El acto jurídico y el Contrato

Concepto y caracteres esenciales. Su ubicación metodológica.

Nuestro Código Civil regula El Contrato en la sección tercera: ”De las obligaciones que nacen de los contratos” del Libro II: “De los derechos Personales en las relaciones civiles” y consta de 18 títulos, en los que se tratan tanto la parte general como los contratos particulares.
El Contrato es una especie del acto jurídico y regla exclusivamente de un modo inmediato o directo las relaciones jurídicas patrimoniales que son propias del derecho creditorio.
El contrato como acto o negocio jurídico civil es bilateral (Arts.946 y 1137), entre vivos (art.947), patrimonial (art.1169), causado (art.500).
Si bien en el derecho romano fueron conocidas las figuras de convención, pacto y contrato, los primeros eran conceptos equivalentes, y en la actualidad la doctrina moderna los distingue: la convención es el género aplicable a toda clase de acto o negocio jurídico bilateral tal como expresa Vélez Sarsfield en su nota, el contrato en nuestro derecho actúa en el campo de las relaciones jurídicas creditorias u obligacionales y Pacto alude a cláusulas accesorias que modifican los efectos naturales del contrato.
Por lo que el art. 1137 del C.C lo define y expresa: “*Hay Contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos”,* entonces supone que debe haber por lo menos dos centros de intereses, un acuerdo sobre una declaración de voluntad común, debe haber un acuerdo y no mera coincidencia de voluntad, es decir conformada por dos extremos la oferta -aceptación y la declaración ser expresión de la voluntad destinada a reglar los derechos de los contratantes. Ver López de Zavalía “Teoria de los contratos T. I” Cap. 1 pags. 19 y sgtes.
Luego, el autor citado adhiere en relación a la temática de la naturaleza jurídica del contrato a la concepción normativa , puesto que considera que el contrato es fuente de derecho objetivo ya que contiene normas jurídicas individuales que sobre determinados supuestos de hecho, prevéen determinadas consecuencias jurídicas, tomando para dicha conclusión lo preceptuado en el art. 1197 que regula la autonomía de la voluntad.
El contrato sirve a los contratantes para la obtención de las mas variadas finalidades prácticas y se sostiene su doble función: la individual y social (ver pags. 41 y sgtes.del capitulo 1 a fin de ampliar al información).-

Principio de autonomía de la voluntad

“El principio de la autonomía negocial consiste en la facultad de los particulares de regir y gobernar sus intereses mediante manifestaciones de voluntad adecuadamente expresadas, “según lo afirma Aparicio en su libro “Contratos” parte general pag. 87, y está consagrado en el art. 1197 del C.C el que expresa: “*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”,* por lo que en el ámbito contractual se traduce en una libertad que compete a las partes para regir sus intereses; significa que ellas son libres para contratar y pueden hacerlo cuando quieran y con quien quieran.
López de Zavalía lo define en términos de poder, es decir afirma que la autonomía privada es el poder que compete a los particulares para crear normas jurídicas. No es común de los contratos sino común a todos los negocios jurídicos siendo la expresión autonomía de la voluntad producto o fruto de una pasajera concepción histórica.

Libertades

Existe en primer lugar la libertad de conclusión o libertad de contratar y se trata de la posibilidad ofrecida a cada persona de contratar o no contratar y de elegir con quien. En principio se es libre de no contratar y se encuentra una excepción por ejemplo en el supuesto del art. 1324: " *Nadie puede ser obligado a vender sino cuando se encuentra sometido a una necesidad jurídica de hacerlo."*
Luego la libertad de configuración o contractual por la que se determina el contenido contractual. Ella se encuentra asegurada en el art. 1197 y en éste sentido las partes pueden elegir tipos contractuales o entran en el terreno de la atipicidad. Ver Fernando J.López de Zavalía apartado &6 pags. 150 y sgtes de su libro Teoria de los Contratos tomo I

Limites

El orden público es un concepto que ha ido cambiando a través de los tiempos y trata de un conjunto de principios fundamentales en al sociedad (según LLambias), es de orden público cuando responde al interés general (Borda)
Otros sostienen que es un medio o técnica de que se vale el ordenamiento jurídico para garantizar la vigencia de aquellos principios o intereses por encima del interés particular. También hay un orden público económico y social ya que históricamente y partir de la segunda guerra mundial el estado interviene para tutelar política económicas, ejemplo de ello la ley de convertibilidad del austral, ley de emergencia dec. 214 pertenecen a la categoría de orden publico económico o de dirección y las leyes de locaciones urbanas y defensa del consumidor se presentan como ejemplos del orden público social o de protección.
Otros límites se encuentren en los arts. 1071 por el que la ley veda ejercicio abusivo de los derechos, art. 21 por el cual las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres., el art. 1198 que consagra en su primer párrafo el principio de la buena fe.-

Régimen jurídico del contrato

Es importante conocer y distinguir la categoría de normas que constituyen la fuente de la cual se nutre el contrato.
La fuerza obligatoria del contrato viene a completar el significado de la autonomía contractual. Con el contrato, las partes tienen libertad para disciplinar sus relaciones jurídicas patrimoniales de un modo vinculante. Las personas son libres de contratar, cuando han hecho uso de esa libertad deben atenerse a lo estipulado. Nace una regla que las vincula de una manera independiente de la voluntad por obra del ordenamiento jurídico.

En nuestro Código Civil éste principio se encuentra receptado en el art. 1197. "Luego; entendido el ámbito en el cual se desenvuelve la autonomía de la voluntad, es menester determinar cuáles son las fuentes a las que debe ajustarse el régimen jurídico del contrato, éste se estructura conforme a una gradación jerárquica de normas, a saber: Rigen las normas imperativas, es decir aquellas que vedan o imponen de una manera necesaria e ineludible, sin que las partes puedan sustraerse a la observancia de tales prohibiciones o exigencias.
Estas normas constituyen un límite a la autonomía de la voluntad. Acatados tales límites, las partes pueden a través de convenciones, pactos o cláusulas darse sus reglas, ésto constituye el Régimen del contrato.
Finalmente el ordenamiento ha previsto la posibilidad de deficiencias o lagunas en esa reglamentación de intereses que se dan las partes. Entonces dicta un conjunto de normas que conforman el denominado derecho dispositivo destinadas a integrar y constituir el régimen

contractual. También rigen los usos y costumbres, cuando las leyes se refieren al ellos o en situaciones no regladas legalmente según art. 17 del Código Civil. Este derecho dispositivo tiene una vigencia supletoria, en cuanto propone la regulación presumiblemente querida por las partes, por tanto se piensa, pueden las partes libremente modificar o sustituir sus normas, por una voluntad contraria. " . No deben olvidarse el principio de buena fe receptado en nuestro código en el primer párrafo de art. 1198 y que juntamente con el orden Público constituyen otros de los límites infranqueables.
Luego, el orden público es un concepto amplio comprensivo también de gran elenco de normas imperativas y las referidas a buenas costumbres y de lo define como un conjunto de principios de básicos que sustentan la organización social y aseguran la realización de valores importantes, y su radio de acción lo constituyen el ámbito del derecho publico económico y social.
Algunos ejemplos de ello:
Normas imperativas: Arts. 279, 297, 431, 450, 953, 954, 1358, 1359, 1361,1513, 1650, 1802, etc.-
Orden público: Ley 24240 (defensa del consumidor).
Normas dispositivas: la regulación referida a algunos aspectos del contrato de compraventa.-

