciones jurídicas.

su vez, se halla integrado por la representación mental que del acto tuvo el agente. Queremos decir, que el fin tenido en vista al contratar, se halla inescindiblemente ligado a la consideración de circunstancias en razón de las cuales ese fin es querido. Así entendida, la causa es elemento atribuible a cada otorgante del acto o, dicho de otra manera, cada estipulante porta razones por las cuales ha querido el acto. Analizada la voluntad de los otorgantes en su dirección al acto celebrado, se logra una visión totalizadora y auténtica de la operación jurídica considerada (objeto del contrato) (37).

Para verificar el motivo habrá que examinar si la finalidad alegada por el otorgante aparece en el "escenario" contractual como resultado, previsión o circunstancia determinante del acto y, por tanto, esencial. Establecido ello, sólo entonces estamos en condiciones de afirmar que el motivo de un otorgante vincula al otro y condiciona la validez del acto (38).

Pues bien, una de las características de la lesión se halla constituida porque el motivo determinante para contratar de quien se aprovecha de la debilidad del otro, no se halla incorporado al campo contractual. Ha sido ocultado por el aprovechador para quien permanece "*in mente retenta*". En consecuencia, **no es factible suponer que el lesionado se halla vinculado con lo que ignora**. Por lo que cabe concluir que el aprovechamiento por una parte de la necesidad, ligereza o necesidad del otro, no es ni puede constituirse en la causa final del acto, sino en el móvil (inmoral) **individual** que impulsa a contratar al primero.

(37) Afirmar que para el locatario el uso y goce de la cabaña en Cerro Catedral es la causa del pago del alquiler, es tan exacto como insuficiente, en razón de que el locatario la quiere (por él pagará o ya pagó por adelantado el precio acordado) por razones que van más allá de la prestación comprometida. En cambio, examinar el motivo impulsor permitirá verificar:

- a) las bases del negocio jurídico en virtud de las cuales las partes acordaron la operación;
- b) los motivos que lo determinaron a contratar.

(38) Considera Busso, con razón, que en muchos casos se llega a la noción de causa al advertirse que un acto debe ser inválido por fallar las previsiones o resultados tenidos en cuenta al tiempo del otorgamiento (Busso, E., ob. cit., T. III, N° 142, p. 133). Si la expresión "fallar" utilizada por Busso, la reemplazamos por "frustrarse", habríamos alcanzado la respuesta al interrogante sobre qué es lo que se frustra: la finalidad, el propósito práctico, las previsiones, el resultado tenido en vista al tiempo de la formación del acto.

#### IV. LESIÓN SUBJETIVA-OBJETIVA. EL TEXTO LEGAL. FUNDAMENTO. EL CRITERIO ADOPTADO

La lesión se halla prevista en el artículo 954 del Código Civil: "...También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto (39) y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda".

Así expuesta, la lesión queda incorporada como vicio que afectó la voluntad del damnificado y completa el elenco de las causas de nulidad de los actos jurídicos (40).

Su fundamento habrá de hallarse en la necesidad de preservar la justicia conmutativa (41).

El criterio adoptado por el legislador, sin desentenderse del perfil objetivo atinente al desequilibrio patrimonial existente entre las ventajas y los sacrificios, enfatiza en cuestiones subjetivas que se relacionan con el estado de *vulnerabilidad* de la víctima de la lesión, que se explica en su estado de necesidad, ligereza o inexperiencia. De allí que al instituto se lo enuncie como lesión subjetiva-objetiva. Como se advierte, los elementos constitutivos del instituto en examen, se conjugan de manera inescindible, de modo que no es factible edificar el concepto de lesión, sin hacer referencia indivisible a la obtención por el lesionado de una ventaja injustificada mediante la explotación de la condición de inferioridad del lesionado.

(39) CCiv. y Com., Rosario, 25/272008, "Ortega R. c/Bco. Bisel SA", LLLitoral, 2008-580, donde se dispuso que "la desproporción tiene que existir en el momento del otorgamiento del acto".

(40) MOSSET ITURRASPE, J., "Interpretación económica...", ob. cit., N° 9, p. 265

(41) MOSSET ITURRASPE, J., "Interpretación...", cit., N° 6, p. 263; LLAMBÍAS, J. J., *Código...*, cit., T. II-B, p. 107.

Dicho de otro modo, el aprovechamiento no puede sino estar referido a este último (víctima) a expensas de quien el lesionado obtiene una ventaja patrimonial evidentemente desequilibrada. En una contundente demostración de la inescindibilidad de ambos elementos, se ha decidido que si bien "el precio acordado pudiera no ser proporcional a los perjuicios", se declaró la validez de la transacción, con fundamento en que al monto acordado se llegó "previo examen médico del accionante, quien contó con asesoramiento letrado durante toda la negociación" (42). Como se advierte, el examen médico y la asistencia legal, neutralizaron el argumento relativo al estado de vulnerabilidad del lesionado.

#### V. ELEMENTOS DE LA LESIÓN SUBJETIVA-OBJETIVA. EL ELEMENTO OBJETIVO

El elemento objetivo de la lesión se halla configurado o requiere de (a) la obtención, por una de las partes, de una ventaja evidentemente desproporcionada y sin justificación (43), lo que (b) hace que se presuma tal explotación, salvo prueba en contrario, en caso de notable desproporción de las prestaciones, a cuyo efecto los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto (44), debiendo aquélla subsistir en el momento de la demanda (45) y apreciarse en concreto, es decir, en la realidad de los hechos investigados (46). El desequilibrio significativo debe resultar de una confrontación (cotejo) de las prestaciones (47).

Como se advierte, la norma legal incluye algunas expresiones —no todas—, empleadas en frases a nuestro juicio sumamente

(42) CNCiv. Sala A, 30/5/2006, "García J. c/Metrovías S.A.", D.J. 2006-2-1197.

(43) Cám. Apel. CC Concordia, Sala III, "Kuhn O. c/Banco de Entre Ríos", D.J. 1996-2-920.

(44) CCiv. y Com., Rosario, 25/272008, "Ortega R. c/Bco. Bisel SA", LLLitoral, 2008-580, donde se dispuso que "la desproporción tiene que existir en el momento del otorgamiento del acto". Cf. Capel. CC Concordia, Sala III, 15/2/96, "Kuhn O. c/Banco de Entre Ríos", D.J. 1996-2-920; CNCom. Sala A, 14/11/97, "Murad A. c/Lloyd Bank", La Ley 1998-B, 699; D.J. 1998-3-142.

(45) ALTERINI, A. A., "Contratos, civiles, comerciales, de consumo", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, p. 381; S.C.B.A., 7/3/95, "D'Ambrogio L. c/Cottini C.", DJBA, 148-2352; CNCiv. Sala E, 29/4/1998, "C.C.A. c/C.S.M.", La Ley 1999-A, 406; D.J. 1999-2-39.

(46) CApel Concordia, Sala III, 15/2/96, "Kuhn O. c/Banco de Entre Ríos", D.J. 1996-2-920.

(47) BIANCA MÁXIMO, *Diritto Civile. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987, T. 3, p. 647.

claras y que, por lo tanto, no requieren dotarlas de precisión alguna.

Sin embargo, se lo ha intentado y logrado.

Así, se tiene expresado que al calificarse la desproporción como evidente, ha querido significarse que debe ser manifiesta o perceptible, grosera (48), que nadie pueda dudar de ella (49). Y que así entendido el término evidente, es menester que la desproporción salte a la vista y ponga de relieve que se trata de un desequilibrio manifiesto (50) y perceptible (51) o como una notable diferencia de valores entre las prestaciones de los contratantes (52).

Al extremo tal que, según nuestro punto de vista, aparece como preferible que la frase "evidentemente desproporcionada", pueda considerársela como intercambiable, por ejemplo, con "desequilibrio significativo" (53). Lo propio acontece con las frases "evidentemente desproporcionada", utilizada en el artículo 954-2 y "notable desproporción", utilizada en el artículo 954-3, ambas del Código Civil: significan o pretenden significar lo mismo.

Aplicación de lo expuesto, lo constituye el fallo donde se decidió que "es nulo el contrato de cesión de los derechos litigiosos derivados de una acción de daños y perjuicios motivada en un accidente de tránsito pues, el hecho de que el precio pactado fuese muy inferior al monto reclamado en la demanda... permite tener por configurado... el elemento objetivo del vicio de lesión previsto en el artículo 954 del Código Civil" (54). En la misma

(48) CNCiv. Sala H, 22/10/96, "Gómez C. c/Álvarez G.", La Ley 1998-B, 112.

(49) CNCiv. Sala A, 27/10/94, "Pedace D. c/Rodríguez J.", JA, 1995-IV-69.

(50) MOISSET DE ESPANÉS, L., *La Lesión y el Nuevo Artículo 954*, Zavalía, Córdoba, 1976, p. 82. Cf. C2ª Civil, Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 1/12/98, "Furque J. c/Mateo D.", LLGran Cuyo, 1999-621.

(51) CNCiv. Sala A, 4/12/92, "Almagro Construcciones c/Agosto E.", La Ley 1994-B, 577; CCiv. y Com., Lomas de Zamora, Sala II, 1/4/97, "Davidoff C. c/Lynch R.", LLBA 1997-1028.

(52) CNCiv. Sala A, 27/10/94, "Pedace D. c/Rodríguez J.", JA, 1995-IV-68.

(53) Tobías J. W., "Algunas precisiones acerca del elemento objetivo de la lesión objetiva subjetiva", en La Ley 1996-E, 438 quien, con razón, afirma que "en la mayoría de las relaciones contractuales, las ventajas y sacrificios correspondientes no se encuentran en relación de proporcionalidad sino en relación de equivalencia", por lo que sostiene que resultan más afortunadas las expresiones "desequilibrio" o "inequivalencia".

(54) CCiv. y Com Mercedes, Sala I, 28/3/2006, "Caino J. c/Baraban S.A.", E.D. 220-588; CCiv. y Com. 8ª Nom., Córdoba, 27/8/2002, "Palacio S. c/Y.R.A.", LLC, 2002-1194, donde se decidió que "se configuran los presupuestos de inferiori-

línea se inscribe el pronunciamiento por el que se decidió que "corresponde calificar como desproporción evidente, que habilita declarar la nulidad del acto jurídico de compraventa aquella que debe ser tan manifiesta o perceptible que nadie pueda dudar de ella, quedando librado al arbitrio judicial la apreciación del concepto de desproporción evidente, que se caracteriza por una desproporción chocante o, lo que es lo mismo, manifiesta, perceptible o considerable" (55).

Lo expresado excluye del ámbito de la lesión una diferencia entre el precio convenido y el valor real pues ello sucede con frecuencia en los negocios, por lo que se tiene decidido que "si toda vez que ella se presenta pudiera ser causa anulación, desaparecería la seguridad de las transacciones económicas y de las relaciones jurídicas por lo que debe haber una desproporción considerable para descalificar una compraventa alegando lesión subjetiva" (56). Esto significa que la lesión es un remedio excepcional en la contratación, que no autoriza a que el juez se transforme en un renegociador de las convenciones obligacionales cuando son asumidas libremente por las partes, en la medida que no se observen vicios en la formación del acto y que los contrayentes no se encuentren afectados por circunstancias extraordinarias (57). Más específicamente se tiene decidido que la lesión no debe configurar un medio para sustraer a los contratantes de las consecuencias negativas de un mal negocio (58).

dad y ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación que configuran la lesión subjetiva, la cesión de derechos litigiosos por parte de un cliente a su abogado por la quinta parte del valor de lo cedido".

(55) CNCiv. Sala A, 12/12/2006, "Romero A. c/Saavedra F.", La Ley 2007-B, 580, donde se añadió que "a los fines de declarar la nulidad de un acto jurídico de compraventa, si el actor no controvierte que la transmisión del dominio fue real, sino que esa operación atendía a la finalidad de garantizar el préstamo facilitado por el adquirente demandado, no resulta necesario redargüir de falso el documento siendo suficiente acreditar por cualquier medio de prueba que la operación tenía un contenido que allí no se había exteriorizado y que conformaba un verdadero negocio fiduciario".

(56) CCiv. y Com San Isidro, Sala I, 11/5/95, "Risolea H. c/Bosello E.", LLBA, 1996-311; C2ª Civil, Com. Minas y Tributario, Mendoza, 1/12/1998, "Furque J. c/Mateo D.", LLGran Cuyo, 1999-621, donde se afirmó "que no se trata que el derecho prohíba los malos negocios, sino una objeción sobre el aprovechamiento".

(57) CNCiv. Sala L, 29/11/96, "Vázquez E. c/Huarte Empresa Arg. de Cemento", La Ley 1997-D, 84; CNCiv. Sala L, 19/2/99, "Von Petery J. c/Critto A.", La Ley 2000-C, 911 (42.699-S).

(58) CNCCom. Sala B, 24/6/2003, "Lencina A. c/La Principal S.A.", La Ley 2003-F, 643.

