

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

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

ALICIA JOSEFINA STRATTA

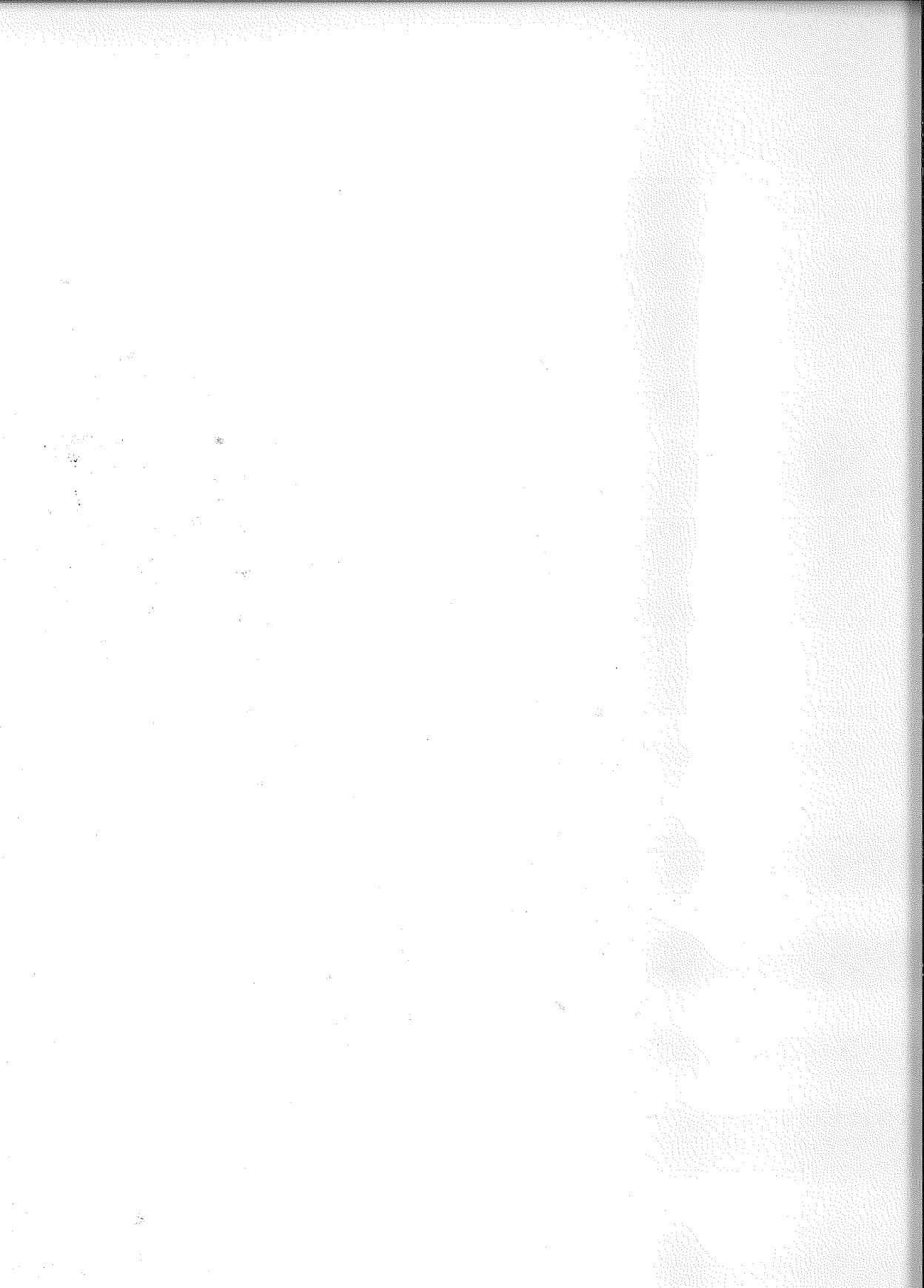
**APUNTES SOBRE EL PROYECTO
DE CÓDIGO CIVIL DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA**

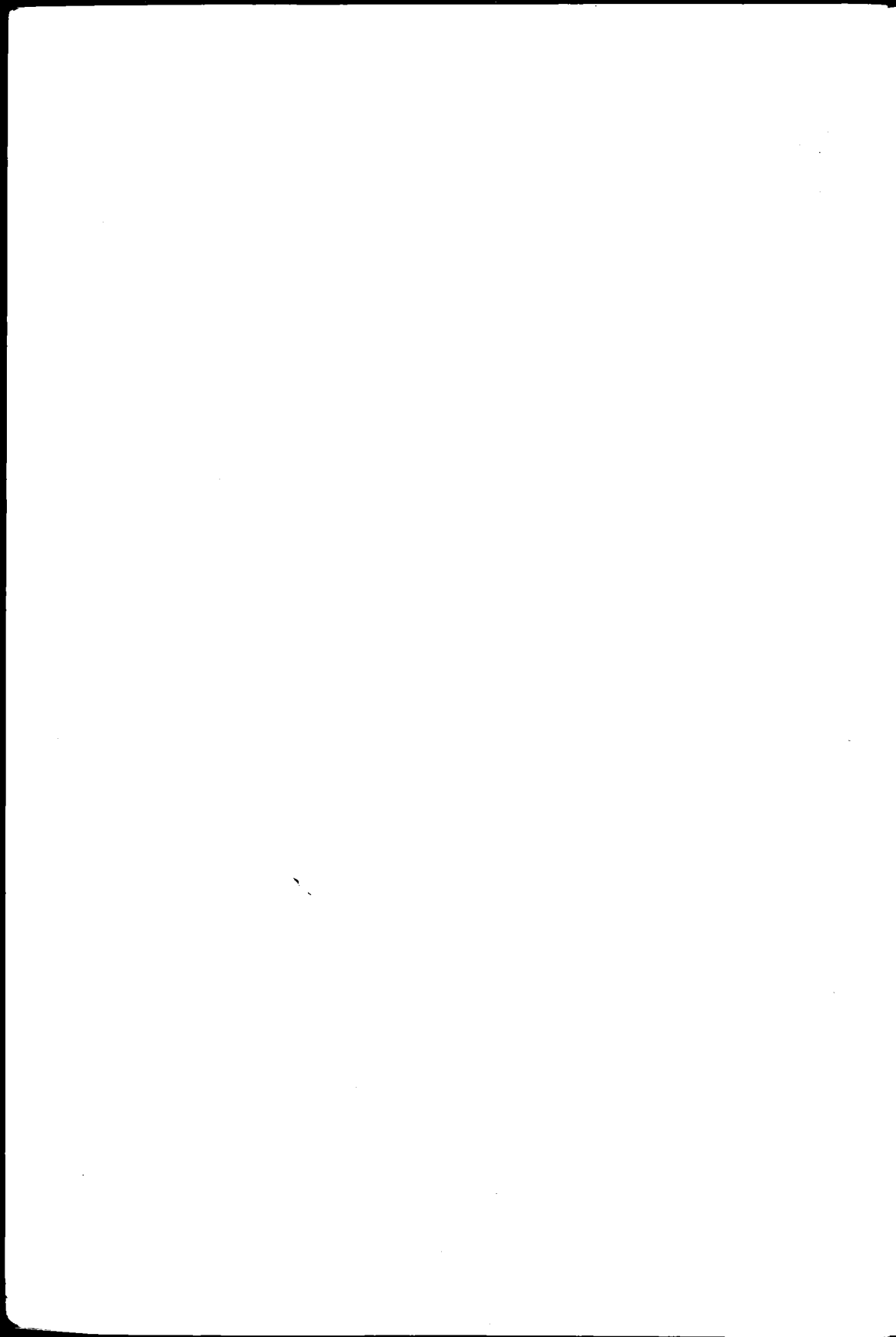
(Comisión Decreto 685/95)

SU INFLUENCIA EN LOS CONTRATOS



**BUENOS AIRES
2001**





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

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

ALICIA JOSEFINA STRATTA

**APUNTES SOBRE EL PROYECTO
DE CÓDIGO CIVIL DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA**

(Comisión Decreto 685/95)

SU INFLUENCIA EN LOS CONTRATOS



**BUENOS AIRES
2001**

Copyright © 2001 by La Ley S.A.
Tucumán 1471 (1050) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Printed in 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

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

I.S.B.N. 950-527-457-2

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

Serie I – Anuarios

Anales – Primera época, Nº 1 (1915) – Segunda época, Nº 1 a 37.

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 (2 tomos).
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.

13. *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
15. *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
17. *Primeros Académicos de Derecho - 1925*.
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
19. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
20. *Conferencias y Estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
24. *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
25. *Victorino de la Plaza (1840-1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
26. *Los posibles antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
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.

SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones – N° 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios sobre Derecho Civil.*
2. *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
3. *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
4. *Estudios sobre Derecho Ambiental.*

5. *Estudios sobre daño moral.*
6. *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACION

- *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.*

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.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Roberto Martínez Ruiz

Vicepresidente

Académico Dr. Horacio A. García Belsunce

Secretarios

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

Académico Dr. Antonio Vázquez Vialard

Tesorero

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones
Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales
Académico Dr. Jorge A. Aja Espil
Académico Dr. Julio César Cueto Rúa

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Germán J. Bidart Campos	Manuel Quintana	15 julio 1971
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Roberto Martínez Ruiz	Roque Sáenz Peña	19 octubre 1978
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	15 septiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	23 octubre 1986
Dr. Lino Enrique Palacio	Domingo F. Sarmiento	18 junio 1987
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Carlos Manuel Muñiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Antonio Vázquez Vialard	Juan A. Bibiloni	13 septiembre 1990
Dr. Guillermo A. Borda	Lisandro Segovia	10 diciembre 1992
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Carlos María Bidegain	José María Moreno	8 abril 1999
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 septiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Manuel Río

23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

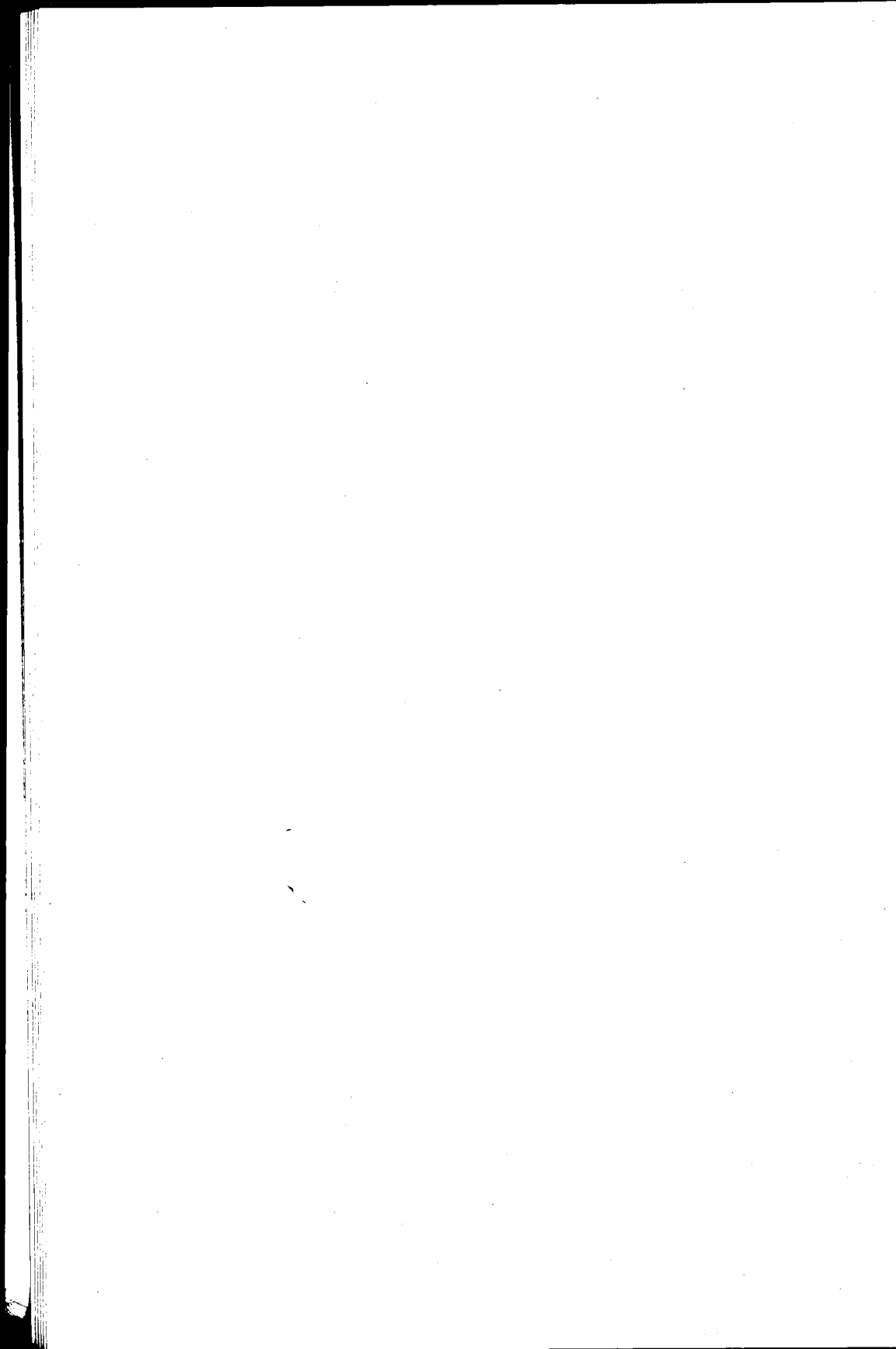
		<i>Fecha</i>
Dr. Levi Fernández Carneiro	Brasil	4 julio 1946
Dr. Pedro Calmón	Brasil	4 julio 1946
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Georges Vedel	Francia	1º julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Lousovarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavalía	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 septiembre 1986
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. Mauro Cappelletti	Italia	27 mayo 1993
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Jorge Peirano Facio	Uruguay	27 octubre 1994
Dr. Sagunto Pérez Fontana	Uruguay	27 octubre 1994
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba	Chile	8 abril 1999

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Juan Alvarez	Dr. Salvador Fornieles
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Vicente C. Gallo
Dra. Margarita Argúas	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Juan Agustín García
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Carlos Güiraldes (h.)
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Carlos Ibaruren
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Hilario Larguía
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Francisco Canale	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Mario Justo López
Dr. Jorge E. Çoll	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. José N. Matienzo
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Manuel María Diez	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Luis M. Drago	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Rodolfo Moreno (h.)
Dr. Felipe A. Espil	Dr. José Luis Murature

Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo F. Orma
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñeiro
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. Benjamín Victorica
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos



I. MAGNITUD Y NECESIDAD DE LA REFORMA PROYECTADA

1. La presentación por los redactores

Los argentinos nos encontramos hoy analizando un nuevo Proyecto de Código Civil, que elimina el Código de Comercio, y que constituye el cuarto intento en tal sentido en doce años. Pareciera que las múltiples iniciativas han llevado al convencimiento de una necesidad ineludible de tan sustancial modificación legislativa para la continuidad de la vida jurídica en el país.

Quienes lo redactaron, presentan el Proyecto como la panacea para la adaptación del derecho a las necesidades del tercer milenio, con argumentos que parecen destinados a convencernos de que si no existe sanción de tal intento, los argentinos no podremos sobrevivir jurídicamente hablando la era que se inicia en el 2000.¹ Con este criterio, Francia y Alemania, por no mencionar sino dos ejemplos cercanos a nuestro sistema, deberían estar trabajando contrarreloj para acceder al 2001 con una legislación que les permita seguir subsistiendo.²

Se lo presenta también como un trabajo que excede al pensamiento y obra de la Comisión Reformadora, por considerar que lo es de la comu-

¹ "El Tribuno de Salta" atribuye al Dr. Atilio Alterini haber manifestado que la actual legislación es un "zapato viejo y ajado que ya no sirve para caminar hacia el siglo XXI".

² Barbero, Ariel Emilio, en "El Primer Código Civil del segundo milenio o quizá sólo el último Código del siglo XX", en L. L., 6/8/99, señala que la sola circunstancia de referirse a que algo está caduco no justifica una reforma, o que ésta necesariamente mejore la situación. Así recuerda que, en la década del '20, se había eliminado en Alemania por considerar caduco el principio de que nadie puede ser condenado por realizar una acción que la ley no prohíbe, y se calificaba de

nidad jurídica toda por ser un proceso que comenzó con el Proyecto de 1987.³

Es cierto que en Congresos y Jornadas se ha recomendado incorporar algunas de las soluciones que el Proyecto adopta. Se ha afirmado la función docente de tales eventos como reveladores del pensamiento colectivo de la ciencia jurídica.⁴ Sin desmerecerlos, parece necesario realizar algunas puntualizaciones. La primera de ellas sus asistentes son normalmente grupos de abogados y profesores, que medidos en relación con el total de los existentes en el país, no resultan representativas de una comunidad por lo menos cuantitativamente hablando. También suele suceder que existe, en muchos casos, un fenómeno de liderazgo y de casuismo. Algunos de los autores del Proyecto por su prestigio personal y científico, que en modo alguno pongo en duda, tienen esa virtud y, con su carisma, logran el asentimiento de asistentes que quizá no tienen sobre los temas igual reflexión que sus mentores. También ocurre que muchos de los concurrentes a estos eventos, sobre todo los que organizan las corporaciones profesionales, buscan soluciones a casos concretos planteados en la profesión y abonan opiniones que los acercan a esa legítima finalidad, pero ello, por sí solo, no hace ciencia.

Todos asistimos en mayor o menor medida a algunos de estos fastos ricos en contactos personales y profesionales y en los que sociológicamente se conoce el pensamiento de muchos colegas y se contacta personas de bien. A pesar de ciertos debates de buen nivel, es frecuente que las mayorías o unanimidades que se logran, por diversos motivos, no convierten en "mayoría" la tesis que se "aprueban" que, en ocasiones, no dejan de ser la opinión personal de quien la propone, escuchada o asentida por una pluralidad de personas que no tienen la formación científica ni la maduración suficiente para una opinión realmente meditada.⁵

"caducos" a quienes lo sostenían. "Sólo luego verían las desgracias que venían de la mano de las ideas que entonces se llamaban 'modernas', 'solidarias', y superadoras del viejo derecho. Me temo que el proyecto con el que se sugiere reemplazar al Código de Vélez sea sólo la última de las leyes que, en el siglo XX, trajeron confusiones e injusticias que no deberían repetirse en el milenio que viene".

³ Entrevista a Atilio Anibal Alterini en "Reseña Notarial", Año 5, N° 18, Agosto de 1999, quien se refiere a una mayoría que no identifica que requeriría tal reforma.

⁴ Ver reflexiones de Alterini, Atilio y López Cabana Roberto en "Revista del Notariado", Organismo del Colegio de Abogados de Buenos Aires, N° 841, Abril-junio de 1995, págs. 249 a 259.

⁵ Barbero, en op. cit. N° IV, concluye sus valiosas observaciones diciendo que las citas a los Congresos y Jornadas pueden estar llamadas a justificar los contenidos teniendo en mente que "si nos equivocamos, lo hicimos en buena compañía".

Otro modo de observar la integración de la "comunidad jurídica" es partir del análisis de quienes integraron las sucesivas comisiones reformadoras. Si se las compara con la última, aparece un tanto acotada en su constitución. Adviértase que siete de los diez miembros que integraron originariamente la Comisión habían intervenido en uno o varios de los proyectos frustrados; que seis de los nueve que continuaron estuvieron en esta situación y que cuatro de los seis que firmaron el proyecto en análisis ya habían suscrito uno o varios de los anteriores. Y la comunidad jurídica no consideró urgente tratar los anteriores, ni tampoco sus representantes en los sucesivos Parlamentos pusieron mayor empeño en hacerlo.

Quienes no parecen integrar la comunidad jurídica son los jueces. Las referencias a las soluciones jurisprudenciales son muy escasas y, cierto es, que si se atendiera a la filosofía con que son normalmente juzgados los temas contractuales, no podrá encontrarse en la doctrina de los Tribunales en general, salvo algunas soluciones aisladas, base para sustentar los principios introducidos en el Proyecto.

La observación histórica demuestra el interés de la "comunidad jurídica". El proyecto de 1987 fue vetado por el Poder Ejecutivo luego de sancionado, pero los sucesivos no consiguieron llegar a la sanción por ambas Cámaras del Congreso.

No parece haber existido un gran clamor en la comunidad jurídica general para esta reforma. La prueba es que en los varios años que trabajó la Comisión que elaboró este Proyecto de 1998, manteniendo el contenido de su labor en secreto, no se conoce un reclamo generalizado, sin perjuicio de algunos particulares, de la comunidad jurídica que pidiera que se agilizará la redacción.

Es de suponer que los proyectistas se han preguntado si el trabajo de laboratorio, o sus propias ideas, son útiles como ley de la Nación y capaces de traer mayor bienestar a 35.000.000 de argentinos que viven en todo el territorio, y si tal regulación es un aporte eficaz en el logro del bien común de la Nación.

Luego de tratar de convencer a la comunidad argentina que lo conveniente era una aprobación a libro cerrado, se abandonó esa idea y se intentó explicar, que lo que se quiso expresar utilizando esa expresión, es que había que debatir primero y aprobar luego a libro cerrado en el recinto.⁶ El Pro-

⁶ Barbero, en op. cit., manifiesta que "es admisible que un Código se vote a libro cerrado, siempre y cuando se tenga presente, la indicación de Sarmiento de hacerlo con los ojos abiertos. Un Código votado de esta manera es, curiosamente, comparable a los contratos predispuestos de los

yecto se ha puesto ahora a la consideración pública⁷ y la Cámara de Diputados ha llamado a la discusión. Las líneas que siguen responden a la invitación.

A pesar del llamado a debatir algunos que han osado criticarlo han sido destratados, y se les ha indicado que “es más fácil criticar una obra, que hacerla mejor”.⁸ Parece alejado de las ideas democráticas y republicanas que quienes asumieron la encomienda voluntariamente no acepten críticas de quienes integran también la “comunidad jurídica”.

Corriendo el riesgo de este tratamiento, o el de que se me tilde de sostener ideas envejecidas⁹, emito opinión con ánimo constructivo, adelantando que creo innecesaria una reforma de la amplitud de la proyectada y discrepo fundamentalmente con el sistema adoptado y con muchos de los principios incluidos. Si el Proyecto realmente va a convertirse en ley, considero un deber contribuir a que se reformen por lo menos algunos contenidos.

Las líneas que siguen tienen esta única finalidad. No persiguen la descalificación personal de ninguno de sus autores, a todos los cuales conozco desde hace muchos años; comparto con ellos el afán común de los afectos personales y la vocación docente y los respeto intelectualmente. Intentaré hacer el análisis con la rigurosidad metodológica que me enseñó María Josefa Méndez Costa en sus clases de Parte General del Derecho Civil, cuando empecé a estudiar Derecho, y con quien mantengo una relación cuasi filial, que no quiero destruir por causa alguna.

Pero, a pesar de la invitación, no tengo esperanza de ser escuchada. Uno de los proyectistas ha escrito, prejuzgando, que “argumentos tales como “hay que esperar que aclare” o “mejor por ahora una reforma parcial” sólo persiguen impedir toda reforma, parcial o integral, por lo que, en definitiva, constituyen una manera de atar nuestro Derecho Privado a viejas estructuras, a textos desactualizados, a reglas y principios superados”.¹⁰ Respondo con algunas preguntas: ¿por qué?... ¿cuáles son los principios superados?... ¿serán quizás el orden público, la moral o las buenas costumbres?... ¿será

que se ocupa detenidamente el Proyecto: tómelo o déjelo, son las opciones. Respecto de una ley equivocada o injusta, no tenemos, sin embargo, la opción de acudir a los Tribunales para anularla.

⁷ Declaraciones del diputado Dumon a “Fojas Cero”, en Septiembre de 1999, y de Julio César Rivera en la Revista del CPACF, de octubre de 1999.

⁸ Alterini, Atilio, “Sobre las disidencias con el Proyecto de Código Civil de 1998” en L. L. 22/7/99.

⁹ Alterini, Atilio, “El espíritu de Llambías”, en E. D., 7/7/99, cit. N° 6.

¹⁰ Rivera, Julio César, “Reforma del derecho privado (¿parcial o integral)?”, en E. D. 3/8/2000.

mejor hablar de derechos indisponibles que se determinarán por su contenido, su modo de expresión o su contexto?...

2. La necesidad de la reforma

Lo primero que cabe plantearse es si la sustitución del Código Civil y la derogación total del Código de Comercio son necesarias, o si se puede lograr el "aggiornamiento" predicado, reformando algunos temas, pero manteniendo la estructura lógico jurídica de los códigos y consecuentemente la de toda la doctrina y jurisprudencia válidamente elaboradas.

Piénsese que por dos veces, con la ley de Matrimonio Civil 2393 primero, y la ley 23.515 después, se reformó una institución tan importante como el régimen matrimonial; con la ley 23.264 se modificó la filiación y la patria potestad; la ley 11.357 estableció los derechos civiles de la mujer; hubo dos leyes de adopción; la ley 15.875 modificó el régimen de las escrituras públicas; leyes especiales crearon derechos reales como la de propiedad horizontal; las servidumbres de electroductos, etc.; la 17.711 y su complementaria la 17.940 introdujeron algunas reformas sustanciales sin que se produjeran graves problemas metodológicos ni de aplicación del derecho al integrar esas reformas al sistema.¹¹

Esta misma situación se ha dado prácticamente en todos los países de codificación con modelo clásico, siendo el más "clásico" —valga la redundancia— Francia, sin que se haya resuelto una reforma total del Código ni se haya calificado el mantenimiento de la vigencia del Códice, "como entrar con zapatos viejos y arruinados en el siglo nuevo"¹², al que "hay que entrar decididamente".¹³

Para juzgar la necesidad y/o conveniencia de tal reforma, parece útil analizar diversos aspectos.

2.1. El planteo

Dentro de la Unión Europea se estudia la posibilidad de dictar un Código Civil Comunitario. En un ensayo para determinar su conveniencia,

¹¹ La introducción de la regulación del documento electrónico como novedad para justificar la necesidad de la reforma ha sido uno de los argumentos más utilizados por los proyectistas. Sin embargo, España acaba de legislar sobre la firma electrónica (Real Decreto ley 14/1999) el 17 de septiembre, sin que por ello se haya considerado necesario sustituir el Código Civil para legislar al respecto.

¹² Declaración de Atilio Alterini al "Tribuno de Salta" ya citada.

¹³ Declaración de Atilio Alterini a "Fojas Cero" de agosto de 1999.

Mattei propone que los economistas y el buen sentido enseñan que todo cambio implica un costo. Si se aplican los conceptos económicos para juzgar aquella conveniencia, aparece que mientras la economía en tiempos recientes ha sufrido a causa de aplicar un método abstracto y antihistórico, tal método no es adoptado por el pensamiento económico en general, y seguramente tal criterio no es útil para el análisis comparativo de la economía y el derecho.

En el cuadro de aproximación neoinstitucional a la ciencia económica, se destaca que el premio Nobel, Douglas North, y un vasto número de sus discípulos han repetido múltiples veces que "la historia cuenta". Además de la idea de la tradición jurídica como fenómeno de "dipendenza da routine" y que de la actividad de sus operadores profesionales, jueces, abogados y profesores resulta el análisis económico aplicado al derecho, se ha heredado el concepto que el derecho comparado presupone la historia.

Siguiendo el análisis por este camino se pregunta Mattei:

- "a) ¿cuándo y por qué deviene ausplicable un Código europeo?;
- b) ¿qué reglas deben incluirse en este Código?"¹⁴

Sobre el mismo tema Alpa ha señalado que en la Comunidad Europea se han unificado muchas reglas del derecho privado que han sido bien aceptadas, como por ejemplo las relativas al consumidor o ciertos contratos de consumo. Pero, en cambio, se ha objetado un nuevo Código para Europa porque privará de la riqueza de las tradiciones históricas y cuenta no sólo ella, sino la realidad, el sentimiento, la práctica, el tesoro de la experiencia. Las críticas han llevado a analizar la posibilidad de soluciones intermedias sobre la base de que los principios del Código francés han resultado comunes en el desarrollo del derecho continental por lo cual se podría uniformar, sin unificar, a partir de ellos y otros que tienen vigencia también en el *common law* y lograr así un *restatement* al estilo de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos del Profesor Landó.¹⁵

Transmutando las preguntas de Mattei a nuestra realidad, debemos responder primero el porqué deviene ausplicable un nuevo Código Civil que, a la vez, elimina el de Comercio y, luego, qué reglas deben incluirse.

Palmero opina que la historia cuenta y que el Código de Vélez ha demostrado hasta la fecha estar dotado de una estructura lo suficientemen-

¹⁴ Mattei, Ugo, "Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi", en "Contratto e impresa/Europa", Cedam, 1998-1, págs. 214/15.

¹⁵ Alpa, Guido, "Il codice civile europeo: 'e pluribus unum'", en "Contratto e Impresa Europa", Cedam, 1999, pág. 696 y ss.

te elástica como para asimilar las mutaciones sociales y económicas experimentadas a través de su larga existencia, así como para absorber técnicamente diversas reformas parciales incluida la unificación, por lo que el método o la técnica legislativa a emplear debe ser el de la reforma parcial, preservando la estructura histórica básica. Opina que un Código es un sistema y que debe valorarse el conocimiento ya clarificado de sus fuentes, las enseñanzas de la doctrina elaborada durante su trayectoria y la invaluable labor de la jurisprudencia, todo lo que le confiere una gran previsibilidad y por lo tanto certeza, que conforma uno de los valores fundamentales del derecho moderno.¹⁶

Los redactores tomaron la decisión de abandonar la cultura jurídica elaborada en torno del ordenamiento vigente en cuestiones propias del derecho común, con el consiguiente costo que genera el proceso de familiarización y de información, que debe ser confrontado con el beneficio que ello puede producir.¹⁷

Parece que en este intento del Proyecto, la "historia no cuenta" dado que se ha calificado al Código vigente como "ridículo" o "Código de miriñaque". Se dice, fue bueno para su época pero hoy no sirve.¹⁸ Parece desconocerse no sólo el valor de sus reglas, sino también de la jurisprudencia y doctrina elaboradas en torno a él.

Incluso, puede advertirse que se ha intentado abandonar el lenguaje coloquial del derecho y los giros conocidos cambiándolos por otros que parecen obedecer a la sola intención de diferenciarse, pero en realidad sin cambiar los conceptos implicados. Por ejemplo, el C. Civ. vigente al definir la intimidación indica que debe implicar la amenaza de "un mal inminente y grave". El art. 324 del Proyecto habla de "un mal grave e inminente". El ejemplo se repite en el dolo si se compara el artículo 932 del Código vigente con el 321 proyectado y en muchas otras normas proyectadas.

En este mismo orden de ideas, la modificación de la definición del contrato de fianza resulta inexplicable (art. 1486). Con el cambio se omite, por ejemplo, determinar en relación con quien se obliga en fiador.

Otras definiciones se hacen eliminando fórmulas conocidas como la de obligaciones naturales. Se mantiene solamente la parte negativa como principio, y únicamente se alude al derecho natural y la equidad para reco-

¹⁶ Palmero, Juan Carlos, "Cuestiones metodológicas con relación a la posible reforma argentina", en "Unificación Civil y Comercial. Lo posible y lo conveniente", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1996.

¹⁷ Mattei, op. cit., págs. 216 a 219.

¹⁸ Declaración de Atilio Alterini a "Fojas Cero", en septiembre de 1999.

nocerle sus efectos. Con lo cual parece que la primera noción carece de sentido porque no produce ninguna eficacia.

Estas “modificaciones” tomadas a título de ejemplo, se multiplican a través de todo el articulado, tal como se desarrollará parcialmente en el curso de este trabajo.

2.2. Las razones esgrimidas por los redactores para redactar un nuevo proyecto de Código único

2.2.1. Respuesta a la primera pregunta

La respuesta a la primera pregunta, o sea la razón de la decisión de remplazar el Código Civil, se basa, conforme lo expresan los redactores en el mensaje de elevación del 18 de diciembre de 1998, en la conveniencia de la unificación de la legislación Civil y Comercial en un Código único, refiriendo antecedentes de variado origen y poniéndolos en paridad de situación. Más adelante volveré sobre el tema, pero adelanto que no todos los antecedentes citados abonan el fundamento de un Código único, o de una unificación total.

De la lectura del Código no surge el anunciado resguardo de los Proyectistas, que la unificación no significa “ni la absorción de aquél por éste ni la absorción de éste por aquél”, refiriéndose a ambas ramas, eliminando tan sólo “distingos artificiosos”, y menos aún se resguarda la seguridad jurídica tan necesaria en la contratación.

2.2.2. La segunda pregunta: ¿los “nuevos” contenidos introducidos que se argumentan suficientes para justificar la reforma, realmente la hacen necesaria?

Puede leerse en el referido mensaje de elevación del Proyecto, que se ha “procurado proveer mecanismos de técnica jurídica adecuados a la libertad de comercio, pero a la vez, hemos intentado obtener un justo equilibrio entre ella y los valores esenciales de la persona humana, que están exaltados en la Constitución Nacional, especialmente a partir de la reforma de 1994. La directiva fundante de las soluciones que proponemos ha sido la libertad con justicia, que la Argentina proclamó en el Preámbulo del Tratado de Asunción mediante el cual fue creado el Mercosur ‘desarrollo económico con justicia social’, en definitiva, para mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”.

“Asimismo, la normativa proyectada tiende a adecuar el derecho común a los tratados de derechos humanos... Hemos atendido en especial... a los derechos a la vida, a la dignidad, a la seguridad de la persona humana; al respeto de su vida privada; al resarcimiento de los daños injustos que sufra. Hemos cuidado especialmente la protección de la familia y de los menores. Hemos dejado de lado cualquier perfil discriminatorio en cuanto concierne a la mujer. Nos hemos ocupado en fin, de la situación especial de los aborígenes”.

“Hemos procurado dejar a salvo los criterios esenciales de los códigos, pero desembarazándolos de una técnica envejecida y defectuosa, de una frondosidad preceptiva que no sólo ahoga la limpieza y diafanidad de los principios fundamentales y orientadores, sino que convierte al Código en un bosque enmarañado en el que suelen extraviarse hasta los sabios y sagaces, como quería Llambías”.¹⁹

La explicación aparece insuficiente para justificar el dictado de un nuevo Código. La interpretación largamente centenaria de los códigos de fondo ha superado lo que se califica como técnica envejecida y defectuosa. En este tiempo puede afirmarse con certidumbre que, prácticamente, no existe norma que no haya sido interpretada, discutida y aplicada.

Si se leen desprevenidamente las explicaciones de los Proyectistas, puede llegarse al convencimiento de que a los habitantes del país la legislación vigente les desconoce su derecho a la vida, a la integridad, al resarcimiento de daños, a la intimidad; que las mujeres están discriminadas y los aborígenes no tienen asegurados sus derechos. Pero a poco que se analice se concluye en que tal apariencia es falsa. Por el contrario, el derecho de familia ha sido actualizado en épocas muy recientes, y no cabe duda que el Código Civil, y su legislación complementaria, resguarda actualmente todos estos derechos.²⁰

¹⁹ Con la redacción utilizada parece que Llambías quería que los sabios y sagaces se extraviaran con la lectura de los códigos. La expresión textual es: “En lo que aquí toca encarar la reforma general del Código, es salvar en lo esencial los criterios de Vélez, que es lo magnífico de su obra, desembarazándolos de una técnica envejecida y defectuosa, de una frondosidad preceptiva que no sólo anota la limpieza y diafanidad de los principios fundamentales y orientadores, sino que convierte al Código en un bosque enmarañado en el que suelen extraviarse hasta los sabios y sagaces” (Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, T. I, pág. 211, N° 267 *in fine*).

²⁰ Barbero, en op. cit., deja claro que con este método de difusión ocurre que “la letra grande se ha expuesto en los anuncios periodísticos. Desgraciadamente, los diarios prefieren destacar los detalles particulares”, y se está ignorando lo sustancial de la reforma.

Para justificar con rigor científico la necesidad de modificar totalmente el Código Civil en relación con contenidos actuales, muchos de los cuales aparecen invariados en el Proyecto, sería de desear que los redactores marquen las falencias que se producen con la regulación actual para que los argentinos podamos valorar la conveniencia de una reforma de la envergadura de la propuesta.

Salvo adjetivos calificativos que aluden despectivamente a los códigos por su antigüedad y algunas descripciones de novedades, como la modificación de la edad cronológica que da acceso a la mayoría de edad jurídica; el régimen patrimonial del matrimonio; el documento electrónico; la mención de la regulación de nuevas formas de dominio, los redactores no han dado mayores precisiones en los medios de difusión.

La Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación en la presentación del “Lanzamiento de las Jornadas Jurídicas de Reforma” incluye una serie de temas como “propuestas destacadas” del Proyecto en consideración. De su lectura no surge que aquellos a los que se les da esta calificación justifiquen una reforma del Código.

Se trata, solamente, de una suerte de “lista” que no contempla ni la sistemática ni los principios sistematizadores que se introducen. Para dar una idea de la limitación de la enunciación, basta mencionar que no aparece referencia alguna a la transmutación de los principios contractuales, sino que sólo se alude a la regulación de las “cláusulas predispuestas” y a la incorporación de “contratos nuevos”.

3. El dilema sobre la finalidad de la reforma

La lectura íntegra del Proyecto parece indicar que estos enunciados no justifican la verdadera razón de la reforma. Un análisis algo cuidadoso demuestra que la verdadera razón está centrada en una modificación sustancial del régimen de la responsabilidad civil, y de los contratos. Se introduce en estos últimos, con deficiente técnica, una ideología particular fácilmente perceptible, en la que, con detrimento de la autonomía de la voluntad y de la seguridad jurídica, se estructura un nuevo “sistema contractual” que sepulta los principios vigentes.

3.1. Las manifestaciones de los redactores

Estas afirmaciones que realizo, se fundan en las manifestaciones que han difundido los redactores.

3.1.1. El Acta de Arequipa

Así en el Acta de Arequipa, que se informa haber sido firmada en esa ciudad el 7 de agosto de 1999, quienes se identifican como “las Comisiones de Reforma de los Códigos Civiles de Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico”... realizan una declaración en la que afirman la vigencia de la codificación como el método más adecuado para la expresión del derecho privado, la necesidad de su actualización, la armonización regional y:

“Que la redacción de los nuevos códigos o la revisión de los existentes, se ha de hacer sobre la base de algunos principios fundamentales:

a. Su adecuación a la Constitución de cada Estado y a la eventual pertenencia a comunidades de integración;

b. La recepción y regulación de los derechos humanos, de modo que los códigos sigan siendo la fuente más próxima y efectiva de la protección de la persona;

c. **La protección de los débiles y el respeto de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre sujetos con equivalente poder de negociación;**

d. **Reformular los principios de la contratación, los procesos de informatización y de circulación de los bienes para adecuarlos a necesidades modernas y para contemplar instituciones comunes al desarrollo económico de los pueblos con herramientas dinámicas y actualizadas, todo ello en un marco de equidad;**

e. El reconocimiento de nuevas formas de propiedad;

f. **El establecimiento de un sistema equilibrado de responsabilidad civil;**

g. El fortalecimiento de la familia;

h. El respeto de las minorías;

i. El reconocimiento de la identidad cultural de las poblaciones indígenas.

j. El facilitamiento, a través de la legislación interna de la integración regional”.

Concluida con esta exposición de principios, en el párrafo siguiente se forma el “club de los reformadores” dado “que las comisiones de la Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico se comprometen a:

a. Estar en comunicación permanente para intercambiar opiniones e información;

b. Propiciar la difusión de sus trabajos;

c. Recomendar la rápida difusión de sus tareas y la sanción de los códigos en función de los principios expuestos”.

Puede advertirse en este último aspecto, que los integrantes de las comisiones se fijaron sus cometidos como “cruzados” jurídicos; se proponen una campaña publicitaria y recomiendan que sus obras se conviertan en leyes, pero en ningún momento se plantean la posibilidad de que sus comunidades no consideren que los principios que los guían sean aquellos a que los beneficiarios aspiran.

3.1.2. Manifestaciones a “Reseña Notarial”

El Dr. Atilio Alterini fue reportado para esta publicación aparecida en agosto de 1998. Allí se le preguntó: **¿Cuál es el objetivo último de la reforma del Código Civil?** La respuesta fue: **“Considerado en su conjunto, el Proyecto presenta una innegable tendencia de protección al más débil; yo le daría dos evidencias: una es la incorporación de los tratados de derechos humanos que están en la Constitución y que ahora se regulan en el Código, otra, en materia contractual, la clara protección al débil jurídico en los contratos celebrados entre empresas y el público. Esto quiere decir que a la protección que ya existe en la ley de defensa del consumidor se le agregan otros resguardos muy puntuales y en consonancia con la doctrina dominante”**.

3.2. La real finalidad

Nadie puede discutir que deben protegerse los derechos de las personas; o de la familia; o de las minorías; o a los débiles, o preservarse las diferencias culturales; o en cada caso deben respetarse las constituciones de los Estados y los acuerdos de integración. Esto es tan obvio que las declaraciones parecen sobrar.

El Proyecto presentado no incluye sustanciales diferencias en las instituciones si se lo compara con el derecho vigente, en la protección de las personas o de las familias o de las mujeres, cuya diferencia más notoria con la legislación actual es que pueden optar entre llevar o no el apellido del marido. Para esto bastaba reformar la ley del nombre.

El tema de la protección de los débiles en la contratación tampoco es discutido, pero cualquier sistema debe determinar **quiénes son los débiles jurídicos protegidos dado que, en aras de la seguridad jurídica, es necesaria su categorización para poder determinar a priori quién es el sujeto protegido.**

Aquello que Atilio Alterini llama “resguardos muy puntuales” y que en realidad no tienen nada de acotados, crea un amplio margen de discrecionalidad, con multiplicidad de criterios que no determinan quiénes son débiles jurídicos, sino que resulta implícita una determinación de un débil fáctico en cada caso.

Para la contratación de las empresas, y el “público” como dice Atilio, rige la ley del consumidor cuya existencia reconoce, por lo que los “resguardos muy puntuales” tienen otro ámbito en el que está comprometido el tráfico y la producción. Pero, como por voluntarismo de los redactores, el comercio, la industria y la producción son inencontrados en el régimen proyectado, no existe un parámetro para juzgar estas relaciones que parecen ser reguladas por dichos “resguardos muy puntuales”, que no son tales porque se expanden por todo el contenido del Proyecto.

Pero, en un año y medio de declaraciones ambiguas, ha quedado claro que Alterini legisló el Proyecto a partir de su pensamiento expresado hace ya algunos años al decir que una de las bases de la convivencia en la posmodernidad está, en su opinión, **en el tránsito del derecho del consumidor al derecho del individuo y ello se concretaría en el campo patrimonial con la aplicación de las normas protectivas con carácter generalizado en toda contratación.**²¹

Indudablemente ésta es la ideología sobre la que se estructuró el Proyecto, pero que, curiosamente, en un primer momento se trató de “disimular” con aquello de que se mantenía el sistema del Código con “resguardos muy puntuales”.

Otra técnica empleada dentro de las expresiones disimuladoras, fue referirse en los instrumentos de elevación a las fuentes de inspiración, lo que también desprevencidamente puede llevar a pensar que se siguió su mismo sistema y filosofía.

Pero el análisis de dichas fuentes citadas demuestra que tienen un sistema netamente diferente, pues realmente establecen como regla el principio de la autonomía de la voluntad y no tienen la pretensión de extender el régimen del derecho de protección al consumidor a la generalidad de las contrataciones.

Las expresiones siguieron siendo ambiguas pero fueron subiendo en sinceridad cuando se hizo referencia a un “desplazamiento” de los pivotes de la teoría del contrato.²²

²¹ Alterini, Atilio, “El consumidor en la sociedad post-moderna”, en L. L., Supl. del 22/10/96.

²² Alterini, Atilio, “Tendencias...”, cit. III.

Indudablemente no pasa inadvertido para el proyectista Atilio Alterini que el principio sistematizador es diverso, y ello está confesadamente señalado cuando en el Acta de Arequipa, ya mencionada, se hace referencia a “la protección de los débiles y el respeto de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre sujetos con equivalente poder de negociación”.

En fecha reciente, **ha puesto Alterini de relieve directamente cuál es el principio que ha reglado los contratos, que sustituye la autonomía de la voluntad y que es que “el Proyecto trasiega al Código Civil una serie de disposiciones propias del derecho del consumo siguiendo una tendencia universal... expande al derecho común todas estas reglas que actualmente son especiales del derecho del consumo, lo cual le da un tono claramente renovador y progresista a la regulación de la teoría general del contrato que contiene...**

Luego parece querer decir que estas reglas no se aplican a los contratos celebrados entre sujetos jurídicamente iguales o paritarios, pero aclarando que **“el proyecto sólo respeta a lo convenido en situación de igualdad, mediante contratos negociados libremente y siempre que mediante ellos no se transgredan normas legales indisponibles”**. Seguidamente realiza una enumeración de las normas del Proyecto que tienden a resguardar la igualdad. De su análisis surge claramente que la mayoría de ellas **son normas de protección específica** en los instrumentos que se citan como fuentes de inspiración de los proyectistas.²³ Esta exposición está indicando que los resguardos no eran puntuales, y que algunas de las explicaciones dadas se desviaron del real sentido del Proyecto.

Esta expresión ahora frontal de Alterini demuestra inequívocamente que toda la técnica del Proyecto va enderezada en la consecución de esa finalidad, según quedará claramente puntualizado en el capítulo correspondiente a los principios sistematizadores.

3.3. Las justificaciones

Por otro lado, parece que algunas soluciones se intentan justificar por la apelación al argumento de autoridad de una supuesta “doctrina dominan-

²³ Alterini, Atilio, “Sobre el Proyecto de Código Civil de 1998”, en “Plenario”, Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Año 7, N° 50, Abril-Junio del 2000, que me envió el autor vía e-mail. Entre las normas que considera que están destinadas a resguardar la igualdad en los contratos “entre iguales”, incluye los arts. 902; 906; 327; 396; 397; 967; 1026; 1027.

te", cuya composición también queda en la nebulosa y referencias a doctrinas y jornadas a las que ya hice referencia.

Pero ello no representa en general la doctrina y jurisprudencia elaboradas por quienes cultivan o juzgan el derecho patrimonial civil y, en especial, la materia mercantil, objeto propio del derecho comercial, cuya defunción se proyecta. Cuando se analizan los principios sentados por los Tribunales e incluso por la C.S.J.N., se extraen conclusiones muy distintas, en muchos de los aspectos en los que ingresa el Proyecto.

Por de pronto, esa invocada doctrina dominante no está constituida por las fuentes que expresamente se citan como inspiradoras en el Proyecto, ni tampoco por la generalidad de los autores extranjeros.

Todo esto indica que el Proyecto introduce un cambio sustancial en el espíritu de la legislación, que no se asume expresamente, sino que pareciera que se intenta disimular con citas genéricas.

El movimiento codificador clásico tuvo su origen en una determinada ideología; los italianos, luego de la Segunda Guerra Mundial durante mucho tiempo discutieron si el Código de 1942 debía derogarse por ser producto de un gobierno fascista.²⁴

Se habla hoy de un nuevo movimiento codificador como se anuncia en el Acta de Arequipa que indica una ideología de "protección a los débiles", expresión que ha adquirido una connotación especial al proyectar el régimen de los contratos.

A la vez se enuncian en la introducción del Proyecto fuentes que se toman como base para redactar el régimen de los contratos, que tienen como premisa la autonomía de la voluntad como regla. En cambio, cuando se entran a analizar las consecuencias del plexo total en la legislación proyectada, aquel principio pasa a ser, o la excepción, o un mero postulado romántico.

La disparidad de los principios del Proyecto, con los principios básicos de las fuentes denunciadas, lleva al lector a la necesidad de descubrir el real sistema contractual, cometido que se concreta en un análisis de diversas normas, cuyas connotaciones no aparecen en una primera lectura. Sólo se descubre la ideología cuando se coordinan los efectos del plexo de las disposiciones.

Con este modo de explicar y regular resulta que, para algunos, la reforma se ha quedado corta en ese camino emprendido, y en cambio otros

²⁴ Resulta de provechosa lectura sobre el tema "Las vicisitudes de la codificación", de A. M. Princingalli (trad. de P. Salvador), en "Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza". Dirección Nicolás Lipari, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980, págs. 37 y ss.

pensamos que se inicia una peligrosa vía de inseguridad, que puede comprometer seriamente la seguridad, la credibilidad y el consiguiente aumento del "costo argentino".

4. La necesidad o conveniencia de la unificación

4.1. Encuadre y antecedentes

El Proyecto se califica a sí mismo como Código Civil de la República Argentina. La primera pregunta que sigue es si tal denominación se ajusta a su contenido, y si las normas proyectadas en lo negocial resultan acordes con las modalidades del tráfico mercantil, teniendo en cuenta que el primer párrafo de la nota del 18 de diciembre de 1998 dice elevar un "Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio".

La nota de elevación del Proyecto enumera numerosos antecedentes de unificación en el Derecho Comparado²⁵ y se hace una reseña de importantes antecedentes legislativos que adoptaron la idea unificadora, sin distinguir los diversos sistemas adoptados por cada uno de ellos.

Resulta así que, tomando al azar algunos, no parece lógica la cita al Código de la Unión Soviética de 1964 cuando no se reconocía allí el derecho a la propiedad privada de bienes de producción, por lo cual si bien se regulaban los contratos, éstos eran de imposible celebración entre los particulares.²⁶

También se menciona la legislación peruana de 1984, olvidando que ella sólo eliminó el doble régimen de algunos contratos, mantuvo el Código de Comercio y suprimió del Código Civil a la sociedad civil, que como tal, luego fue incluida en la ley general de sociedades. Actualmente en Perú por la ley 26.595, se creó una Comisión Especial encargada de elaborar el Proyecto de Código de Comercio con facultad para presentar un Proyecto de Código o un texto legal que lo sustituya. La Comisión, que está formada no solamente por instituciones académicas sino también por corporaciones empresarias, está abocada a la redacción de una ley marco del empresariado, "tomando como elementos centrales a la empresa y al empresario", que constituyen los ejes de la economía. Se comprenderían dentro de esa ley a

²⁵ Ver comentarios a las normas reseñadas en Santos Briz, Jaime, "Los contratos civiles. Nuevas perspectivas", Ed. Comares, Granada, 1992, págs. 213/219, N° 4.

²⁶ Ver, David, René, "Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos", Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1968, págs. 203 y ss.

las sociedades, las cooperativas, las asociaciones civiles, las fundaciones y otras formas de organización individual o colectiva. No se ha optado por un Código Unico Civil y Comercial, "sino la incorporación de las obligaciones, actos jurídicos y contratos que regula el Código de Comercio al Código Civil, pero en áreas especiales como el seguro y el derecho marítimo deberá optarse por leyes especiales."²⁷

En el Paraguay se dictó en 1984 una ley del comerciante, que mantiene el principio de los actos objetivos de comercio. El Código Civil de 1986 no deroga esta ley y simplemente unifica el derecho obligacional y contractual.

En cuanto a las convenciones internacionales, las ventas de mercaderías que se adquieran para uso personal, familiar o doméstico están excluidas de la "Convención sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías" (art. 2 inc. c), por lo que constituye una ley específicamente mercantil.

Estos casos que señalamos, están marcando que todos los antecedentes mencionados no tienen el mismo alcance ni utilizan la misma técnica, destacándose entre otros ejemplos la especialidad que se reservó a la materia mercantil a través de la empresa Código italiano de 1942.

De modo tal que estos antecedentes no justifican la eliminación de la materia mercantil, hasta de nombre, del contenido del Proyecto.

4.2. El derecho civil y el derecho comercial

4.2.1. El derecho civil

Guastavino ha señalado que el derecho civil se percibe apriorísticamente como la necesidad de una rama jurídica que concierne a las materias asignadas al derecho civil, desde que "es connatural a la existencia de la persona en la sociedad, pudiendo afirmarse *"ubi persona, ibi jus civile"*.

Ello porque su materia consiste "en categorías comunes de relaciones jurídicas y concierne a situaciones generales de las personas en sociedad. El ser humano antes que gobernante o gobernado, agricultor, comerciante, trabajador o litigante, es fundamentalmente persona, integrante de una familia, titular de relaciones patrimoniales, sometido a nacimiento, crecimiento y muerte. Estas condiciones generales de la persona, trascienden

²⁷ Soto Coagula, Carlos Alberto, "Reforma del Código Civil Peruano de 1984", en L. L. 26/8/99.

de las ramas particulares del derecho privado, como son el derecho comercial, o el agrario, o el laboral, etc. y constituyen la materia típica del derecho civil”.

Si se analiza desde el punto de vista sistemático, el género próximo del derecho civil es derecho privado; la diferencia específica es **“ser derecho común a todos y no estar reservado a especiales categorías de personas o actividades”**.

Guastavino advierte que puede definirse también al derecho civil bajo diversos procedimientos. Por exclusión, cabría definirlo como “aquel que contiene normas de derecho privado, excluyendo las concernientes a relaciones específicamente comerciales, laborales, rurales, mineras o procesales”, criterio que considera poco preciso por su ambigüedad.

Mirado descriptivamente, su contenido “comprende las reglas relativas a la estructura orgánica y poder de acción de las personas privadas, tanto individuales como colectivas, a la organización de la familia; reglas bajo cuyo imperio se desarrollan las relaciones de derecho derivadas de la vida en familia, de la apropiación de los bienes y del aprovechamiento de los servicios”.²⁸

El derecho civil es, en nuestro país, el que resulta connatural del habitante conforme la redacción de los artículos 1 y 53 del Código, que dejan de lado cualquier otra cualificación.²⁹

El artículo 1 del Proyecto mantiene igual criterio para la obligatoriedad, pero no existe norma alguna que reproduzca el texto histórico del art. 53, aunque del contexto surja la posibilidad de entender que están presentes los principios de esta norma.

Del análisis de las normas proyectadas surge que es un “Código Civil” y las materias propias de esta rama están tratadas.

4.2.2. El derecho comercial

No se tratan en cambio las materias propias del derecho comercial, a pesar de que se da cuenta en la nota dirigida por los proyectistas al Ministro

²⁸ Guastavino, “Sistema y Axiología...”, cit.

²⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis, en “Las normas fundamentales del derecho privado”, Ed. Rubinzal, Santa Fe, 1995, pág. 20, se refiere a la “crisis del Código como disciplina de los ciudadanos”, haciendo referencia al art. 1º del Código Civil. Dicho artículo se refiere a que el Código se aplica a los “ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes”, de manera alguna es una cualificación para los ciudadanos.

de Justicia el 18 de diciembre de 1998, que se eleva un "Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio".

No solamente están excluidas las materias propias del derecho mercantil, sino también toda mención nominal al comercio, al comerciante, a la empresa y pasan a llamarse elípticamente "actividades especiales".

Por tanto, el Proyecto no es un Código unificado con el de Comercio, sino un Código Civil que tiene un anexo de leyes que están hoy incorporadas al Código de Comercio. Esta es la realidad. El tratamiento dado por el proyecto a la rama mercantil plantea la necesidad de mencionar, siquiera someramente, las consecuencias que produce la eliminación del derecho comercial como sistema dentro del derecho privado argentino.

La cuestión es materia de debate, pudiendo anotarse dos tendencias.

4.2.2.1. La desaparición del derecho mercantil

En esta corriente se enrola, entre otros, Santos Briz, quien opina que "dentro del derecho privado ha preocupado principalmente en el sector mercantilista la distinción entre el derecho civil y el derecho mercantil...", que considera vital para este último por la insuficiencia temática en que ha vivido. Afirma que no existen criterios que permitan una distinción particular, especialmente en las contrataciones.

En este punto reflexiona que, cuando se superó el criterio subjetivo como derecho de una clase profesional, o el objetivo vinculado a los actos, se buscó perpetuarlo en el de la organización del comercio y los comerciantes para la contratación en masa. Esta consideración resultó inadecuada por carecer de las "suficientes notas peculiares en qué distinguirlo de los actos o contratos del derecho civil".

Esta circunstancia llevó nuevamente a poner la vista en el sujeto, transmutado de comerciante en empresario, y así es considerado actualmente por las legislaciones más progresivas del derecho mercantil como "el derecho regulador de las empresas" en las que, quien asume el riesgo, es el empresario.

El criterio, a juicio del autor, es manifiestamente insuficiente para distinguir un derecho mercantil pretendidamente autónomo, del derecho civil, afirmando que "absolutamente todas las especialidades estrictamente jus privatistas que las relaciones entre comerciantes han añadido a las relaciones contractuales civiles, pueden incluirse a continuación de la respectiva regla general aplicable a todo el derecho privado sin alterar la estructura y sistema del derecho civil", que ha absorbido actualmente como consecuen-

cia de los fenómenos sociales, relaciones anteriormente sometidas a las reglas del derecho entre comerciantes.

Se ha producido en consecuencia, en su opinión, una civilización del derecho comercial, por lo que no hay motivo para sostener una autonomía siquiera meramente legislativa entre ambos y, en consecuencia, “es llegada la hora de intentar una unificación formal que se aproxime lo más posible a la unificación sustancial, dejando a salvo imprescindibles especialidades y diversificaciones que el distinto desarrollo de las diversas industrias todavía requiere”.³⁰

Otros párrafos muestran que esta posición se funda en una peculiar visión de la incidencia de la economía en la contratación al decir que “la nota de carácter económico no es exclusiva del comercio, sino que cada ciudadano la experimenta en su esfera personal”, y que las crecientes limitaciones a la autonomía de la voluntad, no son privativas de las relaciones entre empresas, sino que afectan también a la contratación de éstas con los particulares y de éstos entre sí, por lo que, “sin perjuicio de aplicar las normas especiales de cada caso, lo mismo que se hace en otros aspectos y esferas del derecho civil, los principios normativos rectores han de ser los contenidos en el Código Civil y jurisprudencia que la interpreta”.³¹

4.2.2.2. El derecho mercantil subsiste con especificidad propia

No cabe duda de la calidad de derecho privado del derecho comercial, calificado como el “especial de los comerciantes”, que no es algo sobrentendido, sino que se mantiene como sujeto a discusión, sin olvidarse que históricamente el derecho de los comerciantes precedió como fenómeno y sistema al *jus civile*.³²

Un examen fenomenológico de la situación actual permite observar que se cae en la equiparación del derecho comercial con las normas del Código de Comercio. Por otro lado, un enfoque *ius civilista* tiende a limitar el campo de observación a los negocios mercantiles olvidando su restante

³⁰ Santos Briz, op. cit., págs. 208 a 213.

³¹ Santos Briz, op. cit., pág. 230.

³² Anaya, Jaime, “La unificación del derecho privado. Un replanteo necesario”, en “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXXV, Segunda época, N° 28, hace un minucioso estudio sobre los diversos criterios que se han utilizado para la calificación del derecho mercantil.

contenido. Esta observación realizada en Alemania³³ resulta válida en la Argentina, donde principalmente se centró históricamente la unificación en el régimen de las obligaciones y los contratos.

Siguiendo con el mismo razonamiento se advierte que no puede prescindirse de las reglas especiales de la empresa, y como punto de inflexión de este derecho privado, se presentará no al comerciante sino a la empresa. El derecho comercial marca la evolución del derecho del comerciante al derecho de la empresa, abarcativo tanto de los titulares de la empresa, a los que se dirigió clásicamente el derecho comercial, como de todos sus integrantes —capitalistas y trabajadores— y también a su derecho interno y externo y los fenómenos económicos de los que participa.³⁴

Desde este ángulo, sostiene Schmidt que la discusión moderna del derecho mercantil, sólo puede ser la de si los negocios mercantiles requieren un “código comercial especial”.³⁵

Cuando se habla en favor de la unificación, muy pocos establecieron límites para que la “civilización del derecho comercial” y/o la “comercialización del derecho civil” no extinguiera los caracteres cualificantes de una y otra rama, y como dice Anaya, la moderna reaparición de los caracteres originarios del derecho mercantil con las modalidades de lo que se ha dado en llamar la nueva *lex mercatoria* demuestra que no han desaparecido las razones que le dieron vida.³⁶

Estas razones que le dieron vida pueden aparecer modificadas, pero existen. Está perimido el derecho comercial concebido desde la concepción de la teoría de los actos de comercio, abandonado en Alemania en 1896 y sustituido por la regulación de la actividad mercantil y de la empresa, sobre todo cristalizada en el Código italiano, cuyos conceptos y alcances han ocupado a la doctrina en la segunda mitad de este siglo.

El tratamiento dado en proyectos anteriores llevó a Anaya a analizar las razones por las cuales subsiste la especificidad de la materia mercantil. Se parte de la base de la primacía del derecho civil y sus métodos en el campo obligacional y de la aptitud de las categorías de estas ramas para regir las relaciones patrimoniales, pero ello no excluye las particularidades

³³ Schmidt, Karsten, “Derecho Comercial”, Traducción de la tercera edición alemana, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, Cap. I, pág. 3 y ss. destaca que a quien le interesa un caso de derecho comercial deben interesarle dos cosas: en primer lugar la norma del derecho privado especial y en segundo lugar el comerciante como destinatario de la norma (ap. c) pág. 5).

³⁴ Schmidt, op. cit., págs. 7 ap. b) y 10 a 13.

³⁵ Schmidt, op. cit., pág. 6.

³⁶ Anaya, op.cit., pág. 56.

de sus aplicaciones en “la categoría de las actividades, en la especificidad de ciertas reglas, en la configuración de ciertos derechos que carecen de aplicación fuera del ámbito empresarial y en una estimativa o una óptica que hunde sus raíces en una diferente concepción del patrimonio”.³⁷

Estas particularidades se ponen de manifiesto al observar que existe una neta contraposición que alcanza al plano conceptual, entre el ordenamiento normativo dispuesto para la conservación, el uso y el goce de los bienes y el aplicado a la actividad que se cumple para la producción y el cambio de bienes o servicios, entre el bien considerado de propiedad o de consumo inmediato y el destinado a los procesos productivos.

O sea, que cambia netamente la función o el valor de un bien por su destino a la producción, influyendo además el elemento técnico experimental que se traduce inmediatamente en una peculiar valoración económico-social, que a su vez, postula peculiares reglas jurídicas.³⁸

*) La consideración de esas peculiaridades lleva al patrimonio empresarial, que se expresa en la teoría jurídica del establecimiento o la hacienda, observándose que en la organización de los bienes realizada por el empresario en función de la producción se desdibuja la individualidad de cada uno de ellos en provecho del conjunto. Esta situación escapa de los moldes clásicos del derecho privado y por esta especialidad las categorías del derecho civil resultan inadecuadas para describirlas. Puede darse como ejemplo lo que sucede en proyectos anteriores y se mantiene en el actual de referirse a los “propietarios de casas de depósito” (art. 1297) como parte de un contrato, cuando la doctrina comercial claramente distingue entre el propietario del establecimiento y el empresario.³⁹

Por la misma razón, tampoco puede describirse adecuadamente el derecho de propiedad que tiene el empresario en relación con la hacienda o su situación jurídica. Un factor es la heterogeneidad de los elementos que integran la organización productiva (maquinarias, mercaderías, materias primas, instalaciones, marcas, modelos industriales, licencias) “regidos por diversos derechos y que pueden estar incluidos en la organización empresarial por distintos títulos jurídicos, sin que la disponibilidad de que goza el empresario sobre ellos provenga necesariamente de un dominio sobre las cosas”.

³⁷ Anaya, Jaime, “Consideraciones sobre la Unificación del Derecho Privado”, en “Unificación civil y comercial: lo posible y lo conveniente”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1996, pág. 44.

³⁸ Anaya en “Consideraciones...”, cit., págs. 44/45, citando como fuente a Franceschelli.

³⁹ Anaya en “Consideraciones...”, cit., marca este error en el art. 2234 del Proyecto de la Cámara de Diputados y el art. 1370 del Proyecto del Ministerio de Justicia.

Existe consenso en que hay un derecho que el empresario puede ejercitar unitariamente sobre el conjunto, así como también que ese conjunto puede ser objeto de un contrato y “este innominado derecho del empresario sobre el patrimonio organizado para la producción es el patrimonio sobre el que se le reconoce la clientela; y la aptitud productiva generadora de ganancias le da a ese patrimonio organizado valores jurídicamente reconocidos como el *aviamento*”.

Recíprocamente ciertos derechos solamente pueden ingresar funcionalmente a un patrimonio empresarial organizado como las marcas y las designaciones. Las patentes de invención carecen de aplicación fuera de esos patrimonios, porque confieren un derecho exclusivo para la explotación.

Otro aspecto propio del patrimonio empresarial es su dinámica, dado que cada uno de sus elementos debe cumplir con eficiencia una función en los procesos productivos para contribuir a que su resultado le permita a la empresa ocupar un lugar en los mercados. De allí que haya un criterio puramente económico para determinar la incorporación y permanencia de los bienes en el patrimonio y el egreso puede producirse por diversos factores, desde los tecnológicos hasta la moda.

Por esa función que cumplen, cuando no han egresado del patrimonio por otros medios, se los baja por amortización sin que este concepto tenga vinculación alguna con la calificación de bienes consumibles o no consumibles del derecho civil.⁴⁰

*) Otro factor que demuestra la especificidad del derecho empresarial, es la caracterización de los sujetos que ejercitan la actividad y para ésta en sí misma.

Esta consideración es impropia del derecho civil, derecho del habitante al que le es indiferente la actividad que realiza cada uno.⁴¹ En cambio, la actividad económica es la caracterizante de la actividad empresarial lo que genera los específicos efectos.

El primero mira al sujeto que “cumple una serie coordinada de actos tendientes a una finalidad común” y por el hecho de su realización adquiere la calidad jurídica de empresario y queda sometido a las normas que constituyen su “estatuto”.

⁴⁰ Anaya, “Consideraciones...”, cit., págs. 44 a 47.

⁴¹ En el Proyecto, al generalizar el derecho de protección se están estableciendo diversos derechos de clases, por ejemplo el de los que “ejercitan profesionalmente una actividad”, tema que se tratará en capítulos siguientes.

La actividad que realiza está constituida por una serie de actos concatenados por una vinculación económica, lo que lo aleja de la contratación *ut singuli* propia de las normas civiles.

En suma, el cumplimiento de esas actividades concatenadas convierte al operador en empresario, y lo sujeta a ciertas reglas específicas por la naturaleza del objeto que lo concretan en normas concernientes a habilitaciones, incompatibilidades, prohibiciones, todas las cuales acarrearán sanciones por su inhabilitación.

Además, ciertas actividades requieren requisitos subjetivos para su ejercicio, como las actividades de martilleros o corredores. Otras requieren el soporte de una organización, como las de seguros o bancos, que a la vez tienen exigencias especiales para su habilitación u operativa. En otros casos, son diferentes las reglas que rigen un acto realizado esporádicamente que otro que cumple igual finalidad ejercido por una empresa en ejercicio de su objeto, como ocurre con el transporte o el depósito contratado por empresas.

En la misma línea hay contratos que sólo pueden ser celebrados por empresas como elemento calificante, o que los dos contratantes sean empresarios, como la concesión o la distribución. Ciertas actividades específicas son reguladas, a la vez por leyes especiales que reglamentan tanto la organización empresarial, como los seguros, los transportes los bancos, que por su naturaleza son totalmente ajenos al Código Civil, como sucede también con la concesión o la agencia.⁴²

*) La especificidad puede advertirse al analizar la jurisprudencia que elaboran los Tribunales Comerciales sobre cuestiones que pueden aparecer comunes con el derecho civil, como la tasa de interés, la consideración de la indemnización por la privación de uso de un bien productivo; la suspensión del curso de la prescripción que se diferencia de las soluciones a que han arribado los tribunales civiles.⁴³

*) Otro factor preponderante es “un avance arrollador de nuevas figuras oriundas del tráfico internacional”, que según Galgano es el instrumento principal de la innovación jurídica, atribuyéndole más gravitación para el derecho que las propias fuentes supranacionales.

Ellas resultan de la exteriorización de la capacidad y el poder de los empresarios que han creado su propio derecho, porque más que una fuente

⁴² Anaya, “Consideraciones...”, págs. 47 a 51.

⁴³ Anaya, “Consideraciones...”, cit., págs. 49/50, con cita de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

de las obligaciones es el surgimiento de una fuente de derecho de carácter privado que soslaya la intervención del Estado y su intermediación política.

Es un derecho que obedece, según Galgano, a la gravitación económica de las grandes empresas, que nace desde el plano de las relaciones colectivas como categorías predispuestas de los operadores económicos, que se caracteriza como “el tránsito de la autonomía privada a la autonomía de empresa”.

Tal situación deriva de diversos factores entre los que se pueden anotar la reactivación de la actividad comercial en un tráfico universal que “se distingue del tradicional por los objetos sobre los que recae la nueva contratación constituidos por la tecnología, el *know how*, las licencias de patentes, marcas, modelos de utilidad, las franquicias, las figuras asociativas, las uniones transitorias de empresas de distintos países”.

Estos mercados globales contratan sobre la base de cláusulas uniformes cuya adopción generalizada está fundada en exigencias valoradas en el mundo de los negocios, “conduciendo a la paulatina unificación de la materia contractual bajo un nuevo sesgo, el internacional, ajeno y acaso opuesto al de la unificación de y en los códigos”.

Estos contratos se caracterizan por una tipología social que evoluciona a la conveniencia de los negocios y no aspira a revestirse de tipicidad legal, sino que promueven las fronteras de la ampliación de la autonomía privada elaborando una nueva “*lex mercatoria*”, “el derecho de los empresarios destinado a disciplinar uniformemente las relaciones comerciales internacionales, superando la discontinuidad jurídica impuesta por las fronteras, así como los factores negativos que pudiesen resultar de las divisiones políticas de los mercados”.

La carencia de los órganos de coerción se ha suplido por vía de la creciente utilización del arbitraje como justicia privada que se ha consolidado, como lo demuestra la gran aceptación que ha tenido la Convención de Nueva York de 1958 de ejecución de laudos arbitrales.

Los contratos se preparan minuciosamente para su aplicación universal en países que tienen legislaciones muy diversas, y se conciben de manera tal que pueda eliminarse la aplicación supletoria de normas locales. Con esta finalidad, tienden a la autorregulación integral con una detallada elaboración de sus cláusulas “sin parar mientes en la elusión de reglas imperativas del país importador del modelo contractual”.

En fin, ante un litigio en un país determinado, **“el juez estará pre-dispuesto a considerar tutelable lo que ya goza de reconocimiento internacional; o a tener por necesaria su aceptación para permitir**

que las empresas nacionales participen en las corrientes universales del comercio".⁴⁴

*) Como resumen puede anotarse que históricamente el derecho comercial proviene de fuente privada, tanto en los usos y costumbres como en la jurisprudencia, lo que llevó a la existencia de tribunales específicos y un procedimiento fundado en la informalidad; por su carácter cosmopolita surge su aspiración a la uniformidad internacional. Sus rasgos han sido "la libertad de cambios y de iniciativa negocial; el aligeramiento de las formalidades contractuales; el refuerzo y la seguridad del crédito; la tutela de la confianza; el rigor frente a los incumplimientos; la rapidez de las operaciones; la simplicidad en la configuración de la mora; la solidaridad pasiva; los procedimientos concursales o colectivos en sustitución de las persecuciones individuales como contrapeso y garantía frente a la flexibilidad negocial, técnicas para amparar la calidad de la producción, la tutela del consumidor, etc."

En tiempos modernos, se ha sustituido el eje de los actos aislados de comercio, por la contratación de una serie de actos idénticos y homogéneos que se condicionan recíprocamente, los actos de comercio con estipulaciones casi idénticas, módulos contractuales invariables y condiciones generales predispuestas.⁴⁵

4.2.3.3. Conclusión sobre la cuestión

Todas estas especificidades han sido desconocidas en el Proyecto como objeto de regulaciones concretas desde el punto de vista protolegislativo, aunque tengo la convicción de que se han tenido en mira subyacentemente en algunas situaciones a las que más adelante refiero.

Lo cierto es que se ha eliminado, como dije antes, al derecho comercial como sistema, pero subsiste como apéndice en la legislación complementaria.

Es realmente asistemático, pero además disvalioso porque no puede una comunidad desentenderse en esta época de la economía de los negocios. Con ello sólo se logrará que la economía general empeore.

⁴⁴ Anaya, "Consideraciones...", cit., págs. 50 a 53. Galgano actualizó estas observaciones en "Diritto de economia alle soglie del nuovo millennio", en *Contratto e Impresa-Cedam-Padova*-2000, pág. 190 y ss. Destaca que en los contratos la *lex mercatoria* recibió el filtro cultural de *Unidroit*, que la remodela según los principios generales del derecho, punto de equilibrio de los distintos intereses en juego entre las razones de la empresa y la protección del contratante débil.

⁴⁵ Guastavino, Elías, "Unificación Civil y comercial: lo posible y lo conveniente", en publicación del mismo título de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ya citada, págs. 156/7.

4.3. Relaciones y unificación

En el entendimiento que el derecho comercial, o mercantil, o empresarial subsiste más allá de que alguien lo desconozca, por la especificidad de la actividad económica que es su objeto, es necesario abordar sus relaciones entre ambas ramas y la posibilidad de su unificación sistemática, cuestión que ha sido analizada desde distintos puntos de vista y ha generado diversas posiciones.