Clasificación de los contratos

Criterios y Categorías tradicionales

a- Según las obligaciones que surgen al momento de celebrar los contratos se clasifican en bilaterales y unilaterales, conforme art. 1138 del Código Civil (C. C).
López de Zavalía "Teoria de los contratos T. I, realiza una exposición interesante al definir los negocios jurídicos y en síntesis expresa que son unilaterales cuando para que se formen basta con la voluntad de un solo centro de intereses y bilaterales cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más centros de intereses y menciona al art. 946 del C.C. Por lo que los contratos son siempre negocios bilaterales y no se tienen en cuenta el número de centros sino LOS EFECTOS del contrato.
Luego y en referencia al contrato bilateral es menester que concurran dos características: que ambas partes estén obligadas y que dichas obligaciones sean recíprocas, es decir: obligaciones principales, interdependientes y que se expliquen mutuamente. Por tanto, es unilateral aquél contrato en el que una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que la otra le quede obligada y cuando existiendo obligaciones a cargo de ambas partes falta la reciprocidad.
Ejemplos de BILATERALES: compra-venta, permuta, cesión onerosa, mandato oneroso, locación de cosa, juego, apuesta, contrato de obra, de servicio; UNILATERALES: donación, fianza, mandato gratuito, cesión gratuita, mutuo. Comodato, depósito, contrato oneroso de renta vitalicia.

b- Según el costo de las ventajas, es decir si al momento de celebrase los contratos traen aparejada ventajas para una o para las dos partes; se clasifican en Onerosos y gratuitos, conforme art. 1139 del C. C. Luego, los contratos onerosos se dividen en conmutativos y aleatorios. En la vida de relación los mas comunes son los contratos onerosos es decir aquéllos en los que cada una de las partes se somete a un sacrifico y ésos extremos son equivalentes como sucede en un contrato de compraventa, la locación de cosas, cesión de créditos y los gratuitos son aquéllos en el que una sola de las partes efectúa el sacrificio y la otra solo es destinataria de una ventaja, ejemplo de ello son los contratos: de donación, comodato, depósito, mandato, mutuo, fianza etc. Cabe mencionar y tener presente que éstos últimos según las circunstancias pueden ser gratuitos u onerosos, por ejemplo en el mandato se puede ofrecer una remuneración y el mutuo al pactarse un interés respecto del capital prestado se transforma en un contrato oneroso.

Cuando las ventajas y los sacrificios de los que se habla, son susceptibles de ser apreciados al momento de la celebración, el contrato se denomina Conmutativo y cuando no es posible apreciar dicha relación inicialmente o ab-initio se dice que el contrato es aleatorio. Nuestro Código civil (C.C) en el art. 2051 nos trae una definición que se debe tener en cuenta al expresar: " Los contratos serán aleatorios, cuando sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes o solamente para una de ellas, dependan de un acontecimiento incierto", entonces un acontecimiento es incierto cuando no se sabe si acaecerá o al ignorase el momento en el cual se verificará.-
Ejemplo de aleatorios: Juego, apuesta, de lotería y de rifa, contrato oneroso de renta vitalicia, de seguros.
Es dable destacar que, los contratos aleatorios mencionados, son los que se encuentran regulados en la ley, no obstante hay otros que pueden convertirse en aleatorios por voluntad de las partes en virtud de cláusulas agregadas, como sucede en los casos de los arts. 1404 y 1405 del C.C o cosa sometida a riesgo según art. 1406 del C.C o una compraventa en la que se renuncia a garantizar por evicción.

c- Según el modo de perfeccionamiento, se clasifican en consensuales y reales, conforme art. 1140, 1141 del C.C. Los primeros son los que se perfeccionan por el simple consentimiento, es decir quedan concluidos a fin de producir sus efectos propios tal el contrato de compraventa, y los reales sólo quedan celebrados desde que se efectivizado la entrega del cosa es decir la traditio rei. Ejemplo de ellos son el mutuo, comodato, depósito entre otros.-
En relación a los antecedentes de ésta clasificación, se podria manifestar que como dice la doctrina se encuentra en crisis, puesto que el contrato real tenia sentido, cuando el simbolismo del derecho romano le atribuía a la entrega de la cosa un valor determinado y actualmente se está frente a una enorme agilidad de las negociaciones que hoy se celebran por teléfono, fax, Internet; no obstante todavía la encontramos regulada en nuestro código.-

d- Según la reglamentación legal, se clasifican en nominados e innominados conforme art 1143 o tambien denominados típicos o atípicos.
Es de destacar la importancia que reviste la atipicidad en materia de contratos desde el punto de vista social, ya que presupone la libertad contractual y de configuración del contenido del contrato reconocida por la ley a las partes, lo que significa encontrar instrumentos idóneos para la satisfacción de los intereses de ellas en medio de una realidad totalmente en proceso de cambio y evolución; ejemplo de ello lo encontramos en contratos atípicos llamados de tipicidad social por contraposición a la tipicidad legislativa: Tales son el contrato de garage, de espectáculo público, de bufet, medicina prepaga, cementerios privados, tv por cable etc.

e- Según el elemento tiempo, se clasifican en contratos de ejecución inmediata y diferida, en los que se tiene en cuenta el momento, es decir la distinción radica en la existencia o no de un plazo inicial para la ejecución de las prestaciones.
Entonces la ejecución comienza ya (inmediata) o después (diferida).
Tambien se clasifican en contratos de ejecución instantánea y de duración, continuada, periódica o de tracto sucesivo, en los que se tiene en cuenta el modo, es decir la distinción radica en que el cumplimiento de sus prestaciones es susceptible de realizarse en un solo momento, o por el contrario la ejecución de la prestaciones o prestaciones se prolongan en el tiempo, tal el caso de una locación de bienes inmuebles en el que se abonan cánones mensuales.

Nuevos Criterios

Entre los nuevos criterios de clasificación, entre otros y de acuerdo a la finalidad se encuentran los contratos de cambio: son aquéllos que suponen una atribución de ventajas o prestaciones que hacen las partes entre sí y en éste sentido se puede citar variados ejemplos ya que permanentemente estamos ante ellos; cuando un sujeto paga un alquiler por el uso de una cosa, contrata un servicio por un precio, o lo paga por la propiedad de una cosa mueble o inmueble etc; de ésta forma cada parte recibe una prestación de la otra parte en recompensa de la propia.
Los asociativos son aquéllos en los que las partes convergen, unen sus esfuerzos y prestaciones para el desarrollo de una actividad conjunta en vistas a un fin común, por ende cada contratante satisface su interés en la participación en el resultado útil obtenido de esa asociación de prestaciones y actividad común, tal el caso de las sociedades y asociaciones.-

Contratos de Consumo

Antes de abordar el estudio de éstos contratos, recordaremos los antecedentes de la ley y sus modificatorias en la materia.
Con fecha 23 de septiembre de 1993, el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.240 denominada de "Defensa del Consumidor", promulgada por decreto 2089/93 y tras vetar partes importantes del cuerpo legal y recibió sanción legislativa, su decreto reglamentario llevo el n. 1798/94 y sus posteriores modificaciones parciales por medio de las siguientes leyes: 24.568, 24.787, 24.999; siendo la última n. 26.361.
El texto ordenado puede verse en Doctrina Judicial On line; legislación esencial. www.laleyonline.com.ar
Con ésta ley se vertebra un sistema de protección y tuitivo del consumidor fundado en principios básicos, siendo una ley de carácter imperativo y de orden público tal como lo prescribe el art. 65; constituyendo ésto un fuerte límite a la autonomía de la voluntad.-
Con posterioridad a la sanción de la ley, la reforma constitucional del año 1994 impone en su art. 42 un mandato a los poderes públicos a fin de dictar normas que salvaguarden éstos preceptos.
La ley 24240 incorporó normas específicas de protección al consumidor, introduciendo modificaciones a instituciones de derecho de fondo vigente en materia contractual y se refieren a las etapas pre-contractual y etapa contractual propiamente dicha, a saber: consagra el deber de suministrar información a los consumidores; deber de seguridad en la provisión de bienes y servicios; otorga eficacia a la oferta hecha al público e integra el contrato con el consumidor con las precisiones formuladas en la publicidad., exige la instrumentación escrita de los contratos de consumo, sanciona con la nulidad las cláusulas abusivas, preveé el control administrativo de las cláusulas de los contratos por adhesión. Regula especialmente ciertas operaciones de consumo que tengan por objeto cosas muebles no consumibles, con una modificación relevante al régimen de los vicios redhibitorios; también se refiere a la prestación de los servicios. Contiene normas que se refieren a los servicios públicos domiciliarios, a ventas hechas a domicilio y concluidas a distancia, entre otras cuestiones de importancia que mas adelante serán tratadas.-
Lo cierto es que y al decir de Stiglitz, G y Stiglitz, R (Derechos y defensa del consumidor p. 76 ss.) la ley contiene soluciones destinadas a la prevención y a asegurar la efectividad de la protección que instituye al par de otras vinculadas con la dimensión colectiva que se le asigna a los intereses de los consumidores.