**VI. LA LESIÓN SUBJETIVA-OBJETIVA. EL ELEMENTO OBJETIVO (CONTINUACIÓN). LA "VENTAJA PATRIMONIAL EVIDENTEMENTE DESPROPORCIONADA Y SIN JUSTIFICACIÓN".**

**ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LESIÓN**

Ya hemos afirmado que el fundamento de la lesión debe hallarse en el principio de preservación del sinalagma, que no es otro que el que presupone un intercambio recíproco de obligaciones en relación de equivalencia. Es que la onerosidad se traduce en términos de comparación entre las ventajas, provechos o beneficios, por un lado, y sacrificios por el otro. De allí que desde la génesis del contrato las partes portan la legítima expectativa de esperar, confiadamente, el cumplimiento de las obligaciones asumidas "según un criterio de equivalencia y reciprocidad" (59). Lo expuesto es aplicable al tema que nos ocupa ya que, si las prestaciones recíprocas mantienen (entre sí) adecuada correspondencia, falta uno de los requisitos para que se configure la lesión (60).

Lo que queremos señalar es que la ventaja que obtiene una parte se halla en relación de causalidad o de equivalencia con los perjuicios que sufre (61).

Así entendida, la frase "ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación", requiere para su comprensión, emplazar la cuestión en el principio de onerosidad tal como acaba de ser expuesto, o sea como fractura de la relación de equivalencia sin que halle otra justificación (explicación) que no sea la explotación que ejerce una parte para obtener de la otra, en estado de necesidad, ligereza o de inexperiencia, una ventaja notable. Aplicación de lo expuesto, lo constituye el pronunciamiento judicial donde se dispuso que "corresponde hacer lugar a la **revisión del contrato** de mutuo con garantía hipotecaria, si se ha verificado una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, en los términos del artículo 954 del Código Civil, a favor de la entidad bancaria que dispuso modificar arbitrariamente el plazo de amortización del préstamo, lo cual hace presumir la explotación de la parte económicamen-

(59) BETTI, E., ob. cit., T. I, N° 39, p. 231.

(60) ST Jujuy, 5/6/95, "Costas Otero S. c/Montero de Wilde M.", La Ley 1996-E, 439

(61) STIGLITZ, R. S., *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Depalma, Bs. As., 1992, p. 56.

te más fuerte por sobre la más débil constituida, en el caso, por quien suscribió un contrato de adhesión" (62).

De lo hasta aquí expresado surge que el ámbito de aplicación de la lesión queda reservado a los actos jurídicos bilaterales onerosos (63), ya que ni de los actos jurídicos unilaterales ni de los contratos gratuitos, es factible predicar desproporción o desequilibrio en razón de la imposibilidad de cotejar ventajas y sacrificios (64).

El referido desequilibrio debe ser calculado en base a elementos estrictamente objetivos y habrá de resultar de la comparación de las prestaciones para establecer si aquél porta entidad relevante que justifique la nulidad del acto o, en su caso, la revisión del mismo. (65)

**VII. ELEMENTOS DE LA LESIÓN SUBJETIVA-OBJETIVA. ELEMENTOS SUBJETIVOS QUE ATAÑEN AL LESIONADO. CARÁCTER DEL ENUNCIADO: EFECTOS. SUPUESTOS DE INAPLICABILIDAD DE LA LESIÓN**

La lesión presupone una situación de vulnerabilidad de la víctima sustentada en su estado de **necesidad, ligereza o inexperiencia** (art. 954-1, Cód. Civ.). Se considera que el referido enunciado es limitativo lo que implica que la pretensión de nulidad o adecuación no es factible edificarla sino sólo sobre la base de los elementos subjetivos a los que se hizo referencia y que atañen a la víctima, por lo que no es factible invocar otros por vía de analogía o de una interpretación extensiva (66). Aquella situación debe ser de tal entidad que haga posible (favorezca) la explotación o aprovechamiento (67).

(62) CCiv., Com. y Minería, Viedma, 25/8/2008, "Macia L. c/Banco Hipotecario", LLPatagonia, 2008-603.

(63) CNCiv. Sala L, 29/11/96, "Vázquez E. c/Huarte Empresa Arg. Cemento", La Ley 1997-D, 84.

(64) LLAMBÍAS, J. J., *Código...*, cit., T. II-B, p. 110; MOISSET DE ESPANÉS, L., ob. cit., p. 114.

(65) MIRABELLI, G., ob. cit., p. 589.

(66) LLAMBÍAS, J. J., *Código...*, cit., T. II-B, p. 107; MOISSET DE ESPANÉS, L., ob. cit., p. 89; CNCiv. Sala A, 4/12/92, "Almagro Construcciones c/Agosto E.", La Ley 1994-B, 577; CNCiv. Sala a, 27/10/94, "Pedace D. c/Rodríguez J.", JA, 1995-IV-69

(67) CApel Concordia, Sala III, 15/2/96, "Kuhn O. c/Banco de Entre Ríos", D.J. 1996-2-920.

Por necesidad se entiende la falta o escasez de cosas necesarias para la conservación de la vida, la salud, el honor, la libertad, no sólo las de carácter económico o material sino también las situaciones de angustia moral, agobio o peligro (68), personal o de su familia (otro) (69). No coincide con la indigencia y, como acabamos de expresarlo, no depende exclusivamente de razones de carácter pecuniario (70). Como se advierte, se trata de una situación que disminuye la libertad de elección y que induce al sujeto a concluir el contrato (71).

La ligereza es entendida como el hecho o el dicho irreflexivo o poco meditado. Atañe a una situación patológica de debilidad mental (72) propia del pródigo, del débil mental y de otros estadios intermedios o fronterizos (73), siempre enfermizos, que sitúan a la víctima en estado de inferioridad y, por tanto, vulnerable (74) e indefensa (75).

(68) MOISSET DE ESPANÉS, L., ob. cit., p. 90; MOSSET ITURRASPE, J., Contratos, cit., p. 182; LLAMBÍAS, J. J., *Código...*, T. II-B, p. 109. Cf. CNCiv. Sala F, 12/5/97, "Salones Acevedo c/G. C.", La Ley 1997-E, 293.

(69) SACCO, R., *Il contratto*, Utet, Torino, 1975, p. 362, quien suministra los ejemplos del padre que urgentemente debe salvar al hijo próximo al fallecimiento o la del socio que quiere salvar a la sociedad. Cf. CCiv. y Com., Lomas de Zamora, Sala II, 1/4/97, "Davidoff C. c/Lynch R.", LLBA 1997-1028.

(70) MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale*, Utet, Torino, 1987, p. 585, quien afirma que no es necesario que la necesidad sea extrema, siendo suficiente que presente una notable importancia para el lesionado.

(71) MESSINEO, F., "Doctrina...", ob. cit., T. II, N° 9, p. 292.

(72) CCiv. y Com Lomas de Zamora, Sala II, 174/97, "Davidoff C. c/Lynch R.", LLBA 1997-1028.

(73) LLAMBÍAS, J. J., *Código...*, cit., T. II-B, p. 109, quien afirma que la ligereza, técnicamente, alude a un estado psíquico y patológico en el que se encuentra el sujeto que no mide el alcance de las obligaciones que contrae, no porque no quiera verla, sino porque no puede hacerlo en razón de su situación de inferioridad mental. Cf. C5ªCC Córdoba, 18/9/95, "E. E. J. c/Sarmiento A.", LLC, 1996-120; CCiv., Com. y Minería, San Juan, Sala I, 19/5/2005, "Arce S. c/Parque Automotor", LL Gran Cuyo, 2006-120; CCiv. y Com Mercedes, Sala I, 28/3/2006, "Caino J. c/Baraban S.A.", E.D. 220-588.

(74) Es el caso de quien suscribe un recibo cancelatorio "cuando se encontraba padeciendo una seria enfermedad —en la hipótesis, un día antes de una operación destinada a extirparle un tumor" (CDocumentos y Locaciones, Tucumán, 5/8/2004, "Rivarola F. c/Castillo Sacifia", LLNOA, 2005-501).

(75) MOSSET ITURRASPE, J., Contratos, cit., p. 182, quien señala que el hombre de hoy, sea por la fatiga, el estrés, la vida acelerada, los requerimientos del consumismo, la droga u otras razones, sufre limitaciones que en muchos casos lo llevan casi sin darse cuenta a contratar en desproporción.

La inexperiencia es un elemento que evoca la figura del profano, al que carece de conocimientos y/o información, muy especialmente en el cotejo de los que se atribuye, en las mismas circunstancias, al profesional (76). Asimismo a quien carece de cultura o a quien no ha adquirido suficientes conocimientos de la vida. Y en ciertas hipótesis, se hace referencia a la carencia de conocimientos técnicos o de costumbres comerciales de un lugar determinado (77). De allí que se tenga resuelto que la explotación de la inexperiencia, importará —en la mayoría de los casos—, un engaño (78). Aplicación de esta última hipótesis, lo constituye el fallo donde se decidió que "habiendo quedado acreditada la avanzada edad y limitada instrucción de quien, por consejo de un operador de bolsa de su confianza, transfirió en forma gratuita la tenencia de acciones de su propiedad, resulta procedente encuadrar dicha situación en la noción de ligereza prevista en el artículo 954 del Código Civil como presupuesto subjetivo de la lesión" (79).

Otra hipótesis se halla constituida para cuando uno de los contratantes actúa como el "sujeto disminuido (por) el aprovechamiento abusivo de que es objeto". En la especie se declaró la nulidad del contrato de locación fundado en "que la posición asumida por el locatario es de clara superioridad en la imposición de las cláusulas, desde que se reservó unilateralmente el derecho de renovar el plazo de vigencia del contrato por iguales términos *sine die* —en el caso, se fijó un plazo de tres años y el monto del alquiler en la suma de \$300—, lo cual vulnera el derecho de igualdad y de propiedad pues la norma del art. 954 del Código Civil protege al sujeto disminuido por el abrochamiento (sic) abusivo de que es objeto, obteniendo una ventaja irracional, que se acerca al despojo" (80).

(76) MOSSET ITURRASPE, J., Contratos, cit., p. 182.

(77) MOISSET DE ESPANÉS, L., ob. cit., p. 91. Cf. C2ªCC Santiago del Estero, 14/4/98, "Llanos de Ferreira V. c/Abdenur A.", LLNOA, 1998-1420.

(78) CCiv., Com. y Contencioso administrativo, San Francisco, 2/4/96, "Jordan V. c/Flores J.", LLC, 1996-1098.

(79) CNCom. Sala C, 19/9/2008, "Pontoriero F. c/Luzerne Investment S.A.", RC y S, 2008-1186; ST Santiago del Estero, Sala civil y com., 10/6/2005, "Paz V. c/Paz L.", LLNOA, 2005-1185, donde se puso de resalto la edad avanzada de la víctima —90 años— como la confianza que existía entre ésta y los demandados, demostrativas de la situación de inferioridad que habilita la aplicación del art. 954 del Cód. Civil.

(80) CCiv. y Com. 2ª Nom. Santiago del Estero, 13/8/2008, "Apostolado de la Oración c/Cantos J.", LLNOA, 2008-1119.

Como se advierte, la necesidad, la ligereza o la inexperiencia reconducen a situaciones de hecho que inciden sobre la libertad de determinación del contrayente (81).

En cambio, se tiene decidido que “la diferencia de conocimientos que en cualquier materia puede existir entre un especialista y un lego, no habilita —por sí sola— a hacer lugar al reclamo de nulidad del acto celebrado entre las partes” (82).

En función de lo expuesto precedentemente, se ha declarado la improponibilidad de la lesión para cuando quien pretende ampararse en esa norma es el Estado ya que los extremos de ligereza, necesidad o inexperiencia son impensables en ese caso, especialmente cuando intervienen experimentados funcionarios del área comercial de una empresa estatal (83). Lo propio acontece cuando quien alega su debilidad es un comerciante sobre quien el ordenamiento jurídico exige ciertas actitudes y capacidades mínimas para el manejo y administración de los negocios (84), o cuando quien invoca el vicio se encontraba, al tiempo de celebrar el negocio, debidamente asesorado por profesionales abogados, sin que corresponda examinar si lo fueron

(81) GENTILI, A., *Trattato del contratto* (Directo da Vincenzo Roppo), Giuffrè, Milano, 2006, T. IV, Rimedi 1, p. 454.

(82) CNCiv. Sala B, 29/9/2006, “M. N. de J. c/P.L.G.”, La Ley 2007-B, 804.

(83) CNFed Civ y Com Sala I, 16/9/94, “Lema Publicidad c/Dicón Difusora”, La Ley 1995-B, 456; CNFed Civ y Com Sala III, 17/9/96, “Organización Coordinadora c/Secretaría de Inteligencia”, La Ley 1997-C, 826, donde se sostuvo que el solo hecho de que un contrato resulte gravoso para el estado, en modo alguno justifica que éste invoque esa onerosidad para anularlo o revisarlo, por cuanto el art. 954 del Cód. Civil limita tal posibilidad a la parte que ha sido explotada en su necesidad, ligereza o inexperiencia, calidad que no puede ser atribuida a aquél. Todo ello, sin perjuicio que la teoría de presunción de legitimidad del acto y del contrato administrativo implican una obvia incompatibilidad conceptual entre esa teoría y la posibilidad de que el Estado invoque en su favor la lesión. Cf. CN Fed Civ y Com Sala III, 10/10/96, “Águila Refractarios c/Hierro Patagónico”, La Ley 1998-C, 252.