4.3.1. Los códigos específicos

Como se deriva del examen precedente, existe una corriente doctrinaria que sigue manteniendo el sistema tradicional de dos ramas del derecho privado, en sentido técnico, fundada en la existencia de la especificidad de su objeto, y por tanto, generadoras cada una de codificación propia, o al menos legislación específica. De la doctrina hasta ahora reseñada son de esta opinión Anaya entre nosotros y Schmidt en Alemania.

En Francia y Alemania se mantiene el doble régimen, con sus códigos propios, que se integra sin conflictos con la legislación mercantil descodificada y figuras socialmente típicas.

*) La explicación que se ha dado de esta subsistencia en la legislación francesa es que se excluyó del Código de Comercio la materia obligacional y contractual, y la doctrina predominante no parece motivada a alterar el régimen y es partidaria de las autonomía contractual mercantil porque así lo aconseja la especialidad de las fuentes y la función instrumental de los usos para el desarrollo dinámico de los negocios, destacando en definitiva, que una unificación no trascendería de lo formal.⁴⁶

*) El fenómeno alemán es juzgado por Anaya a partir de la sanción del Código Civil de 1896 “al que emigraron numerosas disposiciones del Código de Comercio originando una comercialización del derecho civil”. Lo más creativo del sistema fue el sistema del Código de Comercio de 1897 que abandonó el criterio de los actos objetivos de comercio para elaborar una disciplina en torno de las “actividades comerciales”.

Con ello concluye que los actos son de comercio “sólo cuando integran el cumplimiento de una actividad y no por factores subjetivos”.

⁴⁶Anaya, “Consideraciones...”, cit., págs. 40/1, con cita de Houin, Escarra y Tunc.

Entre las disposiciones generales incorpora el principio que “entre comerciantes, el alcance de sus actos se basará en los usos y costumbres comerciales”.

Legisló el Código de Comercio sólo los contratos de compraventa, comisión, expedición, depósito en almacenes y transporte. Los demás contratos se remiten a legislación especial.

Esta orientación, hoy centenaria, se fundó en un criterio opuesto a la unificación del derecho privado, por la convicción de que el derecho comercial, acompañando a la economía, debía trasponer las fronteras nacionales.

Anaya juzga que el aporte hacia el futuro que realiza esta doctrina es la visión del derecho comercial desde la “actividad” que realiza el comerciante advirtiendo que “el estilo en la contratación comercial está dado por el eslabonamiento de actos idénticos, homogéneos que se condicionan recíprocamente”.

Esta consideración llevó al análisis de los requerimientos internos concernientes a la organización empresarial como soporte de la actividad y a una síntesis necesaria para llevar adelante el cometido.⁴⁷

El sistema de doble régimen es mantenido por la mayoría de los ordenamientos de base clásica.

4.3.2. Los instrumentos unificados

Anaya realiza una reseña histórica sobre las razones que llevaron a dictar los primeros intentos de unificación.

El primer ejemplo fue la incorporación al Código Civil suizo en 1912, como Libro V, del Código Federal de las Obligaciones. Esta solución se adoptó por razones prácticas para solucionar los constantes litigios que se sucedían por las diversas soluciones que habían adoptado los cantones, en una época en que la Constitución suiza no permitía abordar una legislación uniforme, salvo en materia de obligaciones. Este Código constituyó un sistema uniforme más formal que material, porque mantuvo reglas diferenciadas para el comercio, como el registro de comercio, las designaciones comerciales y la contabilidad comercial.

Este procedimiento, utilizado igualmente por razones pragmáticas, llevó años más tarde a los americanos a adoptar el Código de Comercio Unifor-

⁴⁷ Anaya, “Consideraciones...”, págs. 34/35, quien cita el aporte de Felipe Heck, autor de “¿Por qué existe un derecho mercantil privado, separado del derecho civil?”, escrito en 1902.

me para poner fin a las dificultades que se planteaban en razón de los distintos derechos que regían la materia en los Estados, también como consecuencia de las reglas constitucionales que les asignan atribuciones exclusivas sobre la legislación sustantiva.⁴⁸

El modelo suizo fue tomado en años posteriores en varios países como Líbano, Turquía y Polonia y a la vez hubo intentos con alta repercusión doctrinaria como el del Proyecto franco-italiano. La culminación de la tendencia fue el Código italiano de 1942.

Este último logró una orgánica unificación de las obligaciones, incorporando muchas reglas tomadas de la legislación comercial. Los contratos se legislaron unitariamente apareciendo reglas típicas de las contrataciones empresarias entre las genéricas de los contratos, como la propuesta del empresario o la interpretación de los contratos cuando una parte es empresaria (arts. 1330 y 1368). Igualmente mantienen su individualidad otras disciplinas específicas de los empresarios como las de la representación (art. 2203), los libros contables (arts. 2214 a 2220) y la prueba documental (arts. 2709 a 2711).

El Libro V incorporó el derecho del trabajo, pero quedaron omitidos otros como el derecho de la navegación, la legislación de las falencias, las disciplinas de la letra de cambio y del cheque para las que Italia había adoptado en 1933 las Convenciones de Ginebra de 1930, lo que demuestra que en la unificación ingresó solamente lo que era el contenido del Libro I del Código de Comercio de 1882.

El Código italiano ha sido fecundo en la elaboración de doctrinas sobre la empresa en el derecho mercantil y permanece como el modelo más importante de unificación legislativa, pero su modelo unificador no fue seguido en intentos posteriores, como el de Paraguay o Perú cuyos sistemas describí en párrafos anteriores.

De todos modos, ha padecido también el modelo italiano su desnaturalización, tanto por la proliferación de normas necesarias para su adecuación a los tiempos que se suman a las codificadas y las venidas de fuentes supranacionales especialmente del derecho comunitario.

Un sistema particular es el adoptado por Holanda, cuya unificación comenzó con la supresión de los Tribunales de Comercio en 1838; unificó las quiebras en 1893 y suprimió los regímenes diferenciales entre comerciantes y no comerciantes en 1934. En 1947 comenzó el dictado de su

⁴⁸ Anaya, "Consideraciones...", cit., pág. 33, quien recuerda que se ha dicho que a través de este medio los norteamericanos han descubierto simultáneamente los códigos y el derecho comercial.

nuevo Código que ha ido entrando paulatinamente en vigencia desde 1970 y cada libro es sancionado como un proyecto de ley distinto. Por su largo proceso en el tiempo muchas de las normas dictadas en épocas recientes han resultado modificadas por la legislación comunitaria. El Libro VII reúne materias como el contrato de trabajo, las convenciones colectivas de trabajo, la sociedad civil y los efectos del comercio y el Libro II legisla a las sociedades con personalidad jurídica.⁴⁹

Otras fuentes indicadas por los Proyectistas como el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos o los Principios del Derecho Europeo de Contratos, hasta ahora desarrollados solamente en su parte general, son específicos de esta materia y contienen normas diferenciadas según los contratos se celebren negociadamente o por adhesión o con los consumidores. La misma técnica tiene, en lo pertinente, el Código de Quebec.

4.3.3. La unificación y la codificación

Al hablar de unificación hay que referirse necesariamente a las distintas posibilidades. Puede tratarse de una unificación simplemente formal, “cuando incluyendo las normas, institutos y principios civiles y comerciales en un solo cuerpo legal, subsisten en él soluciones distintas según se apliquen a comerciantes o no”, o material cuando se apliquen a todos los sujetos sin distinciones, y conforme a la intensidad, puede ser parcial, o cuasi total o aún integral.

La unificación material se ha operado con la uniformación de ciertas reglas, como ha sucedido en nuestro país con la ley concursal que eliminó los concursos civiles y se opera informalmente con la generalización de otras en fenómenos denominados como la “comercialización del derecho civil” al adoptarse modalidades típicas del derecho mercantil con carácter general, como la *mora ex re*, la resolución del contrato con prestaciones recíprocas, etc.⁵⁰

La unificación formal, que muchas veces puede convertirse en mera yuxtaposición, suele partir de la regulación en un cuerpo único de las obligaciones y de los contratos, manteniendo reglas propias de cada especialidad.

La unificación de obligaciones y contratos, a la vez, fue concebida sobre la base de la absorción de una disciplina comercial construida a partir

⁴⁹ Anaya, “Consideraciones...”, cit., págs. 39 a 43.

⁵⁰ Guastavino, “Unificación...”, cit., pág. 160.

de los “artificiosos actos objetivos de comercio” y no puede ser trasladada a un sistema de derecho mercantil o empresario que tiene por eje actividades productivas.

Escapan de estos márgenes los contratos de empresa con mera tipicidad social y proyección internacional. A la vez, los llamados actos mixtos o unilateralmente comerciales han sido absorbidos en gran medida por la legislación del consumidor, con tipicidad propia en la Constitución de 1994.

También, aquellos contratos que no encuentran encuadre en esa legislación, han sido abordados por leyes especiales, cuando han alcanzado una regulación más elaborada, que resulta extraña al Código Civil, “pues con ello se los desconecta del núcleo de las materias afines o complementarias como lo son las inherentes a las reglas del estatuto empresarial, de la hacienda o establecimiento, de la concurrencia, etc.”

Además, carece de sentido tal incorporación, porque tanto los contratos empresariales típicos, como los internacionales, tienen una gran dinámica y siguen a la de los negocios, y debe considerarse que la unificación se logra en las fuentes supranacionales, y “no se trata ya de la unificación interna del derecho privado sino de la unificación del derecho mercantil internacional, que incluso ha dado el nombre a una Comisión de las Naciones Unidas”.

Siempre se ha dado como argumento en favor de la unificación el de la innecesariedad de la doble regulación contractual en contratos del mismo tipo. La realidad comercial empresarial rompe esos esquemas, con lo cual parece quedar descartado el argumento sustantivo de base.

En lo demás, el estatuto del comerciante, como el conjunto de reglas impuestas por el nombre, el domicilio, la habilitación, las prohibiciones, incompatibilidades, los libros y la contabilidad, y especialmente el registro empresarial, es notoriamente ajeno al ordenamiento civil.

También es extraño a ese ordenamiento y prácticamente imposible de “unificar” toda la materia relativa a la hacienda mercantil o ciertos derechos específicos de la actividad productiva como las marcas, las designaciones, las insignias, las patentes, los modelos, los diseños, o a ciertas obligaciones que nacen de su ejercicio, según acontece con los regímenes de la concurrencia, la competencia, la identificación de productos y la publicidad.

Otro tanto ocurre con los títulos, cartulares o no, en cuya emisión o en algún punto de su existencia se produce normalmente una intervención empresarial o dependen en su inscripción o circulación de algún organismo

especializado como la Caja de Valores, cuyo funcionamiento y modalidades son ajenas a las modalidades del derecho civil.⁵¹

En el aspecto metodológico, la unificación se realiza a través de la codificación y deben respetarse las reglas propias del sistema, lo que se analizará en los capítulos que siguen, pero que como señala Guastavino, por el principio de la exclusividad del contenido deben derogarse todas las normas anteriores de la materia y debe darse coherencia y plenitud a sus preceptos, por lo que **“se apreciará difícil— por no decir presuntuoso o jactancioso — aspirar a un Código de Derecho Privado... a lo que aún debe adicionarse... la unificación sustancial de todo el derecho privado...”**.

Estos parámetros fijan las pautas para analizar el Proyecto de 1998.

4.3.4. La cuestión en la República Argentina

4.3.4.1. La reforma constitucional de 1994

El art. 67 inc. 11 de nuestra Constitución fue reformado en su texto, ahora recogido en lo sustancial por el art. 75 inc. 12, que dice en su nueva redacción **“que corresponde al Congreso dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados...”**.

El lenguaje utilizado llevó a Guastavino a interpretar que apunta más a permitir la unificación formal que a afrontar la supresión constitucional de la dualidad sustancial o a la licuación directa de la autonomía de ambos derechos.⁵²

Si analizamos el “Proyecto de Código Civil de la República Argentina”, esta dimensión se ha perdido. Se ha derogado el Código de Comercio, pareciendo desconocerse que el comercio existe porque su nombre se suprime. En lugar de llamar a las cosas por su nombre, se ha producido la incorporación al “sistema” de las “actividades especiales”, denominación genérica que pretende encubrir la realidad comercial de la vida cotidiana.

4.3.4.2. El Proyecto de 1998 no cumple el mandato constitucional

La estructuración del Proyecto desconoce totalmente en lo sistemático las instituciones mercantiles, que sólo pasan a constituir, como ya antici-

⁵¹ Anaya, “Consideraciones...”, cit., págs. 54 a 56.

⁵² Guastavino, “Unificación...”, cit., pág. 152.

pé, un anexo de leyes, por lo cual se deroga el Código de Comercio, pero no se unifican el derecho civil y el comercial. El precepto constitucional sólo da una alternativa formal: unificar o separar, pero no suprimir el contenido del Código de Comercio.⁵³

En la era del mercado y de la empresa, están ausentes del Proyecto de Código Unificado sus dos grandes protagonistas: empresarios y consumidores.

Las falencias no quedan cubiertas por la previsión de un Registro de Actividades Especiales o por la obligación de llevar contabilidad a quienes realicen una actividad económica organizada o sean titulares de una empresa o establecimiento comercial, única oportunidad en que dichos sujetos aparecen nombrados.

En tan escueta y única mención deben sustentarse las instituciones que pasan a integrar la legislación "complementaria" del Código Civil, como la ley de sociedades comerciales, bajo la denominación de "sociedades" a secas; el cheque; el warrant; las operaciones de bolsas y mercados de valores.

La mezcla ha generado efectos "peculiares" para darle una calificación neutra. Los contratos comerciales en los que hay que buscar por sobre todo la seguridad, y en los que debe presumirse la igualdad están teñidos de subjetivismo al desaparecer el principio de autonomía de la voluntad como principio general de la contratación, y los simples negocios civiles cotidianos como el mandato pasan a ser onerosos mientras no se haga un pacto en contrario. Estos ejemplos emblemáticos se multiplican.

La mezcla hace imposible lo que Guastavino llama síntesis. El derecho civil mantiene su calidad de "derecho privado general", pero ahora también comprende al "especial" con lo que desaparece su noción sistemática. Su noción analítica se amplía además de las tradicionales a la de las "actividades especiales", que no encuentran sustento en una base sistemática. La teleología de lograr "fines de justicia", se mira bajo una óptica particular en la que prima el derecho de los débiles contratantes, aspiración que, por muy loable que sea, podrá convertirse en declamatoria si no se advierte que el necesario desarrollo del mundo de los negocios se asienta sobre principios propios en los que la seguridad jurídica es valor necesario.

⁵³ Gerscovich, Carlos G., "Aspectos del derecho comercial en el Proyecto de unificación: el comerciante y los contratos mercantiles" en J. A. del 29/3/2000, estima que se ha cometido un exceso de la manda constitucional que dispuso implementar la reforma de los códigos de fondo, Civil y Comercial, toda vez que ella no ha tenido el alcance de suprimir a los comerciantes y su estatuto desde la óptica legislativa.

Debe tenerse presente que “la codificación como método constitutivo del ordenamiento jurídico, no se funda en meras razones de estética jurídica de simetría legal, sino en las funciones culturales que cumplen los códigos al simplificar y racionalizar el derecho. Con la paz también está en juego la seguridad jurídica”.⁵⁴ Corresponde a quienes legislen la responsabilidad de asegurar estos valores.

5. Conclusiones

5.1. No hay razones que justifiquen la reforma total

En el entendimiento que la “historia cuenta” no aparece una razón suficiente como para sustituir el Código Civil y derogar el de Comercio. Las razones dadas por los Proyectistas no justifican ese proceder.

La finalidad invocada para esa sustitución, se funda más en una ideología que en razones técnico-jurídicas, aunque se intente argumentar sobre esta base. No se ha proyectado una reforma de técnica, sino de principios, y éstos son los que subsisten a pesar de las numerosas reformas de ambos códigos.⁵⁵

Por ello es preferible, de considerarse necesario, una reforma de ciertas instituciones o el aporte de otras nuevas, dentro de la sistemática de los códigos vigentes manteniendo sus principios.

5.2. La unificación no está justificada

Tampoco resulta justificada la necesidad de la unificación, que en definitiva constituye una desaparición del derecho comercial al prescindirse de su especificidad.

De mantenerse la vocación unificadora resultará necesario el dictado de una ley que contenga los principios específicos del empresario y su estatuto y las estructurales del establecimiento o hacienda. Téngase en cuenta, por ejemplo, que no existe regulación alguna prevista para el comerciante individual.

⁵⁴ Guastavino, “Unificación...”, cit., pág. 1582.

⁵⁵ Rivera, Julio César en “Reforma del derecho privado (¿parcial o integral?)”, cit., intenta justificar la reforma total con el argumento que por las numerosas reformas que los códigos han tenido, nada queda de ellos. A ese efecto hace un prolijo análisis de las múltiples reformas. Lo que omite es marcar los principios sustanciales que se cambian, y eso es lo que queda de los códigos.

Desde otro aspecto, el anuncio de una estructura jurídica al servicio de una ideología progresista que se pretende en pugna con la denominada "lex mercatoria", resulta un desconocimiento de la práctica de los negocios internacionales, con las consecuencias económicas consiguientes del aislamiento comercial del mundo de las empresas argentinas. Interpreto que la determinación del Proyecto de que "las cláusulas abusivas no constituyen uso, aunque sean de práctica" (art. 967 in fine), cuyo análisis haré en otro lugar, tiene ese sentido.

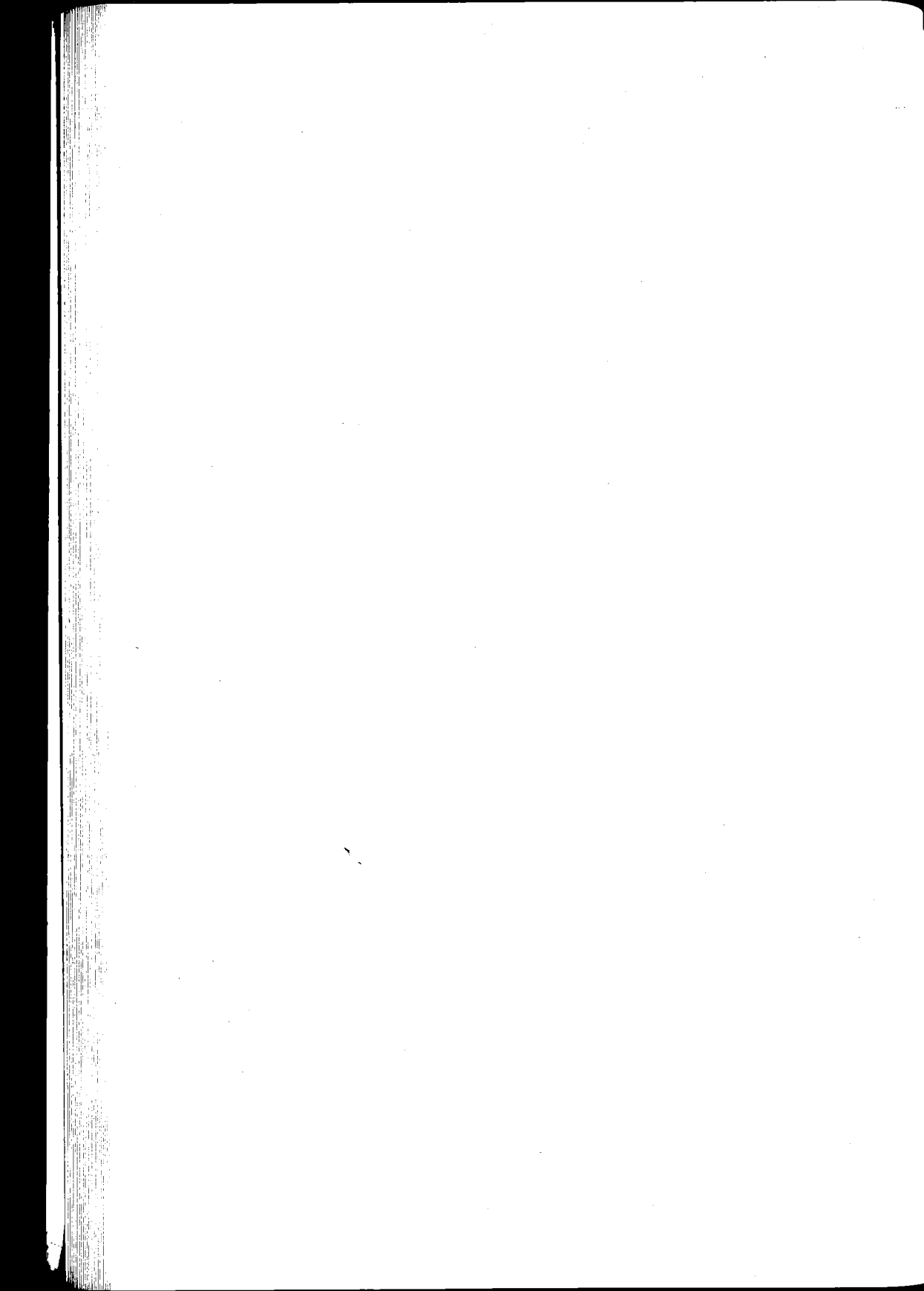
5.3. La técnica de la codificación única no está resguardada

Igualmente, en el caso de persistir en la idea unificadora, debe alcanzarse un "léxico que individualice las modalidades e intensidades variadas para evitar equívocos", y deben renovarse "los estudios sobre la igualdad o prevalencia de las **fuentes** en las ramas del derecho como también sobre la **naturaleza jurídica** de las instituciones que se incorporan a los cuerpos legales".

"...el mero espíritu de simetría puede ser un factor débil para apoyar la unificación, pues la persecución de la simetría puede generar los mayores inconvenientes".

Cabe afirmar que "la unificación Civil y Comercial esgrimida como meta apetecible puede **hipócritamente vestir con falso cientificismo el objetivo de contar con un cuerpo legal del derecho privado, muy extenso o voluminoso, pero necesariamente evolutivo o inestable**".⁵⁶

⁵⁶ Guastavino, "Unificación...", cit., pág. 163.



II. PROYECTO Y LOS PRINCIPIOS DE LA CODIFICACION

1. La calificación de lo proyectado

La primera pregunta que puede ser válidamente formulada es si el contenido del Proyecto puede ser calificado como Código en sentido técnico.

Para dar respuesta a este interrogante, he llevado a cabo el análisis teniendo en cuenta los estudios realizados por Elías Guastavino, recientemente desaparecido, cuyos trabajos ya cité. Considero que fue el jurista más importante y reflexivo, por lo menos de esta segunda mitad del siglo, a pesar de lo cual, curiosamente, no integró ninguna de las sucesivas comisiones que acometieron la realización de proyectos de reforma. Se dedicó hasta el final de sus días al estudio del derecho en variadas manifestaciones, sin estridencias ni declamaciones, con rigor metodológico y profundidad científica. Vaya para él mi sincero homenaje.

En “Estado Actual de la Codificación Civil”⁵⁷ se detiene de los diversos “métodos constitutivos del ordenamiento jurídico”, y luego de describir al método yuxtapuesto y definir la compilación y la consolidación se detiene en la codificación diciendo que “es la obra legislativa en que por un solo acto se sanciona y se publica la totalidad de las normas concernientes a una rama del derecho, **sistemáticamente**. Es el grado más perfecto desde el punto de vista de la **organicidad no sólo por la coherencia de sus normas sino también por inclusión de principios generales con los cuales cabe resolver todas las situaciones. Con ello se tiende a la máxima seguridad jurídica**”.

Recuerda que los principales caracteres de la codificación son:

- a) **Unidad** de sanción y publicación;
- b) **Homogeneidad** de contenido;
- c) **Exclusividad**, por contener al tiempo de sancionarse todas las normas relativas a la rama codificada, sin perjuicio de existir leyes complementarias (organización de registros, órganos de tutelas, etc.). En razón de

⁵⁷ Publicado en L. L. 135, págs. 1296 a 1306, con motivo del centenario del Código Civil.

esta característica, al tiempo de sancionarse un Código se suele ordenar la derogación de todas las normas anteriores de la materia;

d) **Origen estatal**, ya que los códigos son leyes en sentido formal y material;

e) **Sistematización**, consistente en la coherencia y plenitud de sus preceptos⁵⁸, y constituye la nota científica de los códigos, pues la materia se trata, está presentada en el Código de modo orgánico, conforme a un método que asigna a cada institución su lugar adecuado, y que facilita a quienquiera, suficientemente ilustrado, el conocimiento del principio aplicable en cada caso.

De ahí la importancia que tiene el método en los códigos que conduce a la adopción de normas generales y luego a la consideración de instituciones particulares sólo a través de reglas que rigen por fuerza de su generalidad, sin necesitar que se esté renovando su aplicabilidad en relación con cada institución en particular.⁵⁹

Los códigos han mantenido el método deductivo dentro de los sistemas llamados cerrados hasta la actualidad.⁶⁰ Ese método, tomado parte de la propuesta de Cicerón, la genealogía de los conceptos de Puchta y la sistemática de Savigny, consiste en una organización sistemática del derecho en que el orden está dado por cierta disposición o relación que se establece entre los conceptos jurídicos en función de su generalidad o especialidad. El conocimiento de la interconexión de las normas da el conocimiento del sistema.⁶¹

Si se analiza el Proyecto de 1998 desde estas perspectivas, resultará que si llega a ver la luz de su promulgación, la única característica que se tendrá por cumplida será la del origen estatal, y eventualmente la de contenido homogéneo si se considera como tal a la fusión en un instrumento único de normas del derecho civil y del derecho mercantil.

La Constitución Nacional ordena como modo de afianzar la justicia, el dictado de los códigos como método constitutivo de las principales ramas

⁵⁸ Guastavino, "Estado", cit., pág. 1297.

⁵⁹ Llambías, "Tratado de Derecho Civil-Parte General", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, T. I., pág. 174, N° 218.

⁶⁰ Resulta particularmente interesante el profundo estudio de Guido Alpa "Il método nel diritto civile", en *Contratto e Impresa*, Cedam, Padova, 2000 N° 1, pág. 358 y ss., en donde destaca que los civilistas han vuelto al estudio de los temas metodológicos que durante mucho tiempo dejaron abandonados a los filósofos.

⁶¹ Ver nuestro trabajo "Enfoques sobre la metodología del Código Civil Argentino", en L. L. 1986-E, pág. 1178 y ss., y bibliografía allí citada.

del derecho. La cláusula constitucional está indicando “la existencia implícita de dos obligaciones del legislador: a) Cumplir el mandato constitucional de dotar a la República de verdaderos códigos..., b) A medida que la evolución jurídica imponga la necesidad de modificar el derecho codificado debe indicarse con claridad y expresamente qué normas se reemplazan o derogan, pues de lo contrario se **vulneraría indirectamente el postulado constitucional de afianzar la justicia y la paz mediante cuerpos de leyes generales y coherentes**”.⁶²

2. Desaparición nominal y fáctica del principio de exclusividad y consecuentemente del de unidad

2.1. Las inclusiones, derogaciones y modificaciones previstas

La ley proyectada para poner en vigencia el “Proyecto de Código Civil de la República Argentina” consta de 15 artículos y dos anexos. El Anexo I es el proyecto de Código Civil y el Anexo II establece reformas a legislación complementaria de los códigos Civil y de Comercio, que mantendrán su vigencia, y la derogación de algunas leyes.

De este análisis surge, por ejemplo, que, en el art. 8 se proyecta derogar el Código de Comercio, pero en el art. 3 ya se había previsto derogar “toda disposición que haya previsto la incorporación de normas o leyes al Código de Comercio y el contenido de éstas queda incorporado al Código Civil, según el texto aprobado por la presente ley, en lo pertinente”.

El art. 4 proyecta tener por “incorporadas al Código Civil las leyes vigentes que prevén dicha incorporación”.

De la simple lectura aparece que el Proyecto no opta por establecer claramente cuáles leyes subsisten y cuáles no, sino que simplemente se remite a las leyes que prevean su incorporación sin enumerarlas, y, aún más, su texto se incorpora al Código Civil en lo pertinente, con lo cual se abre un amplio abanico de discusión sobre la vigencia de los contenidos, sobre la base de la calificación de **si son o no pertinentes**.

La nebulosa aumenta cuando se observa que en el Anexo II, se sigue un método errático. Se propone derogar algunas leyes, en la mayoría de naturaleza civil, y de otras, de las ya incorporadas al Código Civil, se afirma que se mantienen, como la 11.296 y la 14.005.

⁶² Guastavino, “Estado actual...”, cit., págs. 1297/8.

Con relación a la legislación de origen mercantil, en cambio, la propuesta es diversa pues queda vigente todo aquello que no se deroga, pero a la vez, algunas de las vigentes se modifican. A mayor abundamiento, mientras se debate el Proyecto se sancionaron nuevas leyes como la de tarjeta de crédito, del régimen de martilleros y corredores o contrato de leasing.

El detalle precedente revela que no se ha resguardado el principio de la exclusividad, porque la tarea de codificar implica la inclusión de todas las normas complementarias dentro del texto del Código incorporándolas a su sistema para que el instrumento cumpla cabalmente la función de tal.

Tal método excluye la claridad que es un elemento de la paz jurídica, cuya realización “dada la complejidad de los ordenamientos jurídicos actuales, sólo es factible mediante la codificación”.⁶³

2.2. Las remisiones

La intención unificadora, predicada como *leiv* motiv, se pierde en cuanto aparece alguna situación particular, que en lugar de incorporarla al sistema del Código proyectado, se prefiere mantenerla fuera de él.

Algunos ejemplos lo confirman:

* La legislación relativa a los trasplantes de órganos, que al referirse a ellos, el Proyecto remite a la legislación específica.

* También se utiliza esa técnica en la compraventa de muebles registrables, caso especial de los automotores que no se ha comprendido en la unificación proyectada. Tampoco se incorporan los arrendamientos rurales en la locación.

* En las normas relativas a los contratos de “Obra y servicios” se indica que deben integrarse “con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios y obras especialmente regulados”, sin determinar cuáles son esas regulaciones, y cuál es la naturaleza de las normas a que se remiten.

* En el texto proyectado para el contrato de transporte se prevé que “el transporte multimodal se rige por la ley especial”.

* Cuando se proyecta la cuenta corriente bancaria, se delega a la “reglamentación”, de la que no se dice quién la puede dictar o cuál es el órgano que tiene la facultad de establecer diversas decisiones (art. 1332).

* Al proyectar la agencia se excluye a los agentes de bolsas y otros (art. 1381), que seguirán regidos por las leyes especiales.

⁶³ Guastavino, “Estado actual...”, cit., N° 4, pág. 1297.

* Los contratos celebrados en bolsas y mercados, de sancionarse el Proyecto, continuarían rigiéndose por las normativas propias (art. 1511).

* El régimen previsto para los supuestos de sustracción, pérdida, destrucción de títulos valores o sus registros se aplica en tanto “no existan normas especiales para tipos determinados de ellos” (art. 1784).

Estas remisiones son también desviaciones del principio de especialidad, desde que no son incorporadas ni concordadas en el sistema del proyecto.

2.3. Descodificación

Señala Guastavino que “la gratitud nacional hacia el codificador se reafirma comparando su obra con la descodificación civil y comercial posterior”, la que no puede justificarse en la evolución y aceleración de los cambios sociales, cuando la técnica moderna puede superar las dificultades adecuando las reformas al sistema. En la falta de utilización estos medios aptos, y en “la **ligereza** del poder legislativo, residen algunas de las causas del saldo favorable a Vélez Sarsfield arrojado por la comparación de su codificación, con la ulterior descodificación del derecho privado”.⁶⁴

En este sentido considera que **han sido factores determinantes de la descodificación “el apremio y la improvisación del Poder Legislativo, inclusive en algunos casos en que se contó con el asesoramiento técnico”**. También ha influido la **perplejidad ante las novedades**, que han causado cambios legislativos que no se encuadraron en los sistemas de los códigos y **la demagogia**, reconociendo en este caso que han existido ejemplos de quienes “han sido calificados por una mente muy aguda como alcoholizadores de las masas”.

La introducción de nuevos principios en los códigos no significa necesariamente una descodificación, en la medida que se integren en el sistema. Por ejemplo, la inclusión de normas relativas a los contratos por adhesión dentro del Código Civil puede realizarse integrando el sistema y estableciendo el ámbito propio dentro de él. A la vez, cuando ciertos contenidos logren cierto grado de sistematización propia pueden, a la vez, integrar otro sistema. Tal ha ocurrido con los derechos del consumidor que en Francia y Brasil han sido codificados. No son microsistemas dentro del sistema general, sino que son sistemas diferentes.⁶⁵

⁶⁴ Guastavino, “Estado actual...”, cit., N° 6, pág. 1298.

⁶⁵ Legislar sistemáticamente una materia no necesariamente implica “descodificar” metodológicamente en la medida en que se determine el ámbito de cada sistema y sus normas propias. La mala técnica y la confusión conceptual en las reformas son las que pueden provocar

En suma, el apartamiento del principio de la exclusividad produce descodificación, por no integrarse las normas al sistema. Desde este aspecto, el Proyecto de 1998 propone no una codificación sino una descodificación, por no incorporar sistemáticamente todas las normas preexistentes y por remitir expresamente a otras cuando se proyecta la regulación de instituciones incluidas.

3. La descodificación excluye la sistematización

3.1. La codificación y la legislación "incorporada"

Los códigos deben reunir en forma orgánica el conjunto de normas jurídicas vigentes "para evitar la incertidumbre en la aplicación de un derecho que de otro modo resultaría disperso y fragmentario".⁶⁶

Un Código, en definitiva, es la expresión legislativa de un sistema, entendiendo por tal a "la clase de ordenamiento que contiene las soluciones de los casos en una totalidad normativa, constituyendo ésta una entidad orgánica, autosuficiente, con capacidad de expansión para reglar jurídicamente cualquier hecho o situación que pertenezca a esa rama de modo coherente".⁶⁷

La codificación no excluye las reformas necesarias, en la medida en que se mantenga la exclusividad y la sistematización.⁶⁸

Algunas reformas, tanto en el Código Civil, como en el de Comercio, han mantenido los respectivos sistemas.⁶⁹ Otras en cambio, pueden calificarse como leyes descodificadoras porque conspiran contra la unidad, exclusividad y sistematización.⁷⁰

este efecto. Por ello creo que no cabe hablar de microsistemas que descodifican axiológicamente los códigos, como opina Lorenzetti, en "Las normas fundamentales...", cit., pág. 42 y ss.

⁶⁶ Busso, Eduardo, "Código Civil Comentado", comentario al art. 22, T. I, pág. 221.

⁶⁷ Guastavino, Elías, "Sistema y Axiología del Derecho Civil", en L. L. 138-1037.

⁶⁸ Guastavino, "Estado Actual...", cit., pág. 1300.

⁶⁹ Guastavino, "Estado actual...", en pág. 1299 nota 10, realiza una enumeración. Entre las que reformaron el C. Civ. guardando el sistema incluye la ley de fe de erratas y las leyes 9151; 1156; 11.725; 11.846; 12.296; 15.875; 16.504; parcialmente la 10.903 y la 14.024. Entre las que guardaron el sistema en el Código de Comercio, consigna a la 3528; 11.718; el decr.-ley 4777/63 ratificado por la ley 16.478; ley 17.371, entre otras.

⁷⁰ Para entender el desarrollo histórico del derecho comercial y el dictado de numerosas leyes desde la última reforma del Código de Comercio de 1889 y hasta 1965, pero cuyas conclusiones son válidas hasta el presente, resulta interesante el estudio de la "Evolución y Estado Actual de la Legislación Comercial Argentina", de Carlos Suárez Anzorena, Omeba, 1965.

Ello puede ocurrir por una modalidad extrínseca como puede ser el dictado de una ley especial que sustrae una materia del Código Civil. Para que ello no produzca descodificación, debe establecerse expresamente cuáles normas quedan derogadas.⁷¹ Entre la legislación complementaria del Código de Comercio, que en bloque el Proyecto incorpora al Código Civil sin mencionarla, Guastavino encuentra claros ejemplos de descodificación extrínseca, con el consiguiente perjuicio del sistema.⁷²

Busso cuenta entre las ventajas de la codificación “que facilita la interpretación y aplicación del derecho con un cuerpo orgánico de leyes, sin que ello impida para el futuro la intervención del legislador en los casos indispensables, **y mientras llega el momento de proceder a una revisión en conjunto.**”⁷³

En el Proyecto se da una clara descodificación extrínseca, en la oportunidad en que, tomada la decisión de proceder a la reforma total, se debió acabar con las leyes incorporadas, y es justamente en este punto en donde se plantea la cuestión de la compatibilidad de unificar la legislación civil y comercial, dado que por la mayor mutabilidad de esta última, se han realizado propuestas diversas como dictar un código mercantil que contenga un pequeño número de reglas principistas y mantener leyes particulares para cada institución.⁷⁴ Pero, optando por codificar con pretensión de universalidad, y considerando que resulta incluida en el Proyecto de Código toda la materia mercantil, es una incongruencia metodológica el mantenimiento de la legislación preexistente sin incorporarla.⁷⁵

⁷¹ Guastavino, “Estado actual...”, adjudica buena técnica a la ley 13.512 y a la ley 18.248 del nombre.

⁷² En “Estado actual...”, nota Nº 11, enumera las leyes de patentes y marcas hoy reformadas; las de diseños industriales; la 8875 y 9643 sobre warrants y debentures; 9644 y 12.862 y sus reformas; 11.275 y sus modificatorias; 11.380 y sucesivas sobre cooperativas; 11.645 y sus reformas sobre S.R.L.; 11.867; 12.962; 13.892; 14.546; decretos leyes 4476/63 y 5965/63; 17.088; 17.145; 17.318; 17.325; 17.418; 17.811; 18.061. Hace expresa mención de la ley 11719 de quiebras por entonces vigente y que producirían igual efecto los proyectos de ley de sociedades que luego adquirieron vigencia.

⁷³ Busso, op. y loc.cit.

⁷⁴ Sobre el tema de la posibilidad de la codificación del derecho mercantil y de la unificación, resulta importante la consulta a “La unificación del derecho privado. Un replanteo necesario”, de Jaime Luis Anaya en “Anales” de la Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXXV-Segunda época - Número 28.

⁷⁵ Esta situación ha llevado a Belluscio en “Anteproyecto de Código civil. Disidencias” (L. L. 7/5/99) a calificar el Código como incompleto, dado que los precedentes conocidos como el Código italiano o el de Quebec de 1991 comprenden la totalidad del derecho civil y comercial, y el último con mayor amplitud. Entiende que “si bien se puede dudar de la inclusión en un Código único de las normas relativas a la navegación y a los concursos, aun cuando originariamente formaran parte del Código de Comercio, no podía dejar de legislarse sobre las sociedades o sobre los seguros,

3.2. La posición asumida por los redactores

Asumida como es una reforma total, una codificación implica por el principio de exclusividad que se incorpore orgánicamente toda la legislación vigente al Código nuevo. De no procederse así sucede que los principios generales que cumplen función sistematizadora, son establecidos posteriormente a los anteriores especiales que subsisten en la legislación incorporada, pudiendo crearse serios y hasta prácticamente insolubles cuestiones de interpretación.

Habría que tener una frondosa imaginación para hacer una lista analítica de los supuestos que eventualmente puedan suscitarse en el futuro, pero es posible enumerar algunos evidentes defectos de sistematización, que reconocen su origen en el desconocimiento del principio de exclusividad.

Por ejemplo, se eliminó en el Anexo I del Proyecto, es decir en lo que se denomina "Código Civil" toda referencia al comerciante y a la actividad comercial. Aparecen algunas expresiones aisladas como el art. 302 que menciona a "quienes realicen una actividad económica organizada, o sean titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios" y que los distingue de los profesionales liberales y los que realicen actividad agropecuaria; art. 463, inc. 3, en que se menciona a los "establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios"; en una norma de desafortunada redacción se habla de los "propietarios de casas de depósito" (arts. 1298/9); al regular el contrato de agencia se menciona al "ramo de negocios"; en el de concesión se incluye en la definición a la "comercialización de mercaderías"; en el de franquicia a un "sistema destinado a comercializar".

Este mosaico no agota los supuestos, ni estructura tampoco un sistema, desde que no se puede descubrir bajo la genérica denominación de "actividades especiales" (arts. 297/8) o la mención de tratamientos especiales a quienes "actúan profesionalmente en la actividad" (art. 1002 entre otros), un sistema de calificación ni un principio distintivo.

Estas menciones demuestran que se intenta la desaparición de la calificación de comerciante; que los comerciantes individuales no son sujetos que tengan que registrar su inscripción en el registro de actividades "especiales", pero a pesar de ello, se prevé la inscripción de otros sujetos que

y aun cuando no fuera más que incorporando las normas vigentes, realizar una tarea de coordinación con el resto del Código evitando, por ejemplo, contradicciones entre las disposiciones relativas a las personas jurídicas en general y a las sociedades en particular".

realizan actividad comercial como martilleros y corredores u otra actividad que según su ley especial corresponda inscripción (art. 302). Mientras el proyecto se discute se sancionó la ley 25.028, que introduce, a la vez, modificaciones al régimen de estos agentes.

A los martilleros se les continúa aplicando una ley especial, la 20.266 en la que se incluye ahora a los corredores. El art. 2 de la ley citada determina que están "inhabilitados" para ser martilleros "a) quienes no puedan ejercer el comercio". En el art. 32, inc. a) que agrega referido a los corredores, repite la expresión. Igual situación aparece en el art. 8 de la ley 22.400 de productores asesores de seguros; en la ley 19.550 que determina la misma exigencia para los directores de sociedades anónimas e integrantes del órgano de fiscalización (arts. 264 y 286). La privación de ejercer el comercio es prácticamente el único efecto que ha quedado como residual de la debilitada inhabilitación del fallido (art. 238 de la ley 24.522).

Si se lee todo el Proyecto, no se advierten cuáles son las condiciones previstas para el ejercicio del comercio. Las restricciones para tal ejercicio, aunque en la práctica se las tuvo por desaparecidas, estaban fundadas en un principio de seguridad del tráfico, y presuponen la existencia de idoneidad moral que sería deseable rescatar.

Siguiendo con los ejemplos de descodificación, se prevé la registración de la apertura de los concursos preventivos o declaraciones de quiebras de las personas jurídicas, no de las físicas (art. 298, inc. j) y no se deroga el art. 295 de la ley 24.522, por lo cual existirán legalmente establecidos dos registros con el mismo objeto, en uno de los cuales se inscribirán, además, los concursos de las personas físicas.

El Proyecto, como anoté, no prevé la registración del comerciante individual, pero se mantiene el art. 12 de la ley 11.867, que preceptúa la inscripción de la transmisión de los fondos de comercio, cuya preceptiva se reitera en el art. 298 inc. k) de aquél.

Estas menciones que aparecen a primera vista pueden multiplicarse y generar serias discordancias difíciles de solucionar por las anomalías de sistematización, porque ésta ignora, como dice Gerscovich, que en la realidad económica siguen existiendo personas que, con habitualidad y profesionalidad, compran para revender y lucrar con la diferencia.⁷⁶

⁷⁶ Gerscovich, en "Aspectos...", cit.

3.3. Descodificación intrínseca

Señala Guastavino que los medios intrínsecos de descodificación, más sutiles e imperceptibles, socavan la esencia del Código desde su interior atentando contra su carácter sistemático. Como resulta cierto que ninguna codificación es técnicamente perfecta, estos errores aparecen con mayor o menor intensidad en todos los códigos y pueden resultar muy sutiles.⁷⁷

Esto resulta muy frecuente en las reformas parciales, como el caso de la ley 17.711 que modificó algunos artículos y dejó vigentes otros, pero también es posible en los que se redactan íntegramente como ocurrió en el texto originario del Código Civil.⁷⁸

En el Proyecto se advierten diversas situaciones de descodificación intrínseca, pudiéndose mencionar solo como ejemplo algunos de los efectos que se atribuyen a los usos y costumbres, y algunas expresiones y normativas que no encuentran explicación dentro del ordenamiento proyectado, o que su sentido no puede ser descubierto dentro del texto, o criterios y lenguajes diversos para instituciones similares.

Señalo como algunos ejemplos concretos de descodificación en la utilización de términos y en la técnica de la remisión los siguientes:

*) En el art. 319 del Proyecto, aparece mencionado el **nuncio** como transmisor de declaración de voluntad. En el Código Civil está legislada la posibilidad de celebración del contrato por medio de “agente” (arts. 1147 y 1151), personaje al que la doctrina le dio la calificación de nuncio.

Esta modalidad de formación del consentimiento no está expresamente contemplada hoy en el Proyecto cuando se legislan los modos de formación del consentimiento.

No obstante, el art. 975, al referirse al efecto relativo de los contratos, considera “parte” a “quien manifiesta la voluntad contractual, aunque ésta sea transmitida por un corredor o agente sin representación”.

En el régimen proyectado la misión del corredor es vincular a las partes en la negociación o conclusión de un negocio y sólo puede recibir el encargo de representarla en la “ejecución” del negocio, más no en su celebración (arts. 1268 y 1272-b). La transmisión de la voluntad contractual a través del corredor, no está prevista como perfectiva del negocio.

En cuanto al agente —ahora calificado expresamente en el Proyecto—, promueve negocios y no representa al preponente en la celebra-

⁷⁷ Guastavino, “Estado...”, cit., pág. 1300.

⁷⁸ Guastavino, “Estado...”, cit., pág. 1301.

ción, salvo apoderamiento, y queda claro que los contratos son celebrados directamente por aquel (art. 1365 inc. e).

El repaso de situaciones muestra una discordancia con la consiguiente dificultad de comprensión intrínseca del sistema. La solución pasaría por determinar entre los modos posibles de formación del consentimiento la del nuncio o agente. Y quien elige ese medio debe responsabilizarse del error en la declaración de éste y no prevalerse de ella como parece surgir del proyectado art. 319.

Por otra parte, parece preferible eliminar los ejemplos a la hora de definir a quien es parte contractual, y acudir a la sustancia. En las situaciones descriptas en el párrafo anterior no se concretan roles y los tres enumerados no se incardinan sistemáticamente. El primero está comprendido en el 1244; el segundo es el efecto propio de la representación que está incluida, bajo un título impropio en el 356 y el tercero, remite a una situación fuera de sistema.

*) El art. 397 declara asimilable al abuso del derecho el “abuso de posición dominante”, terminología propia del derecho de la competencia. El Proyecto no establece una correlación entre ambas ramas por lo que la expresión aparece, como principio, fuera del sistema por lo menos hasta que se dé mejor explicación del sentido de tal inclusión.

*) Dentro del mismo tópico, el art. 1402 establece bajo el título: “Derecho de la competencia” que “no se considera que los pactos entre franquiciante y franquiciado restrinjan o lesionen la competencia”. Esta es una calificación que no corresponde al derecho privado y que, además, no puede excluirse a priori que se concrete o no tal violación.

Las normas del derecho de la competencia son de orden público y sus calificaciones pueden influir en el derecho privado, como trataré más adelante, pero éste no puede hacer una suerte de afirmación en el vacío introduciéndose en situaciones cuya naturaleza le resulta ajena, y que, además, dependen de una determinación de la situación en cada caso.

*) Desaparece el contrato como institución. Aparece una serie de figuras bajo esa denominación, cada una con una calificación. Sin ahondar aquí en el tema, se advierte una diferenciación de elementos y efectos contractuales no siempre fáciles de compaginar. A ello se suma una terminología que hay que descubrir, por ejemplo, cuál es el significado de la expresión “cláusulas especiales” utilizada por el art. 928, a cuya conformidad se supedita nada menos que la existencia de consentimiento frente a lo que se denomina “oferta predispuesta”.

*) En orden a calificaciones que es necesario descubrir y cuya nomenclatura no indica el sistema, aparece la aplicación extensiva del con-

trato de concesión a “los contratos de distribución en cuanto sean pertinentes” .

El proyecto no contiene una clasificación funcional de los contratos que permita establecer criterios para la calificación dentro de la especie, se establece esta generalización dentro de una categoría cuya extensión y caracterización por la doctrina reconoce diferencias notables.

4. El principio de unidad

Si el proyecto se sanciona como ley de la Nación será una ley más pero no cumplirá el principio de unidad, porque normas de iguales materia vigentes con anterioridad, subsistirán con fuerza legal, como resultado del método empleado.

III. LAS NORMAS SISTEMATIZADORAS EN EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1998

Guastavino señala que el término sistema puede utilizarse como sinónimo de división expositiva y docente de las partes de una rama del derecho, como es por ejemplo el plan de las Institutas de Gayo; o puede ser usado también con el sentido que le dio Savigny de método de distribución dentro del Código; o igualmente como posibles planificaciones de la exposición científica del derecho civil, como el método normológico utilizado entre nosotros por Goldschmidt.⁷⁹

El Código representa también la expresión de un sistema, que se integra con las normas que contiene. El proyecto en análisis prevé que en el caso que una cuestión no pueda ser resuelta por sus palabras, se estará a su finalidad, las leyes análogas, las costumbres y los principios generales del derecho, conforme las circunstancias del caso (art. 5). Con esta disposición se mantiene la calidad de sistema material de modo similar al Código vigente.⁸⁰

Pero además, dentro de un Código hay normas que establecen principios que se erigen en bases directrices del sistema que resultan la expresión de los fines trascendentes perseguidos y permiten la realización de una política legislativa.

En este sentido se ha dicho con razón que el procedimiento correcto para construir un cuerpo jurídico es comenzar por definir la política del Estado en cada una de las materias que lo integran. Partiendo de esa base se elaborará un proyecto por quienes tengan un alto conocimiento de las materias que comprenda y expertos en redacción. Un proyecto así elaborado sólo necesitará en su etapa legislativa el control de adecuación a la ley que fijó las bases y políticas y no el debate sobre estas mismas. Al no seguirse este camino hoy nos encontramos debatiendo un proyecto tanto en sus aspectos ideológicos cuanto en sus aspectos técnicos.⁸¹

⁷⁹ Guastavino, Elías, "Sistema...", cit., pág. 1038.

⁸⁰ Calificación que da Guastavino en "Sistema ...", cit., pág. 1039.

⁸¹ Radaelli, Ricardo, "El proyecto de nuevo Código Civil. Una metodología desafortunada", en E. D., Supl. 8/9/99.

“Toda norma, cualquiera sea su esfera de aplicación integra el sistema jurídico. El derecho objetivo no puede fragmentarse en razón de la coherencia lógica y de la sustentación jerárquica que la conforma. En la aplicación de cualquier norma de derecho va involucrada la concordancia sistemática del ordenamiento total. Empero, ciertas normas cumplen una función integradora de modo más general, procurando completar y cerrar el sistema para asegurar su plenitud y autosuficiencia”, y esas normas sistematizadoras generales deben ser contempladas por el juez antes de proceder a la integración del ordenamiento mediante la elaboración de nuevas normas.⁸²

1. Las normas sistematizadoras del Código Civil y su comparación con el Proyecto

Aparecen en el Código Civil normas sistematizadoras de distinto tipo que Guastavino clasifica como prohibitivas, dispositivas y permisivas, a las que les atribuye la calidad del epígrafe por la función que cumplen en la interpretación e integración del sistema total.

El análisis que sigue tiende a descubrir si los principios sentados por estos criterios generalizadores se mantienen, o si el Proyecto los deroga o los sustituye.

1.1. Normas prohibitivas

1.1.1. En el Código Civil

En el Código vigente, el art. 18 establece la sanción de nulidad respecto de los actos prohibidos por las leyes.

1.1.2. Situación en el Proyecto

El Proyecto no recoge ese principio que, en la actualidad, “completa toda disposición prohibitiva integrándola”, ni como norma particular ni como referencia especial en el tratamiento de las nulidades (arts. 383 y ss.).

Sin apuntar a esta ineficacia como consecuencia a la violación de una prohibición de la que resulta la ineficacia genérica, se da por supuesto que existen actos prohibidos y se concreta el efecto del acto fraudulento.

⁸² Guastavino, “Sistema...”, cit., págs. 1038 y ss.

La introducción de la categoría de acto fraudulento es realmente acertada, pero la ubicación es asistemática. Existe un modo evidente de manifestación de la ilicitud que es la conducta que viola abiertamente la ley y cuya sanción genérica es la nulidad, pero no hay en el Proyecto norma expresa que consagre el principio. En cambio, sí se da tal carácter, con otro efecto, a la violación de una norma imperativa cuya forma de comisión se instrumenta a partir del amparo de un texto legal que prevea un resultado análogo de apariencia lícita (art. 5).

La nulidad pierde, en el Proyecto, el carácter de consecuencia genérica de toda violación a una norma prohibitiva, dado que no sólo desaparece en la introducción, sino que también está ausente cuando se proyecta el régimen de la nulidad que, sin definirla, comienza con los criterios de distinción de sus especies.

Se califica como de nulidad absoluta a los actos que contravienen el orden público o la moral y de nulidad relativa a los "actos a los cuales la ley les impone esta sanción sólo en el interés de ciertas personas" (art. 383).⁸³

La pregunta que subyace es la de la determinación del efecto de una prohibición legal a la cual no se le establece una consecuencia para el supuesto de violación. Por ejemplo, no existe una sanción genérica que determine cuál es el efecto de la violación del artículo 3 cuando establece "está prohibida la renuncia general de las leyes" o cuando en la fianza se determina que "el beneficio de división es irrenunciable".⁸⁴ Al desaparecer la regla general hay que determinar el efecto en cada caso y allí aparece el amplio campo del voluntarismo judicial.

⁸³ Esto ocurre bajo el título VIII "De la ineficacia de los actos jurídicos", que separa en las categorías los supuestos de su invalidez o de su oponibilidad. Por la lectura del segundo párrafo del art. 379 se colige que estas categorías se refieren a las ineficacias originarias y no sobrevinientes. De estas últimas se consigna en un artículo en que se está clasificando, un efecto, el de la ineficacia sobreviniente. La única causa de ineficacia por razón de su invalidez debe intuirse que es la nulidad, porque tampoco esto se explica. El art. 379 establece la invalidez como categoría. Los artículos 383 al 386 se refieren a nulidades y el capítulo IV arts. 387 a 389, establece los efectos de la invalidez, que no son otros que los de la nulidad. En un Proyecto de Código, luego de todo lo que se ha escrito y estudiado al respecto, puede depurarse la técnica en un tema cuya interpretación ha dividido a la doctrina durante toda la vigencia del Código Civil. Se enrola el Proyecto decididamente en la calificación de la nulidad como sanción. Rivera, Julio, en "Instituciones de Derecho Civil" (T.II, pág. 926 y ss.) distingue la ineficacia en sentido amplio y en sentido estricto y estudia los diferentes supuestos de ineficacia distintos de la nulidad. En el Proyecto se los trata como específicos supuestos de extinción del contrato (art. 1039 y ss.).

⁸⁴ En un país que necesita afianzar el comercio, debilitar las garantías es el peor signo que puede dar a cualquier inversor. El Proyecto, además de degradar la fuerza obligatoria del contrato, tiene una fuerte tendencia en igual sentido en el régimen de las garantías.

1.2. Las normas dispositivas

1.2.1. En el Código Civil

Guastavino califica de normas dispositivas a aquellas que ordenan el cumplimiento de una prestación positiva determinando en cada caso el efecto del incumplimiento, aunque reconoce que en el Código vigente hay algunas normas de esta índole que establecen los efectos para una generalidad de supuestos, como por ejemplo el art. 505 del Código Civil.⁸⁵

1.2.2. Situación en el Proyecto

En el Proyecto se incluyen normas de esta índole, por ejemplo, el art. 961 que establece que el incumplimiento por una de las partes de la formalidad prevista, comporta para la otra la posibilidad de exigirla judicialmente, y del cumplimiento de la sentencia mediante la formalización por el Tribunal. Contenido similar al del actual art. 505 del Código Civil está incluido en el 678 del Proyecto.

Lo que resulta difícil, en cambio, es determinar el límite de lo “dispositivo” o lo “disponible”, según se desarrolla más adelante.

1.3. Las normas permisivas

1.3.1. En el Código Civil

Guastavino califica como normas permisivas a las que conceden facultades sin prohibir ni ordenar. Están vinculadas a una norma general que tiende a asegurar la plenitud del sistema civil, consistente en el principio según el cual no se imponen a las personas otras limitaciones que las prohibitivas o dispositivas que establecen las leyes.

Dentro del Código Civil se recoge el principio del art. 19 de la Constitución Nacional en los arts. 53 y 1037. No obstante, este principio, al que se denomina de clausura, no excluye la aplicación en algunos supuestos de la analogía y los principios generales del derecho.⁸⁶

La interpretación y extensión del principio conocido como “pas de nulité sans texte”, que consagra el art. 1037 del Código Civil, ha desvelado a los civilistas.⁸⁷

⁸⁵ Guastavino, “Sistema...”, cit., pág. 1038.

⁸⁶ Guastavino, “Sistema...”, cit., págs.1038/9.

⁸⁷ Los debates están precisamente resumidos por Llambías en “Tratado...”, cit., T. II., págs. 565 y ss.

Pero, como ha hecho notar Rivera, a pesar de que se generalizó la doctrina que admite la interpretación amplia del concepto, no se encuentran reclamos para su eliminación, sino que, por el contrario, se ha dado a la norma vigente un importante valor instrumental.⁸⁸

Llambías deja en claro que siempre la nulidad es de origen legal, o sea que encuentra su fuente en la fuerza imperativa de la ley⁸⁹ y concluye en que el art. 1037 no exige que la sanción de nulidad esté expresamente consagrada en la ley. El sentido del precepto sólo indica que esa sanción siempre deriva de la ley y no de la voluntad de los jueces, que no podrán arbitrar para invalidar un acto, causas que no estén efectivamente incorporadas, siquiera de una manera tácita al ordenamiento legal.⁹⁰

Se ha explicado la misma cuestión en otros términos, esto es que la ley puede establecer la sanción de nulidad de modo directo, como lo hace el actual art. 953, o de un modo indirecto, cuando la sanción aparece por la contradicción del acto con una prohibición de la ley, o de la ausencia de una condición exigida por ésta para su validez, que es lo que resulta de lo dispuesto por el art. 18 del mismo Código Civil. Por ejemplo, la falta de firma de un instrumento privado acarrea la nulidad del mismo porque el art. 1012 exige ese requisito y su omisión acarrea los efectos previstos en el art. 18. Por ello, rige el principio de que no hay sanción de nulidad sin texto, y “nunca se podrá declarar una nulidad mediante el recurso de la interpretación extensiva o analógica”.⁹¹

1.3.2. La situación en el Proyecto

La Constitución de 1994 mantiene el art. 19. Una declaración similar a la del art. 53 del Código Civil parece ser la del art. 18 del Proyecto, aunque ésta se limita a una norma específica de capacidad. El art. 53 vigente tiene otra amplitud por su singular particularización del sujeto derecho civil, el habitante al que le son permitidos todos los actos que no son prohibidos, “independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política”.

En cambio, como se hizo notar en párrafos anteriores, en el Proyecto desaparece absolutamente la sanción genérica de ineficacia para todo acto

⁸⁸ Rivera, “Instituciones...”, cit., T. II, pág. 956.

⁸⁹ Llambías, op. y loc. cit. T. II, pág. 565.

⁹⁰ Llambías, op. cit. y loc. cit., pág. 570. En la jurisprudencia citada en nota 10 hace mención a que puede resultar de una prohibición o condición legal y que por tratarse de una excepción a la validez de los actos jurídicos es de interpretación restrictiva.

⁹¹ Lloveras de Resk, María Emilia, “Tratado de las nulidades jurídicas”, Depalma, Buenos Aires, 1991, págs. 28 a 32, tomando según las notas el desarrollo de Buteler.

prohibido por la ley. Esta desaparición crea un amplio margen para la "opinabilidad" sobre los límites de los derechos, sobre la base de la formulación de lo que se denomina "cláusulas abiertas" y el notable aumento de las facultades de inmisión que se atribuye a los jueces en los contratos.

La desaparición del principio de la nulidad con base legal abre el campo para la creación de "nulidades judiciales" conforme la interpretación que cada uno haga del carácter de las normas.

2. ¿Cuáles son las normas sistematizadoras en el Proyecto?

Quienes ya tenemos algunos años hemos incorporado a nuestro esquema mental los principios reseñados e incluso su terminología. Las normas sistematizadoras tienen una finalidad instrumental en la preservación de los valores que el ordenamiento jurídico debe asegurar.

En el derecho vigente se respeta la libertad individual a la que se asegura su eficacia. Paralelamente también se asegura la vigencia de los valores supraindividuales mediante normas prohibitivas, cuya violación tiene una sanción cierta, cual es la de la ineficacia genérica. Ese es el sentido que tienen principios contenidos en los arts. 18 y 1037 del Código Civil, cuya desaparición se pretende en el Proyecto.

De allí que para conocer cuáles son las normas sistematizadoras en el Proyecto, parece necesario indagar cuáles son los valores a que aspira y cuáles son los medios ideados por los autores para concretarlos.

2.1. El orden público

El orden público es un valor que todo ordenamiento debe resguardar. Su contenido varía a través del tiempo, pero siempre se ha vinculado con aquellos principios cuyo respeto es necesario para la protección de los derechos de la persona y de la comunidad misma.⁹²

En nuestro Código Civil, el orden público constituye el límite de la disponibilidad de los derechos según lo determina el art. 21. El art. 3 del Proyecto recoge este principio aludiendo exclusivamente a la posibilidad a la renuncia de los efectos de la ley.

También se incluye que no pueden ser objeto de los actos jurídicos los hechos contrarios al orden público (art. 251) y que son de nulidad absoluta

⁹² Ver nuestra "Reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación contemporánea", en Derecho y Empresa, Universidad Austral, Rosario, N° 3.

los actos que contravienen el orden público (art. 383). El art. 944 realiza una remisión a lo normado respecto del objeto de los actos jurídicos cuando se refiere al objeto de los contratos.⁹³ Estas disposiciones proyectadas tienen cierta simetría con el régimen vigente.

A la vez, el Proyecto asume como régimen general de orden público en el campo económico, la protección del "contratante débil" generalizando las soluciones propias de un derecho de clases o grupos de clases contractuales a quienes la ley supone en situación de inferioridad como un modo de asegurar el equilibrio económico en todo el mercado.⁹⁴

2.2. La moral

En los años que lleva de vigencia el Código Civil se ha discutido largamente sobre cuál es el criterio con que deben interpretarse las referencias a la "moral" en él contenidas y cuál fue el criterio del codificador teniendo en cuenta la opinión vertida en la nota al artículo 530 en su referencia a las buenas costumbres.⁹⁵

El Proyecto incorpora la moral como valor que debe ser resguardado en diversas disposiciones, comenzando con el mandato de que no pueden ser renunciados efectos de la ley en que esté ella comprometida (art. 3); la interpretación estricta del consentimiento prestado para la disposición de los derechos de la personalidad (art. 108); los actos de disposición sobre el propio cuerpo que la afecten (art. 110); su respeto es condición para la licitud del objeto y la causa del acto jurídico (arts. 251 y 256), para el ejercicio regular de un derecho (art. 396) y para la licitud de los motivos que han llevado a la conclusión de un contrato (art. 956); su violación puede calificar al pago como indebido (art. 1725 inc. d), o invalidar a los actos jurídicos, por una condición que la desconozca (art. 341), o a las modalidades en los testamentos en iguales circunstancias (art. 2415).⁹⁶

El Proyecto establece que son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público y la moral, que tal nulidad deberá declarar-

⁹³ Además de las referencias mencionadas se nombra al orden público en los arts. 4, 2143 y 2422.

⁹⁴ Gioia, Gina, "Nouve nullità relative a la tutela del contratante debole" en "Contratto e impresa", Cedam, Padova, 1999, 3, pág. 1339.

⁹⁵ Las opiniones al respecto fueron recogidas por Videla Escalada, Federico, en "La causa final en el Derecho Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.

⁹⁶ Se valoran las condiciones morales de las personas para ciertas relaciones o situaciones jurídicas, por ejemplo para la elección de curador (art. 83).

se de oficio si aparece manifiesta; alegarse por el Ministerio Público o por cualquier interesado, salvo por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción (arts. 383/4).

No existe referencia alguna para determinar cuál es el criterio para establecer qué es lo que debe entenderse por moral, o violatorio de la moral.

2.3. Las buenas costumbres

La expresión “buenas costumbres” es utilizada seguidamente al término moral en el art. 108 y 110 y 396. No está incluida, en cambio, entre los supuestos que causan nulidad absoluta.

El tratamiento que reciben tanto la moral, como las buenas costumbres, en el Proyecto, es similar al del Código vigente, incluso con una utilización yuxtapuesta y/o complementaria de ambos términos, pero parece tener un efecto diferente en cuanto la última puede no generar la nulidad absoluta. La falta de un principio como el del artículo 18 del Código vigente, hace visible las lagunas que se producirán, de ser ley el proyecto, cuando se presentan estas situaciones.

2.4. La licitud

Dentro del Código Civil la expresión licitud indica un comportamiento conforme al ordenamiento e ilicitud se utiliza generalmente para calificar toda conducta contraria a él y, específicamente, como violatoria de la ley, sinónimo de conducta ilegal.

Dentro del Proyecto se mantiene la categoría de actos lícitos e ilícitos (arts. 247 a 250). Al referirse al objeto de los actos jurídicos se elimina la actual calificación del término “ilícito” del 953 y se hace referencia en el art. 252 a los “actos prohibidos por las leyes”, e igualmente cuando se trata la causa ilícita, se refiere a la violación de la ley, la moral, el orden público, los derechos de terceros (art. 256).

Esta utilización parece indicar que el Proyecto ha asignado al término un alcance genérico, pudiéndose observar que se repite: en la simulación (arts. 329/30), en la condición (art. 341); en la determinación de la maternidad por implantación de óvulos pertenecientes a una mujer diferente de la que gestó (art. 543); en la impugnación de la paternidad matrimonial (art. 563); en la declaración de la nulidad de la adopción (art. 663); cuando se

establecen los requisitos de la prestación (art. 675); para calificar la causa en los contratos (art. 955).

2.5. Los derechos indisponibles

Los comentarios inmediatamente precedentes demuestran que la mención al orden público, moral, buenas costumbres o ilicitud aparece en la parte general y en el derecho de familia. La definición del fraude a la ley contiene la expresión “norma imperativa” (art. 8) En el resto prácticamente no se utiliza esta terminología.

Cuando se proyecta la regulación de las obligaciones, los contratos y “las otras fuentes de obligaciones” sólo se usan en una o dos ocasiones. Como si se tratara de otro Código se evitan estas referencias y se utiliza la terminología de “disponibilidad o indisponibilidad” y se tiende a regular la eficacia o ineficacia partiendo de unas difusas normas de carácter disponible o indisponible. Este lenguaje desaparece en el tratamiento de los derechos reales en que se menciona nuevamente al orden público (art. 2143), para reaparecer en el libro séptimo al tratar la caducidad de derechos (arts. 2509 y 2511).

2.5.1. La caracterización del “carácter indisponible”

El primer artículo del Título I del Libro Cuarto “De las obligaciones en general” dice que “lo dispuesto en este título deja a salvo la estipulación de partes, en cuanto no contravenga una disposición legal indisponible” (art. 670).

La redacción puede inducir a pensar que toda indisponibilidad surge de una disposición legal, o sea que se han mantenido las consecuencias del principio constitucional de reserva, que tiene hoy su correlato en el de clausura que estructura el Código Civil como sistema a partir de los arts. 18, 53 y 1037, con la consecuente limitación que surge de la aplicación de los estándares del orden público, la moral, las buenas costumbres. Pero el análisis del Proyecto no revela que la consecuencia sea la del derecho vigente.

El mencionado art. 670 del Proyecto tiene su correlato en el art. 902 ubicado en el Título II “De los contratos en general”, que dice que “las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter de indisponible”, y continúa en el art. 1582 comprendido en el Título IV “Las otras fuentes de obligaciones” que dice: “Lo regulado en este título no

deroga las disposiciones que contienen una regulación especial, ni afecta a las estipulaciones que modifican, limitan o excluyen la responsabilidad, en cuanto no contravengan una disposición legal indisponible”.

Si se sanciona el Proyecto se pasará de un sistema basado en la libertad como regla y de nulidad de base legal a otro, que en el juzgamiento de las cláusulas contractuales tiene como patrón el modo de expresión, el contenido o el contexto para determinar la existencia de una indisponibilidad que tiene los efectos de norma imperativa. No hay mención alguna, además, que permita afirmar que el juzgamiento de la indisponibilidad deba tener fundamento en la moral, el orden público o las buenas costumbres.

La redacción es confusa, pero buscando un orden lógico puede concluirse en que se atenderá al “modo de expresión, contenido o contexto de las normas legales” para determinar la calidad de disponible o indisponible de una potestad. Pero, esto no se escribe así y la oscura redacción del Proyecto puede dar lugar a distintas conclusiones.

Hay muchos “modos” de interpretar un modo de expresión; muchos criterios para establecer si el derecho es disponible o no frente a “contenidos” de una ley y también se le puede adjudicar diversa amplitud al término contexto.

En el Diccionario de la Lengua Española el sustantivo “contexto” significa “entorno lingüístico del cual depende el valor y el sentido de una palabra, frase o fragmento considerado”. Por extensión “entorno físico o de situación (político, histórico, cultural o de cualquier otra índole) en el cual se considera un hecho”. Con poco uso “orden de composición o tejido de un discurso, narración, etc.” y desusado “enredo, maraña o unión de cosas que se enlazan y entretajan”.

La utilización de la primera acepción, vinculada con la tercera, resulta usual en la interpretación de las leyes y de los contratos, pero, computando que debe hacerse restrictivamente por constituir la limitación a un derecho. De allí que pueda cuestionarse la posibilidad de utilizar una interpretación contextual que introduce el Proyecto en este género de juzgamiento.

Con referencia a la segunda acepción, hay que tener en cuenta que de aplicarse el sistema proyectado, las limitaciones pueden juzgarse conforme a las convicciones personales que el juzgador tiene sobre el entorno, cayendo entonces en un subjetivismo en el cual nadie podrá con certidumbre saber si está disponiendo válidamente de sus derechos.

Lo que aparece como previsible es, que con semejante norma, los derechos de los contratantes van a constituirse en un enredo o maraña con grave lesión para los intereses particulares y sociales, porque está en juego, ni más ni menos, que el límite de la libertad de la persona.

2.5.2. La dificultad para determinar los criterios de “disponibilidad” de los contenidos

2.5.2.1. Los criterios del Código vigente

En nuestro sistema contractual vigente existen parámetros para descubrir con cierta certeza qué derechos son “disponibles o indisponibles”. Sobre la base de una clásica distinción de las nociones de elementos constitutivos y efectos naturales, pueden descubrirse los efectos que producen los contratos, en razón de la clase y/o tipo contractual de que se trate.

Esto implica que, determinada la especie de un contrato conforme a su clasificación, se suponen incluidos los efectos que corresponden a la categoría, salvo que se los excluya o se los modifique, sin necesidad de que esta precisión esté determinada en cada caso.

2.5.2.2. La estructura del Proyecto

La estructura que ha adoptado el Proyecto impide que pueda aplicarse este criterio, dado que a pesar de establecer una aparente norma general de “disponibilidad”, en numerosas disposiciones incluye que se aplican, salvo exclusión por “estipulación o disposición legal”.

Se encuentra esta estructura en muchas normas⁹⁷, de las que elijo referirme sólo a algunas que resultan significativas. El Capítulo IX, del Libro Cuarto Título II, “De los Contratos en General”, se intitula “Efectos”, y se regulan diversos aspectos.

Dentro de ellos, en el art. 971 se les permite a las partes “pactar libremente el derecho a arrepentirse” y se determina que no se presume “salvo estipulación en contrario” y luego concluye que las disposiciones de los 2 artículos anteriores sólo rigen en defecto de estipulación en contrario⁹⁸. O sea que al derecho de arrepentirse que es hoy un efecto natural de la seña, el proyecto lo transforma en lo que actualmente recibe la denominación de efectos particulares.

El art. 989 establece el principio que las “excepciones al cumplimiento se aplican a los contratos bilaterales” y rigen **salvo estipulación o disposición legal en contrario**. Igual salvedad se incluye en relación con el

⁹⁷ Esto aparece en los artículos 403; 747; 750; 804; 909; 976; 993; 994; 1036; 1042; 1062; 1562; 1593; 1669.

⁹⁸ El último párrafo es realmente un error porque los dos artículos anteriores se refieren a las “cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”.

régimen del cumplimiento imposible; en las disposiciones generales para la extinción de los contratos por declaración de una de las partes; y en el art. 1062 referido a la frustración de la finalidad del contrato y la imprevisión.

Con relación a la obligación de saneamiento se establece una norma **especial de disponibilidad**, determinándose que la supresión y la disminución deben ser interpretadas estrictamente (arts. 1000/1).

En el mismo sentido se utiliza la expresión de que el contrato puede ser rescindido unilateralmente, revocado o resuelto en el caso en que el **contrato o la ley le atribuyan esa facultad** (art. 1041).

Al proyectarse la “regulación de la resolución” se establece que está regida por la normativa incluida “**sin perjuicio de la estipulación o la disposición legal distinta**” (art. 1047), indicando más adelante que “**las partes pueden pactar libremente la cláusula resolutoria**” y “**salvo estipulación expresa en contrario**”, produce efectos para el futuro (art. 1052).