En relación al carácter de ésta categoría, López de Zavalía en el capitulo I de su obra, pag. 133 y ss, expresa que "corresponde clasificar a los contratos según sean o no de consumición; estamos frente a un reagrupamiento que abarca a los contratos típicos y los atípicos, es decir una compraventa puede ser de consumo o no. La LDC no es derecho civil, tiene mayores puntos de contacto con el derecho comercial, pero tampoco es derecho comercial, es Derecho del consumidor".

Otros autor como Aparicio, Juan Manual en su obra Contratos I, parte general pág. 184, expresa que: "la reglamentación para los contratos de consumo no constituye un sistema autosuficiente y exhaustivo sino se traduce en medidas correctoras y complementarias de la normativa preexistente, al servicio de la finalidad protectora perseguida. Frente a un contrato de consumo se aplicarán sea las disposiciones de índole civil o comercial que no hayan sido sustituidas, con la corrección o complementación de ésta ley específica y otros cuerpos legales que regulan el comercio, en especial en materia de defensa de la competencia y de lealtad comercial.
En éste proceso de integración, en caso de duda debe estarse siempre a la interpretación mas favorable para el consumidor.".
Y esto es así tanto, que la última y reciente modificación a la LDC, que lleva el N. 26.361 promulgada con fecha 7 de abril de 2008, y que fuera pensada como una modificación integral del microsistema de protección al consumidor, en su nuevo art. 3 brinda pautas precisas para resolver los problemas de fuentes que devienen de la voluntad legislativa de fortalecer la unidad del Estatuto de Defensa del consumidor, para lo que: Profundiza la integración de todas las normas, sean generales o especiales , aplicables a las relaciones de consumo; ratifica la regla hermenéutica de la interpretación más favorable al consumidor en caso de duda sobre la solución más adecuada. También se evidencia que el legislador se refiere a un criterio de preeminencia de la ley en orden a la integración del régimen legal aplicable.

El Primer artículo, al suprimir los tres incisos del texto originario, elimina la delimitación del ámbito objetivo que acotaba el alcance de la ley 24240. Esto implica extender su ámbito de aplicación, ya que ahora la relación de consumo se entiende como un vínculo jurídico entre consumidor y proveedor, que podrá tener diversas fuentes: un acto ilícito o un acto jurídico unilateral, según lo expresa Lorenzetti, Ricardo en su obra Consumidores; Ed. Rubinzal Culzoni 2003, pag. 74.; no cabe duda de que ésta ley tiene incidencia sobre los sectores financieros, asegurador, de ahorrro previo, del transporte, operaciones inmobiliarias, etc.-
Expresa literalmente el nuevo art. 1: *"Objeto. Consumidor. Equiparación, La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendido la adquisición de derechos e tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiera o utilice bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo."*
Art. 2: " *Proveedor: Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en ésta ley los servicios de profesiones liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero si la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de ésta ley informará al denunciante sobre el ente que controla la respectiva matricula a los efectos de su tramitación."*

Por lo que, entonces la ampliación material de la protección se extiende a transacciones gratuitas, asimismo respecto de los inmuebles, ya no se requiere que se destinen a vivienda tampoco que sean nuevos, ni que haya mediado oferta pública; es decir toda operación inmobiliaria llevada a cabo por el consumidor estará sujeta a la normativa en análisis. Luego la enumeración que realiza

el artículo 1 de la adquisición de derechos lo hace en forma enunciativa, por lo que queda un amplio margen de inclusión respecto a otras figuras. Respecto al último párrafo se destaca la ampliación en relación al destinatario final del producto o servicio, que no es consumidor o contratante, es decir se trata de potenciales consumidores, frente a campañas publicitarias, condiciones generales de contratación o prácticas comerciales indeterminadas en sus destinatarios, que puedan resultar lesivas a los intereses de aquéllos. Cuando se trata de la seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor, como bien se ha señalado por la Corte Sup. De justicia en la causa "Mosca ; Hugo V. Provincia de Buenos aires y otros" (JA 2007-II-483) debe estar garantizado en el período pre-contractual y en las situaciones de riesgo creados por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes; y en éste sentido cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quines no lo hicieron, o entre quienes estaban dentro del lugar, en la entrada o en los pasos previos. Por ésta razón el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo.

Es de destacar también que el art. 2 de la versión original excluía la aplicación a los contratos que tuviesen por objeto cosas usadas, desapareciendo en la nueva ley dicha referencia.

Modos de rescisión. Reciprocidad.

Los contratos de duración, con vocación de permanencia en el tiempo, que se renuevan en forma automática, presentan en la generalidad de los casos, dificultades para el consumidor de liberarse de tal compromiso; las empresas no suelen organizar métodos que faciliten la recepción y –menos aún- una respuesta a la inquietud rescisoria del consumidor; elongando el vínculo contractual más allá de la voluntad de aquél. De este modo se fuera a tomar vías distintas para la extinción de las utilizadas para contratación; es decir, la facilidad de acceso a la comunicación no es igual en ambos momentos del contrato (principio y fin). Frente a tal realidad el nuevo at. 10 ter *"Cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación. La empresa receptora del pedido de rescisión del servicio deberá enviar sin cargo al domicilio del consumidor o usuario una constancia fehaciente dentro de las SETENTA Y DOS (72) horas posteriores a la recepción del pedido de rescisión. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario",* establece una aplicación acertada del principio de reciprocidad de trato, otorgando fuerza extintiva del vínculo al mismo medio utilizado por el proveedor para vender; estando este obligado a emitir dentro de las 72 hs de la manifestación emanada del consumidor una constancia fehaciente de tal circunstancia. Este derecho del consumidor deberá informarlo en la factura o documento equivalente que emita el proveedor.

Innovaciones en las relaciones con las empresas de servicios públicos.

Las innovaciones más relevantes en materia de servicios públicos domiciliario son:
1.- Aplicación preeminente de la ley 24.240, incluso en aquellos casos en que se encuentren regidos por leyes específicas; en caso de duda sobre la normativa aplicable, lo será la más favorable para el consumidor (conf. nuevo art.25, 3º párrafo).
2.- Las denuncias y reclamos podrán ser presentados por el consumidor ante las autoridades de aplicación de la ley 24.240, o bien ante la autoridad instituida por la legislación específica (conf. art. 24, último párrafo).
3.- Las empresas de servicios públicos deberán garantizar atención personalizada a los usuarios; en cuanto a los reclamos deben extender –sin perjuicio del medio utilizado para realizarlos- constancia escrita con la identificación del reclamo. El plazo de satisfacción de los reclamos será fijado por la reglamentación (conf. nuevo art.27 de la ley 24.240).
4.- Error de facturación: se presume, para los consumos con variaciones estacionales, cuando facture un período de consumo que exceda en un 75% el promedio de consumo de los 2 años anteriores para igual período (art. 31, 1º párrafo). Para el caso de los servicios sin variaciones estacionales; se tomará en cuenta el consumo promedio de los últimos 12 meses anteriores a la facturación (art. 31, 2º párrafo). En ambos casos el usuario abonará únicamente el valor de dicho consumo promedio. En estas situaciones, "el prestador dispondrá de un plazo de 30 días a partir del reclamo del usuario para acreditar en forma fehaciente que el consumo facturado fue efectivamente realizado" (art. 31, 4º párrafo).
5.- Procedimiento ante reclamo por error de facturación: Si el usuario no considera satisfecho su reclamo podrá requerir la intervención del organismo específico de control. Si el reclamo es resuelto a favor del prestador este puede reclamar la diferencia adeudada con más los intereses moratorios desde el vencimiento de la factura hasta el efectivo pago. Aquí se demuestra la debilidad del sistema: no se advierte razón para cobrar intereses moratorios a aquel que tuvo