(84) CNCom. Sala C, 3/7/95, “Hotel Presidente c/Sanelco S.A.”, La Ley 1995-E, 277; CNCiv. Sala F, 12/5/97, “Salones Acevedo c/G.C.”, La Ley 1997-E, 239, donde se afirmó que en el ámbito de la lesión subjetiva no puede presumirse necesidad, ligereza o inexperiencia de una sociedad anónima que actúa, por esencia, en el tráfico mercantil, representada por sus apoderados pues estos entes operan jurídica y económicamente con suficiente conocimiento del medio y muchas veces con asesoramiento cuando deben contratar. Cf. ST Río Negro, 19/11/2007, “Emprendimientos Bariloche s/concurso preventivo s/inc. revisión”, LLPatagonia, 2008-172.

correcta o incorrectamente (85). En línea con lo decidido precedentemente, se inscribe el pronunciamiento donde se decidió en un supuesto en que la suscriptora de un sistema de ahorro para fines determinados era una contadora pública, que la lesión no trata de proteger a quien obra imprudentemente ni en forma irreflexiva, ni tiene la finalidad de permitir que se anulen actos que son fruto de errores inexcusables (86). Lo propio se resolvió en un supuesto en que quien solicitó la nulidad de un convenio de división de sociedad conyugal sea un abogado quien, a su vez, fue asistido por profesionales en las tratativas previas a la firma del mismo (87).

#### VIII. ELEMENTOS DE LA LESIÓN SUBJETIVA-OBJETIVA.

##### ELEMENTOS SUBJETIVOS QUE ATAÑEN AL LESIONANTE. EL APROVECHAMIENTO. LA CARGA DE LA PRUEBA. INTERPRETACIÓN

La actitud del lesionante es la de servirse u obtener utilidad o verse favorecido de la situación de vulnerabilidad de la víctima, consistente en hallarse en estado de necesidad, ligereza o inexperiencia. Esa conducta del lesionante, voluntaria e intencional (dolosa) (88), la denominamos aprovechamiento y ha sido identificada como el elemento más característico de la figura, como el elemento central de la lesión y el que le suministra relieve como comportamiento sancionable, como el que permite determinar su naturaleza, al punto que su ausencia obsta a su configuración (89).

Al “aprovechamiento” le es inherente una alta dosis de inmoralidad, de allí que se individualice la figura de la lesión como uno de los paradigmas de la infracción al principio de la buena fe debida (90). Una aplicación de lo expuesto lo constituye el fallo

(85) CNCiv. Sala F, 12/5/97, “Salones Acevedo c/G.C.”, La Ley 1997-E, 239; CNCiv. Sala K, 21/12/98, “Sánchez D. c/Rea R.”, La Ley 1999-C, 476; D.J. 1999-2-859; CNCiv. Sala E, 29/4/98, “C.C.A. c/C.S.M.”, La Ley 1999-A, 406; D.J. 1999-2-39.

(86) CNCom. Sala A, 14/11/97, “Murad A. c/Lloyds Bank”, La Ley 1998-B, 699; D.J. 1998-3-142.

(87) CNCiv. Sala I, 23/5/2002, “C.J. c/G.F.”, D.J. 2002-2-1221.

(88) SACCO, R., ob. cit., p. 364. Cf. C2ª Civil, Com., Minas, Paz y Tributario, Mendoza, Sala II, “Furque J. c/Mateo D.”, LLGran Cuyo 1999-621, donde se afirmó que “la explotación... supone necesariamente dolo... (pues) se requiere en el explotador lesionante, el uso del artificio o maquinación, aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero”. Cf. CNCom. Sala B, 19/7/2002, “Establecimiento Frutícola c/Coto C.I.C.S.A.”, La Ley 2003-A, 12.

(89) MOISSET DE ESPANÉS, L., ob. cit., p. 97; MIRABELLI, G., ob. cit., p. 587.

(90) LLAMBÍAS, J. J., *Código...*, cit., T. II-B, p. 110.

donde se decidió que “resulta nulo el convenio suscripto entre el demandado y la madre de la víctima fallecida —en el caso, por electrocución mientras realizaba tareas de pintura en la casa del accionado—, y en el cual renunció a ser resarcida por los daños y perjuicios derivados de la muerte de su hijo al acordar que el demandado sólo debía abonar los gastos de sepelio, por cuanto el accionar de éste debe encuadrarse en el art. 954 del Cód. Civil en tanto a través del acuerdo obtuvo la ventaja de eludir su eventual responsabilidad por un monto superior al abonado y explotó en su favor el estado de ligereza de la actora al firmar el acuerdo el mismo día del evento, así como del estado de necesidad derivado de su falta de recursos y de su inexperiencia al firmar el convenio sin patrocinio letrado” (91). En línea con el fallo precedente se ha decidido la nulidad del acuerdo transaccional extrajudicial celebrado entre la víctima de un accidente de tránsito y la empresa de transportes demandada, si aquél fue firmado al día siguiente del siniestro, cuando la víctima se encontraba internada en el hospital a la espera de ser sometida a una intervención quirúrgica y sin recursos económicos suficientes para afrontar los gastos derivados de dicha operación, pues obtener el consentimiento del damnificado en esas circunstancias se condice con las maquinaciones dolosas a las que alude el art. 931 del Cód. Civil (92).

En otro caso, se decidió “declarar la nulidad del contrato de compraventa relativo a la adquisición por la demandada de la nuda propiedad del inmueble de la actora reservándose ésta el usufructo vitalicio pues, dado que la actora era una mujer mayor que temía ser internada en un geriátrico y concurrió sola a la escribanía en la creencia que firmaría un testamento a favor de su contraria, la sugerencia recibida de cambiar su intención inicial firmando en definitiva la venta de su única propiedad inmueble bien pudo representar una explotación de la situación de necesidad ante el desamparo que sufría llevándola a efectuar un negocio que no quería realizar” (93).

Incumbe a la víctima la prueba (a) de los elementos subjetivos que le atañen (94), que (b) ellos eran conocidos por quien se

(91) CCiv. y Com. Mercedes, Sala I, 12/10/2006, “Guevara S. c/Ritacco R.”, LLBA, 2007-341; E.D. 221-573.

(92) CNCiv. Sala H, 2/9/2009, “Salas L. c/Gómez C.”, La Ley 2009-E, 542.

(93) CNCiv. Sala E, 2/12/2005, “Zorrilla F. c/Anderle L.”, La Ley 2006-B, 360.

(94) C2ª Civil, Com. Paz y Trib., Mendoza, Sala II, “Furque J. c/Mateo D.”, LL-Gran cuyo, 1999-621; C2ª CC Santiago del Estero, 14/4/98, “Llanos de Ferreira V. c/Abdenur A.”, LLNOA, 1998-1420.

aprovechó de los mismos, así como la (c) obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada (95). En este sentido, se tiene expresado que “debe rechazarse la demanda tendiente a anular o reajustar el contrato de compraventa de una unidad funcional que liga a las partes, si no se acreditaron los requisitos que justifican la aplicación de la lesión alegada, pues en el caso de las tasaciones agregadas a la causa y de la comparación con los precios de venta de unidades funcionales de características similares surge que el precio acordado no era el más bajo de plaza, como manifestara el accionante” (96).

Sin embargo, la carga probatoria extremadamente rigurosa en punto al propósito de aprovechamiento, se ve aligerada en razón de una presunción legal no irrefragable que, al cabo, se transforma en una inversión de la carga de la prueba: “...Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones”. De suerte tal que, aquel a quien se atribuye condición de aprovechador, debe destruir la presunción legal acreditando que la desproporción invocada se halla justificada (97), o que no medió una situación de inferioridad o bien que no aprovechó o explotó tal situación (98).

A su turno, incumbe al demandado acreditar que no se dieron los elementos subjetivos del instituto previsto en el art. 954 del Código Civil ya que, la notable desproporción de las prestaciones hace presumir la explotación por parte del beneficiado del estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del perjudicado” (99).

En caso de duda, la interpretación es restrictiva, haciéndose prevalecer la validez del acto, presumiéndose que las declaraciones de voluntad que él contiene se han realizado acorde con lo que las partes han querido, protegiéndose de esta forma la es-

(95) CNCiv. Sala A, 4/12/92, “Almagro Construcciones c/Agosto E.”, La Ley 1994-B, 577; CCiv. y Com. San Isidro, Sala I, 11/5/95, “Risolea H. c/Bosello E.”, LLBA, 1996-311; Civil y Com., Lomas de Zamora, Sala II, 1/4/97, “Davidoff C. c/Lynch R.”, LLBA 1997-1028; CS Tucumán, Sala civil y penal, 19/3/98, “Banco de Galicia y Buenos Aires c/Vallejo de Paz M.”, La Ley 1998-F, 817.

(96) CNCiv. Sala H, 8/5/2003, “Basili L. c/Almagro Construcciones”, La Ley 2003-E, 920.

(97) LLAMBÍAS, J. J., *Código...*, cit., T. II-B, p. 110.

(98) CNCiv. Sala H, 22/10/96, “Gómez C. c/Álvarez G.”, La Ley 1998-B, 112.

(99) CCiv. y Com. Mercedes, Sala I, 28/372006, “Caino J. c/Baraban S.A.”, E.D. 220-588.

tabilidad de las convenciones y el respeto debido a lo pactado libremente (100).

#### IX. ACCIONES A QUE DA LUGAR. LEGITIMACIÓN ACTIVA. PRESCRIPCIÓN

De la lectura del artículo 954 del Código Civil surge que “podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos”, por lo que una y otra constituyen “las acciones a que da lugar”.

En cuanto a la nulidad es (a) parcial en tanto consiente la conservación del acto, una vez restablecido el equilibrio y (b) relativa en los términos del artículo 1048 del Código Civil, ya que no se halla comprometido el orden público sino sólo el interés particular de las partes, por lo que el acto es factible de ser confirmado y la pretensión renunciada salvo que se lo haya estipulado al tiempo del perfeccionamiento del acto (101) o extinguido por prescripción (102).

El objeto de otra pretensión puede estar dirigido a obtener “un reajuste equitativo del convenio”, lo que equivaldría a una revisión del contrato, que tendría como propósito recomponer el equilibrio (103). Una aplicación de lo expuesto, lo constituye el fallo donde se decidió “hacer lugar al reajuste del acuerdo transaccional por el cual el actor aceptó una indemnización por las lesiones derivadas de un accidente de tránsito y renunció a las acciones legales que pudieran corresponder toda vez que, la notable desproporción entre el resarcimiento debido y lo efectivamente entregado —en el caso, se abonó el 38% de lo que sería una indemnización justa—, autoriza a presumir que la aseguradora demandada se aprovechó de la situación de inferioridad de la víctima del accidente en los términos del art. 954 del Código Civil” (104).

(100) CNCiv. Sala F, 12/5/97, “Salones Acevedo c/G.C.”, La Ley 1997-E, 293; D.J. 1997-3-462; CNCiv. Sala K, 21/12/98, “Sánchez D. c/Rea R.”, La Ley 1999-C, 476; D.J. 1999-2-859; CNCiv. Sala E, 29/4/1998, “C.C.A. c/C.S.M.”, La Ley 1999-A, 406; D.J. 1999-2-39; CCiv. y Com Santa Fe, Sala I, 6/4/2001, “Avataneo H. c/Coassin R.”, LLLitoral, 2002-233.

(101) MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, cit., p. 183.

(102) MOISSET DE ESPANÉS, L., ob. cit., p. 183.

(103) ALTERINI, A.A., ob. cit., p. 383, cuando afirma que el aprovechador al contestar la demanda, puede ofrecer un reajuste de las prestaciones, con lo cual se restablecerá el equilibrio avasallado por el acto lesivo.

(104) CCiv., Com. y Garantías en lo Penal, Necochea, 9/3/2006, “Balbuena E. c/La Perseverancia Seguros”, LLBA, 2006-1091.

Esta revisión también es factible de alcanzarse si, promovida la pretensión de nulidad, el reajuste es ofrecido por el aprovechador al contestar la demanda.

En cambio, promovida la pretensión de reajuste el demandado no podría reconvenir por nulidad ya que la ley no lo legitima para deducirla (105).

Legitimados activos lo son el lesionado o sus herederos. Legitimados pasivos son el aprovechador o sus herederos, siempre y cuando las prestaciones de la víctima hayan ingresado a su patrimonio.

La acción prescribe a los cinco años de otorgado el acto. Si el impugnado constituye un contrato de consumo, de conformidad a lo previsto por el art. 50 de la ley 24.240 modificado por ley 26.361, se mantiene el plazo de prescripción previsto por el art. 954 del Cód. Civil, por tratarse de una ley general más favorable al consumidor.



(105) LLAMBIAS, J. J., *Código...*, cit., T. II-B, p. 111.

## LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS

POR FÉLIX A. TRIGO REPESAS

**SUMARIO:** I. INTROITO.- II. NOCIÓN.- III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.- IV. FUNCIONES.- V. CLASES.- VI. CARACTERES: A) ACCESORIA. B) CONDICIONAL. C) SUBSIDIARIA. D) ESTIPULABLE A FAVOR DEL ACREEDOR O DE UN TERCERO Y TAMBIÉN POR UN TERCERO. E) DE HERMENÉUTICA ESTRICTA. F) DE INMUTABILIDAD RELATIVA.- VII. CLÁUSULAS PENALES EXCESIVAS.- VIII. CLÁUSULA PENAL ÍNFIMA.- IX. LA FLEXIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO ARGENTINO.- X. OBJETO DE LA CLÁUSULA PENAL.- XI. CONDICIONES PARA LA EXIGIBILIDAD DE LA PENA: A) INCUMPLIMIENTO ABSOLUTO O RELATIVO DE LA PRESTACIÓN PRINCIPAL. B) MORA DEL OBLIGADO. C) UN FACTOR ATRIBUTIVO DE LA RESPONSABILIDAD. D) INNECESARIEDAD DEL DAÑO.- XII. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL: A) EN CUANTO AL DEUDOR. B) EN CUANTO AL ACREEDOR. XIII. LA HIPÓTESIS DE SUJETOS PLURALES.

### I. INTROITO

Cuando se trata de la reparación del daño producido por un incumplimiento contractual, la determinación del monto del resarcimiento puede ser efectuado por las mismas partes por adelantado en el momento de celebrarse el respectivo contrato, o aun *a posteriori*, mediante un convenio ampliatorio concluido tiempo después.

### II. NOCIÓN

Nuestro Código Civil define a la cláusula penal en su art. 652, de la siguiente manera: "...es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o no ejecutar la obligación". Aunque quizá pueda decirse con mayor propiedad, que se trata de una estipulación accesoria, por la cual una persona se compromete a una prestación indemnizatoria, para el caso de incumplimiento de una obligación o de no cumplirse la misma en debida forma (1).

(1) BUSSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, Bs. As., Ediar, 1955, T. IV, p. 452, N° 5; CAZEAUX, PEDRO N. - TRIGO REPESAS, FÉLIX A., *Derecho de las Obligaciones*, 4ª ed., Bs. As., La Ley, 2010, T. I, ps. 428 y sig., N° 324; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Manual de obligaciones*, Bs. As., Astrea, 1997, p. 170.

### III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el derecho romano la, "*stipulatio poenae*", como se la denominaba, era una obligación de tipo condicional, que se tornaba exigible ante la frustración de la principal.

Empero en el derecho antiguo, cuando las únicas obligaciones exigibles compulsivamente eran las de dar sumas de dinero, la *stipulatio poenae* vino a posibilitar el cumplimiento forzado de todas las demás obligaciones no dinerarias; puesto que habiéndose estipulado una pena en dinero, el deudor se hallaba entonces obligado a pagarla. El carácter de la cláusula penal en dicho período fue pues esencialmente compulsivo (2).

Más adelante, cuando en el derecho romano se reconoció la exigibilidad de las obligaciones del deudor mediante la ejecución de sus bienes, la cláusula penal se continuó empleando pero con otros fines: a) por su intermedio se libraba ante todo al acreedor de la carga de la prueba del perjuicio sufrido por el incumplimiento; y b) se evitaba asimismo el riesgo del arbitrio judicial en la estimación del daño, dado que el monto del mismo quedaba fijado de antemano en la cláusula pactada. O sea que su carácter en este período pasa a ser preferentemente indemnizatorio (3).

§ 110-a); KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *La cláusula penal*, Bs. As., Depalma, 1981, p. 17, § 14; PIZARRO, RAMÓN D. - VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Bs. As., Hammurabi, 1999, T. 3, p. 46, § 459; STIGLITZ, GABRIEL A. - ECHEVESTI, CARLOS A. Capítulo XIV, "La determinación de la indemnización" en *Responsabilidad civil* de JORGE MOSSET ITURRASPE, AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, CARLOS A. GHERSI, GABRIEL A. STIGLITZ, CARLOS PARELLADA y CARLOS A. ECHEVESTI, Bs. As., Hammurabi, 1992, p. 321, §153-a); JOSSE RAND, LOUIS - BRUN, ANDRÉ, *Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Bs. As., EJE A, 1950, T. 2, vol. I, p. 518, N° 641; PUIG PEÑA, FEDERICO, *Tratado de derecho civil español*, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1946, T. IV, vol. I, p. 78.

(2) CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 429 y sig., N° 325; LAFAILLE, HÉCTOR, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, 2ª ed. actualizada y ampliada por ALBERTO J. BUERES y JORGE A. MAYO, Bs. As., La Ley-Ediar, 2009, T. I, p. 440, N° 246/247; LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Perrot, 1967, T. I, p. 392, N° 319; SALVAT, RAYMUNDO M. - GALLI, ENRIQUE V., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., Bs. As., TEA, 1952, T. I, ps. 217 y sigte., N° 191 y sigte.

(3) CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 429 y sigte., N° 325; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 392, N° 319; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, ps. 217 y sigte., N° 192.

### IV. FUNCIONES

En el derecho moderno la cláusula penal continúa conservando la doble función que tenía en el derecho romano (4), aunque con algunas variantes.

Es ante todo compulsiva, aunque no en el sentido que tuvo en la primer época de Roma, atento que en la actualidad son exigibles compulsivamente todas las obligaciones civiles (arts. 505 y 515 Cód. Civil), por lo que no es necesario recurrir a la cláusula penal para darles fuerza obligatoria. Pero de todas maneras tal cláusula conserva su carácter compulsivo, dado que por su intermedio se puede ejercer una presión psicológica decisiva sobre la voluntad del deudor, inclinándolo hacia el cumplimiento de lo debido para eludir la pena (5); máxime si aquella consiste en una suma elevada y considerablemente superior al de la prestación obligacional (6). Vale decir, en suma, que, "proporciona un incentivo para la conducta debida por el deudor, esto es para el cumplimiento específico de su obligación" (7).

(4) CNCiv., Sala A, 2/9/97, "Bellocchio de Montemayor c/ Portais", J.A. 1998-II-97 y La Ley 1999-B, 792 (41.308-S); ídem, Sala D, 9/9/99, "Martin de Frigerio c/ Artes Gráficas G. SA", La Ley 2000-C, 911 (42.698-S); ídem, Sala I, 9/9/97, "Bernardo Buhacoff SRL c/ Alvarez", La Ley 1999-C, 729 (41.462-C); ídem, Sala L, 4/3/99, "Sigma Octander SRL c/ Hansung AR S.A.", La Ley 2000-C, 914 (42.712-S); CNCom., Sala B, 5/2/99, "Zunghiri c/ Sánchez", La Ley 1999-D, 193 y J.A. 1999-II-155; Cám. Nac. Fed. Civ. Com., Sala II, 3/2/98, "Heltas SRL c/ Instituto Servicios Sociales Bancarios", La Ley 1998-F, 670; ídem Sala III, 10/10/96, "Aguila Refractorios SA c/ Hierro Patagónico de Sierra Grande SA Minera", La Ley 1998-C, 252 y E.D. 173-95; Cám. Apel. Concordia, Sala III civ. y com., 6/3/97, "Cardoso c/ Carballo", La Ley Litoral 1998-2-83 y La Ley 1999-C, 727 (41.452-S); etc.

(5) Cám. Nac. Civil, Sala A, La Ley 1997-B, 180; ídem Sala B, La Ley 1991-B, 143.

(6) ALTERINI, Atilio Aníbal - AMEAL, OSCAR JOSÉ - LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de Obligaciones. Civiles y comerciales*, 4ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008, ps. 336 y sig., N° 673-(1); BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Astrea, 1977, T. 2, p. 395, § 584; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª ed. Actualizada por Alejandro Borda, Bs. As., La Ley, 2008, T. I, p. 219, N° 197; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 430 y sig., N° 326; COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, cit., p. 171, § 110-d); KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., p. 7, § 4; LAFAILLE y BUERES-MAYO, *Tratado de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 440 y sig., N° 246/247; PIZARRO-VALLESPINOS *Obligaciones*, cit., T. 3, ps. 55 y ss, § 552-c); SALVAT-GALLI *Obligaciones en general*, cit., T. I, ps. 218 y sigte., N° 193 y s.; PUIG PEÑA, ob., cit., T. IV, vol. I, p. 77; CNCiv., Sala D, 19/2/56, "Ginocchio c/ Sanguinetti", J.A. 1956-II-400; etc.

(7) ALTERINI, Atilio Aníbal, "La cláusula penal flexible" en La Ley 2009-B, 1120, N° 3 y nota 8.

Y es igualmente indemnizatoria, cualidad que prevalece en la actualidad, dado que mediante la cláusula penal las partes dejan fijada de antemano la indemnización que corresponderá en caso de incumplimiento, evitándose entonces tanto la carga de la prueba de la existencia del daño y de su monto (arts. 655 y 1189 Cód. Civil), como el discrecionalismo judicial sobre tal cuestión. Es en este sentido un, "sucedáneo convencional de los daños e intereses", como acertadamente la denominara Lafaille (8).

## V. CLASES

En el mismo texto del art. 652 del Cód. Civil, ya se alude a dos tipos de cláusulas penales, que se corresponden exactamente con la clasificación de los daños y perjuicios en compensatorios y moratorios.

La cláusula penal compensatoria es la que se pacta para la hipótesis de inejecución absoluta y sustituye a la indemnización de daños y perjuicios (9); en dicha situación, una vez producido el incumplimiento el acreedor debe optar en principio, entre reclamar la pena o exigir el cumplimiento de la prestación (art. 659 del Cód. Civil), salvo convención en contrario (10).

(8) LAFAILLE, HÉCTOR, *Curso de obligaciones*, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1927, T. I, p. 156, N° 290 *in fine*; ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ, CABANA, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 337, N° 673-2); BOFFI BOGGERO, *Trat. de las obligaciones*, cit., T. 2, p. 395, § 584; BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 219, N° 197; BUSO, *Código Civil anotado*, cit., T. IV, p. 461, N° 73; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 430 y sig., N° 326; COLMO, ALFREDO, *De las Obligaciones en general*, 3ª ed., Bs. As., ed. Gmo. Kraft, 1944, ps. 132 y sigte., N°s 163 y 165; COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, cit., p. 171, § 110-d); KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., p. 7, § 4; PIZARRO-VALLESPINOS *Obligaciones*, cit., T. 3, ps. 55 y ss, § 552-c); SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, ob., cit., T. I, p. 220, N° 196; Cám. Fed. Civil, 21/9/67, "Granaro c/ Tetzloff", J.A. 1968-II-182; íd., 28/6/63, "Calderón de Varalla c/ Colmegna de Varalla", La Ley 112-805 (9754-S); etc.

(9) Cám. 3ª Civ., Com. y Minería San Juan, 29/11/2007, "Escolar c/ Bottino", LLGran Cuyo 2008-195.

(10) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 219, N° 197; BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 452, N° 6 y p. 463 y sigte., N°s 91 y ss.; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 431, N° 327; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., ps. 161 y ss., § 110; LAFAILLE Y BUBRES-MAYO *Tratado de las Obligaciones*, cit., T. I, p. 431 y sig., N° 239 y ps. 439 y sig., N° 245; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 393, N° 320; PIZARRO-VALLESPINOS *Obligaciones*, cit., T. 3, ps. 55 y ss, § 552-c); REZZÓNICO, LUIS MARÍA *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, 9ª ed., Bs. As., Depalma, 1961, T. I, p. 242;

La cláusula penal es moratoria cuando se la ha previsto sólo para el supuesto de retardo en el cumplimiento, en cuyo caso el acreedor puede reclamar la prestación y además el pago de la pena moratoria (art. 659 Cód. Civil) (11). Habiéndose resuelto que la cláusula penal pactada no es compensatoria cuando la obra fue ejecutada por otro a costa del obligado, constituyendo entonces indemnización suficiente de los perjuicios así sufridos por el acreedor (12).

## VI. CARACTERES

La cláusula penal tiene los siguientes caracteres: a) accesoria; b) condicional; c) subsidiaria; d) es estipulable a favor del acreedor o de un tercero y por un tercero; e) de hermenéutica restrictiva y f) de inmutabilidad relativa. Pasamos a considerarlos.

a) **Accesoria.** Que la cláusula penal es una obligación que siempre accede a otra principal, resulta de lo expresamente establecido en el art. 524 del Código Civil, en el cual se la menciona como ejemplo de, "*obligaciones... accesorias respecto del objeto de ellas*"; como asimismo del texto de la nota a su artículo 663. Resulta por ende inconcebible una cláusula penal aislada (13).

Y como consecuencias generales de tal carácter accesorio tenemos las siguientes: 1) que el acreedor tiene siempre el derecho de obtener el cumplimiento de la prestación principal, ya que la pena constituye para él una simple opción (art. 659 Cód. Civil), razón por la cual el deudor no puede liberarse pagando esta última (art. 658 Cód. Civil); 2) la nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal, pero no a la inversa (art. 663 Cód. Civil); 3) la extinción de la obligación principal provoca la extinción de la cláusula penal, pero no a la inversa (art. 665 Cód. Civil); 4) la condición o el plazo que afecten el vínculo relativo a la obligación principal se proyectan y alcanzan a la cláusula penal; y 5) la competencia

SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 21, N° 197-a y ps. 244 y ss., N°s 229 a 231.