Es novedosa la propuesta de considerar incluidas como efecto de todo contrato, **salvo estipulación o disposición legal en contrario**, la posibilidad de subcontratar (arts. 1035/6), lo que se reitera en el art. 1562 al regular la “transmisión de la posición contractual”.

En otros casos, como en el art. 1043 en el que el Proyecto determina el régimen de la “operatividad de los efectos de la extinción por declaración de una de las partes”, los que se producirán **salvo disposición legal en contrario**.⁹⁹

2.5.2.3. Las consecuencias de la estructura adoptada

Este método casuista viene a sumar otro factor de incertidumbre con relación a los criterios a emplear para determinar la calificación de disponibilidad o indisponibilidad de contenidos.

Primero, se establece una regla tanto en lo relativo a las obligaciones, como a los contratos, como a las obligaciones nacidas de otras fuentes, según la cual todo contenido va a ser disponible por “estipulación de partes”, salvo que se contravenga una disposición legal indisponible (art. 670); o que las normas relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que de la expresión, del contenido o del contexto resulte su carácter de indisponible (art. 902), o le da carácter supletorio a las normas de la responsabilidad civil (art. 1582). **Esta estructura implica que todo**

⁹⁹ Igual salvedad se hace en los arts. 112; 718; 947; 951; 959; 962; 979; 1043; 1399; 1633; 1619; 1701; 1758; 1759.

el contenido de estas materias es disponible, salvo que se establezca su carácter de indisponible.

Luego, la coherencia del sistema indicaría que, como consecuencia del principio general de libertad elegido por los proyectistas, se determine cuáles son los contenidos que se excluyen de la "disponibilidad" de los sujetos de derecho. Más, como surge de la enumeración realizada en el texto y notas precedentes, se **introducen en las normas en forma expresa que ciertos contenidos pueden ser objeto de disposición, lo que crea la incógnita, sino la presunción, de que la regla es la inversa, o sea que no son disponibles los contenidos de las normas que carezcan de una habilitación de la posibilidad de "estipulación"**.

Por ejemplo, el Proyecto establece las causas de "extinción, modificación y adecuación del contrato" (art. 1039). La primera pregunta que surge es la de si pueden crearse otras, dado que la enumeración de los diversos supuestos, concluye con uno que indica que puede producirse "en los casos en que lo establece la ley".

Estos ejemplos demuestran que por el método escogido, los interrogantes pueden multiplicarse con la inseguridad consiguiente.

Desde otro ángulo se advierte que el derecho supletorio es indisponible en los contratos predispuestos (art. 968 inc. b).

El alcance que se dé a esta cuestión marcará el límite de lo que el Proyecto nomina como "contrato discrecional", único al que se reconoce nacido del "común acuerdo entre las partes" y al que se le atribuye el efecto de la "fuerza obligatoria del contrato"¹⁰⁰, por cierto muy alicaído.

3. Los efectos de la nulidad y de la indisponibilidad del contrato en el Proyecto

3.1. El sistema del Código Civil

Las normas sistematizadoras del Código Civil establecen un claro principio, cual es el de que todo **acto** que sea contrario a la ley imperativa, afecte el orden público, la moral o las buenas costumbres es nulo de nulidad absoluta, es decir, no produce efecto alguno. Los jueces tienen vedado inmiscuirse en el contrato sustituyendo cláusulas nulas.

¹⁰⁰ La importancia del tema aparece en múltiples cuestiones, entre ellas el límite de la disposición de los derechos de la personalidad (arts. 105 a 116); las renunciaciones o modificaciones al régimen de la caducidad de derechos (arts. 2509/11). Por la admisión del derecho real de indisponi-

Las facultades integradoras judiciales de los contratos han sido introducidas en nuestro derecho, como principio, en supuestos legalmente determinados, sea en el Código Civil (ej. arts. 954, 1198) o en leyes especiales. Tal posibilidad de integración está contemplada con relación a sujetos protegidos como el inquilino en la ley 21.342 y el consumidor en la ley 24.240, entre otras pocas.

En los contratos celebrados fuera de estos supuestos, el juzgamiento de las ineficacias por violación a la ley o al orden público debe hacerse conforme a las reglas de las nulidades de los arts. 1037 y ss. del C. Civ., dado que no hay normas específicas relativas a las nulidades de los contratos.

Dentro del Código Civil se clasifica a las nulidades también en totales y parciales, clasificación que Llambías calificó como de muy escasa importancia¹⁰¹, pero que con los nuevos vientos que corren entre nuestros protolegisladores, parece haber adquirido mucha, a pocos años de la muerte de este autor. La distinción se reproduce en el art. 386 del Proyecto.

Según Llambías, el presupuesto para la declaración de la nulidad parcial es que el contenido del acto sea susceptible de división sin que se destruya la esencia del conjunto, y que para que se plantee la hipótesis de aplicabilidad se supone la existencia de **“actos jurídicos complejos en cuyo concurso pueden distinguirse diversos actos jurídicos, cada uno de los cuales tiene objeto o agentes propios.** En tal caso se presenta el problema de establecer en qué grado la nulidad de uno de los factores puede comportar la nulidad del conjunto”.

Luego de analizar la particular situación de los testamentos, transcribe a Bibiloni, indicando que en los contratos no puede existir nulidad parcial, porque “sus cláusulas constituyen un conjunto. Lo que se ha querido no es tal parte aislada y tal otra también aislada. Se ha querido todo el acto, tal como fue ajustado. Las cláusulas son los elementos, la condición del acto”.¹⁰²

Este modo de pensar excluye la posibilidad de declarar la nulidad parcial de un contrato. No obstante se dice hoy que como negocio unitario, se supone que el negocio pueda ser divisible o separable, cuando lo que reste de él, excluida la parte nula, sea idóneo para subsistir como negocio jurídico, o sea, siga satisfaciendo los intereses económicos sociales de los contratantes que motivaron el negocio.¹⁰³

bilidad voluntaria queda claro que es disponible el derecho a no disponer de las facultades que otorga el dominio u otro derecho real (arts. 2133 y ss.).

¹⁰¹ Llambías, op. y loc. cit., pág. 578, N° 1894.

¹⁰² Llambías, op. cit., pág. 579.

¹⁰³ Rivera, op. cit., pág. 974.

Es importante tener en cuenta estos aspectos para interpretar los comentarios que siguen.

3.2. La cuestión en el Proyecto

El Proyecto, en el Libro Segundo, Título VIII “De la ineficacia de los actos jurídicos”, prevé que son absolutamente nulos los actos que contravienen el orden público o la moral, nulidad que debe declararse por el Tribunal, aún sin mediar petición de parte, si aparece manifiesta. Puede alegarse por cualquier interesado, salvo por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse ni por la confirmación del acto ni por la prescripción (arts. 383/4). Estas normas **no se aplican tal cual como están concebidas, para los contratos en los cuales se juzgue que se ha “dispuesto” de derechos indisponibles.**

En párrafos anteriores anoté que no aparece una relación necesaria entre la calificación de indisponibilidad y los valores del orden público, la moral o las buenas costumbres mencionadas cuya violación genera la nulidad de un acto, porque la declaración de indisponibilidad no produce los mismos efectos. En ellos el contrato subsiste y el juez lo integra. Este es el “sistema” del Proyecto que surge de los arts. 902, 903, 904, 907 y 908, situación que por su trascendencia trato separadamente.

4. El sistema de la indisponibilidad se estructura sobre la base de la posibilidad de declarar la nulidad parcial y la facultad integradora de oficio por los jueces

En este punto solamente me referiré por razones de método, a la situación de invalidez contractual prevista para el supuesto de indisponibilidad, sin que ello agote, ni mucho menos, las numerosas cuestiones que pueden plantearse al tratamiento que se otorga a los contratos en el Proyecto.

4.1. Descripción del sistema de invalidez contractual

Cuando se sentencia que las partes han contratado sobre un derecho indisponible, el juez tiene **otra tarea que debe cumplir de oficio que es la de integrar ese contrato** (art. 907 inc b).

En esa integración debe guardar la prelación normativa que pone en primer lugar “las norma indisponibles de este Código y la ley especial” (art. 903

inc. a) y procederá a integrarlo con “las normas indisponibles que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas” (art. 904 inc a).

Lo “incompatible” es que se integre con una norma “indisponible”. Pienso que se quiso escribir que se integra con las prescripciones de las normas legales que resultaron violadas por la disposición de un derecho que ellas prohibían disponer. Y esto no se dice claramente para eludir que el principio de que sólo puede integrarse cuando exista una norma imperativa en el ordenamiento que determine el contenido de la integración, como aparecía en los antecedentes. Ahora el juez debe crearla de oficio.

Aquí acaba el tratamiento de la cuestión de la ineficacia por violación de los derechos indisponibles, conclusión que se extrae al observar que el art. 908 está haciendo referencia a **otros supuestos de invalidez o modificación del contrato** dado que expresamente dice que en caso de invalidez parcial se aplicará el art. 904, “salvo que con eso se afecte el equilibrio negocial”.

Esto significa que cuando existe contratación sobre un derecho, indisponible, el juez decreta la ineficacia de la disposición y, de oficio, pasa a integrar el contrato. Tal lo que surge de los arts. 904 y 907. No puedo imaginar cómo se va a concretar esa integración cuando se venda el Obelisco o la Casa Rosada, pero éste es el sistema proyectado.¹⁰⁴

Luego, puede suceder que los jueces tengan que decretar **por otras causas** la invalidez total o la modificación del contrato y a eso se refiere el art. 908. En estos casos los jueces tienen que resolver procurando asumir qué actitud habría adoptado un contratante de buena fe en la etapa previa a su celebración; procurará conservar la eficacia del contrato, y en caso de invalidez parcial aplicarán el 904, salvo que con esa integración se afecte el equilibrio negocial.

El “sistema” creado por el proyecto **se aplica a todos los tipos de contratos, a los que refiere el art. 899 sin diferencia ni distinción alguna**, teniendo en cuenta que los contratos contenidos en esa enumeración se consideran regidos por el derecho común. Ello porque está expresamente dicho que la “unificación” no comprende a los contratos reglados por la ley 24.240 y sus modificatorias, que rigen los contratos de consumo o los derechos de los consumidores contratantes.

¹⁰⁴ Barbero, en op. cit., III.1., señala que de aprobarse el proyecto la noticia será que un juez ha establecido nuevos derechos y obligaciones a mi favor o a mi cargo, sin que nadie se lo pida. Se supone que los jueces prudentes no harán eso. Pero la limitación ya no estará en la ley sino en el buen criterio del juez.

4.2. La nulidad de los contratos en el Proyecto

En un trabajo anterior abordé la cuestión de la nulidad de los contratos en los diversos proyectos de reforma del Código Civil, que suponen una indebida generalización de la intervención de los jueces en el ámbito de la autonomía de la voluntad, ampliando los límites hasta ahora existentes¹⁰⁵. En este Proyecto se ahonda aún más que en los anteriores esta intervención.

El Proyecto trata de las ineficacias en la parte general y vuelve sobre ellas, cuando trata de los contratos, pero no con la denominación de nulidad que se utiliza en la parte general, sino la de indisponibilidad o de invalidez (arts. 902 a 908).

Del plexo general de la regulación contractual y con relación a esta cuestión pueden extraerse las conclusiones que siguen:

a) Las reglas **implicadas se aplican a todas las especies de contratos mencionadas en el art. 899, porque cuando se ha establecido un efecto especial a un género de ellos se lo ha consignado en forma expresa**, como surge de las normas proyectadas en los arts. 905, 928, 965, 968/9, 1026 inc. c, 1028 y 1033 que se refieren exclusivamente a los contratos predispuestos y a los arts. 970, 1023 inc. c 1551 y 1564 que hacen expresa mención a los contratos por adhesión.

Los efectos de la introducción de cláusulas abusivas en los contratos predispuestos y por adhesión tiene una solución específica que es la de "tenerlas por no convenidas" (art. 968 a 970), diferente a la que se está

¹⁰⁵ Cuando las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, violan normas de orden público, el acto es nulo (art. 1044 del C. Civ.). Este es el principio que se mantiene en el Proyecto de Reformas del Poder Ejecutivo al Código Civil, en los arts. 693 y 694. El primero, establece que son nulos los actos jurídicos cuyo objeto está prohibido expresamente por la ley, mientras que el segundo determina que son anulables los actos jurídicos "cuyo objeto fuere prohibido, sea contrario a la moral, las buenas costumbres o el orden público, o cuya causa fuere ilícita, y tales circunstancias no aparecieren manifiestas, siendo necesaria su comprobación judicial". De tal modo se mantiene la regla que un acto, contrario a la ley imperativa o a los principios que ella resguarda, es ineficaz, pero queda a resolver el juego que tiene con él la determinación de la existencia de una nulidad parcial.

En el proyecto de modificación del Código Civil realizado en la Cámara de Diputados, se lee lo siguiente: "El contenido del contrato, formado por las reglas establecidas por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, se integra con los siguientes componentes: 1. Las normas imperativas aplicables en sustitución de las cláusulas que fuesen incompatibles con ellas. 2. Las normas supletorias en general. 3. Los usos y costumbres en cuanto resulten aplicables". Como antecedente cabe citar el art. 1155 del Proyecto de Unificación de 1987 que establece: "El contenido del contrato se integra con: 1. Las normas imperativas que se aplicaran en sustitución de las cláusulas que fuesen incompatibles con ellas. 2. Las normas supletorias. 3. Los usos y costumbres del lugar de celebración del contrato en cuanto fuesen aplicables".

previendo para la “indisponibilidad” y el ámbito de esta contratación es muy amplio si se atiende que los contratos que se regulan son todos los que pueden realizar las empresas bajo esta modalidad.¹⁰⁶

b) Se ha consagrado la existencia de dos géneros de invalidez: la que resulta de haber contratado sobre contenidos indisponibles y las que resultan de otros casos de invalidez (arts. 902 y 908), que se supone corresponden a supuestos de vicios de la voluntad o vicios del acto, aunque no hay referencias expresas.

c) Se establece la posibilidad de declarar la invalidez parcial en los contratos (arg. arts. 904, 907, 908).

d) El efecto propio de la contratación sobre un contenido indisponible es la integración de oficio del contrato (arts. 907 y 904 inc. 1). Las otras causas de invalidez pueden tener este efecto, o la ineficacia total por la interpretación a contrario del art. 908. Cabe mencionar que como surge del mismo art. 907 los jueces tienen facultad para modificar “las estipulaciones de los contratos” cuando lo autorice la ley.

e) Se establecen reglas generales que los jueces deberán aplicar en los supuestos de “invalidez total o parcial o de modificación del contrato”.

5. La situación de los contratos de contenido indisponible. Análisis de las fuentes invocadas por los proyectistas

Conforme surge del detalle precedente, para juzgar si el contenido de un contrato es indisponible debe hacerse referencia a un juzgamiento del “modo de expresión, del contenido o del contexto” de una norma. Pero, no está de ninguna manera aclarado que ello deba vincularse con el orden público, la moral o las buenas costumbres. A la vez, se reconoce la existencia paralela de otra fuente y sistema de ineficacias.

5.1. Las fuentes citadas

El análisis de las fuentes que dicen los Proyectistas haber consultado arroja algunas conclusiones para tratar de interpretar este sistema que nos ocupa, y llegar a determinar su ámbito de aplicación.

¹⁰⁶ Paolantonio, Martín E., “Consideraciones acerca del Proyecto de reforma del Código Civil y los contratos de empresa”, en L. L. 6/6/99.

5.1.1. Los principios de Unidroit

Los principios de Unidroit, concebidos para la regulación de contratos internacionales de carácter mercantil, prevén en relación con los temas planteados en la cuestión en análisis, lo siguiente:

*) Todo contrato celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede modificarse o extinguirse conforme con lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o por algún otro modo dispuesto en los principios (art. 1.3.).

*) Dejan a salvo que “no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes del derecho internacional privado” (art. 1.4.).

*) Las partes pueden excluir la aplicación de los principios, derogar o modificar sus disposiciones, “salvo que en ellos se disponga algo diferente” (art. 1.5.).

*) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación del principio de actuar de buena fe y con lealtad negocial (art. 1.7.(2)).

*) En el capítulo 3, bajo el título “validez” se declaran como cuestiones excluidas de lo allí regulado a “la invalidez causada por (a) incapacidad; (b) falta de legitimación; (c) inmoralidad” (art. 3.1.).

*) La regla general de validez es que “todo contrato queda celebrado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes sin ningún otro requisito” (art. 3.2.).

*) El capítulo relativo a la validez se refiere a los vicios de la voluntad de error, dolo y amenazas y a la excesiva desproporción en el momento de su celebración y establece el procedimiento y condiciones para su declaración y sus efectos. Determina el **carácter imperativo de sus disposiciones**, salvo en lo que se refiere a la fuerza vinculante del mero acuerdo, a la imposibilidad originaria de cumplimiento y al error (art. 3.19).

*) La integración del contrato está prevista solamente para “cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones”, por lo que se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias, para lo que se tendrá en cuenta la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe y lealtad negocial y el sentido común (art. 4.8).

5.1.2. Las reglas contenidas en el Contract Code

El Contract Code, elaborado por el profesor McGregor, que ha adicionado notas a los artículos,¹⁰⁷ contiene los siguientes principios en relación con los temas aquí analizados:

*) El contrato es el acuerdo entre dos o más personas al que el derecho reconoce el efecto de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones (art. 1).

*) El contrato puede contener una o más de las diversas obligaciones, con la aclaración de que “cada una de las partes... está obligada a cumplir las obligaciones impuestas por el contrato” (art. 101).

*) “Las partes contratantes son libres para excluir de su contrato o limitar el alcance de cualquier obligación impuesta por la ley con excepción de las previsiones establecidas en el art. 108.” En la nota se da cuenta que “en ausencia de prohibición impuesta por la ley, las partes estarán completamente legitimadas para excluir del contrato cualquier obligación, que a falta de específica exclusión, sería impuesta por la ley”.

*) “Límites de la contratación. **La exclusión o limitación por acuerdo entre las partes de una obligación impuesta por la ley**, no tendrá efecto si tal exclusión o limitación: a) ha sido expresamente prohibida por la ley, o b) se considera no razonable por el Tribunal” (art. 108). En la nota se aclara que la ley ha introducido ocasionalmente la prohibición de excluir obligaciones, que a su vez habían sido impuestas por la ley, citando ejemplos al respecto. En cuanto a las prohibiciones legales de **excluir obligaciones no impuestas por la propia ley**, la nota hace referencia concreta a la exclusión de ciertas limitaciones consideradas irrazonables por los tribunales, como la de responsabilidad en el contrato de transporte de carretera en servicio público o tren. A la vez, se hace la salvedad que la prohibición muy amplia de exenciones puede ser inconveniente.

*) Bajo el título “Contratos irregulares en general” (art. 501) se incluye a los contratos:

- a) contrarios a la ley o al orden público;
- b) con vicios de forma;
- c) con defectos de capacidad en el contratante;

¹⁰⁷ Se ha tenido a la vista “Contract Code, Proyecto redactado por encargo de la Law Commission Inglesa”, Harvey Mac Gregor, traducido por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida, José María Bosch, Editor, S. L., Barcelona, 1997.

d) con vicios de consentimiento libre por efecto de la intimidación o el abuso de confianza;

e) con vicio de consentimiento pleno porque uno de los contratantes se equivocó de contrato.

f) celebrado con error común de los contratantes respecto de las circunstancias existentes;

g) el frustrado por cambio de circunstancias sobrevenidas después de su celebración.

Estos contratos **no son nulos sino inexigibles** y confieren derechos de restitución en la medida prevista por el ordenamiento que se establece.

La interesante nota siguiente determina que la exclusión de la nulidad obedece a que se quiere desterrar la inexistencia para “proteger satisfactoriamente los derechos de los terceros y de conferir al juez una amplia facultad para establecer los derechos entre las partes y la protección de los terceros *bona fidei*; en orden a dichos derechos de restitución”.

Tampoco se describe a estos contratos como anulables, ni se declara la inexigibilidad total de todos, sólo se califica, sin “pretender informar acerca de las consecuencias que derivan de tales efectos”. Estas se determinan en los artículos siguientes, al que se considera importante y que es “**un orden descendente en la escala de los mismos, en el sentido de que, cuanto menor es su relevancia jurídica, mayor es la irregularidad o defecto. Así el Código comienza con el contrato ilegal, el cual, salvo algunos casos excepcionales, carece de cualquier consecuencia jurídica: no vincula ni da derecho de restitución**”.

*) Seguidamente se legisla sobre los “Contratos contrarios al Orden Público, y con el título de Contratos ilícitos se determina que “de acuerdo con lo establecido en las disposiciones 515 a 519, el contrato ilegal no es exigible entre las partes, ni da derecho a la restitución de los beneficios conferidos por el mismo” (art. 511), esto por la regla que “la ley no protege a las partes de un contrato ilícito, haciendo obligatorias o vinculantes las promesas contraídas bajo él”.

Es considerado ilícito el contrato que (art. 512):

a) fuera declarado ilegal o ilícito, o prohibido por una norma específica o por estar encaminado a un resultado ilícito o resulte idóneo para alcanzar este resultado;

b) si está prohibido por la ley o es contrario al derecho común o al orden público;

c) exista una norma que prohíba expresa o implícitamente tal tipo de contrato.

Luego se incluye una lista de contratos ilícitos en su formación o en su cumplimiento (art. 513), que conforme a su nota no pretende ser exhaustiva, aclarando que normalmente los contratos contrarios al orden público entran casi siempre en los contratos para cometer un crimen. Se menciona jurisprudencia de la Cámara de los Lores, que determina que los supuestos de contratos ilícitos debe tenerse por cerrada con el elenco que surge de las leyes, pero que una versión civilista aconseja que los jueces puedan apreciar la ilicitud aun cuando no esté en la lista del artículo precedente.

También se enumeran los supuestos de contratos con finalidad ilícita (art. 514) y se aclara que “la ignorancia de una de las partes de la intención o del propósito ilícito no libra al contrato de la mancha de ilegalidad; pero la parte inocente bien puede tener derechos de reparación conforme al art. 515”.

De acuerdo con dicha norma, quien razonablemente ignora por error de hecho o de derecho la ilicitud puede obtener la ejecución específica de las partes separables del contrato que se puedan cumplir por ser lícitas o, en todo caso, el resarcimiento de daños y la restitución específica. Este derecho lo tienen recíprocamente si ambas partes son inocentes de la ilicitud, existiendo además la gradación de la restitución cuando una de las partes es menos culpable que la otra (arts. 515 a 517).

También se prevé la circunstancia que un contrato sea ilícito sólo en parte, supuesto en el que el juez puede obligar a cumplir la porción lícita, salvo que ello sea contrario al orden público. También puede **separar las lícitas e ilícitas y hacer cumplir sólo las primeras**, pero sólo cuando consten en estipulaciones independientes o se integren en cláusulas que el juez puede rehacer para suprimir la porción ilícita (art. 519). En el comentario se hace referencia a que los casos existentes se han referido a la posibilidad de separar cláusulas ilícitas que imponen restricciones a la competencia, que los jueces han optado por el “lápiz azul”, es decir tachando dichas cláusulas cuando aparecen expresamente manifestadas.

*) Los supuestos de vicios de forma o de consentimiento tienen, en general, el tratamiento de los actos anulables, determinándose el derecho a las restituciones y daños pero no a recomposiciones contractuales, sólo previstas frente a las propuestas de las partes en el supuesto de alteración radical de las circunstancias sobrevenidas luego de la celebración del contrato (art. 595).

5.1.3. Los “Principios del Derecho Europeo de Contratos”

Los autores indican que se trata de un restatement que se realiza en el marco de una resolución del Parlamento Europeo para la codificación del derecho privado, tratándose de la versión completa revisada en 1998.¹⁰⁸

*) Dentro del Capítulo I, Disposiciones Generales establece como regla la libertad contractual, o sea que las partes son libres de concluir un contrato y determinar su contenido, siempre que preserven la buena fe y las reglas imperativas establecidas por estos principios y pueden excluir la aplicación de cualquiera de las normas de estos principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios contengan disposición en contrario (1: 102).

*) En cuanto a las reglas imperativas, se prevé que cuando el derecho aplicable lo permite, las partes pueden escoger el sometimiento del contrato a los principios de tal suerte que las reglas imperativas nacionales no se le apliquen, pero deben respetar las reglas imperativas de derecho nacional, supranacional o internacional que, según las reglas del derecho internacional privado se apliquen independientemente del derecho que rige el contrato (1: 103).

*) Las partes tienen la obligación de actuar de buena fe, y no pueden excluir ni limitar convencionalmente ese deber (1: 201).

*) El Capítulo 4 relativo a la Validez, establece que no están tratadas en él la invalidez originada en la ilegalidad o la inmoralidad de un contrato ni en la incapacidad de las partes (4: 101).

Dentro de ese capítulo se tratan los vicios de la voluntad, previendo que el juez puede adaptar el contrato conforme a las exigencias de la buena fe sólo en el caso del aprovechamiento de las circunstancias para obtener una ventaja desproporcionada (4: 109).

También se prevé con relación a las **cláusulas abusivas que no fueron objeto de una negociación individual**, que pueden ser **anuladas** por una parte si contrariamente a las exigencias de la buena fe, ellas crearon un daño por existir un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes derivado del contrato, considerando la naturaleza de la prestación a cumplir y todas las otras cláusulas del contrato y las circunstancias en que se concluyó. Pero se aclara que no se aplica a la cláusula que define el objeto principal del contrato, en tanto esté concebida en términos claros y precisos, ni a la adecuación del valor respectivo de las prestaciones a cumplir entre las partes (4: 110).

¹⁰⁸ Se tuvo a la vista la versión www.ufsia.ac.be/ en francés. La traducción es libre de la autora.

La nulidad produce como efecto el derecho a la restitución y a los daños y perjuicios (4: 115 y 117).

Cuando la causa de anulación afecte determinadas cláusulas de un contrato, la nulidad debe limitarse a ellas, a menos que, de acuerdo a las circunstancias de la causa, no resulte razonable mantener las otras disposiciones del contrato (4: 116).

Las partes no pueden excluir ni restringir las normas que sancionan el dolo, la contratación en circunstancias que llevan a una ventaja excesiva o la nulidad de una cláusula abusiva que no fue objeto de una negociación individual, pero sí, siempre en el caso que no se viole la buena fe, excluir o restringir las normas que sancionan el error por información inexacta (4: 118).

*) En lo referido a contenido y efectos, se alude al cambio de circunstancias en términos similares a los de la imprevisión, pudiendo el juez dar por concluido el contrato en las condiciones que fije o adaptarlo, distribuyendo equitativamente los perjuicios que resulten del cambio de circunstancias. Puede ordenar el resarcimiento de los perjuicios que cause una de las partes por su negativa a negociar o romper las negociaciones (6: 111).

*) Cuando se regula la inejecución, se determina que las cláusulas que excluyan o limiten las normas establecidas pueden ser excluidas o limitadas, salvo que establezcan otras con exigencias contrarias a la buena fe (8: 109).

5.1.4. “Anteproyecto de Código Europeo de Contratos”

Este Anteproyecto nació de una decisión de la Academia de Jusprivatistas Europeos, que en una reunión realizada en Pavía en 1990, iniciaron una serie de trabajos y reuniones que publicó parte de sus trabajos en 1995 y 1997, tomando las fechas de entrega anteriores a la conclusión del proyecto argentino en análisis.¹⁰⁹

Dentro de su articulado aparecen normas vinculadas con el tema en desarrollo, pero no pueden extraerse conclusiones finales porque no aparecen todavía proyectadas las cuestiones relativas a las ineficacias.

*) Bajo el título Autonomía de la voluntad, se establece que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se fijan en el presente Código, en el derecho co-

¹⁰⁹ Se tuvo a la vista el texto incluido en “Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, Estudio Preliminar”, por Claudia Brizzio, publicado en L. L. el 2/6/99.

munitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, siempre y cuando no persigan únicamente el fin de perjudicar a otros” (art. 2.1).

*) Al tratar contenido lícito y no abusivo (art. 30), se consigna que:

1. El contenido del contrato es lícito cuando no es contrario a las disposiciones del presente Código, o a las disposiciones comunitarias o nacionales, al orden público o a las buenas costumbres.

2. El contenido de un contrato que constituye un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa es ilícito.

A partir de allí se entra a analizar en el mismo artículo las **situaciones particulares**, estableciendo un supuesto similar a la lesión para pasar luego a las “**condiciones generales del contrato**, previstas en el art. 33”, de las que se preceptúa que “carecen de efecto, si no son expresamente aprobadas por escrito, las cláusulas que establecen en favor de quien las ha preparado limitaciones de responsabilidad, la facultad de desistir del contrato o de suspender su ejecución, o que prevean a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, la prórroga o la renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial” (30.4).

Posteriormente se prevé que “**en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor**, no tienen efecto las cláusulas que no han sido objeto de tratativas... si crean en detrimento del **consumidor** un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, aún cuando **el profesional** actúe de buena fe” (30.5).

Se denominan condiciones generales del contrato, a las preparadas “por una de las partes con el objeto de reglamentar de manera uniforme una pluralidad de relaciones contractuales determinadas, que son eficaces en relación con la otra parte si ésta ha tomado conocimiento obrando con una diligencia ordinaria, salvo si las partes se pusieron de acuerdo sobre el hecho de no aplicarlas o de reemplazarlas en todo o en parte, o si estas mismas condiciones deben juzgarse como abusivas en virtud de las disposiciones del presente Código o de las disposiciones comunitarias o nacionales” (art. 33).

*) Se considera que integran el contrato las cláusulas implícitas que “a) son impuestas por el presente Código o por disposiciones comunitarias o nacionales, incluso en reemplazo de las cláusulas introducidas por las partes; b) derivan del deber de buena fe; c) se juzgan tácitamente queridas por las partes en base a las relaciones de negocios anteriores, tratativas,

circunstancias, costumbres generales y locales; d) deben ser reputadas necesarias para que el contrato pueda producir los efectos queridos por las partes” (32.1).

En un segundo apartado se ubican también como cláusulas implícitas, en la medida que correspondan al texto contractual, las declaraciones que cada una de ellas ha hecho a la otra “durante las tratativas o en el momento de celebrar el contrato a propósito de una expectativa de hecho o de derecho, relativa a los sujetos, al contenido o la finalidad del contrato, si estas declaraciones pueden haber determinado el acuerdo entre las partes” (32.3).

En los contratos internacionales-intercontinentales, “se presume salvo prueba en contrario que las partes también han reputado implícitamente aplicable en el marco de la relación que se ha instaurado la costumbre generalmente observada en los **contratos del mismo sector comercial, y de la cual tienen conocimiento o se ha considerado que tienen el deber de tener conocimiento**” (32.3).

*) Sobre los efectos del contrato se lee que “el contrato tiene fuerza de ley entre las partes y produce efectos en favor de los terceros como está previsto en las reglas del presente título” (art. 42).

5.1.5. El Código Civil Neerlandés

Este Código¹¹⁰, como su designación lo indica, constituye un cuerpo de contenido general. No se trata de un estatuto especial de los contratos, como los hasta aquí reseñados, y de él se pueden extraer las siguientes menciones sobre el tema analizado.

*) Todas las personas que se encuentran en los Países Bajos son libres y están capacitadas para el goce de los derechos civiles (art. 1.1.).

*) En el Libro 3 Derecho Patrimonial en General, Título I. Disposiciones generales, Sección 1, Disposiciones conceptuales (arts. 11 a 15) se hace referencia a que se tiene por conocido el principio de la buena fe; a que en la “determinación de lo que exijan razón y equidad deben ser tenidos en cuenta los principios jurídicos generalmente reconocidos, las convicciones jurídicas vivas en los Países Bajos y los intereses sociales y personales que estén implicados en el caso dado”. Se incluye el principio del abuso del derecho; al establecer que “una facultad que le competa a alguien en virtud

¹¹⁰ La versión tenida a la vista está contenida en “Derecho Patrimonial Neerlandés, Traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del Nuevo Código Civil”, realizada por Juan Guillermo van Reigersberg Versluys, editada por el Traductor, Málaga, 1996.

del derecho Civil no puede ser ejercitada contrariamente a las reglas escritas o no escritas del derecho público”.

Se destaca que estos principios se aplican también fuera del derecho patrimonial “en cuanto la naturaleza de la obligación no se oponga a ello”.

*) El Título 2 del mismo Libro III se intitula Actos Jurídicos y comienza declarando que “Cada persona física es capaz de realizar actos jurídicos en cuanto la ley no disponga de otra forma”.

Dentro de ese título se prevé la nulidad y/o anulabilidad de los actos celebrados por incapaces y por inobservancia de la forma legal. También la anulabilidad de los actos por vicios de la voluntad o abuso de circunstancia, caracterización similar a la lesión. Sólo para este caso se considera la posibilidad de modificar el contrato. Igualmente se consideran los efectos de la simulación y el fraude.

Entre las causas de nulidad se incluyen las derivadas de “un acto jurídico que sea contrario por su contenido o finalidad a las buenas costumbres o el orden público” o la contravención a “una disposición legal coactiva” (art. 40.1).

“Cuando una causa de nulidad solamente se refiera a una parte de un acto jurídico, entonces permanece éste en pie por lo demás, en cuanto esto, tomando en cuenta el contenido y la finalidad del acto, no se encuentre en una relación irrompible con la parte nula” (art. 41).

En el Libro 6, Parte General de Derecho de Obligaciones, Título 5, Contratos en General se determinan los efectos diferentes especies de contratos.

Los celebrados bajo “Condiciones Generales” se legislan en una sección especial (Sección 3, arts. 231/244). Como curiosidad puede observarse que se traduce por “usuario” al que “use condiciones generales en un contrato” y por “parte contraria” a quien acepte por la firma de un escrito o de otra manera la vigencia de las condiciones generales. Dentro de la regulación se producen efectos diferentes según la parte contraria sea un profesional o persona jurídica o sea una “persona física que no actúe en ejercicio de una profesión o empresa”. Las reglas contenidas en los artículos mencionados y las normas a que específicamente remiten no pueden ser derogadas y la facultad de anular una estipulación en virtud de esta sección por una declaración extrajudicial no puede ser excluida (art. 246).

En cuanto a los contratos celebrados bajo otras modalidades, se pueden derogar todos los efectos legales, con excepción de algunos supuestos expresamente mencionados, entre ellos la posibilidad de que el juez modifique los efectos de un contrato o lo resuelva total o parcialmente en razón de circunstancias imprevistas que sean de tal naturaleza que la parte con-

traria, según los criterios de la razón o la equidad no pueda esperar el mantenimiento del contrato. La modificación o resolución puede ser concedida con efecto retroactivo (art. 258.1).

5.1.6. El Código Civil de Quebec

Este Código fue puesto en vigencia en Quebec mediante ley 125 del año 1992¹¹¹.

*) La primera norma declara que todo ser humano es persona y tiene el pleno goce de los derechos civiles (art. 1) pero debe ejercerlos conforme a la buena fe (art. 6), en la medida que lo permita el orden público (art. 8) pudiendo derogar las normas supletorias de la voluntad, pero no aquéllas en que esté interesado el orden público (art. 9).

Nadie puede ejercitar un derecho con el propósito de dañar a otro o de una manera excesiva o irrazonable, en contra de los principios de la buena fe (art. 7)

*) El Libro 5 se refiere a las obligaciones. En las Disposiciones generales, se determina que la prestación no debe estar prohibida por la ley ni ser contraria al orden público (art. 1373), y la buena fe debe guiar la conducta de las partes tanto al momento del nacimiento de la obligación, como en el curso de su ejecución o de su extinción (art. 1375).

*) En la clasificación de los contratos se distingue a los contratos por adhesión de los celebrados de mutuo acuerdo, y además de los contratos de consumo (art. 1378).

Se considera contrato de adhesión a aquellos cuyas estipulaciones esenciales fueron impuestas por una de las partes o redactadas por ellas o conforme a sus instrucciones, y que no pudieron ser libremente discutidas. Todo contrato que no es de adhesión es de mutuo acuerdo (art. 1379).

Es contrato de consumo aquel cuyo campo de aplicación está delimitado por las leyes relativas a la protección del consumidor, por lo que una de las partes es una persona física, el consumidor, adquirente, locatario, prestatario, o quien se procure de cualquier manera para su uso personal, familiar o doméstico bienes o servicios que la otra parte ofrece en ejercicio de una empresa o explotación (art. 1384).

*) Los vicios del consentimiento son el error, el temor y la lesión. El perjudicado puede demandar la nulidad del contrato y los daños e intereses

¹¹¹ Se tuvo a la vista la edición anotada y comentada por Henri Kélada, Ed. Carswell, 1993, versión en inglés y en francés. Lo que se reseña es traducción libre de la autora de la versión en francés.

o si prefiere, mantener el contrato y demandar una reducción de su obligación equivalente a los daños y perjuicios que pudiera reclamar (art. 1407). En el caso de lesión, el tribunal puede ordenar mantener el contrato en el que se ha demandado la nulidad, si el demandado ofrece una reducción de la prestación o un reajuste equitativo (art. 1409).

*) La causa o el objeto prohibidos por la ley o contrarios al orden público generan la nulidad del contrato (arts. 1411 y 1413).

*) Bajo el título de La sanción de las condiciones de formación del contrato se determina que todo contrato que no tenga las condiciones necesarias para su formación puede ser juzgado nulo (art. 1416).

La nulidad puede ser absoluta, cuando ella se funda en la protección de un interés general, la que puede ser invocada por toda persona que tenga un interés actual y la resuelva el Tribunal de oficio, y el contrato no puede ser confirmado (arts. 1417/8).

La nulidad es relativa cuando se establece para la protección de un interés particular, lo que ocurre en los supuestos de vicios del consentimiento, por lo que puede ser invocada por cualquier persona en cuyo favor haya sido establecida, **si es cocontratante de buena fe y ha sufrido un perjuicio serio**, el Tribunal no puede resolverlo de oficio y el acto es confirmable (arts. 1419/20).

Salvo que la ley no indique claramente el carácter de la nulidad, el contrato que no tenga las condiciones necesarias en su formación se presume que es pasible de nulidad relativa (art. 1421).

El efecto de un contrato nulo es la reputación de que nunca existió y cada una de las partes debe restituir lo recibido (art. 1422).

*) Cuando se regulan los Efectos de los contratos, y bajo el título De la fuerza obligatoria y del contenido del contrato, se determina que los contratos válidamente formados obligan a quienes lo han concluido no solamente por lo que dice sino también por todo lo que surge de su naturaleza, y lo que se deriva de los usos, la equidad o la ley (art. 1434).

La cláusula en la que se hace reenvío a otra documentación, obliga a las partes. Cuando se trate de un contrato de consumo o de adhesión esta cláusula es nula, si en el momento de la celebración del contrato no fue puesta en conocimiento del consumidor o de la parte adherente, salvo que la otra parte pruebe que el consumidor o el adherente tenía conocimiento de ellas (art. 1435).

En un contrato de consumo o de adhesión, la cláusula ilegible o incomprensible por una persona razonable es nula si el consumidor o la parte que adhiere sufre un perjuicio, salvo que la otra parte pruebe que dio explicaciones adecuadas sobre la naturaleza y el alcance de la cláusula o que ella era conocida por el consumidor o por el adherente (art. 1436).

La cláusula abusiva de un contrato de consumo o de adhesión es nula y la obligación de la que surge, reducible. Es abusiva toda cláusula que ponga en situación de inferioridad o desventaja al consumidor o adherente de una manera excesiva o irrazonable en contra de lo que exige la buena fe; es abusiva también la cláusula si se aparta de las obligaciones esenciales que derivan habitualmente de un contrato y que lo desnaturaliza¹¹² (art. 1437).

La nulidad de la cláusula no genera la invalidez del resto del contrato, salvo que el contrato deba ser considerado un todo indivisible. En este caso, el efecto de la cláusula es que se la tiene por no escrita (art. 1438).

Los contratos pueden ser resueltos, rescindidos, modificados o revocados por la ley o por el acuerdo de las partes (art. 1439).

5.2. Las conclusiones generales que se extraen de las fuentes

Del análisis precedente pueden derivarse las siguientes conclusiones generales:

5.2.1. El método para determinar los límites de la autonomía de la voluntad

En todos los casos se establece en forma expresa un método, cual es la declaración expresa de validez de lo acordado por las partes, con excepción de que contravenga una disposición legal. Luego se indican en algunos casos, también expresamente, los contenidos que la voluntad de las partes no puede derogar. En general, es irrenunciable el comportamiento conforme a la buena fe, facultad de invocar los vicios de la voluntad, con algunas excepciones, y no mucho más.

Algunos de los ordenamientos analizados consignan diversas especies de contratos y se determinan otras especiales normas inderogables para los contratos celebrados por adhesión o con los consumidores.

No surge de la lectura general de los textos que en cada caso en que se regulan efectos se advierta al destinatario de la norma que se aplica, salvo

¹¹² En la nota de elevación del Proyecto (18/12/98) se consigna en el 9º párrafo in fine que el "Código Civil de Quebec de 1992 transita un camino semejante, en especial en cuanto introduce regulaciones propias del derecho del consumo". La expresión utilizada por los autores es equívoca. Dicho Código se limita a indicar algunas prescripciones en relación con dichos contratos pero no los incorpora a su regulación sino que remite a la ley especial. Menciones similares aparecen en el Código Neerlandés, o en el Anteproyecto del Código Europeo pero no significa que los unifiquen, sino que por el contrario marcan efectos diversos en forma clara y precisa.

“estipulación o disposición en contra”, por lo que se guarda la coherencia con el principio general.

En suma, la “indisponibilidad” no es una terminología que se utilice en las fuentes citadas por los Proyectistas. La imperatividad se impone, teniendo en cuenta la protección de valores que se identifican concretamente, y no se dejan al “modo de expresión” o al “contexto”, sino que, por el contrario, se trata, en general, de determinar expresamente las prohibiciones.

En ninguna de las fuentes precedentemente analizadas se utiliza ni la terminología ni el método para determinar cuáles son los valores que justifican la limitación de la libertad en el campo del contrato.

5.2.2. Diversidad de efectos

Se distingue para la atribución de efectos la invalidez producida como consecuencia de las violaciones a la ley, la moral o el orden público, de la que se establece como producida por vicios de la voluntad. En algunos ordenamientos se lo hace expresamente, y en otros se extrae la conclusión del análisis del ordenamiento total.

La cuestión se traduce, **en que la nulidad parcial está legislada solamente en relación con la invalidez por vicios de la voluntad que producen contratos anulables o de nulidad relativa, según la denominación en los diversos ordenamientos. En cambio explícita o implícitamente en los demás supuestos, se considera que una nulidad absoluta de un contrato por violación de una norma de protección a un interés público causa la invalidez total.**

Una situación especial es la del Contract Code. En este instrumento se sienta el principio de que el contrato ilegal no es exigible ni surge de él derecho alguno, porque la ley no protege a las partes de ese contrato. No obstante, prevé la nulidad parcial e incluso la intervención del juez en el contrato con vicios de licitud. Esta solución parte de un concepto extraño a nuestro ordenamiento cual es el de la inocencia de la ilicitud, y la facultad del juez está limitada a “hacer cumplir sólo”... “las declaraciones lícitas que consten en estipulaciones independientes o se integren en cláusulas que el juez puede rehacer para suprimir la porción ilícita”.

Siguiendo con los efectos, sólo se reconoce en general la facultad de revisión judicial en supuestos muy detallados de vicios de la voluntad que tienen ingredientes de aprovechamiento, variantes de nuestra lesión con distintas denominaciones o de supuestos similares a la imprevisión.

5.2.3. Los contratos por adhesión o con los consumidores

La prohibición de ciertas cláusulas que se prevén en las fuentes mencionadas para los contratos de esta índole tienen asignados efectos propios para los casos que, en violación de la prohibición, se las incluya y que, en realidad, se concretan en reputarlas no escritas.

Como consecuencia de ello queda habilitada la aplicación de la norma supletoria común que la cláusula ilícita pretendía excluir. Pero, como puede observarse de las fuentes, este efecto no está previsto para los contratos que no tengan el carácter de protección subjetiva al adherente o consumidor.

6. Encuadramiento sistemático

6.1. Los límites para el juzgamiento

El Proyecto abre totalmente el sistema para que los jueces califiquen de “abusivas a las normas” en cualquier género de contratos, aun de los discrecionales como surge de todo el sistema y particularmente del texto del artículo 967, que introduce la cuestión en el último renglón.

Así se da la paradoja que, conforme a los tres artículos que siguen (968 a 970), aparecen enumeradas las “cláusulas abusivas” dando lugar a la posibilidad de pensar que se trata de un número acotado de ellas, mientras que para que el juzgamiento de las “cláusulas abusivas” de los contratos discrecionales, parece no existir límite dado que los jueces pueden entrar a juzgar el equilibrio negocial (arts. 904 y 908), y es posible tomar como criterio de interpretación “la relación de equivalencia de las contraprestaciones si el contrato es a título oneroso” (art. 1023, inc. d), pudiendo dejarse sin efecto cuando no sean de uso, aunque sean de práctica (art. 907).

En este punto parece desconocerse no sólo la legislación proyectada que invocan los autores, sino también lo que autorizada doctrina ha elaborado.

El profesor Larroumet explica que no se puede, sin violar el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1134 del Código francés), aniquilar cualquier cláusula de cualquier contrato pretextando su carácter de abusivo. “La lucha contra las cláusulas abusivas **debe estar encerrada dentro de ciertos límites.**”¹¹³

¹¹³ Larroumet, Christian, “La protección contra las cláusulas abusivas en el derecho francés”, en J. A. 27/3/96, pág. 4 II a).

En la determinación de estos límites se plantea el ámbito de aplicación con relación a los contratos, que la Directiva 93/13 lo ha limitado a quienes son parte en un contrato de adhesión, pero además son consumidores y en el supuesto las cláusulas no hayan sido objeto de una negociación individual entre las partes.¹¹⁴

Por otra parte debe determinarse el criterio para establecer cuáles son las cláusulas que pueden considerarse abusivas, más allá de las que aparecen taxativamente enumeradas en los ordenamientos. En este sentido, Larroumet hace referencia a los sistemas de listas cerradas y a los de listas indicativas que establecen criterios, como la citada Directiva que considera la existencia del abuso cuando “a pesar de la exigencia de la buena fe, provoca, en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones originados por el contrato”.

Pero, en esta amplitud no están comprendidas las cláusulas relativas “a la definición del objeto del contrato y a la adecuación del precio o de la remuneración del bien que se va a dar o del servicio que se va a prestar”.

Este criterio es recogido por los Principios de derecho europeo de contratos, que en 4: 110 establece que **una cláusula que no ha sido objeto de una negociación individual** puede ser anulada por una parte, si contrariamente a las exigencias de la buena fe ella ha creado en su detrimento un desequilibrio significativo en sus derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato, en consideración de la naturaleza de la prestación a procurar, de todas las otras cláusulas del contrato y de las circunstancias que rodearon a su celebración. Pero **el artículo no se aplica** a la cláusula que define el objeto principal del contrato, tanto más si está redactada en forma clara y comprensible y tampoco a la adecuación entre el valor respectivo de las prestaciones a cumplir entre las partes.

Esto porque “tratándose del objeto del contrato, éste no puede resultar de un abuso porque son las partes contratantes quienes, en una clasificación dada, **deciden de la utilidad del contrato y quienes determinan el contenido de objeto de cada una de las prestaciones esenciales puestas a su car-**

¹¹⁴ Destaca Larroumet que no es la solución de la ley francesa de condiciones generales del 1/2/95, que a su entender inadecuadamente no permite que se consideren válidas las llamadas “cláusulas abusivas”, cuando hubieran sido objeto de una negociación. Stiglitz, Rubén en “El contrato por adhesión a condiciones generales predispuestas en el Proyecto de 1998”, en E. D. 10/9/99, se refiere a la cuestión en el capítulo 4 y nota 13.

go” y tratándose del precio, “la extensión de la protección contra las cláusulas abusivas tendría como consecuencia la de permitir tomar en cuenta la lesión de una manera general, lo que sería contrario a las soluciones preconizadas por la mayoría de las legislaciones. En otros términos no hay precio abusivo, lo cual es una sabia solución”.¹¹⁵

En el mismo sentido, Galgano opina que no existe una regla que imponga un criterio de equivalencia de las prestaciones, porque dentro de la economía de mercado el justo precio es el del mercado que se determina en la libre contratación y la autonomía contractual es, en esta línea, un principio que no está sometido a control ni censura.¹¹⁶

Tal limitación indica que “el análisis comparativo de la situación de ambas partes no debe ser cuantitativo sino cualitativo, porque aquél se acercaría a la lesión” que se admite de manera restringida. El análisis cualitativo del conjunto de los derechos y obligaciones supone que “se compare la cláusula que una parte pretende abusiva con el conjunto de los derechos y obligaciones generados por el contrato, en beneficio y en detrimento de cada una de las partes contratantes”.

“De hecho, una cláusula aisladamente contemplada no puede ser abusiva de una manera abstracta. Podrá aparecer como tal sólo después de analizar el conjunto de las disposiciones del contrato en el que está estipulada”.¹¹⁷

6.2. La nulidad parcial

De los instrumentos tomados como base queda claro que existen dos órdenes de contrataciones con reglas y características propias, que tienen además sus específicos regímenes de ineficacia. Por un lado, los contratos que el Proyecto de 1998 llama discrecionales, y por otro, los que tienen un grado de protección legal, generalmente subjetiva.

Se ha observado que no hay una solución única en el derecho europeo comparado fuera de los regímenes de protección, y puede decirse que el recurso de la nulidad parcial se explica con fundamento en la conservación del negocio¹¹⁸, pero como principio para algunos supuestos de nulidad

¹¹⁵ Larroumet, cit. II. a).

¹¹⁶ Galgano, Francesco, “Sull’ equitas delle prestazioni contrattuali”, en *Contratto e Impresa*, Ed. Cedam, Padova, 1992, 2, pág. 421.

¹¹⁷ id. III in fine.

¹¹⁸ Ruiz Muñoz, Miguel, “La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores”, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1993, págs. 177/8, pág. 31.

relativa en vicios de la voluntad y no para los que suponen infracción a la licitud.¹¹⁹

6.3. Las facultades de los jueces

En esta faena se señala que “sobre el particular se viene a considerar que al juez no le está permitido modificar los pactos contractuales, deberá optar entre la extensión de la nulidad a todo el contrato o bien su limitación a las cláusulas afectadas, salvo que existan directas normas imperativas que regulen distintamente la parte anulada. Pues bien, cuando esto último no ocurre de lo que se trata fundamentalmente es de respetar la autonomía privada no obligando a contratar sobre un objeto que no se desea”.

Si no está permitido contratar sobre un objeto, la nulidad es total, por lo que dada esta situación, respetando la autonomía no puede obligarse a contratar sobre otro distinto. Cuando se establece la nulidad parcial, puede ocurrir que no se permita contratar sobre un objeto, pero se imponga contratar sobre otro distinto, donde aparece la restricción a la autonomía de la voluntad.¹²⁰ En suma, no se está frente al problema de la nulidad parcial, cuando existe norma imperativa sustitutiva,¹²¹ porque la ley determina el contenido.

Frente a la ineficacia negocial, la intervención judicial para el mantenimiento del contrato, solamente puede ejercitarse en función de la protección de intereses superiores tuitivos de una clase, **y para ello, debe existir la norma de integración.**

En realidad, la nulidad parcial termina por afectar al objeto del contrato que es la concreción del fin querido por las partes. Ello importa una tarea interpretativa para develar si, declarada la nulidad parcial, dicho fin puede cumplirse.¹²²

La situación está planteada en la BGB sobre la base de la teoría del error, bajo la premisa que la nulidad parcial hace decaer todo el contrato, salvo que se entendiera que el mismo se hubiera igualmente celebrado sin

¹¹⁹ Gioia, en op. cit. pág. 1345, entiende que en toda situación en que no exista una protección especialmente establecida, lo único que procede es la nulidad total del contrato.

¹²⁰ Ruiz Muñoz, op. cit. da una visión general del tema en todos los países europeos. Intentamos en pocos párrafos dar una síntesis de conceptos generales expuestos.

¹²¹ Ruiz Muñoz, op. cit., pág. 31. El subrayado nos corresponde.

¹²² Ruiz Muñoz, Miguel, op. cit., págs. 177/8. En el desarrollo del tema el autor, en las páginas siguientes, en realidad se plantea el problema de la imposibilidad de cumplimiento original o sobrevenida en punto a la frustración del fin del contrato o a la teoría de la imprevisión.

la parte nula, y esto surgirá de la interpretación y prueba al respecto, procedimiento en el que tendrá relevancia la observación del período precontractual.

Desde esta perspectiva puede advertirse una clara tendencia en la doctrina y jurisprudencia europea que propugna la imposibilidad de alegar la invalidez total de contrato a quien dio lugar de manera culpable (debía conocer por su cualidad de experto o le resultaba fácil la comprobación). En este caso, sólo podrá invocarse la nulidad parcial ¹²³, con lo cual por la formulación quedaría reducida en su aplicación prácticamente a los contratos por adhesión a cláusulas predisuestas.

6.4. La cuestión de la integración

Resulta también compleja la integración de un negocio en estas condiciones, sin desvirtuar el fin querido por las partes.

Tampoco las lagunas que se producen en las negociaciones contractuales pueden cubrirse en todos los casos apelando al derecho dispositivo, porque puede suceder que, en la medida en que el contrato concreto celebrado por las partes se desvíe del contrato tipo regulado en la ley, la aplicación de las normas previstas en el ordenamiento lleven a una reconstrucción que aleje el negocio totalmente del fin perseguido. ¹²⁴

Teniendo en cuenta el factor económico se supone que las partes han estudiado sus riesgos, y la parte que lo asume queda obligada. Esta cuestión está, desde una interpretación economicista fuera de la posibilidad de la reconstrucción judicial, pues se cae en el peligro que el juez pueda obligar a las partes a aceptar sus propias pautas y que, por esta vía, se caiga en una jurisprudencia de equidad incontrolable, pues hay que partir de la base de que las partes actúan racionalmente y bajo condiciones contractuales de buena fe. ¹²⁵

¹²³ Ruiz Muñoz, op. y loc. cit., pág. 199. El razonamiento transita por el intento temático de aplicar mutatis-mutandi la teoría del error en el acto jurídico. La idea es original pero no parece totalmente adecuada al caso.

¹²⁴ Schäfer, Hans y Ott, Claus, "Manual de Análisis Económico del Derecho Civil", Trad. von Carstenn, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 285. En su visión economicista del contrato proponen en la tarea de integración su revisión sobre las bases económicas de la contratación, sobre la doctrina jurídica de volver a las bases del negocio de utilización en el derecho alemán para explicar vicisitudes contractuales como la excesiva onerosidad sobreviniente.

¹²⁵ Schäfer y Ott, op. y loc. cit., pág. 287.

Desde otro ángulo, en estas circunstancias cuando se procede a una integración judicial del contrato por actuación jurisdiccional se está convirtiendo en normas imperativas a las supletorias. Esto implica limitar indebidamente la autonomía de la voluntad, porque dichas normas supletorias cumplen función diversa, cual es la de permitir la integración de contratos válidos, cuando las partes así lo han querido por no haberlas excluido expresamente.

Sólo podría darse entonces tal integración, cuando existieran normas de orden público inderogables por la voluntad de las partes, como el caso de plazos mínimos o precios máximos que suponen justamente la existencia de sujetos protegidos.¹²⁶

6.5. La integración está concebida para los supuestos de existencia de sujetos protegidos en la contratación

Esta integración está concebida solamente para la situación subjetiva de protección en la contratación y no se considera esencial para los casos en que ésta no está impuesta.

Tal conclusión surge del análisis de la Directiva 93/13 de la Comunidad Europea que establece que la nulidad parcial es la regla y la total la excepción, pero la posibilidad de integración del contrato está reservada a los Estados miembros, que pueden introducirla o no en sus legislaciones, con lo cual no se considera, ni aun en los contratos con los consumidores personas físicas —que es a quienes se aplica la Directiva—, que esta integración sea de orden público para el derecho comunitario.

7. Consecuencias del sistema proyectado

El sistema proyectado abandona el principio de la nulidad expresa. En cambio, y mediante normas expresas, se deja a criterio del juzgador un amplio campo de apreciación sobre la calificación de un derecho como disponible o indisponible; establece la posibilidad de declaración de ineficacias parciales y la integración de oficio de los contratos celebrados bajo cualquier modalidad; no exige que exista previamente una declaración legal de indisponibilidad con la consecuente norma de integración; permite a quien invocó su propia torpe-

¹²⁶ Gabrielli, Giovanni, "Norme imperative ed integrazione del contratto", en *Contratto e Impresa*, Cedam, Padova, 1992, 2, págs. 499 y ss.

za por celebrar un contrato de objeto ilícito aprovecharse del mismo presentándolo judicialmente para su declaración como contrato “ineficaz por versar sobre derechos indisponibles” y consiguiente integración.

La declaración de una “indisponibilidad” abierta sin la exigencia de normas imperativas que no se declaran a sí mismas como tales deja la suerte del contrato al resultado de la interpretación de algún juez o jurista iluminado.

“La justicia insegura tampoco es cabalmente ‘justicia’ por la falta de certeza que constituye un derecho natural de los seres humanos”.¹²⁷

8. Propuesta

Mi propuesta es mantener el Código vigente sólo con algunas reformas que se consideren necesarias. Pero, para el supuesto de mantenerse el método del Proyecto, hago las siguientes propuestas.

8.1. Principios y excepciones

Es necesario establecer el principio de la libertad como regla y determinar que ella rige salvo disposición prohibitiva en contrario, sin entrar a determinar en cada caso que la norma rige salvo exclusión, porque ello crea confusiones.

El principio de la libertad es la regla. Los límites son la norma imperativa, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

8.2. Las ineficacias

El régimen de las nulidades en el Código Civil ha sido objeto a lo largo de su vigencia de interpretaciones diversas. No obstante ello, existe toda una tradición en la aplicación que ha dado certidumbre a su aplicación al punto que en ninguno de los proyectos anteriores se le introdujeron modificaciones.

Para mantener la coherencia sistemática, si se adoptó la decisión de mantener una “parte general” que informa todo el Código y que contiene normas sobre ineficacia, no es necesario establecer principios especiales relativos a la nulidad de los contratos, salvo para determinar ciertos efectos

¹²⁷ Guastavino, “Sistema...”, cit., N° 17, pág. 1043.

cuando existen normas imperativas referidas a situaciones especiales de protección.

En el supuesto que se insista en la errada metodología del Proyecto, debe adecuarse el sistema y el lenguaje por razones de coherencia y evitar el empleo de terminología diversa, extraña a nuestras costumbres y no utilizada en las fuentes que se citan.

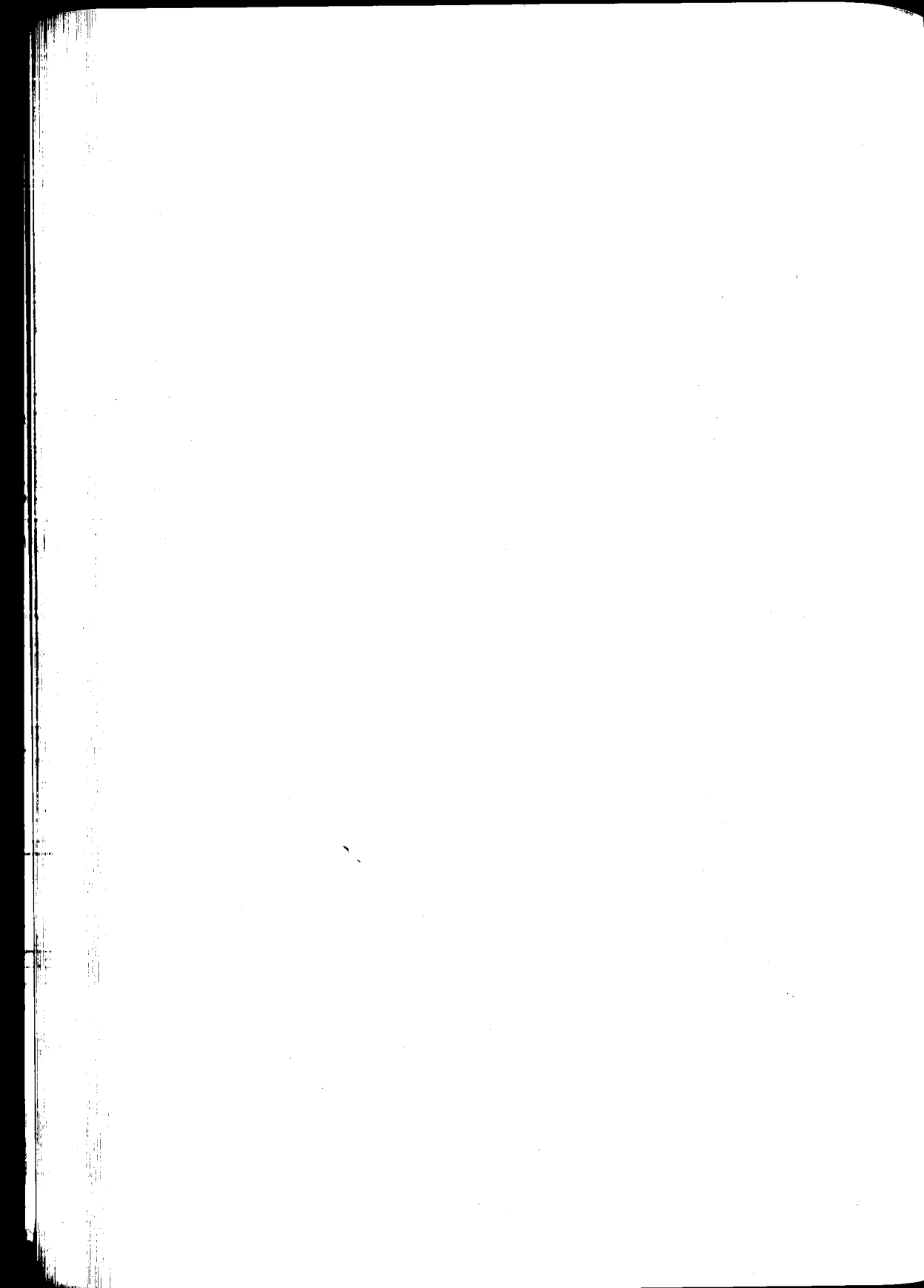
8.3. Las nulidades parciales

Conforme los antecedentes reseñados, debe limitarse la aplicación de los supuestos de nulidades parciales en los contratos, en razón de violación de normas imperativas, a los supuestos en que exista en ellas la posibilidad de sustitución de la cláusula ilícita declarada inválida, excluyendo una facultad judicial de integración en caso de inexistencia de aquélla.

8.4. Las cláusulas abusivas

El elenco de cláusulas abusivas debe establecerse claramente, y no dejar una puerta abierta para su juzgamiento en cada caso y debe determinarse también su ámbito, particularmente si ellas se extienden, o no, a los contratos discrecionales.

Los aspectos relativos al objeto son ajenos al tema de las cláusulas porque son estructurales del contrato, y con relación a ellos, rigen los remedios propios de cualquier género contractual.



IV. LOS PRINCIPIOS SISTEMATIZADORES

Todo sistema jurídico se estructura sobre la base de principios generales que normalmente no se mencionan pero que igualmente están presupuestos en normas estructurales.

Por ello se afirma que en un análisis profundo todos tienen vigencia positiva porque sería muy improbable concebir un principio general del derecho no consagrado al menos implícitamente en la Constitución.¹²⁸

En todo caso, los principios cumplen una importante función sistematizadora “por cubrir amplios tramos de la vida jurídica” que se concretan en forma inmediata si están consagrados en forma explícita por el derecho positivo, o mediatamente si se recurre a ellos como derecho supletorio en virtud del art. 16 del Código Civil.¹²⁹ En el Proyecto de 1998 también aparecen cumpliendo tales roles, por la función integradora que les asigna el art. 5.

Guastavino enumera ejemplificativamente algunos de esos principios aplicables en el derecho civil, contenidos en el ordenamiento vigente. El Proyecto mantiene muchos de ellos prácticamente con el mismo alcance. Hay otros que también están incluidos, pero a los que les establece algunas particularidades o variantes en sus aplicaciones y efectos, y finalmente otros son nominalmente explicitados, pero en la realidad sustituidos sustancialmente en su contenido y esencia.

La enumeración, por sí sola, resulta incompleta para comprender la incidencia de los principios en el sistema por la existencia de desviaciones de las reglas generales y, además, por la necesaria armonización de aquellos entre sí. Ello exige finos conocimientos jurídicos pues es importante observar que el carácter de regla general o de excepción de ciertas normas, no depende del número de casos comprendidos como categoría de residuo donde quedan comprendidos los casos no previstos expresamente.

¹²⁸ Guastavino, “Sistema...”, pág. 1039, manifiesta que “se entiende por principios generales del derecho los criterios que se obtienen por progresivas y cada vez más amplias generalizaciones del entero ordenamiento jurídico comprendiendo todas las ramas del derecho —inclusive el derecho público y el derecho internacional— y, además, los que deriven de la idea de justicia”.

¹²⁹ Guastavino, “Sistema...”, cit., pág. 1041.

En la tarea de coordinación incide igualmente el distinto origen de los principios, dado que algunos elaborados por la doctrina y aplicados por la jurisprudencia “han sido objeto de una traslación pasando a formar parte explícita del mismo por su consagración legislativa. Por su carácter general, tales principios se han convertido en partes deliberadamente indeterminadas del ordenamiento que necesitan ser precisadas por el intérprete”.¹³⁰

Como dice Geny, la coherencia y plenitud necesarias del orden jurídico se alcanzan doctrinariamente por las llamadas “construcciones jurídicas” y ellas posibilitan la completa sistematización del derecho que se cristalizan muchas veces posteriormente en normas.

Estas construcciones se concretan en “directivas” de las instituciones civiles como:

*) no taxatividad, menor formalismo y autonomía de la voluntad en los derechos creditorios;

*) *numerus clausus*, principio de rango, publicidad, régimen legal, en los derechos reales;

*) respeto esencial del interés familiar;

*) distribución de herencias intestadas, según el presunto afecto del causante y acatamiento de la voluntad del testador en las herencias testadas dentro del derecho sucesorio.¹³¹

1. Principios del ordenamiento vigente que son mantenidos en el Proyecto de 1998 con el mismo sentido

La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción (Proyecto art. 18) y la regla es la libertad de formas y la observancia de una formalidad la excepción (Proyecto arts. 260, 958) son principios que están contenidos en el Código vigente y que el proyecto recoge con el mismo sentido.

La prohibición de hacerse justicia por mano propia, es también una regla vigente pero no escrita en los códigos de derecho privado como tal, considerándose la aplicable en todo caso, por emanar de principios generales de las garantías constitucionales.

La repulsión al fraude a la ley (*fraus omnia corrumpit*) sin estar escrito en términos sacramentales, fue considerado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un principio integrante del ordenamiento.

¹³⁰ Guastavino, “Sistema...”, pág. 1040, da como ejemplo la incorporación en la 17.711 del principio del abuso de derecho y las recompensas en la disolución de la sociedad conyugal.

¹³¹ Guastavino, op. cit., pág. 1041.

Tal repulsión se expresa mediante la invalidez del acto y la obligación de reparar los perjuicios. Por esta vía se trata de restaurar la vigencia del orden público y aplicar el ordenamiento que se intentó desconocer.¹³²

En el Proyecto se define el fraude a la ley (art. 8), se determina la validez del acto indirecto cuando no se otorgue para eludir la prohibición de la ley o perjudicar a un tercero (art. 382) y se utiliza con el sentido que tiene actualmente para titular una “acción de inoponibilidad” que tiene el contenido y finalidad de la tradicional acción revocatoria o pauliana. Aparece luego en el derecho de familia un supuesto de presunción de fraude (art. 487) y amplitud probatoria del fraude cuando encubre una incapacidad para recibir por testamento (art. 2428).

Indudablemente la introducción de la noción y las distinciones en relación con el fraude resulta importante en aras del resguardo de los valores éticos.

2. Principios en los que el Proyecto introduce particularidades en su conceptualización y efectos

2.1. La buena fe

2.1.1. Debe tutelarse la buena fe y reprimirse la mala fe

El deber general de comportarse de buena fe tiene su postulado inicial con la norma que incorpora el principio en examen, cual es que los actos jurídicos deben ser celebrados y ejecutados con buena fe y lealtad. La parte que obra de mala fe debe resarcir el daño (art. 395) y la buena fe del cónyuge frente a la acción de nulidad matrimonial otorga derechos a reclamar los daños al otro cónyuge y a los terceros que han hecho caer en el error (arts. 509 y 510); el que de mala fe contrata sobre esos bienes como si estuviesen libres debe reparar los daños causados a la otra parte si ésta ha obrado de buena fe (art. 950), son ejemplos concretos entre otros de aplicación del enunciado.

La mala fe no cumple solamente función excluyente de los derechos que tiene quien obra de buena fe, o agrava deberes de restitución (1877/80)

¹³² Han sido elaborados por la jurisprudencia criterios de aplicación de la regla, como el “levantamiento del velo de personería”, nombre que se ha dado usualmente a la utilización abusiva de la forma societaria para violar la legítima en las sucesiones o para evadir la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones, o aplicándolo en acciones específicas como la revocatoria concursal en el derecho falencial.

sino que su presencia en determinados supuestos genera responsabilidad (arts. 1509; 1543/3; 1556) y se la considera ingrediente necesario del obrar doloso (art. 1605).

Aplicaciones del deber de obrar de buena fe en los derechos creditorios aparecen expresadas en normas que siguen los principios de las anteriores, como el deber de cooperación de ambas partes para el cumplimiento de la prestación (art. 677); el comportamiento de buena fe en las tratativas precontractuales (arts. 920 y 1063); el deber de información que pesa sobre el oferente (art. 927); la particular obligación del obrar de buena fe del agente y del preponente en el contrato de agencia (arts. 1364 y 1365). La buena fe es también criterio de integración e interpretación del contrato (arts. 908, 1023; 1024 y 1026).

El criterio para determinar cuál es el patrón del obrar de buena fe en el campo contractual parece ser el art. 967 del Proyecto en cuanto establece los “alcances de la obligación contractual” diciendo que “el contrato obliga con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior de las partes, a las prácticas establecidas entre ellas, a los usos si no han sido excluidos expresamente, a la equidad, teniendo en cuenta las expectativas justificadas de la otra parte. Las cláusulas abusivas no constituyen usos, aunque sean de práctica”.¹³³

La calificación de buena fe es ingrediente necesario para la preferencia de un acreedor en caso de concurrencia con otros (arts. 699 y 700) y la determinación de tal calidad se hace por exclusión, dado que no se define la de quien tiene buena fe, sino que se consigna que el “acreedor es de mala fe si conoció o hubo de haber conocido la existencia de una obligación anterior de entregar la misma cosa a otro acreedor” (art. 701).

También la buena fe es elemento necesario para que el pago realizado al acreedor aparente sea eficaz (art. 821 inc. e); es criterio para determinar si se ha cumplido un plazo tácitamente establecido (art. 824 inc. c); para determinar el límite del resarcimiento debido por el heredero de buena fe del depositario (art. 1289); para que el deudor moroso pueda ser liberado de los efectos de la mora o ellos puedan ser atenuados (art. 1594).

¹³³ Más adelante se hacen referencia a estos criterios y al alcance de las “expectativas” dentro de las fuentes citadas por los Proyectistas y a las consecuencias que genera el art. 967.

Quien adquiere de buena fe un título valor conforme a su ley de circulación, tiene un derecho autónomo oponible a todos los obligados. A quien adquiere de mala fe, le son oponibles las defensas personales que puedan existir contra anteriores titulares. La mala fe se configura por haber procedido el adquirente “a sabiendas” en perjuicio del deudor demandado. No se aclara qué es lo que debe haber sabido el adquirente para ser de mala fe.

En los derechos reales se caracteriza a la buena fe creencia: “El titular de la relación real es de buena fe si no conoció, ni hubo de haber conocido que carecía de derecho a ella” (art. 1860). La buena o mala fe se determina al comienzo de la relación real y permanece invariable mientras no se produzca una nueva adquisición y la del titular vencido se extingue con su citación a juicio (art. 1861). Estos principios resultan aplicables para juzgar la buena o mala fe del heredero aparente (art. 2257).

La buena o mala fe tiene diversos efectos en las relaciones reales, que se establecen para cada situación (art. 1876/9) apareciendo numerosas aplicaciones, como los conocidos menores plazos para usucapir por quienes tienen buena fe (arts. 1831/2) o la posibilidad de adquirir el dominio por transformación (arts.1897/8).

La buena fe registral se asienta en la presunción de exactitud en favor de los terceros interesados. No tiene tal calificación quien conocía o hubo de haber conocido la inexactitud del asiento a través del estudio de títulos, pero no la excluye el solo conocimiento de situaciones jurídicas sin vigencia registral (art. 2147).

Cuando la registración es meramente declarativa, y existe antecesor común, se tiene en cuenta la buena fe de la parte para dar prevalencia al encadenamiento (art. 2212).