dudas y se vio en la necesidad de iniciar el proceso de constatación de la facturación; esto desmotivará el proceso de revisión; máxime teniendo en cuenta que la medición resulta totalmente ajena al usuario. Es del caso señalar que: si al usuario le corresponde un reintegro, se le deben intereses, iguales a los que el prestatario puede reclamar, con más un plus indemnizatorio equivalente al 25% de lo cobrado indebidamente; u que se limita la tasa por mora que puede reclamar el prestador al 50% de la tasa pasiva para depósitos a 3. Días del Banco de la Nación Argentina, correspondiente al último día del mes anterior a la efectivización del pago (art. 31, 6º, 7º y 8º párrafos).

Consentimiento

Formación del Contrato:

El art. 1144 del C.C expresa: *"El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra"* , entonces la voluntad para que produzca efectos jurídicos, debe ser exteriorizada para ser percibida por otros.; en éste sentido debe considerarse sinónimo de exteriorización. La manifestación puede ser directa: cuando determinada intención negocial se infiere inmediatamente de un comportamiento que está destinado a hacer socialmente reconocible e indirecta cuando se infiere mediatamente de un comportamiento según sostiene Rodolfo Fontanarrosa den su libro Derecho Comercial argentino, tomo II pag. 19. desde otro punto de vista, la manifestación puede exteriorizarse por medio de un comportamiento declarativos y no declarativos.

Ejemplos de la primera clasificación se encuentra en el lenguaje, expresado a través de símbolos fonéticos, gráficos, mímicos y aún en ciertos supuestos, frente a un determinado contexto, el silencio puede funcionar como medio lingüístico expresivo, tal el art. 919: "*el silencio opuesto a actos o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia o a una causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.-";* una aplicación práctica de éste art. lo encontramos en la nota del mismo, la que se recomienda su lectura, que cita a Savigny y en uno de sus párrafos expresa:… *" cuando un acto , bajo forma privada, es notificado u opuesto a la parte contraria y éste guarda silencio, su silencio equivale al reconocimiento de la firma". …*

Ejemplos de la segunda lo constituyen actos de ejecución de una intención negocial cuando el que recibe una propuesta de contrato, sin comunicar su aceptación, cumple la prestación que sería a su cargo si lo hubiera aceptado.

La manifestación indirecta mediante comportamientos declarativos se conoce en doctrina con la denominación tácita o implícita y a su vez las manifestaciones fueren declarativas o no pueden ser recepticias o no recepticias, ya sea que sean dirigidas o no a uno o varios destinatarios

López de Zavalia, en éste sentido aborda el tema de las formas de exteriorización partiendo de la existencia de cuatro especies: declaraciones expresas, tácitas, por el silencio y presumidas por la ley; éstas últimas también reciben el nombre de presuntas o ficticias tal como los art. 915:"*la declaración de la voluntad puede ser formal o no formal positiva o tácita o indicada por una presunción de la ley."* Art. 920: "l*a expresión de la voluntad puede resultar igualmente de la presunción den la ley en los casos que expresamente lo disponga*" y se tratan de situaciones a las cuales la ley le asigna un cierto significado, como sucede en el supuesto en materia de contrato de locación art. 1622 del C.C en cuanto expresa: "*Si terminado el contrato, el locatario permanece en el uso y goce de la cosa arrendada, no se juzgará que hay tácita reconducción, sino la continuación de la locación concluida y bajo sus mismos términos, hasta que el locador pida la devolución de la cosa y podrá pedirla en cualquier tiempo, sea cual fuere el que el arrendatario hubiese continuado en el uso y goce de la cosa."* Se presta a discusión en la doctrina si ésta es

una categoría autónoma o bien se podrá subsumir en las clasificaciones de expresa y tácita. Llambías en su libro parte general lo considera como una subespecie de la tácita.
También sostiene en su capitulo II págs. 163 y sgtes. que consentimiento alude a la suma de la voluntad y exteriorización y habla de su lado interno y externo, luego la acción de contratar se obtiene el resultado querido si se da la colaboración de ambas partes, por eso es un acto jurídico bilateral. Consentimiento es entonces coincidencia de las voluntades y exteriorizaciones de ambas partes y no a la de cada una,. Se habla también de extremos del consentimiento y se alude a la oferta y a la aceptación.
Siguiendo la línea de éste autor, la naturaleza jurídica es considerar al consentimiento como un fenómeno bilateral es decir suma de voluntades internas y externas.
No debe confundirse las tratativas contractuales previas que son todas las exteriorizaciones inidóneas para concluir un contrato y que sin embargo tienen por fin llegar a él, con las expresiones idóneas para concluir un contrato siendo las únicas integrativas: la oferta y la aceptación.

La oferta

Es la manifestación de quien (ofertante o proponente) toma la iniciativa en forma idónea para concluir un contrato. Es un acto jurídico unilateral destinado a integrarse en un contrato, constituído por una expresión de voluntad que se postula como penúltima; es un acto o negocio jurídico, siendo para el autor en tratamiento la tesis correcta ya que coincide con por lo prescripto por el art. 944 , se trata entonces de un acto voluntario, lícito, que tiene un fin jurídico inmediato, otorgar al destinatario, dentro de ciertos límites, la potestad de concluir un contrato en virtud de la aceptación.

Requisitos:

Se extraen los mismos del art. 1148 que expresa: "*Para que haya promesa, ésta debe ser a persona determinada sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos'*", a Saber:

Completividad: Es completa una propuesta, cuando después de la respuesta del destinatario ya no es necesaria ninguna otra declaración de las partes para tener por concluido el contrato o cuando deja ciertos puntos librados al destinatario.

Forma: la oferta debe estar revestida de las formas que la ley exija en su caso para el contrato, un ejemplo de ello es el art. 1811, tales son las donaciones de bienes inmuebles y de prestaciones periódicas y vitalicias mencionadas en el art. 1810 deben ser aceptadas por el donatario en la
misma escritura. Si estuviese ausente, por otra escritura de aceptación.

Intentio iuris: la oferta debe ser efectivizada con intención jurídica, no teniendo valor las declaraciones en broma.

Determinación del destinatario: dirigida o direccionada a persona determinada.

Revocación

Respecto a la posibilidad de ser revocada una oferta, el art. 1150 expresa que: *"las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas"*, es decir que, es posible mientras el destinatario no haya **enviado** su aceptación (art 1154) y no es posible en dos casos: cuando el autor de las ofertas hubiere renunciado a la facultad de retirarlas o se hubiese obligado al hacerlas

a permanecer en ellas hasta una época determinada, según surge del mismo articulo en su última parte.