(11) BORDA *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p., N° 197; BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 464, N°s 95 y 97; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 431, N° 327; COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., p. 140, N° 178; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 393, N° 320; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 242; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 221, N° 197-a.

(12) Cám. Nac. Civil, Sala F, 11/08/2006, "Asyma SA c/ Rusticasa SA", D.J. 2006-3-967.

(13) Cám. Nac. Fed. Civ. Com., Sala III, 10/10/96, "Aguila Refractarios SA c/ Hierro Patagónico de Sierra Grande SA Minera", La Ley 1998-C, 252 y E.D. 173-95.

judicial para entender sobre la prestación principal se extiende a la cláusula penal (14). Aunque de todas formas existen a su turno algunas excepciones a tales principios según se verá a continuación.

Así ante todo se ha dicho en punto a nulidad, que la cláusula penal que garantiza una obligación que no es exigible judicialmente es válida, siempre y cuando se trate de una obligación lícita (art. 666 Cód. Civil); tal como ocurre cuando se garantiza con una cláusula penal el cumplimiento de una obligación natural asumida (15). En tanto para otra posición minoritaria, "la obligación inserta bajo el ropaje de la cláusula penal es la única adeudada" (16).

Y también se menciona el supuesto del art. 664 del Código Civil, que contempla en rigor un caso de promesa del hecho de tercero, al establecer que cuando una persona se obliga mediante una cláusula penal a que un tercero cumpla una prestación, si en definitiva dicho tercero no lo hiciera, subsiste sin embargo la obligación por la penalidad (17). Aunque con relación a este caso otra tendencia doctrinaria, a la que nos sumamos, considera que en realidad no se trata de una excepción a tal principio de accesoriedad de la cláusula penal, por cuanto la obligación del deudor es propia y directa, y por lo tanto su incumplimiento configura la consiguiente responsabilidad (art. 1163 Cód. Civil) (18).

(14) PIZARRO-VALLESPINOS *Obligaciones*, cit., T. 3, p. 65, § 556-b).

(15) ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ, CABANA, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 350, N° 708-(1); BOFFI, BOGGERO, *Trat. de las obligaciones*, cit., T. 2, p. 399 y sigte., § 588; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 433 y sigte., N° 329-a); COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, cit., p. 173, § 110-g)-1); KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., ps. 78 y ss., § 57; LAFAILLE Y BUERES-MAYO, *Tratado de las Obligaciones*, cit., T. I, ps. 432 y sig., N° 240 y p. 444 y sig., N° 250; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 428 y ss., N°s. 351 y 352; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., t.I, p. 247; SALVAT-GALLI *Obligaciones en general*, cit., T. I, ps. 223 y sigte., N°s 200 y 201.

(16) COLMO, *Obligaciones en general*, cit., p. 135, N° 172; PIZARRO-VALLESPINOS *Obligaciones*, cit., T. 3, p. 66, § 566-3.1.

(17) BOFFI BOGGERO, *Trat. de las obligaciones*, cit., T. 2, p.402, § 588; BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 228, N° 214; BUSO, *Cód. Civil anotado*, ob. cit., T. IV, p. 508, N°s 2 y 3; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 433 y sig., N° 329-a); LAFAILLE Y BUERES-MAYO, *Tratado de las Obligaciones*, cit., T. I, ps. 443 y sig., N° 249; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 247; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 223, N° 200.

(18) ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ, CABANA *Derecho de obligaciones*, cit., p. 350, N° 709-1); BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 505, N° 20; COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, cit., p. 173, § 110-g)-1); COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., p. 136, N°s 171 y sigte.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula*

Finalmente, la excepción al principio contenido en la segunda parte del art. 663, sobre que la nulidad de la cláusula penal no afecta a la obligación principal, se da en los casos contemplados en el art. 526 del Código Civil: "Si las cláusulas accesorias de una obligación fueren cláusulas imposibles, con apariencias de condiciones suspensivas, o fueren condiciones prohibidas...", en los cuales, "...su nulidad hace de ningún valor la obligación principal". Se ha dicho que en situaciones semejantes, se considera que la cláusula accesoria está ejerciendo tal presión o extorsión ilegítima con respecto a la obligación principal, que no cabe otra salida que pronunciar la nulidad de esta última (19). Aunque también puede sostenerse con otra parte de nuestra doctrina, que si la pena resulta extorsiva, bastaría con declarar su nulidad para lograr el fin perseguido; ya que de esta manera el cumplimiento de la obligación principal no podría ser exigido por tales medios extorsivos, pero si por los normales legítimos que la ley establece (20).

**b) Condicional.** La cláusula penal es condicional, en el sentido de que su existencia depende del hecho futuro e incierto de que el deudor cumpla o no la prestación principal. Pero debe entenderse que lo condicional reside en la misma esencia y eficacia de la cláusula penal y no aparece en la obligación principal a la que accede. Esta última en efecto no debe considerarse condicional por la sola circunstancia de ir acompañada por una cláusula penal; sino que en todo caso habrá o no de serlo, según que esté o no subordinada a determinados hechos condicionantes (21).

**c) Subsidiaria.** La cláusula penal figura en el contrato como un sustituto de la prestación principal para el supuesto de inejecución de la misma, y en ello consiste su carácter subsidiario.

*penal*, cit., p. 72, § 52-a); PIZARRO-VALLESPINOS *Obligaciones*, cit., T. 3, p. 66, § 556-b)-3.2.

(19) BUSO, *Código Civil anotado*, cit., T. IV, p. 507, N°s 35 y 36; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 434, N° 329-a)-2); COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., ps. 133 y sigte., N° 169.

(20) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 230, N° 217; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., p. 78, §56; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 426, N° 349 y nota 71.

(21) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 214, N° 184-c); CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 435, N° 329-c); COMPAGNUCCI DE CASO *Manual de obligaciones*, cit., ps. 173 y sigte., § 110-g)-2); KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., ps. 84 y sigte., § 63; LAFAILLE Y BUERES-MAYO, *Tratado de las Obligaciones*, cit., t. I, p. 431, N°s 238/239/240/241; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 395, N° 321-d); PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., T. 3, p. 67, § 556-c); REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 248, N° 3.

En su virtud el deudor no puede pretender liberarse del cumplimiento pagando la cláusula penal, tal como lo establece el art. 658 del Cód. Civil; como tampoco puede el acreedor pretender antes de la inejecución, que se le pague la cláusula penal en lugar de la prestación debida, aunque si podrá hacerlo después de producido el incumplimiento de la obligación principal (art. 659 Cód. Civil) (22).

**d) Estipulable a favor del acreedor o de un tercero y también por un tercero.** Este tipo de cláusulas puede ser constituido a favor del acreedor o de un tercero (art. 653 Cód. Civil), aunque lo más común es que lo sea a favor del primero.

E igualmente puede ser constituida por el deudor o por un tercero, según resulta de lo establecido en el art. 518 del Cód. Civil; pese a que lo corriente también es que lo sea por el propio obligado.

**e) De hermenéutica estricta.** Por aplicación del principio del *favor debitoris*, la interpretación de las cláusulas penales ha de ser restrictiva. Por lo cual, verbigracia, no sería posible extender una cláusula compensatoria para sancionar la mora del deudor, o hacerla más gravosa de lo convenido; ni tampoco se podría entender que efectivamente se había pactado una cláusula penal, existiendo dudas sobre si realmente se convino o no la misma (23).

(22) ALTERINI-AMBAL-LÓPEZ, CABANA, *Derecho de obligaciones*, cit., ps. 350 y sig., N° 710; BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, cit., T. 2, ps. 403 y ss., § 489; BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 214, N° 184-b); CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 434 y sig., N° 329-b); COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, cit., p. 174, § 110-g)-3); KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., p. 86, § 65; LAFAILLE y BUERES-MAYO, *Tratado de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 431 y sigte., N° 239; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 394, N° 321-b); PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., T. 3, pp. 67 y sigte., § 556-e); REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 248, N° 2°; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 221, N° 197-b); Cám. Civ. Com. Rosario, Sala II, 25/6/98, "Publicar Propaganda SRL c/ Brañas Publicidad", LLLitoral 1998-2-941.

(23) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 217, N° 190; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 445, N° 337; COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., p. 138, N° 178; COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, cit., p. 176, § 110-g)-5); DE GÁSPERI, Luis - MORELLO, Augusto Mario, *Tratado de Derecho Civil*, Bs. As., TEA, 1964, T. III, p. 567, nota 13-a, apart. III; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., ps. 20 y ss., §§ 17 y 18; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 395, N° 321-f); PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., T. 3, ps. 68 y sigte., § 556-h); Cám. 1ª Civ. Com. Córdoba, 26/2/98, *Banco Roela c/ Cariddi*, LLC 1999-853 y La Ley 1999-F, 737 (42.023-S).

**f) De inmutabilidad relativa.** Por la trascendencia de esta característica y las cuestiones a que ha dado lugar, se la considera más detalladamente a continuación.

**f.1) Principio general.** La inmutabilidad de este instituto implica, según así resulta de lo dispuesto en los arts. 655, 656 y 1189 del Código Civil, que después de pactada la cláusula penal, ya no será posible cambiarla, ni pretender su incremento o disminución. En efecto, cuando se ha pactado una cláusula de esta índole: el acreedor no tiene derecho a reclamar una indemnización mayor aunque pruebe que la señalada en la cláusula penal no es suficiente (art. 655); el deudor no puede liberarse del pago de la cláusula penal aunque demuestre que el acreedor no ha sufrido ningún perjuicio (art. 656); y la indemnización, en suma, ha de consistir exclusivamente en el pago de la pena (art. 1189 Cód. Civil). Aunque cabe agregar desde ya que tal inmutabilidad es relativa.

Para fundamentar este principio de la inmutabilidad se han dado las siguientes razones: a) se evitan con él las discusiones de las partes y el arbitrio de los jueces; b) se reconoce el derecho de los interesados de convenir libremente la indemnización del daño (art. 1197 del Cód. Civil); y c) nadie mejor que las propias partes para conocer aproximadamente el monto de los daños (24).

De todas formas esta regla, según se verá, ya tenía sus excepciones en el primigenio texto del Código Civil redactado por Vélez Sarsfield y su relatividad se ha ampliado después de la reforma del decreto-ley 17.711/68, con el segundo párrafo agregado a su art. 656.

**f.2) Derecho comparado.** El derecho romano había consagrado el principio de la inmutabilidad de la cláusula penal, pero Dumoulin y Pothier se manifestaron en contra de este enfoque y por razones de humanidad defendieron la postura de que los jueces podían intervenir para moderar las penas excesivas (25). Empero

(24) BOFFI BOGGERO, *Trat. de las obligaciones*, cit., T. 2, p. 412, § 591; BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 485, N° 11 y ss.; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 435 y ss., N° 330; COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., p. 136, N° 173; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Inmutabilidad de la cláusula penal y la incidencia de la desvalorización monetaria*, La Plata, ed. Lex, 1979, p. 15, N° 2; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., ps. 89 y sigte., § 66; PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., T. 3, p. 74, § 559; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 249 y ss.; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, ps. 228 y sigte., N° 10.

(25) BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 490, N° 52; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 511 y sigte., N° 334; LAFAILLE y

el Código Civil francés, apartándose excepcionalmente de Pothier y de los antecedentes nacionales, estableció el principio de la inmutabilidad en su art. 1152.

El Código Civil alemán (arts. 340-343), el suizo de las obligaciones (art. 163), el polaco de las obligaciones (arts. 84 y 85), el Código Civil de Perú (art. 1376), el de Portugal (art. 812), el de Italia (arts. 1382-1384), el de Paraguay (art. 459) y el de Bolivia de 1976 (art. 535), se han inclinado a conceder al juez la facultad de modificar las cláusulas excesivas. Y en el derecho alemán no sólo se acuerda a la justicia la facultad de reducir las cláusulas exorbitantes, sino también el de aumentar las que resultan insuficientes para indemnizar el daño causado (26).

Otra forma de encarar el problema es la que utilizan ciertos códigos, como el de Chile (art. 1544), el anterior de Brasil (art. 920) y el de México (art. 1843), que fijan un tope máximo a las cláusulas penales, más allá del cual carecen de validez.

Pudiendo decirse entonces, que de una manera u otra, prevalece en el derecho moderno la tendencia de moderar las cláusulas penales desmesuradas.

f.3) *Excepciones.* a) *Cumplimiento defectuoso aceptado por el acreedor.* Como primer excepción cabe mencionar el supuesto del cumplimiento parcial, o irregular, o fuera de tiempo o de lugar, aceptado voluntariamente por el acreedor, para el cual prevé el art. 660 que: "...la pena debe disminuirse proporcionalmente, y el juez puede arbitrarlo si las partes no se conviniesen"; lo cual constituye evidentemente una solución de equidad. En efecto, el acreedor hubiera podido rechazar ese pago incompleto, irregular, extemporáneo o fuera de lugar (doctrina de los arts. 673 y 742 del Código Civil); pero si no obstante lo acepta, lo cual presupone que tal cumplimiento le ha sido en alguna medida útil, de permitírsele el cobro de la totalidad de la cláusula

BUERES-MAYO, *Trat. de las Obligaciones*, cit., T. I, ps. 223 y sigte., N° 241; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 406, N° 332; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 253 y ss.; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 230, N°s 211-213.