2.1.2. En general, la buena fe se presume

Este principio aparece enunciado en el Proyecto en forma expresa en relación con los derechos reales (art. 1865) y en la presunción de exactitud registral (art. 2147). Pero, a pesar de no encontrarse una mención particular en los derechos creditorios debe tenérselo por presupuesto por aplicación de las reglas generales del *onus probandi* y en particular en la circulación de los títulos valores cuya eficacia presupone la existencia de la buena fe (art. 1751).

2.2. *Nemo plus juris* y protección de terceros adquirentes de buena fe

2.2.1. La relación en el derecho vigente

Es principio general del derecho expresado en el art. 3270 del Código Civil que “nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere”, es la regla sobre la cual se estructura todo el sistema de la transmisión de los derechos.¹³⁴

A partir de la reforma de la 17711 se introdujo una norma de protección a los terceros adquirentes de inmuebles de buena fe y a título oneroso frente a la declaración de nulidad y/o anulabilidad del acto jurídico con el agregado realizado al art. 1051 y a quienes adquirieron bienes relictos del heredero aparente de acuerdo a lo preceptuado por el art. 3430.

Con motivo de esta modificación se plantearon en la doctrina nacional distintas posiciones sobre la naturaleza de la solución introducida; su extensión y la relación con el del art. 3270¹³⁵, por la necesaria armonización entre el *nemo plus juris* y la protección de los derechos de los terceros adquirentes que se perfilaba como un principio general de signo inverso.¹³⁶

2.2.2. La situación en el Proyecto

2.2.2.1. Descripción del sistema proyectado

El art. 399 establece como “principio” en la primera regla sobre la transmisión de los derechos que “nadie puede transmitir a otro sobre un objeto mejor o más extenso del que gozaba” contemplando como excepción la situación del poseedor de cosa mueble no registrable, ni al tercero adquirente de buena fe que ha adquirido un título valor conforme con la ley de circulación (art. 400).

En realidad, a este principio se está sumando otro que es el de **adquisición de fuente legal** establecido en el art. 1827, según el cual “se adquieren por mero efecto de la ley los condominios con indivisión forzosa perdurable

¹³⁴ Ver al respecto nuestro comentario en “Efectos jurídicos de la apariencia”, en E. D. 116-939.

¹³⁵ Ver nuestro “Efectos ...”, cit.

¹³⁶ Guastavino, “Sistema...”, cit., pág. 1040.

de accesorios indispensables de uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos bajo su patria potestad; la habitación del cónyuge superviviente y **los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe**".

Técnicamente parecería necesario hacer referencia a la situación de estas adquisiciones como una excepción al principio de la transmisión de los derechos en general en el art. 400 antes transcripto, el que sólo se refiere a los derechos del adquirente de buena fe de títulos según la ley de circulación, dejando de lado los numerosísimos supuestos en que el Proyecto establece la eficacia "adquisiciones legales" de terceros de buena fe frente a supuestos de nulidad, resolución o revocación.

El Proyecto en este punto siguió una tendencia amplia en la llamada protección de los terceros, que no se limita a los adquirentes de buena fe solamente en el supuesto de la declaración de invalidez del acto (art. 389), sino que también se extiende a numerosos casos de ineficacia y retroacción nacidas de diferentes causas.

Entre los supuestos de protección a terceros aparecen:

*) La simulación no puede oponerse a los acreedores del "adquirente simulado" que de buena fe hubiesen ejecutado los bienes comprendidos en el acto (art. 332).¹³⁷

*) El que adquirió de buena fe y a título oneroso del cómplice en el fraude (art. 336).¹³⁸

*) El efecto retroactivo de la condición: la eficacia del acto, o su resolución, operan con retroactividad al día en que se celebra, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe (art. 340).

*) La retroactividad de la confirmación no perjudica los derechos de los terceros de buena fe (art. 392).

*) Los actos de transmisión por uno de los cónyuges de bienes no registrables con terceros de buena fe que fueran de interés familiar y la transmisión a título oneroso de bienes muebles no registrables realizadas individualmente por el cónyuge tenedor con terceros de buena fe (arts. 454/5).¹³⁹

¹³⁷ En el caso se establece un privilegio de los acreedores del enajenante simulado sobre los derechos de los acreedores quirografarios del adquirente si sus créditos son de causa anterior al acto.

¹³⁸ Este efecto existe en el Código Civil y se mantiene la obligación de indemnizar.

¹³⁹ La inoponibilidad no opera en el supuesto de muebles indispensables del hogar o de objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo. La norma forma parte del sistema de disposición y administración de bienes cualquiera sea el régimen de bienes que se haya adoptado.

Con finalidad similar se protege a los terceros de buena fe y a título oneroso que adquiere bienes mediante un acto celebrado con un cónyuge que cometió fraude en perjuicio del otro (art. 466).

*) Los efectos de la retroactividad establecida en los supuestos de extinción de la comunidad de bienes durante el matrimonio, no alcanzan a los terceros de buena fe “que no sean adquirentes a título gratuito” (art. 474).

*) Quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe en el supuesto de retractación de la renuncia (art. 886).

*) Dentro del proyecto se incluye el restablecimiento de la situación anterior para el caso que deje de existir la causa del acto o de la situación jurídica que produjo la extinción sin que ello afecte el derecho de los terceros de buena fe (art. 891).

*) Los resolución contractual tiene efectos retroactivos, pero ello “no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe” (art. 1043).

*) Los pactos “agregados” a las cosas muebles no registrables “no son oponibles a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso” (art. 1102).

*) Las estipulaciones no contenidas en el segundo ejemplar de la carta de porte o en la guía, son inoponibles a los terceros portadores de buena fe (art. 1223).

*) La reversión de la donación se rige por las reglas del dominio revocable (art. 1444). La revocación de la donación por inejecución del cargo no alcanza en sus efectos al adquirente del donatario (arg. art. 1448 in fine).

*) Los efectos de la revocación de los actos realizados por el fiduciario en perjuicio de los intereses del beneficiario y del fideicomisario son inoponibles a los terceros interesados de buena fe (art. 1467).

*) No alcanzan a los terceros de buena fe la ratificación del dueño en la gestión de negocios (art. 1711).

*) En el supuesto de que un título valor contenga firmas falsas o de personas inexistentes o que no resulten obligadas “son válidas las obligaciones de los demás suscriptores y las transmisiones efectuadas de buena fe” (art. 1755).

*) El incumplimiento del asentimiento conyugal en los “títulos nominativos no endosables o no cartulares no es oponible a terceros portadores de buena fe” (art. 1756).

*) La sentencia que se dicte en los juicios de prescripción adquisitiva tiene efecto retroactivo al momento en que comenzó la posesión, “sin perjuicio de terceros interesados de buena fe”.

*) La resolución retroactiva en el dominio imperfecto salva los derechos de “terceros interesados de buena fe, y en su caso adquirentes a título

oneroso, con el alcance previsto para la adquisición de los derechos reales mobiliarios o inmobiliarios” (art. 1909).

*) En los derechos reales de garantía con publicidad registral la modificación convencional del orden de preferencia no perjudica los derechos de los “terceros interesados de buena fe” (art. 2098). Igual efecto tiene la modificación de la prioridad de situaciones jurídicas resuelta por sus beneficiarios (art. 2143).

*) La acción reivindicatoria no puede ejercerse contra el “subadquirente de un derecho real de buena fe y a título oneroso, salvo disposición legal en contrario...” (art. 2216)

*) Los actos de administración y disposición realizados por el heredero aparente en favor de terceros que “ ignoren la existencia de herederos con mejor o igual derecho” son válidos (art. 2257).

2.2.2.2. Observaciones al contenido proyectado

Como puede observarse aparecen múltiples supuestos de inoponibilidad de efectos a terceros a quienes en algunos casos no se los califica; en otros la calificación de conducta de buena fe es condición para la inoponibilidad; a algunos se les exige ser adquirentes; en otras situaciones se tiene en cuenta que lo sean a título oneroso y mirando a la naturaleza del derecho adquirido, se menciona en dos supuestos que puedan repeler la acción quienes sean adquirentes de derechos reales (arts. 389 y 2216).

La protección del tercero, que persigue un objetivo de seguridad jurídica, debe ser sistemática, porque de lo contrario desvirtúa el valor cuya actuación tiende a efectivizar.

Por ello referirse genéricamente a que ciertas situaciones no pueden afectar derechos de terceros en forma genérica, sin establecer las condiciones que debe cumplir el tercero para hacer valer sus derechos resulta tanto o más inseguro para el orden jurídico que no proteger a ningún tercero.

Si la aspiración de los Proyectistas es que la protección a los derechos de terceros sea un principio, deben establecer su sistema. De lo contrario, no será una protección sino una suma de normas de difícil coordinación.

2.3. En el conflicto entre dos adquirentes del mismo derecho es preferido quien haya sido el primero en adquirirlo

Antes se hizo referencia a las normas proyectadas sobre concurrencia de acreedores. Se trata separadamente los conflictos que pueden

generarse con quienes invocan derechos sobre una cosa inmueble o sobre una cosa mueble (arts. 699 y 700).

En ambos casos y como consecuencia de los derechos que otorga la registración, la posesión como modo de establecer la prelación ha quedado relegada.

Quedan fijados por estas normas y sus correlativas los criterios para determinar "quién es el que primero adquiere", algunos de los cuales ya están vigentes a partir de la ley 17.801 por la irrupción en el derecho argentino de la categoría de cosa mueble registrable y la interpretación jurisprudencial que se fue elaborando a partir de las normas reguladoras en cada caso.

Los derechos de los perjudicados son regulados en el Proyecto por normas similares a las vigentes, pero simplificadas en su formulación.

2.4. *Culpa in contrahendo*

Este género de responsabilidad puede considerarse hoy vigente en la República como principio elaborado a partir de la doctrina y la jurisprudencia con fundamento general en el principio de buena fe y el ejercicio regular de los derechos, sin perjuicio de que los autores y jueces hayan dado distintos enfoques a la cuestión. Ha tenido consagración positiva en la ley 24.240 de protección al consumidor.

En esta etapa, el obrar de buena fe se traduce en el cumplimiento fiel del deber de información que tiende diversos contenidos y efectos según las especies de contrato de que se trate. El incumplimiento de este deber se puede trasuntar en el desarrollo posterior de la relación, y puede dar lugar a la nulidad del mismo por vicios en el consentimiento.¹⁴⁰

Pero, específicamente, el campo de acción más propio del principio se trasunta en el apartamiento intempestivo de las relaciones precontractuales en el momento en que la otra parte tenía motivo para suponer que el contrato sería celebrado y por ello había producido ciertos hechos en tal sentido o renunciado a otros contratos.

El principal problema que plantea la cuestión es establecer los extremos para la calificación de la conducta, o sea cuando puede establecerse que el apartamiento es intempestivo o antifuncional. En este sentido puede

¹⁴⁰ Galgano, Francesco, "Diritto Civile e Commerciale", Volume Secondo, Tomo Primo, Terza Edizione, Cedam, Padova, 1999, pág. 550.

ser útil recordar las principales reglas establecidas por la jurisprudencia italiana que para juzgar la situación han tenido en cuenta¹⁴¹:

*) que aún en estado de simple tratativa se hayan considerado elementos esenciales del contrato que se pensaba celebrar;

*) no interesa el número de encuentros o su duración, sino que se hayan interrumpido sin razón que se comunique a la otra que había confiado legítimamente en la conclusión del contrato;

*) que no es justa causa del receso la invocación de causas ya conocidas al comienzo de la relación o que podían ser conocidas con la debida diligencia;

*) que es justa causa de receso si una parte advierte que fue inducida a la tratativa con dolo de la otra parte;

*) que no es justa causa de receso por parte de la Administración Pública que invitó a la contraparte privada a dar inicio a la ejecución de la prestación en espera de la autorización administrativa y luego recede en las tratativas por razón distinta a la falta de dicha autorización.

En Italia es considerado un supuesto de responsabilidad aquiliana para algunos y para otros una responsabilidad por incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato.

El resarcimiento es el interés contractual negativo que consiste en el daño sufrido a causa de la ruptura, cuál es el daño emergente y el lucro cesante pero únicamente como “daño de la ocasión perdida” por la renuncia de otros ventajosos contratos, lo que exige la prueba de que ellos ocurrieron como consecuencia del retardo en el perfeccionamiento del contrato.

2.4.1. El tratamiento del tema en las fuentes del Proyecto

En las fuentes de inspiración del Proyecto se incluyen normas al respecto, como por ejemplo:

*) Los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, prevén que cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurrir en responsabilidad en el supuesto que no culminen en acuerdo, pero quien ha negociado o ha interrumpido las negociaciones con mala fe responde de los daños causados a la otra. La mala fe se configura por entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo (art. 2.15).

¹⁴¹ Galgano, Francesco, “Diritto Civile e Commerciale”, pág. 550 y ss.

También se establece el deber de confidencialidad que obliga durante el curso de las negociaciones a no revelar ni utilizar injustificadamente en provecho propio información confidencial recibida, independientemente de que luego se celebre el contrato. La responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación, “podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el transgresor” (art. 2.16).

No hay normas específicas en la Sección 7 de incumplimiento en lo relativo a las reparaciones de los daños infringidos por estas conductas.

*) Los Principios de Derecho Europeo de Contratos, recogen iguales previsiones casi en sus mismos términos.

No existen normas específicas en el Contract Code, ni en el Código Civil de Quebec ni en el Código Civil Neerlandés. En este último se regulan los efectos de la publicidad engañosa entre los actos ilícitos (art. 194 a 196)

*) En el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos se introduce el tema bajo el título de “deber de corrección” (art. 6) estableciéndose como principio que cada una de las partes es libre de emprender tratativas con vistas a celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar responsabilidad alguna si el contrato no se celebrara, salvo si se trata de un comportamiento contrario a la buena fe.

Tal comportamiento es específicamente calificado como el que inicia o prosigue tratativas sin intención de llegar a la conclusión del contrato o que una de las partes se retire de las tratativas luego de haber examinado los elementos esenciales, la parte que suscitó una expectativa razonable interrumpe las tratativas en forma intempestiva.

La indemnización debida por quien obró contra la buena fe está dada por la medida de los gastos contraídos “así como la pérdida de oportunidades similares causada por las tratativas pendientes”.

2.4.2. La norma proyectada

El art. 920 del Proyecto incorpora el principio como una aplicación del obrar de buena fe la conducta de “no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida la oferta”, con la aclaración que la responsabilidad se circunscribe al daño por interés negativo.

El artículo 1600 inc. c) establece el “alcance” de “el daño al interés negativo” como comprensivo de “los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con sentido estricto”.

3. Principios nominalmente mantenidos, pero en la realidad sustituidos sustancialmente en su contenido y esencia

La institución civil de la **autonomía de la voluntad** como fundamento obligacional en los derechos creditorios; el principio de que **las obligaciones asumidas deben ser respetadas** (*pacta sunt servanda*) y la cláusula implícita conocida como **rebus sic stantibus** son mantenidas nominalmente en el Proyecto, pero por la regulación que se les asigna resultan realmente sustituidos su contenido y esencia.

A esta conclusión se llega por un análisis del sistema general que permite afirmar con fundamento que la clasificación de las diversas especies contractuales que el Proyecto incluye en el art. 899 está prácticamente vacía de contenido, dado que los contratos discrecionales tienen en el Proyecto en los hechos, la misma regulación de aquellos a que se denomina predispuestos, o celebrados mediante condiciones generales o celebrados por adhesión.

La prueba es, como ya adelanté al tratar otras cuestiones, que cuando se quiere establecer efectos especiales para las categorías de los que, sólo en apariencia, son los únicos protegidos, se las menciona en forma expresa. Esta conclusión surge de la redacción de los arts. 905; 928; 965; 968; 1026 inc. c); 1028; 1033 y 1232 para los contratos predispuestos y 970; 1023 inc. c); 1551 y 1564 para los contratos celebrados por adhesión.

La tesis es que en el caso, y de acuerdo a las declaraciones realizadas ahora inequívocamente por Atilio Alterini, se ha sustituido a estos principios, como base de la regulación contractual, por el denominado “derecho de los débiles”.

Las técnicas empleadas son muy sutiles.

Se parte de la sustitución de los criterios de orden público tradicionales por cláusulas abiertas para el juzgamiento de la “disponibilidad o indisponibilidad”, con el consiguiente e ilimitado poder de integración de los jueces, ya analizado.

Luego se introduce una definición de contratos, pero seguidamente se opta por definiciones, por categorías (art. 899) que supuestamente corresponden a regímenes diversos, pero que, en la realidad, en cada una de las tres últimas incluyen “potencialmente a todo caso imaginable”. Piénsese que todo contrato es normalmente predispuesto por una parte y el Proyecto no exige, como surge en general de las fuentes, que se trate de un “contrato modelo o formulario”, que tipifican a los celebrados bajo condiciones generales. Es más, “el contrato predispuesto puede tener cláusulas que se hayan formulado única y exclusivamente para ese contrato”.

Tema interesante para determinar la categoría de contrato celebrado bajo cláusulas predisuestas, será el supuesto en que una de las partes predisponga alguna de las cláusulas y la contraria las restantes. Toda propuesta de una parte, así sea para ese solo contrato, que pase a formar parte de él, es una cláusula predisuesta.¹⁴²

Se continúa con la ampliación de los supuestos que generan la posibilidad de anular parcialmente o revisar los contratos sobre la base de agregar otros más, para configurar la lesión en los actos jurídicos; con la modificación de los efectos del abuso del derecho y la especificación de sus causas; con la amplitud del régimen para juzgar la incidencia de la causa en la contratación; con los criterios de interpretación y el régimen de integración de los contratos y en lo específico en sutiles reformas en el régimen de los contratos típicos.

El círculo se cierra con la multiplicidad de casos en que se puede excepcionar al cumplimiento de los contratos o lograr la revisión de sus cláusulas penales o de intereses pactados.

La remisión a las fuentes de inspiración aludidas por los Proyectistas demuestra que algunas de las reformas se encuentran incluidas en una o varias de ellas, pero ninguno de esos instrumentos de base suman todas en cada uno de los aspectos como lo hace el Proyecto, ya sea las que inciden en el consentimiento o en la causa, o las que multiplican la posibilidad de evadir el cumplimiento.

En esto consiste en lo sustancial la reforma proyectada, que llevará indudablemente a la mayor de las inseguridades en la contratación.

El costo argentino tendrá un nuevo y fatal ingrediente.

Por la importancia de cada tema y su extensión, se tratarán separadamente.

¹⁴² Barbero, en op. cit., III.1. Observa que "por supuesto, la prudencia de los jueces podrá evitar las peores consecuencias de estas reglas, pero si lo hacen, o no, depende ya de su voluntad".

V. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

1. El sistema del Proyecto

El análisis de las normas sistematizadoras me llevó a la convicción de que este principio tiene en el Proyecto un valor simbólico, porque el análisis del “contexto” indica que se lo ha desnaturalizado.

Los Proyectistas, han concebido los principios generales del sistema contractual **en forma sustancialmente diferente a la de todos los antecedentes citados por ellos mismos como fuente inspiradora en la nota de presentación**, en la que no expresan en ninguna ocasión las diferencias entre lo proyectado y las fuentes referidas.

Conforme lo reseñado al tratar las normas sistematizadoras, una lectura desprevenida del Proyecto puede llevar a la convicción de que la autonomía de la voluntad es el principio que rige el régimen contractual, tanto por los antecedentes que dicen los autores haber tomado en cuenta, cuanto por la redacción de los arts. 670, 902 y 1582.

Tal conclusión resulta inexacta, porque el sistema general del Proyecto demuestra que la autonomía de la voluntad está desplazada por otros principios sobre los que se articula el sistema.¹⁴³

La diferencia sustancial entre lo proyectado en 1998 en la Argentina y los ordenamientos y restatements ya mencionados, reside en que estos últimos establecen como base del ordenamiento contractual, la autonomía de la voluntad como regla. Las limitaciones al principio, que se introducen en función de protección, se determinan expresamente sobre la base de normas específicas para ciertos géneros de contrataciones, sea por adhesión, sea por protección al consumidor. Se supone que estas situaciones son

¹⁴³ A pesar de repetirse que la autonomía de la voluntad resulta la regla de los contratos discrecionales, cuando se hace el análisis concreto se advierte la falacia. Así se dice que “la situación puede ser sustancialmente diferente para los miembros de la comunidad jurídica que —de aprobarse el Proyecto—, verán modificado íntegramente el marco normativo del derecho privado”, advirtiendo seguidamente cuáles son las normas que regirán los contratos entre empresas (ver Paolantonio, en “Consideraciones...”, cit.

especiales para lograr el resguardo de ciertos valores y que las normas que las rigen no se aplican analógicamente a la contratación común, a la que el Proyecto llama discrecional.

Quedó claro en el Capítulo I cuál es la filosofía del Proyecto. **Consiste en el tránsito del derecho del consumidor al derecho del individuo y ello se concretaría en el campo patrimonial con la aplicación de las normas protectivas con carácter generalizado en toda contratación,**¹⁴⁴ utilizando la técnica de trasegar al Código Civil una serie de disposiciones propias del derecho del consumo siguiendo una tendencia universal... expande al derecho común todas estas reglas que actualmente son especiales del derecho del consumo, lo cual le da un tono claramente renovador y progresista a la regulación de la teoría general del contrato que contiene...

Esta expresión de Alterini, constituye la decisión inequívoca que toda la técnica del Proyecto va enderezada en la consecución de esa finalidad. La determinación expresa de las normas que se aplican a los contratos predispuestos o por adhesión, que se analizó anteriormente, demuestra que el restante contenido del ordenamiento se aplica a los denominados contratos "discrecionales" que supuestamente tienen como base la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato como efecto propio.¹⁴⁵

La filosofía asumida por el Proyecto llevará a que los jueces, en cada caso, ingresen a determinar la "situación de igualdad de las partes" al momento de celebrar el contrato y, además, determinen conforme las contingencias posteriores si el contrato puede ser revisado. Tales previsiones generarán una consiguiente inseguridad, máxime cuando el mismo Alterini manifiesta que "todo esto demuestra que, aun en materia de contratos discrecionales o paritarios, el Proyecto de Código Civil de 1998 **va mucho más allá de la 17.711**"¹⁴⁶.

En las líneas que siguen quedará demostrada que realmente la normativa proyectada cumple la finalidad que se persigue y, también, que dicha sistemática no responde sustancialmente a una tendencia universal como afirma Alterini, sino solamente a una opinión doctrinaria minoritaria.

¹⁴⁴ Alterini, Atilio, "El consumidor en la sociedad post-moderna", en L. L., Supl. del 22/10/96.

¹⁴⁵ Alterini, Atilio, "Sobre el Proyecto...", cit.

¹⁴⁶ Alterini, Atilio, "Sobre el Proyecto...", cit.

2. La protección de los débiles en la contratación

Dado que éste es el principio sistematizador del Proyecto que viene a sustituir el vigente de la autonomía de la voluntad, haré un resumen de lo que se entiende por débiles.

2.1. La pertenencia del sujeto a una clase

Contrariamente a lo manifestado por Alterini, sobre una supuesta tendencia de generalizar la protección, la existencia de esta calidad jurídica se concreta legislativamente aludiendo a la pertenencia de ciertos sujetos a una "clase".

Así, para justificar la razón para limitar la autonomía de la voluntad cuando se contrata bajo condiciones generales o con los consumidores, se ha dicho que no se toma en cuenta la ponderación de los intereses de los contratantes en concreto, "sino por su ubicación en un grupo o clase de intereses a que pertenezca el particular".

La cuestión a analizar, entonces, no es "si por la celebración de un contrato determinado a base de condiciones generales se cometió contra un determinado individuo una infracción de las buenas costumbres o de los principios de la libertad de contratación sino que se trata más bien de determinar si por medio de esta clase de negocios, esta clase de clientes, los que pertenecen a esta capa social o a ese grupo de particulares, han sido inmoralmente perjudicados. En esto radica la abstracción de la delimitación en cada caso y la objetivación de los límites del contenido".¹⁴⁷

El siguiente estadio del razonamiento parte de la determinación si estos derechos de clase pueden multiplicarse como hipótesis y cuáles son las consecuencias que de ello pueden derivarse, cuestión que se plantea también cuando se mira el tema partiendo desde la óptica opuesta, es decir, al analizar si el concepto de consumidor es de interpretación extensiva a sujetos que tienen un rol profesional.¹⁴⁸

¹⁴⁷Santos Briz, Jaime, "Los contratos civiles. Nuevas perspectivas", Ed. Comares, Granada, 1992, pág. 49.

¹⁴⁸Calais-Auloy, Jean y Steinmetz, Frank, "Droit de la consommation", 4ª Ed. Dalloz, París, 1996, pág. 7. A pesar de lo que parece ser un concepto amplio el autor refirma que adopta en su obra una concepción estricta del consumidor considerando que la persona que ejercita un rol profesional no puede ser tratada como un consumidor (pág. 10), destacando que se diferencia, por ejemplo, del derecho del trabajo porque es un estatuto solamente aplicable a los trabajadores.

En este sentido hay que destacar que la doctrina europea en general y las decisiones comunitarias, limitan la aplicación de las normas de consumo a los consumidores no profesionales,¹⁴⁹ y que, cuando se quiere establecer la protección a una clase profesional por considerar que puede estar como tal en situación de debilidad, se dicta una ley especial como ocurrió en Italia con los subempresarios en la locación de obra por ley del 18 de junio de 1998.¹⁵⁰

En el campo empresario se establece como bien tutelado a la libre concurrencia como instrumento de la democracia económica cuya plena vigencia asegurará la actuación regular en el mercado y el juego de las empresas de modo que ninguna pueda imponer su situación de predominio para excluir a otra mediante una práctica anticompetitiva.¹⁵¹

2.2. Las tendencias generalizadoras y su fundamento

Dentro de esta línea se intenta un ensayo a partir de la generalización de la idea a través del "acto de consumo", que importa "una separación progresiva del tipo contractual y de la posición individual del contratante como elemento determinante del principio protectorio..." que se aplicaría "en tanto se constate la presencia de una parte débil". Esta calificación es un concepto normativo que en los regímenes actuales equipara consumidor a destinatario final y que contiene principalmente normas que suplen la voluntad de la parte hiposuficiente y excluyente de su ámbito de aplicación a las relaciones interempresarias y las que no tienen al consumo como destino final.¹⁵²

La premisa de esta concepción es generalizar la aplicación de las normas protectivas del consumidor, sobre la base de idear un derecho del mercado, del que se consideran componentes la defensa de la competencia, la propiedad intelectual, el comportamiento desleal y el consumo, todo

¹⁴⁹ Benjamín, Antonio Herman, "El Derecho del Consumidor", en J. A., 26/5/93, N° 5830, págs. 2 a 4.

¹⁵⁰ Gioia, en op. cit., pág. 1345.

¹⁵¹ Un completo trabajo sobre la cuestión de la relación de empresas en el mercado, el derecho de la competencia y los juzgamientos conforme a los principios del derecho privado de los comportamientos en el derecho de la concurrencia, puede verse en DaVía Luciano, "La invalidità nei contratti tra imprenditori" en "Diritto Privato Europeo", a cura de Nicolo Lipari, Cedam, Padova, 1997, págs. 741 y ss.

¹⁵² Lorenzetti, Ricardo, "La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del área regional Mercosur", en L. L., 3/12/96.

lo cual se propugna incluir en un código del Mercado” que contemple todos los aspectos que hacen a su funcionamiento institucional.

En este complejo tramado, se concibe tratar a la pequeña empresa como un débil jurídico, frente a la gran empresa multinacional globalizada. Esta distinción a que refiere Lorenzetti está tomada según su cita de la autora brasileña Claudia Lima Marques¹⁵³, no pudiendo determinarse en la lectura del texto si el citante adhiere a ella.

La filosofía básica de la extensión del sistema protectivo se fundaría para Lima Marques en la interacción de todos los factores dentro del mercado, que supone que si un comerciante contrata en inferioridad de condiciones con la empresa, los efectos de esa contratación inconveniente recaerán en su etapa final sobre el consumidor, por lo que la cuestión no puede considerarse ajena a la temática en cuestión.¹⁵⁴

La base conceptual está en la ampliación de la expresión destinatario final, que llevaría a tener por tales, no solamente a los adquirentes cuya finalidad es el consumo que implica retirar el bien del mercado, sino también a aquellos que adquieren bienes para incorporarlos al ejercicio de una actividad lucrativa de cuya evolución surgirá un producto final.¹⁵⁵

El consumidor en sentido estricto, y sus derechos pasan a ser así un capítulo dentro de las normas del mercado que deben incluirse en un Código del Mercado que contemple a todos los sujetos, porque todos, en alguna situación pueden ser consumidores, por lo que el término debe interpretarse en el sentido más amplio posible.¹⁵⁶

El recurso técnico-jurídico apropiado para esta generalización, es la extensión del concepto de los **asimilados a los consumidores**. Esto, porque según opinión de la autora, estas reglas protectivas no hacen sino aplicar extensivamente las reglas de la buena fe, cuya observancia beneficia a todo el mercado.¹⁵⁷

Este modo de pensar prácticamente lleva a una protección generalizada de todo contratante, mediante normas tuitivas que concluyen ineludiblemente en el intervencionismo estatal preponderante en materia

¹⁵³ Lima Marques, Claudia, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, Editora Revista Dos Tribunais, 2ª Ed., São Paulo, 1995, págs. 89 y ss.

¹⁵⁴ Lima Marques, op. cit., pág. 114.

¹⁵⁵ Lima Marques, op. cit., pág. 100.

¹⁵⁶ Lima Marques, op. cit., pág. 101.

¹⁵⁷ Lima Marques, op. cit., pág. 115.

contractual, como decisión política de una comunidad determinada. El encuadre excede el campo del derecho privado, aunque casi pareciera que esto no es advertido por quienes sustentan tales teorías intervencionistas.

Tal decisión implica, por otra parte, la elección de beneficiar a determinada parte de una relación en perjuicio de la otra. Siempre que se protege a un locatario se perjudica a un locador, o siempre que se amplía la protección de un comprador, se lo hace a expensas de un vendedor.¹⁵⁸

Tan amplia y ardua cuestión merece una obra especial como la recién citada, por lo que trataré de resumirla recurriendo a lo que aparecen como datos relevantes.

La fundamentación no es novedosa. El consumidor está protegido por encontrarse en una situación de vulnerabilidad fáctica, técnica o jurídica.

Con esta premisa, se parte de la base que los sujetos, aun no siendo consumidores *stricto sensu* están en igual situación de vulnerabilidad y pueden verse perjudicados por los fabricantes, productores o comerciantes que tengan una posición de predominio.

Al consumidor se lo protege por ser un destinatario final fáctico. El profesional puede ser calificado, según este punto de vista, como destinatario final económico, y por lo tanto es susceptible de ser alcanzado por las normas tutelares en cuanto aplique el objeto de la contratación a un producto que esté destinado al consumidor. Se ejemplifica con la inferioridad del comerciante minorista, frente a un monopolista que fija el precio.

Por ello, se razona, superado el criterio de destinatario final como sinónimo de consumidor final, la extensión de la protección al consumidor tiene sentido porque está comprometido idéntico valor. No puede pensarse, se dice como final, que deba considerarse aisladamente la relación entre comerciantes en distinta situación como un caso de derecho comercial ajeno al sujeto protegido, desde que una práctica comercial desviada no perjudica solamente al empresario contratante, sino que alcanza a todos los consumidores y a todo el mercado, por lo que en definitiva la relación comercial no es ajena al sujeto protegido, es decir inicialmente al consumidor.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Fontaine, Marcel, "La protection de la partie faible dans les rapports contractuels", en "La protection de la partie faible dans les rapports contractuels", ouvrage présenté par Le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, Direction Jaques Ghestin et Le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain. L.G.D.J., París, 1996, pág. 651.

¹⁵⁹ Lima Marques, op. cit., págs. 107 a 111.

2.3. Las dificultades que genera el razonamiento

En el discurso no se advierte ningún descubrimiento novedoso, sino solamente el ensayo para justificar, dentro de un razonamiento desarrollado sobre conceptos jurídicos diversos, la extensión de un sistema limitativo de la autonomía de la voluntad aumentando potencialmente la vigencia de normas imperativas, como expresión de la intervención del Estado en el campo económico.

A ello se suma la existencia de presunciones de "debilidad" de difícil definición y cuya adecuación a la realidad exige pruebas fácticas o presunciones con su carga consiguiente de inseguridad o posible injusticia.

El tema, en su esencia, supera el estrecho margen técnico normativo en que se lo pretende colocar, para introducirse de rondón en lo que se ha llamado la protección de la parte débil en la contratación, y que se erige como principio sistemático de la contratación en el Proyecto.

2.3.1. La caracterización de la debilidad

La primera dificultad que se presenta es que al prescindir de las categorías de débiles como clase, no se encuentra criterio suficiente para determinar genéricamente la debilidad, o sea cuáles son los parámetros con que se debe medir a cualquier posible contratante para saber que se está contratando con un débil, y por consecuencia, saber cuál es el régimen que se aplicará al contrato a celebrar y, por consiguiente, saber qué efectos se derivarán del mismo.

Históricamente han existido partes débiles en los contratos que han recibido protección. Los menores, los dementes, los asalariados, los locatarios, los asegurados o las empresas del tercer mundo. Esta enumeración solamente ejemplificativa demuestra la heterogeneidad de situaciones y la imposibilidad de darle a la cuestión una única respuesta.

Hay hipótesis en las cuales los contratantes no están en condiciones de advertir, por incapacidad o por ignorancia, cuáles son los perjuicios que genera una contratación. En otros casos, un contratante tiene perfectamente claro que está aceptando condiciones desfavorables que le son impuestas y que no puede resistir por su situación de inferioridad económica. Se ha calificado a los primeros como débiles esenciales y a los segundos como relativos.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Fontaine, op. cit., pág. 616. En francés la terminología empleada es "inhérente" y "relative".

El ordenamiento jurídico contempla soluciones posibles a estos conflictos. Los incapaces tienen su protección específica, según técnicas particularmente elaboradas desde la antigüedad. Los trabajadores tienen su propio régimen. Los consumidores están protegidos frente a los cocontratantes profesionales. Pero, en los demás casos habría que establecer reglas y la multiplicación de estatutos específicos puede conducir a la reconstitución de un derecho de clases que parece extraño a la época en que vivimos.¹⁶¹

Otra dificultad para calificar la debilidad la presenta la posición relativa de las partes según los distintos momentos de la dinámica contractual. Una persona en posición de inferioridad en el momento de la negociación o la conclusión de un contrato puede mejorar de posición con el tiempo. Así frente a un conflicto podrá suceder que se negocie una transacción o se recurra al arbitraje, por la posición de fuerza en que queda colocado el cocontratante.

Como ejemplo, se da la situación del trabajador en un contrato de trabajo, comparando el momento inicial de la relación y la situación al momento de producirse el litigio¹⁶², o la situación de poder al momento que tiene una parte al celebrar un contrato que se revierte cuando el contrato concluye, porque la ejecución del contrato se considera esencial. Así resulta más ajustado en ciertas circunstancias, hablar de momentos de debilidad que de partes débiles.

Tampoco puede estar ausente de este análisis la naturaleza del contrato, dado que en algunos tipos contractuales, la debilidad relativa está en la esencia del negocio. Esto ocurre, por ejemplo, en el contrato de trabajo donde existe, además de la dependencia económica, la subordinación del trabajador al modo de ejecución del contrato que impone el empleador. Esta subordinación también puede existir en otros casos, como la situación de los concesionarios de venta en relación con la concedente.

En otros supuestos, como en la compraventa, no se prejuzga sobre la situación de poder contractual de las partes, sino que ella resultará de situaciones de hecho, en general variables según las necesidades de los mercados en distintos momentos. En esta situación aparecen algunos vendedores que disponen de ciertos productos, por ejemplo la de quienes venden aquellos bienes que se consideran "de base" en el comercio internacional, como

¹⁶¹ Fontaine, op. cit., págs. 616/7.

¹⁶² Fontaine, op. cit., pág. 618.

en algún tiempo tuvieron poder los exportadores de productos petroleros, situación que en este exacto momento se vuelve a repetir.

En la locación o el seguro, considerados en sí mismos, no existe una desigualdad esencial pero que suele presentarse en la práctica. En ellos sucede que sea por las medidas de protección a los inquilinos o por la necesidad de conseguirse como clientes a las grandes compañías la relación de fuerzas se invierte.¹⁶³

Hay términos que designan a contratantes en posición de debilidad frente a otros. El de consumidor sugiere, de inmediato, la idea de protección frente al profesional. Sin embargo, es arriesgado predicar a priori que el profesional es la parte fuerte en toda contratación.¹⁶⁴

También se analizan, sin haberse llegado a conclusiones sistemáticas, las relaciones entre profesionales y los desequilibrios que pueden surgir, para ver si puede derivarse **un derecho especial de relaciones entre profesionales**, considerando que pueden resultar insuficientes al efecto las soluciones que brinda el derecho de la concurrencia, y aun la aplicación casuística del derecho de las obligaciones en punto a evitar conductas abusivas.¹⁶⁵

Los ejemplos hasta aquí aludidos demuestran que los términos no designan, por sí mismos, debilidad o poder. Tampoco lo indican, por sí mismas, las cualidades de acreedor o deudor. Por una parte, en los contratos sinalagmáticos estas posiciones son correspectivas, y en general en cada caso la situación comporta tanto elementos de poder cuanto de debilidad.

En atención a estas circunstancias, la ley trata de asegurar la igualdad tanto de acreedores como de deudores en situaciones en las cuales pueden resultar perjudicados, por ejemplo concediendo a los primeros la acción pauliana o a los segundos favoreciéndoles con algunas normas interpretativas, como el favor *debitoris*.¹⁶⁶

¹⁶³ Fontaine, op. cit., págs. 618/9.

¹⁶⁴ Fontaine, op. cit., págs. 621/2, hace la reflexión de que por de pronto, no lo es cuando contrata con otro de su misma especialidad, y puede discutirse su situación cuando contrata con un profesional de otra especialidad adquiriendo bienes de consumo. Pero puede suceder que, como profesional, tenga una posición de debilidad frente a otro en el ejercicio mismo de su trabajo, cuando éste depende de un contrato de distribución o agencia de larga duración. De allí que se ha comenzado a distinguir en algunas normas la dimensión de la empresa para la aplicación de algunos regímenes, como la protección al comercio minorista. En general éstas son normas que se fundamentan en el derecho de la concurrencia aunque pueden tener influencia en el campo civil.

¹⁶⁵ Virassamy, Georges, "Les relations entre professionnels en droit français" en "La protection de la partie faible..." cit., págs. 469 y ss.

¹⁶⁶ Fontaine, op. cit., pág. 622.

Es decir, que la igualdad se logra en el derecho privado, con reglas de carácter general que introducen instrumentos aptos para que los contratantes resguarden su situación contractual cualquiera sea el rol en la relación, pero no con una determinación caso a caso de quién es la parte fuerte y cuál la débil.

2.3.2. Los instrumentos de protección

El principio de la libertad de las convenciones, el consensualismo y la fuerza obligatoria está en la base del derecho contractual.

El sistema puede verse modificado si se consagra una prevalencia de normas imperativas sobre las supletorias y se concede cada vez mayor poder de apreciación y revisión e integración a los jueces en la vida de los contratos, para lograr la protección de una parte que invoca situación de debilidad.

Por ello, no se agota con las reglas contractuales la pretensión protección de la parte débil, sino que tal protección se concreta también con la aplicación de otras técnicas como la reglamentación del acceso a ciertas actividades, el control material de las cláusulas generales de los contratos, la organización de los procedimientos contenciosos originales, la sustitución de los contratos por los reglamentos, la autodisciplina de las profesiones en ciertos sectores, las reglas de la concurrencia y la represión penal.

Para llevar a cabo esta protección intervienen sujetos diversos en función complementaria o concurrente: administradores, legisladores, jurisdicciones específicas, servicios de control, asociaciones representativas, instituciones internacionales.¹⁶⁷ Todo este conjunto de procedimientos, técnicas y agentes que toman injerencia en una relación típicamente privada, destinada a ser un instrumento de la vida económica que satisfaga necesidades de los interesados, plantea innúmeros problemas por su complejidad y superposición, generando diversas consecuencias

2.3.3. La eficacia de los medios de protección

Un primer género de dificultades está vinculado a la eficacia de las soluciones ideadas en relación con el resultado perseguido.

¹⁶⁷ Fontaine, op. cit., pág. 650

Una de las causas de frustración es la mediocridad del trabajo legislativo contemporáneo en lo que nuestro país no parece ser una excepción. Ello genera que las medidas llamadas de protección, además de aparecer en textos mal redactados, son introducidas de manera empírica y con escasa coherencia. Tal situación tiene un sentido negativo aun en el campo que pretende proteger. Por ejemplo, una cláusula imperativa poco clara puede constituirse para el futuro en un obstáculo a ciertas cláusulas favorables de la parte débil.

La investigación ha demostrado que el punto de la eficacia de la protección depende de la reflexiva conjunción entre las causas de la debilidad con la razón de protección y la utilización de las técnicas apropiadas. En este análisis importan las variaciones de los tiempos de aplicación para establecer las modificaciones con acierto.¹⁶⁸

Por ejemplo, las condiciones generales se conciben normalmente en relación con los problemas de una época. La variación de éstos debería traer necesariamente la modificación de aquéllas. Ello trae problemas de adaptación y una imprecisión muy grande sobre el sentido de la limitación a la hora del juzgamiento.

Por otra parte la utilización común de ciertas cláusulas en los contratos no se modifica a pesar de la prohibición, por lo que sobreviven durante años sin ser impugnadas porque los beneficiados ignoran la existencia del beneficio en su favor.

También se anota que son pocos los casos, si se mide el número con relación al de la cantidad de las contrataciones celebradas, en que se recurre a los Tribunales por las causales de debilidad, lo mismo que la recurrencia a los sistemas de acciones colectivas o causas penales.

La eficacia de los modos de protección depende igualmente del radio de acción y la fuerza que tengan los agentes competentes, cada uno en su radio de acción.¹⁶⁹

Los proyectistas han confirmado en diversas manifestaciones, desde el Acta de Arequipa a los escritos de Atilio Alterini, que el principio del sistema es la protección de la parte débil. El contenido del Proyecto se ajusta a mi entender a esa filosofía, lo que inequívocamente surge de la comparación de una serie de normas. No obstante ello, numerosas manifestaciones doctrinarias han endilgado al Proyecto la intención opuesta y piensan que cristaliza los principios de la "economía de mercado".

¹⁶⁸ Fontaine, op. cit., pág. 650.

¹⁶⁹ Fontaine, op. cit., págs. 650/1.

Creo que tales interpretaciones diametralmente opuestas surgen de la deficiente técnica empleada al proyectar. Se afirma por una parte el principio de la autonomía de la voluntad en una norma expresa del Código; las normas particulares proyectadas interpretadas en su conjunto reflejan la filosofía de la "protección a los débiles" como filosofía sistemática y ello coincide con las declaraciones de los Proyectistas.

La conclusión parece ser que, si se enuncia un principio, debe respetarse el sistema, para evitar contradicciones evidentes dando lugar a todo tipo de especulaciones que resultan perjudiciales en una ley.

2.4. Efectos que provocan las limitaciones

Como antes señalé, la oportunidad y medida de la protección dependen de una concepción política. En un plan ideológico, establecer limitaciones es proceder en contra de la filosofía liberal pura. Ciertamente las ideas evolucionan. Media consenso respecto de la necesidad de medidas preventivas y represivas en contra de los abusos que permiten la desproporción de fuerzas. Las virtudes de los contratos bien equilibrados son reconocidos por los poderosos. Pero la discusión renace cuando la medida de la protección se amplía. La crítica viene a denunciar la superprotección y la infantilización del consumidor, así como los efectos perversos que se generan. De otro lado se denuncia el paternalismo y la hipocresía de ciertas medidas protectoras. Las fronteras del derecho de la consumición son el objeto de constantes disputas y ejercicio de lobbies.¹⁷⁰

El acento se pone en los efectos perversos de ciertas medidas de protección, como la explosión incontrolada del derecho de la responsabilidad en los Estados Unidos, que ha provocado retracción en la oferta de ciertos servicios que han recibido protección muy generosa. En Bélgica por la prohibición de las cláusulas *claims made*, aseguradores y reaseguradores renunciaron a cubrir ciertos riesgos. Un régimen muy favorable a los locatarios produce la degradación del patrimonio y una protección demasiado favorable al trabajador reduce al empleo.

La superprotección produce una modificación de roles que genera una clase de nuevos fuertes que, a su vez, abusan de su posición.¹⁷¹

¹⁷⁰ Fontaine, op. cit., pág. 651.

¹⁷¹ Fontaine, op. cit., pág. 652.

Indudablemente la protección de los débiles forma parte del derecho contractual contemporáneo, pero se carece de normas orgánicas que aseguren la eficacia del sistema.¹⁷² Tal organicidad no se logra con la extensión de las normas concebidas para ciertas clases de contratantes o para contratos realizados bajo ciertas formas a todas las contrataciones, que es el ámbito general del Proyecto.

2.5. Los valores en juego

En todo análisis jurídico está necesariamente presente la cuestión axiológica, sin la cual perdería su base ética, lo que obliga a investigar, frente a cada regulación los valores que se pretenden preservar, o si se quiere utilizar un lenguaje más racionalista, interrogarse sobre las razones de la protección.¹⁷³

Cuando se analizan las diversas posiciones se advierte que no introducen en general variantes a las explicaciones que se han dado para justificar la intervención del Estado en el campo contractual y las limitaciones a la autonomía de la voluntad,¹⁷⁴ por lo que parece útil que en este punto el análisis debe centrarse en la utilidad de los instrumentos con relación a la preservación de los valores, en el caso, los contenidos en el Proyecto.

2.5.1. La Justicia

2.5.1.1. La justicia conmutativa

Cualquiera sea la postura que se adopte, siempre se parte de la necesidad de preservar la justicia conmutativa en toda contratación. Se trata de la justicia sinalagmática que tiende a la paridad de las respectivas prestaciones.¹⁷⁵ Por ello, las medidas de protección aparecen cuando el equilibrio contractual peligra por la inexperiencia o la necesidad.¹⁷⁶

El derecho civil provee los remedios referidos a los vicios de la voluntad. Pero ellos resultan insuficientes para proteger a cierta clase de sujetos como

¹⁷² Fontaine, op. cit., pág. 652.

¹⁷³ Fontaine, en op. cit., se plantea el interrogante de "qué proteger" y "por qué proteger", refiriéndose a la cuestión de la denominada parte débil en la contratación.

¹⁷⁴ Ver nuestro trabajo, "Reflexiones...", cit.

¹⁷⁵ Guastavino, "Sistema...", cit., pág. 1046, destaca que precisamente por su función correctora de las disparidades de las prestaciones se la llama también justicia correctiva.

¹⁷⁶ Fontaine, op. cit., pág. 623.

los consumidores y con relación a estos últimos, los mecanismos contractuales individuales pueden resultar ineficaces. En esa circunstancia, el derecho asume la función de proteger a los débiles, pertenecientes a esa clase, contra los fuertes en una función preventiva y colectiva que excede las normas civiles.¹⁷⁷

Lo que hay que preguntarse es si resulta útil a la contratación la extensión de esta función preventiva a toda la sociedad, postura que conlleva como consecuencia que el juez deba juzgar con carácter previo si hay fácticamente un débil o un fuerte en la contratación para aplicar una u otra norma de derecho, generando la incertidumbre en la contratación y con ello una serie de consecuencias económicas que a la postre revierten en la economía general.

El ordenamiento para evitar la incertidumbre en las relaciones en general cuenta con instituciones que se constituyen en un “fraccionamiento” en aras de la seguridad, como por ejemplo con la cosa juzgada, la firma en blanco; la causalidad adecuada como límite al resarcimiento; el *pacta sunt servanda* con base en la autonomía de la voluntad. Ello no obsta a que el ordenamiento tenga remedios para “desfraccionar” lo fraccionado en situaciones en las que se desvirtúa el sentido, por ejemplo en el supuesto de fraude en la cosa juzgada; la sustracción violenta del documento en blanco; la sobreviniencia de hechos extraordinarios e imprevisibles en los contratos.

El “fraccionamiento” de la justicia se establece en función de seguridad con carácter universal y el “desfraccionamiento” juega como excepción que se concede frente a concretas situaciones que desnaturalizan el principio resguardado.¹⁷⁸

2.5.1.2. La justicia distributiva

No es un valor propio del contrato la realización de la justicia distributiva que tiende a que cada uno reciba bienes y cargas según sus respectivos merecimientos, cuestión extraña a la justicia en los cambios¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Callais-Auloy, Jean, “Droit de la Cosommation”, 3ª Ed., Préci Dalloz, Paris, 1992, pág. 17. Por este camino se invoca el argumento de que con la intervención del Estado en la contratación se asegura el consentimiento pleno, sea del contratante individualmente considerado sea de cierta clase, asegurando igualdad no real, sino de oportunidades, para que las partes puedan expresar su consentimiento, suprimiendo las distancias económico-sociales, en lo que constituye un esfuerzo de explicación del fenómeno nuevo en odres viejos, forzando los límites de éstos, conforme la interpretación dada por Lorenzetti.

¹⁷⁸ Guastavino, “Sistema...”, cit., pág. 1046.

¹⁷⁹ Guastavino, “Sistema...”, cit., pág. 1046.

En muchas ocasiones se ha pretendido utilizar al contrato como medio para hacer efectiva una distribución en el sentido económico, con el resultado de que se lo desnaturaliza y no se logra, en realidad, la justicia perseguida.

El criterio redistributivo parte de "normas que modifican la voluntad en estado puro, ya sea porque protegen al emisor o porque siendo receptoras, se ocupan de la situación del destinatario", tomando en consideración que en el "consentimiento contractual, ambas voluntades se implican mutuamente, se integran cada una lo que le falta a la otra.

En este aspecto se indica que "el legislador no quiere hacer el consentimiento sustituyendo a las partes y por ello su intervención es procesal: garantía de un proceso al conocimiento pleno...". Esta garantía se plasma mediante normas que conforman el denominado el orden público de protección cuya regulación "se refiere al entorno, a las condiciones económico-sociales que instituyen una desigualdad no de un sujeto sino **de una clase de ellos. No es subjetiva sino grupal**".¹⁸⁰

Para **asegurar los derechos de una clase de contratantes**, el orden público de protección busca el restablecimiento del equilibrio contractual para corregir una deficiencia estructural del mercado, con el objeto de asegurar la igualdad de oportunidades, no la real, para que las partes puedan expresar su consentimiento suprimiendo las distancias económico sociales, para que las partes se pronuncien en pie de igualdad.¹⁸¹

El Proyecto traslada el criterio distributivo del "grupo" a "sujetos determinados en cada caso", o sea de grupal se convierte en subjetivamente individual y aplicable a todo contratante, pasando así a lo que algunos califican como el orden público de dirección integrado por aquellas instituciones o leyes especiales que conforman un orden público económico obligatorio que recorta las posibilidades de actuación de los contratantes como el derecho de la competencia, cambiario, impositivo, etc. En ese caso, lo relevante de la justicia distributiva son "los objetivos económicos que tiene el Estado y que se imponen a la población y se mira al contrato en función de externalidades económicas".¹⁸²

Este criterio del orden público de dirección fue aplicado por la C.S.J.N. en conflictos propios del derecho privado, como los relativos a la tasa de interés o a los pagos en moneda extranjera.¹⁸³

¹⁸⁰ Lorenzetti, en "Las normas...", cit., pág. 473.

¹⁸¹ Lorenzetti, "Las normas...", cit., págs. 473/4.

¹⁸² Lorenzetti, "Las normas...", cit., pág. 479.

¹⁸³ Este tema y la jurisprudencia están citados en nuestro trabajo "Reflexiones ...", N° 6, pág. 129 y ss.

La extensión de normas típicas de protección a la generalidad de las contrataciones sujeta a todo el universo de las contrataciones al llamado orden público de dirección.

2.5.2. La seguridad

Mucho se ha discutido si la seguridad constituye en el derecho un valor independiente o si es un elemento del único al que debe aspirar el derecho que es la Justicia.

Dentro del campo de la jusfilosofía se ha negado la existencia de la seguridad como valor autónomo con argumentos diversos, pero tal negación dogmática desconoce “la misión del derecho que consiste en organizar racionalmente la vida social” y “aceptar una condición social cercana a la esclavitud. En efecto, el estado de libertad consiste en buena medida en la seguridad, o, al menos en la idea que se tiene de la seguridad... Un estado general de inseguridad jurídica, absoluto e irremisible, privaría de libertad mediante la intimidación producida de ese modo...”¹⁸⁴

En la seguridad jurídica hay dos aspectos implicados que son el orden y la certeza, aspecto este último de carácter subjetivo, “que tiene en vista el futuro de previsibilidad en la vigencia y protección social de los derechos, implicando la aspiración a un principio de normas ciertas”. Por ello, se añade, “la existencia de normas ciertas desarrolla la vida en sociedad al permitir únicamente las acciones concertadas que constituyen su trama, y al mismo tiempo favorecen al individuo en cuanto facilita sus iniciativas y el ejercicio de su libertad”¹⁸⁵.

La seguridad en el derecho civil cumple una función estática al proteger, al menos provisionalmente, a quienes gozan de una situación determinada y corren el riesgo de ser perturbados injustamente por otros. En esta función se previene al fraude; se establece la prescripción liberatoria y se otorgan ciertos remedios posesorios o medidas cautelares.

En función de seguridad dinámica se otorga protección preferente a la parte que ha puesto en movimiento el tráfico jurídico de mayor gravitación, considerando que ello es condición de progreso, y que la seguridad estática, a la vez, permite entregarse más efectivamente a la acción en un sentido determinado.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Ver Guastavino, “Sistema...”, págs. 1046/7.

¹⁸⁵ Guastavino, “Sistema...”, cit., pág. 1048.

¹⁸⁶ Guastavino, “Sistema...”, cit., pág. 1048. Citando a Demogue hace notar que existen instituciones jurídicas que sirven a ambas especies de seguridad, como el seguro, la publicidad, etc.

La codificación es el instrumento que, entre todas las fuentes del derecho, ofrece la posibilidad de mayor satisfacción del ideal de seguridad, lo que no excluye el aporte del derecho consuetudinario y la actuación de los jueces, teniendo en cuenta en este último aspecto que “la seguridad jurídica sería prácticamente imposible sin órganos jurisdiccionales que tutelen los derechos subjetivos”. Incluso, el apartamiento ocasional de ciertos principios positivos en las decisiones no importa lesión a la seguridad jurídica, en cuanto ello resulte el control supremo de constitucionalidad”.

Atilio Alterini ha reconocido la necesidad de seguridad jurídica para el progreso económico de la República Argentina. Sobre la cuestión expuso que “el hombre siempre buscó seguridad jurídica. Grandes hitos del derecho derivan de reclamos de seguridad... Stammler decía que ‘el orden jurídico es un medio para el fomento de la producción, y esto es lo que constituye su fin último’”.

Señala también que “al hablar de seguridad jurídica se involucran por lo menos tres fases básicas: la de la seguridad por medio del derecho, la de la seguridad como certidumbre del derecho y la de la seguridad como estabilidad del derecho”.

“La seguridad por medio del derecho significa que el ordenamiento garantiza que los terceros no avasallarán los derechos ajenos, y que el Estado sancionará a quien lo haga.”

La seguridad como certidumbre del derecho, “supone la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona y su consiguiente convicción de que esos derechos serán respetados”.¹⁸⁷

2.5.3. Las relaciones entre seguridad y justicia

Diversos son los enfoques de las relaciones y los aspectos a analizar, para juzgar la relación entre la justicia y la seguridad, pero debe preservarse la unidad del sistema con la coordinación de los valores.

Tomando en cuenta, por ejemplo las facultades moderadoras otorgadas a los jueces para resolver conforme equidad, puede afirmarse que no importan en sí mismas un ataque a la seguridad, en la medida que tiendan a asegurar los derechos individuales. Pero, cuando resulte factible “estatuir en la ley normas jurídicas determinadas, válidas para situaciones fácticas

¹⁸⁷ Alterini, Atilio, en “La seguridad jurídica”, cit. en “Revista del Notariado”, N° 841, págs. 249/50.

típicas, más recomendable será el método legislativo que efectivice esa posibilidad, que remitir la solución del caso a la discrecionalidad judicial. Esta última manera de legislar sólo es aconsejable para las situaciones fácticas atípicas no susceptibles de ser enfocadas por el *ius strictum*".¹⁸⁸

Resulta válida en relación con el Proyecto en examen la observación que realizó Guastavino respecto del contenido de la ley 17.711 cuando afirmó que "sin negar importancia a las reformas inspiradas en la seguridad jurídica pareciera que cualitativamente son de más gravitación las modificaciones polarizadas en el ideal de justicia", señalando que algunas de éstas "ya habían recibido previamente aplicación por la jurisprudencia a través de la interpretación y vigencia de los principios generales del derecho".

Concluye el razonamiento diciendo que así como **"sería erróneo suponer que todas las normas condensadas en la aspiración de justicia integral significan ataques a la seguridad jurídica, o viceversa, ...cabe sí afirmar que algunas de las reformas polarizadas por el ideal de justicia integral, mal utilizadas por las partes o aplicadas incorrectamente por los jueces, pueden convertirse en fuentes de inseguridad jurídica"**.¹⁸⁹

2.6. Los efectos de la protección en el ámbito económico negocial

Es materia central de la ciencia económica indagar cómo utilizar los recursos limitados que tiene una sociedad para satisfacer el mayor número de necesidades. El objetivo es alcanzar la eficiencia y evitar el despilfarro, por lo que una materia fundamental de la economía normativa y de la teoría de política económica consiste en proponer reglamentaciones e instituciones cuya existencia promueva la eficiencia en la utilización de los recursos.

"El análisis económico del derecho aplica ese punto de vista a las normas del ordenamiento jurídico considerando como tarea legítima y necesaria de la ciencia jurídica analizar en qué medida las reglamentaciones jurídicas evitan el despilfarro de recursos y aumentan la eficiencia".¹⁹⁰

Así, una rama importante de la teoría microeconómica tradicional describe las condiciones bajo las cuáles una sociedad consigue la situación de eficiencia en la asignación de recursos teniendo al mismo tiempo un nulo despilfarro, situación a la que se califica de competencia perfecta. Este

¹⁸⁸ Guastavino, "Sistema...", cit., págs. 1049 a 1051.

¹⁸⁹ Guastavino, "Sistema...", cit. 1054.

¹⁹⁰ Schäfer y Ott, op. cit., pág. 21.

modelo que desempeña solamente un papel de referencia que permite comparar el rendimiento de instituciones económicas reales, mercados, burocracias, o sistemas mixtos con sus imperfecciones.

Tal sistema ideal debe compatibilizarse con la realidad que muestra que la utilización de los bienes está mediatizada por posiciones jurídicas diversas, por derechos de actuación y por normas sancionatorias, y por tanto, su utilidad y su precio dependen también de normas jurídicas. Ello obliga a analizar cómo repercutirán las modificaciones producidas en el sistema jurídico en las asignaciones de los recursos en condiciones dinámicas como la transición de la responsabilidad por culpa a la objetiva o de la autonomía plena de la voluntad contractual, a la estructurada bajo condiciones generales.

El juzgamiento de la eficiencia se realiza a partir de una premisa ideal que, a la vez, da la medida de comparación. Cuando en una contratación los costos de los hipotéticos contratantes se neutralizan, el costo es nulo. Se habla de un coste de transacción cero. En este caso, la norma que se le aplique a la relación es económicamente indiferente, logrando la óptima utilización de los recursos bajo la faz de la eficiencia.

Pero, si los costes de transacción no tienen ese equilibrio, la norma jurídica que lo regula tiene una importancia considerable y obliga al análisis de la asignación eficiente de los recursos sin despilfarros. Desde esta óptica se analizan, por ejemplo, las diversas relaciones entre ellas y la del consumidor, dentro de la óptica que configura, en su conjunto, el análisis económico del derecho.¹⁹¹

La eficiencia no es una virtud secundaria, resulta imprescindible en cualquier actividad estatal. "Una sociedad es eficiente cuando, al distribuir la riqueza, crea una situación en la que nadie puede resultar favorecido si alguien resulta empeorado; si las prestaciones que demandan los miembros de la sociedad y que pueden ser satisfechas con recursos escasos, son realmente producidas; cuando los recursos se emplean en instituciones y un sistema jurídico eficiente no tiene que ser justa. Puede resultar necesario aceptar determinadas pérdidas de eficiencia para la consecución de objetivos normativos más valiosos. Sin embargo, una sociedad ineficiente, generalmente resulta injusta".¹⁹²

¹⁹¹ Schäfer y Ott, op. cit., págs. 24 y 25.

¹⁹² Schäfer y Ott, op. cit., pág. 25. Ejemplifican así la afirmación: "A una persona que padece hambre en Africa le dará igual si le explican que su pobreza no se basa principalmente en una distribución desigual de riqueza, sino en una organización institucionalmente ineficiente, que dificulta la producción urgente de los alimentos imprescindibles. Y a un obrero especializado polaco, que se alimenta con patatas y pan y que tiene que hacer cola para conseguir carne, también le consuela muy poco saber que ocupa ya el primer lugar en el escalafón de ingresos".

Resulta así que la ineficiencia puede ser compatible con la injusticia distributiva, por lo que a la justicia distributiva se la coloca como un objetivo adicional a la consecución de la eficiencia en la asignación de recursos. Si bien muchos defensores del análisis económico coinciden en afirmar que la redistribución es necesaria cuando los mecanismos del mercado no llevan a una distribución correcta, rechazan la posibilidad de que haya que compensar a los perjudicados o que haya que aceptar pérdidas de eficiencia por motivos de la política distributiva.

No les parece adecuado, a quienes así opinan, **adoptar soluciones a partir de parches en las instituciones existentes sino que las soluciones deben arbitrarse a partir de la creación de instituciones sociales diferentes con disposiciones jurídicas autónomas.** No resulta adecuado que las normas jurídicas que se elaboran para manejar los recursos deban asumir tareas distributivas.¹⁹³

Dentro de este análisis, las normas de protección al consumidor, por ejemplo, son consideradas por algunos como un juego de suma cero: por una parte está el consumidor y por otra los oferentes, y lo que se da a uno se quita a otros. Esta visión resulta falsa **porque cualquier mejora en la posición jurídica del consumidor genera costos que se reflejan en el precio de las mercancías, que en definitiva se trasladan en último lugar al consumidor.**

En estas condiciones parece lógico preguntarse si el consumidor prefiere un precio más bajo o una posición jurídica mejor. Sólo cuando estemos ante un mercado con esta preferencia, resultará justificado disminuir la eficiencia en aras de proteger al consumidor.

En este análisis, los autores se plantean otras situaciones como la protección del medio ambiente; la supresión de discriminaciones, la democratización; las restricciones al poder económico; la protección de los incapaces, y los derechos inviolables. En algunas de ellas, como es el caso de los derechos de la personalidad o la protección de los incapaces dejan claro que el Estado no puede abdicar de las soluciones protectivas, aunque sean incompatibles con la eficiencia.¹⁹⁴

¹⁹³ Schäfer y Ott, op. cit., pág. 26. Señalan que "la redistribución está siempre vinculada a determinadas pérdidas de eficiencia. Okun utiliza el símil del cubo de agua con un agujero. La redistribución desde el rico hasta el pobre es como llevar agua desde un recipiente lleno a uno vacío con un cubo que pierde agua por el camino porque tiene un agujero. Al destinatario pobre le llega menos agua de la que sustrajo al rico".

¹⁹⁴ Schäfer y Ott, pág. 26. Mirando a un sujeto protegido se observa que el interés del consumidor o usuario está invariablemente enfrentado con el del productor. En un sistema de libre

Resulta incompatible con la eficiencia, en cambio, la finalidad puramente tuitiva que lleve a la proliferación de normas protectivas que pueden acarrear una serie de inconvenientes, entre los cuales debe contarse el riesgo de que no se apliquen, o de que su actuación paralice la actividad económica y el peligro que el sujeto protegido tenga la impresión de que la ley lo protege de todas las circunstancias creando una mentalidad de asistidos, verdaderamente incapaces. Por ello, y volviendo al único ejemplo de protección contractual sistemáticamente estructurado, se ha dicho que es más importante modificar los comportamientos de los consumidores mediante la información y la educación, que multiplicar las reglas jurídicas¹⁹⁵, criterio que resulta válido a la hora de establecer otras protecciones, con pretensión de generalización como lo hace el Proyecto.

2.7. Conclusión

La conformación del “sistema de protección de los débiles” en la contratación elegida por los Proyectistas se deduce a partir del análisis conjunto de normas diversas, como anticipé.

Se ha tomado una opción de la justicia como ideal en cada caso, que se configuraría por la hipótesis de que los que contratan se encuentren siempre en una idéntica situación de fuerzas o poder. Ello constituye una utopía de la misma magnitud que la del liberalismo puro. Las consecuencias inconvenientes que estos principios producen han sido estudiadas en el campo económico. En nuestro país basta recordar la protección de las locaciones que terminó con el mercado de construcción de viviendas, el que recién revivió con la vuelta a la libertad contractual. Los Proyectistas tienen este ejemplo histórico para meditar.

mercado, “cualquier transacción entre comprador y vendedor implica un compromiso entre fines opuestos (el precio máximo y el mínimo), pero la relación productor-usuario, también se basa en un objetivo común: la satisfacción de las necesidades del consumidor. La política de los consumidores, al definir y establecer estas necesidades, contribuye a que los productores dirijan sus actividades de forma más precisa hacia las realidades del mercado. La política de los consumidores, al aumentar el conocimiento del mercado por parte de éstos, contribuye a garantizar que los productos que satisfacen necesidades reales encontrarán compradores. De ello resulta un mercado más eficaz, con más ganancias para los productores y mayores oportunidades para la satisfacción de los consumidores”. (Lawlor, Eamon, “El derecho de elegir y el impulso económico: el objetivo de la política europea de los consumidores”. Ed. de la Comisión de las Comunidades Europeas”, Luxemburgo, 1988, pág. 6).

¹⁹⁵ Calais Aulouy, op. cit., pág. 17.

Trataré sintéticamente de referirme a las previsiones del Proyecto que creo que resultan más representativas de la consecuencia de la filosofía adoptada, en los párrafos que siguen.

3. Lesión

“Art. 327: Lesión. Puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada y sin justificación explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza. La explotación se presume cuando el demandante prueba alguno de estos extremos o que fue sorprendido por la otra parte y, en todos los casos, la notable desproporción de las prestaciones.

“Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. La acción sólo puede ser intentada por el lesionado o sus herederos.

“El actor tiene opción para demandar la invalidez o un reajuste equitativo del convenio, por la primera de estas acciones se transforma en acción de reajuste, si éste es el ofrecido por el demandado al contestar la demanda. En este caso debe ser oído el actor.

“La adecuación debe procurar el reajuste equitativo de las prestaciones, tomando en cuenta la índole del acto, los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo, y la factibilidad de su ejecución. En caso de reajuste se aplica el cuarto párrafo del artículo 1061”.

El cuarto párrafo del art. 1061, referido a la imprevisión dice: “Cuando el tribunal dispone la rescisión parcial o la adecuación debe facultar a la parte que no las requirió u ofreció para optar por rescindir totalmente el contrato. La declaración rescisoria debe ser formulada en el expediente en el que tramita el proceso dentro del plazo de 15 días”.

La lesión sigue a la regulación de la violencia, que en el art. 325, bajo el título “Temor reverencial. Ejercicio de un derecho”, determina que “no configuran violencia ni el temor reverencial ni el ejercicio regular de un derecho”.

3.1. Los estados subjetivos

Los estados subjetivos de necesidad, ligereza o inexperiencia de la víctima de la lesión comprendidos en la legislación vigente han sido ampliados en el Proyecto que agrega “la condición económica-social o cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de la relación de confianza” y fuera de esta enumeración, con muy mala técnica, se añade al tratar la carga probatoria, que también es susceptible de constituir una situación de inferioridad el “ser sorprendido”.

A esta suma de nuevas causales se unen los criterios manifestados después del proyecto que propician una interpretación extensiva, en el sentido que la ampliación de las causales de inferioridad denota la existencia de un criterio enunciativo y no taxativo siguiendo la línea de Alterini en “Contratos”, pág. 384.¹⁹⁶

También aparecen voces, como la de Cifuentes, que realiza un análisis crítico tanto del contenido del art. 327 proyectado, como de su factura técnica, y considera innecesaria esta extensión de supuestos, dado que la mayoría de la doctrina está de acuerdo en que la enumeración del vigente 954 es enunciativa y el juez tiene un amplio margen para interpretar, por lo que hubiera bastado, en su opinión, inscribir este carácter en la norma nueva. La extensión de supuestos puede ser excesiva o rígida frente a la vida en evolución.¹⁹⁷

En mi opinión, esta institución nacida de la reforma de 1968, y recibida con cierto recelo, resultó adecuada en su formulación si se atiende al desarrollo jurisprudencial que de ella se ha realizado, por lo cual no parece necesario una reforma a su respecto, sea por la agregación de nuevos supuestos, sea por la modificación de las cargas probatorias.

3.1.1. La lesión en las fuentes citadas por los Projectistas

El texto proyectado suma todas las causas de lesión tomadas de distintas fuentes, y además agrega para todos los estados subjetivos la

¹⁹⁶ Borda, Alejandro, “Los vicios del consentimiento y en especial en vicio de lesión” en L. L. 21/10/99.

¹⁹⁷ Cifuentes, Santos, “La lesión subjetiva en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en J. A., Supl. del 1/9/99.

presunción del aprovechamiento que sólo algunas de las fuentes receptan y para algunos supuestos.

Además agrega la **sorpresa**, que es considerada tanto por la doctrina como por la legislación sobre condiciones generales, una posibilidad de vicio dentro de las contrataciones celebradas bajo esa modalidad, tal y como surge expresamente de los principios de Unidroit, que la reserva a una situación propia de las cláusulas standard.

El repaso de las fuentes abona la conclusión de que, la legislación proyectada se aparta de las fuentes que cita, tanto en su espíritu cuanto en su sistema como surge del análisis que sigue:

*) Los Principios de Unidroit: contienen dos previsiones implicadas en la cuestión en examen:

Art. 2.20: Estipulaciones sorpresivas. (1) Carecerá de eficacia toda **estipulación incorporada en cláusulas estándar** cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible para la otra parte, salvo que dicha parte la acepte expresamente. (2) Para determinar la existencia de dicha estipulación, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

Art.3.10: Excesiva desproporción. Cualquiera de las partes podrá dar por anulado un contrato, o cualquiera de sus disposiciones si en el momento de su celebración, éste o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto se deben tener en cuenta entre otros los siguientes factores:

(1) a) que la otra parte se haya **aprovechado injustificadamente** de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la impugnante, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y b) la naturaleza y finalidad del negocio.

(2) A petición de la parte legitimada para dar por anulado el contrato, el Tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El Tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión a petición de la parte que recibió una comunicación de darlo por anulado, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente y, en todo caso, antes de que esta obre de conformidad con su voluntad de dar por anulado el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las previsiones del art. 3.13 (2).

*) En los "Principios del Derecho Europeo de Contratos", en el art. 4: 109, bajo el título "Provecho excesivo o ventaja desleal" establece que (1) una parte puede pedir la nulidad del contrato si en el momento de su conclusión:

(a) ella estuvo en un **estado de dependencia o ligada a la otra parte por una relación de confianza, en estado de infortunio económico o de necesidad urgente, o sea imprevisor, ignorante o inhábil para la negociación;**

(b) cuando la **otra parte conociendo** esa circunstancia, se aprovechó de la situación de la primera poniéndola en situación de desventaja u obteniendo un provecho excesivo.

(2) A requerimiento de la parte lesionada, el Tribunal puede, si lo juzga apropiado, adaptar el contrato haciéndolo como ellas lo hubieran podido convenir de acuerdo a la buena fe.

(3) El Tribunal puede igualmente a requerimiento de la parte que recibió una notificación de anulación por provecho excesivo o ventaja desleal, adaptar el contrato con noticia a la otra parte.

En cuanto a la “sorpresa” puede encontrarse referencia en el 2.104 cuando se alude que en las cláusulas que no fueron objeto de una negociación individual, no pueden ser invocadas si no se tomaron las medidas necesarias para llamar la atención de la otra parte cuando se concluyó el contrato, y que la simple referencia a una cláusula de otro instrumento no es suficiente para considerar que se ha llamado la atención del cocontratante, salvo que haya suscrito el instrumento.

*) En el Contract Code aparecen tres figuras. Por un lado el abuso de confianza, cuando una persona se aprovecha de una relación de confianza que tiene con la parte contratante y obtiene alguna ventaja de la misma. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe cuando entre los contratantes media un vínculo de padre e hijo, tutor y pupilo, abogado y cliente, médico y paciente, director espiritual y dirigido. La presunción desaparece si la parte en la que se confía demuestra que el otro contratante ha recibido consejos adecuados para la conclusión del contrato de un tercero ajeno a la relación de confianza (art. 563).

Desde otro ángulo se prevé la coacción económica, cuando un contratante sabe que el otro está influido por las circunstancias para entablar una relación contractual y se aprovecha de ellas para lograr condiciones manifiestamente injustas (art. 564).

En ambos casos se destaca en los comentarios que el control de la voluntad opera en silencio, no hay amenazas ni coacciones físicas, o conocimiento de las circunstancias existentes producidas independientemente de la voluntad de los contratantes.