Caducidad:

Respecto a la caducidad de la oferta deben tenerse en cuenta que se produce a raíz de ciertos acontecimientos que afectan al ofertante y al destinatario, Ejemplo de ello es el art. 1149 referido a los sucesos que acaecen al proponente como el fallecimiento e incapacidad para contratar, antes de saber la aceptación, o al destinatario antes de haber aceptado, y en éste sentido debe tenerse en cuenta lo prescripto en nuestro derecho respecto del momento en que se perfecciona el contrato cual es el envío de la aceptación por el destinatario, receptando nuestro código en el art. 1154 la teoría de la expedición: *"la aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese **mandado** al proponente".*

Es dable recordar que, respecto del perfeccionamiento del consentimiento, es decir en qué momento queda la oferta perfeccionada en cuanto tal, entran en juego cuatro teorías denominadas: de la exteriorización, expedición, recepción y la información, que desde ya aclaro y en línea con el autor que se sigue, el problema tiene interés en los contratos entre ausentes; de las cuales la mayoría de nuestra doctrina sostiene que sólo se recepcionan en nuestro código las teorías referidas a: 1- La expedición: dada en los arts. 1154 y 1149 última parte, respecto de los sucesos de muerte e incapacidad que acaecen al destinatario de la oferta antes de haber **aceptado**, vale un ejemplo la oferta que Juan hace, caduca para pedro cuando le suceden a éste último los acontecimientos mencionados antes de que haya aceptado es decir haya Pedro enviado su aceptación; por lo que, estamos frente a un caso de extinción de la oferta y en éste sentido es interesante rescatar la nota al art. 1149 que dice en un párrafo: …*los herederos de aquel a quien la proposición se ha dirigido, no tienen derecho a aceptar la propuesta con efecto respecto al proponente , porque pueden mediar consideraciones personales al tratarse de un contrato y porque no es lo mismo obligarse, o que se obligue una sola persona , o que sean varias personas las que deban cumplir el contrato.* 2- La información, tambien llamada del conocimiento: dada en el 1155, articulo que contiene el supuesto de la retractación de la aceptación por destinatario, la que es eficaz habiéndose hecho antes de que hubiere llegado a **conocimiento** del oferente; por lo que se advierte en éste supuesto una concesión parcial a favor de la teoría mencionada, que asigna importancia al momento que fija el conocimiento de la otra parte, a demás de imputársele fundamentos de índole práctica, puesto que, en nada perjudica al proponente en sus expectativas e intereses que ignora la conclusión del acuerdo. Luego si la revocación deviene después que ha llegado a conocimiento del mismo el artículo indica el deber de indemnizar.

Tambien se recepciona en el supuesto de caducidad de la oferta respecto del proponente, vale decir se extingue la propuesta cuando los acontecimientos referidos en la norma suceden antes de que se haya informado, tal como surge de la primera parte del art. 1149.: "*la oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere o perdiere su capacidad para contratar. El proponente, antes de haber **sabido** de la aceptación …".*

Lo expresado se relaciona con el tema del tiempo y lugar en la formación del contrato, distinguiéndose los contratos según se concluyan entre presentes y ausentes.

Es entre presentes, cuando se celebren oralmente, uno ubicado frente al otro, la aceptación sin solución de continuidad siga a la oferta, tal como surge del art. 1151: "*La oferta o propuesta hecha verbalmente no se juzgará aceptada si no lo fuese inmediatamente, o si se hubiese hecho por medio de un agente y éste volviese sin una aceptación expresa".*

Es interesante destacar que, la realidad actual muestra una evolución tecnológica en gran escala, haciéndose uso computadoras de alta gama y resolución, lo que incide en la conclusión de contratos en la vida negocial y al constituir éste un medio instantáneo cuando se requiere una

respuesta inmediata, se considera que el mismo es celebrado entre presentes aunque las partes se encuentren en lugares distantes., lo mismo en caso de utilizar vías telefónicas.-
Es entre ausentes, cuando se concluyen por correspondencia o que haya un espacio de tiempo, tal como surge del art, 1147: "*Entre personas ausentes el consentimiento puede manifestarse por medio de agentes o correspondencia epistolar"*
López de Zavalía (ver pags. 210 y sgtes. expone "que lo definitorio es la distancia que media entre ambos contratantes, siendo lo importante la distancia jurídica la que cuenta, a saber si una de las partes se encuentra en el extranjero surgen problemas de derecho internacional privado, de allí que, en la medida que exista una frontera internacional, interprovincial entre ambos contratantes podrá decirse que hay un contrato entre ausentes"

La oferta en la ley de defensa del consumidor

Para los contratos contemplados en la ley 24240 rigen disposiciones por las que se afirman que las ofertas al público, son realmente ofertas, contra las reglas del art. 1148 y 454 del Código de comercio. Esta oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, puede formularse de diferentes modos sea por medio de aparatos electrónicos, por exhibición de mercaderías en vidrieras, estantes, anuncios públicos realizados en volantes o utilizando medios masivos de comunicación masivos.
No implica derogación de lo previsto en el Código Civil sino tan sólo una excepción que requiere ciertos requisitos tal como contener fecha precisa de comienzo y finalización, pudiendo así ser revocada, según surge del art. 7 del texto cuya modificación ha agregado un párrafo en relación a las sanciones que se encuentran previstas en el art. 47 de la ley, respecto de la no efectivización de la oferta. Se recomienda la lectura del art. en análisis.-
Luego, el art. 8, el que no sufriera en virtud de la última reforma ley 26631 modificación alguna quedando intacto refiere a la publicidad, indicando que si se contrata, las precisiones formuladas en los anuncios o prospectos quedan incluidas en el contrato si se contrata, constituyendo éstas precisiones y utilizando el lenguaje del autor López de Zavalía un contenido implícito o cláusula natural, el *Artículo 8 expresa: Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.*

La aceptación

Es un acto jurídico unilateral, constituido por una expresión de voluntad en principio dirigida al oferente y que siendo congruente con la propuesta es apta para cerrar el contrato. Lo mismo que al tratar la naturaleza jurídica de la oferta, se dice que la aceptación es un acto jurídico unilateral.-
Luego el art. 1152 expresa: "*Cualquiera modificación que se hiciere de la oferta al aceptarla importará la propuesta de un nuevo contrato",* y esto es así tanto que la alteración de una cláusula como el agregado de otra dejaría la aceptación de ser congruente. También debe ser dirigida al ofertante y con todos los requisitos comunes a los actos jurídicos.

La contratación electrónica:

Loa arts. 998, 1004 y 1012 son testimonios de que el legislador no ha concebido otro documento que el escrito sobre papel y firmado de puño y letra por los otorgantes; pero hoy se efectúan transacciones a través de cajeros automáticos que entregan dinero sin exigir recibo firmado, las empresas llevan su contabilidad en computadoras, contratos por sumas millonarias se conciertan entre Bs.As., Aires, Londres y Tokio sin intervención inmediata del hombre; ésta es pues la época del documento electrónico, sólo queda en investigar cómo el derecho se prepara para enfrentarla.

Documento electrónico en sentido estricto, es el que queda almacenado en la memoria de la computadora y no puede llegar a conocimiento del hombre sino mediante el empleo de tecnología informática y en sentido amplio el que es procesado por el computador por medio de periféricos de salida y se torna así conocido.-

El derecho no ha confiado siempre ni únicamente en el papel, aún hoy los jueces valoran como prueba los dichos de los testigos. Se le ha reconocido a la escritura ciertas condiciones de durabilidad, inalterabilidad y legibilidad, lo que sumado a la verificabilidad de la firma, el resultado es la confiabilidad. Entonces la pregunta sería ¿cual es frente a éste panorama la situación del documento electrónico y su prueba?. La información contenida en un soporte electrónico si bien puede ser borrada o adulterada, la conservación de copias de resguardo minimizan tales riesgos, como técnicas mas evolucionadas denominadas medios ópticos WORM y el papel digital.