(26) BUSSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 489, N° 43 y p. 490, N° 53; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 441 y sig., N° 334; COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., ps. 136 y sigte., N° 174; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 407, N° 332; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 254; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, ps. 230 y sigte., N°s 213/214-a.

sula penal se infringiría, ante todo, el principio que prohíbe acumular la pena y la prestación (art. 659 Cód. Civil), y además se le estaría consintiendo un exceso o demasía en ese proceder de su parte y posibilitándosele aún un enriquecimiento sin causa (27).

b) *Daños distintos a los previstos en la cláusula.* Se aceptan asimismo como excepción al principio de la inmutabilidad de la pena, los casos en que con motivo del incumplimiento se producen daños diferentes a los tenidos en cuenta en la cláusula pactada. El supuesto típico de daños distintos se da si se estipuló una pena por daños moratorios y el incumplimiento fue total, o si a la inversa se previó solamente la hipótesis de inejecución absoluta y se hubiesen producido además perjuicios moratorios; puesto que entonces parece lógico reconocer al acreedor el derecho de reclamar, además de la pena pactada, la indemnización de esos perjuicios diferentes (28).

En este sentido se ha considerado que si las consecuencias dañosas para el acreedor no se hallaban comprendidas en la cláusula penal pactada con otra finalidad, por tratarse de un daño sobreviniente a la ruptura del contrato y por lo tanto no contemplado en la

(27) BOFFI BOGGERO, *Trat. de las obligaciones*, cit., T. 2, ps. 414 y sigte., § 591; BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 225, N° 206; BUSSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 496 y sigte., N°s 3 y ss.; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 436, N° 330-a); COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., p. 137, N° 176; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., p. 92; LAFAILLE y BUERES-MAYO, *Trat. de las Obligaciones*, cit., T. I, ps. 434 y ss., N° 241; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 250 y sigte.; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 248, N°s 233 a 235.

(28) BUSSO, *Cñod. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 488, N°s 38 y ss.; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 437 y sigte., N° 330-c); COLMO, *Obligaciones en general*, cit., p. 138, N° 178; COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, cit., p. 175, § 110-g)-4.; GIORGI, JORGE, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno* trad. de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Ed. Reus, 1911, T. IV, p. 476, N° 452; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, pp. 251 y ss.; ROCA SASTRE, RAMÓN M<sup>a</sup>. - PUIG BRUTAU, JOSÉ, "La cláusula penal en las obligaciones contractuales", en *Estudios de derecho privado*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1948, T. I, p. 282; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 234, N° 216; S.C.B.A., 31/12/43, "Barone c/ Alessio", La Ley 34-257; CNCiv., Sala A, 4/4/67, "Bergmann de Ereny c/ Salgado", La Ley 127-355 y J.A. 1967-IV-249; ídem, Sala B, 18/9/67, "Vacani c/ Eyo de Gil", J.A. 1968-I, 431; ídem, Sala C, 28/2/67, "Comendez Newton c/ Lusa", La Ley 126-56 y E.D. 19-83.

pena convenida, el deudor debe el resarcimiento de ese daño que se origina en una causa o título distinto al estipulado en la cláusula penal (29).

**c) Daños derivados de un incumplimiento doloso del deudor.**

También se menciona como encuadrado dentro de la excepción que nos ocupa, al caso del incumplimiento doloso del deudor. En efecto, se ha entendido que la cláusula penal produce un efecto limitativo del resarcimiento en los supuestos normales de incumplimiento imputable a culpa del deudor (caso general del art. 520 del Cód. Civil), "pero si interviene una novedad tan extraordinaria y particularmente ilícita como es el dolo del deudor, al margen del juego ordinario de la cláusula penal es indispensable aplicar el régimen especial represivo del dolo. Por tanto el deudor responderá hasta un cierto monto por efecto de dicha cláusula y por el daño adicional en los términos del art. 521 del Código Civil, por razón de su dolo" (30).

## VII. CLÁUSULAS PENALES EXCESIVAS

**a) Planteamiento de la cuestión.** Cuando una cláusula penal consiste en una prestación cuyo valor resulta notoriamente desproporcionado con respecto a los daños producidos, la doctrina y jurisprudencia anteriores a la reforma de la ley 17.711/68, ya habían reconocido a los jueces potestad para intervenir y poner un límite a tales exageraciones; aunque a ello se llegara luego de un prolongado desarrollo.

La primera posición frente al originario texto del art. 656 del Código Civil, fue la de acatar lisa y llanamente el principio de la inmutabilidad de la cláusula penal consagrado en el mismo. Después esa solución se fue morigerando, al tiempo que se empezó a considerar inaceptables ciertas cláusulas penales; y así se derivó el tema central de discusión, a decidir si en tales casos co-

(29) CNCiv., Sala B, 17/2/67, "Boveris c/ Vasallo", La Ley 126-736.

(30) ALTERINI, ATILIO A., *La cláusula penal flexibles*, cit., en La Ley 2009-B, 1128, N° 12; BOFFI BOGGERO, *Trat. de las obligaciones*, cit., T. 2, p. 417, § 592; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 437 y sig., N° 330-c); KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., p. 100, § 74 y ps. 140 y ss., § 104; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. IV, p. 421, N° 342; PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., T. 3, p. 81, § 559-d)-2.2.1.; REZZÓNICO, LUIS MARÍA, "La inmutabilidad de la cláusula penal y la inejecución dolosa de la obligación", nota a fallo en La Ley 126-201; CNCiv., Sala A, 13/12/66, "Ucha Porto c/ Levin", E.D. 19-69, J.A. 1967-III-75 y La Ley 126-201.

rrespondía invalidar toda la cláusula penal o sólo reducirla a sus justos límites. Finalmente se impuso justificadamente esta última postura, por cuanto se entendió que lo ilícito no se encontraba en la cláusula penal en sí, que por cierto podía ser pactada válidamente, sino en su exceso o abuso; por lo que no correspondía su completa anulación, sino la reducción por los tribunales de la demasía de las penas excesivas.

Ahora bien, esta facultad morigeradora que los jueces se fueron arrogando lentamente en punto a la cuestión de la inmutabilidad de la cláusula penal, vino a convertirse en una expresa facultad legal, con el segundo párrafo agregado al art. 656 del Código Civil por la ley 17.711/68, que reza: "Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor". Con lo cual ya no caben dudas de que ahora el sistema adoptado por nuestro derecho privado en esta materia, es el de la inmutabilidad relativa de la cláusula penal (31). Habiendo resuelto la jurisprudencia mayoritariamente, que la facultad de reducción es excepcional y debe ser ejercida con suma prudencia (32) y criterio restrictivo, debiendo intervenir el Poder Judicial sólo cuando se configure un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor y por ende no exista equilibrio entre la importancia de la pena y la conducta del incumplidor (33).

Doctrina (34) y jurisprudencia han precisado también cuales son las pautas a tenerse en cuenta, con ajuste al segundo párrafo

(31) CNCiv., Sala E, 17/7/97, "Acerbo c/ Ecoplan SRL, La Ley 1998-C, 619 y E.D. 176-57; ídem Sala F, 18/6/98, "Muller c/ Galeano", La Ley 1998-F, 434.

(32) CNCiv., Sala C, 3/7/84, "Blanco c/ Egaña Construcciones S.A.", J.A. 1985-II-454 y E.D. 111-178; ídem, Sala D, 8/9/83, "Acalia c/ Herrera de González", E.D. 107-554; Cám. Nac. Esp. Civ. Com., Sala V, 12/3/87, "Forcini c/ García", J.A. 1988-II-60; Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala I, 19/10/99, "De Figueiredo c/ Fontana", LLBA 2000-647.

(33) CNCiv., Sala C, 28/11/91, "Gridel c/ García", La Ley 1992-B, 575; Cám. Nac. Com., Sala B, 22/7/91, "Roteda c/ Asorte SA", La Ley 1991-E, 396; ídem Sala C, 6/5/2005, "Torossian c/ Barúa Aragón", La Ley 2005-D, 733; ídem, Sala D, 14/7/84, "Albertengo c/ Riglos", La Ley 1985-C, 77; íd., 8/9/83, "Acalia c/ Herrera de González", E.D. 107-554; ídem Sala F, 29/3/85, "La Belga c/ Basterrechea S.A.", La Ley 1986-A, 252.

(34) ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, cit., ps. 344 y sigte., N° 698/699; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en el, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* de Alberto J. BUERES y

del art. 656 del Cód. Civil, para la determinación del exceso, a saber:

**b) La gravedad de la falta sancionada** (35). Esta expresión que hace referencia al grado de reproche que merece el incumplimiento y también al resultado objetivo que él produce.

**c) El valor de las prestaciones** (36) y **el daño sufrido**. O en su caso, la relación entre la proporción del valor de lo pagado tardíamente y el monto total de la prestación; como así el tiempo de la demora en el pago (37).

Por lo demás, la desproporción debe subsistir en el momento de la aplicación de la cláusula penal, dado que sólo entonces podrá determinarse en concreto, si hay o no relación entre los daños causados por el incumplimiento y la pena. Pero con buen criterio el legislador no ha establecido límites fijos vinculados al valor de las prestaciones, sino que todo dependerá de las circunstancias del caso (38).

Así en un caso se decidió que el monto de la multa no debe superar el treinta por ciento (30%) del valor total de la operación convenida (39). Y en otro de locación de una obra jurídica que no fuera restituida, pero cuya devolución recién se demandara casi 10 años después, el monto total de la pena —el importe actualizado del canon locativo desde la mora y hasta la fecha de su efectivo pago— se redujo a sólo dos años, por ser éste el período mínimo estimado por

ELENA I. HIGHTON, Bs. As., Hammurabi, 1998, T. 2-A, art. 656, ps. 560 y ss., § 3-b); ídem, *La cláusula penal*, cit., ps. 110 y ss., §§ 81 a 85; PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., T. 3, ps. 78 y sigte., § 559-d)-2.1.1.

(35) Cám. Nac. Com., Sala A, 2/12/2008, "Jurídica Pueyrredón SRL c/ Jara", E.D. 232-149.

(36) Cám. Nac. Com., Sala A, 2/12/2008, "Jurídica Pueyrredón SRL c/ Jara", E.D. 232-149.

(37) Cám. Nac. Com., Sala C, 28/10/2003, "F.J.W. SA del Transporte c/ Transcolor SA", en La Ley Online.

(38) CNCiv., Sala C, 6/5/2005, "Torossian c/ Barúa Aragón", La Ley 2005-D, 733; ídem Sala F, 18/6/98, "Muller c/ Galeano", La Ley 1998-F, 434; íd., 10/3/88, "Aimasso c/ Barmak", La Ley 1988-E, 183; ídem, Sala G, 29/7/80, "García Orosco c/ Ollantay S.A.", La Ley 1982-B, 59; ídem, Sala I, 9/9/97, "Bernardo Buhacoff SRL c/ Alvarez", La Ley 1999-C, 729 /41.462-S), íd., 10/12/97, "González c/ Marino", La Ley 1998-C, 194; ídem, Sala J, 16/11/90, "Música Funcional S.A. c/ Rolco S.A.", La Ley 1991-C, 9; CNCom., Sala E, 30/8/91, "Equitel S.A. c/ Pet Industrial S.A.", La Ley 1992-A, 219; etc.

(39) Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala I, 19/10/99, "De Figueiredo c/ Fontana", LLBA 2000-647.

la actora como de amortización de los libros que arrienda; puesto que lo contrario habría resultado irrazonable y desproporcionado en función del resultado económico que así hubiese logrado la demandante, máxime teniendo en cuenta que se trataba de un libro jurídico —cosa fungible— que bien pudo haber sido reemplazado por otro equivalente en un tiempo razonable y por una suma notoriamente inferior, así como que con su retraso desleal la parte actora pretendió concretar un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor (40).

Y otros elementos importantes tenidos en consideración para evaluar el verdadero daño sufrido, han sido: si el comprador, acreedor de la cláusula, gozó de la posesión del inmueble (41); si debió pagar reajustado el saldo de precio y lo consignó oportunamente (42); si se pudo o no resolver rápidamente el vínculo contractual (43); si estaba o no autorizado para retener las mejoras sin indemnización alguna (44); etcétera.

**d) Origen y naturaleza de la prestación principal a la que accede**. A veces el objeto de la cláusula penal constituye un porcentaje sobre la suma de dinero pactada como obligación principal; en cuyo caso existe cierta analogía entre el problema de la limitación de las cláusulas penales y el tope permitido para los intereses. Por eso se ha fallado que en el contrato de mutuo, los intereses punitivos tienen el carácter de una verdadera cláusula penal (45); y en esta línea algunos fallos han recurrido al tope fijado por el art. 622 del Cód. Civil (46), en tanto otras sentencias permiten la reducción aun cuando las penas no superen las tasas bancarias (47).