Hay una especificidad, cual es que el efecto que se produce es el de la restitución del “provecho”, entendiéndose por tal la restitución recíproca

de lo recibido, y no la posibilidad de revisar el contrato. Las facultades judiciales se limitan a determinar que la restitución se hará en dinero si la que se debe realizar en especie causa un perjuicio desproporcionado a cualquiera de las partes (arts. 565 a 567).

También está previsto el efecto de la relación de confianza, pero como un efecto especial del incumplimiento del deber de información, originando una ineficacia (art. 572).

*) En el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, dentro del art. 30, que se refiere al contenido lícito y no abusivo, inc. 3, se consigna que “es atacable ... todo contrato por el cual una de las partes, abusando de la situación de peligro, de necesidad, de dificultad para comprender y querer, de sujeción económica y moral de la otra parte, hace prometer o entregar a ella misma o a terceros una prestación u otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación a la contraprestación que le es entregada o prometida.” A la fecha de terminación del Proyecto de 1998, el Anteproyecto no había determinado el régimen de las ineficacias.

*) El Código Neerlandés lo denomina “abuso de circunstancias” y se configura “cuando alguien que sepa o deba comprender que otro por circunstancias especiales como estado de necesidad, dependencia, ligereza mental, estado de juicio anormal o inexperiencia, sea movido a realizar un acto jurídico, aunque sepa o deba comprender que debería impedirselo” (Libro 3, art. 44.4).” Asimismo “puede el juez cuando así lo solicite una de las partes, en lugar de pronunciar una anulación por razón de abuso de circunstancias, a fin de suprimir este perjuicio, modificar los efectos del acto jurídico” (art. 54-2).

*) El Código Civil de Quebec establece distintos supuestos de invalidez. Así indica que:

- la violencia inspirada por el ejercicio abusivo de un derecho o de una autoridad o por la amenaza de tal ejercicio vicia el consentimiento (art. 1403);

- **no está viciado** el consentimiento en un contrato que a pesar de haber sido concluido por temor de sufrir un perjuicio serio, el cocontratante, a pesar de haber tenido el conocimiento del estado de necesidad del contrario, actuó, sin embargo, de buena fe (art. 1405);

- “salvo los casos expresamente previstos por la ley, **la lesión vicia el consentimiento sólo respecto de los menores y de los mayores protegidos**” (art. 1405) ;

- que la lesión resulta de la explotación de una de las partes por la otra que entraña una desproporción importante entre las prestaciones; el hecho

mismo de la desproporción importante presume la explotación. Ella puede igualmente resultar cuando un menor o un mayor protegido hayan contraído una obligación excesiva en relación a su situación patrimonial, o a las ventajas que le reporta el contrato y al conjunto de las circunstancias (art. 1406).

• Las acciones que surgen son la de nulidad y daños y perjuicios, o la de mantener el contrato y demandar una reducción de la obligación equivalente a los daños e intereses cuyo reclamo pueda justificar (art. 1407). En caso de lesión el tribunal puede mantener el contrato, cuando el demandado ofrece una reducción o un suplemento pecuniario equitativo (1408).

3.1.2. Las conclusiones que surgen del análisis de las fuentes

*) Los Principios de Unidroit incorporan como estados subjetivos la dependencia, la afición económica, las necesidades apremiantes de la impugnante, su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación, **pero no se establece ninguna presunción del aprovechamiento**, y además debe mirarse entre otros aspectos la naturaleza y finalidad del negocio.

La **sorpresa** sólo se aplica el régimen de las cláusulas "standard".

*) Para Principios del Derecho Europeo de Contratos son estados subjetivos aptos para configurar la lesión el estado de dependencia, la relación de confianza, el estado de infortunio económico o de necesidad urgente, o ser imprevisor, ignorante o inhábil para la negociación a lo que suma el aprovechamiento de las circunstancias para obtener la ventaja. No existe presunción de aprovechamiento. La sorpresa sólo es invocable en los contratos cuando la cláusula no haya sido objeto de una negociación especial.

*) En el Contract Code el abuso de confianza se presume solamente cuando existen los vínculos mencionados en la norma y la coacción económica tiene que ser siempre probada. La relación de confianza tiene un tratamiento especial que genera la ineficacia del contrato en aspectos limitados.

*) En el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, se describen situaciones subjetivas de abuso de la situación de peligro, de dificultad para comprender y querer, de sujeción económica y moral de la otra parte, pero no se establece presunción alguna.

*) El Código Civil Neerlandés describe los estados subjetivos en forma similar a nuestro art. 954 del Código Civil, sin establecer presunciones.

*) El Código Civil de Quebec es totalmente limitativo. Descarta el vicio por la sola circunstancia de haber tenido temor de sufrir un perjuicio y

reserva la lesión como vicio sólo para quienes tienen el carácter de débiles jurídicos, no fácticos. Ni aun en estos casos se determina la presunción de aprovechamiento.

Esta regulación dada por el Código de Quebec está abonando la posición de que por razones de seguridad la "debilidad" debe ser una calificación que nace de la ley y que no puede establecerse en cada caso.

3.1.3. La sorpresa

Esta situación de sorpresa sólo es mencionada por las reglas de Unidroit especificando a que ella aparezca en cláusulas "estándar", y en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos con relación a los contratos que no han sido objeto de una negociación especial. La traducción en el lenguaje del Proyecto sería las que corresponden al contrato predispuesto; con cláusulas predispuestas o por adhesión a ellas, según las circunstancias. Es decir, contratos en los cuales existen "protecciones" de tipo objetivo.

El Proyecto la introduce como una situación subjetiva de carácter general que puede generar nulidad por lesión. Ante ello resulta necesario realizar algunas aclaraciones.

3.1.3.1. La sorpresa en el Código Civil

El art. 775 del Código Civil Argentino considera a la sorpresa como un vicio que puede generarse en la imputación de pago. La existencia de "sorpresa" abre la posibilidad de modificar la imputación de pago.¹⁹⁸

No obstante, Vélez Sarsfield no lo incluyó en la nómina de vicios de la voluntad en los actos jurídicos, por lo que su vigencia se limita al ámbito específico de la norma mencionada.

3.1.3.2. La inclusión en el Proyecto de 1998

El Proyecto mantiene en el art. 839 inc. b, el mismo supuesto del pago que existe en el Código vigente, pero además introduce de rondón a la sorpresa dentro de las situaciones subjetivas de la víctima de la lesión en el art. 327.

¹⁹⁸ Sobre el tema puede verse el reciente trabajo de Damián Burgio, "La sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito del Derecho Privado", en E. D., 11/1/99, quien realiza un estudio pormenorizado indicando a Pothier como la fuente de la norma.

Tal introducción ya ha sido criticada por la doctrina.

Cifuentes, la considera inconveniente por varios motivos. Primero, porque se trata de un nuevo supuesto, que amplía aún más el catálogo. Luego, por la ubicación dentro de la norma que parece asignarle un rol propio unido a su prueba y carga y al margen de esta falta de técnica, introduce una verdadera sorpresa para el analista y el juzgador por las circunstancias en que puede producirse tal sorpresa. Por eso, concluye, parece inconveniente que se hagan estas enunciaciones, "por veces en verdad muy ocurrentes, pero que hacen titubear y colocar el derecho en un tembladeral".¹⁹⁹

Desde otro ángulo, Tobías hace notar la discordancia entre el texto y los fundamentos. Estos últimos hacen de la sorpresa un estado subjetivo de la víctima, pero ello no resulta del texto sino que allí aparece como circunstancia que, sumada a la notable desproporción, hace presumir la explotación.²⁰⁰

En suma, de las expresiones vertidas, surge que se juzga inconveniente su incorporación y de escasa técnica en su implementación.

3.1.3.3. La actual concepción de la "sorpresa"

El campo específico de la sorpresa en la concepción moderna es aquél en que lo colocan los principios de Unidroit ya transcritos.

Se explica como un "requisito negativo de inclusión", dentro de los contratos celebrados bajo condiciones generales²⁰¹, que "no se refiere propiamente a requisitos concretos respecto de la forma en que se presentan o suscriben..., pero sí a su efectiva contractualidad, ya que persigue su conocimiento por el adherente... Con esta prescripción se quiere excluir del contrato aquellas cláusulas que, pese a cumplir con los requisitos formales positivos que garantizan su cognoscibilidad objetiva, sorprendan al adherente por no ser habituales en el tipo contractual elegido o debido a deter-

¹⁹⁹ Cifuentes, en "La lesión...", cit. El tembladeral no se produciría entre otras causas por la imposibilidad de establecer bases objetivas para determinar el concepto sino que hay que hacerlo a través de supuestos fácticos variados. Para Alejandro Borda, en "Los vicios...", cit., la actuación por sorpresa es la que "lleva a aprovechar una relación de confianza", por ejemplo, por fiarse de un amigo y cuando menos se lo imagina ha sido sorprendido y perjudicado".

²⁰⁰ Tobías, José W., "Algunas observaciones a la parte general del Proyecto de Código Civil de 1998" en L. L., 12/4/2000, XVIII. 4.

²⁰¹ Pagador López, Javier, "Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas", Prólogo de Juan Ignacio Font Galán, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 490.

minadas circunstancias del contrato, sin que hayan sido objeto de una información adecuada”²⁰².

Resulta, en consecuencia, como una sanción al incumplimiento de la obligación de informar que pesa sobre el oferente, no bastando para esta calificación que se aparte de lo habitual o del derecho dispositivo, sino que tiene que tener el carácter de insólita y no haber sido informada. El contenido, a la vez, no podía ser razonablemente esperado por el adherente.²⁰³

La cláusula sorprendente no fue incluida como causal de ineficacia ni en la Directiva 93/13 ni en la ley española de condiciones generales. Fue excluida del proyecto de esta última en el debate parlamentario español porque se juzgó que “suponía introducir una gran inseguridad jurídica, que adicionalmente no añade un incremento a las garantías del consumidor”.²⁰⁴

La doctrina la califica como la concreción de la regla de asequibilidad de las condiciones generales²⁰⁵, que repele la existencia de reglas que resultan tan insólitas e irrazonables que de haber podido contar con su existencia el contrato no hubiera sido celebrado por el adherente.²⁰⁶

Para esta calificación se parte de una **conducta típica del contratante en el contrato predispuerto**, cual es que la falta de lectura y conocimiento efectivo de las condiciones generales no puede serles reprochada en modo alguno, por lo que es razonable que actúen así “y en un intento de garantizar que pese a ello el cliente pueda confiar en el contenido honrado de los cláusulas predispuertas existentes en el tráfico”.²⁰⁷

Sobre la base de esta conducta típica de una clase de contratantes, se analiza el contenido de la cláusula que puede estimarse sorpresiva, haciéndose referencia a aquellas que regulan determinados aspectos de la conducta del cliente que por no ser comunes, pueden llevar a la inobservancia

²⁰² Ballesteros Garrido, José Antonio, “Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad”, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, págs. 266/7.

²⁰³ Pagador López, cit., pág. 493; Ballesteros Garrido, cit., pág. 267.

²⁰⁴ El debate es transcripto por Pagador López en op. cit., págs. 490 a 492. El texto del Proyecto sometido al Congreso en España en 1997 decía “no se considerarán incorporadas aquellas cláusulas que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas o sorprendentes que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia”. Los autores consideran que a pesar de no haber sido expresamente incorporada, la “sorpresa” resulta incluida en el sistema por el deber de información; la publicidad y otros principios.

²⁰⁵ Alfaro y Diez Picaso, citados por Pagador López en nota 110, pág. 498.

²⁰⁶ Esto nos lleva a las “expectativas legítimas”, que serán tratadas separadamente por estar incluidas dentro del contenido de todo contrato en el art. 967.

del contrato que le acarrearán graves consecuencias²⁰⁸ o cuyo conocimiento puede considerarse razonablemente relevante en la perspectiva del proceso de la toma de decisión de contratar por parte del cliente. Esto se traduce en el Proyecto de 1998 como el cumplimiento del deber de obrar de buena fe que está implícito en todo contrato.

En suma, queda claro que para la doctrina moderna resulta una situación propia de los contratos por adhesión o de contenido predispuesto y limitada su aplicación a este ámbito, y que no es tampoco una institución de uso generalizado dentro de ese marco desde que no fue incluido en la Directiva Europea 93/13 y que fue expresamente excluido en la ley española de las condiciones generales.

Su incorporación a la lesión supone crear una nueva causa de vicio de la voluntad aplicable a la generalidad de los contratos, con la inseguridad consiguiente y que llevará a una prueba de todas las negociaciones previas y a que se utilicen todo tipo de argucias para evitar el cumplimiento, con la consiguiente inseguridad.

3.1.4. La avanzada edad

Esta causal no está incluida en ninguna de las fuentes que se invocan. Como ha hecho notar Tobías, “ella no indica por sí sola una situación de inferioridad, y cuando es causa de ella la incidencia en el deterioro de las facultades psíquicas, quedará comprendida en la “ligereza”²⁰⁹”.

Una norma semejante llevaría a que todos los que tienen “avanzada edad”, concepto de por sí equívoco o relativo, puedan ser considerados una suerte de muertos civiles para la contratación. Se tratará de evitarlos en estos negocios para no cargar con un posible juicio nacido de esta circunstancia. La edad será, de ser sancionado el proyecto, un riesgo más a asumir en la contratación.

²⁰⁷ Pagador López, op. cit., pág. 493, con cita de doctrina alemana.

²⁰⁸ Como ejemplos de esa situación se indican las cláusulas automáticas de prórroga de plazos de servicios que no se destacan en el contrato o se informan particularmente en la oferta, citándose una expresión jurisprudencial según la cual se subrayó que consiste en “el problema entre la falta de correspondencia entre la trascendencia jurídica de una condición general y el modo en que la misma aparece recogida en el documento contractual” cit. por Pagador López, págs. 501/2.

²⁰⁹ Tobías, op. y loc. cit., N° 1. Alejandro Borda en op. cit. ha intentado justificar la norma aludiendo a que avanzada edad puede generar debilidad de carácter o una confusión de las ideas que impidan una plena valoración de los hechos, por eso la ley las protege, pero termina reconociendo que pueden quedar subsumidas dentro del concepto de ligereza.

3.1.5. Una norma "clasista"

La introducción del juzgamiento de la "condición económica, social o cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones" es una norma, además de difusa, clasista.

No son necesarios mayores comentarios para justificar esta afirmación, porque de la sola lectura surge que tal generalidad abre la puerta a la posibilidad de que cualquiera se declare indigente, pobre, ignorante o marginado social y por ello invoque se aprovecharon de su inocencia. Lleva a la presunción posible de que todos los pobres son ignorantes o que todos los que no tienen cultura no son capaces de bastarse a sí mismos.

Esta norma impone a todo contratante, para ser diligente, la investigación no sólo de la solvencia de aquel con quien va a contratar, sino también de su cultura, de sus costumbres, de sus amistades, de sus gustos, todo lo cual revelará la condición económica y la clase social a que pertenece.

El resultado será que nadie contrate con los pobres ni con los incultos, que nadie les otorgue créditos, con lo cual con la pretensión de protegerlos, serán cada vez más pobres o más incultos.

3.1.6. La relación de confianza

Puede señalarse como antecedente de esta situación la regla del Contract Code que preceptúa que "cuando al establecerse un contrato una de las partes mantiene una relación de confianza con la otra, o le asegura un riesgo determinado, y no le informa de todos los factores que conoce y son importantes para el contrato o el aludido riesgo, dicho contrato no es exigible a la otra parte, quien puede reclamar la restitución de los beneficios otorgados por el mismo" (art. 572).

El comentario destaca que la situación de relación de confianza hace nacer un deber especial de informar como exigencia de un deber de buena fe más riguroso al normal, distinta del abuso de confianza que sólo implica un mero deber de avisar. Por ello tiene un alcance limitado a ciertas relaciones como las del contrato de comisión o de agencia, y a ciertas condiciones particulares del seguro.

Pero, a la vez, como se verá seguidamente, califica los vínculos cuando se trata de establecer la presunción de aprovechamiento en esa relación de confianza.

3.2. Las presunciones

Las fuentes a las que se remiten los proyectistas no establecen presunciones generales relativas a la existencia de la situación de inferioridad o al aprovechamiento. Sólo se presentan en dos situaciones particulares bien delimitadas.

El Contract Code presume **el aprovechamiento de una relación de confianza** cuando ello ocurre entre padre e hijo, tutor y pupilo, abogado y cliente, medico y paciente o director espiritual y dirigido.

El Código Civil de Quebec que, como surge de textos expesos ya transcriptos limita la configuración del vicio de lesión con los incapaces y sujetos expresamente protegidos, presume la explotación por la desproporción, o que hayan contraído una obligación excesiva en relación con su situación patrimonial, o a las ventajas que le reporta el contrato y al conjunto de las circunstancias.

O sea que las modernas legislaciones miran con disfavor las presunciones y mantienen las cargas probatorias.

El Proyecto reforma de manera oscura el texto actual. Con su redacción lo único que parece dejarse claro es que deben probarse los estados subjetivos. Pero queda en el campo de lo opinable cuál es el juego que debe darse a la "notable desproporción" con la presunción de explotación, o si ésta surge por la sola prueba de las situaciones personales. El texto vigente es mucho más claro.²¹⁰

3.3. La desproporción y el reajuste

Las diversas fuentes utilizan para la calificación de la situación objetiva consecuencia del aprovechamiento, los términos de "ventaja excesiva"; "situación de desventaja"; "ventaja desleal"; "condiciones manifiestamente injustas"; "ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas"; "desproporción importante". El Proyecto mantiene el vocablo "notable" utilizado en la legislación vigente, que ha sido interpretado con sentido equivalente a las expresiones mencionadas.

Las fuentes del Proyecto dejan abiertos, en general, tanto la posibilidad de declaración de invalidez cuanto del reajuste de las prestaciones. Algunas de ellas establecen criterios.

²¹⁰ Para Borda, en op. cit., el actor debe probar los estados subjetivos, la sorpresa y la notable desproporción, lo que es criticado por Cifuentes por aumentar las cargas probatorias del actor en relación con el texto vigente al eliminar la diferencia de trato entre la desproporción "evidente" y la "notable".

Unidroit preceptúa que el ajuste debe realizarse conforme “criterios comerciales razonables de lealtad negocial”. Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos contiene un criterio similar, al referirse a “como ellas lo hubieran podido convenir de acuerdo a la buena fe”. El Código de Quebec sólo consigna que si el lesionado quiere mantener el contrato, puede “demandar una reducción de la obligación equivalente a los daños e intereses cuyo reclamo pueda justificar y el demandado puede ofrecer una reducción o un suplemento pecuniario equitativo”.

El Proyecto toma en cuenta para fijar el reajuste “la índole del acto, los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo, y la factibilidad de su ejecución”.

Esta amplitud de circunstancias vuelve a demostrar una excesiva apertura a la actividad del juzgador. La índole del acto es la única circunstancia que permite establecer el desequilibrio, por tanto determinar cuál será el reajuste que corresponde, porque ésta será la medida del perjuicio.

Los motivos personales incidirán, cuando ellos aparezcan manifiestos podrán ser una causa para declarar la nulidad, pero no para reajustar. El reajuste tiene por base llegar a la prestación equitativa pero no es misión del Tribunal ni la finalidad de la protección que importa la lesión, transformar un negocio ruinoso en un buen negocio. Establecida la lesión, los motivos dejan de incidir. El reajuste no es un castigo.

La factibilidad de la ejecución en un hecho extraño al juzgamiento de la lesión. Si el cumplimiento no es factible, la lesionada demandará la nulidad, o la demandada por reajuste lo rechazará. La medida del reajuste depende de los términos en que quede trabada la litis. Aceptado el reajuste, si el cumplimiento es o no factible pasa a ser cuestión de las partes, y al Tribunal sólo le cabe determinar su medida.

3.4. Conclusión

El desarrollo realizado justifica ampliamente la opinión vertida sobre la manifiesta inconveniencia de mantener la norma proyectada.

Desde el punto de vista técnico el art. 297 del Proyecto se presenta como una suma de posibilidades para lograr la invalidez o el reajuste de un contrato, que se ha elaborado tomando elementos que responden a sistemas diversos. El examen de las fuentes revela, por el contrario, que en cada uno de los casos existió una meditada elaboración de las causas y los efectos partiendo de situaciones perfectamente delimitadas.

Los Proyectistas han elaborado una norma que por la amplitud y falta de precisión de los diversos aspectos se convierte, más que en una protección a ciertos sujetos, en una previsible usina de pleitos para todos aquellos que se arrepientan de un negocio realizado, alegando que es viejito; que un amigo lo traicionó; que un pariente ejerció su autoridad; que fue mal asesorado, etc. Todo cabe allí.

Y esto no es una mera suposición. Ya se ha escrito que la explotación de la condición económica, social o cultural que condujo a la incompreensión del alcance de la obligación apunta a las diferencias que existen entre los hombres y que con el proceso de globalización tienden a acentuarse en las relaciones bilaterales llevando a quien ostenta una posición de poder a aprovecharla. El Proyecto castiga el aprovechamiento de la superioridad.²¹¹

También se ha escrito que “el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza”, no es un problema de temor reverencial, sino sometimiento y quien está en esa condición no tiene libertad alguna para contratar; lo hace porque la otra se lo impone. “Una vez más se propone castigar el aprovechamiento del poder.”²¹²

Con una evidente confusión entre un régimen común y un régimen de protección, también se ha dicho que la inexperiencia no está referida a una inexperiencia general, sino que se vincula “con la desinformación, con la no profesionalidad, con el encuentro entre profesionales y aficionados, todo lo cual forma parte de la protección al consumidor” (se lo adjudica a Mosset Iturraspe) es la inexperiencia que es aprovechada por el más fuerte, capaz, inteligente o conocedor en detrimento del débil o inexperimentado (lo adjudica a Moisset de Espanes).²¹³

Y la prueba de que **no exagero en las conclusiones a que arribo**, es la interpretación realizada de la norma proyectada, según la cual “los nuevos casos de inferioridad que se mencionan son perfectamente aplicables a los comerciantes, y en algunos casos a las personas jurídicas que contraten en situaciones de inferioridad económica, o comerciantes que lo hagan en inferioridad cultural o social o que sean de edad avanzada. Tampoco es difícil pensar en comerciantes que hayan sido sorprendidos por una relación de confianza” y como Código unificado se “regula la actividad de las personas

²¹¹ Borda, Alejandro, en “Los vicios...”, cit.

²¹² Borda, Alejandro, en op. cit. No consigna la fuente de su interpretación.

²¹³ Borda, op. cit.

que realicen una actividad económica organizada, es decir, los comerciantes, lo que hace más clara la aplicación de la lesión a esas personas”.²¹⁴

4. El abuso de derecho y el abuso de posición dominante

Esta última cita referida a la lesión nos introduce en el tratamiento que el Proyecto de 1998 da a la temática del epígrafe.

“Art. 396. **Abuso del derecho.** La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines que ella tuvo en mira al reconocerlos, o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres.

“El tribunal debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

Abuso de posición dominante

“Art. 397. **Posición dominante.** Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se aplica cuando se abusa de una posición dominante”.

La remisión a los dos artículos anteriores, incluye el art. 395 que impone el deber de obrar con buena fe y lealtad en la celebración y ejecución de los actos jurídicos, y que, quien obra de mala fe debe resarcir del daño causado.

4.1. El abuso del derecho

El art. 396 del Proyecto reproduce en su primera parte el actual 1078. Luego agrega un párrafo que contiene, a mi entender, dos previsiones diversas, una cautelar y otra referida a los efectos de la declaración.

La medida cautelar establece para el juzgador la potestad de “ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo” con lo cual se autoriza a un examen preliminar de la cuestión que permite llegar a la conclusión de que existe ejercicio abusivo de un derecho y hacer cesar la actuación.

Declarado el abuso, tal declaración tiene efecto retroactivo, procurando la reposición al estado de hecho anterior y fijando una indemnización.

En los Principios de Unidroit, el ejercicio regular del derecho aparece con la mención de que las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de la buena fe (1.7. 2).

²¹⁴ Borda, en op.cit.

Para el Contract Code un contrato es ilícito cuando se realiza para abusar de los procedimientos legales, interferirse en el curso de la justicia o subrogarse en la jurisdicción de los Tribunales (art. 513 e).

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos contienen una norma similar a los Principios de Unidroit (1201).

4.2. Abuso de posición dominante

El art. 397 establece que “lo dispuesto en los 2 artículos anteriores se aplica cuando se abusare de una posición dominante”.

Por la ubicación sistemática esto implica que esta situación sea calificada como obrar de mala fe (art. 395 última parte), y se debe proceder de manera similar al abuso de derecho.

4.2.1. El ámbito propio del concepto de posición dominante

La posición dominante en el mercado es una calificación propia del derecho de la competencia, que regula las diversas situaciones con la finalidad de que ninguna empresa pueda acceder a una situación de predominio en el mercado.

La determinación de esa situación depende de diversas variables y modos de medición, por lo que con el único fin generalizador puede decirse que ello ocurre cuando una empresa o grupo de ellas “tiene el poder de comportarse independientemente, lo que las sitúa en una posición de actuación sin tener en cuenta a sus competidores”.²¹⁵

La posición dominante de una empresa en sí no es ilícita²¹⁶, sino que la ilicitud se configura cuando en función de ese poder cae en conductas anticompetitivas. Esas conductas pueden adquirir distintas formas de acuerdo a la situación de cada mercado, tendiendo a excluir a otro competidor; reducir sus oportunidades para mejorar la situación propia, que generará a la postre el dominio entendido como la facultad que tiene la empresa de actuar en forma independiente de sus rivales.²¹⁷

²¹⁵ Giner Parreño, César A., “Distribución y Libre Competencia (El aprovisionamiento del distribuidor)”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1994, nota 1, pág. 110, citando jurisprudencia norteamericana en el caso Continental Can. Advierte, en páginas siguientes, en la distinción entre posición dominante y posición de poder.

²¹⁶ Así lo considera la ley de sociedades que utiliza el término dominante en el art. 33, inc. 2, al caracterizar a las sociedades controladas.

²¹⁷ Un análisis fundado de práctica competitiva puede verse en “Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia de la Competencia a la ley de

También puede expresarse mediante acuerdos entre dos o más de ellas para adquirir esa posición de dominio a través de prácticas oligopólicas, recurriendo a distintos tipos de operatorias.

Nuestra ley de defensa de la competencia 25.156, considera práctica anticompetitiva a “los actos y conductas de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes y servicios, que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”. Quedan comprendidas la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme (art. 1). En el art. 2 se describen diversas conductas que configuran prácticas anticompetitivas.

También define la ley la “posición dominante”, que se configura “cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos” (art. 4 y el art. 5 establece las circunstancias a computar para la calificación).

La sanción específica del derecho de la competencia es punitiva, esto implica el cese en la actuación calificada de anticompetitiva, y en su caso la remoción de los efectos; el pago de una multa u otra sanción de tipo administrativo (art. 46), sin perjuicio de la conducta penal cuando ella pueda considerarse configurada.

No obstante, en el juzgamiento de la conducta entre empresas en el ámbito de la competencia se aplican principios civiles para calificar ciertas conductas, e incluso determinar sus efectos. En este sentido, cuando se juzga dentro del ámbito concurrencial y se habla del objeto del contrato, no se mira a éste en sí mismo, sino a las consecuencias que arroja en orden a los intereses que se siguen de contratar sobre cierto objeto y cierta forma dentro del mercado.²¹⁸

las resoluciones en los asuntos ‘BT/Telefónica’ y ‘Tabacos de Canarias’, por Alejandro Fernández de Araoz Gómez Acebo y Francisco Hernández Rodríguez en ‘Gaceta Jurídica’ de la Unión Europea de la competencia”, Madrid, Junio /Julio 1999, pág. 201.

²¹⁸ Di Via, en ‘L’invalidità ...’, cit., págs. 755 y ss.

4.2.2. Abuso de posición dominante en la ley de defensa de la competencia

El abuso de posición dominante está simplemente mencionado en la ley argentina de defensa de la competencia, a los efectos de establecer sanciones específicas que autorizan al Tribunal a imponer el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia (art. 46).

En nuestra legislación se describen cuáles son las conductas que constituyen prácticas restrictivas de la competencia (art. 2), y cuáles son los criterios para determinar la existencia de posición dominante (art. 5), y se supone que puede existir un abuso de posición dominante para sancionarlo más gravemente, pero no se explicita el criterio para determinar la configuración causal de tal situación abusiva. Así la ley adopta la posición generalizada en la Unión Europea según la cual la posición dominante no constituye por sí un monopolio ni un acto restrictivo de la competencia susceptible de ser sancionado, salvo que se alegue y demuestre el abuso de posición dominante.²¹⁹

En ningún caso, la ley argentina se refiere a la situación de dependencia económica.

En la legislación española, la ley 52 del 28 de noviembre de 1999, que reforma la antigua 16/89, introduce como novedad la prohibición de la explotación abusiva de la situación de dependencia económica.

Tal introducción responde a la necesidad de superar la eficacia de los instrumentos habituales de la legislación antitrust que sólo prohíben las conductas bilaterales restrictivas de la competencia y las unilaterales anticompetitivas llevadas a cabo por empresas en posición de dominio, para poder alcanzar a las conductas abusivas cometidas por empresas no dominantes que afectan claramente al sector de la distribución, en el que resulta muy difícil demostrar que una empresa disponga de una posición de dominio, por no ser la única oferente de los productos que vende, ni en unión con otras es la sola ofertante de esos productos.²²⁰

²¹⁹ Vergara del Carril, Angel, en "Nuevo Régimen de defensa de la competencia. Introducción del control de concentraciones", en E. D., 7/2/2000.

²²⁰ Pérez Bustamante Köster, Jaime, "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la ley de defensa de la competencia: examen crítico del nuevo precepto", en "Gaceta Jurídica" de la Unión Europea y de la Competencia N° 205, Enero/Febrero de 2000, pág. 33 y ss.

Ya existían precedentes en la legislación anterior²²¹, y la novedad de la reforma es que establece tipificaciones:

“Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

- a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.
- b) De la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares” (art. 6.1.).

También se considera abuso de posición dominante (art. 6.2.):

“f) La ruptura, aunque sea en forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.

“g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas”.²²²

Los presupuestos necesarios para la aplicación de esta figura son:

*) Existencia de una situación de dependencia.

La situación de dependencia puede ser tanto del fabricante al proveedor cuanto la de éste frente al distribuidor.

Su configuración de acuerdo al texto de la ley española es la falta de disposición de alternativa equivalente por parte del proveedor (o fabricante) para el ejercicio de su actividad, y la presunción de que ello ocurre por el deber de conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. Esto último indica que si

²²¹ Relata Pérez Bustamante, en op. cit., págs. 33/4, que la conducta ya estaba tipificada en España en la Ley de Competencia Desleal en términos de que “se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equitativa para el ejercicio de su actividad”. También en la anterior ley de defensa de la competencia se sancionaba el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, que la distorsionen en forma grave y afecten el interés público. Ante estas previsiones en diversos ordenamientos se ha considerado que resultaba innecesaria la reforma que fue introducida por reiteradas solicitudes de la Izquierda Unida.

²²² Lo que se presume en el inc. b) de 6.1. es la situación de dependencia económica, porque así resulta de la ley alemana que es la fuente según fundamenta Pérez Bustamante en op. cit., págs. 35/6.

no lo concede a otros, y aparece concediéndolo a uno determinado, es porque éste es muy importante y no puede prescindir de él.

Otros países europeos que tienen en su legislación la consideración de la dependencia lo han aplicado en muy pocas ocasiones, registrándose sólo dos casos en Francia.²²³

En la práctica debe analizarse caso por caso, debiendo tenerse en cuenta diversos factores, para determinar si se configura la dependencia de un proveedor frente a un distribuidor, como por ejemplo la cuota del mercado del distribuidor; la posibilidad de distribuir sus productos a través de otros canales; la pérdida de cuota de mercado que supondría para el proveedor el cese de relaciones comerciales con el distribuidor en cuestión; la posición de mercado del proveedor, por ejemplo cuando fabrica productos difícilmente sustituibles por el distribuidor; los recursos económicos y beneficios del proveedor entre otros.

A la inversa, también puede analizarse la situación de dependencia del distribuidor frente al proveedor, que podría configurarse, por ejemplo entre el proveedor y el franquiciado o el distribuidor exclusivo y el distribuidor selectivo. Para juzgarlos, podrían aplicarse además de los criterios mencionados, otros como la existencia de productos sustitutivos; o de fuentes alternativas de suministro de los productos en cuestión ya sea a través de otros proveedores o mediante importaciones paralelas.²²⁴

*) Otro factor integrante es la comisión de una práctica abusiva, que es en realidad una conducta anticompetitiva. Dichas conductas están mencionadas en la ley española, al igual que en la nuestra, pero algunas tienen una referencia más directa con relación a la contratación, como las descriptas precedentemente (incs. f y g, de 6.2).

²²³ Pérez Bustamante, en op. cit., cita el caso CORA, cadena de supermercados que absorbió otra y exigió a los proveedores de la absorbida la aplicación de determinadas ventajas comerciales en forma retroactiva, bajo amenaza de cortar o disminuir la relación comercial. Se estimó que sólo 6 proveedores estaban en esta situación sobre la base de los criterios que seguidamente se analizan. En el caso Intermarché, cadena de supermercados, exigió una rebaja del 40% a los proveedores de detergentes para financiar material publicitario, pero se entendió que los fabricantes en cuestión, Colgate y Unilever entre otros, no estaban en situación de dependencia por su situación financiera y notoriedad de sus marcas, y dejaron de vender sus productos sin que ello implicara importante caída en las ventas.

²²⁴ Pérez Bustamante cita la decisión de la Comisión Europea del 3/2/99 en el caso Rewe/Meinl con relación a los productos de marca en el rubro alimentario, en el que se tomó en consideración que el grado de dependencia de un comerciante respecto de los productores de artículos de marca es mayor, cuando puede perder su clientela a partir de que los clientes dejen de concurrir al establecimiento o no compren un alimento sustitutivo de no contar con la marca conocida que buscan.

“Constatada una situación de dependencia económica, su explotación será abusiva si no resulta objetivamente justificada y si trae en tal causa en tal privilegiada situación del mercado frente al agraviado... No es una suma de dos conceptos... sino un precepto que prohíbe exclusivamente **el abuso de la posición de dominio/posición de dependencia económica.**”

La previsión legal de abuso de posición dominante “...no es un cajón de sastre que permita sancionar cualquier conducta llevada a cabo por una empresa que puede prevalerse de una situación de dependencia económica, **sino exclusivamente aquellas que tengan su origen en la posición preponderante que ocupa la empresa en el mercado. Se exige, pues, la existencia de un nexo causal entre la práctica abusiva y la situación de dependencia económica.**”

En general podría calificarse de abuso de posición dominante a todas aquellas conductas que siendo consecuencia de una situación de dependencia económica, excedan de lo que pueda estimarse correcto en una relación comercial **y siempre que, además, restrinjan la libre competencia.**

Una pauta es que las exigencias comerciales no estén objetivamente justificadas, o sea que “no se correspondan con ningún beneficio para el proveedor”.²²⁵

*) El otro concepto integrante del abuso de posición dominante en el derecho de la competencia es que se restrinja la libre competencia para caer dentro del ámbito en análisis, por el principio de especialidad. Si ello no ocurre podrá ser una conducta ilícita que resulte sancionada sea en el campo de la lealtad comercial, o en el privado.

En suma, **las normas de la competencia persiguen un fin de interés público en la protección del mercado y de la libre competencia** y eso justifica la sanción.

Dentro de este ámbito se ha resuelto que constituye abuso de posición dominante la obligación impuesta por el proveedor de combustibles de bandera a una estación de servicio consistente en que sólo puede vender productos de esa marca, no sólo de aquellos y los carburantes, sino también de lubricantes grasas y otros. Esta última restricción, sólo es válida si quien la impone puso a disposición del dueño un equipo de cambio de aceite u otras instalaciones de engrase de vehículos de motor.²²⁶

²²⁵ Pérez Bustamante, op. cit., pág. 39.

²²⁶ Tribunal de Defensa de la Competencia de España, Expediente 418/97, Enaco S.A., Shell España S. A., del 19/6/98, publicado en “Gaceta Jurídica” de la Comunidad Europea y de la Competencia, N° 137, octubre de 1998.

La Comisión Europea de la Competencia determinó que el organismo gestor de los aeropuertos de Orly y Charles de Gaulle había incurrido en abuso de posición dominante, por la conducta de exigir diferentes niveles de cánones a los agentes competidores que prestan determinados servicios de asistencia en el mismo aeropuerto.²²⁷

Una variante actual del abuso de posición dominante es la denominada “essential facilities”. Esta situación supone que ciertas empresas tienen la propiedad de determinados activos en el mercado cuya disponibilidad es necesaria para otras para ejercer su propia actividad, lo que se presenta normalmente cuando ciertos sectores, como las comunicaciones, pasan de un régimen de monopolio a la liberalización, con nuevos operadores que deben utilizar las redes existentes.

En el estado actual de la cuestión se advierte la necesidad del establecimiento de reglas especiales que reglamenten la utilización de tales activos, sin perjuicio de una adaptación de las reglas de la competencia para esa situación ya tratada por la jurisprudencia norteamericana y europea.²²⁸

En ese último ámbito se ha analizado la nueva modalidad sobre la calificación de abuso de posición dominante, advirtiéndose las dificultades que genera la determinación de lo que en la realidad constituye el recurso esencial, y los inconvenientes que puede generar como desaliento a la inversión en ellos si se abre la aplicación de la calificación de abusiva.²²⁹

4.2.3. El abuso de posición dominante en el derecho privado

Al referirse a esta cuestión deben delimitarse dos ámbitos diferentes de situaciones. Por un lado, las consecuencias que pueden derivarse de los ilícitos del derecho de la concurrencia que produzcan consecuencias dañosas para los contratantes y, por otro, si la situación descrita puede considerarse una fuente autónoma de efectos en el derecho privado.

²²⁷ DOCE L 230 del 18/8/98, en “Gaceta” de la Comunidad Europea y de la Competencia, Boletín 136 de septiembre de 1998.

²²⁸ Fournier, Eric Gippini, “Essential facilities” y aplicación del art. 82 C. E. a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner” en “Gaceta Jurídica” de la Unión Europea y de la Competencia, Enero-Febrero 2000, N° 205, págs.77 y ss.

²²⁹ Fournier, en op. cit., destaca que la jurisprudencia norteamericana ha tendido a aplicar la doctrina antitrust antes que el nuevo enfoque, sin perjuicio de la existencia de precedentes. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia Bronner en el cual declaró que una empresa periodística con un sistema de distribución en Austria, no incurrió en conducta abusiva al

4.2.3.1. Los ilícitos del derecho de la competencia que producen daños a los particulares

Cuando el abuso de posición dominante en el derecho concurrencial, se configura mediante la recurrencia a cláusulas contractuales o el modo de contratar sea en un contrato o en una serie de ellos, como se acaba de analizar, los efectos de declaración que realicen los órganos de la competencia, podrán producir efectos dañosos en esas relaciones contractuales.

La ley 25.156, en su artículo 51, establece que “las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejecutar la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios conforme las normas del derecho común ante el juez competente”. O sea que, en los casos en que no esté en juego la restricción de la competencia, sino la defensa de los intereses de una empresa frente a otra, debe acudir a los Tribunales Ordinarios.²³⁰

En estos casos se ejercitará la acción que corresponda conforme con la naturaleza de la relación entre las partes si existe un contrato, o por los perjuicios padecidos por terceros.

De todos modos, las calificaciones del derecho de la competencia integran un capítulo del orden público económico que influye en la contratación y que las partes no pueden desconocer. En este sentido el Contract Code, contiene la previsión de que un contrato es ilícito cuando restringe irrazonablemente el comercio (art. 513 i).

Otra cuestión, no suficientemente decantada, es la determinación de la eficacia de las calificaciones realizadas en la esfera del derecho de la competencia en las relaciones del derecho privado.²³¹

4.2.3.2. El abuso de posición dominante como causa invalidatoria de un acto o de sus efectos

Mirando globalmente la cuestión, un sistema fundado en la libertad de iniciativa económica, más concretamente significa también la tutela de una

negarse a repartir una publicación de horarios de programas de televisión de otra editorial realizando un análisis de los conceptos de mercado y medios alternativos.

²³⁰ Pérez Bustamante, op. cit., pág. 40.

²³¹ Ver nuestros trabajos “La teoría general del contrato y el consumidor contratante”, ponencia presentada al Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires en 1990 y agregada en la publicación del Congreso y “Reflexiones sobre la Autonomía de la Voluntad...”, cit.

situación subjetiva individual conforme a las exigencias del mercado. Este ordenamiento importa para los empresarios asegurarse que la libertad de iniciativa económica de uno coexiste con igual derecho de otro y **para los empresarios, en relación con los consumidores, significa sobre todo la prohibición de abusar de eventuales posiciones dominantes constituyendo así un capítulo del derecho de protección de clases.**²³²

Como derecho de clase, los consumidores están protegidos con su régimen específico del posible abuso de posición económica dominante del que pueden ser víctimas por el accionar de los profesionales.²³³

Al quedar fuera del Proyecto la protección de los consumidores, la cuestión del abuso de posición dominante incluida en él tiene en vista las relaciones del derecho común, lo que lleva el análisis a distintos ámbitos.

*) Uno de ellos es la determinación de si aparecen “otras clases” dentro del Proyecto, a lo que se puede contestar afirmativamente frente a la regulación de los efectos que se atribuyen a ciertas partes contractuales con normas específicas de protección a los agentes, concesionarios y franquiciados (arts. 1361 a 1403), por lo cual la normativa proyectada excluye, a mi entender, que en esas relaciones pueda ser invocada la situación de “abuso de posición dominante” como vicio propio del derecho privado.

Al reseñar ese régimen, es necesario resaltar que, como surge del análisis precedente, la situación en el derecho de la competencia es materia ajena al derecho privado y por esa autonomía deberá ser juzgada en su ámbito propio. No se advierte, entonces, cuál es la operatividad de la norma introducida en el Proyecto sobre dicha materia ajena al afirmarse en el art. 1402 que “no se considera que los pactos entre franquiciante y franquiciado limiten, restrinjan o distorsionen la competencia”. Esa situación debe ser juzgada de acuerdo a los intereses públicos protegidos en su ámbito específico y no a priori y por una norma declarativa.

*) En el ámbito del derecho privado, el “abuso de posición dominante”, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia francesa con distinto encuadre.

Para algunos se concibe como una aplicación del vicio de violencia padecido por una de las partes que, estando en situación de dependencia económica respecto de otra, está en condición de inferioridad para la de-

²³² Gioia, en op. cit., pág. 1334.

²³³ Ghestin, Jacques, “Traite de Droit Civil-La formation du contrat”, 3ª ed., LGDJ, París, 1993, pág. 564.

fensa de sus intereses en la negociación de un contrato, en su revisión o en su ruptura.²³⁴

Los antecedentes jurisprudenciales con los cuales se ilustra la existencia de este vicio remiten a la falta de negociación en pie de igualdad de un concesionario de venta de automóviles en relación con el concedente, dejando constancia el Tribunal de la inexistencia de una protección legal respecto de aquél, y a otro caso en que una sentencia de la Corte de Casación lo aplicó porque estaban en juego la interpretación de normas del derecho de la concurrencia.²³⁵

En otros pronunciamientos de la jurisprudencia gala, se evalúa que es víctima de violencia quien contrata en situación de necesidad y dependencia económica, y como consecuencia padece de explotación abusiva.²³⁶

Para otros, se acerca más a la lesión que supone la explotación del estado de necesidad en algunas legislaciones, aunque no en el derecho francés, sí lo es en la mayoría de los ordenamientos que se nutren de él. Luego, si bien sería conveniente la reforma en ese sentido, mientras ello ocurre, no parece que se pueda deformar la violencia para extenderlo a esos supuestos.²³⁷

Toda esta interpretación es necesaria en el derecho francés, porque el instituto de la lesión es un vicio del objeto, al estar legislada bajo la forma de lesión enorme, sin hacer referencia alguna a los estados subjetivos incorporados en su configuración en el derecho argentino y otros regímenes reseñados.

4.2.4. Conclusión

De lo expuesto surge que el “abuso de posición dominante” es un concepto elaborado técnicamente a partir del derecho de la competencia, por lo que se tiene en cuenta un mercado formado por empresarios, en el que la conducta de uno de ellos distorsiona ilícitamente las reglas de la libre concurrencia. Las sanciones aplicadas son punitivas. Los particulares perjudicados tienen las acciones del derecho común.

²³⁴ Ghestin, en op. cit., pág. 563.

²³⁵ Ghestin, op. cit., pág. 563.

²³⁶ Ghestin, op. cit., pág. 569.

²³⁷ Larroumet, Christian, “Droit Civil, Tóme 3, Les Obligations-Le Contrat, Ed. Économica, París, 1996, pág. 329.

En el derecho privado las leyes protectivas de clases, como las laborales o las del derecho del consumidor, tienen la finalidad de evitar los perjuicios que puede producir un abuso de posición dominante sin ingresar en cada caso si ella existió o no. Constituye una legislación de carácter general que, por suponer que puede existir ese abuso, establece preventivamente normas. El mismo efecto se logra introduciendo el carácter imperativo a algunas normas de ciertos contratos, como los de distribución, en los que se pretende evitar esta conducta lesiva.

El análisis de la lesión, realizado precedentemente, demuestra que el vicio se configura para el proyecto mediante **la explotación del estado de necesidad para obtener una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada**. A esta configuración existente en nuestro régimen vigente, el Proyecto suma otros estados subjetivos como la condición económica del lesionado.

Luego el Proyecto introduce, sin claridad sobre su naturaleza viciosa, el **abuso de posición dominante**. Cuando se analiza en la doctrina y jurisprudencia extranjera la posibilidad de su configuración en la contratación, se advierte que esa situación no tiene identidad propia, sino que aparece como configuración de la lesión o de la violencia.

En suma, y como **conclusión**, el supuesto de abuso de posición dominante está comprendido en la lesión, por lo que resulta confuso y sobreabundante referirse nuevamente a la situación en el abuso del derecho, por lo que debe eliminarse.

Si se mantiene debe advertirse que, mientras en todos los supuestos de lesión los efectos son los que surgen del art. 327, cuando ella resulte de la explotación del estado de necesidad, el autor será considerado de mala fe y además de los efectos previstos de nulidad o reajuste, deberá enfrentar las consecuencias del obrar doloso por aplicación del art. 1605 del Proyecto.

Las previsiones de la lesión, conforme a su redacción por la 17.711 parece suficiente para proteger a quienes padecen de abuso de posición dominante en las contrataciones.

5. Acuerdos parciales y aceptación tácita

5.1. Las normas implicadas del Proyecto

“Art. 916: **Acuerdos parciales**. Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato, si todos ellas, con la formalidad que en su caso

corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación el contrato queda integrado, en las estipulaciones pendientes, mediante el posterior acuerdo de las partes y, en su defecto, por lo que resulta de la aplicación del art. 904.

“En la duda el contrato se tiene por no concluido.

“No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de esos elementos o de todos ellos.”

Esta previsión es la segunda norma del Capítulo III, titulado “Formación del Consentimiento”, Sección Primera, “Disposiciones Generales”. El artículo anterior define que el consentimiento se forma con la oferta y la aceptación, y está ubicado, antes de ingresar al tratamiento de la oferta, cuyo régimen se establece en la sección tercera.

Por esta ubicación metodológica queda la duda sobre si la situación que plantea el artículo 916, supone la existencia de una oferta y una aceptación, o si se está refiriendo a un supuesto nacido por generación espontánea en que las partes por un misterioso artilugio han convenido sobre los “**elementos esenciales particulares**” de un contrato.

Tal inquietud se agrava al observar que, cuando se establecen los requisitos de la oferta, el Proyecto manda que la manifestación del oferente debe contener “las precisiones necesarias para establecer **los efectos** que producirá el contrato si la oferta llega a ser aceptada (art. 922 c).

En cuanto a la aceptación expresa, el Proyecto determina que “las modificaciones **sustanciales** que el aceptante introduce en la oferta importan su rechazo, pero las otras modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante” (art. 929 a).

Este juego lleva al acertijo de si “las otras modificaciones”, o sea las no sustanciales, se referirán a los “efectos” que debe contener la oferta o a los “elementos esenciales particulares” a que alude el art. 916.

La deficiente técnica que exhiben estas normas proyectadas, sumada a la incorporación de variados supuestos de aceptación tácita de redacción confusa, especialmente el 930, inc. b) y la falta de una regla general sobre que el silencio no se considera aceptación, salvo excepciones, son circunstancias que colocan al momento formativo del contrato en la mayor indefinición.

5.2. El tratamiento en las fuentes

5.2.1. Las normas contenidas

Resulta útil, una vez más, recurrir a las fuentes que los proyectistas anuncian como inspiradoras de su obra para intentar deslindar conceptos implicados en la cuestión planteada.

*) Los Principios de Unidroit determinan que “toda propuesta de celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación (art. 2.2.); que la aceptación es “toda declaración o cualquier otro acto que manifieste su asentimiento a una oferta. Ni el silencio ni la conducta omisiva, por sí solos, implican aceptación (art. 2.6 (1)).

“La respuesta hecha en términos de aceptación, pero con adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará rechazo de la oferta...” (2.11(1)). “No obstante, la respuesta a una oferta que pretendiendo ser una aceptación contesta estipulaciones adicionales o diferentes que alteren sustancialmente las de la oferta constituirá una aceptación, a menos que el oferente sin demora injustificada, objete tal discrepancia. Si el oferente no formula objeción, las estipulaciones del contrato serán las de la oferta, con las modificaciones contenidas en la aceptación” (2.11 (2)).

*) Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos

Prevé la formación del contrato a partir de la oferta y la aceptación. La oferta es tal “cuando contiene todas las condiciones del contrato a estipular o indicaciones suficientes en cuanto a la posibilidad de determinar su contenido, de modo tal que pueda ser objeto de una aceptación pura y simple, y si además expresa, al menos implícitamente, la voluntad del autor de la oferta de considerarse comprometido en caso de aceptación” (art. 13.1.).

También prevé que “una aceptación no conforme con la oferta constituye una nueva oferta, salvo lo previsto en el artículo siguiente” (16.6). “Si la aceptación contiene cláusulas diferentes, pero que no aportan modificación sustancial a la oferta en la medida en que conciernen a aspectos marginales de la redacción y si el autor de la oferta no comunica prontamente su desacuerdo respecto de tales modificaciones, el contrato se juzga concluido en un sentido conforme a la aceptación (art. 16.7).

*) Principios del Derecho Europeo de Contratos

Un contrato se considera concluido cuando las partes entiendan estar vinculándose jurídicamente y hayan logrado un acuerdo suficiente, sin que

otra condición sea requerida, salvo que exista alguna exigencia de forma (art. 2.101).

La intención de obligarse por contrato puede surgir de una declaración o de un comportamiento que el cocontratante pueda razonablemente entender (art. 2.102).

Hay acuerdo suficiente cuando esté definido por las partes de tal suerte que el contrato puede ser ejecutado; o puedan ser determinados en virtud de los principios (2.103 (1)). Sin embargo, si una de las partes rechaza la conclusión de un contrato por falta de acuerdo en un punto particular, si no hay acuerdo sobre él, el contrato no se considera celebrado (2.103 (2)).

Una promesa no es jurídicamente obligatoria si no hay aceptación (2.207).

Una proposición constituye una oferta cuando indique la voluntad de concluir un contrato en caso de aceptación y contenga condiciones suficientemente precisas para que un contrato se forme (2.201 (1)), y aceptación de toda declaración o comportamiento del destinatario que indica que asiente la oferta (2.204).

En cuanto a las modificaciones de la aceptación se receptan las reglas de Unidroit.

*) Contract Code

Para que exista contrato debe haber oferta y aceptación coincidentes (art. 12) pero **puede inferirse el acuerdo aunque no haya oferta o aceptación identificables, e incluso aunque no pueda precisarse el momento de su conclusión** (art. 13.1) y ésta es la regla dado que el artículo continúa diciendo que “las reglas que siguen sobre la celebración de acuerdos mediante oferta y aceptación, se aplican en la medida en que las circunstancias lo permitan, a los acuerdos celebrados sin oferta y aceptación” (art. 13.2). El comentario destaca que ésta es la costumbre negocial, pero que se trata de la oferta y la aceptación en el Código porque existen algunas reglas técnicas que se desarrollan en el Código para que ellas existan.

Las normas sobre oferta y aceptación son bastante particulares, pero como dato indicativo puede mencionarse que incluye la posibilidad de que “haya aceptación si los términos diferentes no alteran materialmente los términos de la oferta, a menos que el ofertante comunique inmediatamente su oposición a la discrepancia, y si tal oposición no se notificó, los términos del contrato sean los términos de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación” (art. 26 b).

El acuerdo no es contrato si sus términos son indefinidos o incompletos, excepto cuando haya una base razonablemente segura por referencia

a los procedimientos convenidos por las partes o previstos por la ley o la costumbre sobre la que el juez pueda resolver las incertidumbres o suplir las omisiones (art. 41).

Un acuerdo no es un contrato si las partes no pretenden quedar obligadas por él, pero se presume la intención de obligarse. La presunción queda enervada si el acuerdo es de tal naturaleza que la exigibilidad jurídica no se atribuye usualmente, o por las palabras o conductas de las partes o por las circunstancias en que se celebra el acuerdo (art. 51).

En el derecho inglés se indica que hay previsiones para los supuestos en que no se haya previsto el precio. En otros casos se ejemplifica con el contrato de seguro cuando se acuerda la cobertura inmediata mientras se discuten otros aspectos.

Estos acuerdos se diferencian de los no dirigidos a quedar jurídicamente vinculados, que son aquellos en que las partes no pretenden quedar jurídicamente obligadas. No obstante la intención de quedar obligado se presume, excepto que el acuerdo sea de tal naturaleza que la exigibilidad no se le atribuye o que ello surja de las palabras, las conductas o las circunstancias del acuerdo (art. 51).

Se da como ejemplo de los primeros el incumplimiento de asistir a una cena a la que se fue invitado en una casa de familia. En cuanto a los segundos es difícil que esto se escriba, pero en el derecho inglés se considera que la falta de *consideration* es suficiente como para presumir la inexistencia de una obligación jurídica.

*) El Código Civil Neerlandés establece que “una aceptación que difiera de la oferta, rige como nueva oferta y como un rechazo de la original” (225.1), pero cuando difiera solamente en “puntos subordinados de la oferta hecha, entonces rige esta contestación como aceptación y se lleva a cabo el contrato de acuerdo con esta aceptación, a menos que el ofertante, sin más demora, ponga reparos contra las diferencias” (225.2) y que “cuando la oferta y la aceptación se remitan a condiciones generales diferentes... no compete a la segunda remisión ninguna importancia” cuando no se hayan rechazado las condiciones generales hechas en la primera remisión (225.3).

*) El Código Civil de Quebec determina que el contrato se considera celebrado cuando el oferente recibe la aceptación (art. 1387). La oferta es una propuesta que contiene todos los elementos esenciales del contrato y que indica la voluntad del autor de quedar obligado en caso de aceptación (art. 1388), y que debe establecer su contenido, o también en ciertos casos, que establezca el último elemento esencial del contrato propuesto (art. 1390).

La aceptación que no sea sustancialmente conforme a la oferta implica que la oferta caducó o que no hubo aceptación y puede constituirse en nueva oferta (art. 1393).

5.2.2. Las conclusiones que se extraen de las fuentes del proyecto analizadas

Las conclusiones que se extraen de las fuentes pueden dividirse en dos sistemas.

Uno, el que adopta el Contract Code en el que se deja constancia que corresponde a un sistema en el que, como regla, el contrato se forma con un acuerdo al que no se llega normalmente por vía de la oferta y aceptación, y es más, muchas veces no se puede establecer el momento en que el consentimiento se formó. A ello debe sumarse además, la posibilidad de que el acuerdo no sea contrato.

Por ello, dentro de ese sistema es coherente la aceptación con efecto de contratos, de los “acuerdos indefinidos o incompletos”, sobre la base de los cuales los jueces pueden resolver las incertidumbres y suplir las omisiones.

Todos los demás sistemas parten de la premisa que el contrato se celebra mediante acuerdo y aceptación, y aceptan en su mayoría que las modificaciones realizadas en la oferta que no sean sustantivas, queden incorporadas al contrato con el consentimiento tácito del ofertante. Pero, tal previsión se completa con la indicación que el contrato quedará celebrado con el contenido que surge de la aceptación operada.

Ninguno de las fuentes que parten de que todo contrato requiere para su existencia de oferta y aceptación dejan librado al arbitrio judicial la integración del contrato ni prevén figura semejante a la del art. 916 del Proyecto.

5.3. Conclusión

5.3.1. Sobre los acuerdos parciales

De lo dicho precedentemente surge que el art. 916 en análisis no responde al sistema adoptado para la formación del contrato y su inclusión escribe un supuesto más de la intervención de los jueces en la contratación de la extensión de las normas típicas de los derechos de protección a todo el ordenamiento contractual.

Una norma de este alcance tiene sentido en aquellos ordenamientos porque en ellos, los efectos legales previstos no tienen carácter supletorio sino imperativo. Ejemplos de aplicación principio del proyectado art. 916 en nuestra legislación vigente pueden encontrarse en la ley de locaciones 23.091 (art. 1), en protección del inquilino y en la ley 24.240 de protección a los consumidores.

En los sistemas en que se supone que salvadas las normas imperativas, el ordenamiento contractual es supletorio por el principio de la autonomía de la voluntad, todos los integrativos del contrato tienen para las partes similar valor. Si entre ellas no pudieron acordar el plazo, el lugar de entrega, las modalidades de la prestación u otras previsiones semejantes, resulta que tales situaciones no les son indiferentes, y por tanto, surge que no existió entre ellas contrato. En ese caso, la previsión de la integración judicial del proyectado 916 no es tal, porque la actividad judicial está realmente sustituyéndose en la voluntad de las partes.

Los Proyectistas podrán responder a esta crítica apuntando que han tomado recaudos para asegurarse que la situación descrita en el párrafo anterior no se produzca al establecer en el mismo artículo que en caso de duda el contrato se tiene por no concluido, o que no se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de esos elementos o de todos ellos, o que las cartas de intención son de interpretación restrictiva (art. 921).

Todo ello es cierto, pero genera a su vez el cuestionamiento sobre la utilidad que tiene mantener una norma de ese contenido, cuya peligrosidad se advierte al prever tantas limitaciones, que tampoco son inocuas. Esto porque sólo cesará la situación de duda, o se determinará si hay una minuta o que constituye un borrador, o si se está frente a una carta de intención no obligatoria, luego que haya habido un juicio. Cuando el juicio acabe, el acuerdo parcial devenido en contrato, habrá resultado ya ciertamente gravoso y más que probablemente inútil para las partes.

El mantenimiento de normas como ésta, unido al tratamiento y consecuencias previstas para la carta de intención y las tratativas contractuales "sorprenderán" a más de un tratante y llevarán al prevenido a no dejar rastros en el camino hacia el contrato. Las negociaciones serán actividades de iniciados cada vez más cautos y parcios.

5.3.2. Sobre el modo de formación del consentimiento

Las menciones iniciales de este párrafo demuestran las contradicciones y falencias técnicas del sistema proyectado. Una oferta debe refle-

jar el contenido del contrato en sus elementos y no únicamente en sus efectos, de los que podría prescindirse eventualmente, frente a un régimen supletorio que los prevea.

La norma de aceptación por el silencio resulta técnicamente inaceptable en su formulación, desde que no parte de una regla. Las aplicaciones previstas son confusas y difusas.

Sería conveniente adoptar para el caso de las modificaciones de la oferta en la aceptación, determinar un criterio para diferenciarlos de cuáles son los contenidos que se consideran esenciales para poder distinguir esta situación de la de configuración del rechazo.

El modelo a adoptar para dar certeza, puede ser el contenido en el art. 19.3 de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías que prevé que “se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte respecto de la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta”.

6. Incidencia de la calidad profesional de los contratantes

6.1. Los criterios empleados en el Proyecto

De acuerdo al sistema anunciado por sus autores al que se ha venido haciendo referencia es el de extender las normas propias del derecho de protección al universo contractual.

Al tratar las relaciones entre “profesionales”, establece tratamientos diferenciados entre ellos en diversos aspectos.

Ello ocurre particularmente en la obligación de saneamiento y en la interpretación de los contratos, sin perjuicio de otras aplicaciones en los contratos típicos.

***) Obligación de saneamiento**

“Art. 1002. La supresión y la disminución de la responsabilidad por saneamiento se tienen por no convenidas en los siguientes casos... b) si el enajenante actúa profesionalmente en la actividad a que corresponda la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad...”.

Concordantemente al regular la responsabilidad en la reparación de daños por el saneamiento, se lo tiene por eximido al adquirente que conoció o pudo haber conocido el peligro de la evicción y al enajenante que no

conoció o no hubo de haber conocido el peligro de la evicción o la existencia de defectos. Pero, esa exención no es invocable por el enajenante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad (art. 1004).

La misma situación se presenta en la garantía de evicción al impedir eximirse de responsabilidad por cargas reales en la cosa transmitida al enajenante que actúe profesionalmente en la actividad, salvo que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en ella (art. 1008).

Con el mismo sentido se invierte la prueba para la acreditación de que el vicio oculto no existía al tiempo de la adquisición si el transmitente actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión (art. 1017).

*) Interpretación

Art. 1026: “Contrato celebrado por un profesional. Si el contrato es celebrado por una parte que actúa profesionalmente: a) se presume que las prestaciones a su cargo son a título oneroso; b) para la interpretación de buena fe se toma especialmente en cuenta la adecuación a las pautas razonables de actuación leal a la actividad que corresponde el contrato; c) para los contratos y cláusulas predisuestas se aplica el artículo 1033”.

Art. 1027: “**Significado de las palabras del contrato.** Las palabras empleadas en el contrato son entendidas en el significado que tienen en el lenguaje corriente, salvo: ... c) si se trata de palabras científicas, técnicas, o del arte, de una actividad específica. En este caso son entendidas con el significado propio del lenguaje específico si el objeto del contrato pertenece a esa actividad y las partes son idóneas en ella”.

Art. 1032: “**Cláusulas vagas o ambiguas.** Las cláusulas vagas o ambiguas deben ser redactadas... b) en sentido favorable a la liberación de la parte que tuvo menor poder de negociación, o que contrató con una persona que actuaba profesionalmente en la actividad a la que corresponde el contrato, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad...”.

Art. 1033: “**Contratos y cláusulas predisuestas.** Los contratos predisuestos y las cláusulas predisuestas, son interpretados en sentido favorable a la parte no predisponente. Si ésta no actúa profesionalmente en la actividad a que corresponde el contrato y es dudosa la existencia de una obligación a su cargo, se presume su liberación cuando son dudosos los alcances de su obligación, se está a la que es menos gravosa”.

6.2. La calidad de “profesional” del contratante

6.2.1. Consecuencias de la introducción de esta categoría en un Proyecto de Código Civil que incluye al de Comercio

El término profesional es de utilización específica en el derecho del consumo, al punto que se ha llegado a definir al consumidor como la parte no profesional del contrato. Por esto algunos prefieren hablar de que el consumidor es la contraparte no profesional de la empresa²³⁸, o que en materia de lenguaje es preferible reservar el mote de consumidor para quien no es profesional.²³⁹

Sentado por los Proyectistas que la ley 24.240 y sus modificatorias permanecen intactas, la determinación de sistemas legales especiales para los profesionales, dentro de un Código Civil que también comprende al de Comercio, resulta un absurdo conceptual, pues a los efectos de esos regímenes todos los sujetos comprendidos en ellos actúan como “profesionales” celebrando contratos entre ellos, por lo cual por el principio de igualdad, no pueden establecerse distinciones al respecto.

Pero, a la vez, al introducir la terminología y los efectos se está traspolando al campo de los contratos en general la discusión al solo ámbito de la “especialidad”, al tomarse posición implícitamente sobre una cuestión ampliamente debatida, cual es la de si un “profesional” en el sentido técnico del derecho del consumo, puede ser considerado consumidor cuando ejerce actividades en el campo profesional, pero en un ramo ajeno al género de aquéllas, bajando ahora a la consideración de una situación especial dentro de la temática ya desarrollada en el párrafo 2 precedente.

Esta es una cuestión aún no resuelta y se entronca con el alcance de la definición de consumidor. Por la redacción dada a las normas precedentemente transcriptas y las menciones a los “profesionales”, el Proyecto parece ha tomado partido sobre el alcance de la ley de protección, en el sentido que un “profesional” actuando como tal nunca puede ser considerado consumidor.

Sólo con ese sustracto adquieren sentido las normas que aluden a “los profesionales” y su especialidad.

²³⁸ Alpa, Guido, “Consumatore”, en *Contratto e Impresa*, Cedam, Padova, 1987-1, pág. 318.

²³⁹ Pizzio, cit. por Calais-Auloy, op. cit., pág. 6 nota 1.

Con este alcance se está dando la respuesta a la cuestión desde la perspectiva de la función que cumplen los profesionales en el mercado. Se ha dicho que interrogados los economistas sobre esta situación, pueden contestar que el consumo constituye el último estado del proceso económico que se distingue de los estados anteriores de producción y distribución que consiste en recolectar, transformar y repartir la riqueza. Desde esta perspectiva económica los juristas deben adaptarla a su propia disciplina, pero definir, no parece tarea propia de las leyes, sino de la jurisprudencia y la doctrina.²⁴⁰

De acuerdo al Proyecto, la actuación profesional, cualquiera sea el sujeto y el campo de actuación, excluye la aplicación de la ley del consumidor a su respecto. Es el criterio empleado generalmente por las normas de la Comunidad Europea que al referirse al consumidor contratante en Directivas tales como en las ventas a domicilio, la refieren a la persona física que no actúa en ejercicio de una actividad industrial o profesional, o sea que solamente protege a las personas físicas.²⁴¹ También se ha procedido así en la Directiva de la C. E. 87/112 sobre créditos al consumo que considera consumidor a la persona física que toma el crédito para una finalidad extraña a la actividad profesional o empresarial; la Directiva 93/13 de condiciones generales de contratación determina que el consumidor puede ser una persona física y que el bien o servicio adquirido lo haya sido con una finalidad ajena a la actividad profesional, con el mismo criterio limitativo. El concepto es mantenido por la Directiva 94/47 de protección a los adquirentes de multipropiedad,²⁴² entre otras.

Con la redacción dada a las normas precedentemente transcriptas del Proyecto, queda también contestado el interrogante de si puede ser consumidor una empresa evitando los problemas que causa la extensión de ese concepto a quien desarrolla una actividad empresarial, o sea quien puede considerarse profesional en el vocabulario utilizado por los europeos. Al tomar esta posición se está descartando la aplicación de un criterio dualista, para calificar el régimen aplicable sobre la base de la función que la adquisición cumpla en el giro normal de la empresa, lo que hace imprecisas las fronteras.

²⁴⁰ Calais-Auloy, op. cit., pág. 3.

²⁴¹ Braña Pino, César, "La Europa de los consumidores", Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1989, pág. 63; Alpa, Guido, "Consumatore" en *Contrato e Impresa*, Cedam, Padova, 1987, 1-314.

²⁴² "Gaceta Jurídica" de la C.E.-G.J., 143, Boletín 89, noviembre/dic. de 1994, con nota de Murnat Bernat.

6.2.2. La situación de las personas jurídicas

El tema se entronca también en la dilucidación sobre la aptitud de las personas jurídicas para ser sujetos protegidos por las leyes de consumo.

Las Directivas precedentemente reseñadas toman como sujeto de protección nato a las personas físicas, pero algunos países han extendido también la protección a las personas jurídicas. Por ejemplo, el Code de la Consommation de Francia, art. L 311-2 las incluye entre las que pueden tomar créditos para consumo, cuando no estén destinados a financiar una actividad profesional o cuando estén destinados a personas jurídicas de derecho público (art. 311.3, inc. 3).

Con relación a la Directiva de la Comunidad Europea que regula los créditos para el consumo, Alpa ha dicho que si bien este género de instituciones, entre los que incluye a los asilos, colegios, institutos carcelarios, organismos de las fuerzas armadas, no son empresas o cumplen actividad profesional en sentido técnico, no pueden ser consideradas consumidores para dicha directiva, porque no son personas físicas.²⁴³

En este sentido similar se ha interpretado el alcance de la ley española que menciona a las personas jurídicas como sujetos protegidos que la jurisprudencia ha limitado a aquellas que no tenga fines de lucro y que en ejercicio de esa actividad, transmitan a título gratuito los bienes o servicios adquiridos, o sea que actúen de una manera similar a lo que acontece dentro del ámbito familiar o doméstico.²⁴⁴

La ley argentina tomó la definición de consumidor de la ley española, y por tanto menciona a las personas jurídicas entre los sujetos beneficiarios. Interpretando la norma se ha dicho que “desde el punto de vista conceptual son consumidores también las personas jurídicas, pero cuestión distinta es resolver si éstas requieren de una protección especial conferida por un sistema jurídico específico. Parece incuestionable una respuesta negativa, pues la protección acentuada que se otorga al consumidor, se sustenta en la carencia de suficiente discernimiento y perspicacia en cuestiones

²⁴³ Alpa, Guido, “La attuazione della direttiva sul credito al consumo”, en “Contratto e Impresa”, Cedam, Padova, 1994 I, pág. 7.

²⁴⁴ Esto puede ocurrir con las fundaciones o asociaciones o con comunidades de propietarios que adquieran bienes o servicios para que sean utilizados por los miembros de la entidad o por personas a ellos vinculadas, pero siempre que la cesión individualizada de los bienes o servicios se haga a título gratuito

económicas y jurídicas”, lo que no ocurre como regla en las personas jurídicas.²⁴⁵

De esta reseña se deriva que se mantiene abierta la polémica sobre si un empresario, o una empresa en el sentido comercial del término, pueden ser considerados consumidores. Y tal cuestión resulta vigente en el Proyecto, desde que no aparece parámetro alguno para establecer diferencia de regímenes sobre la base de la actividad realizada, como no sea el de que las personas jurídicas típicas que el Proyecto incluye en su texto, son consumidoras y las que resultan reguladas por la ley anexa 19.550, no lo son.

6.2.3. La delimitación de la extensión de los conceptos

La protección del consumidor está dirigida al no profesional, por lo que aplicarlo a quienes tienen aquella calificación, es asimilar éstos a los consumidores, lo que no significa que lo sean.

Como consecuencia se argumenta que los profesionales, cuando contratan sobre cuestiones ajenas a las que son de su especialidad, estarían en una situación de inferioridad comparable a la de un consumidor, por lo que alguna doctrina considera que podrían invocar en su favor la legislación protectora, por ejemplo en lo que se refiere a cláusulas abusivas.

En sentido opuesto se constata en la doctrina y jurisprudencia francesas, la opinión generalizada de que debe interpretarse estrictamente el concepto porque, en principio, el profesional cuenta con medios de asesoramiento y defensa. Además, el tercero que contrata con el profesional, no tiene razón para conocer en qué carácter está contratando este profesional, y por tanto qué ley le será aplicable al contrato, es decir, hay una razón de seguridad jurídica que lleva a que el cocontratante del profesional deba saber inequívocamente el régimen jurídico aplicable a la relación.

Esta razón de seguridad lleva también a que deban tomarse criterios inequívocos, calidad que no aparece en el criterio que toma en cuenta la especialidad de un profesional para determinar un régimen jurídico aplicable a la relación.

²⁴⁵ Stiglitz, Gabriel, “Interpretación del contrato por adhesión entre empresas”, en L. L. 31/5/95. Sobre la posición doctrinaria general, puede verse “Meditaciones sobre los derechos del consumidor”, de Jaime Anaya en E. D., 30/4/98.

Con el razonamiento de la especialidad o de la función del acto, ocurrirá que el criterio profesional-consumidor, debería ser sustituido por el de competente-profano, con lo que se pierde toda precisión.²⁴⁶

También se ha observado que el considerar consumidor a quienes se encuentran en la cadena de producción y distribución o comercialización de productos, aun en sus etapas finales de reventa, es extender el derecho del consumo a la totalidad de la materia reguladora de las relaciones comerciales, cuya extensión diluiría la tutela que fuera capaz de dispensarse al consumidor.²⁴⁷

Y el peligro de esta difusión del concepto se multiplica si se realizan, además, distinciones en las categorías de consumidores, y si no se afinan los conceptos, las reglas podrían llegar a carecer de toda racionalidad.²⁴⁸

El Tribunal Europeo, siguiendo el principio de exclusión del profesional de las normas de protección no les reconoce la protección destinada a aquéllos. Siguiendo esta dirección se ha resuelto, por ejemplo en relación con la venta a domicilio que, conforme a la Directiva 85/577/CEE, "el criterio de aplicación de la protección reside en el vínculo que une las transacciones objeto de la venta fuera de establecimiento a la actividad profesional del comerciante: éste no puede pretender que se aplique la directiva más que si la operación que constituye la venta excede el ámbito de sus actividades profesionales, entendiendo por éstas no sólo los actos habituales, sino también los excepcionales."²⁴⁹

²⁴⁶ Calais-Auloy, op. cit., págs. 8/9. Por estas razones el autor se inclina por la aplicación estricta del derecho del consumo a los consumidores, nunca a los profesionales.