En cuanto a la autenticidad de documento o seguridad de su autoría existen distintas técnicas capaces de otorgar certeza al documento electrónico y ésto se relaciona con su valor probatorio, a saber:

-Empleo de claves identificatorias, ya que son procedimientos que dependen de una combinación de caracteres alfanuméricos que es conocida sólo por el titular y que además puede ser modificada por este fácilmente;

-Identificación del operador por medio de características anatómicas como el iris o fisiológicas como la voz;

-Transmisión de textos en códigos que los convierten en indescifrables para terceras personas .Estas técnicas en vías de desarrollo proporcionan al documento electrónico un grado de certeza mayor que el que otorga hoy el exámen caligráfico a la autenticidad al documento escrito.

Ciertamente la cuestión referida a precisar hoy en relación a cuándo y de qué manera o con qué recaudos se ha de receptarlo entre los instrumentos válidos, es tarea para los legisladores. La Comisión de las Naciones Unidas sobre Ley Comercial Internacional (UNCITRAL) ha reconocido las dificultades de ésta etapa al no aconsejar la negociación de un convenio internacional, a favor de la adecuación de las legislaciones nacionales, así Alemania, USA, Francia, han dictado leyes acerca del valor probatorio de los documentos producidos por la tecnología moderna, Canadá admitió esta posibilidad por medio de la jurisprudencia y en otros países se hallan en proyectos legislativos tendientes a modificar los derechos vigentes para adecuarlos a la nueva realidad.

En Argentina el problema adquiere cierta complejidad pues abarca tanto la legislación de fondo como la procesal . En el Código civil reclaman en especial su revisión los art. 973, 1190 y 1193 entre otros .-

Estos movimientos del pensamiento jurídico han madurado con la ley 25.506, que importa una transformación en el estado de la cuestión en nuestro país; el reconocimiento de la equivalencia entre la firma manuscrita y la firma digital que resulta del atr. 3 en concordancia con el 7 y el 8 establecen una presunción iuris tantum acerca de la autoría e integridad del documento bajo firma digital, autorizan una nueva lectura del texto del art. 1012 del Código civil. Mas aún el art. 11 de la ley hace referencia a que estos documentos firmados digitalmente tengan valor probatorios como tales .-

En la próxima lectura, se transcriben los arts. más relevantes de la **Ley 25.506** sancionada en Noviembre de 2001 y Promulgada de Hecho en Diciembre de 2001, por la que el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, sancionan con fuerza de Ley:

Lectura 3- LEY DE FIRMA DIGITAL

CAPITULO I

Consideraciones generales

ARTICULO 1º *— Objeto. Se reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica en las condiciones que establece la presente ley.*

ARTICULO 2º *— Firma Digital. Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.*

Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes.

ARTICULO 3º *— Del requerimiento de firma. Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia.*

ARTICULO 4º *— Exclusiones. Las disposiciones de esta ley no son aplicables:*

a) A las disposiciones por causa de muerte;

b) A los actos jurídicos del derecho de familia;

c) A los actos personalísimos en general;

d) A los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes.

ARTICULO 5º *— Firma electrónica. Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.*

ARTICULO 6º *— Documento digital. Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.*

ARTICULO 7º *— Presunción de autoría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma.*

ARTICULO 8º *— Presunción de integridad. Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma.*

ARTICULO 9º *— Validez. Una firma digital es válida si cumple con los siguientes requisitos:*

a) Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante;

b) Ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente;

c) Que dicho certificado haya sido emitido o reconocido, según el artículo 16 de la presente, por un certificador licenciado.

ARTICULO 10. *— Remitente. Presunción. Cuando un documento digital sea enviado en forma automática por un dispositivo programado y lleve la firma digital del remitente se presumirá, salvo prueba en contrario, que el documento firmado proviene del remitente.*

ARTICULO 11. *— Original. Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación.*

ARTICULO 12. *— Conservación. La exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, también queda satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados digitalmente, según los procedimientos que determine la reglamentación, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y permitan determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y/o recepción.-*

Las nuevas modalidades de contratación:

El proceso de estandarización de la vida moderna es indicativo de los nuevos procedimientos a fin de llegar a la contratación, lo que se manifiesta en proyectos preordenados y trae como consecuencia la masificación de las operaciones, tales como las condiciones generales de contratación, que se caracterizan por constituir un conjunto de cláusulas que conforman el contenido accesorio del contrato y que las partes añaden, de esa manera las empresas las utilizan atento a ciertas ventajas que proporcionan, tal como la celeridad, la economía y previsión. Estas condiciones son obligatorias cuando son aceptadas por la otra parte y en caso de agregarse condiciones particulares prevalecen éstas sobre aquéllas, asimismo en caso de duda se interpretan a favor de la parte que no intervino en la preordenación y en contra de quien redacta el contrato.

El contrato tipo se refiere a la preordenación de la totalidad de las cláusulas contractuales y lo que se completa son datos variables. Luego tanto los contratos de adhesión como las condiciones generales y tipo son aspectos que puede revestir la contratación a los que invariablemente debe aplicarse siempre el principio de buena fe receptado en el art. 1198 del C. C primera parte. Ver a fin de ampliar la información, F. López de Zavalía en su cap. IV, titulo 2do.-

Extensión de los supuestos comprendidos dentro del concepto de venta domiciliaria y extensión del plazo de arrepentimiento.

El régimen de contratación por el consumidor fuera de los locales comerciales justifica un régimen diferente en cuanto a la prestación del consentimiento del consumidor, en virtud de que éste se encuentra expuesto a modalidades de comercialización más invasivas.

El nuevo art. 32 considera venta domiciliaria a aquella cuya oferta o propuesta de venta es efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor; también se asimila a esta modalidad, los supuestos en que el consumidor concurre al establecimiento del proveedor como consecuencia de una convocatoria de éste a aquél. Para que esta convocatoria tenga la relevancia de ser incluida en este diferente régimen de contratación se requiere que “el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio”.

El art. 33 permanece inalterado refiriéndose a la venta a distancia, por medios telegráficos, postales, mail, telefónicamente, etc.

Es el art.34 –que ahora recibe nueva redacción- el que establece el mentado régimen de contratación: “el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de 10 días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna”.

La facultad de arrepentimiento encuentra fundamento en que el consumidor que asiste por sus propios medios a un local comercial lo hace con cierta definición de lo que necesita, busca y/o desea, lo que supone una reflexión acerca de la conveniencia y mayor predisposición reflexiva frente a los estímulos de venta que recibe; empero cuando es alcanzado fuera en su lugar de

trabajo, su residencia, resulta con mayor exposición y fragilidad a aquellos estímulos que trabajan sobre lo inesperado, lo sorpresivo, lo que explica un plazo de reflexión.
Finalmente, cabe adunar que se mantiene el deber de información de la facultad de arrepentimiento en forma escrita; y que el vendedor debe cargar con los costos de devolución, bastándole al consumidor con poner el bien a disposición de aquél. Respecto de los contratos de adhesión su la necesidad a que los contratos requieran la aprobación de autoridad nacional o provincial se deben tener en cuenta los *Artículo 38 que prescribe: "Contrato de adhesión. Contratos en formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido." Y Artículo 39: " Modificación contratos tipo. Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación".-*

Contratos preparatorios:

Entre los mas nombrados se pueden desarrollar los siguientes:

El PRELIMINAR: Recibe diversas denominaciones tal como: precontrato, antecontrato, promesa de contrato etc, y es usualmente definido como el contrato que obliga a la conclusión de otro y en éste sentido es una concepto que dan autores tanto nacionales a saber: Mosset Iturraspe. Spota , Fontanarrosa como autores extranjeros. En opinión de López de Zavalía afirma que el preliminar es un contrato y perfecto, que puede ser puro o condicional jurídicamente contingente y que regula los intereses de las partes; obliga a la conclusión de otro contrato y conlleva una autolimitación a las libertades de conclusión y de configuración.
Borda en su libro Obligaciones, expresa que los contratos preliminares son distintos a los precontratos, antecontratos o promesas y los presente como incompletos ya sea porque solo hay acuerdo sobre las bases esenciales o bien existe acuerdo sobre todos los puntos y le falta requisitos por ejemplo una promesa de contrato real, en tanto que a los boletos de compraventa son contratos definitivos.-
Un ejemplo típico se encuentran en el denominado boleto de compraventa, a demás de presentar una utilidad práctica importante, el mismo se realiza en instrumento particular o privado, y en éste sentido debe aplicarse el *Art.1185 que prescribe: " Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública."*
Por lo que es considerada una obligación de hacer escritura pública tal como lo expresa el Art.1187.- *"La obligación de que habla el artículo 1185 será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses."*
Los autores mencionados adhieren a diferentes posturas respecto de la cuestión, vale decir: López de Zavalía es formalista por cuanto sostiene que el boleto es un preliminar bilateral válido con prestaciones recíprocas y una compraventa nula por defecto de forma, en tanto Borda, pertenece a la corriente de los aformalistas.-

A continuación, ilustro el tema con el modelo de un boleto de compraventa, puesto que en una de sus cláusulas las partes se obligan a escriturar e insertan sanciones en caso de no cumplimentar con la escritura traslativa de dominio:

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UN DEPARTAMENTO

Entre el Señor . . . . . , en representación de la empresa constructora , en adelante denominado «el vendedor' por una parte y por la otra la señora . . . . . quien acredita identidad con . . . . . Nº . . . . . , en adelante llamada «la compradora», convienen en celebrar el presente boleto de compra-venta, sujeto a las siguientes cláusulas y condiciones: - - - - -
PRIMERO: El vendedor vende al comprador y ésta adquiere un departamento de exclusiva propiedad del vendedor identificado como unidad de vivienda letra . . . . del piso . . . . del edificio ubicado en la calle . . . . . Nº . . . . . de la ciudad de . . . . . , ya construido. - - - - -
SEGUNDO : La venta se efectúa bajo el régimen de la ley de propiedad horizontal 13.512 y sus decretos reglamentarios, quedando comprendidas en esta venta la parte proporcional del terreno y las cosas comunes del edificio que corresponden por aplicación de la referida ley. - - - - -
TERCERO: La unidad motivo del presente está determinada por el plano de edificación y sus detalles se especifican en el pliego de condiciones, los cuales firmados por la contratante forman parte del presente.
CUARTO: Los títulos del inmueble son perfectos y los de la unidad también lo serán. La unidad objeto del presente deberá escriturarse a favor de la compradora, libre de toda clase de gravámenes y deudas. Dicha escritura será otorgada por ante el escribano que designe el vendedor, dentro del plazo de . . . . . días contados a partir de la fecha de la firma del presente contrato. - - - - -
QUINTO: El vendedor otorga en este acto a la compradora la posesión material, real y legal de la unidad con todos los impuestos y gastos por expensas pagadas al día de la fecha; siendo desde este momento estos y otros gastos que produzca la unidad a cargo de la compradora. - - - - -
SEXTO: El vendedor se reserva el derecho de rescindir esta venta en los siguientes casos: a) Si el comprador una vez citado fehacientemente para suscribir la escritura traslativa de dominio no concurriera. b) Si dentro del plazo fijado no cumple con el pago de las cuotas en que se divide el precio de venta. c) Si en caso de fallecimiento o incapacidad de la compradora, los herederos o representantes legales de la misma no decidan hacerse cargo de sus obligaciones dentro de los . . . . . días del suceso que dio lugar al mismo. En el caso de que los herederos deseen continuar la compra-venta deberán unificar la personería dentro del mismo plazo. En todos los casos rigen las mismas penalidades, perdiendo el comprador el . . . . . % de las sumas entregadas en concepto de indemnización debiendo el comprador entregar la unidad desocupada sin que proceda recurso judicial o extrajudicial alguno, pudiendo el vendedor disponer de la unidad y enajenar a terceros la misma. - - - - -
SEPTIMO: Este boleto podrá ser transferido o vendido o cedido siempre que al nuevo comprador no se le pueda objetar condiciones de tipo moral, debiendo éste aceptar todas y cada una de las partes que contiene este boleto y con conocimiento de la vendedora. En caso de duda con respecto a las condiciones morales, el vendedor se podrá negar a dar la autorización, sin expresión de causa, la que será irrecurrible. - - - -
OCTAVO: Todas las cuotas a que se hace referencia este boleto serán documentadas y abonadas por el comprador en el domicilio del vendedor o en el que éste indique posteriormente de forma fehaciente. - -
NOVENO: El vendedor se reserva el derecho de designar administrador de la propiedad, hasta la entrega de la escritura traslativa de dominio y hasta el momento en que se vendan todas las unidades. A tal fin la compradora le concede mandato irrevocable. - - - - -
DECIMO: El precio de la venta de1a unidad se fija en la suma de pesos . . . . . ($ . . . . . .) realizando la presente compra la compradora de que el precio de venta como condición sine

quanon es fijo, definitivo e inamovible. - - - - -
UNDECIMO: El comprador abonará dicho precio de la siguiente forma: a) La suma de pesos . . . . . ($ . . . . .) se paga en este acto, en dinero en efectivo, a cuenta de precio y sirviendo el presente de único y válido recibo. b) La suma de pesos . . . . . ($ . . . . .) será pagado por la compradora a los . . . . . días de la firma del presente contrato; y c) El .saldo de pesos . . . . . ($ . . . . .) será abonado en cuotas mensuales iguales y consecutivas de pesos . . . . . ($ . . . . .) cada. una y comenzan a abonarse a partir del día . . . . . del mes de . . . . . del corriente año, incluidos intereses y cuotas mensuales iguales y consecutivas de pesos . . . . . ($ . . . . .) incluido el interés del . . . . . % mensual sobre saldo que se aplica a las mismas. - - - - -
DECIMO TERCERO: Las partes acuerdan que someten todas las cuestiones referentes al presente contrato a los Tribunales Ordinarios del Departamento Judicial de . . . . . , renunciando a todo otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponderles. Asimismo las partes constituyen los siguientes domicilios especiales y legales; la vendedora en la calle . . . . . Nº . . . . . , de esta ciudad y la compradora en la calle . . . . . Nº . . . . . , también de esta ciudad, donde se considerarán válidas todas los notificaciones, intimaciones y emplazamientos judiciales o extrajudiciales que se hagan las partes o el escribano interviniente. - - - - -
En la ciudad de . . . . . , a los . . . . . días del mes de . . . . . de 2 . . . , se firman . . . . . ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto. - - - - -

FIRMAS.-

El NORMATIVO es aquel que no obliga a contratar, sino que obliga, en caso de contratar a hacerlo con un determinado contenido. por ejemplo el contrato colectivo de trabajo al que deben ajustarse las contrataciones individuales, es decir no se limita la libertad de conclusión pero si la de configuración.