Pero tal analogía no es identidad, debiendo meritarse a que tipo de contrato accede la cláusula; habiéndose resuelto en tal sen-

(40) Cám. Nac. Com., Sala A, 2/12/2008, "Jurídica Pueyrredón SRL c/ Jara". E.D. 232-149, con nota aprobatoria de LUIS R. CARRANZA TORRES, "Una aplicación de la Verwirkung en el derecho argentino".

(41) CNCiv., Sala D, 8/9/83, "Acalia c/ Herrera de González", E.D. 107-554; ídem, Sala F, 3/8/90, "Bulo c/ Comisión Municipal de Vivienda", J.A. 1991-II-607.

(42) CNCiv., Sala G, 6/6/84, "Trapero c/ Vázquez de Fanjul", E.D. 110-537.

(43) CNCiv., Sala C, 3/2/84, "Saucó c/ Menasce", E.D. 110-497.

(44) CNCiv., Sala C, 7/7/81, "Arredondo c/ Romanelli de Paz", E.D. 95-218.

(45) CNCom., Sala A, 8/5/84, "Menning c/ Bco. Sudameris", E.D. 109-690.

(46) CNCiv., Sala F, 22/12/89, "Sococia S.A. c/ Interieur Forma S.A.", La Ley 1991-C, 478; CNCom., Sala B, 22/7/91, "Roteda c/ Asorte S.A.", La Ley 1991-E, 396.

(47) CNCiv., Sala G, 12/3/81, "Cosmos S.A. c/ Groisman", La Ley 1981-D, 213.

tido que, "no es aplicable la tasa máxima de interés si la cláusula penal accede a un contrato de locación y no a uno de mutuo" (48).

e) **El abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.** La reducción de la cláusula penal entronca aquí con el instituto de la lesión, también incorporado por la ley 17.711/68 en el art. 954 del Cód. Civil; habiéndose enfrentado dos posturas en la jurisprudencia sobre la cuestión existen.

Para una el recaudo es autónomo y por lo tanto, "si no existe un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor, considerando la pena con relación principalmente a su monto y las demás circunstancias del caso, los jueces no pueden reducirla, porque ello sería atentatorio contra el art. 17 de la Constitución Nacional" (49).

Para la otra la existencia del abusivo aprovechamiento surge incontestablemente de los hechos, sin posibilidad de razonamiento o de prueba en contrario, cuando la diferencia en más derivada de la aplicación de la pena es en sí misma y objetivamente exorbitante; o sea, lo decisivo es el elemento objetivo: si hay desproporción notoria, corresponde la reducción (50). En suma, la carencia de efectivo aprovechamiento por parte del acreedor no puede obstar al reajuste de la pena, ya que la desproporción hace presumir el aprovechamiento, y porque en todo caso, subsiste la inmoralidad o la ilicitud del objeto de la cláusula penal excesiva (51).

(48) CNCiv., Sala C, 7/8/90, "Meaca de Galfrascoli c/ Pologna", La Ley 1991-A, 510; íd., 28/11/86, "Montagna c/ Montagna", La Ley 1987-C, 256.

(49) CNCom., Sala D, 15/8/83, "Banco Santurce S.A. c/ Proelec S.A.", citado por RICARDO AUGUSTO NISSEN, en "Obligaciones. Jurisprudencia comercial" en La Ley 1985-C, 667, N°s 1 y 2. Comparar: CNCiv., Sala B, 11/2/81, "Castilla c/ Mazzeo", E.D. 93-329 y J.A. 1981-III-594; ídem Sala F, 31/7/86, "Alvarez c/ Marinero", J.A. 1987-III-328.

(50) CSJN, 18/12/90, "Lucchini c/ Macroasa Crothers Maquinarias S.A.", J.A. 1991-II-151 y La Ley 1991-D, 97; Cám. Nac.Com., Sala A, 2/12/2008, "Jurídica Pueyrredón SRL c/ Jara", E.D. 20/04/2009, fallo 55.867.

(51) CNCom., Sala A, 9/3/90, "Teletex S.A. c/ Isalu S.A.", La Ley 1990-D, 353; íd., 30/12/83, "Fiori c/ Villaruel S.R.L.", citado por RICARDO A. NISSEN en "Obligaciones. Jurisprudencia comercial" en La Ley 1985-C, ps. 667 y sigte., N°s 3 y 4; CNCiv., Sala C, 16/2/88, "Maidana de Pis c/ Forlenza", La Ley 1989-E, 498; íd., 8/3/88, "Hisi c/ Salvati de Ballazi", La Ley 1988-D, 522 (30.016-S); ídem, Sala F, 29/3/85, "La Belga S.C.A. c/ Basterrechea S.A.", J.A. 1986-II-418; íd., 10/3/88, "Aimasso c/ Barmak", J.A. 1989-I, 845; Cám. Nac. Esp. Civ. Com., Sala I, 23/12/82, "Lozancic c/ Alvarado", E.D. 103-736.

En Italia inclusive se ha decidido, que procede la reducción judicial de oficio de la cláusula penal, si la obligación principal había sido parcialmente cumplida, pues entonces el mantenimiento de la integridad de aquélla se traduciría en una pena excesiva, en relación a la porción no cumplida de la prestación debida (52). Habiéndose también resuelto entre nosotros, la procedencia de la reducción de oficio de la cláusula penal que resulta desmesurada (53).

La prudencia de los jueces seguirá pues teniendo amplio campo de acción en este tema. Y por su parte quienes convengan cláusulas penales, deberán extremar el cuidado de no hacerlo por montos tan bajos que no signifiquen ninguna presión sobre la voluntad del obligado, ni tan elevados que afecten los principios que la ley y la jurisprudencia han tenido en cuenta, exponiéndolos al alcance del arbitrio judicial (54).

### VIII. CLÁUSULA PENAL ÍNFIMA

A la inversa de lo que se ha venido viendo hasta ahora, nuestra jurisprudencia también ha resuelto que corresponde admitir la reparación de los perjuicios suplementarios no cubiertos por una cláusula penal ínfima, con el argumento de que la inmutabilidad de la cláusula penal puede ser dejada de lado, no sólo cuando la pena es exorbitante sino también cuando es insignificante; atento que, "la pena ínfima convenida implica una suerte de dispensa del dolo del deudor, pues es claro que éste se reserva la posibilidad de cumplir o no según su arbitrio, si ha pactado para el caso de incumplimiento una pena irrisoria" (55).

(52) C. Cas. Civil Italia en pleno, 13/9/2005, Sentencia N° 18.128, La Ley 2005-E, 638.

(53) Cám. Nac. Civil, Sala H, 25/08/2004, "Sigal c/ Santacruz Arévalo", D.J. 2004-3-971; Cám. Civ. Com. Morón, Sala II, 25/03/2004, "Palavicini c/ Careaga Licete", LLBA 2004-1029.

(54) CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 441, N° 332 *in fine*.

(55) ALTERINI, Atilio A., "La cláusula penal flexible", en La Ley 2009-B, ps. 1127 y sig., N°s 11 y 12; ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 349, N° 705-(2); CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 441, N° 333; COMPAGNUCCI DE CASO, *Inmutabilidad de la cláusula penal...*, cit., ps. 50 y ss., letra B); KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., ps. 144 y ss., §§ 105 y 106; PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., T. 3, ps. 81 y sigte., § 559-d)-2.2.2.; RAMELLA, ANTEO E. "Arras confirmatorias penales y cláusulas penales" en La Ley 1987-C, 676; RIPERT, GEORGES - BOULANGER, JEAN, *Tratado de*

### IX. LA FLEXIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO ARGENTINO

Sobre el respecto señala Atilio Aníbal Alterini, que el sistema del Código Civil argentino es singular en la legislación comparada. Lo cual es así, atento que el mismo: "Admite la reducción de ciertas cláusulas penales, como lo hacen actualmente la mayoría de los sistemas del Mundo, dejando así de lado la inmutabilidad que previó el modelo francés original. Pero —a diferencia de aquéllos— ubica literalmente tal reducibilidad en el terreno de la lesión subjetiva, pues no pondera exclusivamente la cuantía excesiva de la prestación prevista como pena (aunque en los hechos tal exceso tenga máxima relevancia para la reducción); y acertadamente no adopta el criterio de algunos códigos latinoamericanos que establecen relaciones rígidas con el monto de la prestación principal. Además, a la manera del Código Civil alemán, la reducción de la pena no puede ser resuelta de oficio sino a pedido de parte, y queda descartada cuando el deudor la hace efectiva. Pero la cláusula penal no ha sido tan flexibilizada como en los Códigos alemán y suizo, que siempre dan lugar al reclamo de los daños que sobrepasan su cuantía, pues la sobreindemnización sólo procede en ciertos supuestos excepcionales. En definitiva, la cuestión ha sido puesta en manos de los jueces, y por ello es preciso tener en cuenta que "el difícil equilibrio entre la seguridad jurídica general y la equidad particular exige de los magistrados el máximo celo en la evaluación de las circunstancias de hecho que habilitan estos remedios de excepción (56)" y, como "la seguridad jurídica es inescindible de la justicia y sólo ante una notoria iniquidad podrá desconocerse la ley de partes establecida por las convenciones con que éstas integran sus contratos" (57), (58).

### X. OBJETO DE LA CLÁUSULA PENAL

El objeto de la cláusula penal es la pena o multa convenida o indicada por la ley, que puede consistir en cualquier clase de prestación lícita. El art. 653 del Código Civil permite concluir, en efecto,

*derecho civil, según el Tratado de Planiol*, trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, La Ley, 1965, T. IV, p. 497, N° 840; CNCiv., Sala A, 10/8/71, "Chioca c/ Coarsa S.R.L.", La Ley 146-341 y E.D. 43-617.

(56) CAIVANO, R. J., "Autonomía de la voluntad vs. equidad (A propósito de la revisión de una cláusula penal)" en La Ley 1994-C, 420.

(57) SMAYEVSKY, M., "Cláusula penal y buena fe", en La Ley 1991-E, 22.

(58) ALTERINI, ATILIO A., "La cláusula penal flexible", cit. en La Ley 2009-B, 1138, N° 37.

que pueden ser objeto de la cláusula penal tanto el dinero, como las cosas, los hechos y las abstenciones y aún la pérdida de derechos o beneficios (59). Pero lo más común es que se la fije en una suma de dinero.

De otra parte, el objeto de la cláusula penal debe ser lícito, ya que es aplicable al mismo todo lo que el art. 953 del Código Civil establece sobre el objeto de los actos jurídicos, o sea que debe consistir: en cosas que estén en el comercio o no sean prohibidas; o en hechos posibles, no prohibidos, que no sean contrarios al orden público ni a las buenas costumbres, y que no afecten derechos de terceros.

### XI. CONDICIONES PARA LA EXIGIBILIDAD DE LA PENA

Hay una gran similitud entre las condiciones requeridas para la procedencia de la reclamación de los daños y perjuicios y los necesarios para pretender la exigibilidad de la cláusula penal.

Así, de la misma manera que en materia de daños y perjuicios, para hacer valer la cláusula penal se requiere:

*a) incumplimiento absoluto o relativo de la prestación principal*, según se trate de pena compensatoria o moratoria (60);

*b) mora del obligado* (61), tema sobre el cual existen dos normas aparentemente contradictorias, cuya interpretación diera lugar a posturas contrapuestas.

(59) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 216, N° 188; BUSO, *Código Civil anotado*, cit., T. IV, ps. 471 y ss., N°s 1 a 10; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", cit., T. I, ps. 444 y sigte., N° 336; COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., p. 138, N° 177; LAFAILLE y BUBRES-MAYO, *Trat. de las Obligaciones*, cit., T. I, p. 439, N° 243; LLAMBIAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 404, N° 330; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 249; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, ps. 227 y sigte., N°s 208 y 209.

(60) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 220, N° 199-200; BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 466, N° 114; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 448, N°s 339 y 340; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., p. 175, § 118; PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., T. 3, p. 85 y sigte., § 561-a); REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 255; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 235, N° 219.

(61) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 220, N° 199-200; BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 466, N° 114; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 448, N° 339; COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., ps. 138 y sigte., N° 179; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., ps. 175 y ss., §§ 118 y ss.; LLAMBIAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, ps. 440 y ss.,

En efecto, el art. 654 del Cód. Civil expresa: "*Incurrir en la pena estipulada, el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido*", lo que da la sensación de que no habrá de ser necesaria la previa interpelación al obligado para que el mismo incurra en mora; y el subsiguiente art. 655 que dispone en cambio que: "*La pena o multa impuesta en la obligación, entra en lugar de la indemnización de perjuicio e intereses, cuando el deudor se hubiere constituido en mora*", haciendo pensar en la necesidad del previo requerimiento de pago al deudor para su constitución en mora.

Ello dio lugar en su momento, como se dijo, a una controversia interpretativa que dividió a nuestra doctrina y jurisprudencia (62). Pero dicha discusión ha perdido mayormente su interés después de la reforma del art. 509 del Código Civil por la ley 17.711/68, que estableció como principio general de nuestra legislación, el de la mora automática por el sólo no cumplimiento en el tiempo debido. Aunque empero será todavía necesaria la previa interpelación al deudor, para que juegue la cláusula penal, en aquellos supuestos que han quedado en nuestro régimen como excepciones a la mora de pleno derecho (63).