²⁴⁷ Taboada, Marcelo, "En torno a la ley de defensa del consumidor y a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo Nacional", en L. L. Supl. 11/2/94, Parágrafo II.

²⁴⁸ Ejemplo de esta concepción se encuentra en la afirmación de que la "naturaleza colectiva del interés del consumidor trae con ella el reconocimiento del carácter difuso de ese interés, ya que todo el mundo debe consumir, todo el mundo es consumidor; el consumidor no es un concepto único sino difuso; la calidad de consumidor pertenece a todos y a cada uno, sea empleado, trabajador, ciudadano, productor, rico o pobre... El consumidor, cuando él consume, no actúa como productor, trabajador o ciudadano... no puede ser cuestión de dar del consumidor una imagen única o media. La definición del consumidor debe ser objetiva en el seno mismo del campo del consumo y tener en cuenta la particularidad de determinantes económicos, sociales y culturales que rodean la acción de diversas categorías de individuos implicados en las relaciones de consumo. Las reacciones, los comportamientos y las prioridades de los unos, no son necesariamente los mismos que la de otros. Una tipología distinta de los problemas prioritarios debe ser establecida según las categorías particulares de los consumidores... Existe el riesgo de ver transformarse el derecho de consumo en un nuevo factor de desigualdades sociales". Bourgoine Thierry, "El derecho comunitario del consumo-Experiencias y perspectivas respecto a la Europa de 1993", en J. A., 26/5/96, Nº 5830.

²⁴⁹ Guzmán Zapater, Mónica, "La protección de los consumidores en los contratos de venta negociados fuera de establecimiento mercantil". (A propósito de la transposición de la Directiva CEE 85/577), en "Gaceta Jurídica" de la C.E.G.J. 120, Boletín 80.

El Tribunal comunitario aplicó este mismo criterio juzgando un contrato de publicidad vendido en el domicilio de un comerciante que había manifestado su intención de transferir su fondo de comercio. El contrato concluido con el publicista no contenía la facultad de arrepentirse dentro de los siete días y realizar el pago dentro de igual período, como lo exige la ley de ventas a domicilio. Invocando esta norma en su favor, el comerciante pretendió arrepentirse y recuperar sus fondos. En tal circunstancia, los Tribunales franceses condenaron al propietario de la revista "Gle commerce, le partenaire de mercant et de la franchasie" a soportar el arrepentimiento, por violar su negativa la ley gala que reproduce la directiva comunitaria.

El Tribunal comunitario revocó la decisión sentando la doctrina que "las actuaciones preparatorias para la venta de un fondo de comercio como la conclusión de un contrato para la publicación de un anuncio... se encuentran relacionados con la actividad profesional del comerciante. Por lo tanto cuando un comerciante se compromete en un contrato como el indicado, no lo hace de forma irreflexiva y bajo el efecto de la sorpresa únicamente, sino que, siendo medianamente experto, conoce el valor de su fondo y el de cada uno de los actos necesarios para su venta (considerandos 16 a 18)", por lo que no debe ser considerado consumidor protegido por la Directiva.²⁵⁰

El mismo Tribunal de la Comunidad Europea resolvió que las normas relativas a la calificación de consumidor deben interpretarse restrictivamente, no incluyendo a los cesionarios de los derechos del consumidor, por lo menos en el caso de que dicho cesionario sea una persona jurídica. El principio se fijó a partir del derecho a la jurisdicción, y su doctrina es que tan sólo tendrá protección cuando actúe fuera de un ámbito comercial o profesional y en la medida que sea parte personalmente en un litigio como demandado o como demandante. Esto porque la protección al consumidor supone como razón la debilidad de éste, la que desaparece en el supuesto que sea ejercitada la actividad en forma profesional.²⁵¹

²⁵⁰ T.J.C.E., 14/3/91, As. C 361/89. Procedimiento penal c/ Patrice Do Pinto, "Gaceta Jurídica" de la C.E.E. GJ 113, B-76.

²⁵¹ T.J.C.E., 19/1/93, As. 89/91 Hutton Inc. TVB, "Gaceta Jurídica" de la Comunidad Europea, N° 124, Boletín 84, pág. 27.

6.3. La asunción de los riesgos de la contratación en el Proyecto

El Proyecto, de acuerdo a las normas transcriptas, está creando, como dice Calais Auloy, la distinción entre “entendido”, el que pertenece a la actividad del contrato, y “profano” al que no pertenece a esa actividad. A este último no le requiere como deber de previsión hacerse asesorar, sino que hace recaer sobre el primero mayores responsabilidades.²⁵²

Con esta dirección se estructuran “categorías” de profesionales, estableciendo distintos efectos según la especialidad del profesional y el rubro del contrato, al referirse al género de responsabilidad del enajenante o a la actividad a que corresponde el contrato.

Las distinciones por razón de especialidad, contenidas en el Proyecto, no aparecen en ninguna de las fuentes mencionadas como modelo para las contrataciones del derecho común, al tenerse en claro que se trata de contratación entre profesionales.

La única referencia a la calidad profesional, sin determinar especialidad, está en el Código Civil de Quebec, que al tratar las garantías en la compraventa establece una presunción de conocimiento de los vicios de hecho y de derecho para el vendedor profesional (art. 1729) y extiende la garantía del vendedor al fabricante, al distribuidor en nombre del fabricante y el importador (art. 1730). Estas garantías son renunciables (1733), pero la renuncia no tendrá efectos si el vendedor actuó de mala fe por el conocimiento que puede tener (art. 1733). Estas normas no rigen las relaciones de consumo sujetas a su propia ley.

La normativa de Quebec es, en definitiva, similar al régimen del Código Civil Argentino vigente.

6.4. Conclusión

La referencia a “profesionales” resulta sobreabundante en la estructura de un régimen del derecho común como principio. Pero, además, introduce un factor más de inseguridad porque parafraseando a Calais Auloy se ingresa en las calificaciones sobre los conceptos de “entendidos y profanos”, y a determinar cuánto es de entendida una de las partes y cuánto de profana la otra, y si la especialidad de una de ellas tiene igual significación que la de la otra.

²⁵² Calais Auloy, op. cit., págs. 8/9.

Un ejemplo utilizado por quienes son partidarios de las distinciones es el planteo de un abogado que compra una computadora para su uso profesional, derivando de esa relación que el vendedor es un “profesional especializado” y el abogado no tiene conocimientos, por lo cual debe ser protegido, en grado de protección que varía en intensidad entre quienes lo utilizan.

En la realidad se trata de dos profesionales especializados, en distinta especialidad, pero que en la contratación convergen. En el caso de plantearse un conflicto cada uno podría plantear al otro que lo debatido corresponde a las respectivas “especialidades” en terrenos poco nítidos. Supóngase que la disputa se traba en torno al cumplimiento del deber de información, la cuestión llevará al debate de cuál es el límite de la especialidad de cada uno. En realidad la especialidad del abogado le impone asesorarse en el aspecto técnico con carácter previo a la compra y a analizar la información recibida.

Por ello creo que debe eliminarse la traslación de riesgos basada en situaciones subjetivas, que implican sistemas especiales de garantías propios de los sistemas de protección.

7. Conclusión general

El análisis precedente demuestra que las contrataciones del derecho común, que comprenden los contratos de negocios, no pueden regirse por un sistema de “protección a la parte débil”, sin poner en serio riesgo la existencia e importancia de la contratación en sí misma.

La extensión sistemática que se propone no tiene antecedentes en ningún régimen vigente, ni en los antecedentes reseñados por los Proyectistas. Cabe suponer que no se ha hecho hasta ahora, porque es inconveniente para el régimen general de las negociaciones, valorando la relación justicia – seguridad en las contrataciones.

Esa relación se establece a partir de regímenes específicos de protección a determinadas clases, asegurando la justicia para quienes la integran y proveyendo a la seguridad para quienes contratan sobre el régimen que se aplica a la relación.

Un régimen general de protección basado en normas abiertas que transpola soluciones pensadas para sistemas especiales no asegura la justicia y destruye la seguridad creando un costo adicional de previsión de riesgos jurídicos no contenidos por los ordenamientos que rigen los contratos internacionales o los vigentes en otros países, y que son ajenos a las costumbres.

La Argentina puede asumir, sancionando el Proyecto el costo de la "originalidad", ignorando lo que ocurre en el resto del mundo con fundamento en la calificación de la vigencia universal de un sistema injusto en las contrataciones. La contrapartida será, inevitablemente, que el mundo ignore a la Argentina. Aquí aparecerá la valoración de la conveniencia.

VI. LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO

El Proyecto hace la solemne declaración de que los contratos discrecionales obligan a las partes como a la ley misma y sus estipulaciones prevalecen sobre las normas legales supletorias y los usos (art. 964) y que sin perjuicio de las disposiciones especiales, los contratos predispuestos obligan, en general, con los mismos alcances establecidos en el artículo anterior (art. 965).

La contundente afirmación puede llevar a pensar que se aplica el principio sistematizador de la fuerza obligatoria. Pero aquí también sucede que el mismo resulta excepcional frente al sistema configurado por las previsiones del proyecto que tienen en cuenta el "derecho de los débiles contractuales".

A esta conclusión se arriba, como en los casos anteriores, analizando el contexto general del Proyecto partiendo de normas diversas.

1. Contenido del contrato

El principio general de cumplimiento es el de la buena fe, ya reiteradamente nombrado (art. 966), que por conocido y repetido en muchas ocasiones no puede concretarse en específicas reglas de comportamiento.

Galgano la inscribe dentro del principio de obrar correctamente y con lealtad, que es una regla de costumbre: corresponde a lo que un contratante de actuar medianamente en forma correcta debe hacer o no hacer en el sector económico o social a que el contrato se refiere. En última instancia es el juez el que va a calificar la acción pero no según su propio concepto, sino el que surja de la costumbre de ese sector.

La aplicación de la regla de la buena fe es aplicación del derecho jurisprudencial, entendiendo por tal el que nace de la consideración del caso concreto, lo que no equivale al juzgamiento caso por caso, sino que por el uso se llega a una tipificación como *regla iuris*, en este caso, de la valoración de los comportamientos de las partes para satisfacer este deber, conformando una serie de reglas que finalmente permiten integrar el contrato.²⁵³

²⁵³ Galgano, en "Diritto Civile e Commerciale", págs. 548/9.

En esa concreción aparecen como deberes de buena fe:

*) la obligación de conservar íntegramente lo que es debido a la otra parte, sea custodiando con diligencia la cosa vendida bajo condición suspensiva o recibida bajo condición resolutoria;

*) el deber de comportarse de manera de evitar daño a la otra parte, aunque ello implique el cumplimiento de deberes que no estén establecidos por la ley o el contrato, pero que resultan naturalmente accesorios de aquéllos;

*) el deber de comunicar a la otra parte cualquier circunstancia sobreviniente que implique imposibilidad de cumplimiento en forma diligente;

*) no comportarse en forma abusiva, en este caso, deberá juzgarse en cada contrato;

*) el deber de renegociar en los contratos de larga duración y que en el transcurso del tiempo se han producido cambios profundos en la situación de hecho existente al momento de la contratación.²⁵⁴

1.1. Las cláusulas implícitas

A la buena fe, como cláusula implícita, art. 967, ubicado en el capítulo relativo a los efectos del contrato, agrega otras como elementos integrantes incluyendo a “la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte”.

La jurisprudencia francesa ha estado tradicionalmente en contra de la idea de que el juez pueda completar o modificar un contrato y rara ha sido la oportunidad en que lo ha hecho apelando a las cláusulas implícitas cuando el contrato ha sido claramente escrito. Sólo cuando el contrato es totalmente impreciso, podrá el juez referirse a otras circunstancias como la costumbre para determinar si tal o cual obligación alegada por las partes puede considerarse implícita en el contenido del contrato y corresponde a su economía.²⁵⁵ Resulta así determinado el ámbito de las llamadas cláusulas implícitas en el campo contractual.

En este límite la función es mantener la voluntad de las partes, creando una situación nueva. Lo contratado por las partes sólo podrá ser modificado cuando se haya eludido una norma imperativa.²⁵⁶

²⁵⁴ Galgano, en “Diritto Civile e Commerciale”, págs. 554/62.

²⁵⁵ Larroumet, “Droit Civil”..., cit., pág. 129.

²⁵⁶ Larroumet, “Droit Civil”..., cit., pág. 130.

1.1.1. Las cláusulas implícitas en las fuentes citadas por los Projectistas

*) En los Principios de Unidroit se establece que “las obligaciones contractuales pueden ser expresas o implícitas” (5.1) y que estas últimas dimanen de la naturaleza y finalidad del contrato; las prácticas establecidas entre las partes y los usos: la buena fe y la lealtad negocial y el sentido común (5.2.).

*) En el Contracto Code bajo el título “previsiones expresas desconocidas para una de las partes contratantes” se establece que “las previsiones expresas de un contrato no sólo incluyen lo que cada parte conscientemente acordó, sino también cualquier previsión que una parte pueda razonablemente creer que la otra ha aceptado porque:

a) estaba incluida en un documento firmado como borrador del contrato por la otra parte, o

b) se hubiesen dado pasos razonables para llamar la atención de la otra parte sobre ellas al celebrar o antes de celebrar el contrato (art. 101).

En el comentario se hace referencia a que se incorpora la doctrina de los ticket case, que han sido objeto de críticas por quienes consideran que es necesario el conocimiento actual de una previsión para poder considerarla como una condición del contrato.

También se incluye un detalle de declaraciones ajenas al contrato que pueden formar parte del mismo, aclarando que la declaración que no es condición del contrato no forma parte del mismo (art. 103).

Con relación a las previsiones no contenidas en el contrato se preceptúa que forman parte del mismo y podrán ser implícitas cuando por las circunstancias que lo rodean, los principios generales o cualquier proceso de relación entre las partes, tal previsión puede considerarse que forma parte del mismo; o cuando sea necesario para permitir al contrato una razonable eficacia; o cuando lo exija la ley aplicable, la costumbre mercantil o el uso local (art. 104).

En el comentario se hace referencia entre las circunstancias a contemplar, los suministros prestados sobre los que no se ha establecido el precio. En las demás circunstancias se refiere a que la jurisprudencia elaborada en la Corte de Apelación y en la Cámara de los Lores indican un cierto casuismo.

Pero, en todo caso, se ha salvado el principio que los Tribunales se encuentran inhibidos “para presuponer una condición a menos que estén convencidos de que una de las partes pensó que tenían dirigidas sus mentes

hacia ella". Por ello el enfoque del Código está dirigido a que se presupon-
gan las condiciones tales que sean objetivamente necesarias para que el
contrato opere razonablemente.

*) Los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

El deber de obrar de buena fe se considera incluido en todo contrato,
y no puede ser excluido ni limitado, lo mismo que el deber de cooperación
para dar todo efecto al contrato (arts. 1.201 y 1.202).

También se determina que la razonabilidad será juzgada por lo que las
personas que actuando de buena fe y en la misma situación de las partes
consideran como tal. En particular, en la evaluación de razonabilidad serán
tenidas en consideración la naturaleza y fin del contrato, las circunstancias
del caso, y los usos y prácticas de los comerciantes y profesionales
involucrados (art. 1.302).

El principio incluido sobre esta cuestión es que toda declaración he-
cha por una parte dirigida a la celebración de un contrato da nacimiento a
una obligación contractual respecto de la otra parte si así lo ha entendido
ésta, conforme a las circunstancias y particularmente a:

Las declaraciones que dan nacimiento a obligaciones contractuales
se reglamentan partiendo de que (6.101):

La declaración hecha por una parte tendiente a la conclusión de un
contrato se reputa que da nacimiento a una obligación contractual si la otra
parte lo pudo así entender de acuerdo a las circunstancias y en particular:
a) la importancia aparente de la declaración para la otra parte; b) el cono-
cimiento de que la declaración se ajusta a las condiciones normales del
comercio y c) los conocimientos técnicos de las respectivas partes.

Además, quien hace la declaración es un proveedor profesional que
realiza la declaración tendiente a la celebración del contrato informado so-
bre la calidad o el empleo de servicios, mercaderías u otros bienes utilizan-
do la publicidad, o por cualquier medio, esa declaración es reputada como
destinada a dar nacimiento a una obligación contractual, a menos que se
pueda establecer que la otra parte supiera o debiera haber sabido que eran
inexactas.

Igualmente, las mismas informaciones y otras promesas realizadas
por la publicidad o por medio confiable en el mercado, de servicios, merca-
derías u otros bienes por un proveedor profesional, o por una persona ubi-
cada dentro de la cadena de comercialización, se reputa que están destina-
das a dar nacimiento a obligaciones contractuales del proveedor, a menos
que de ellas surja que no existía una razón para ser interpretada esa infor-
mación como promesa

Las condiciones implícitas son las que derivan de la intención de las partes; de la naturaleza y el fin del contrato y la buena fe (6.102).

*) El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos en su art. 32 establece como cláusulas implícitas, las impuestas por los ordenamientos; las que derivan del deber de buena fe; las que se juzgan tácitamente queridas por las partes en base a las relaciones de negocio anteriores, tratativas, circunstancias, costumbres generales y locales; deben ser reputadas necesarias para que el contrato pueda producir los efectos queridos por las partes.

Además, **en la medida que de cierto modo correspondan al texto contractual**, las declaraciones que “cada una de las partes ha hecho a la otra durante las tratativas o en el momento de celebrar el contrato a propósito de una situación o de una expectativa de hecho o de derecho relativa a los sujetos, al contenido o a la finalidad del contrato, si estas declaraciones pueden haber determinado el acuerdo entre las partes...”.

En los contratos internacionales se considera implícita la costumbre generalmente observada en los contratos del mismo tipo, en el mismo sector comercial y del cual tienen conocimiento o se considera que tienen el deber de tener conocimiento (art. 32).

En el Código Civil Neerlandés “un contrato no tiene solamente los efectos jurídicos convenidos por las partes, sino también los que se deriven, según la naturaleza del contrato, de la ley, la costumbre o las exigencias de la razón y la equidad” (248.1), lo que resulta coherente con su artículo 2.1 del Libro 6 en el que se determina que el acreedor y el deudor están obligados a comportarse mutuamente de acuerdo con las exigencias de la razón y de la equidad. Una regla en vigor entre ellos en virtud de ley, costumbre o acto jurídico no es de aplicación en cuanto fuera inaceptable en las circunstancias dadas según criterios de la razón y de la equidad (art. 2.1. Libro 6).

El Código de Quebec establece como cláusulas implícitas las que surjan de la naturaleza, de los usos, de la equidad y de la Ley (art. 1434) y son válidas las cláusulas externas a las que se haga reenvío (art. 1435).

Con relación al contrato por adhesión o de consumo hay prácticamente muchas de estas fuentes, normas propias ya fueron precedentemente descritas.

1.2. Las expectativas legítimas como cláusula implícita

Al referirse a las “expectativas justificadas de la otra parte” se está nuevamente introduciendo una cuestión que se ha considerado específica

de los contratos celebrados bajo condiciones generales, conforme lo consigné precedentemente.

1.2.1. La doctrina de las “expectativas razonables de los adherentes”

Esta doctrina tiene su origen en los EE.UU. “donde se ha desarrollado y extendido, aunque no sin importantes controversias y sin que pueda considerarse definitivamente aceptada por la generalidad de autores y tribunales”. Con origen en el contrato de seguro se extendió luego a la generalidad de los contratos por adhesión.²⁵⁷

Se parte de las expectativas que se haya podido formar el adherente, con independencia de lo que exprese el formulario, por lo que quedan fuera del formulado general todas aquellas cláusulas “que no hayan sido realmente conocidas y deseadas por el adherente, que no hayan sido esperadas, no por ende, consentidas”... cuando ellas se hayan formado de manera “objetivamente razonable, es decir, que un contratante que actúe con una diligencia media, ... en la misma situación y condiciones, hubiese llegado a tener las mismas expectativas contractuales”.

Esa expectativa razonable se concibe a partir de las circunstancias que rodearon a la formación del contrato “relacionadas con la conducta publicitaria, promocional, comercial, etc. del predisponente, con los tratos personales entre las partes o con el tipo contractual y su regulación legal o usual; en cualquier caso, han debido ser ocasionadas activa o pasivamente, dolosa o negligentemente, por el empresario, por lo que debe asumir las consecuencias de su conducta, que ha provocado una confianza en el otro contratante determinante de su decisión”.

Es así que se producirá el efecto invalidatorio de la voluntad del adherente cuando las condiciones generales del contrato contradigan o ignoren aquellas manifestaciones previas que llevaron razonablemente al convencimiento de que lo informado previamente constituiría el contenido del contrato.

Por ello, generalizando, cuando el verdadero contenido no recoge lo informado; o cuando sus cláusulas no se corresponden con el tipo o el título del negocio, frustrando el fin perseguido; o limita indebidamente las prestaciones esenciales; o cuando por cualquier medio el adherente ha hecho

²⁵⁷ Ballesteros Garrido, op. cit., págs. 165 a 217. El desarrollo del tema por este autor es el que se sigue en el texto.

conocer la finalidad buscada, el predisponente responde por frustración de las expectativas.

En este sentido se ha indicado que es deber del predisponente expresarse claramente y dar todas las explicaciones, por "lo que no basta la mera entrega del documento en que se recojan si no se hace alusión a su trascendencia y mucho menos si éstas son complejas, técnicas, se parte de la práctica comercial anterior entre las partes o se refiere a aspectos de difícil comprensión o valoración por el adherente", todo ello valorado con relación a la complejidad y situación de cada específica contratación.

A la vez, se requiere que para que **las expectativas del adherente puedan ser elevadas a la categoría de "lex contractus" deberán ser legítimas y razonables**, "con lo que quedan excluidas las formadas por desidia o negligencia del propio adherente que, teniendo la oportunidad de conocer el contenido del clausulado y siendo este equitativo no se tomó la molestia de informarse y contrató a ciegas".

Se entiende que el adherente cae en estas conductas cuando rechaza información que el predisponente le brinda, porque no se puede beneficiar con su propia torpeza o negligencia. "La doctrina de las expectativas razonables no ampara la mala fe del adherente ni su conducta negligente, **sino que trata de reconstruir el contrato averiguando qué fue lo realmente acordado, excluyendo todas las cláusulas inesperadas y por tanto no aceptadas**".

Si el oferente informa debidamente y el adherente declina la información, creándose vanas ilusiones carentes de base objetiva, el clausulado propuesto tiene plena eficacia.²⁵⁸

1.2.2. **Ambito de aplicación de la doctrina de las expectativas razonables**

Originariamente esta doctrina se formuló como herramienta interpretativa para resolver las ambigüedades u oscuridades de la redacción de las pólizas de seguro. Se interpretó, inicialmente, que el asegurado que suscribía una póliza debía entenderla según su capacidad de comprensión y no el técnico que le daba el asegurador, pero siempre que la póliza fuese inteligible el asegurado tenía el deber de leerla y quedaba sometido a ella.

²⁵⁸ Ballesteros Garrido reproduce algunos tests que se han formulado en los EE.UU. para determinar la posible existencia de violación de expectativas. Ver notas 15 y 17, págs. 168 y 170.

Luego, algunos tribunales ampliaron el sentido para aplicarla en casos en que la discrepancia entre las partes ya no procedía de la interpretación de las condiciones generales, sino que ellas contrariaban las expectativas que razonablemente se había formado el adherente, es decir se utiliza para averiguar la voluntad de las partes a partir de todos los elementos del negocio, aunque ello conduzca a una marginación del texto predispuesto.

Pero, esta formulación evolucionada presentaba para algunos autores y tribunales la objeción “que el criterio amplio podría dar lugar a una aplicación excesiva e indiscriminada, carente de una sistemática que permita un mínimo de seguridad jurídica que es indispensable en el mercado”.²⁵⁹

La doctrina de las expectativas razonables en su sentido amplio implica “una operación compleja que... da lugar a una reconstrucción del contrato, muchas veces en contradicción con algunas de las condiciones generales partiendo de una visión global de todo el negocio, el elemento básico según los términos expresamente acordados. Fijados éstos, la reconstrucción continuará mediante una interpretación conforme a los cánones de la buena fe objetiva de la conducta de las partes, de los actos de comunicación entre ellos, sea directamente o por medio de la publicidad, para averiguar qué expectativas pudieron razonablemente originar al adherente, con inclusión de todos aquellos aspectos que, sin estar expresamente declarados, deban entenderse incluidos en el sentido de dichas manifestaciones... Si aún existen lagunas se integrará el contrato... que será la forma en que el adherente pueda esperar que esté regulado el contrato...”.

Es, en definitiva, “una alternativa completa al sistema positivo de control de condiciones generales **ya que no busca fijar el contenido del contrato por medios sustitutivos de la autonomía de la voluntad inexistente en este tipo de contratación, sino en restaurar ésta, devolviendo a la declaración del adherente su verdadera dimensión contractual...**”.

1.2.3. Los criterios para determinar las expectativas razonables

La cuestión también suscitada en los EE.UU., se ha centrado en la decisión de establecer **qué expectativas deben protegerse en el marco de un contrato por adhesión con relación al consumidor**: “las que

²⁵⁹ Ballesterero Garrido está en contra de las objeciones y se mantiene en la tesis de la aplicación amplia, considerando insuficiente su postulado si se la limita a la interpretación.

se crearía un consumidor medio, considerado en abstracto situado ante el contrato en cuestión, o las del contratante concreto, a tenor de las circunstancias propias de un contrato particular; es decir, si debe utilizarse un criterio objetivo o subjetivo para determinar la razonabilidad de las expectativas a proteger.

En general, los tribunales americanos y europeos se han volcado a las tesis objetivas por una razón de seguridad jurídica, pues sería impredecible el juzgamiento de cada expectativa en particular. Se ha objetado, sin embargo, que la base subjetiva está en el conocimiento que puede no haberlo tenido un contratante particular. En ese punto existen también interpretaciones diversas sobre si el adherente conoció o debió haberla conocido, también sobre un criterio de mass media según las circunstancias del caso.

En este cometido se han tenido en cuenta diversas circunstancias²⁶⁰:

*) que las expectativas del cliente se funden en las circunstancias individuales concurrentes en la celebración del contrato. En este caso han de determinarse de manera típico-objetivas, lo que significa que deberán tenerse en cuenta las representaciones mentales que ante esas concretas circunstancias individuales se habría formado un cliente medio de ese sector del tráfico y no las del concreto cliente.

*) que las expectativas del cliente resulten de la naturaleza o apariencia externa del contrato. Esto implica considerar relevantes las expectativas y la confianza en una regulación contractual usual y conforme a la naturaleza del contrato celebrado, propias de un cliente medio del sector del tráfico en el que se celebra el negocio. Por consiguiente, es irrelevante la posible sorpresa individual de un cliente concreto respecto de una cláusula usual en el sector debido a su inexperiencia negocial.

Concordantemente un empresario puede eliminar el efecto sorpresa de una cláusula insólita llamando la atención debidamente en relación con la cláusula, de modo tal que el cliente pueda apercibirse de su existencia o también cuando razonablemente pueda considerarse que el contenido regulador de la cláusula es comprensible sin mayor dificultad para un cliente medio del sector de tráfico donde se trate, y está ubicada en el documento contractual de tal modo que hay que considerar como muy probable que un cliente medio se aperciba de su presencia.

²⁶⁰ Pagador López, op. cit., págs. 510 y ss.

1.2.4. La violación de las legítimas expectativas mediante cláusulas sorpresa

Como resulta de todo lo anterior, la violación de las legítimas expectativas es una manifestación de las cláusulas sorpresa, incluidas por el Proyecto como ingrediente subjetivo en la lesión. El Proyecto ha disociado una misma situación creando una nueva forma de vicio independiente, y la ha extendido en sus límites de aplicación.

Esta conclusión surge del análisis de la jurisprudencia española sobre la cuestión, que ha considerado configurada esta situación en diversas circunstancias con relación a los contratos celebrados con consumidores o usuarios²⁶¹:

*) Cláusulas que alteran sustancialmente el contrato, al punto que lo convierten en otro distinto, por ejemplo las que restringen o limitan la obligación de vigilancia y la responsabilidad de los titulares de aparcamientos públicos.

Se ha analizado dentro de esta categoría la situación de la falta de asunción en forma expresa de la constitución de la solidaridad en el momento de la celebración del contrato, existiendo opiniones divergentes al respecto.

En el contrato de seguro se ha juzgado que las exclusiones de cobertura con relación a ciertos riesgos que son típicos del objeto de la contratación celebrada, desnaturalizan sustancialmente el objeto.

*) Cláusulas que destruyen el carácter recíproco de las prestaciones, en cuanto imponen al cliente la obligación de realizar su presentación aunque el predisponente no cumpla la suya, o aunque la primera carezca de sentido de acuerdo con la finalidad del contrato.

*) Cláusulas ajenas o extrañas al tipo de contrato celebrado, por ejemplo cuando se atribuye al adherente la condición de empresario para evitar la aplicación de la normativa de protección o cuando aparece la autorización de ceder los datos personales a un banco de datos.

*) Cláusulas que atentan contra la autonomía del contrato, es decir, cuya eficacia conllevaría para el cliente el surgimiento de vínculos que exceden los que naturalmente surgen de la naturaleza del contrato, por ejemplo, la cláusula del contrato bancario que permite al banco satisfacer con fondos depositados en una cuenta de ahorros deudas que por cualquier otra causa tuvieran los titulares con el banco.

²⁶¹ Citados por Pagador López, págs. 505 y ss.

1.2.5. Conclusión

De lo expuesto surge que la concepción de lo que constituye “sorpresa” o “cláusula sorpresiva” es suficientemente conocido en la doctrina y jurisprudencia extranjera y que se **lo ha tratado y elaborado solamente para la situación de la adhesión en contratos celebrados con consumidores.**

No existe entre los antecedentes reseñados, ningún caso en el cual se haya considerado incluido dentro de un contrato celebrado en el régimen común las “expectativas” como integrante de la voluntad contractual, con sentido genérico.

Dentro de las fuentes en las que se inspiró el Proyecto, se hace en algunos casos mención a las expectativas, pero con especificaciones concretas no reproducidas por este último, lo que quita toda precisión al sistema.

El Contract Code, lo contempla en forma específica determinando claramente los supuestos en que pueden considerarse incluidas previsiones no escritas.

El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, concreta que las expectativas deben surgir de declaraciones de las partes que de “cierto modo correspondan al texto contractual”.

Por tanto, resulta extraño al género que se predica, incluir a las “expectativas justificadas” contenido implícito del contrato denominado discrecional. Ello porque la calificación supone un juzgamiento por tipos contractuales “standard” o cláusulas tipo a las que las partes que libremente contratan no tienen obligación de respetar. Mantener esta previsión obligará a todos los contratantes a realizar en sus contratos un minucioso detalle de la razón por la cual escriben cada una de las cláusulas para que la otra no pueda invocar “sorpresa”.

Tal modo de obrar dificulta la dinámica negocial, y curiosamente va a proteger a quienes, concededores de este atajo, obren de mala fe y “sorprenan” a quien concluyó un contrato con obligaciones atípicas y no tomó la precaución de explicar en el contrato la razón por la cual se aparta de lo que es costumbre, está conforme con el uso o la práctica.

2. Algunas vicisitudes contractuales

El análisis de las vicisitudes contractuales muestra, también, que el Proyecto introduce una regulación cuyo sistema debe ser compaginado a

través de diversas normas y, que en su conjunto, revelan una situación más complaciente respecto a la responsabilidad de los incumplientes.

2.1. La metodología del Proyecto respecto de las vicisitudes

En el Capítulo XII, Título II del Libro Cuarto el Proyecto trata sobre la “Extinción, modificación y adecuación del contrato” utilizando el criterio de clasificar conforme ella opere por rescisión bilateral o por resolución de una de las partes y, a partir de esa premisa, determinar los efectos que se producen en cada caso.²⁶²

Dentro de la configuración de estas causales extintivas, aparecen situaciones configurativas estructuradas sobre el incumplimiento, la cláusula penal o la mora, cuya conceptualización no fue utilizada previamente, sino que forma parte del Título IV siguiente: “De las otras fuentes de obligaciones”.

A la vez, en el mismo Libro 4, Título I, se trata de las obligaciones en general, se regulan las obligaciones, sus distintas especies y sus causas de extinción, por lo cual es necesario armar una suerte de “rompecabezas” para establecer todas las cuestiones implicadas. La tarea no es sencilla, y por la dispersión siempre puede quedar algún cabo suelto por el camino. No obstante, haré el intento.

2.2. El incumplimiento

La primera investigación está destinada a determinar cuándo existe incumplimiento.

2.2.1. Las diversas configuraciones del incumplimiento

En este sentido, el art. 1584, bajo el título “alcances de la responsabilidad” dice que “la responsabilidad comprende el deber del deudor: a) de

²⁶² Trigo Represas, Félix, “La resolución por incumplimiento en el Proyecto de Código Civil del año 1999”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de “Anales”, Año XLIII, Segunda Epoca, Número 37, octubre de 1999, hace notar que “un instituto que en nuestro Código Civil aparece legislado en sólo dos artículos, 1203 y 1204, y que encuadra indiscutiblemente dentro de lo que constituyen normas supletorias de la voluntad de las partes en materia contractual... se le hayan podido dedicar en el mismo un total de 19 artículos... máxime teniendo en cuenta que uno de los objetivos principales de los redactores de dicho Proyecto fue la simplificación de las normas vigentes...” (pág. 24).

procurar al acreedor aquello a que tiene derecho conforme al art. 678 b) de reparar el daño, en caso de infracción al deber general de no dañar". Se da la paradoja metodológica que este alcance está ubicado posteriormente a sus aplicaciones, lo que se advierte, no sólo por la remisión que realiza expresamente, sino también en relación con las normas referidas al incumplimiento de los contratos.²⁶³

En realidad el inc. a) incurre en una tautología, porque el artículo 678 menciona que el acreedor tiene derecho a que "el deudor le procure aquello a que está obligado".

Cuando se regula la resolución por incumplimiento, y a ese efecto, se considera que éste se configura: "a) si no realiza una prestación íntegramente adecuada a lo convenido; b) si manifiesta a la otra parte que no cumplirá; c) si aseguró la existencia o la subsistencia de una circunstancia o situación de hecho y ella no existe o subsiste" (art. 1049).

En el supuesto que la cláusula resolutoria se establezca expresamente, puede preverse la configuración de incumplimientos genéricos o específicos y regularse los requisitos para su operatividad y efectos (art. 1052).

Para juzgar la existencia de incumplimiento en la cláusula resolutoria implícita en los contratos bilaterales el incumplimiento debe ser significativo. Si es parcial, debe privar sustancialmente a la parte de lo que razonablemente tenía derecho a esperar en virtud del contrato. Siempre debe existir mora del incumpliente (art. 1054).

2.2.2. La mora

El concepto de mora está calificado. Dice el Proyecto bajo "requisitos de la mora" que "hay mora si el deudor retarda el cumplimiento de su obligación y concurre el correspondiente factor de atribución de responsabilidad. El deudor no incurre en mora si el acreedor no presta el deber de colaboración establecido por el art. 677" (art. 1592).

De acuerdo al principio introducido en el Proyecto no hay mora sin culpa, dolo o responsabilidad objetiva (arts. 1602 a 1606), lo que lleva a distinciones con el "mero retardo" que analizo más adelante.

Seguidamente se contemplan los supuestos en que la mora se produce automáticamente (art. 1593). Luego se alude a la "liberación o atenuación de los efectos de la mora automática" (art. 1594). Después se legisla

²⁶³ El artículo 678 determina cuáles son los efectos de las obligaciones con relación al acreedor.

el supuesto que la mora no es automática, porque es necesaria la interpelación (art. 1595); la demora justificada, los efectos de la mora, la mora del acreedor y la mora en las obligaciones correlativas (arts. 1596 a 1599).

No cabe duda de que el "sistema" se complica respecto del Código vigente, si se observa que el ordenamiento jurídico ha funcionado hasta ahora, y con la reforma de la 17.711 mediante sólo tres artículos que establecen reglas, que aunque son meramente descriptivas, resultan claras.

2.2.2.1. La mora automática

En el Proyecto se elimina la regla general de mora automática para limitarla a supuestos específicos, incluyendo dentro de éstos, casos en que la operatividad inmediata resulta dificultosa sobre la base de los supuestos de hechos contemplados.

La mejor prueba de esta afirmación es que el último inciso del artículo 1593 indica que la mora es automática "si una disposición legal o una estipulación contractual exigen de requerir el cumplimiento". Por tanto, los tres incisos anteriores se convierten en supuestos en que la ley exime de "requerir el cumplimiento".

A la vez, el art. 1595 introduce supuestos en los que indica que "es necesaria la interpelación". Tal exigencia aparentemente no se compadece con el sistema que surge del 1593. El primer inciso del 1595 es bastante inútil si se atiende al texto del mencionado inc. d) del 1593 y el segundo pone el sistema sobre una continua incertidumbre. Todo deudor va a pre-
textar no estar en mora porque el acreedor no prestó la colaboración necesaria.²⁶⁴

El inciso a) del art. 1593 indica que la mora se produce automáticamente, "al tiempo en que el pago debe ser realizado conforme los arts. 825 y 826". Como señala Trigo Represas, por lo menos el inc. c) del art. 825 y el art. 826 constituyen ya excepciones al "principio de automaticidad de la mora, puesto que aunque no haya necesidad de interpelar al obligado, al menos siempre será imprescindible hacerle saber previamente, o bien "la fecha que, conforme a la buena fe, corresponde el cumplimiento o la que a ese fin hubiese fijado el acreedor". Igualmente, el inc. d) supone previamente la intervención del Tribunal, y también señala este autor, que el su-

²⁶⁴ Trigo Represas, en op. cit., pág. 30, dice que esta normativa en la práctica puede dar lugar a numerosas situaciones conflictivas.

puesto de "la primera oportunidad que su índole consienta en las obligaciones que no tienen plazo, tal como lo expresa el art. 826, hará necesario el requerimiento".²⁶⁵

Otros supuestos previstos como de producción de mora automática, por ejemplo el que refiere al análisis de la naturaleza y circunstancias de la obligación (art. 825 inc. 6), llegarán casi con seguridad a los estrados judiciales para su determinación, lo mismo que la determinación de la imposibilidad de realizar la intimación por causa atribuible al deudor (art. 1593 inc. c). En cuanto a los usos, no pueden tomarse los generales como norma salvo que se la erija para este caso concreto, y los que existían entre las partes en aquellos tiempos (art. 825 inc. b) va a depender seguramente de una determinación de un tercero, y al plantearse el conflicto concluirá normalmente con una decisión judicial.

Del análisis precedente surge que, en la práctica, la mora automática se producirá en forma indudable cuando la obligación tenga plazo cierto determinado o determinable como dice el art. 825 inc. a) o si el pago debe ser hecho, por una contraprestación que debe ser pagada al contado, al ser realizada la correspondiente contraprestación (art. 825 inc. f).

2.2.2.2. Los efectos de la mora y de la demora

El Proyecto determina los efectos generales de la mora (art. 1597), que se producirán, es de suponer, a partir de que ésta se considere configurada, aunque la calificación cierta surja de una resolución posterior.

Pero, en dos artículos anteriores, el Proyecto también hace referencia a efectos, pero de la demora. En el art. 1594 se **otorga atribuciones al Tribunal** para liberar al deudor, o atenuar los efectos de la mora automática que se produzca por **mero retardo** en los supuestos de los incisos a) y c) del art. 1593, si éste demuestra que su aplicación estricta transgrede la buena fe.

La buena fe es un principio general que no se debe transgredir. Igual calidad de principio general es que las obligaciones deben cumplirse como fueron pactadas. La claridad es necesaria en las leyes para la seguridad del tráfico. Del texto del Proyecto no aparece la diferencia entre mora y simple retardo, distinción doctrinaria que alguno de los autores sostiene en sus obras, pero que no se introduce en forma expresa, en el texto en análisis,

²⁶⁵ Trigo Represas, op. cit., pág. 29.

sino sólo por una vía indirecta para atribuirle efectos. La norma aparece, en todo su contenido, totalmente desafortunada.²⁶⁶

El análisis de los arts. 825/6 del Proyecto demuestra la cantidad de matices que se introducen y que llevarán a un debate sobre la existencia o inexistencia del estado de mora. Prácticamente para el único supuesto en que puede existir certeza que el estado de mora automática puede tener una configuración objetiva, que es el vencimiento del plazo, entonces aparece la prevención que su aplicación puede contrariar la buena fe. El pleito se planteará casi con seguridad cuando el acreedor quiera hacer efectivo su crédito al vencimiento del plazo estipulado para el cumplimiento de la obligación.

Más sorprendente resulta que aquel deudor que hizo imposible que el acreedor pudiera cumplir con la interpelación por causa que le resulta “atribuible”, o sea que obró de mala fe, pueda luego pretender que su acreedor “transgrede la buena fe” por osar efectivizar las consecuencias que se derivan del estado de mora.

También se prevé que, el deudor, **aún en estado de demora** puede ser eximido temporalmente del cumplimiento por una causa ajena a su responsabilidad. Cuando esta cesa, el deudor puede cumplir conforme los arts. 825/6, con todas las numerosas circunstancias que ellas generan. Es así que un deudor “demorado” puede invocar la existencia de una causa ajena a su responsabilidad que le impide pagar, por ejemplo porque se enfermó su mujer o porque cayó granizo (art. 1613). A partir de allí quizá pueda entrar a discutir cuál es el plazo de cumplimiento que surja de la buena fe (art. 825, inc. c), con las consiguientes demoras para el acreedor... y pleitos de por medio.

2.2.3. Conclusiones

2.2.3.1. Con relación al incumplimiento

Las diversas normas proyectadas que definen o establecen el “alcance” de la existencia de incumplimientos con criterios diferentes de acuerdo a cada supuesto pueden acarrear confusiones.

²⁶⁶ Alterini, Atilio, Ameal Oscar y López Cabana, Roberto en “Derecho de Obligaciones”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 177, distinguen la mora de la demora o simple retardo que no se identifica con el estado de mora, a la que asignan “innegable trascendencia en la calidad y cantidad de efectos que por sí sola produce. La importancia actual que es asignada al aprovechamiento del tiempo, la creciente comercialización del derecho civil y la crisis de la culpa, han conducido a poner de relieve a la demora, en cuanto prescinde de pesquisar cualquier subjetividad,

Parece preferible establecer, como lo hacen algunas de las fuentes que se reseñan más adelante, determinar criterios para tipificar el incumplimiento "significativo" que por lo menos limiten las posibles interpretaciones que puedan realizarse. Estas especificaciones aparecen, como se describe más abajo, prácticamente en todos los restatements y proyectos tomados como fuente por los Proyectistas.

El conjunto de las normas proyectadas indica que los deudores podrán realizar variadas argumentaciones para demostrar que cumplieron, así lo hayan realizado en mínima proporción o que el cumplimiento parcial es sustancial con relación a lo que razonablemente podía esperarse para evadir la resolución.

La distinción realizada entre el incumplimiento en la cláusula resolutoria expresa y el de la implícita hará necesario que los contratantes incluyan en cada cláusula contractual que ella es esencial en su cumplimiento y que el incumplimiento, así resultare parcial, podrá generar la facultad de resolver.

2.2.3.2. Con relación a la mora

Las previsiones del Proyecto sobre configuración de la mora automática resultan confusas, por lo que acarrearán innúmeros conflictos interpretativos. En esta conclusión están comprendidas tanto las específicas normas de la mora, como las remisiones realizadas a la preceptiva sobre el pago.

Fuente de conflictos serán también las diferencias entre "mora" y "demora". El art. 1594 y el 1596 deben eliminarse sin duda alguna. Su mantenimiento podría razonablemente, por ejemplo, fundar excepciones tendientes a eliminar el curso de los intereses moratorios en las ejecuciones de cualquier índole, con invocación del derecho a producir prueba dado que la ley está indicando la posibilidad de la imputación y la prueba.

Las normas vigentes relativas a la mora resultan suficientemente ciertas y conocidas y su aplicación ha resultado satisfactoria para el tráfico y las exigencias de la justicia y la seguridad. La modificación, a más de innecesaria, es manifiestamente inconveniente.

y permite una más simple y eficaz captación del fenómeno del incumplimiento temporal y de las consecuencias que se derivan de la extemporaneidad...".

2.3. La resolución por incumplimiento

El tema ha sido desarrollado exhaustivamente por Trigo Represas en el trabajo citado, por lo que me remito a sus consideraciones.

Sólo quiero subrayar la razón que le asiste al considerar totalmente desacertada la disposición del proyectado artículo 1050, que confiere al incumplidor una vía para liberarse de los efectos resolutorios por él provocados, sin ningún tipo de cumplimiento de su parte.²⁶⁷

2.4. Las eximentes de cumplimiento por ruptura de la relación causal.

El aumento de las eximentes de cumplimiento y la regulación amplia y ambigua de la configuración de las causales en el Proyecto, tendrá también como consecuencia un debilitamiento de la fuerza obligatoria del contrato.

Bajo el título de "relación causal" se incluye:

*) Caso fortuito es el "hecho que no ha podido ser previsto, o que habiendo sido previsto no ha podido ser evitado, superado o restringido" y es sinónimo de fuerza mayor" (art. 1612).

La delimitación de los efectos del caso fortuito es un tanto rebuscada, y en síntesis, libera del pago de cualquier daño. La exención de responsabilidad puede ser total o parcial, definitiva o temporaria (art. 1613).

Si bien el caso fortuito tiene formulación semejante a la de Unidroit, como se verá seguidamente, los efectos son diferentes desde que en aquel restatement se prevé que siempre podrá la otra parte dar por terminado el contrato y en todo caso reclamar los intereses por el dinero que se le debe. En cambio, los efectos que se prevén en el Proyecto son la liberación de toda responsabilidad, salvo disposición legal o cláusula contractual en contrario.

*) Impedimento ajeno a la voluntad del deudor, es aquel que, "sin configurar caso fortuito, no puede ser evitado, superado o resistido, mediante el empleo de la diligencia exigible en las **circunstancias propias** de la relación contractual" (art. 1614).

El deudor queda eximido del cumplimiento y no es responsable del daño que el incumplimiento causa al acreedor. La exención de responsabilidad puede ser, según la incidencia del impedimento, total o parcial, definitiva o temporaria (art. 1615).

²⁶⁷ Trigo Represas, op. cit., pág. 44.

*) Existe “responsabilidad por caso fortuito o por impedimento ajeno a la voluntad del deudor”²⁶⁸, en los supuestos en que se haya asumido genérica o específicamente; en el caso que exista mora, salvo que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o del impedimento ajeno a la voluntad; si existe obligación de restituir como consecuencia de un hecho ilícito o si resulta de una disposición legal o de una estipulación contractual que no se libera por caso fortuito o por impedimento ajeno a su voluntad (art. 1616).

2.4.1. Aplicaciones del caso fortuito y el impedimento ajeno a la voluntad del deudor en las obligaciones.

Dentro del tratamiento de las obligaciones cabe señalar, vinculado con la fuerza obligatoria del contrato, a las eximentes de cumplimiento, entre las que pueden anotarse:

*) en las obligaciones de dar cosas ciertas se prevé, bajo el título cumplimiento imposible, que rige la Sección Séptima del Cap. III de este título (art. 695);

*) en ese lugar, bajo el título “cumplimiento imposible” (arts. 892 y ss) se determina que la prestación es imposible cuando obstan a ella el caso fortuito o el impedimento ajeno a la voluntad del deudor conforme lo dispuesto en los arts. 1613 y 1615. La redacción es deficiente porque, en realidad, el obstáculo está referido al cumplimiento de la obligación y no a ella misma.

*) Luego se distinguen los efectos de la imposibilidad, en función de que “se comprometa la responsabilidad del deudor”, teniendo en cuenta que sea total o parcial (arts. 893/4).

*) Seguidamente, se describen la configuración de los supuestos de imposibilidad en la obligación de entregar una cosa y en la obligación de dar para restituir (arts. 895/6). La lógica parece indicar que estas normas de configuración de supuestos debieron preceder a la determinación de los efectos.

*) Curiosamente, se vuelve sobre los efectos en los artículos 897 y 898, al determinar la obligación de resarcir cuando esté comprometida la responsabilidad del deudor debe reparar los daños y la irrelevancia de la

²⁶⁸ En realidad, de acuerdo al contenido de la previsión el título apropiado sería el de “responsabilidad del deudor aun cuando exista caso fortuito o impedimento ajeno a su voluntad”.

mora en los supuestos de que la cosa se hubiera perdido igualmente en manos del deudor.

*) En suma, hay expresa referencia en estas normas a las eximentes de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor que tienen una regulación nueva.

2.4.2. El cumplimiento imposible en los contratos

De acuerdo al art. 993 lo dispuesto sobre lo reglado bajo este título rige salvo estipulación o disposición en contrario.

No se aplican directamente, como parecería lógico, las reglas precedentes, sino que aparecen otras nuevas.

Se distinguen circunstancias:

*) El art. 994 remite al art. 1057. Dicha norma establece que la parte “no incumplidora tiene derecho a resolver el contrato si la otra parte está en imposibilidad de cumplir, aunque sea por causas ajenas a ella y su responsabilidad: a) si la imposibilidad es definitiva; b) si la imposibilidad es temporaria, pero impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

Aparte de esta remisión, no agrega otro ingrediente, por lo cual una de las dos normas sobra.

*) Luego se hacen aplicaciones a este principio determinando que en los contratos unilaterales o en los de dar con la finalidad de restituir, la imposibilidad total extingue el contrato. Si es parcial el contrato subsiste y se aplica el art. 896.

*) Por último, se indica que si la imposibilidad obedece a causas que “comprometen la responsabilidad de una de las partes”, ésta queda también obligada a reparar los daños (art. 996).

2.4.3. La suspensión del cumplimiento del contrato

El art. 992 establece la posibilidad de “suspender el cumplimiento” del contrato. Esta potestad se otorga a un contratante “a) si la otra parte tiene imposibilidad temporaria de cumplir, aunque sea por causas ajenas a ella y a su responsabilidad; b) si es previsible que la otra parte no cumpla, por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia...; c) si **tiene un impedimento temporario para su propio cumplimiento sobrevenido** por causas ajenas a ella y a su responsabilidad. La suspensión procede por el tiempo razonable de acuerdo con los usos, y queda sin efecto cuando el impedimento resulta superado”.

Tal suspensión puede aplicarse aun cuando el deudor esté en “demora” conforme al art. 1596.

2.4.4. Conclusión

Sobre la base de los arts 513 y 514 del Código Civil, se regula hasta el presente a las eximentes de responsabilidad. El Proyecto que se redactó según sus autores para simplificar, no parece cumplir con ese propósito al menos en este punto.

Pero, además de ser incoherente con la finalidad, crea una nueva causal, cual es la causal de imposibilidad por causas ajenas al deudor y su responsabilidad, que no es caso fortuito, pero que **“no puede ser evitado, superado, o resistido, mediante el empleo de la debida diligencia exigible en las circunstancias propias de la relación contractual”**.

Esta circunstancia, **como distinta al caso fortuito o la fuerza mayor**, no aparece tampoco en ninguna de las fuentes tomadas como base por los Proyectistas y que más adelante se mencionan. La redacción se asemeja al art. 79 de la convención sobre compraventa internacional de mercaderías y al 7.1.7 de Unidroit. Pero ninguno de ambos regímenes trata el caso fortuito o la fuerza mayor separadamente. Es así que este último restatement incluye previsión similar bajo el título de “fuerza mayor”. En todo caso, tanto uno como otro de los regímenes mencionados otorgan la facultad a la contraparte, para ejercitar derechos derivados de la situación.²⁶⁹

Hay aplicaciones de esta figura en normas de protección al consumidor en la legislación comparada, pero con muchas más limitaciones que las que se proponen en el Proyecto en análisis para la generalidad de las contrataciones.

Supone el art. 992, inc. c, que cualquier causa, vinculada o no con el contrato, que ocurra a una parte contratante, puede erigirse en impedimento por el solo hecho de no poder ser “evitado, superado o resistido”. La amplitud de los términos lleva a pensar que cualquier causal puede quedar incluida, desde la enfermedad propia o de parientes; la invocación de falta de liquidez porque otros acreedores no pagaron al deudor de la prestación; la disminución de la producción o de las ventas y todas cuantas la imaginación pueda llevar a pensar.

²⁶⁹ La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías expresamente establece que “nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto a exigir la indemnización de daños y perjuicios conforme a la presente Convención (art. 79.5).

El cocontratante tiene que padecer esas circunstancias, ajenas al contrato, y además, si son temporarias, no podrá resolverlo, sino que deberá esperar a que se superen, *sine die*, porque tampoco se ha establecido un plazo para hacer valer tan particular modo de evitar caer en incumplimiento. Pienso si habrán tenido en cuenta los Proyectistas si el deudor en tal circunstancia está igualmente en cesación de pagos ...

Realmente el "mejor negocio" será para el mal cumplidor, crear imposibilidades no previstas, para forzar a la otra parte a cualquier "mal negocio" para terminar la relación.

Los Proyectistas posiblemente dirán que este efecto puede excluirse por acuerdo de partes en virtud de lo establecido por los arts. 993 y 1616. Evidentemente, ello llevará a que la garantía asumida o la renuncia a su invocación sea una cláusula establecida en todas las contrataciones, por lo que no se entiende por qué se la establece como regla dentro del Proyecto con todos las dudas e inconvenientes que genera.

Además, con la estructura de los derechos disponibles e indisponibles que el Proyecto contiene, siempre quedará margen de discusión sobre la validez de la exclusión voluntaria en los contratos y su alcance, máxime si se advierte que ella no está expresamente prevista para el supuesto de "suspensión del cumplimiento" contemplado por el art. 992 inc. c).

Con referencia a esta "exceptio" no se contemplan los derechos del otro contratante en circunstancias diversas. Por el inc. a) del art. 992, puede suspender, a la vez, su propio cumplimiento. Dicho esto genéricamente no se advierten los múltiples matices de la cuestión. Supongamos que se trata de un contrato de locación de cosa en que el inquilino no cumple con el pago del alquiler porque quedó inválido, ¿puede el locador desalojar al inquilino hasta que supere la invalidez?, o aún yendo más allá, ¿puede desalojarlo si es definitiva o deberá esperar que muera? En ese estado, ¿cuál será la responsabilidad del fiador?, porque si no debe el deudor, no debe el fiador.

Siguiendo la cadena, si el locador es a la vez inquilino, ¿podrá dejar de pagar a su locador porque su propio inquilino no le pagó?

Las consecuencias que derivan de estos simples ejemplos, son idóneas para advertir las que pueden ocurrir en relaciones contractuales más complejas.

Propongo concretamente la derogación de todo el sistema descripto, y volver a un régimen sencillo, de dos artículos, que no ha generado dificultades y que tienda a que los contratos se cumplan y a que cada uno asuma el riesgo del contrato, porque ésa es su responsabilidad.

2.5. Las previsiones sobre incumplimiento y eximentes en las fuentes citadas por los Proyectistas

La afirmación inicialmente realizada sobre la "originalidad" del Proyecto en el tema tratado, con el consiguiente debilitamiento de la fuerza obligatoria del contrato, queda confirmada cuando se analizan los instrumentos que los Proyectistas dicen haber tenido como fuente inspiradora.

*) Conforme los Principios de Unidroit existe incumplimiento, tanto cuando haya sido defectuoso, como cuando sea tardío (7.1.1.).

Prevé supuestos de purga del incumplimiento siempre que se reúnan ciertos requisitos, y aun cuando el "contrato se considere terminado", sin eliminar la obligación del incumpliente de reparar los daños causados (7.1.4.).

También se incluye la posibilidad de que la parte perjudicada por el incumplimiento pueda conceder un plazo adicional para que éste ocurra (7.1.5.).

Bajo el título de "fuerza mayor" (7.1.7.) se determina que "el incumplimiento de una parte es excusable si dicha parte prueba que se debió a un impedimento ajeno a su control y que no cabía esperar razonablemente al momento de celebrarse el contrato, o que hubiese evitado o superado tal impedimento o sus consecuencias".

Cuando ese impedimento sea temporal, la excusa tendrá efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del efecto del impedimento en el incumplimiento del contrato.

Es condición para la excusa la comunicación sobre el impedimento y sus efectos sobre la aptitud para cumplir el contrato en un plazo razonable a partir de que la incumplidora lo supo o debió saber.

"Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una parte ejercitar el derecho a dar por terminado el contrato, o a aplazar su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero que se le debe".

La "terminación" del contrato podrá operarla una parte, si la falta de la otra parte al cumplir una de sus obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial, calificación que surge cuando: a) priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto o podido prever razonablemente ese resultado; b) el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato; c) el incumplimiento fue intencional o temerario; d) el incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la

otra; e) la terminación del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento (7.3.1).

La ejecución tardía o defectuosa, impide dar por terminado el contrato, salvo que la parte perjudicada comunique a la otra en un período razonable su decisión después que supo o debió saber de la prestación defectuosa. (7.3.2.).

Se puede operar la terminación si resulta cierto antes del vencimiento que la prestación esencial no será cumplida por la otra parte (7.3.3) sin perjuicio de que pendiente el plazo una parte pueda creer razonablemente que haya incumplimiento esencial, para lo cual podrá exigir garantía adecuada de cumplimiento y mientras tanto suspender su propia prestación. Si la garantía no se presta el contrato podrá darse por terminado (7.3.4).

La terminación del contrato no excluye el derecho al resarcimiento ni altera las disposiciones contractuales relativas a la resolución de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a tener efecto aun después de su terminación (7.3.5).

*) El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos considera que “una inexecución tiene una **importancia capital** si se refiere a una de las obligaciones principales (y no secundarias) del contrato y, además, cuando considerando la calidad de las personas y la naturaleza de la prestación, la inexecución implique para el acreedor un perjuicio tal que lo prive sustancialmente de lo que tiene derecho a esperar del contrato. Se considera que la inexecución es de una importancia notable cuando: a) es total; b) es parcial, pero objetivamente se ha perdido el interés del acreedor en obtener el resto. Las obligaciones secundarias son aquellas cuya ejecución es de una importancia mínima considerando la economía de la relación contractual y el interés del acreedor” (art. 107).

Tal inexecución da nacimiento al **derecho a resolver** el contrato, “después de haber intimado en vano al deudor a ejecutarla en un plazo razonable, de ningún modo inferior a 15 días y haberle advertido que si el plazo transcurría inútilmente el contrato se consideraría resuelto de derecho”.

“Si el contrato incluye una cláusula en virtud de la cual la inexecución se considerará en todo caso como de importancia notable en el sentido del art. 107, y el contrato se considerará resuelto desde que la parte interesada notifique al deudor que intenta valerse de la cláusula en cuestión”.

Transcurrido el plazo de intimación, el acreedor no puede pretender la ejecución y puede rechazarla y el deudor no está obligado a cumplirla pu-

diendo demandarse la restitución de lo recibido, salvo el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica, y los daños y perjuicios.

El acreedor no tiene derecho a resolver si ha dado lugar a la resolución, ni tampoco "si ha hecho adquirir a la otra parte la convicción de que no procedería a la resolución, aun cuando se tratara de una inejecución de importancia capital" (arts. 107 y 114 a 116).

*) En los Principios del Derecho Europeo de Contratos se consideran separadamente los supuestos de configuración de inejecución y medios en general (Capítulo 8) de los diversos medios que pueden utilizarse en caso de inejecución (Capítulo 9).

El principio general es que siempre que exista una inejecución resultante de un contrato la parte perjudicada puede recurrir a cualquiera de los medios previstos en el art. 9, salvo que el incumpliente esté exonerado de cumplir conforme al art. 8.108 (art. 8.101). Se aclara que todos los medios de que se disponen en caso de inejecución son acumulables mientras no sean incompatibles y en particular que una parte no pierde el derecho de reclamar daños e intereses, sin perjuicio de su derecho de utilizar cualquier otro medio (8.102).

El art. 8.108, bajo el título de "obligación resultante de un impedimento" establece que están exonerados de las consecuencias de la ejecución los deudores que establece que esta inejecución se debe a un incumplimiento que no podía razonablemente prever en el momento de la celebración del contrato, o que previsto no lo pudo superar o no pudo superar las consecuencias. Cuando el impedimento es temporario, la exoneración produce efectos mientras dure. No obstante, si el retardo equivale a una inejecución esencial, el acreedor la puede tratar como tal. La falta de notificación tempestiva, produce efectos similares a los previstos por las normas de Unidroit.

Se inspiran también en dicho restatement los "medios en general" en los supuestos de incumplimiento.

Se considera que existe **incumplimiento esencial** cuando a) el estricto cumplimiento de la obligación es de la esencia del contrato; b) la inejecución de la obligación priva al acreedor de un derecho que él consideraba sustancial contar en el momento de la celebración del contrato, a menos que el deudor no hubiera previsto o no hubiera podido razonablemente prever en el momento de la celebración del contrato; c) que la inejecución sea intencional y pueda el acreedor creer que en el futuro la otra parte no cumplirá (art. 8.103).

Una parte puede resolver el contrato en caso de inejecución esencial del cocontratante. También podrá hacerlo en caso de retardo cuando éste pueda ser considerado esencial (9.301).

Una norma original es la de que la parte que resuelve el contrato puede rehusar la conservación de un bien anteriormente recibido del cocontratante si el valor ha sufrido una reducción sustancial como consecuencia de la inejecución posterior del contrato (art. 9.306) y, concretamente, contempla que cuando el precio corriente de la prestación ha variado entre la celebración del contrato y el incumplimiento, el acreedor tiene derecho al mayor valor corriente al tiempo de la resolución, sin perjuicio de los otros daños que pueda reclamar (art. 9.507).

*) El Contract Code establece como regla que “cada una de las partes de un contrato está obligada a cumplir con las obligaciones impuestas por el contrato” (art. 101.2) y prevé que la parte que deje de cumplir “por completo cualquier obligación que le incumbe o la cumple tardíamente o sólo en parte, o de cualquier modo que no se ajuste a sus obligaciones, incurre en incumplimiento de contrato (art. 301).

Incluye la “anticipación del incumplimiento” cuando sea cierto que no va a poder cumplirse (art. 303) y la posibilidad de exigir garantías cuando resulte cierto o probable que la prestación no será cumplida (art. 304).

Se plantea que el efecto del incumplimiento depende de si es sustancial o no, y considera que es **sustancial** “tanto si hay total falta de prestación por parte de uno de los contratantes, como si hay cualquier otra falta de prestación que convierta en no irrazonable exigir a la otra parte que continúe su prestación” (art. 306).

El comentario desarrolla una historia de la cuestión para llegar a esta calificación y pone de manifiesto que no puede lograrse conforme a lo que es la estructura del derecho inglés proporcionar una definición muy exacta. Los precedentes indican que la calificación de sustancial depende de la naturaleza y efectos del incumplimiento y no de la naturaleza de la estipulación infringida “por lo que no puede aplicarse hasta tanto no ocurra el incumplimiento. Esto no quiere decir que los términos del contrato vayan a resultar completamente irrelevantes: pueden ser utilizados en tanto y en cuanto indican la importancia relativa que las partes conceden a sus diversas estipulaciones. Claramente, el incumplimiento de una estipulación que consideran vital, es más probable que resulte ser más tarde un incumplimiento sustancial. Ni tampoco que las partes tengan vedado establecer que en ciertas circunstancias una u otra estén facultadas para resolver el contrato; en este caso, el contrato se extingue de acuerdo con sus propios términos y no hay incumplimiento. Lo que se quiere decir es que la naturaleza y los efectos del incumplimiento son decisivos y que las partes no pueden prejuzgar la cuestión introduciendo en sus acuerdos expresiones

como "condición previa" o "cláusula esencial". Esto puede ser indicio de que contemplan la cláusula como importante, pero un incumplimiento trivial de una cláusula importante no tiene por qué desencadenar necesariamente un incumplimiento sustancial como un grave incumplimiento de una cláusula importante, especialmente si la parte que la incumple se niega totalmente a cumplir".

Se regulan los **efectos del incumplimiento sustancial**, cuando en el sentido dado a la palabra en el art. 306, "o el contrato se extingue automáticamente siempre que las consecuencias sean tales que de no haberse infringido el contrato se hubiese frustrado, o que la víctima del incumplimiento queda facultada para optar por considerarlo extinguido; en cada caso, la contraparte puede, tanto rehusar aceptar cualquier prestación sucesiva o distinta prestación de la otra parte, como negarse a cumplir o continuar cumpliendo el contrato por su parte..." (art. 307).

Se considera que "será demasiado tarde para que un contratante dé por extinguido el contrato cuando ya se haya conducido de tal manera que haya indicado que no pretendía hacerlo así pese al incumplimiento sustancial".

El contratante siempre podrá exigir el cumplimiento específico a la que se le pone límites por imposibilidad y orden público. En estas circunstancias se abre el camino de la reparación sustitutiva (arts. 403 y ss.).

*) El Código Neerlandés regula los efectos del incumplimiento de una obligación en el Libro 6. Al legislar los contratos vuelve sobre la cuestión en el tratamiento de los contratos recíprocos (art. 261 y ss.). Allí se contempla el derecho a suspender la prestación por incumplimiento o temor al incumplimiento de la contraria y además a la resolución total o parcial del contrato, por el incumplimiento de cualquier obligación, "a menos que la deficiencia, vista la naturaleza especial o significado exiguo no justifique esta resolución con sus efectos". Se regulan detalladamente los efectos que siguen a la resolución.

*) En el Código de Quebec, no se incluyen normas específicas relativas al incumplimiento del contrato y sus efectos al legislar los contratos. Ellas surgen de la regulación del cumplimiento de las obligaciones que establecen que "la obligación confiere al acreedor el derecho a exigir que sea ejecutada enteramente, correctamente y sin retardo.

Cuando el deudor, sin justificación, no ejecute la obligación que le es demandada, el acreedor puede, sin perjuicio de su derecho a la ejecución, por equivalente de todo o parte de la obligación:

1. Exigir la ejecución in natura de la obligación.
2. Obtener, si la obligación es contractual, la resolución o la rescisión del contrato o la reducción de su propia obligación correlativa.

3. Tomar toda otra medida que la ley prevea para el caso para obtener la ejecución de la obligación (art. 1065).

De la inexecución de la obligación nace igualmente el derecho a suspender el cumplimiento correspondiente y ejercitar el derecho de retención (art. 1592).

El acreedor puede demandar el cumplimiento de la obligación en especie (art. 1601 y ss.). También puede, en caso de incumplimiento, demandar la resolución del contrato o la rescisión si se trata de un contrato de ejecución sucesiva. Sin embargo, y a pesar de estipulación en contrario, no podrá hacerlo cuando se trate de una deuda de poca importancia, a menos que se trate de una obligación de ejecución sucesiva y el incumplimiento sea reiterado, pero tiene derecho igualmente a la reducción proporcional de su obligación correlativa.

La reducción proporcional de la obligación correlativa de la obligación se apreciará conforme a las circunstancias del caso, sin perjuicio del derecho del acreedor a los daños y perjuicios (art. 1604).

El contrato resuelto produce efectos retroactivos y el rescindido, hacia el futuro solamente (1605).

Se prevé la liberación del cumplimiento por la existencia de fuerza mayor, cuya prueba incumbe al deudor (art. 1693), que puede exigir la obligación correlativa de su acreedor y está obligado a restituir la recibida (art. 1694) y reglamenta el deber de restituir (art. 1700 en adelante).

3. Las circunstancias sobrevinientes

3.1. Imprevisión

El art. 1198 del Código Civil, conforme la reforma de la 17.711 resumió, en su momento, en un solo artículo una institución nueva en nuestro derecho, ya aplicada por aquel entonces en algunos precedentes jurisprudenciales, que los Tribunales supieron interpretar adecuadamente con motivo de los grandes desajustes producidos por los golpes inflacionarios de los '70 y los '80.

Las decisiones judiciales y la doctrina fueron completando las incógnitas que surgían de la aplicación, no pareciendo necesaria una nueva redacción que, llevada ahora a dos artículos, no aporta mayor claridad, e introduce, por el contrario, algunas incógnitas.

3.1.1. Ambito de aplicación

La primera de ellas es la de qué debe entenderse por contrato de “ejecución permanente”. El texto vigente fue cuestionado por referirse a los contratos de “ejecución diferida o continuada”, trabándose una discusión interpretativa sobre si la “ejecución continuada” incluía a los contratos de tracto sucesivo. El desborde producido por la inflación llevó a aplicar el remedio a todo género de contratos omitiendo las objeciones de Llambías sobre la cuestión terminológica.

El Proyecto no incluye una caracterización de los contratos de “ejecución permanente”, por lo que no concluye con una de las pocas cuestiones teóricas que afrontó la doctrina sino que, por el contrario, introduce una nueva.

También el texto vigente tiene mejor sistema al tratar dentro del ámbito general la situación de los contratos aleatorios, mientras que el Proyecto incluye una regla igual al final del art. 1060.

Junto a este género de contrataciones, incluye el Proyecto como legitimado para invocar la imprevisión al tercero “a quien le han sido conferidos derechos o asignadas obligaciones en virtud de un contrato”. La invocación fue realizada en alguna oportunidad por quienes debían cumplir un cargo. El conflicto puede presentarse también para el obligado por una disposición testamentaria, por lo que no parece razonable limitarse a esa sola circunstancia.

3.1.2. La imprevisibilidad

La ley vigente considera que la modificación de circunstancias debe surgir de hechos “extraordinarios e imprevisibles”.

El Proyecto, a pesar de titular la situación en análisis como “imprevisión”, introduce otro lenguaje caracterizante de imprevisibilidad por la de una “alteración de circunstancias existentes al tiempo de su celebración por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido”. Tal ambiguo lenguaje deja la sensación de que esa alteración de circunstancias pudo ser prevista por las partes, aunque ocurran posteriormente, es decir, las partes pudieron prefigurarlas.

La congruencia del texto con el título indicaría que la imprevisibilidad de la causa resulta circunstancia estructural para la aplicación del remedio, como se consigna en los textos existentes en los instrumentos que los proyectistas utilizaron como fuentes de inspiración y que se detallan más adelante.

3.1.3. La alteración del equilibrio

En el Proyecto se califica a “la excesiva onerosidad” indicando que debe ser en términos que resulten “irrazonables o inicuos”. La calificación traerá una mayor meticulosidad en relación con lo que se llama la ruptura de la “ecuación económica del contrato”.

3.1.4. La legitimación

La ley vigente requiere como condición de legitimación que el perjudicado no hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. El Proyecto no hace mención alguna a la situación de cumpliente o incumpliente de quien padece los efectos del desequilibrio.

No cabe duda que las causas del desequilibrio son “ajenas a las partes y al riesgo asumido”, pero la cuestión es si puede invocarlo quien estaba en mora o “demora” de cumplir. La respuesta puede ser positiva atento los términos del artículo 1596, con lo cual existirá un nuevo premio al incumpliente.

3.1.5. La adecuación

El Código Civil no establece parámetros para la adecuación, pero puede inferirse que es la equidad, por los términos empleados cuando se refiere al ofrecimiento del reajuste.

Este parámetro surge de otros modelos, pero el Proyecto no ha considerado suficiente la sola mención, incluyendo también la advertencia de que debe tomarse “en cuenta la índole del contrato, los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes y la factibilidad de su cumplimiento” (art. 1061).

La índole del contrato se traduce necesariamente en el equilibrio de las prestaciones. Pero por la naturaleza del remedio, resulta extraño entrar a la consideración de los “propósitos o motivos” de las partes, porque lo que está en juego es la mayor o menor onerosidad más allá del fin o motivo y se introduce con esta consideración un factor subjetivo de juzgamiento a posteriori con la incertidumbre consiguiente.

Es igualmente extraño al juzgamiento la consideración de la “factibilidad del cumplimiento”, dado que ésa no es la materia propia de la cuestión. Además, el sentido común indica que si el cumplimiento no es factible las partes optarán por la rescisión.

3.1.6. La “disponibilidad” del derecho

Fue materia de discusión la posibilidad de renunciar contractualmente a la invocación de la excesiva onerosidad sobreviniente. El Proyecto establece la legitimidad de la renuncia, que es aceptada en las fuentes que lo inspiraron.

3.1.7. Las soluciones dadas en las fuentes mencionadas por los Projectistas

*) Los Principios de Unidroit, “Excesiva onerosidad” (hardship), establecen que salvo lo dispuesto en esta sección con relación a la excesiva onerosidad, las partes continuarán obligadas a cumplir sus obligaciones a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para cada una de ellas (6.2.1).

Se presenta un caso de “excesiva onerosidad” (hardship) cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución en el valor de la prestación a cargo de la otra y además cuando: dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja en el momento de la celebración; escapan al control de la parte en desventaja y ésta no asumió ése riesgo (6.2.2).

Configurada esta situación, la parte en desventaja puede solicitar, sin demora injustificada y con indicación de los fundamentos, la renegociación del contrato sin que tal solicitud la exima de suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Si no hay acuerdo en un plazo prudencial se puede recurrir a los Tribunales y en el caso que se juzgue que existe excesiva onerosidad y se lo considere razonable, podrá darse por terminado el contrato en una fecha determinada y en los términos que al efecto establezca, o adaptar el contrato de modo de restablecer su equilibrio (art. 6.2.3).

*) Los Principios del Derecho Europeo de Contratos, prevén bajo el título “Cambio de circunstancias” (6.111) que una parte está liberada de cumplir sus obligaciones cuando de la misma ejecución surja que el costo de la ejecución haya aumentado o el valor de la cosa haya disminuido.

Para determinar si existió un cambio de circunstancias, que justifique la invocación de la excesiva onerosidad, es necesario que hayan sobrevenido a la celebración del contrato; que razonablemente no se hayan podido

prever al momento de la conclusión del contrato; que en el contrato no se haya asumido el riesgo de que ello pudiera ocurrir. Las partes deberán entablar negociaciones, pero a falta de un acuerdo el Tribunal puede dar por concluido el contrato a la fecha o en las condiciones que él fije, o adaptar el contrato distribuyendo equitativamente entre las partes las consecuencias que resulten del cambio de circunstancias.

En cualquier caso el juez puede ordenar la reparación de los perjuicios que una de las partes se rehusa a entrar en negociaciones o rompa de mala fe las mantenidas.

*) El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, bajo el título de "Obligaciones que no pueden ser consideradas inejecutadas" (art. 97), establece que "aun cuando el deudor esté en mora en la ejecución de la prestación debida, o ésta haya sido sólo parcialmente ejecutada, no se podrá considerar que hubo inejecución si previamente se han producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que han tornado excesivamente onerosa la ejecución y consecuentemente... dan al deudor el derecho a obtener una nueva negociación del contrato. Sin embargo, el deudor debe haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para la ejecución, o antes de que el acreedor le haya dirigido la interpelación prevista en el precedente artículo 96 letra a). Caduca el derecho del deudor, si a falta de acuerdo con el acreedor, se abstiene de recurrir al juez dentro de los 30 días siguientes a la interpelación..."

*) El Contract Code encuadra el supuesto de alteración en dos situaciones diversas de frustración que se consignan más adelante, al tratar la causal denominada en el Proyecto como frustración de la finalidad.

*) En el Código Neerlandés, art. 258.1, se establece que el juez puede modificar, cuando así lo desee una de las partes, los efectos de un contrato o resolverlo total o parcialmente por razón de circunstancias imprevistas que sean de tal naturaleza que la parte contraria según los criterios de la razón y de la equidad no pueda esperar el mantenimiento del contrato. El juez puede darle a la resolución o a la modificación efecto retroactivo. No se producirá la resolución o modificación cuando conforme a la naturaleza del contrato o a las condiciones que rigen el tráfico, corran por cuenta de quien las invoque.

3.1.8. Conclusión

No hay objetivamente razones para modificar el texto vigente del art. 1198 del Código, cuya eficacia fue puesta a prueba en circunstancias dramáticas de la economía argentina. Sólo parece justificado, en la reforma

proyectada el desarrollo del procedimiento, aunque implícitamente está incluido en la ley vigente.

De lo dicho surge que los agregados introducidos, en realidad “nada agregan”, salvo dudas e inseguridades.

La eliminación de la mención de que sólo puede invocar la imprevisión quien no está en mora, y la posibilidad cierta de que pueda ser invocada por lo menos por el “demoroso”, resultan un premio más para el incumpliente que suma el Proyecto.

En suma, pareciera que, en cualquier caso, resulta aconsejable mantener el texto vigente que en el caso está suficientemente probado, al que podría adicionarse la situación del tercero y el desarrollo del procedimiento.

3.2. Frustración del fin del contrato

3.2.1. La causa en el Proyecto.

La causa aparece en el Proyecto en varias disposiciones.

3.2.1.1. La causa en los actos jurídicos

En el Libro Segundo, Título IV, Capítulo II, Sección Tercera, se trata de la causa de los actos jurídicos en textos que se transcriben para mayor claridad.

Artículo 253. Necesidad de causa lícita. Todo acto jurídico debe procurar fines lícitos en atención a las circunstancias existentes al tiempo de su celebración y ejecución.

Artículo 254. Presunción de causa. Se presume que el acto jurídico tiene causa, aunque ella no esté expresada, y que ella es lícita. La prueba en contrario está a cargo de quien sostiene su inexistencia o ilicitud.

Artículo 255. Falsa causa. Es inválido el acto jurídico en el cual la causa expresada resulta falsa, salvo que el interesado pruebe que se funda en otra causa verdadera siempre que ésta sea lícita.

Artículo 256. Causa ilícita. Es inválido el acto otorgado por una finalidad que contraría prohibiciones de la ley, se opone al orden público, la moral o afecta derechos de terceros, aun cuando los otorgantes lo disimulen bajo la apariencia de una causa lícita.

Artículo 257. Motivos personales. Los motivos personales de los otorgantes del acto jurídico serán relevantes cuando integren expresa o implícitamente la declaración de voluntad común.

Artículo 258. Actos abstractos. La inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no es discutible cuando se trata de actos abstractos, mientras el obligado no haya cumplido sus obligaciones, salvo disposiciones especiales.

Artículo 259. Frustración de la causa. La causa debe existir en la formación del acto jurídico y durante su celebración, y subsistir durante su ejercicio.

La alteración sustancial de las circunstancias que existían al tiempo de la celebración priva de causa al acto que haya sido otorgado en miras a la satisfacción de un interés que presupone ostensiblemente la subsistencia de esas circunstancias, al tiempo del cumplimiento o ejecución.

La inexistencia de causa da lugar a la invalidez del acto. Su insubsistencia o frustración, a la extinción o adecuación; si el acto es un contrato se aplican los artículos 1059 y 1060.

3.2.1.2. La causa en las obligaciones

Se menciona a la causa en variadas oportunidades. Seleccione las normas del Proyecto que siguen por entender que son las pertinentes a la estructura del sistema.

Artículo 672. Fuentes. Son fuentes de las obligaciones:

- a) Los contratos.

b) Las demás relaciones y situaciones jurídicas a las cuales la ley les asigna ese carácter.

Artículo 673. Presunción de legitimidad de la fuente. Demostrada la existencia de la obligación, se presume que emana de fuente legítima.

Artículo 674. Obligación sin causa. Si ha sido constituida o reconocida una obligación carente de causa, a pedido del deudor se le debe dar constancia de su liberación y, en su caso, restituirse

Artículo 890. Efectos. Si deja de existir la causa del acto, o de la situación jurídica, que produjo la extinción, los derechos de las partes son restablecidos en el estado existente al tiempo de aquélla.

3.2.1.3. La causa en los contratos.

Artículo 952. Disposiciones generales. Se aplican a la causa de los contratos las disposiciones del Libro Segundo, Título IV, Capítulo II, Sección Tercera de este Código.

Las disposiciones relativas a la finalidad se refieren a la causa.

Artículo 953. Necesidad de causa. La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración, y subsistir durante su ejecución. La inexistencia de la causa, o su insubsistencia, da lugar, según los casos, a la invalidez, a la adecuación o a la extinción del contrato, o a la ineficacia de sus estipulaciones.

Artículo 954. Presunción de causa. Se presume que el contrato tiene causa, aunque no esté expresada, y que ella es lícita. La prueba en contrario está a cargo de quien sostiene su inexistencia o ilicitud.

Artículo 955. Causa falsa. El contrato en el cual la causa expresada resulta falsa es inválido; pero vale si el interesado prueba que se funda en otra causa verdadera, si ésta es lícita.

Artículo 956. Causa ilícita. El contrato es inválido si ambas partes lo han concluido por un móvil o motivo personal ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un móvil o motivo ilícito o inmoral personal no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede requerir su cumplimiento, salvo que el desconocimiento de aquel móvil o motivo ilícito o inmoral se deba a no haber actuado con la diligencia apropiada en las circunstancias del caso.

Artículo 957. Actos abstractos. En los actos abstractos, la inexistencia, la falsedad o la ilicitud de la causa no son discutibles por el obligado mientras no haya cumplido, salvo disposición legal.

Artículo 1059. Frustración de la finalidad. Conforme a lo previsto en el artículo 259 la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tal frustración proviene de una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, y la alteración sobreviene por causas ajenas a las partes y excedentes al riesgo asumido por la que es afectada. La rescisión es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria se aplica el inciso b) del artículo 1057.

3.2.2. Algunas reflexiones sobre la normativa transcrita

La transcripción precedente resulta poco clara y es reiterativa. En la reiteración, a la vez, se producen confusiones sobre el sentido en cada caso.²⁷⁰ La introducción de la frustración, propugnada por cierta doctrina;

²⁷⁰ De los Mozos, en op. cit., destaca que "voy a volver a lamentarme de que no se haya aprovechado la ocasión para abordar el tema de la causa, sobre todo cuando se ha abandonado el criterio del art. 499 del Código Civil que habla de la causa de la obligación, aunque bien es verdad que sólo se fija en el problema de su licitud o ilicitud con lo cual no es más que una repetición del objeto (arts. 251 y 252), en definitiva no tiene nada que ver con el fin, salvo en cuanto a la adecuación al ordenamiento que es lo que los autores antiguos querían decir...". Propugna, en definitiva, el contrato abstracto, "sin necesidad de armarse tantos líos". "Haciéndolo así, desaparecería la profunda división que existe dentro de los derechos romanistas, ya que, unos y otros, causalistas y anticausalistas, estarían separados por un determinado grado de exigencia de un mismo principio, no por conceptos distintos que derivan de dos sistemas diferentes."

fue propuesta su inclusión en Jornadas de Derecho Civil y cuenta con algunas aplicaciones jurisprudenciales.

La repetición de normas similares, en distintas partes del Proyecto resulta redundante dentro del sistema. De considerarse elemento del acto bastaría su inclusión en la parte general y la remisión de ser necesaria alguna particularización.²⁷¹

Entre los instrumentos tomados como fuente por los Proyectistas sólo aparece mencionada la causa en el Código de Quebec bajo el título "De la causa del contrato"; establece que "es la razón que determinó a cada una de las partes a su conclusión. No es necesario que ella se haya expresado" (art. 1410) y que "es nulo el contrato en que la causa sea prohibida o contraria al orden público" (art. 1411).

3.2.2.1. La concepción de la causa en las normas proyectadas

Antes señalé que De los Mozos considera que la normativa proyectada no aporta un resultado útil por no incluir la consideración de la finalidad.

En realidad, la "finalidad" aparece en el artículo 256, en el 952 y en el 1059.

También se incluye a los móviles o motivos como integrativos de la causa. En las obligaciones se habla seguidamente de fuente y de causa y, en fin, los Proyectistas omitieron dar una definición de causa, o no afrontaron el desafío de hacerlo en un tema conflictivo y de variadas concepciones, con lo que se produce a la postre una gran confusión.

La redacción parece trasuntar la adhesión a las teorías neocausalistas que expuso entre nosotros Videla Escalada, que resulta integrada tanto por la causa categórica siempre existente en las figuras de la misma especie, "a lo que debe agregarse algo mucho más interno y personal enraizado en la voluntad concreta del sujeto contratante y que agrega, indudablemente, un matiz especial que permite llevar más adelante, y a niveles de mayor profundidad, la investigación sobre la esencia misma del acto concreto... Radica en los motivos de los sujetos del negocio y llega a identificarse con los móviles, estrictamente extrínsecos a la figura en sí misma, que varían con cada individuo... Esos móviles... pueden ser comunes a los diversos contratantes y, en este caso, se hace perfectamente claro que ellos inte-

²⁷¹ Tobías, en op. cit. N° XIV, págs. 5 y 6. El método es similar al empleado en el Proyecto de la Comisión del Ministerio de Justicia de 1992, aunque allí el número de normas fue menor. No se entró en el tema en las obligaciones y hay matices diferenciales.

gran lo que puede denominarse la “causa del contrato”, ya que se los encuentra en todos los sujetos de la relación jurídica y, por consiguiente, nada de lo contenido en la relación es ajeno a ellos”.²⁷²

3.2.2.2. El estado de la cuestión en el derecho francés

El derecho francés realiza sus interpretaciones sobre la base de las normas del *Código* que Vélez recogió en los arts. 500 a 502. Puede observarse que en su exposición por la doctrina hay un mayor énfasis en destacar el rol de la causa conforme la interpretación de los tribunales, que en elaborar nuevas concepciones teóricas. Esta situación que demuestra la suficiencia de las normas para hacer cumplir a la causa su función sobre la base de textos idénticos a las vigentes en nuestro país, debe llevar a la reflexión sobre la necesidad de producir una reforma sobre el particular.²⁷³

Un resumen muy sintético sobre el sentido que se ha dado a ciertas nociones abonan este llamado a la reflexión. Se explica que no existe una noción unívoca de causa, sino que debe ser entendida en sentidos diferentes:

*) La causa *eficiente* alude al hecho generador de la obligación, concretamente al cumplimiento de la finalidad prescripta o la transferencia material del valor de un patrimonio a otro. Es una noción de naturaleza objetiva. Por eso la ausencia de causa en un contrato oneroso es la ausencia de contrapartida.

*) La causa *final* es de naturaleza subjetiva. Desde la óptica de los motivos, los móviles que determinan el consentimiento pero limitado a un fin inmediato y abstracto. Por ejemplo, la adquisición de un automóvil obliga a pagar un precio para obtenerlo como contrapartida de la obligación. El fin es abstracto, es idéntico en todos los tipos de contratos, por lo que este elemento es de hecho objetivo.

*) Los *motivos* resultan de un análisis psicológico y resultan variados, concretos y personales, y permiten una apreciación del carácter lícito del fin perseguido.²⁷⁴

²⁷² Videla Escalada, Federico, “La causa final en el derecho civil”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, págs. 97 a 99.

²⁷³ Ghestin, en “*Traité... La Formation...*”, cit. págs. 821 a 839, realiza una reseña histórica de las doctrinas. No aparece la cita de obras escritas sobre temas teóricos en los últimos años. En cambio, sí aparecen en los capítulos que siguen importantes reseñas jurisprudenciales sobre el rol de la causa.

²⁷⁴ Ghestin, en “*Traité... La Formation...*”, cit., págs. 817 a 820.

El interesante análisis de las aplicaciones de los conceptos que hace Ghestin revela que la noción causa-fin, en definitiva, se utiliza para juzgar supuestos relativos a la entidad de las prestaciones en los contratos conmutativos, juzgándose que la inexistencia de una prestación seria puede generar un vicio subjetivo del consentimiento o el vicio objetivo de lesión. La nulidad por ausencia de causa prevista por el art. 1131 supone la ausencia de un elemento objetivo invariable según la naturaleza del contrato.²⁷⁵

La aplicación de la nulidad por falta de causa en los contratos por adhesión es excepcional y puede servir como fundamento general de anulación de las cláusulas abusivas cuando en un contrato sinalagmático no existe contrapartida a una obligación asumida, por ejemplo las cláusulas limitativas de responsabilidad no compensadas con una reducción correlativa del precio.²⁷⁶

Es cuestión aún discutida la determinación del momento en que debe juzgarse la existencia de la causa, considerándose generalmente que debe serlo al momento de la celebración del contrato, aunque también se ha admitido en algunos casos que puede ser sobreviniente al contrato. Los ejemplos dados responden a imposibilidad de cumplimientos por circunstancias imprevistas sobrevenidas, como la guerra de Argelia, o que, siendo esencial el precio en una contratación de distribución, éste se modificó por la posterior aparición de una reglamentación de orden público que lo alteró.²⁷⁷

La ilicitud de la causa por resultar prohibida por la ley, es contraria a la ley o al orden público político, económico, moral o social y es, en todo caso, el motivo ilícito o inmoral que determinó el consentimiento. La causa, así entendida, permite el control de su carácter lícito o moral. La sanción es la nulidad absoluta y la aplicación del principio *nemo auditur*. La aplicación ha impedido el cobro por tráfico de influencias; el cambio de régimen matrimonial para perjudicar la posterior herencia de la hija extramatrimonial del marido; el pago de honorarios al intermediario de una adopción.

Los motivos concretos que llevan a la calificación de la ilicitud genera dificultades por la multiplicidad de situaciones y sobre todo para la determinación de que el motivo sea común. Se ha considerado que el conocimiento por el locador acerca de que la locataria utilizará el inmueble para una casa de tolerancia es suficiente para acoger la nulidad por ilicitud, y el acuerdo

²⁷⁵ Ghestin, en "Traité... La Formation...", cit., págs. 842 a 860.

²⁷⁶ Ghestin, en "Traité... La Formation...", cit., pág. 883.

²⁷⁷ Ghestin, en "Traité... La Formation...", cit., pág. 890.

puede probarse por una simple presunción. No hay acuerdo en la doctrina y jurisprudencia sobre la posibilidad de que la parte que ignora el motivo de la contraria, pueda demandar la nulidad. Pero, en todo caso, hay acuerdo en que puede declararse de oficio porque la causa ilícita o inmoral interesa al orden público, por lo que no interesa que sea común, porque el contrato es un medio que posibilita operaciones socialmente útiles.²⁷⁸

Estas observaciones permiten concluir que la noción de causa ha sido interpretada por nuestra doctrina y nuestros Tribunales con sentido similar a la del derecho francés.

3.2.2.3. La situación en la doctrina italiana

La causa es la función económico-social del acto de voluntad, de autonomía privada, que se verifica conforme a la estructura del tipo contractual en los contratos típicos. En ellos la transferencia de los derechos y la asunción de las obligaciones están directamente justificadas por la ley. La falta de causa se verificará por la inexistencia de alguna de las prestaciones típicas, por ejemplo la nulidad del seguro por inexistencia originaria del riesgo.

El traslado de este esquema al contrato atípico en el cual la ley no establece las prestaciones requiere otras precisiones. Para determinar la existencia de causa se analiza si los intereses perseguidos por las partes merecen tutela según equidad o las normas análogas. En la mayor parte de los casos los contratos atípicos tienen tipicidad social, muchas veces internacionalmente uniforme, por lo que el juez se basará en un modelo contractual reconocido como válido.

Cosa distinta de la causa es el motivo. La primera es objetiva, igual en todos los contratos de la especie. El segundo, en cambio, es variable porque la razón subjetiva que induce a las partes a la celebración del contrato es diversa para uno y para otro. El motivo es irrelevante para el derecho y tiene alguna relevancia sólo en el caso del motivo ilícito o del error de derecho sobre el motivo.²⁷⁹

Si bien en teoría la noción de objeto y de causa son diferentes, en la práctica es difícil, casi imposible, identificar un supuesto de causa ilícita que exorbite el de objeto. Se plasma generalmente en el llamado fraude a la ley por elusión de una norma imperativa.²⁸⁰

²⁷⁸ Ghestin, en "Traité..., La Formation...", cit., págs. 891 a 909.

²⁷⁹ Galgano, Francesco, "Diritto Civile e Commerciale"..., págs. 188 a 194.

²⁸⁰ Galgano, Francesco, "Diritto Civile e Commerciale"..., cit., págs. 312 a 318.

El error sobre el motivo del contrato adquiere relieve cuando el motivo ilícito es común a ambos contratantes o cuando se trata de un error de derecho y no de hecho. Por ejemplo, cuando se adquiere un terreno para construir una finca ignorando ambos contratantes que ello está prohibido por las normas municipales. El contrato se anulará por error si se prueba que ése fue el motivo exclusivo y determinante del contrato.²⁸¹

3.2.2.4. La conclusión

Los autores argentinos cuando se refieren a la causa invocan normalmente las doctrinas francesa e italiana. Por ello he realizado este sintético resumen del que puede extraerse que las aplicaciones de la causa se orientan al acto fraudulento, al acto simulado y a la moralidad del contrato, **sobre la base de normas idénticas** a las existentes actualmente en nuestro ordenamiento como es el caso francés.

No aparece en la doctrina francesa una urgencia en una reforma, sino que se dedican a aplicarlas en todos sus alcances. Más allá de un afán teórico no parece necesaria una reforma como la proyectada que puede deberse a dicho afán o a la ocasión de dar mayores oportunidades para la intervención de los jueces modificando los contratos con ocasión de la causa.

Tal interpretación tiene respaldo si se advierte que también es la función instrumental que se reconoce en el derecho italiano, y que el Proyecto, además de la normativa sobre causa, tiene normas propias y autónomas para el fraude y la simulación, por lo cual, o se están multiplicando las reglas para una misma función, o se persigue otra finalidad.

3.2.2.5. El contrato abstracto

En el art. 258, bajo el título "Actos abstractos", se afirma que "La inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no es discutible cuando se trata de actos abstractos, mientras el obligado no haya cumplido sus obligaciones, salvo disposiciones especiales".

Bajo el mismo título de "Actos abstractos" el artículo 957 dice que "en los actos abstractos, la inexistencia o la ilicitud de la causa no son discutibles por el obligado mientras no haya cumplido, salvo disposición legal".

²⁸¹ Galgano, Francesco, "Diritto Civile e Commerciale"..., cit., págs. 334/5.

Aparte de una repetición que es innecesaria, queda en la indefinición cuál es la cualidad específica que permite predicar que un acto es abstracto y si puede en algún caso existir un contrato abstracto, sin perjuicio de las relaciones que ello puede tener con los títulos abstractos específicamente mencionados por el art. 1752 del mismo Proyecto.

Tal precisión es necesaria, porque sólo podrá producirse el efecto previsto, cuando por los caracteres del acto se llegue a la conclusión que se está frente a un acto de esta índole, por puro razonamiento.

Por otra parte, de acuerdo a decisiones jurisprudenciales, emanadas de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es necesario que el predicado efecto ocurra, es decir que aún cuando se esté frente a un acto de esta índole, no es necesario efectivizar el pago para iniciar la acción causal.²⁸²

Se adoptó la técnica de las definiciones. La coherencia indica que debe afrontarse la tarea de definir al acto abstracto, y no solamente caracterizarlo por la negativa fundado en un efecto que puede o no existir.

La doctrina francesa excluye como principio la existencia de los actos abstractos, pero admite algunas excepciones como la caución, la delegación, los títulos negociables y la garantía a primer requerimiento. La abstracción se plantea excepcionalmente en contratos que implican la presencia de terceros y la cuestión es determinar la situación del tercero ajeno a la relación y la posibilidad de oponer entre partes las excepciones causales. Las soluciones se elaboran sobre la base de cada uno de esas relaciones y no aparece estructurada una suerte de teoría general de dichos actos, con la advertencia que la abstracción es eficaz en las obligaciones que nacen del título, pero siempre será juzgable la causa en la relación que le dio nacimiento.²⁸³

En el derecho italiano del requisito de la causa como elemento estructural, resulta la inadmisibilidad del contrato y del acto unilateral abstracto, *o sea aquel que produce efectos por la sola voluntad de la parte independientemente de la existencia de una causa.*

El efecto que nace de una simple promesa de pago o del simple reconocimiento de una obligación unilateral, en la cual no se menciona la causa, es el de la abstracción procesal con inversión de las cargas probatorias. O sea, se producen efectos jurídicos independientemente de la existencia de causa. Por este medio no pueden reconocerse derechos reales.

²⁸² C.S.J.N., 5/2/87, in re Laperuta, Guillermo c/The Chase Manhattan Bank.

²⁸³ Ghestin, en "Traité... La Formation...", cit., pág. 912 y ss.

No obstante, hay que reconocer que la distinción entre causalidad y abstracción es confusa, como puede constatarse analizando el contrato accesorio y el contrato autónomo.

Se califica a la procura como un negocio abstracto porque es irrelevante el negocio base, pero el concepto de abstracción es utilizado erróneamente, porque es en realidad un contrato accesorio de otro como el de mandato. Igualmente se califica así a la fianza, pero en realidad no es abstracto, sino accesorio de un contrato atípico de garantía.²⁸⁴

3.2.2.6. Los efectos

Con la sistemática de Videla Escalada, la causa fue incluida en el Proyecto de 1993, y parece ser la inspiración de este Proyecto de 1998, aunque con algunos matices diferentes.

El primero y principal es que en el Proyecto del '93 se afirma el principio de que la alteración de las circunstancias privará de causa al acto "que haya sido otorgado en miras a la satisfacción de un interés que **presupone ostensiblemente** la subsistencia de esas circunstancias, al tiempo del cumplimiento o ejecución" (art. 580). El Proyecto del '98, en examen, antepone a este concepto que "la causa debe existir en la formación del acto jurídico y durante su celebración y subsistir durante su ejercicio", lo cual le da una formulación más estructural, que se ve reforzada con la declaración de que la inexistencia de causa da lugar a la invalidez del acto y su insubsistencia o frustración, a la extinción o adecuación del acto" (art. 259), lo que se repite textualmente en el art. 953 con relación al contrato, **creando una posibilidad más de subsistencia del contrato integrado por una decisión judicial.**

Esto se corrobora también si se observa qué texto del art. 884 del Proyecto de 1993 consigna que el contrato sin causa es "anulable" y luego qué es "anulable" por causa ilícita, pero en ningún caso recurre a nulidades parciales que permitan integraciones judiciales o "adecuaciones", como se proyecta en 1998.

3.2.3. Los matices en la frustración del fin

La frustración del fin aparece en el Proyecto del '98 tanto en el artículo 259 con relación al acto jurídico, como en el 1059 al regularse los contratos. Este último texto es similar al 943 del Proyecto de 1993.

²⁸⁴ Galgano, Francesco, "Diritto Civile e Commerciale"..., cit., págs. 203 a 209.

La diferencia sustancial entre los Proyectos del '93 y del '98 es que aquel establecía como requisito para la invocación que para hacer valer la frustración **la finalidad del contrato debía integrar la declaración de voluntad.**

La otra diferencia está en la calificación del modo por el cual el contrato se extingue. El Proyecto de 1993 lo hace operar como resolución y expresamente consigna que no existe derecho a solicitar el resarcimiento de daños. El Proyecto de 1998 lo hace operar como rescisión con lo cual no existe derecho a exigir restituciones lo que puede dar lugar a injusticias evidentes si la otra parte ha cumplido prestaciones.

No se establece tampoco un plazo para que quien invoque la frustración pueda ejercer sus facultades como sería deseable para terminar con cualquier incertidumbre y evitar perjuicios a la contraria.

Tampoco se refiere a la especie de contrato porque normalmente el defecto funcional se presenta en los contratos de duración, y hay que determinar su funcionamiento en los contratos plurilaterales.²⁸⁵

3.2.4. La adecuación del fin en los instrumentos que se tomaron como fuente

La mayoría de las fuentes tomadas por los Proyectistas no hacen referencia alguna a la causa. En relación con la frustración del fin, pueden encontrarse pocos antecedentes en los de derecho continental.

El Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos establece como regla que “el acreedor no puede rechazar la prestación que se le ofrece con el pretexto de que se ha tornado inútil y sin interés a causa de circunstancias sobrevinientes, a menos que tal derecho de rechazo se deduzca, incluso implícitamente del contrato, y además que haya advertido en tiempo útil al deudor el acaecimiento de las circunstancias en cuestión y, de todos modos, antes de que el deudor haya preparado o comenzado la ejecución” (art. 102).²⁸⁶

La institución tiene indudable origen en el derecho inglés por lo cual es tratada en el Contract Code que prevé la “frustración sobrevinida”. “El contrato se frustra si, una vez celebrado, a) el cumplimiento

²⁸⁵ Galgano, Francesco, “Diritto Civile e Commerciale”..., cit., págs. 490/1.

²⁸⁶ Nicolau, Noemí y otros, en “La contratación en los procesos de integración regional. A propósito del Código Europeo de los Contratos”, en L. L., 4/12/98, da este encuadre a la regla. No obstante, hay que observar que le pone una serie de condicionamientos limitantes. Por lo menos queda claro que no es regla general.

de un contratante deviene imposible o ilícito y ninguna de las partes puede demostrar que la otra ha asumido el riesgo de la imposibilidad o ilicitud, o, b) se ha producido un cambio radical de las circunstancias. En este caso, los contratantes quedan liberados de cumplir desde el momento de la frustración y tienen derecho a la restitución y al reembolso de gastos (art. 591).

Las causales de frustración se configuran por:

imposibilidad de cumplimiento: ocurre cuando se ha considerado esencial una prestación personal y ocurre la muerte o incapacidad de la persona o su indisponibilidad, en circunstancias tales que hagan improbable el cumplimiento dentro de un plazo razonable. También cuando debiendo entregarse bienes ciertos y determinados, se han destruido o son indisponibles en circunstancias similares a los anteriores (art. 592);

ilicitud del cumplimiento: el cumplimiento es ilícito cuando implique la comisión de un acto encaminado a un resultado ilícito o idóneo para alcanzarlo, y “que es improbable que llegue a estar permitido en un plazo razonable” (art. 593). La ilicitud también puede ser parcial cuando el contratante puede cumplir el contrato en una parte importante pero no completamente sin cometer un acto ilícito. En este caso responde por los daños causados por el incumplimiento, a menos que las circunstancias que imponen tal responsabilidad sean contrarias al orden público” (596).

El riesgo de imposibilidad puede ser asumido, lo que se configura cuando lo tiene en cuenta al realizar un acto o una omisión irrazonable y estima y considera probable que ocurra, pero no se puede asumir el de ilicitud si es contrario al orden público (art. 594).

El comentario consigna que la frustración se refiere a contratos afectados por hechos eventuales que pueden afectar a las prestaciones de uno o de ambos contratantes.

Debe contemplarse en términos de riesgo, por lo que hay que descartar la doctrina de los términos implícitos “porque no sólo es inútil sino que está mal concebida, y ello es así porque en la mayor parte de los casos las partes jamás han pensado en la posibilidad de los hechos que han sobrevenido. Tampoco hay que dar mucho valor a la doctrina de la desaparición de la base del contrato puesto que... no es evidente por sí misma. Por el contrario, en cada caso se requiere interpretar el contrato para asignar el riesgo, asignación que puede hacer el juez incluso conforme a lo que le parezca razonable... Esta facultad... no es discrecional, ni comporta un “poder de revisión”... sino que consiste en la aplicación de las reglas que se desprenden de los precedentes...” que se plasman en los supuestos de imposibilidad e ilicitud y

La Alteración radical de las circunstancias, supuesto en que se entiende que “las circunstancias han cambiado radicalmente cuando la pretensión de cumplimiento de una parte a la otra es injusta, teniendo en cuenta si una parte ha hecho una propuesta razonable de adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, así como la respuesta de la otra” (art. 595).

El comentario indica que “los casos más difíciles son aquellos en que el cumplimiento estricto de lo acordado puede tener lugar, pero las circunstancias han cambiado en términos tales que la finalidad del contrato es imposible de alcanzar; emblemáticos al respecto son los casos de la Coronación... Esta clase de frustración es limitada... se admite generalmente que no cabe cuando los bienes se han vendido, aunque el comprador no pueda destinarlos por cualquier caso al uso que se pretendía. Además... la finalidad del contrato debe ser común a ambos contratantes y no un mero motivo personal de uno de ellos; incluso en este caso, la finalidad común debe ser sustancialmente imposible...” Los casos de la Coronación... y los antecedentes del derecho escocés indican que el arrendamiento podrá frustrarse, pero que lo será rara vez.

La frustración “no resulta del mero hecho de que una parte prevea que la otra utilizará un particular modo de cumplir y que tal modo devenga imposible... Sin embargo, si los contratantes han establecido el modo o método de cumplimiento, expresa o implícitamente, el contrato se frustra si dicho modo llega a ser imposible y se ha contemplado como un elemento esencial...”, citándose como antecedente el contrato de transporte pactado antes de 1956 de un extremo al otro del Canal de Suez, antes que se iniciara la guerra que impidió el tránsito por dicha vía.

La frustración puede ser parcial. El Contract Code prevé al respecto que: “Si una persona contrae varios contratos, con las mismas o diferentes personas y el cumplimiento de uno o alguno de ellos deviene imposible o ilícito en circunstancias tales que, si fuera un solo contrato se habría frustrado, debe ofrecer a las contrapartes el cumplimiento a pro rata, salvo que pruebe que por razones comerciales o de otra índole, deba dar preferencia a uno o alguno de tales contratos mediante el cumplimiento total, o de una proporción mayor de los mismos....” (597.1).

De esta transcripción surge que, en realidad, la “**frustración**” resulta un género que se configura por posibilidades diversas, algunas derivan la imposibilidad de cumplimiento; otras la ilicitud del cumplimiento, o por la alteración radical de circunstancias, caso en que se entremezclan diversos factores.

También surge que la causa no es tipificante de la existencia de la figura y ello se corrobora cuando se analiza la historia en la elaboración del concepto, tarea que acometió Alpa²⁸⁷, quien nos dice que la frustración puede latamente definirse como la imposibilidad de realizar el objeto del contrato por la incidencia de eventos externos.

Se diferencia del "breach of contract" que depende de la voluntad o de la culpa de una de las partes o de ambas. La esencia de la frustración radica en la independencia del comportamiento de las partes. Este concepto está tomado del caso Lord Wright in *Maritime National Fish*, 1935 A, 206.

De otra parte, una frustración induce (o conduce) a una parte al *breach of contract*. Como *leading case* se suele citar el caso *Paradine v/Jane* (1647, Ayleyn, 26) y el caso *Taylor v/Caldwell* (1863, 3B, S. 826).

En el primer caso se ilustra sobre la dureza del vínculo contractual, también de frente a eventos que lo modifiquen. Se discutía si el arrendatario de tierra tendría que pagar igualmente el canon al propietario no obstante que el terreno fuera ocupado por una invasión de un príncipe alemán que no le había permitido sacar rédito alguno. El juez distinguió las obligaciones nacidas de la ley de las nacidas de los contratos. Las primeras pueden ser incumplidas por eventos externos como guerras, tempestades, inundaciones, etc. **En cambio las contractuales, salvo que se haya excluido expresamente estos riesgos en la convención, el contrato debe ser cumplido.**

Esta regla es atemperada en el caso *Taylor*. El actor había celebrado un contrato de uso de un music hall para organizar un concierto. Antes de iniciar la representación el edificio se incendió. La cuestión a decidir era si el daño por la imposibilidad de utilizar el inmueble debía ser soportada por el propietario o por el organizador. *Blackborourne* sostiene que debe **considerarse implícita la existencia de una condición** en el contrato atinente a la existencia y utilización del music hall sobre la base de la obligación de cierto corpore del Digesto y el Tratado de las Obligaciones de Potier (III, págs. 420 y 668). Por tanto se declaró que nada se debía al propietario por el uso del music hall.

Como se ve, la decisión considera con atención la naturaleza del contrato. En otro caso, puede advertirse la distinción entre causa y motivo. Se trata de un ciudadano austríaco que era inquilino de un apartamento en zona declarada por la autoridad inglesa como no habitable por extranjeros por razones de seguridad durante la Primera Guerra Mundial. Se declaró

²⁸⁷ Alpa, Guido, "Contratto e common law", *Quaderni de diritto comparato*. Edizioni Cedam, Padova, 1987, págs. 99 a 104, a quien se sigue en este desarrollo.

que debía igualmente pagar el alquiler porque la efectiva residencia en el apartamento no era el motivo del contrato concluido entre las partes (London Northem Estates Co v/Schlesinger, 1916).

En fin, en un caso más reciente (National Carriers v/Panaplina, 1981) se ha resuelto que el gerente de una revista debe pagar el canon locativo aunque por un largo período la calle de acceso estaba cerrada por ser peligroso un edificio que estaba ubicado enfrente. La razón justificante fue que la doctrina de la frustración es inaplicable al contrato de locación.

En este sentido se examina que es útil para administrar el riesgo de las circunstancias externas sobrevinientes que inciden en la ejecución del contrato atender a la intención de las partes presumiendo que han querido o debido querer ignorando la circunstancia (teoría de la condición implícita no muy distante de la de la presuposición de Winscheid). Pero, la tendencia a construir el contrato, mas bien que hacer la simple exégesis, la tendencia a objetivar el juicio y el criterio ha hecho que, en defensa de la voluntad de las partes, fuera criticada por muchos por ser el principio irrespetuoso del criterio individual, de los intereses y de las circunstancias.

La nueva perspectiva fue introducida en el caso British Movietonews Ltd v/London and Distric Cinemas (1952) que importa una tercera teoría según la cual por las circunstancias sobrevinientes el contrato no debe resultar modificado porque la parte debe ejecutar una prestación distinta de la inicial. Es la tesis de la base del contrato no distinta de la Geschäftsgrundlage elaborada por la doctrina alemana. Fue enunciada por Lord Radcliffe en el caso Davis Contractors Ltd v/Fareham, 1956, e introduce el concepto de "significado" del contrato buscando recomponer la situación sobre la base de lo que presumiblemente las partes hubieran podido concertar si hubieran previsto el evento, teniendo como patrón al "hombre razonable".

Por ello fue calificada como una creación antropomórfica de la justicia.

Los tratados y manuales ofrecen una riquísima reseña de casos y por consiguiente de criterios aplicables. Leyéndolos se advierte la dificultad de extraer directivas uniformes. Atiyah indica algunos criterios de orientación:

*) Si un contratante ha expresamente aceptado el riesgo, obviamente recae sobre él.

*) Si el evento sobreviniente ha modificado sólo el modo en el que la prestación debe ser cumplida, pero no impide su cumplimiento, no hay frustración.

*) Si la prestación correspondiente es muy alta (entiendo que se refiere a que está cumplida) se puede retener en compensación del riesgo.

*) Para que el riesgo no deba ser asumido, la parte debe probar que la circunstancia sobreviniente es extraordinaria o del todo anormal: por ejemplo el aumento de un arriendo no comporta frustración.

*) También en presencia de circunstancias extraordinarias se puede cargar el riesgo a la parte que deba cumplir prestaciones frente a terceros.

*) Si el contrato tiene una finalidad especulativa no se aplica la frustración.

*) Si el contrato es de larga duración, las partes deben asumir el riesgo del evento futuro.

La consecuencia de la frustración es la resolución del contrato y los daños y perjuicios. La evolución es más compleja en la experiencia norteamericana en que la expresión no es "frustration" sino "impossibility of performance", expresión más amplia en la que queda incluida aquélla.

Corbin señala que la distinción entre imposibilidad y frustración está por consiguiente en esto: que la primera resguarda todos los casos en los cuales la prestación por sí misma ha devenido objetivamente imposible. La segunda, en cambio, resguarda los propósitos, los objetos; la decisión de las partes, con la advertencia de que no existe un propósito, un objeto, un desideratum único y unívoco del contrato, y cada parte puede tener uno propio.

No existe, según Corbin, una base única del contrato. La atención de la Corte debe dirigirse entonces, no a aceptar la base de la intención de las partes, sino más bien a aceptar cómo el riesgo debe ser distribuido de acuerdo con la práctica negocial guardada en similares casos. La imposibilidad debe ser sobreviniente. O sea que si existía al momento de la conclusión del contrato, la promesa no tiene efecto. No tiene en ese caso, conforme al derecho anglosajón *consideration*, o ésta es inadecuada.

Siguiendo esta línea, el juez Traynor en un caso decidido por la Corte Suprema llega a la misma conclusión (*Lloyd v/ Murphy*). Se trataba de un contrato de locación de un inmueble utilizado para la venta de automóviles nuevos. Con la entrada de EE.UU. en la Segunda Guerra Mundial la venta de automóviles nuevos se sujetó a restricciones. Por ello, el locatario se dedicó a la venta de otros objetos y sucesivamente, como consecuencia del receso, solicitó la disminución del canon por imposibilidad sobrevenida. La sentencia determinó que la variación de la actividad económica ejercitada en el inmueble o potencialmente realizable, excluyen la posibilidad de aplicar la teoría de la frustración.

Kessler revela cómo la doctrina de la frustración tuvo su origen en el derecho marítimo, y apuntó por ello que no puede ser traspuesta mecánica-

mente dentro de los principios del "common law". Por otro lado, la Corte es más bien reacia a la modificación del proceso de repartición del riesgo establecido por las partes.

3.2.5. Conclusión

El derecho inglés, del que se deriva la doctrina, ha realizado precisiones concretas de su aplicación, que tiende a ser restringida, vinculándose tanto con el objeto como con la causa.

No existe una regla que tenga carácter de precedente, que sea semejante a la introducida en el Proyecto argentino de 1998, que indique que la causa debe existir en la formación del contrato y su celebración y subsistir durante su ejecución, o cuya falta dé lugar a la invalidez, la adecuación, o la extinción del contrato o la ineficacia de sus estipulaciones, regla que por otra parte, resulta contradictoria con la posibilidad establecida en el Proyecto de que la aplicación de la frustración de la finalidad pueda ser excluida por la decisión de las partes (art. 1062).

Además, en la inclusión de una institución cuya conveniencia es opinable, se introducen modificaciones en relación con los antecedentes cuya aplicación puede producir mayor incertidumbre frente a la determinación de la existencia de una finalidad común; se califica como rescisión el modo de conclusión lo que lleva a desconocer las prestaciones cumplidas y, finalmente, se crea una nueva causa de "adecuación" en que los jueces pueden integrar los contratos.

Todo esto parece indicar que, o se renuncia, por ahora, a esta causal de extinción del contrato, o se la restringe a límites claros y precisos para no generar mayores inseguridades.

Y, una inquietud final sobre la cuestión. El art. 1062 permite la exclusión de "frustración de la finalidad" con la expresión de que debe considerarse incluida en la contratación, salvo estipulación o disposición legal en contrario. El artículo 259 bajo "Frustración de la causa" afirma que "la causa debe existir en la formación del acto jurídico, debe existir durante su celebración y subsistir durante su ejercicio... su insubsistencia dará lugar a la frustración...". El art. 953, bajo "Necesidad de causa" afirma que "la causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La inexistencia de la causa, o su insubsistencia, da lugar según los casos, a la invalidez, a la adecuación o a la extinción del contrato, o a la ineficacia de sus estipulaciones". Los autores del Proyecto tienen la palabra para contestar sobre la coherencia de que un elemento que consideran esencial en toda la vida del contrato pueda ser "eliminado" por voluntad de las partes.

VII. INTERPRETACION E INTEGRACION

1. Las normas implicadas

“Art.967. **Alcances de la obligación contractual.** El contrato obliga con los alcances que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior de las partes, a la prácticas establecidas entre ellas, a los usos si no han sido excluidos expresamente y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y **las expectativas justificadas de la otra parte. Las cláusulas abusivas no constituyen usos, aunque sean de práctica**”.

“Art.1023: **Interpretación de buena fe.** El contrato debe ser interpretado de buena fe. En la aplicación de esta regla debe atenderse a lo dispuesto en el art. 967, asignando especial relevancia a:

a) **lo que ha sido común intención de las partes**, antes que a la literalidad de lo manifestado;

b) el sentido que razonablemente hubiera atribuido a la manifestación de una de las partes **una persona en la situación y las condiciones de la otra;**

c) la existencia de diferencias significativas en el **poder de negociación relativa de cada una de las partes;**

d) **la relación de equivalencia de las contraprestaciones si el contrato es a título oneroso.**”

“Art.1032. **Cláusulas vagas o ambiguas.** Las cláusulas vagas o ambiguas deben ser interpretadas:

a) en sentido contrario a quien las redactó aunque se trate de un contrato discrecional;

b) **en sentido favorable a la liberación de la parte que tuvo menor poder de negociación, o que contrató con una persona que actuaba profesionalmente en la actividad a que corresponde el contrato, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad;**

c) en subsidio, en la comprensión más adecuada al objeto del contrato.

Estas disposiciones se aplican también a las manifestaciones de voluntad vagas y ambiguas”.

Integración del contrato

“Art.903. **Prelación normativa.** En los casos en que concurren las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a contratos, son aplicables en el siguiente orden de prelación:

- a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;
- b) la autonomía de la voluntad;
- c) las normas supletorias de la ley especial;
- d) las normas supletorias de este Código.”

“Art. 904. **Integración del Contrato.** El contenido del contrato se integra con:

- a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas.
- b) las normas supletorias.
- c) los usos del lugar de celebración en cuanto sean aplicables.”

“Art. 907. **Facultades de los jueces.** Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, salvo en los siguientes casos:

- a) a pedido de parte interesada, si lo autoriza la ley;
- b) de oficio si es transgredida una norma indisponible.”

“Art.908. **Casos de invalidez o de modificación del contrato.** En los casos en que se trate de la invalidez total o parcial, o **de la modificación del contrato** los jueces:

a) resolverán procurando asumir **qué actitud habría adoptado un contratante de buena fe, en la etapa previa a la formación del contrato o en su celebración, según sea el caso.**

b) procurarán conservar la eficacia del contrato conforme a lo previsto por el art. 1034.

c) en caso de invalidez parcial aplicarán el art. 904, salvo que con esa integración **se afecte el equilibrio negocial** (art. 908).

De las normas transcritas surge que, en la materia que se trata, el proyecto contempla la modificación de instituciones ya existentes y la incorporación de nuevas figuras que se tratan seguidamente.

2. La interpretación

2.1. La interpretación en las fuentes citadas por los Proyectistas

Unidroit

Se ha destacado que el primer problema interpretativo que se presenta con los Principios es la uniformidad de la interpretación, porque al tratarse de Principios internacionales hay que contemplar la interpretación del contrato y también su relación con la interpretación del principio mismo.²⁸⁸

Capítulo 4

La norma general es que debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y si ello no es posible “conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en las mismas circunstancias (4.1 (2)).

(1) “Las declaraciones y demás conductas de cada una de las partes se interpretarán conforme su intención, siempre que la otra la haya conocido o no la haya podido ignorar.”

(2) “Si el inciso precedente no fuera aplicable, tales declaraciones y conductas deberán interpretarse conforme al sentido que les daría una persona sensata de la misma condición, colocada en la misma circunstancia” (art. 4.2).

Para la aplicación de las normas precedentes deben tomarse en consideración todas las circunstancias, incluidas las negociaciones previas; las prácticas establecidas; la conducta posterior; la naturaleza y finalidad del contrato: el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial y los usos (4.3).

Las restantes reglas son las clásicas, destacándose que por ser normas destinadas a la contratación internacional se prevé que “en caso de discrepancia entre varias versiones idiomáticas del mismo contrato, se preferirá la interpretación acorde con la versión en el idioma en el cual fue redactado originariamente (4.7).

El contrato se integrará “cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones”, con aquella disposición que resulte más adecua-

²⁸⁸ Gorri López, Carlos, “L’interpretazione del contratto nei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali”, en *Contratto e Impresa Europa*, Cedam, Padova, 1998, 1, págs. 468 y ss. Advierte la importancia del tema, pues tratándose de contratos internacionales, se produce una cierta inseguridad por el sistema de reenvío a las normas nacionales.

da a las circunstancias, teniendo en cuenta, entre otros factores, los siguientes: a) la intención de las partes; b) la naturaleza y finalidad del contrato; c) la buena fe y la lealtad negocial y d) el sentido común (art. 4.8).

Contract Code contiene una sola regla de interpretación cual es que “las palabras utilizadas por las partes contratantes han de interpretarse en su sentido usual en el contexto en el que aparecen, a no ser que se les haya atribuido un sentido especial por las propias partes, o por la costumbre mercantil o el uso local aplicable, que no sea incongruente con las palabras del contrato tomado como un todo” (art. 111).

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos, no contienen normas específicas de interpretación, pero sí establece un principio de “razonabilidad” según el cual ella será juzgada por lo que personas que actuando de buena fe y en la misma situación que las partes consideran razonable. En particular, en la evaluación de razonabilidad serán tenidas en consideración la naturaleza y fin del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de los comerciantes o profesionales involucrados (1.302).

Anteproyecto del Código Europeo de Contratos, arts. 39 a 41, introduce las reglas clásicas formuladas de manera más amplia, sin entrar en situaciones subjetivas de ninguna índole, e indica que “en cualquier caso, la interpretación del contrato no debe conducir a un resultado que sea contrario a la buena fe o al sentido común”.

Deja expresamente sentado que “cuando las declaraciones son de tal naturaleza que revelan de manera clara y unívoca la intención de los contratantes, el contenido del contrato debe deducirse de su sentido literal, en atención al texto contractual en su conjunto y coordinando las diferentes cláusulas unas con otras...” (art. 39.1).

Distingue la interpretación de las expresiones ambiguas, para las que mantiene los principios de conservación del negocio y contra predisponente (art. 40) de las expresiones oscuras, caso en el que debe interpretarse en “el sentido menos severo para el obligado si es a título gratuito” y en el sentido “que realice un ajuste equitativo de los intereses de las partes” si es a título oneroso (art. 41).

El Código Civil Neerlandés no contiene normas interpretativas.

El Código Civil de Quebec comienza con la regla que en la interpretación del contrato debe buscarse cuál es la común intención de las partes, antes que detenerse en el sentido literal de los términos (art. 1425).

El comentarista Kélada recuerda la jurisprudencia canadiense de que un texto claro y no ambiguo no es materia de interpretación y de que es peligroso eludir un texto preciso con el pretexto de entrar en el

espíritu, y que cuando la intención de las partes se descubre suficientemente de los términos no hay materia de interpretación pues es evidente por sí misma.

El texto legal indica que en la interpretación de un contrato debe tenerse en cuenta su naturaleza; las circunstancias en que se concluyó; la interpretación que le dieron las partes y los usos (art. 1426).

Consagra igualmente principios como la interpretación contextual (art. 1427); la conservación del contrato (1428); la interpretación que sea más conveniente a la materia del contrato cuando sea susceptible de dos usos (art. 1429); el principio *contra proferentem* y según el caso de interpretación en favor del adherente o consumidor (art. 1432).

También establece que la cláusula destinada eliminar toda duda sobre la aplicación de un contrato a un caso particular, no restringe el alcance de aplicación a los contratos celebrados entre ellos expresados en términos generales (art. 1430) y que las cláusulas de un contrato enunciadas en términos generales se aplican solamente a aquel contenido que las partes se propusieron al contratar (art. 1431).

2.2. El sistema del Proyecto

Haciendo una lectura rápida podría llegarse a la conclusión que el Proyecto está tomando los patrones generales de las fuentes inspiradoras. Pero tal conclusión es equivocada a poco que se analicen los matices que se introducen en la redacción.

2.2.1. La actividad interpretativa

El Código de Comercio vigente en esta materia desde 1857, delimita la función interpretativa. Por un lado establece una cuestión semántica, que parece ajena a ésta, cual es la que simplemente establece el sentido de las palabras en el art. 217. Las palabras se utilizan en el sentido que les da el uso general. Esto supone que simplemente las partes no están de acuerdo con el sentido de un término y la discusión concluye determinando cuál es el que se considera adecuado. La norma del Contract Code antes transcrita parece partir de esta misma óptica.

A partir de allí, el Código de Comercio comienza el tratamiento de la tarea interpretativa, dejando en claro que esta actividad se realiza cuando "es necesaria" (art. 218, 1ª parte).

2.2.1.1. Los modos de expresión

El art. 1027 del Proyecto tiene la pretensión de sustituir al art. 217 del Código de Comercio, por lo cual resultaría lógico que fuera el primer artículo del capítulo respectivo.

Pero la pretensión, parece ser la de darle un campo más amplio, más allá de la norma del Contract Code ya citada, al agregar en el inciso c) que "si se trata de palabras científicas o técnicas, o del arte de una actividad específica" son "entendidas con el significado propio del lenguaje específico si el objeto del contrato pertenece a esa actividad y las partes son idóneas en ellas".

La primera observación que aparece es que la expresión del contenido del contrato va a depender, no del sentido de los términos sino de la situación subjetiva de las partes, con lo cual pasa a ser una función netamente interpretativa, que para materializarse requerirá de la invocación y prueba de la habilidad de cada parte.

Seguidamente, surge el interrogante sobre cuál será el sentido que se le va a dar a un término cuando ninguna de las partes o sólo una de ellas es idónea en esa actividad.

Si ambas partes o una de ellas no son idóneas en la rama técnica o científica que contratan, su deber de buena fe les impone asesorarse sobre el sentido de los términos, para poder ser calificado como contratante de buena fe. Si no lo hace, no podrá invocar su propia torpeza.

Los términos técnicos de una actividad no son ambivalentes. No cambian por la condición de los contratantes, sino que tienen el contenido que les da la ciencia o la técnica a la cual pertenecen. Si en un contrato de servicios médicos se especifica que el cirujano realizará una operación de apendicitis a una persona lega en medicina, el objeto del contrato no puede variar por la interpretación que haga el paciente de que en realidad creía que iba a ser operado de amígdalas.

El ejemplo elemental demuestra el absurdo de la previsión y, además, el de la pretensión de extender las normas de los derechos de protección previstos para una clase protegida a la generalidad de los contratos.

2.2.2. La expresión clara

La redacción de la primera parte del art. 1023 del Proyecto, y su inciso a), parecen indicar que frente a una cláusula claramente escrita cual-

quier contratante puede contender con otro pretendiendo dejar de lado las palabras en su literalidad y estar legitimado a entrar en la prueba subjetiva de la "voluntad común de las partes". Esta interpretación de la norma interpretativa que estoy haciendo, está corroborada por la presencia de normas especiales sobre la interpretación de las "cláusulas vagas o ambiguas" proyectadas en el art. 1032.

Esta previsión, además de la consiguiente inseguridad que genera, desconoce la esencia de la función interpretativa, pues si bien ésta debe tender a respetar la voluntad contractual, previa investigación de circunstancias de hecho, tal actividad investigativa sólo puede legítimamente realizarse cuando no exista una expresión clara de la voluntad común, y no debe el juez deformar una cláusula clara y precisa en ejercicio de la potestad exegética, sin caer en arbitrariedad.²⁸⁹

El sentido de esta limitación es el de evitar abusos, anotándose que la doctrina es también unánime en advertir sobre la desnaturalización de la función interpretativa cuando existen términos claros. "La claridad de un contrato marca el límite infranqueable del poder de interpretación del juez de hecho que debe aplicar pura y simplemente la ley de las partes sin modificación, adjunción ni amputación". La teoría de la desnaturalización se funda en que la declaración de la voluntad prima sobre la voluntad interna.²⁹⁰

La jurisprudencia francesa también ha abordado la cuestión de lo que debe considerarse "claro y preciso", llegando a la conclusión que una cláusula puede ser intrínseca o extrínsecamente ambigua. La primera resulta de la pluralidad de sentidos posibles de una expresión. La extrínseca se manifiesta de diferentes maneras, como por ejemplo que un acto en sí mismo claro y preciso, puede resultar ambiguo al confrontarlo con otras estipulaciones adoptadas por las partes, como por ejemplo la conducta posterior de ellas.²⁹¹

Esta es también la doctrina aplicada en Italia a partir de situación semejante, considerándose que el antiguo adagio que "in claris non fit interpretatio" es coherente con el principio establecido en el Código Italiano.²⁹²

²⁸⁹ Larroumet, en "Droit Civil...", cit., pág. 131, con cita de la Court de Cassation en nota 1 en la cual da cuenta de la resolución de este tribunal que resolvió que el juez no tiene facultad para interpretar una cláusula clara y precisa porque ella es evidente. Ello constituiría la utilización desviada del poder soberano de apreciación y resultaría una violación de la ley por exceso de poder.

²⁹⁰ Ghestin, Jacques, "Traité de Droit Civil. Les effets du contrat" avec le concours de Christophe Jamin y Marc Billau, LGDJ, 2ª ed., París, 1994, pág. 27.

²⁹¹ Ghestin, "Traité... Les effets...", cit., pág. 29.

²⁹² Galgano, Francesco, "Diritto Civile e Commerciale"..., cit., pág. 456.

Lo dicho demuestra que el ejercicio de la función interpretativa por el juez sólo se legitima a partir de la inexistencia de términos claros y precisos, o como dice el Código de Comercio vigente cuando exista "ambigüedad" en los términos. El Proyecto **está "legitimando"** la interpretación de lo que es claro por sí mismo, con lo cual se habilita que los jueces, en cualquier caso, dejen de lado textos claros y precisos bajo pretexto de que no revelan la voluntad común.

La determinación de la común intención de las partes, cuando ella fue expresada a través de cláusulas ambiguas, es la función interpretativa tomada desde su aspecto subjetivo, establece el ámbito propio de las directivas de interpretación. Su resultado revelará el contenido del contrato. La interpretación objetiva determinará ese contenido.²⁹³

2.2.3. La voluntad común de las partes

De acuerdo a lo reseñado, queda claro que el Proyecto excede cualquier límite al permitir interpretar lo que es claro, el punto siguiente es analizar las pautas que concretan los criterios que rigen la interpretación de buena fe, que en la mayoría de los ordenamientos occidentales se han explicitado en enunciados genéricos como los criterios ordinarios de actuar correctamente en el comercio,²⁹⁴ para interpretar la voluntad de las partes cuando las palabras no son claras.

La jurisprudencia francesa ha establecido pautas de orden. Como principio, el tribunal tiene que indagar la voluntad común de las partes pero no sustituirse a ellas. Aplicando esta regla impide, por ejemplo, establecer por vía interpretativa cuál es el precio establecido por ellas, eso es obra de los peritos. Sólo puede, entre los precios posibles, determinar cuál es el que resulte acorde con la voluntad de las partes.

En ese cometido los jueces no pueden solamente referirse a los usos sin constatar que las partes se hayan referido a ellos.

Las fuentes del Proyecto, reseñadas precedentemente, utilizan patrones "standards" para determinar la intención común de las partes. Así se hace referencia a la conducta que observarían "personas sensatas", "colocadas en las mismas circunstancias", pero para juzgar esas circunstancias

²⁹³ Ghestin, "Traité... Les effets...", cit., pág. 11.

²⁹⁴ Gorriz López, en op. cit., págs. 471/2, manifiesta que por el diverso sentido que puede ser dado al principio según los países se lo eliminó en los Principios de Unidroit, al tratar específicamente de la interpretación, aunque se lo mantiene como principio general.

se toman en consideración una serie de pautas de comparación objetivas (Unidroit y Proyecto de Código Europeo de Contratos).

En el caso de contratos entre los comerciantes, como es el caso de Unidroit, se supone que ambas partes como comerciantes han expresado su voluntad con términos precisos en el lenguaje común del comercio, por lo que la expresión revela la voluntad común de las partes.²⁹⁵

Esta apreciación deja en claro que no puede tomarse como criterio interpretativo para determinar la común intención, la idoneidad de las partes para la interpretación de los términos científicos y técnicos (art. 1027 inc. c) y la calidad profesional para la interpretación de cláusulas ambiguas (art. 1032 inc. b y 1033), porque en la contratación "entre profesionales" de acuerdo a lo que ya expresé precedentemente, todos son idóneos o deben asesorarse.

2.2.3.1. Criterios subjetivos

La aplicación del principio de interpretación de buena fe se hace sobre patrones "standards" de comparación.

***) La razonabilidad**

Durante este siglo, se ha planteado la cuestión de si resultan válidas las indagaciones subjetivas de la voluntad de cada parte para determinar cuál fue la voluntad común, en la que se registraron algunas opiniones encontradas que corrieron paralelas a las teorías de la voluntad interna y la voluntad declarada, predominando la de la objetivación de la declaración común. Para juzgar a partir de la declaración se ha apelado a diversos "standards" genéricos para efectuar comparaciones, como el de "razonabilidad".²⁹⁶

Esta pauta tiende a objetivarse sobre todo en las contrataciones internacionales, plasmándose en conceptos referidos a estándares de normalidad general e individual o surgidos de la práctica a la que pertenece el negocio interpretado; al lenguaje utilizado en ese sector; el comportamiento

²⁹⁵ Gorriz López, op. cit., pág. 477. En este sentido se considera superada la cuestión recién tratada sobre si lo claro debe ser interpretado, porque como comerciantes se explicaron claramente. El conflicto va directamente entonces al análisis de la efectiva comprensión de lo expresado por el destinatario.

²⁹⁶ Gorriz López, op. cit., págs. 474 y ss.

mantenido por las mismas partes en otras negociaciones, como lo que hubieran hecho las partes en la misma circunstancia.²⁹⁷ Este es el criterio que adopta el Proyecto cuando se refiere al sentido que razonablemente hubiera atribuido a la manifestación de una de las partes una persona en la situación y condiciones de la otra (art. 1023 inc. b).

***) La lealtad**

Otro parámetro de comparación es el comportamiento leal. Es decir, que las partes no pudieron dar otro sentido diverso del significado textual de la expresión, como lo debió hacer un contratante correcto y leal, pero ello interpretado no conforme a un estado psicológico subjetivo del agente, sino con un criterio objetivo que tenga por efecto un canon de recíproca voluntad de la conducta de las partes.²⁹⁸

2.2.3.2. Criterios objetivos

En este cometido de interpretar de buena fe también se contemplan criterios objetivos.

***) La función económico-social del contrato**

La pauta nace del Código Italiano, y atiende a que en caso de que no pueda ser determinado el sentido de las palabras, hay que interpretar conforme a las pautas que surjan del objeto del contrato teniendo en cuenta la función económico-social del tipo contractual y el objetivo destino económico del bien dentro del contrato.²⁹⁹

***) Los usos y costumbres**

Los usos y costumbres establecidos entre las partes, o los generales de la actividad, darán al juzgador la pauta de interpretación auténtica tomada de la conducta observada.

²⁹⁷ Gorriz López, op. cit., pág. 478.

²⁹⁸ Galgano, Francesco, "Diritto Civile e Commerciale" ..., cit., págs. 440 y 444.

²⁹⁹ Galgano, Francesco, "Diritto Civile e Commerciale" ..., cit., pág. 441.

2.2.3.3. Imponibilidad de los criterios del Proyecto

Las pautas tomadas por el Proyecto para lograr la voluntad común de las partes, además de las derivadas de la situación profesional de las partes, son *la existencia de diferencias significativas en el poder de negociación (art. 1023 inc. c y 1032) y la relación de equivalencia de las contraprestaciones si el contrato es a título oneroso (1023, inc. d).*

Tales criterios no tienen precedentes que hayamos podido conocer y resultan totalmente impropios por diversas razones.

La primera es que celebrado el contrato, salvo que existan vicios de la voluntad o situaciones de abuso tipificadas, no puede examinarse la situación de las partes en el momento de la contratación como pauta para interpretar un contrato, dado que se supone que las partes profesionales contrataron en situación de igualdad.

La revisión histórica no tiene un resultado útil porque si una de las partes persigue cierta interpretación por suponer que la cláusula en cuestión no le resulta conveniente, debe pretender invalidarla y no interpretarla para "obtener una ventajita" alegando que se aprovecharon de su "menor poder para negociar". Si se contrató en situación desigual con abuso de una de las partes, se habrá configurado un vicio de la voluntad y el contrato será inválido si la víctima actúa con esa finalidad para lograr la ineficacia.

Ese criterio subjetivo del Proyecto puede llevar a otros absurdos, como la referencia a quien tuvo mayor poder de negociación en el momento de la celebración. Puede suceder que durante la ejecución del contrato haya mutado en su situación y sea quien tiene menor poder al tiempo de la interpretación, conforme a la observación consignada anteriormente, que la realidad demuestra que no existen "partes débiles" sino "situaciones de debilidad".

Tampoco puede ser criterio para interpretar la recurrencia a la "equivalencia de las prestaciones", suponiendo que esta situación está medida al momento de la celebración del contrato. Las advertencias anteriores son aplicables a este curioso criterio interpretativo, en cuanto a que si la falta de equivalencia genera la posibilidad de una ineficacia, el interesado debe hacerla valer. En caso contrario, la cuestión es irrevisable y no puede computarse como criterio para interpretar la voluntad común de las partes.

Como principio es irrelevante el equilibrio económico originario del contrato y las ventajas o desventajas que ello trae a la contraparte. No existe, ni parece que pueda existir, una regla que establezca la uniformidad de las razones contractuales de la determinación de los cambios o el objetivo criterio de

equivalencia de las prestaciones. Tampoco los jueces pueden determinarla porque eso es el resorte de la autonomía de la voluntad en el contrato que se constituye en ley para las partes. En la economía de mercado el justo precio es el precio del mercado, conforme se determina en la libre contratación. Pero no se puede ingresar al juzgamiento de ese precio por la causa de que un contratante sea más fuerte que otro, si no existe una fuente de integración del contrato que establezca con carácter imperativo un precio legal. La intervención judicial que corrija la autonomía de la voluntad es excepcional y está limitada sólo al caso, justamente excepcional, de la cláusula penal excesiva.³⁰⁰

No puede utilizarse la buena fe como fuente autónoma autorizando al juez para modificarlo en sentido determinado a ciertos valores como la justicia o la utilidad social, conforme a su criterio, si esos principios no están positivamente expresados en las leyes y en el juicio se revela la incidencia de tales valores. No puede ser un arbitrio incontrolado, sino el resultado de un acto de interpretación e integración del que surja el razonamiento empleado.³⁰¹

Los parámetros del Proyecto son absolutamente improponibles para el juzgamiento de contratos comerciales, desde que las empresas contratan en cada momento según necesidades, pagando, por ejemplo, precio más alto que el del mercado en función de la urgencia; o vendiendo a menos del precio de costo para captar el mercado o conseguir liquidez para otro negocio más rentable, y esto no queda plasmado en el contrato.³⁰²

2.2.3.4. **Incongruencia**

El Proyecto establece que “en los contratos con prestaciones pendientes, cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual con arreglo a lo dispuesto en este capítulo, salvo que esa transmisión esté prohibida por estipulación o por disposición legal...” (art. 1562).

También es, en el Proyecto, efecto natural del contrato la facultad de subcontratar (art. 1035 y ss.), salvo obligaciones que requieran la prestación

³⁰⁰ Galgano, Francesco, “Diritto Civile e Commerciale”, cit., págs. 524/5. Los supuestos que autorizan en el derecho italiano a revisar la equivalencia original son los equivalentes a la violencia y la lesión (pág. 533 y ss.).

³⁰¹ D’Angelo, Andrea, “Discrezionalità del giudice e valor di riferimento nella risoluzione di controversie contrattuali”, en *Contratto e Impresa*, Cedam, Padova, 2000-1, pág. 340 y ss.

³⁰² Esta situación fue advertida por Raúl Etcheverry en su relato sobre aspectos del derecho comercial en las Jornadas organizadas por las comisiones de Legislación General de las Cámaras de Diputados y Senadores en Buenos Aires el 24 de agosto de 2000.

personal del subcontratante, (que por hipótesis no va a poder serlo) o pacto en contrario (art. 1036).

Se acuerda al subcontratista (parecería mejor subcontratado) el ejercicio de los mismos derechos y acciones "que correspondan al subcontratante contra la otra parte del contrato principal, en la extensión en que esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones de éste respecto del subcontratante. Estas acciones pueden ser ejercidas en interés propio del subcontratista" (art. 1037).

Con estas previsiones se despersonaliza el contrato y se permite, sin restricciones, la posibilidad de transmisiones de posiciones subjetivas. El interrogante que deberán contestar los Proyectistas es si situaciones personales como el carácter de profesional de una de las partes en la rama a que pertenece; o el poder de negociación integrarán el objeto transmitido. Por ejemplo, si un cesionario puede invocar que su cedente tuvo menor poder de negociación en el contrato original para obtener una determinada interpretación de una cláusula, litigando frente a la contraparte originaria o a quien la sustituya en la relación.

Muchas "novedades" no son por sí solas justificantes de la reforma total del Código, pero si se las introduce, se lo debe hacer con coherencia.

2.2.4. La nulidad del contrato como resultado de una interpretación

Se ha interpretado que el artículo 967 faculta a los jueces a que, por vía interpretativa, cuando consideren que una cláusula es abusiva, o inequitativa, tienen facultades para declarar la nulidad.³⁰³

Entiendo que la nulidad no podrá declararse como resultado de una mera actividad interpretativa, sin que medie impugnación con tal finalidad, y la reparación de la inequidad, tampoco puede producirse mediante una nulificación por vía interpretativa, sino como consecuencia de una articulación vinculada a los remedios típicos instituidos por el ordenamiento para articular la impugnación.

En cuestiones como esta que se propone, se ve claro el vacío que deja el abandono del principio de las nulidades de base legal, ya referidas, y la ampliación del campo de aplicación de los principios generales.

³⁰³ Compagnucci de Caso, Rubén, "El principio de autonomía de la voluntad y sus límites (Somero análisis de lo propuesto en el Proyecto de Código Civil de 1998), en J. A. del 12/7/2000. Disiento con el autor en que "el proyecto mantiene los principios sobre la autonomía que orientaran al genial Vélez Sarsfield y a la mejor doctrina nacional, sin con ello menoscabar ni desproteger la esencia de la actividad privada". Los principios incluidos en el Proyecto dicen lo contrario y los Proyectistas también.

En nuestro sistema, dice Rivera, los principios generales no autorizan a sustituir la ley aplicable al caso; no pueden configurar una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado.³⁰⁴

3. La integración

3.1. Las fuentes

El art. 5 del Proyecto establece que “los jueces deben resolver los asuntos que conozcan. Si el caso no puede ser resuelto por las palabras y la finalidad de la ley, se deben tomar en cuenta las leyes análogas, los usos y costumbres y los principios generales del derecho, conforme las circunstancias del caso”.

El principio de legalidad surge de la pirámide constitucional y es recibida por los códigos de fondo y de forma. El Código Civil y el Código de Comercio establecen el orden de aplicación de las fuentes, y como recuerda Rivera, una de las leyes fundacionales de nuestro sistema jurídico, la que lleva el número 27, determina que “la Justicia nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes nacionales a la decisión de las causas” (art. 1), prevaleciendo en todo caso la primera pudiendo los jueces nacionales prescindir, “al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que estén en oposición con ella” (art. 3 de la ley 27).

Dicho principio, es a juicio de Atilio Alterini, un triunfo de las democracias que indican que el monarca dejó de ser absoluto. Considera hermoso el pensamiento de Radbruch de que “un derecho incierto es al mismo tiempo injusto porque no puede asegurar para el porvenir un trato igual de hechos iguales”.³⁰⁵ El tema de ahora en más será, si se aprueba el Proyecto, que para lograr esta hermosa finalidad, si todos los jueces darán igual integración a todos los contratos, para salvaguardar este hermoso pensamiento.

³⁰⁴ Rivera, Julio César, “Límite de las facultades judiciales (en el régimen de división de poderes y en el sistema de fuentes del derecho argentino)”, en L. L., 23/8/99.

³⁰⁵ Alterini, Atilio, “La seguridad jurídica”, cit., pág. 251.

El control de constitucionalidad no se extiende a la “oportunidad o inoportunidad de la norma, su conveniencia o inconveniencia, justicia o injusticia, acierto o error, con que los otros poderes ejercen sus funciones y escogen los medios para cumplirlas”.³⁰⁶

Por ello, como observa Barbero, las leyes no pueden remitirse constantemente al sentido de justicia del juez, pues en ese caso, están sencillamente demás. Recuerda que Ihering “decía que la ley permite que un hombre sin talentos excepcionales, vea y entienda cosas que generaciones de hombres experimentados y justos debieron buscar con dificultad, con aciertos parciales y errores desgraciados a través de los siglos. ¿Cómo hemos podido llegar a creer que a ese hombre sin talentos excepcionales, quizás un juez, la ley le diga: haz lo que te parezca justo?”³⁰⁷

En caso de vacío de la ley, e insuficiencia de la analogía y la costumbre, los jueces no tienen la atribución de crear la norma con la que resolver el caso, sino que deben hacerlo por aplicación de los principios generales de conformidad con las circunstancias del caso.³⁰⁸

Una lectura detenida del Proyecto trasunta que en numerosas oportunidades quedan los jueces autorizados a aplicar los principios generales, especialmente en lo referido a pautas de conducta como la buena fe o la equidad, con lo cual ya no se trata en esos casos de integración por el orden de las fuentes, sino que por mandato de la ley se juzgará de acuerdo a esos principios, cuyo contenido queda en los casos particulares, a criterio exclusivo del juzgador.

Pero, como dice Barbero, la extensión de las facultades judiciales que el Proyecto contiene, hace que la voluntad del juez directamente integre el elenco de las fuentes. Ejemplifica con el abandono del límite cualitativo de la extensión de la responsabilidad, desde que el juez, conforme al proyecto “puede fijar una indemnización de equidad, sin sujeción siquiera al criterio de causalidad (art. 1600 inc. e). Sólo se requiere que el beneficiado por tal condena sea titular de un interés cuyo acogimiento es necesario para realizar la justicia en el caso”. Esta posibilidad, como la del 907, exorbitan el art. 29 de la Constitución, dejando a la fortuna de los argentinos a “merced” de la persona de los jueces.

³⁰⁶ Rivera, “Límite...”, cit., N° 7.

³⁰⁷ Barbero en op. cit., N° IV. En la nota N° 15 acota que “la ley debe servirle a un hombre común y no sólo a los sabios. Y no debe descartarse la posibilidad, que buena parte de la doctrina del siglo XX pareció negar que incluso exista algún juez cuyo talento no sea excepcional, su experiencia sea limitada y su sentido de justicia tenga días malos.

³⁰⁸ Rivera, “Límite...”, cit., N° 7.

Un juez, con estas facultades ilimitadas, “ejercerá su arbitrio sobre los ciudadanos, uno por vez, en una victoria fácil sobre la libertad”.³⁰⁹ Además se viola el principio de la legalidad, al que alude Rivera al poder el juez civil establecer multas sin que exista delito, como lo prevé el artículo 1587 del Proyecto, facultad que está vedada por el artículo 18 de la Constitución a un juez penal. “Facultar al juez en el art. 1587 del Proyecto para que base su condena en la acusación de “grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o los intereses de incidencia colectiva” es quizás el resumen breve de uno de los máximos errores del siglo XX. Será mejor no arrastrar esa carga a otro siglo”.³¹⁰

3.2. Los usos y costumbres en la integración del sistema dentro del Proyecto

Los usos y costumbres integran el sistema conforme al art. 5 del Proyecto, similar en su redacción al art. 16 del Código vigente³¹¹. El art. 6 del Proyecto tiene una redacción similar al actual art. 17, del Código Civil, pero con el agregado de la regla que es el Tribunal el que debe establecer “de oficio” el contenido del uso, pudiendo requerir la colaboración de las partes y sin perjuicio del derecho de éstas de alegar y probar su contenido.