**c) Un factor atributivo de la responsabilidad**, a cuyo respecto se encuentran igualmente divididas las opiniones, sobre si es o no preciso para que proceda la pena, que medie además culpa o dolo del deudor de la obligación principal incumplida.

En este sentido, para una corriente que entiende que para que se produzca la mora basta con el mero retardo, desprovisto de toda connotación axiológica subjetiva u objetiva, tal exigencia resulta obviamente innecesaria (64), puesto que la sola demora del deudor habrá de abrir las puertas a la aplicabilidad de la cláusula penal.

Nº 361 bis; PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., T. 3, ps. 86 y sigte., § 561-a) y b); REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 255; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 235; Nº 219.

(62) Sobre este tema puede verse, por todos: CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 448 y ss., Nº 341.

(63) CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 448 y ss., Nº 342; COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, cit., p. 177, § 110-h); KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., ps. 199 y ss., §§ 134 y ss.; PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., T. 3, ps. 86 y 87, § 561-b).

(64) LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *La demora en el derecho privado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989, ps. 93 a 95, Nº 3.

Para otra tendencia en cambio, es indispensable que la inejecución de la prestación principal sea imputable a culpa, o *a fortiori* a dolo, del deudor, para que la cláusula penal entre en vigencia (65).

Y por último también se ha sostenido que siempre es menester la presencia de un factor de atribución que califique el incumplimiento absoluto o relativo de la prestación principal, para que proceda la cláusula penal; pero que tal factor puede ser *objetivo* en la *obligaciones de resultado* (riesgo creado, garantía, etc.) y *subjetivo*, o propiamente imputativo, en las de *medios* (dolo, culpa) (66).

**d) Innecesariedad del daño.** Por el contrario no se exige en cambio la existencia de algún daño (67), según resulta de lo expresamente dispuesto en la primera parte del art. 656 del Código Civil: "*Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno*" (68); pero como contrapartida: "*...el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente*" (art. 655 Cód. Civil). O sea que la cláusula penal es una indemnización *a forfait*, a ganancias y pérdidas (69), por la cual: el acreedor toma a su cargo el riesgo de que los daños efectivos del incumplimiento superen el tope fijado por la cláusula, y el deudor a su vez

(65) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, ps. 220 y sig., Nº 201; BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 466, Nº 114; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 448, Nº 339; COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., ps. 139 y sigte., Nº 180; LAFAILLE Y BUBRES-MAYO, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, ps. 432 y ss., Nº 240; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 255; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 235, Nº 219; CNCiv., Sala I, 1/6/2000, "Pérez c/ Torres", La Ley 2000-E, 675.

(66) PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., T. 3, p. 88, § 561-c); CNCiv., Sala G, 2/6/2000, "El Gallardo SA c/ Mantovani", La Ley 2000-E, 910 (43.116-S).

(67) CNCiv., Sala C, 14/7/98, "Administración Aquilino c/ Guerra", La Ley 1999-D, 114.

(68) BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 462, Nº 80; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 448, Nº 339 y 452 y sigte., Nº 343; COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., p. 136, Nº 173; LAFAILLE Y BUBRES-MAYO, *Tratado de las Obligaciones*, cit., T. I, ps. 440 y ss., Nº 246/247; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 436, Nº 359; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 255; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 243, Nº 224.

(69) RIPERT-BOULANGER *Tratado de derecho civil, según el Tratado de Planiol*, cit., T. IV, p. 496, Nº 838, CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 453, Nº 344.

se expone a que dichos perjuicios sean inferiores a ese límite y aún incluso a que ni siquiera lleguen a existir.

Pero si el daño no es requisito de la exigibilidad de la cláusula penal, tiene en cambio su importancia cuando se trata de juzgar problemas vinculados con la característica de inmutabilidad de la misma, en los casos de penas excesivas que ya fueran considerados precedentemente.

## XII. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

a) **En cuanto al deudor.** La cláusula penal es pactada en beneficio del acreedor, con la doble finalidad de: reforzar las perspectivas del cumplimiento de la obligación y facilitar la percepción de una suma determinada en el supuesto de que no se logre la prestación principal. Por lo que el deudor no puede pretender sustituir el cumplimiento de la prestación principal por la pena, según lo dispone explícitamente el art. 658: "*El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiese reservado este derecho*". Aunque en este último supuesto cambia para la doctrina la naturaleza de la situación jurídica, y en vez de estarse frente una obligación con cláusula penal, se estaría ante una obligación facultativa (70).

b) **En cuanto al acreedor.** Si la prestación se cumple en tiempo propio, desde luego no se puede pretender que en lugar de aquella se pague la pena.

Pero si mediase incumplimiento y el obligado estuviere constituido en mora, el acreedor podrá optar entre exigir la prestación principal o el cumplimiento de la pena, conforme a lo establecido por el art. 659 del Código Civil: "*...el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal*".

(70) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 226, N° 209-a)1); BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 492, N°s 1 a 4 y 6; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 454, N° 346; COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., p. 132, N° 166; LAFAILLE y BUERES-MAYO, *Trat. de las Obligaciones*, cit., T. I, ps. 431 y sig., N° 239; LLAMBIAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 397, nota 19; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 259; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 244, N°s 226 y 227.

En dicha norma transcrita existen un principio general y dos excepciones. El principio general es aplicable únicamente a la cláusula penal compensatoria, es decir a la convenida para el supuesto de inejecución absoluta; consistiendo en que el acreedor no puede acumular en su demanda la pretensión de que se le pague la prestación principal y además la pena, sino que debe elegir a su arbitrio entre una u otra. Siendo lógico por lo tanto, que no se pueda exigir acumulativamente la indemnización y el cumplimiento (71).

La primera excepción se refiere a la cláusula moratoria. Cuando la pena se conviene para el caso de retardo, entonces sí el acreedor puede reclamar la prestación y la pena; de manera que resulta muy importante determinar cuando se está frente a una cláusula penal compensatoria y cuando ante una moratoria. En doctrina se enseña que una de las formas de distinguir las es la de examinar el monto de la misma: cuando el valor de la pena es mayor que el de la prestación principal, es casi seguro que se está ante una cláusula compensatoria, y cuando la pena es inferior que la prestación principal, es un buen índice de que se está ante una cláusula moratoria (72).

Tratándose de cláusulas penales moratorias, si el deudor cumple la prestación con retardo y no paga simultáneamente la pena moratoria pactada, el acreedor debe efectuar una expresa reserva, en forma fehaciente, sobre esta última circunstancia, para poder mantener sus derechos para reclamar la pena. De lo contrario podría tenerse por caducado ese derecho al cobro de la pena, tal como lo ha entendido y resuelto la jurisprudencia, haciendo una aplicación analógica del art. 624 del Código Civil, al decidir que: "Quien recibe el pago de la prestación principal, sin hacer reserva de su

(71) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, ps. 226 y ss., N°s 209-212; BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, ps. 493 y sig., N° 3; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 454 y sig., N° 347-1; COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., ps. 132 y sigte., N° 167; LAFAILLE y BUERES-MAYO, *Trat. de las Obligaciones*, cit., T. I, ps. 431 y sigte., N° 239; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 260; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, ps. 244 y ss., N° 299; CNCiv., Sala A, 4/4/67, J.A. 1967-IV-249; ídem, Sala D, 6/2/58, La Ley 91-418.

(72) BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 226 y sig., N° 210; BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, ps. 494 y ss., N° 16; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 455, N° 347-2; LAFAILLE y BUERES-MAYO, *Trat. de las Obligaciones*, cit., T. I, p. 431 y sig., N° 239; LLAMBIAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, ps. 422 y s., N° 345; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 260; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 245, N°s 230 y 231; Cám. 2ª. Civ. Com. La Plata, Sala II, 1/8/58, "Geijo c/ Dimas Aventín", D.J.B.A. 55-127; Cám. Com. Cap. Fed., 27/7/38, "Rey c/ Paolillo", J.A. 65-199.

derecho a exigir también el pago de la multa pactada, pierde toda posibilidad ulterior de reclamar esa multa, pues la obligación accesoria se ha extinguido" (73).

La otra excepción, que posibilita la acumulación de la exigibilidad de la prestación y la pena, se da cuando las partes así lo hubieren convenido (art. 659 Cód. Civil) (74). Empero, si tal acumulación significase un monto demasiado elevado y desproporcionado, contrariando la moral y las buenas costumbres, caería dentro de las previsiones del segundo párrafo del art. 656 del Código Civil y el juez estaría facultado para intervenir y reducir tal cláusula a sus justos límites (75).

### XIII. LA HIPÓTESIS DE SUJETOS PLURALES

En sus arts. 661 y 662, el Código Civil resuelve los supuestos en que se conviene una cláusula penal, existiendo en la obligación pluralidad de sujetos; es decir, cuando hay varios acreedores y un deudor, o varios deudores y un acreedor, o a la vez pluralidad de acreedores y de deudores. En cuyo caso si bien la cuestión puede parecer algo compleja, en rigor no lo es tanto.

Así, si la naturaleza de la prestación principal coincide con la de la cláusula penal, no existe ningún tipo de dificultad (arts. 661 y 698 del Código Civil). Tal por ejemplo si tanto la prestación principal como la cláusula penal son de objeto divisible, en cuyo caso si un deudor incumple sólo debe su respectiva proporción de la pena.

Además, el carácter divisible o indivisible de la prestación principal no ejerce mayor influencia en el cumplimiento de la pena divisible (art. 661), dado que el acreedor únicamente puede reclamar a cada obligado culpable su parte proporcional. Y si la prestación principal es solidaria, dicha solidaridad se propaga también a la

(73) CNCiv., Sala A, 8/5/73, "Siher SA c/ Maciel Crespo", La Ley 151-121; íd., 24/11/63, "Alizade c/ Devoto de Illguth", La Ley 114-291 y E.D. 5-845; ídem, Sala C, 28/2/67, "Comendez Newton c/ Lusa", La Ley 126-56 y E.D. 19-83; íd., 18/11/65, "Comito c/ Quiroga de Paniagua", La Ley 121-613; ídem Sala F, 28/6/66, "Scaffino c/ Eperbaum", J.A. 1966-V, 652.

(74) BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 495, N° 14; CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 456, N° 347-3; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 423, N° 345-b); SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., T. I, p. 246, N° 232; Cám. 2ª Civ. Com. La Plata, Sala II, 18/3/60, "Pardal c/ Lattanzi", La Ley 105-329.

(75) CAZEAUX-TRIGO, REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 456, N° 347-3.

obligación de la cláusula penal, por lo que la pena puede ser exigida íntegramente a cualquiera de los deudores y en su caso debe ser cumplida en la misma forma por cualquiera de ellos.

De tal forma, el problema más complejo se suscita entonces cuando la cláusula penal es indivisible y la principal divisible, supuesto para el cual el Código establece que cada deudor está obligado a satisfacer la pena entera (art. 662); lo cual diera lugar a opiniones encontradas. Llambías, Salvat, De Gásperi y Compagnucci de Caso han entendido que únicamente se puede reclamar el pago de la pena al deudor culpable de la inejecución, haciendo prevalecer —dicen— el principio de la personalidad de la culpa (76).

En tanto que por el contrario, la mayoría de la doctrina nacional opina que el acreedor puede reclamar el cobro de la totalidad de la pena, a cualquiera de los co-deudores, fuesen o no éstos culpables del incumplimiento en cuestión (77).



(76) COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, cit., p. 178, § 110-j); DE GÁSPERI-MORELLO, *Trat. de derecho civil*, cit., T. III, p. 578, N° 1531; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, p. 449, N° 368; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, T. I, p. 257, N° 249.

(77) ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, cit., ps. 351 y sig., N° 714 y ps. 607 y sig., N° 1284; BOFFI BOGGERO, *Trat. de las obligaciones*, cit., T. 2, ps. 433 y ss., § 604; BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., T. I, ps. 227 y sig., N° 211; BUSO, *Cód. Civil anotado*, cit., T. IV, p. 500, N° 6 y 12; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, ps. 457 y sig., N° 349-2º; COLMO, *ob.*, cit., ps. 110 y sigte., N° 181; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La cláusula penal*, cit., ps. 273 y sigte., § 178; LAFAILLE y BUERRES-MAYO, *Trat. de las Obligaciones*, cit., T. I, ps. 442 y sig., N° 248; MACHADO, JOSÉ OLEGARIO, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, Bs. As., M. A. Rozas, 1915, T. II, p. 397, nota al art. 662 y p. 451, nota al art. 698; PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., T. 3, p. 93, § 563-c)-1; REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., T. I, p. 265; SEGOVIA, LISANDRO O. *El Código Civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de notas*, 2ª ed., Buenos Aires, La Facultad, 1933, T. I, p. 185, nota 7 al art. 698.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2DA QUINCENA DE ABRIL DE 2012  
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

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

SERIE: IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL – NÚMERO 15

TEORIA Y PRACTICA DE  
LOS CONTRATOS



BUENOS AIRES

2010

TEORIA Y PRACTICA DE LOS CONTRATOS



ISBN 978-987-03-2122-4



LA LEY