En los fundamentos del Proyecto se lee que “se incorpora una regla sobre la prueba de los usos, en la que se sigue el criterio que la doctrina y jurisprudencia habían establecido para ellos y para la ley extranjera; esto es, siendo normas jurídicas, el tribunal debe aplicarlas de oficio, pero puede requerir su prueba y las partes adelantarse a producirla”.

La redacción toma postura sobre una cuestión debatida en la doctrina mercantil sobre la función y efectos de la costumbre, y parecen indicar, en todo caso, que la costumbre tiene efecto de norma jurídica³¹², pero sin aclarar si prevalece la facultad de determinación del juez sobre lo alegado y probado.

³⁰⁹ Barbero, en op. cit., III, 3, sostiene que esta situación es más peligrosa que la de un dictador, porque este se enfrenta con todo un pueblo o buena parte de él y sus arbitrariedades tendrán la oposición de muchos a la vez. Siguiendo el mismo razonamiento, agrego, entiendo que el infortunio colectivo es conocido, mientras que la arbitrariedad de la decisión judicial queda en el ámbito del perjudicado, que la debe soportar en su patrimonio y se encuentra siempre en el difícil dilema de que si sigue recurriendo siempre le puede resultar más adverso y caro el resultado.

³¹⁰ Barbero, en op. cit. III, 3, in fine.

³¹¹ Se cambia “espíritu de la ley”, expresión de cuño clásico en la tradición jurídica por su sinónimo de “finalidad”. Es uno de los casos en que creo que se cambia un término por otro sin razón aparente que lo justifique.

³¹² Rivera, Julio César, “Instituciones ...”, T. I, pág. 126, N° 110, llega a la conclusión que la costumbre “debería ser conocida por el juez y no es materia de prueba”, pero como ello no

Es importante determinar si el juez puede ejercitar una suerte de poder de determinación del uso aplicable, o si, por el contrario, se debe atener al juzgar a lo alegado y probado por las partes como integrativo de la materia justiciable. Tampoco aclara el Proyecto si para calificar como costumbre una determinada conducta se debe utilizar algún criterio cualificante, como por ejemplo la aplicación de la regla de que sea notoria o esté controvertida.³¹³

3.2.1. Los conceptos y la terminología

La primera cuestión a develar es lingüística, esto es si las expresiones “uso” y “costumbre” tienen contenido equivalente.

Dentro del léxico jurídico usual hasta ahora en la doctrina nacional se las consideró sinónimas, y productoras de iguales efectos, aunque teóricamente se establecieron distinciones. Los usos son prácticas observadas por motivos de conveniencia de orden técnico o profesional, mientras que la costumbre es la “observancia frecuente, uniforme, constante y generalizada de una determinada regla de conducta con la convicción que responde a una necesidad jurídica”. No obstante, “en nuestra legislación, tanto Civil como Comercial, los vocablos usos, práctica y costumbres tienen un mismo significado”.³¹⁴

Desde otro punto de partida, se distingue a los usos de alcances legislativos o usos imperativos, de los usos interpretativos y la costumbre jurídica. Esta última, se distingue de los anteriores porque constituye una norma jurídica autónoma cuya fuerza vinculante no deriva de la ley sino que nace y actúa a la par de la ley.³¹⁵

Los primeros, también llamados usos legales, son prácticas generales cuya observancia se torna obligatoria porque así lo dispone la ley, y a los

responde a la realidad, la costumbre notoria receptada por la doctrina y la jurisprudencia, pero si está controvertida la existencia de la costumbre habrán de probarse los hechos que concurren como elementos constitutivos.

³¹³ Belluscio, Augusto (Director), “Código Civil y Leyes Complementarias”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, T. I, pág. 97, entiende que el criterio determinativo es la notoriedad de la costumbre. Sólo si está controvertida deben probarse los hechos que concurren como elemento constitutivo de ella.

³¹⁴ Fernández, Raymundo y Gómez Leo, Osvaldo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, T. I, pág. 5.

³¹⁵ Fontanarrosa, Rodolfo, “Derecho Comercial Argentino, Parte General”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1972, pág. 55, N° 26.

que el juez debe conocer y aplicar como si se tratara de la ley y, por ser fuente de derecho, agregándose que los jueces tienen amplias facultades para su aplicación.³¹⁶ Estos usos son los que constituyen el verdadero y propio derecho consuetudinario mercantil.³¹⁷

Los usos interpretativos, son los convencionales o del tráfico, y constituyen indicios de una voluntad cuyo significado y alcance presume el uso, pero tal presunción puede ser destruida por la prueba en contrario.³¹⁸

Fontanarrosa aclara que tanto en nuestro derecho civil como en el comercial el uso carece de fuerza para crear por sí mismo normas jurídicas y sólo puede desempeñar la función más modesta de suministrar contenido a la norma general tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, y siempre es supletoria porque las partes la pueden excluir como norma aplicable.³¹⁹

3.2.2. La cuestión terminológica y funcional en el Proyecto

Mientras en los artículos 5 y 6 parecen dar sinonimia a los términos usos y costumbres, ya en el segundo párrafo del art. 6 y en las otras normas del Proyecto en que se les atribuye eficacia jurídica, sólo se hace referencia a los "usos".

Tal utilización lingüística realizada por los proyectistas, puede dar una primera pauta que la costumbre se supone conocida como derecho consuetudinario y por lo tanto integra el ordenamiento como norma supletoria. En cambio, el uso tendría, en principio, esa presunción, pero su existencia podría ser objeto de prueba. A la vez, se le da significación distinta a la palabra "práctica" conforme el texto del art. 967.³²⁰

En el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos se considera a la costumbre como cláusulas implícitas, sólo en los contratos internacionales o intercontinentales, en los que "se presume salvo prueba en contrario que las partes también han reputado implícitamente aplicable en el mar-

³¹⁶ Zavala Rodríguez, Carlos Juan, "Código de Comercio y Leyes Complementarias", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1964, T. I, pág. 13, N° 12-C.

³¹⁷ Fontanarrosa, op. cit., pág. 55, N° 26.

³¹⁸ Fontanarrosa, *id.*

³¹⁹ Fontanarrosa, op. cit., pág. 56 y ss., N° 27.

³²⁰ El Contract Code, enumerado entre las fuentes del Proyecto hace la distinción entre ley aplicable, costumbre mercantil y uso local (104-c). Vuelve con esta terminología en las reglas de interpretación cuando dice que el lenguaje debe interpretarse en su sentido usual, o el que se les haya atribuido por las propias partes o por la costumbre mercantil o el uso local.

co de la relación que se ha instaurado la costumbre generalmente observada en los contratos del mismo sector comercial, y de la cual tienen conocimiento o se ha considerado que tienen el deber de tener conocimiento” (art. 32.3).

La cuestión no es meramente terminológica. Cuando se establece en el Proyecto argentino de 1998 la prelación normativa para la determinación del régimen aplicable a un contrato se incluyen a las normas supletorias de la ley general y a las normas supletorias de “este Código” (art. 903), y este plexo normativo está integrado por la costumbre.

Para integrar el contenido del contrato, luego de las normas indisponibles, se hace referencia a las normas supletorias y luego a los “usos del lugar de celebración” en cuanto sean aplicables (art. 904).

Del juego de los arts. 964 a 967 surge que es disponible para las partes la integración de la relación o de los efectos contractuales con los usos, pero aclarando que “las cláusulas abusivas **no constituyen usos aunque sean de práctica**”.

En los contratos predispuestos se considera estipulación prohibida la que importa “renuncia o restricción a los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias” (art. 968 inc. d). Dentro de este régimen supletorio estaría incluida la costumbre, pero no los usos, que podrían excluirse de seguirse el orden sistemático de razonamiento. A estas conclusiones se llega a través del análisis casuístico y la comparación con los conceptos doctrinarios y no por una inducción metódica que dé certidumbre al recipiendario del ordenamiento.

El análisis tiene importancia dada la variedad y cantidad de situaciones en que expresamente se menciona a los usos como determinantes de la existencia de elementos y efectos del acto.

Ello ocurre, por ejemplo, en el “juzgamiento” del silencio como asentimiento (art. 249); en la atribución de valor probatorio a los documentos particulares (art. 296); en la individualización de los bienes en las obligaciones de género (art. 708 inc. d); como norma subsidiaria para la determinación de la tasa de interés (arts. 715 inc. b y 716 inc. b); para la determinación del lugar de pago (art. 824 inc. a); para la integración del contrato (art. 904 inc. c); para integrar los “contratos atípicos con tipicidad social” (art. 914); para determinar la existencia de una oferta (art. 922); para presumir la existencia de una aceptación tácita (art. 930 inc. b); para presumir aceptación por el silencio (art. 931); la transmisibilidad de la obligación contractual (art. 936); la determinación de los “alcances de la obligación contractual” (art. 967); para establecer el “tiempo razonable” de la suspensión del

cumplimiento de un contrato (art. 992); para determinar la idoneidad técnica que presuponga la posibilidad o imposibilidad de conocer un defecto oculto (art. 1017); para determinar el significado de las palabras utilizadas en un contrato (art. 1027 inc. b); la posibilidad de oponerse a la extinción por declaración de una de las partes (art. 1042); el plazo para el ejercicio de la resolución por cláusula implícita (art. 1055); el plazo y el lugar para la entrega de la cosa en la venta de las cosas muebles (arts. 1084/5); la atribución de la responsabilidad por daños o pérdida de las cosas en la venta de cosas muebles y su adecuación al contrato (arts. 1087 y 1092); para determinar la presunción de que la venta es "a satisfacción del comprador" (art. 1096 inc. b); para aplicar las cláusulas de difusión general en el uso internacional y la cláusula de pago contra documentos (art. 1097/8); para determinar el plazo en el contrato de suministro (art. 1117); para determinar el precio en los contratos de obras y servicios (art. 1179); para establecer el sistema de contratación en los contratos de obra (art. 1186); para establecer el plazo en que debe ser cumplido el contrato de transporte y la puesta a disposición de la carga (arts. 1207 y 1227); para juzgar el cumplimiento de las obligaciones del mandatario (art. 1247); para determinar el precio, plazo y forma de pago en el contrato de caja de seguridad (art. 1304); para presumir la aprobación de la cuenta corriente (art. 1314); para determinar qué operaciones pueden acreditarse o debitarse en la cuenta corriente bancaria, los intereses que puede generar el saldo deudor y el plazo para que el banco envíe los resúmenes (arts. 1320, 1322 y 1327); para determinar el plazo en que el preponente deba notificar al agente la aceptación o rechazo de la propuesta y la determinación de su remuneración (arts. 1365 inc. c y d. y 1367); para juzgar el plazo de restitución del mutuo (art. 1407); para determinar los componentes del gasto funerario del que se pretende su reembolso en el empleo útil (art. 1719).

Tampoco se presta atención sistemática a otras distinciones realizadas por la doctrina a pesar de hacerse utilización de ellas en el Proyecto, como la de los usos generales, que son los que existen en todo el país y los usos locales que sólo se practican en una provincia, región o plaza.³²¹

Es así que para "integrar el contrato" importan los usos del **lugar de su celebración** (art. 904 inc. c); para determinar si cierto contratante tiene la idoneidad técnica para que pueda atribuírsele el conocimiento del defecto oculto se aplican los **usos del lugar de entrega** (art. 1017 inc. a); para

³²¹ Zavala Rodríguez, op. cit., pág. 13, N° 12.

establecer el significado de las palabras del contrato se aplican los **usos del lugar de celebración** (art. 1027 inc. b); el plazo para el contrato de transporte está determinado por **los usos del lugar donde debe iniciarse el transporte** (art. 1207); las obligaciones del mandatario se juzgan por **los usos del lugar de ejecución** (art. 1247); son pautas para la remuneración del agente los **usos de su lugar de actuación** (art. 1367); para la restitución de los gastos funerarios se tienen en cuenta los **usos del lugar**.

Tampoco hace el Proyecto referencia a los usos generales de todo el comercio o especiales para ciertas actividades, ni se dilucida la cuestión de la preeminencia de un uso cuando el general es diferente al local.³²²

3.2.3. Conclusión

De lo dicho surge que no hay un principio explicitado claramente que determine específicamente el régimen de la costumbre, de los usos y de la práctica.

Una interpretación posible es la ensayada en los párrafos anteriores, que permiten razonablemente concluir que en el Proyecto la costumbre tiene función de norma; los usos pueden ser excluidos sólo en ciertas especies de contratos y la práctica no es asimilable al uso.

Resulta de lo expuesto que si la costumbre tiene función normativa, integra el ordenamiento y se aplica directamente por el juzgador, pudiendo citarse como ejemplo posible las Incoterms. De ello resulta que lo primero que debe juzgarse es la generalidad de su conocimiento como para que un contratante pueda entender que queda sujeto a tal regla, y también es posible plantearse si puede llegarse a incluir normativa consuetudinaria dentro de lo que el Proyecto califica como derechos indisponibles y su régimen ya detallado precedentemente.

La distinción entre uso y práctica realizada en la última parte del artículo 967, planteada sin otro aditamento, puede generar graves problemas de inseguridad jurídica, conforme trataré más adelante.

3.3. La integración de los contratos

El art. 903, antes transcripto, establece un orden de prelación normativa para la integración de los contratos para el supuesto de concurrencia

³²² Zavala Rodríguez, op. cit., pág. 12, N° 12, hace notar que debe concluirse que el uso especial prevalece sobre el general "ya que es indudable que la costumbre general no ha resultado suficiente para regir el sector comercial que impuso un uso típico o especial".

de normas entre el Código proyectado y una ley especial, y pone en paridad de condiciones a las normas indisponibles de ambos. Aquí aparece un problema suplementario como consecuencia de haber adoptado la "descodificación"³²³, cual es el de que puede suceder que las normas indisponibles de ambos instrumentos legislativos sean diferentes tanto por su letra como por su espíritu, y aún contradictorios como consecuencia de la variedad de criterios con que puede juzgarse lo que "es disponible o indisponible". Hay olvido también del principio que la ley especial deroga a la general.

Ya he formulado todas las objeciones que me merece el sistema de la "indisponibilidad", al tratar la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato, por lo que creo conveniente hacer un resumen de las principales potestades que se acuerda a los jueces en el Proyecto en función de integración contractual para los contratos en general, contenidos en diversas disposiciones.

1. Juzgamiento de la causa (arts. 253 a 259 y 952 a 957)

- *) motivos personales (art. 257);
- *) frustración de la causa (art. 259);
- *) inexistencia de causa: invalidez;
- *) insubsistencia o frustración: extinción o adecuación;
- *) si lo es de un contrato, se aplican 1059 y 1060;

Esto es, si es un contrato se puede:
suspender temporariamente, rescindir total o parcialmente
adecuar;

- *) causa de extinción no subsistente (arts. 890/1).

2. La adecuación del contrato en la lesión (art. 327)

Además del juzgamiento de la existencia o inexistencia de la lesión, el juez puede establecer el reajuste "tomando en cuenta la índole del acto, los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al realizarlo y la factibilidad de la ejecución".

³²³ La situación de la descodificación por las situaciones especiales es analizada sintéticamente por Guillermo José Francella en "Las normas abiertas del Código Civil. Una forma de subsanar la dispersión", en *Doctrina Judicial*, 1993-3, pág. 304.

3. Abuso del derecho (art. 396)

Además de la determinación de su existencia puede tomar medidas cautelares, “el Tribunal debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado anterior y fijar una indemnización”.

4. Facultades del Tribunal en la reducción de intereses (art. 723)

*) A pedido de parte cuando:

*) sean lesivos (art. 327).

*) En los contratos por predispuesto y por adhesión cuando “la tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares” (art. 968 e).

5. Cumplimiento imposible (art. 892)

6. Calificación de disponibilidad o indisponibilidad de las normas (arts. 670; 902 y 1582)

7. Integración del contrato (904)

8. Revisión del contrato (art. 907):

*) A pedido de parte cuando lo autoriza la ley.

*) De oficio si es transgredida una norma indisponible.

9. Resolver la suerte del contrato inválido total o parcialmente (art. 908)

*) Para tomar la decisión debe procurar asumir qué actitud habría adoptado un contratante de buena fe en la etapa previa a la formación del contrato o en su celebración.

*) Debe procurar conservar la eficacia del contrato de acuerdo a lo previsto en el 1034.

El art. 1034 establece el principio de conservación del negocio: en caso de duda sobre la eficacia del contrato o alguna de sus cláusulas, debe interpretarse del modo que sean eficaces y si ésta resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos en el alcance más adecuado al objeto.

*) En caso de invalidez parcial, debe aplicarse el 904 (integración), salvo que ello afecte el equilibrio negocial.

10. Determinar cuál es el uso del lugar de celebración para juzgar el contrato "atípico con tipicidad social" (art. 915)

11. Integrar los acuerdos parciales (art. 916)

Previo juzgar que hayan existido o no.

12. Juzgar cuál es el modo útil de expresar la aceptación (art. 917)

13. Juzgar circunstancias indeterminadas relativas a la aceptación de la oferta de contrato (art. 924 inc. b)

El juez debe determinar si puede considerarse rechazada la oferta cuando se dirige a persona distante, o que no se encuentra en comunicación instantánea y sin sujetarla a plazo, "cuando transcurre el tiempo razonablemente necesario para recibir la aceptación considerando el medio de comunicación utilizado al emitir la oferta y las circunstancias del caso".

14. Juzgar circunstancias indeterminadas para establecer si hubo aceptación

*) Toca al juez determinar, si de acuerdo "a la naturaleza del negocio, a las prácticas establecidas entre las partes o a los usos, el oferente no esté precisado a esperar una comunicación del destinatario de la oferta, a menos que quiera rechazarla". El comienzo de ejecución es aceptación, pero "según las circunstancias" incumbe al destinatario dar aviso de ello al oferente (art. 930).

*) El silencio es aceptación cuando "existe deber de expedirse el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las relaciones anteriores de aquéllas" (art. 931).

15. En la determinación del objeto (art. 947)

Prevé la determinación judicial cuando el tercero designado no lo hiciera, y salvo disposición legal en un contrato oneroso si una de las partes cumple su propia prestación y el valor de la contraprestación no ha sido fijado. Se puede probar el contrato por la prestación???

16. En la determinación de los medios probatorios (art. 962)

*) Aceptar medios que lo puedan llevar a una “razonable convicción”. Puede haber un prejuzgamiento al no aceptar ciertos medios.

*) A juzgar si es o no de uso instrumentar ciertos contratos.

12. Juzgar la razonabilidad de la aprobación de las “cláusulas abusivas” en los contratos predispuestos (art. 968)

El juez, luego debe juzgar la razonabilidad de una renuncia, aun cuando el predisponente pruebe “que antes de concluir el contrato aquél las ha conocido, o hubo de haberlas conocido y que las ha aprobado expresa y especialmente”.

13. En la suspensión del contrato (art. 992)

Juzgar cuál es el tiempo razonable de acuerdo a los usos y costumbres, para justificar la suspensión.

14. En la interpretación del contrato (art. 1023 a 1034)

Debe juzgar:

*) El sentido que hubiera atribuido a la manifestación de una de las partes “una persona en la situación y condiciones de la otra” (art. 1023 b).

*) La existencia de diferencias significativas en el poder de negociación de cada una de las partes (art. 1023 inc. c).

*) La relación de equivalencia de las contraprestaciones si el contrato es a título oneroso (art. 1023 inc. d).

15. En la imprevisión (art. 1061)

Puede resolver si el contrato se rescinde total o parcialmente o se adecua, y en este caso la forma de adecuación, teniendo en cuenta la índole del contrato, los motivos o propósitos que tuvieron las partes al celebrarlo y la factibilidad de su cumplimiento.

16. Liberación o atenuación de los efectos de la mora automática (art. 1594)

Aunque el simple retardo produzca mora, el Tribunal tiene atribuciones para liberar al deudor de sus efectos o atenuarlos, si éste demuestra que su aplicación estricta transgrede la buena fe.

17. Reducción de la cláusula penal (art. 1645)

*) cumplimiento parcial;

*) desproporción con relación al daño sufrido.

Las causales de reducción pueden ser excluidas en los contratos discrecionales.

18. Establecer la costumbre (art. 5)

Hay otros supuestos en la regulación de los tipos contractuales, y puedo haber olvidado alguno en este resumen final, pero entre las facultades y los criterios subjetivos que pueden introducirse en el juzgamiento resultará cierto que los actores de los contratos serán los jueces y no las partes.

3.4. Conclusión

Luego de estas reflexiones cabe esta pregunta: ¿habrá partes contratantes más allá de los que sólo busquen satisfacer necesidades imprescindibles? La realidad dirá si existirán interesados en invertir en la Argentina frente a disposiciones como las descriptas.

La cuestión es lo suficientemente seria en un momento económico como el actual en que las autoridades buscan desesperadamente encontrar inversores y sembrar confianza. Tal finalidad no será lograda si se modifican las reglas en el sentido del Proyecto.

VIII. LA SISTEMÁTICA DEL ORDENAMIENTO PROYECTADO

Realizando un análisis fenomenológico del Proyecto, en este aspecto se observa que se han seguido, en general, los antecedentes de los Proyectos anteriores, y que el modo de ordenar las materias constituye el mejor logro técnico.³²⁴

1. Estilos y métodos

No puede decirse lo mismo sobre el estilo gramatical y el método seguido para tratar distintas materias, e incluso distintos temas dentro de aquéllas, en las que se notan a primera vista la utilización de distintas estructuras y diferente lenguaje.

Por ejemplo, en la parte general se evitan las definiciones. En el Libro 4, Título I, "De las obligaciones en general", se utilizan definiciones, ya sea con mención de este vocablo, como ocurre entre otros casos, al referirse a la rendición de cuentas, al pago, o al beneficio de competencia³²⁵, o se utiliza la expresión "alcances" para conceptualizar una institución por sus efectos, técnica utilizada continuamente al tratar el régimen de las obligaciones.³²⁶

Cuando se proyecta el régimen contractual en la parte general se utilizan definiciones ocasionalmente³²⁷, pero al proyectar los tipos contrac-

³²⁴ De los Mozos, José Luis, "Un intento de unificación del Derecho Privado...", cit. realiza algunas observaciones al método, objetando especialmente que la responsabilidad civil pueda considerarse una fuente más de las obligaciones, entendiéndose que en lugar de responsabilidad civil unificada habría que haber tratado los daños, sea derivados del incumplimiento de una obligación, derivado de un hecho o de una situación que genera la obligación de resarcir (Cap. V, pág. 23), y anota además algunas repeticiones de conceptos generales al tratar materias particulares.

³²⁵ Arts. 805, 812, 853, respectivamente.

³²⁶ Este modo de conceptualización se utiliza prácticamente en todos los tópicos de las obligaciones, indicando la caracterización específica de la institución que se regula. Hay claros ejemplos en el proyecto al tratar las obligaciones naturales (art. 685) y los diversos tipos de obligaciones; o sus modos de extinción.

³²⁷ Se definen los conceptos de contratos (art. 899) y luego, sin anunciar que se lo hace, se procede de igual manera con otras cuestiones, por ejemplo, el contrato de prelación (art. 937), el subcontrato (art. 1035).

tuales se antepone prácticamente en todos los casos una definición, lo que resulta coherente con el mantenimiento de la tipicidad contractual.

En otros casos se utilizan términos que no se definen, por ejemplo cuando se menciona al nuncio (art. 319); al gestor (art. 362); a las "cláusulas especiales" (art. 928), entre otros giros.³²⁸

2. La técnica jurídica

Uno de los propósitos enunciados por los Proyectistas es el de superar lo que se denomina una "técnica envejecida" a fin de evitar que, por una mala utilización de los instrumentos, se produzcan repeticiones o se vuelva sobre las mismas cuestiones generales en las partes especiales.

Se ha hecho un esfuerzo en tal sentido, pero no se han desterrado los males enunciados, y se ha caído, quizás, en otros. La técnica nueva tiene nuevos defectos³²⁹, a pesar de los cuidados que el secretario de la Comisión sostiene que se puso en la redacción.³³⁰

Dice por ejemplo el secretario que es una voz ajena al proyecto el uso del adverbio "cuando". La razón dada es que "si la ley dice quiere referirse a una oportunidad su empleo es correcto. Pero, si quiere significar algo que puede o no suceder, deja de estar en el ámbito de los plazos para estar en el de las condiciones. La redacción correcta, entonces, no es utilizando (quizás utilizar) la palabra cuando, sino la palabra "si" como condicional".

En general muchas de las disposiciones de un Código plantean situaciones que pueden o no ocurrir. Por ello, la reflexión que cabe es sobre la pertinencia de la construcción de una norma como condicional, o si es preferible técnicamente describir una conducta y sus consecuencias.

Por ejemplo, los arts. 1190 y 1191 contenidos en las disposiciones generales para las obras, comienzan con el condicional "si". Esta utilización es muy frecuente dentro del Proyecto. Cuando se pasa a analizar el contenido de las normas

³²⁸ La inclusión de definiciones ha sido criticada por Belluscio en "Anteproyecto...", cit. Creo que son útiles, pero si se resuelve adoptarlas deben formularse técnicamente, lo que lamentablemente no se observa en muchas de las incluidas.

³²⁹ Muchos de estos defectos han sido señalados por Belluscio en "Anteproyecto...", cit., capítulo V, que compartimos y damos por reproducidas en razón de la brevedad.

³³⁰ Leiva Fernandez, Luis F. P., "La técnica legislativa del proyecto de Código Civil de 1998", en L. L. del 11/8/99. Se ha tenido la prolijidad de contar los sinónimos utilizados por Vélez y señala que el proyecto ha intentado eliminar su uso y el de los ejemplos. Señala que la repetición de la palabra "debe", que en literatura es un defecto, no lo es para una ley que, por sobre todo, formalmente debe ser clara.

que se inician con “si”, se advierte que en realidad no hay una condicionalidad, sino la referencia a una hipotética modalidad de contratación y los efectos que se pueden producir por causas sobrevinientes. Ante esto, puede sugerirse como texto de reemplazo de estas normas, tomadas al azar, los siguientes:

“Art. 1190: **Obra por pieza o medida.** En el supuesto que la obra se contrate por pieza o medida sin designación del número de piezas o de la medida total...

La designación en el contrato del número de piezas o la medida total obliga al contratista a entregar la obra concluida y al comitente a pagar la retribución que resulte del total de las unidades pactadas”.

“Art. 1191: **Imposibilidad de ejecución de la prestación por causa ajena a las partes** (en lugar de sin culpa).

La imposibilidad de ejecutar la obra o de continuarla luego de comenzada por causa ajena a las partes extingue el contrato...”.

La utilización del “si” en la definición de un contrato resulta discordante con el propósito de depurar el lenguaje. Las definiciones de compraventa y de locación del Código Civil, recurriendo solamente a los contratos paradigmáticos, resultan técnicamente más ajustadas que las introducidas en el Proyecto.

Por ello, propongo sustituir la incompleta definición de compraventa por otra que tiene más afinidad con la velezana, eliminando el “cuando” para satisfacer la inquietud de los Proyectistas: “El contrato en el que se conviene que una de las partes se obliga a transferir el dominio de una cosa a otra, que recíprocamente se obliga a recibirla y pagar un precio en dinero, se denomina compraventa”. Con la misma técnica se pueden definir los contratos eliminando el “si”.³³¹

2.1. Género y especie

La incardinación metodológica entre género y especie es descuidada en muchos casos. Se pueden citar algunos ejemplos.

2.1.1. La representación

Al proyectar la reglamentación de la representación resultaría lógico que se la definiera así fuera por sus efectos; se ordenaran los efectos comunes y luego se pasara a los propios de cada especie.

³³¹ Desde hace 30 años tomo exámenes de contratos, con algunos períodos de interrupción por causas ajenas a mi voluntad. En este dilatado tiempo he sufrido al recibir exámenes con definiciones de los alumnos que dicen “compraventa es cuando...”. Ahora van a decir “compraventa es sí...”. Creo que el vicio no se va a erradicar por la sustitución.

No se siguió este orden. En el Libro Segundo, Título I, Capítulo III, se trata la representación de los incapaces (arts. 45 a 48) distinguiéndose la representación legal de la promiscua. Luego, en el Título VII, arts. 355 a 378, se vuelve sobre la representación con dos capítulos a los que se titula "Disposiciones generales" y "Representación convencional".

En el primero se alude a que la representación puede surgir de un acto de apoderamiento o de la ley, regulando ambas conjuntamente como surge del art. 357, no obstante resultar que el supuesto previsto para el 358, parece ser de aplicación más lógica en la representación voluntaria.

Se alude a la "Incapacidad del representante" (art. 356), pero la norma que le sigue en realidad se refiere a los "efectos", que es la primera palabra que aparece. El tema está tratado en realidad en el "Mandato", cuando se alude al mandato conferido a un incapaz, en el último párrafo del art. 1246, que indica que "el acto realizado por el representante, produce efecto aunque sea incapaz, en tanto tenga discernimiento". Esta referencia está indicando no un efecto propio del mandato sino de la representación.

En el Capítulo II se proyecta la "representación convencional". El título adecuado, en realidad, resultaría ser el de "representación voluntaria", dado que el acto de apoderamiento es unilateral, denominación que resulta concordante con la de poder utilizada en todo el desarrollo, como el instrumento que exterioriza esa voluntad. Allí aparece también, en esta parte especial, un principio general cual es el de la interpretación estricta de la facultad de representar, propia tanto de la representación legal como de la voluntaria.³³²

En suma, se optó por regular específicamente la representación, lo que es de buena técnica y constituye un innegable avance en la regulación. Pero no se eligió el mejor modo de organizarla existiendo evidentes errores de método.

2.1.2. El contrato preliminar

Otro ejemplo de la falta de observancia del principio de género y especie aparece en lo referido al contrato preliminar y la forma de los contratos, creando posibles confusiones con importantes consecuencias.

³³² Como comentario al margen de esta cuestión parecería preferible hablar de poder general y poder especial y concluir con la terminología de "poder conferido en términos generales" (art. 355), que tantas confusiones trae en la práctica.

La lectura del contenido proyectado para el contrato preliminar, se pasa de un tema a otro sin concordancia y se define por la negativa, técnica que se observa en numerosas disposiciones del Proyecto.

La lectura de los arts. 934 a 936 están dando la pauta que se mezclan los temas. Es así que los efectos de la promesa de contratar están antes que la definición de ésta.

Luego de dos o tres lecturas, puede concluirse en que quizá lo escrito signifique que un contrato preliminar sea aquel en el cual las partes se ponen de acuerdo en celebrar en el futuro un contrato, identificando los elementos esenciales particulares de ese contrato futuro y que genera obligación de celebrar ese contrato cuando se establece como promesa, salvo que este último resulte ser un "contrato solemne absoluto", en cuyo caso la promesa carece de eficacia.

El plazo de vigencia del contrato es de un año, o el menor que convengan las partes y que pueda renovarse a su vencimiento.

2.1.2.1. La vinculación con los "contratos solemnes relativos"

La permisividad de la utilización del precontrato o contrato preliminar sólo para los solemnes relativos, conforme reza el art. 961 del Proyecto, lleva a la necesidad de un análisis previo para delimitar la categoría y sus efectos.

Es necesario disipar la posible confusión conceptual en que se puede incurrir, para poder llegar a la concordancia de la clasificación de los contratos del art. 912 con la de "forma impuesta" y la "forma convenida", definidas en los arts. 261 y 262. En el art. 261 bajo "forma impuesta" se dice que "si la ley impone una forma para la validez del acto, éste es inválido si la forma exigida no ha sido satisfecha".

De esta concordancia surge que la forma impuesta, cuando se refiere a contratos, puede ser absoluta o relativa. La primera aparece como integrativa de la relación y el ejemplo más palmario es el previsto en el art. 1430 al regular la donación, donde prescribe que a aquellas cuyo objeto sean inmuebles, muebles registrables o prestaciones periódicas o vitalicias, no se les aplica lo establecido en los arts. 912 y 961.

También establece el art. 912 que "si el cumplimiento de la forma solemne no es exigida bajo sanción de nulidad, los contratos son de formalidad relativa y si bien no quedan concluidos como tales hasta que la formalidad prevista no sea cumplida, valen como contratos en los que las partes se obligan a cumplirla de acuerdo al art. 961".

En realidad, si se guardaran las relaciones entre género y especie, las denominaciones deberían ser de "forma impuesta absoluta" y "forma impuesta relativa". La sanción de ineficacia del art. 912 es la inexistencia del acto respecto del primero, y con relación al segundo es donde aparecen algunas dudas.

El art. 958 bajo el título "libertad de formas" en lugar de fijar o explicitar ese principio prefiere definir. La forma resulta ser la excepción, al decir que "sólo son formales los contratos a los cuales la ley le impone una forma determinada".

La superación de la falta de forma está prevista en el art. 961 que preceptúa que "el otorgamiento pendiente de un instrumento previsto como formalidad solemne relativa comporta una obligación de hacer. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el tribunal lo hace en su representación siempre que las contraprestaciones estén cumplidas o sea asegurado su cumplimiento".

Por su redacción, el art. 961 se refiere a la omisión de cualquier solemnidad y no solamente a que se exija escritura pública.

Pero, como los contratos no quedan concluidos como tales cuando ella no exista, y valen como contratos en que las partes se obligan a cumplirla, parece resultar que durante esa etapa son precontratos con todas sus consecuencias, aunque no haya una remisión a la aplicación de ese régimen.

2.1.2.2. El boleto de compraventa

El tema no es menor si se advierten las implicancias que puede tener la cuestión de la forma cuando se pretende juzgar cuál es el carácter de la que se está imponiendo al contrato de compraventa de inmuebles que aparece comprendido en el art. 960 inc. a) del Proyecto.

La compraventa como género parece mantener su carácter de contrato consensual si se lee el art. 1064 del Proyecto. Esta categoría, con clara definición según el lenguaje de Vélez Sarsfield es abandonada por los Proyectistas, o sea que su uso constituirá, en el futuro, una antigualla.

Pero, para ser compraventa de inmuebles debe hacerse por escritura pública (art. 960 inc. a) y aunque no se impone la sanción de nulidad por su incumplimiento, se reglamenta que el vendedor debe transferir al comprador el dominio de la cosa y entregar el inmueble simultáneamente con la escrituración, salvo convención en contrario (arts. 1075 y 1076).³³³

³³³ Esta última mención parece sobreabundante, pues es lo que ocurre en la práctica de todos los días en las ventas denominadas "de contado", es decir cuando se abona el saldo de precio al escriturar o se asegura su pago con garantía real. Pero, en las ventas a plazos, las que tradicional-

De acuerdo a la normativa proyectada, recién se perfecciona el contrato de compraventa con la escritura, que es el cumplimiento de la forma legal. Al cumplirse la forma, se opera la transferencia del dominio, suponiéndose que se cumple con la entrega de la cosa.

El boleto de compraventa de uso diario, creación de la costumbre y de regulación pretoriana, es ignorado por el Proyecto. No se lo nombra, solamente existe una referencia al tratar la prehorizontalidad, cuando se califica como **contrato preliminar** al que se celebre para adquirir unidades funcionales antes de la constitución de la propiedad horizontal (art. 2015).

Esta calificación significa que el boleto de compraventa es para el Proyecto un contrato preliminar, cuya formalización ocurriría con la escritura pública. Es decir, las partes se obligan por esa promesa a celebrar en el futuro un contrato de compraventa de inmuebles, promesa que adquiere coercibilidad y puede adquirir forma legal por vía de la representación judicial de una parte por el Tribunal.

De acuerdo a la calificación de contrato preliminar que da el mismo proyecto, los boletos de compraventa caducarán al año (art. 934 in fine), por lo cual habrá que renovarlos cada año o escriturar antes del vencimiento de ese plazo, sin interesar que exista ejecución o no porque la ley no distingue. Este efecto es manifiestamente disvalioso innovando en las costumbres locales de las transacciones inmobiliarias sin razón que lo justifique.

2.1.2.3. Conclusión

La falta de concordancia entre las calificaciones de la parte general y de la parte especial constituye un defecto de técnica.

A la vez, la carencia de encuadramiento específico de la situación del contrato al que se llama solemne relativo, hasta tanto se formalice el mismo, genera incertidumbre, dejándose una puerta abierta para que pueda volverse a la discusión previa al Plenario, sobre la naturaleza de la obligación de escriturar³³⁴, dado que el régimen del contrato preliminar tiene en vista la celebración de un contrato en el futuro y no la formalización del existente.

mente utilizan las clases menos pudientes, muchas veces la escritura se realiza cuando está íntegramente pago y el adquirente tiene la posesión desde largo tiempo. De allí que la previsión del 1075 resulta sobreabundante y da lugar a innúmeras confusiones.

³³⁴ Luego de las disputas doctrinarias y las sentencias encontradas, el Plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal del 3/10/51, in re Francino Cazes de c/Rodríguez Conde en J. A. 1951-IV, pág. 155, unificó criterios y la solución ha sido aceptada por la doctrina y la jurisprudencia y recogida en los códigos procesales.

Desde otro ángulo, se ha desaprovechado la oportunidad para ocuparse del boleto de compraventa, de innegable tipicidad social y que a partir de la 17.711 adquirió nombre propio en la legislación de fondo. Este modo de contratar, tiene el consenso de una costumbre inveterada. El Proyecto lo ignora en una actitud que puede interpretarse como voluntad de eliminarlo, creando una situación que no condice con el “aggiornamento” predicado y con las necesidades del hombre común a quien se dice proteger.

No obstante, y como prueba de una manifiesta falta de coordinación, se mantienen los efectos sustanciales que le reconoce la ley concursal; la ley 14.005 y las legislaciones registrales de las provincias que los inscriben.

Los Projectistas no participan del principio de que la historia cuenta y han desatendido la situación de que esta institución ha traído en las contrataciones más beneficios que problemas y que, cuando éstos se han generado, han tenido solución pretoriana originándose una jurisprudencia que sentó principios de aplicación general.

2.2. Definiciones por exclusión

Este modo de formulación de normas también aparece en el Proyecto que no permite al lector, por ejemplo, elaborar una noción de lo que se entiende positivamente por vicio oculto. Sólo sabrá que debe responder por ellos, salvo que se trate de “los defectos no comprendidos en las exclusiones del art. 1017” (art. 1015 inc. a).

2.3. Definiciones por la negativa

La utilización de giros verbales negativos es continua y dificulta la comprensión de los textos. Por ejemplo, en el art. 1045, al tratar la extinción de los contratos bilaterales, se lee que “las prestaciones que han sido realizadas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten útiles y equivalentes, **si son divisibles y no han sido recibidas con reserva de no tener efecto cancelatorio de la obligación**”.

La lectura con las dobles negativas da oscuridad a la idea. Con espíritu de colaboración se podría reconstruir el texto diciendo que “las prestaciones que han sido realizadas quedan firmes y producen sus efectos en

cuanto resulten útiles y equivalentes **si son divisibles y se les ha otorgado efecto cancelatorio en forma expresa o tácita**.³³⁵

En el inciso siguiente la parte "cumplidora" es llamada parte "no incumpliente", denominación que se repite en otros artículos (por ej. 1050, 1052) o también se alude a ella como "la parte que no ha incurrido en incumplimiento".

2.4. Enumeraciones casuistas

La enumeración de los bienes propios está en el art. 457. El momento determinante para la calificación es aquel en que se inicia la comunidad, por lo cual parecería ser suficiente sentar la regla sobre las recompensas y no volver sobre la cuestión en cada inciso.

2.5. Normas incompletas

Cuando se analiza el proyecto aparecen normas que resultan postulados de conducta cuyo desconocimiento no tiene efectos propios; o no contienen la caracterización específica; o se caracterizan sólo a partir de sus efectos. Entre ellos citamos como ejemplos los que siguen.

2.5.1. Carencia de efectos

Resulta extraño que, en muchas circunstancias, se establezcan deberes cuya inejecución no parece traer aparejado ningún efecto. Tal el caso de la obligación de dar recibo que se impone a los "propietarios de casa de depósito" sin determinar qué efectos produce la falta de expedición del susodicho recibo (arts. 1298/9).

Otro tanto ocurre en el comodato, cuyo carácter de gratuidad se mantiene, pero sin embargo se le impone al comodante la obligación de entregar la cosa en el tiempo y lugar convenidos (art. 1420 inc. a). No se advierte cuál puede ser la sanción que cabe a quien se niega a cumplir este préstamo gratuito. Quizás este ejemplo sirva para meditar sobre la inconveniencia de eliminar la milenaria categoría de los contratos reales.³³⁶

³³⁵ Las dificultades de comprensión por la utilización de dobles negativas es advertida por Radaelli en "El Proyecto...", cit., aludiendo a la redacción del art. 2146.

³³⁶ La norma completa, es decir contemplando los efectos del incumplimiento, puede tener sentido cuando el comodato resulta accesorio para la ejecución de un contrato oneroso de los que hay variados ejemplos en la práctica negocial. En este supuesto, por la accesoriedad, el préstamo pierde el carácter de gratuito y podría exigirse la restitución.

En el contrato de mutuo, en cambio, expresamente se especifican los efectos del incumplimiento de la entrega prometida, dado su carácter de contrato oneroso (art. 1404).

En algunas normas es difícil advertir posibilidad de aplicación de los supuestos que se contemplan. Por ejemplo, el art. 1267 relativo a la consignación plantea una suerte de separación patrimonial de cosas fungibles que desconoce no sólo la naturaleza de lo que se trata, sino también el modo en que se mueve el mercado.

2.5.2. Carencia del elemento específico

Existen definiciones en las que se omite consignar los derechos que se transfieren, que son específicos para la determinación del tipo, y por tanto para la generación de sus efectos propios. Esto ocurre, por ejemplo en la definición de donación, en la que se dice que “una parte se obliga a transferir a otra una cosa” (art. 1421), omitiéndose indicar a qué título se realiza dicha transferencia.

La definición del contrato de obras y servicios establece como prestaciones tipificantes del contrato la provisión de una obra material o intelectual o la prestación de un servicio mediante una retribución (art. 1175), omitiendo tipificar la naturaleza de tal retribución. Conforme al art. 1179 puede ser dineraria, pero también se omite consignar si puede convenirse mediante otros parámetros.

2.5.3. La caracterización por los efectos

En capítulo anterior traté la definición del acto abstracto al que sólo se lo identifica por efectos que pueden no existir.

En el mismo orden de ideas, no se enuncian los diversos tipos de fianza, pero se legislan efectos de la fianza solidaria (art. 1495).

2.6. La metodología utilizada para regular los tipos contractuales

2.6.1. El orden

Una primera incógnita a develar es la de cuál fue el criterio mediante el cual se decidió ordenar los contratos dentro del Título III del Libro Cuarto intitulado “De los contratos en particular”. El repaso de la aparición de las diversas figuras no permite deducirlo.

Se inicia con el método clásico de regular en primer término los contratos de cambio, proyectándose la compraventa y la permuta. Se añade seguidamente el suministro, que si bien participa de esta calidad jurídica tiene otras particularidades propias de los contratos de empresa, que le dan características diferentes.

Posteriormente, se sigue con la locación que tiene como principal particularidad tipificante la obligación de entregar y asegurar el uso y goce por un precio. Es también contrato de cambio. En una clasificación funcional se suele vincularlo al comodato, contrato éste al que en el Proyecto se lo ubica entre el mutuo y la donación.

El mutuo y el comodato están vinculados en el Código vigente por su estructura de contrato real, calidad que pierden en el Proyecto, por lo cual no se advierte la relación que hoy puede vincularlos .

El comodato resulta vecino de la donación. Ambos son gratuitos, pero sus efectos son diferentes, por lo que parece más lógico adoptar un criterio funcional como método de ordenamiento.

Llama la atención que seguidamente a la locación se introduzca la regulación del leasing. La vinculación de ambas figuras es una postura algo anticuada y típicamente civilista . Realmente el leasing es un contrato de financiación que estaría mejor ubicado en las cercanías del fideicomiso o la cuenta corriente, también desubicada entre el contrato de servicio en caja de seguridad y los contratos asociativos.

Los contratos de obras y servicios; transporte; mandato; consignación; corretaje; depósito; servicio en caja de seguridad, que tienen como denominador común el servicio o la gestión, calidad que también aparece en la agencia, concesión y franquicia, que con un fin económico de distribución tienen en su base un servicio o gestión. No parece haber razón lógica, entonces, que justifique la separación de dichos contratos en dos grupos con la regulación de los contratos asociativos de por medio.

Una curiosidad es el lugar en que se ubica a los "contratos celebrados en bolsas o mercados públicos", luego de la fianza y antes de la renta vitalicia y el juego. ¿Cuál será la razón ?

Se cambia el método de asignar al tratamiento de cada contrato un capítulo, y se utiliza el de reunir en uno solo los de un mismo género, cuando se trata a los contratos asociativos bajo esta denominación y se dedica una sección a cada uno de los que se tipifica.

Lo que parece carecer de toda explicación metodológica es que, en capítulo aparte y con denominación genérica propia, se hayan incluido una serie de contratos bajo el título de "contratos transmisivos", como si fueran

los únicos que produjeran ese efecto. Cabría preguntarse por el argumento a contrario si la compraventa, la donación, el suministro, no producen efectos transmisivos.

La buena técnica indica que resulta necesaria la adopción de un criterio para ordenar los contratos cualquiera sea éste.

2.6.2. Método y estilos en los tipos contractuales

La lectura de las normativas proyectadas para cada uno de los contratos muestra diferencias metodológicas en la redacción de diversos capítulos.

Por ejemplo, se divide a los capítulos I y IV del Título III del Libro Cuarto, que regulan la compraventa y la locación en secciones, y al último incluso en párrafos. Entre medio, no se hizo división alguna en la permuta y el suministro.

Tampoco aparecen estas divisiones en el Capítulo V, al tratar el leasing, cuando los distintos aspectos de la institución parecen requerirlo. En los capítulos siguientes se advierte la misma disparidad, por ejemplo se dividen y titulan secciones en el transporte, el depósito, la donación, la fianza o el fideicomiso, pero no en la agencia, la concesión, la franquicia, la cuenta corriente.

2.6.3. La metodología en algunas figuras contractuales

Cuando se analizan particularmente algunas figuras contractuales aparecen también incongruencias metodológicas. Se señalan las que aparecen más evidentes en los contratos que por su generalidad, informan con su normativa a otras figuras.

2.6.3.1. La compraventa

Al legislar la compraventa no se estructuran las normas de forma tal que aparezcan claramente diferenciadas, las que rigen las distintas especies de cosas.

En el Cap. I, 1ª Sección Primera se intitula "Disposiciones generales". Allí se define el contrato y se establece su ámbito de aplicación. En las que van de la Sección Segunda, a la Quinta se establecen elementos y efectos. En la Sección Sexta aparece la compraventa de cosas muebles, cuya primera "regla de interpretación" es que las disposiciones que para esta espe-

cie se regulan “no excluyen las de este capítulo en cuanto sean compatibles”.

Esta forma de concebir las distintas regulaciones de la compraventa según el tipo de cosa de que se trate, parece determinar la conveniencia de establecer como regla los principios generales y luego separar los que son particulares de la especie de cosa vendida.

A esto se suma que las cosas muebles registrables, como objeto, solamente aparecen al tratar la oponibilidad de los pactos.

2.6.3.2. La locación

En análisis de la locación se advierte que puede darse en locación “toda cosa presente o futura, cuya tenencia esté en el comercio..., si es determinable, aunque sea sólo en su especie” y a falta de previsión en el contrato “se comprenden... los productos y frutos ordinarios”.

Este objeto amplio incluye a las cosas fungibles o incluso consumibles, pues se eliminó la previsión del art. 1499 del Código Civil vigente, que sólo incluye a las cosas muebles no fungibles y a las raíces como objeto propio del contrato.

Cuando se llega a la obligación de restituir, se repite la previsión del art. 1615 del C. Civ. vigente en el art. 1141, pero no se aclara cómo se cumple con la restitución si se dieron en locación cosas fungibles o consumibles.

2.6.3.3. Contratos de obras y servicios

El Cap. VI se intitula “Obra y servicios”. El título, para guardar coherencia, debió utilizar el singular o el plural para ambas especies.

En el mismo sentido puede percibirse un error sintáctico en la definición del art. 1175. Parecería más lógico que se hubiera redactado en la parte final que el objeto es “realizar una obra o proveer un servicio material o intelectual mediante una retribución”, indicando la naturaleza de ésta. En la redacción utilizada pueden entenderse excluidos los servicios intelectuales, además de no incluirse como ya se señaló la naturaleza de la contraprestación típica.

2.6.3.4. Contrato de transporte

Se ha señalado la imprecisión que puede presentarse para determinar el momento en que el contrato quedó celebrado y la incongruencia existen-

te en el Proyecto en relación con la emisión de la carta de porte o guía (arts. 1218 a 1222), especialmente en el art. 1220, “porque el documento, que debe tener el contenido de la carta de porte, sería emitido por el cargador, no obstante lo cual importaría el recibo de la carga por el transportista, que obviamente debe proceder de éste y no de aquél”.

Igualmente, el art. 1221 contiene una incongruencia desde que “otorga al cargador el derecho de exigir al porteador que suscriba y le entregue copia de la carta de porte que habría emitido el propio solicitante” y además, carta de porte y guía son sinónimos si se lee el art. 1220, pero para el 1222 la guía es un recibo de la carga.³³⁷

2.6.3.5. Transmisión de derechos

A pesar de que la categoría de contratos reales desapareció, se define al contrato de cesión como aquél mediante el cual una de las partes “transfiere” a otra un derecho (art. 1527), expresión que no indica consensualidad como base del acuerdo sino la transferencia misma como constitutiva del contrato.

³³⁷ Martorell, Jorge Enrique, “El contrato de transporte en el Proyecto de Código Civil redactado por la Comisión decreto 685/95”, en E. D., 14/9/99.

IX. CONCLUSION

1. La calificación

De acuerdo a las calificaciones de técnica legislativa, el Proyecto no puede ser encuadrado en la categoría de "Código".

En el mensaje los redactores hacen mención a que **"la estructura originaria de los códigos Civil y de Comercio fue profundamente modificada a lo largo del tiempo**. Este para más, fue desgajado por una **multitud de leyes especiales** que sólo dejaron intactos algunos sectores limitados, en los cuales permanecen soluciones muchas veces arcaicas...".

La tarea del codificador parece ser recomponer **la estructura** del o los códigos. Esta tarea no aparece cumplida, porque la "multitud de leyes especiales" sigue vigente sin integrar el sistema del código proyectado.

Utilizo para concluir también una reflexión de Guastavino: "La codificación, como método constitutivo más perfecto del ordenamiento jurídico, no se funda en razones de estética jurídica o de simetría legal, sino en las funciones legales y culturales que cumplen los códigos al simplificar y racionalizar el derecho. La inofensividad o peligrosidad de la descodificación no depende de encarar con trivialidad el regreso a la superposición de ordenamientos, ni de considerar indiferentemente el grado de incoherencia de sus preceptos, sino de las dificultades efectivas que en la interpretación y aplicación de las normas encuentran los que participan en las relaciones jurídicas y deben resolverlas. Con la paz, también está en juego la seguridad jurídica y este riesgo se corre sin ningún beneficio para la justicia de las soluciones".

"Si en el futuro se agravase aún más la descodificación intrínseca y extrínseca del derecho civil habrá llegado la oportunidad de reelaborar más profundamente, respetando todos los aciertos que caracterizaron al respectivo Código. Ningún conocimiento apriorístico es suficiente para afirmar que esta oportunidad ha llegado ya como consecuencia de las últimas reformas parciales a la legislación civil. Sólo la experiencia suministrará el conocimiento empírico necesario para resolver si la subsistencia del ex-

traordinario esfuerzo de Vélez Sarsfield no ha sido comprometida por la descodificación ulterior”.³³⁸

El análisis realizado demuestra que la descodificación se mantiene en el Proyecto. Las explicaciones dadas a los medios sobre la necesidad de la reforma para introducir nuevos temas no resultan convincentes para justificar la sustitución total de nuestros dos códigos de derecho privado, que bien pueden introducirse sin este salto cualitativo, que podría llegar a tener un fundamento algo sólido, si realmente se estuviera en presencia de “un Código”.

2. Los contenidos

La descalificación del proyecto como Código no lleva necesariamente a la de todos sus contenidos. Por el contrario, muchos de los ellos son muy importantes aunque discrepo, en algunos, con el rumbo que se le ha impreso.

Resultan contenidos importantes la inclusión del principio del fraude a la ley; la sistematización de las obligaciones; la reglamentación del fideicomiso; la inclusión de los contratos a los que se califica genéricamente como “transmisivos”; resulta novedoso y creativo el tratamiento sistemático de la declaración unilateral de voluntad y de los títulos valores; las propiedades especiales; la posibilidad de la indisponibilidad voluntaria; los documentos electrónicos entre otros.

Estos contenidos, y muchos más de los proyectados, pudieron legislarse e incluirse en los códigos existentes sin necesidad de sustituirlos totalmente.

3. La incidencia en los negocios

Por razones de fuente, transcribo algunas reflexiones realizadas por Atilio Alterini, que ha dicho que en las relaciones entre derecho y economía es indispensable “una reflexión jurídica y axiológica” de esta última. Y en ese contexto “tenemos que hablar de los costos empresarios y **la necesidad de predictibilidad**, y en el cual tenemos que dar un grito argentino para que los capitales de los extranjeros vengan y se queden y los capitales de los argentinos no se fuguen” (el destacado me corresponde).

³³⁸ Guastavino, “Estado actual...”, cit., pág. 1305, N° 19.

“La predictibilidad es esencial al ejercicio de la actividad empresarial, porque uno de los requisitos para estar en el mercado es el costo. Y cuando se habla de riesgo país, del riesgo argentino, uno de los componentes de este riesgo es la inseguridad, no saber a qué atenerse, estar pensando que va a pasar lo peor y calcular los costos, por las dudas, como si lo peor fuera efectivamente a pasar.

”Tiempo y riesgo son las dos características de la inversión; pero mientras la inversión se hace hoy, se recoge en el futuro; y entonces aparece el riesgo, que se prevé cuando es previsible, y que no lo es cuando el sistema anda a los tumbos, cuando hay exceso en las competencias, cuando se abusa de las situaciones de emergencia.

”Tengo aquí la cita de un refrán español. Ante la pregunta de por qué el empresario quiere certeza para poner su dinero, el chusco responde: “Dejar lo cierto por lo dudoso no es atinado ni provechoso”. Esto lo sabe cualquiera, pero parecen ignorarlo muchos de los políticos de nuestra tierra.

”Que vamos mejor, sí, es cierto; que tenemos bases para ir mucho mejor, claro que sí; que se ha eliminado uno de los factores de la inseguridad jurídica que es la carencia de moneda para realizar las relaciones de intercambio, también; que hoy la moneda está cumpliendo o tendiendo a cumplir las funciones para las cuáles fue empleada en la vida de relación, es cierto.

”De ninguna manera propicio... volver a la hiperinflación, volver a la inflación, o abandonar la economía de mercado y no advertir el mensaje, que están dando las economías del mundo, que están o estarían entrando en el régimen de la economía de mercado...

”...La acción de un gobierno desde el punto de vista de la teoría de los costos, es atender a la imprescindible necesidad de que haya inversiones de capital fijo, de que exista la posibilidad de motorizar ese gigante dormido que se llama República Argentina...

”El empresario tiene que afrontar costos, y entre ellos está el costo de la indemnización. La Argentina no da ninguna certeza a estos costos...

”Nada se puede calcular en materia de daños. Entretanto los operadores jurídicos insistimos en el discurso que pone a la persona en el primer plano, pero el sistema, que no puede hacer solventes a quienes no lo son, no se preocupa por permitir a la víctima la efectividad del cobro, para lo cual tiene a mano los regímenes de seguros forzosos y de fondos de garantía.

”El seguro, además, es impracticable cuando, de antemano, no existe cierta certeza en cuanto al monto de las indemnizaciones, porque ello obsta al cálculo actuarial de la siniestralidad. No hay pólizas a disposición del tomador, y cuando las hay, son demasiado caras.

”Tampoco hay seguridad en materia de costos tributarios...

“Por lo tanto, si no hay predictibilidad, si no se tiene una estructura de costos que pueda ser prevista, ¿hasta cuándo seguirán siendo empresarios, los que hoy lo son? ¿Qué otro empresario se incorporará al circuito?”³³⁹

Estas reflexiones fueron realizadas en 1995 y demuestran que el Projectista Atilio Alterini tiene presente la importancia de la seguridad jurídica en las transacciones, tema que no se agota con la contemplación de un límite monetario a ciertas indemnizaciones. La predictibilidad de la efectividad de lo contratado tal como fue pactado y la seguridad de su cumplimiento es parte de los costos.

Evidentemente todo estaba meditado previamente. Pero, lo escrito en el Proyecto respecto de los contratos, establece seguramente que los costos no son predictibles. O se cambió de opinión al escribir el Proyecto, o se ha consumado, como acostumbran a decir los políticos, un defecto de comunicación.

De convertirse el Proyecto en ley, se podrá dar respuesta temporal al interrogante sobre “¿hasta cuándo seguirán siendo empresarios, los que hoy lo son? ¿Qué otro empresario se incorporará al circuito?”. Se contesta a la primera desde que el Proyecto se convierta en ley o exista convicción de que lo sea algún día, a la segunda “ninguno” si se dan esas circunstancias.

4. Reflexión

Toca ahora a los legisladores determinar los valores que creen dignos de protección y adecuar la actividad legiferante en ese sentido mediante una técnica adecuada y la histórica decisión de resolver el abandono de la tradición jurídica elaborada por la jurisprudencia y la doctrina, que es considerada adecuada por jueces que diariamente la aplican en el silencio de una actividad, que no trasciende cuando se ejerce con probidad.

Será, en definitiva, un coterráneo de Vélez Sarsfield, el Presidente de la República, que es un jurista de sólida formación y colega en la función docente, quien al momento de la sanción valorará si un cambio legislativo de esta trascendencia puede operarse bajo el lema supremo de que lo vigente está caduco y nada puede juzgarse por sus anticuados contenidos, y resolverá si hay que abandonar los códigos y sustituirlos por soluciones novedosas, tanto, que algunas no encuentran antecedentes en ninguna otra

³³⁹ Alterini, Atilio, “La seguridad jurídica”, cit., págs. 252 a 254.

fuelle, y si ellas permitirán a los argentinos vivir mejor de aquí en adelante, con un ordenamiento "de modernidad".

Que Dios los ilumine.

Buenos Aires, 11 de septiembre de 2000.

Alicia Josefina Stratta

INDICE

I. MAGNITUD Y NECESIDAD DE LA REFORMA PROYECTADA

	Pág.
1. La presentación por los redactores	1
2. La necesidad de la reforma	5
2.1. El planteo	5
2.2. Las razones esgrimidas por los redactores para redactar un nuevo proyecto de código único	8
2.2.1. Respuesta a la primera pregunta	8
2.2.2. La segunda pregunta: ¿ los “nuevos” contenidos introducidos que se argumentan suficientes para jus- tificar la reforma, realmente la hacen necesaria?..	8
3. El dilema sobre la finalidad de la reforma	10
3.1. Las manifestaciones de los redactores	10
3.1.1. El Acta de Arequipa	11
3.1.2. Manifestaciones a Reseña Notarial	12
3.2. La real finalidad	12
3.3. Las justificaciones	14
4. La necesidad o conveniencia de la unificación	16
4.1. Encuadre y antecedentes	16
4.2. El derecho civil y el derecho comercial	17
4.2.1. El derecho civil	17
4.2.2. El derecho comercial	18
4.2.2.1. La desaparición del derecho mercantil ...	19
4.2.2.2. El derecho mercantil subsiste con especi- ficidad propia	20
4.2.2.3. Conclusión sobre la cuestión	26
4.3. Relaciones y unificación	27
4.3.1. Los Códigos específicos	27
4.3.2. Los instrumentos unificados	28
4.3.3. La unificación y la codificación	30
4.3.4. La cuestión en la República Argentina	32

	Pág.
4.3.4.1. La reforma constitucional de 1994	32
4.3.4.2. El Proyecto de 1998 no cumple el manda- to constitucional	32
5. Conclusiones	34
5.1. No hay razones que justifiquen la reforma total	34
5.2. La unificación no está justificada	34
5.3. La técnica de la codificación única no está resguardada ...	35

II. EL PROYECTO Y LOS PRINCIPIOS DE LA CODIFICACION

1. La calificación de lo proyectado	37
2. Desaparición nominal y fáctica del principio de exclusividad y consecuentemente del de unidad	39
2.1. Las inclusiones, derogaciones y modificaciones previstas ..	39
2.2. Las remisiones	40
2.3. Descodificación	41
3. La descodificación excluye la sistematización	42
3.1. La codificación y la legislación "incorporada"	42
3.2. La posición asumida por los redactores.....	44
3.3. Descodificación intrínseca	46
4. El principio de unidad	48

III. LAS NORMAS SISTEMATIZADORAS EN EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1998

1. Las normas sistematizadoras del Código Civil y su comparación con el Proyecto	50
1.1. Normas prohibitivas	50
1.1.1. En el Código Civil	50
1.1.2. Situación en el Proyecto	50
1.2. Las normas dispositivas	52
1.2.1. En el Código Civil.....	52
1.2.2. Situación en el Proyecto	52
1.3. Las normas permisivas	52
1.3.1. En el Código Civil	52
1.3.2. La situación en el Proyecto	53
2. ¿Cuáles son las normas sistematizadoras en el Proyecto?	54

	Pág.
2.1. El orden público	54
2.2. La moral	55
2.3. Las buenas costumbres	56
2.4. La licitud	56
2.5. Los derechos indisponibles	57
2.5.1. La caracterización del “carácter indisponible”	57
2.5.2. La dificultad para determinar los criterios de “disponibilidad” de los contenidos	59
2.5.2.1. Los criterios del Código vigente	59
2.5.2.2. La estructura del Proyecto	59
2.5.2.3. Las consecuencias de la estructura adoptada	60
3. Los efectos de la nulidad y de la indisponibilidad del contrato en el Proyecto	61
3.1. El sistema del Código Civil	61
3.2. La cuestión en el Proyecto	63
4. El sistema de la indisponibilidad se estructura sobre la base de la posibilidad de declarar la nulidad parcial y la facultad integradora de oficio por los jueces	63
4.1. Descripción del sistema de invalidez contractual	63
4.2. La nulidad de los contratos en el Proyecto	65
5. La situación de los contratos de contenido indisponible. Análisis de las fuentes invocadas por los proyectistas	66
5.1. Las fuentes citadas	66
5.1.1. Los principios de Unidroit	67
5.1.2. Las reglas contenidas en el Contract Code	68
5.1.3. Los “Principios del Derecho Europeo de Contratos” ..	71
5.1.4. “Anteproyecto de Código Europeo de Contratos” ...	72
5.1.5. El Código Civil Neerlandés	74
5.1.6. El Código Civil de Quebec	76
5.2. Las conclusiones generales que se extraen de las fuentes ..	78
5.2.1. El método para determinar los límites de la autonomía de la voluntad	78
5.2.2. Diversidad de efectos	79
5.2.3. Los contratos por adhesión o con los consumidores ..	80
6. Encuadramiento sistemático	80
6.1. Los límites para el juzgamiento	80
6.2. La nulidad parcial	82

	Pág.
6.3. Las facultades de los jueces	83
6.4. La cuestión de la integración	84
6.5. La integración está concebida para los supuestos de existencia de sujetos protegidos en la contratación	85
7. Consecuencias del sistema proyectado	85
8. Propuesta	86
8.1. Principios y excepciones	86
8.2. Las ineficacias	86
8.3. Las nulidades parciales	87
8.4. Las cláusulas abusivas	87

IV. LOS PRINCIPIOS SISTEMATIZADORES

1. Principios del ordenamiento vigente que son mantenidos en el Proyecto de 1998 con el mismo sentido	90
2. Principios en los que el Proyecto introduce particularidades en su conceptualización y efectos	91
2.1. La buena fe	91
2.1.1. Debe tutelarse la buena fe y reprimirse la mala fe ...	91
2.1.2. En general, la buena fe se presume	93
2.2. <i>Nemo plus juris</i> y protección de terceros adquirentes de buena fe	94
2.2.1. La relación en el derecho vigente	94
2.2.2. La situación en el Proyecto	94
2.2.2.1. Descripción del sistema proyectado	94
2.2.2.2. Observaciones al contenido proyectado ..	97
2.3. En el conflicto entre dos adquirentes del mismo derecho es preferido quien haya sido el primero en adquirirlo	97
2.4. Culpa <i>in contrahendo</i>	98
2.4.1. El tratamiento del tema en las fuentes del Proyecto ...	99
2.4.2. La norma proyectada	100
3. Principios nominalmente mantenidos, pero en la realidad sustituidos sustancialmente en su contenido y esencia	101

V. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

1. El sistema del Proyecto	103
2. La protección de los débiles en la contratación	105
2.1. La pertenencia del sujeto a una clase	105
2.2. Las tendencias generalizadoras y su fundamento	106

	Pág.
2.3. Las dificultades que genera el razonamiento	109
2.3.1. La caracterización de la debilidad	109
2.3.2. Los instrumentos de protección	112
2.3.3. La eficacia del los métodos de protección	112
2.4. Efectos que provocan las limitaciones	114
2.5. Los valores en juego	115
2.5.1. La Justicia	115
2.5.1.1. La justicia conmutativa	115
2.5.1.2. La justicia distributiva	116
2.5.2. La seguridad	118
2.5.3. Las relaciones entre seguridad y justicia	119
2.6. Los efectos de la protección en el ámbito económico ne- gocial	120
2.7. Conclusión	123
3. Lesión	124
3.1. Los estados subjetivos.....	125
3.1.1. La lesión en las fuentes citadas por los Proyectistas ..	125
3.1.2. Las conclusiones que surgen del análisis de las fuen- tes	129
3.1.3. La sorpresa	130
3.1.3.1. La sorpresa en el Código Civil	130
3.1.3.2. La inclusión en el Proyecto de 1998	130
3.1.3.3. La actual concepción de la “sorpresa” ...	131
3.1.4. La avanzada edad	133
3.1.5. Una norma “clasista”	134
3.1.6. La relación de confianza	134
3.2. Las presunciones	135
3.3. La desproporción y el reajuste	135
3.4. Conclusión	136
4. El abuso de derecho y el abuso de posición dominante	138
4.1. El abuso del derecho	138
4.2. Abuso de posición dominante	139
4.2.1. El ámbito propio del concepto de posición dominan- te	139
4.2.2. Abuso de posición dominante en la ley de defensa de la competencia	141
4.2.3. El abuso de posición dominante en el derecho pri- vado	145

	Pág.
4.2.3.1. Los ilícitos del derecho de la competencia que producen daños a los particulares	146
4.2.3.2. El abuso de posición dominante como causa invalidatoria de un acto o de sus efectos ...	146
4.2.4. Conclusión	148
5. Acuerdos parciales y aceptación tácita	149
5.1. Las normas implicadas del Proyecto	149
5.2. El tratamiento en las fuentes	151
5.2.1. Las normas contenidas	151
5.2.2. Las conclusiones que se extraen de las fuentes del proyecto analizadas	154
5.3. Conclusión	154
5.3.1. Sobre los acuerdos parciales	154
5.3.2. Sobre el modo de formación del consentimiento ...	155
6. Incidencia de la calidad profesional de los contratantes	156
6.1. Los criterios empleados en el Proyecto	156
6.2. La calidad de "profesional" del contratante	158
6.2.1. Consecuencias de la introducción de esta categoría en un Proyecto de Código Civil que incluye al de Comercio	158
6.2.2. La situación de las personas jurídicas	160
6.2.3. La delimitación de la extensión de los conceptos ..	161
6.3. La asunción de los riesgos de la contratación en el Proyecto	164
6.4. Conclusión	164
7. Conclusión general	165

VI. LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO

1. Contenido del contrato	167
1.1. Las cláusulas implícitas	168
1.1.1. Las cláusulas implícitas en las fuentes citadas por los Proyectoistas	169
1.2. Las expectativas legítimas como cláusula implícita	171
1.2.1. La doctrina de las "expectativas razonables de los adherentes"	172
1.2.2. Ambito de aplicación de la doctrina de las expectativas razonables	173

	Pág.
1.2.3. Los criterios para determinar las expectativas razonables	174
1.2.4. La violación de las legítimas expectativas mediante cláusulas sorpresa	176
1.2.5. Conclusión	177
2. Algunas vicisitudes contractuales	177
2.1. La metodología del Proyecto respecto de las vicisitudes	178
2.2. El incumplimiento	178
2.2.1. Las diversas configuraciones del incumplimiento	178
2.2.2. La mora	179
2.2.2.1. La mora automática	180
2.2.2.2. Los efectos de la mora y de la demora ...	181
2.2.3. Conclusiones	182
2.2.3.1. Con relación al incumplimiento	182
2.2.3.2. Con relación a la mora	183
2.3. La resolución por incumplimiento	184
2.4. Las eximentes de cumplimiento por ruptura de la relación causal	184
2.4.1. Aplicaciones del caso fortuito y el impedimento ajeno a la voluntad del deudor en las obligaciones	185
2.4.2. El cumplimiento imposible en los contratos	186
2.4.3. La suspensión del cumplimiento del contrato	186
2.4.4. Conclusión	187
2.5. Las previsiones sobre incumplimiento y eximentes en las fuentes citadas por los Projectistas	189
3. Las circunstancias sobrevinientes	194
3.1. Imprevisión	194
3.1.1. Ambito de aplicación	195
3.1.2. La "imprevisibilidad"	195
3.1.3. La alteración del equilibrio	196
3.1.4. La legitimación	196
3.1.5. La adecuación	196
3.1.6. La "disponibilidad" del derecho	197
3.1.7. Las soluciones dadas en las fuentes mencionadas por los Projectistas	197
3.1.8. Conclusión	198
3.2. Frustración del fin del contrato	199
3.2.1. La causa en el Proyecto	199

	Pág.
3.2.1.1. La causa en los actos jurídicos	199
3.2.1.2 La causa en las obligaciones	200
3.2.1.3 La causa en los contratos	201
3.2.2. Algunas reflexiones sobre la normativa transcrita ...	202
3.2.2.1. La concepción de la causa en las normas proyectadas	203
3.2.2.2. El estado de la cuestión en el derecho fran- cés	204
3.2.2.3. La situación en la doctrina italiana	206
3.2.2.4. La conclusión	207
3.2.2.5. El contrato abstracto	207
3.2.2.6. Los efectos	209
3.2.3. Los matices en la frustración del fin	209
3.2.4. La adecuación del fin en los instrumentos que se tomaron como fuente	210
3.2.5. Conclusión	216

VII. INTERPRETACION E INTEGRACION

1. Las normas implicadas	217
2. La interpretación	219
2.1. La interpretación en las fuentes citadas por los Proyectistas ..	219
2.2. El sistema del Proyecto	221
2.2.1. La actividad interpretativa	221
2.2.1.1. Los modos de expresión	222
2.2.2. La expresión clara.....	222
2.2.3. La voluntad común de las partes.....	224
2.2.3.1. Criterios subjetivos	225
2.2.3.2. Criterios objetivos	226
2.2.3.3. Impropionibilidad de los criterios del Pro- yecto	227
2.2.3.4. Incongruencia	228
2.2.4. La nulidad del contrato como resultado de una inter- pretación	229
3. La integración	230
3.1. Las fuentes.....	230

	Pág.
3.2. Los usos y costumbres en la integración del sistema dentro del Proyecto	232
3.2.1. Los conceptos y la terminología	233
3.2.2. La cuestión terminológica y funcional en el Proyecto	234
3.2.3. Conclusión	237
3.3. La integración de los contratos	237
3.4. Conclusión	242

VIII. LA SISTEMÁTICA DEL ORDENAMIENTO PROYECTADO

1. Estilos y métodos	243
2. La técnica jurídica	244
2.1. Género y especie	245
2.1.1. La representación	245
2.1.2. El contrato preliminar	246
2.1.2.1. La vinculación con los "contratos solemnes relativos"	247
2.1.2.2. El boleto de compraventa	248
2.1.2.3. Conclusión	249
2.2. Definiciones por exclusión	250
2.3. Definiciones por la negativa	250
2.4. Enumeraciones casuistas	251
2.5. Normas incompletas	251
2.5.1. Carencia de efectos	251
2.5.2. Carencia del elemento específico	252
2.5.3. La caracterización por los efectos	252
2.6. La metodología utilizada para regular los tipos contractuales	252
2.6.1. El orden	252
2.6.2. Método y estilos en los tipos contractuales	254
2.6.3. La metodología en algunas figuras contractuales ..	254
2.6.3.1. La compraventa	254
2.6.3.2. La locación	255
2.6.3.3. Contratos de obras y servicios	255
2.6.3.4. Contrato de transporte	255
2.6.3.5. Transmisión de derechos	256

IX. CONCLUSION

1. La calificación	257
2. Los contenidos	258
3. La incidencia en los negocios	258
4. Reflexión.....	260

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ª QUINCENA DE MAYO DE 2001
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S. A. E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA





LA LEY

S. A. EDITORA e IMPRESORA