EL PACTO DE PRELACION: encuentra su aplicación a modo de ejemplo en el pacto de preferencia en el contrato de compraventa, según los arts. 1368, 1392 y ss del C.C que es un supuesto de otorgamiento de prelación, obliga al comprador en caso de querer vender la cosa, a concluir el contrato con el vendedor. Prescribe el *Art.1368.- "Pacto de preferencia", es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, prefiriéndolo a cualquier otro por el tanto, en caso de querer el comprador venderla.* Luego *Art.1392.- La venta con pacto de preferencia no da derecho al vendedor para recuperar la cosa vendida, sino cuando el comprador quisiere venderla o darla en pago, y no cuando la enajenase por otros contratos, o constituyese sobre ella derechos reales.* Por último, los plazos en que puede ejercerse éste derecho según el *Art.1393 expresa: " El vendedor está obligado a ejercer su derecho de preferencia dentro de tres días, si la cosa fuere mueble, después que el comprador le hubiese hecho saber la oferta que tenga por ella, bajo pena de perder su derecho si en ese tiempo no lo ejerciese. Si fuere cosa inmueble, después de diez días bajo la misma pena. En ambos casos está obligado a pagar el precio que el comprador hubiere encontrado, o más o menos si hubieren pactado algo sobre el precio. Está obligado también a satisfacer cualesquiera otras ventajas que el comprador hubiere encontrado, y si no las pudiese satisfacer, queda sin efecto el pacto de preferencia.* Otros efecto de éste pacto se encuentran en el *Art.1394,* en cuanto dice*:"El comprador queda obligado a hacer saber al vendedor el precio y las ventajas que se le ofrezcan por la cosa, pudiendo al efecto hacer la intimación judicial; y si la vendiese sin avisarle al vendedor, la venta será válida; pero debe indemnizar a éste todo perjuicio que le resultare. " Y Art.1396.- "El derecho adquirido por el pacto de preferencia no puede cederse ni pasa a los herederos del vendedor.".-*

Lectura 4- Responsabilidad Precontractual:

NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La responsabilidad precontractual se encuentra ubicada en el iter de formación de la relación jurídica contractual y en este sentido se puede hacer un breve recorrido por las distintas teorías que constituyeron un antecedente importante en nuestro derecho:

Teoría de Hering:

Precursor de la responsabilidad precontractual. Planteó el tema de la culpa in contrahendo, que sería la responsabilidad en la que pueden incurrir las partes en el período de formación del consentimiento contractual. Este período lo ubica a partir de la formulación de la oferta. Para dicho autor tiene que haber existido oferta y las meras tratativas anteriores a la promesa de contrato, no son susceptibles de originar responsabilidad.

Teoría de Fagella:

Rechaza la tesis de la culpa in contrahendo y sostiene que la responsabilidad precontractual comprende todo el período previo a la conclusión del contrato, al cual divide en dos etapas 1) comprende las tratativas realizadas antes de emitirse la oferta y 2) comienza con la emisión de la oferta y termina con la conclusión del contrato o la cesación definitiva de las negociaciones.
Brebbia, Roberto, un autor que realiza una exposición altamente completa al referirse a este tema, precisa que la incorporación de la primera etapa a la teoría de la responsabilidad precontractual es el verdadero aporte de la tesis de Fagella. Dicho tratadista distingue en la primera etapa dos momentos diferentes:
El de las negociaciones preliminares o tratativas propiamente dichas.
El que tiene por objeto concretar la oferta definitiva.
Encontramos otras como la de TESIS DE SALEILLES que acepta el fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual propiciado por Fagella, agregando que las partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato deben actuar en la medida de la equidad comercial.
Luego, la doctrina mundial se ha dividido, de tal forma que los autores asumen sobre la responsabilidad precontractual, que se trata de responsabilidad contractual y otros que se tratan de responsabilidad extracontractual.

Respecto a la responsabilidad precontractual, ha sido explicada de diferentes modos: a saber:
La teoría de la culpa in contrayendo de Ihering (autor alemán) no es adecuada para nuestro derecho pero, dice López de Zavalía, esto no significa una crítica sino que no se escribió teniendo en cuenta nuestra legislación. En nuestro Derecho el sistema es distinto, no se habla de culpa contractual porque nuestro Art. 1056 deriva una culpa extracontractual.
Los principio de la culpa extracontractual: es decir, derivándola de la existencia de un delito o de un cuasidelito. Esta propuesta ha sido criticada porque no sirve para explicar la responsabilidad por extinción de la oferta, pues no hay acto ilícito en la revocación de la oferta al caducar la misma.
La teoría de la obligación legal: Es necesario el texto de una ley que imponga el deber. López expresa que no debería descartarse puesto que algunos casos, al no encuadrarlos genéricamente en las previsiones de la ley, sólo serán procedentes si existe un texto legal, como sucede en nuestro derecho respecto de la caducidad de la oferta por fallecimiento o incapacidad sobreviviente.
La teoría del abuso del derecho receptado en el Art. 1071. Spota es un autor que la ha defendido.
No obstante no es posible explicar todos los casos. López sostiene que la noción misma dista mucho de ser clara.

La teoría de la buena fe: El éxito de ella dependerá de la forma en que este principio es recogido en cada legislación concreta. Nuestro Art. 1198 la impone en la celebración de los contratos, pero ello no implica derogar otras disposiciones; dice el autor que es necesario conectarlo con el espíritu de toda una legislación, a fin de señalar algunas pautas que delimiten su contenido.
La teoría de la declaración unilateral de voluntad: Se presenta como insuficiente para explicar la responsabilidad precontractual durante las tratativas, época en la que no existe todavía una declaración de voluntad; esta teoría es sostenida por Brebbia en su libro "*Responsabilidad precontractual".-*

DERECHO POSITIVO ARGENTINO

Hay que distinguir diferentes situaciones: en el período de tratativas se encuentra su fundamento en la culpa aquiliana, que constituye el factor subjetivo de atribución en la regla consagrada en el art. 1109 del C.C., según la cual todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio y debe tenerse en cuenta el principio de buena fe, cuando prescribe que los contratantes deben celebrarse de buena fe, de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron obrando con cuidado y previsión (Art. 1198 del C.C.). Si bien se debe asegurar la libertad para negociar y salvaguardar los propios intereses de quienes intervienen en ellas, al mismo tiempo corresponde exigir que dicho contacto se lleve a cabo conforme con pautas de comportamiento leal y correcto, a fin de impedir que cualquiera de ellas sufra un menoscabo innecesario.
El autor Aparicio expone en su libro un concepto de buena fe, distinguiendo dos manifestaciones: la subjetiva, que consiste en una actitud de conciencia que radica en al ignorancia de perjudicar un interés ajeno tutelado por el derecho y la objetiva, que se traduce en un deber de ajustar el comportamiento a exigencias de honestidad, rectitud, lealtad, corrección y probidad.
La doctrina ha individualizado una serie de deberes que sirven de pautas para determinar si un comportamiento transgrede estos parámetros, tales como el deber se secreto, que consiste en no revelar hechos atinentes a la esfera patrimonial o personal del otro contratante cuando toma conocimiento de ellos a causa de una tratativa; el deber de conservación, es decir, mantener las cosas que se reciben con motivo de las tratativas, de modo tal de poder restituirlas tal cual se entregaron en caso de no concluirse el contrato. El deber de información merece un tratamiento especial ya que impone a las partes de las tratativas exponer con claridad el alcance de sus pretensiones.
Una segunda etapa del período previo de formación del contrato, en el que puede originarse una responsabilidad precontractual, es el que se abre cuando se formula una oferta; en oportunidad de tratar el tema revocación, se analizó el Art. 1150, luego, quien la revoca o retracta tiene que indemnizar los daños que su actitud cause al destinatario, quien ignorándolo acepta y realiza gastos, tal como lo dispone el art. 1156*: "la parte que hubiere aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte o incapacidad sobreviviente y , que a consecuencia de su aceptación hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho a reclamar pérdidas e intereses".*
También se encuentran los supuestos de nulidad de contrato, por falta de aptitud del objeto, el cual se trata en el art. *1172: "**Son nulos los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas como existentes, cuando éstas aún no existan**, o hubieren dejado de existir; y el que hubiese prometido tales cosas indemnizará el daño que causare a la otra parte."* El supuesto de venta de cosa ajena, según el *Art.1329: "Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fe, debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que **le resultasen de la anulación del contrato, si éste hubiese ignorado que la cosa era ajena.** El vendedor después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa. Si el comprador sabía que la cosa era ajena, no*

podrá pedir la restitución del precio." El supuesto de falta de legitimación, según el *Art.1161: "Ninguno puede contratar a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación.* ***El contratos celebrado a nombre de otro, de quien no se tenga autorización o representación legal, es de ningún valor, y no obliga ni al que lo hizo****. El contrato valdrá si el tercero lo ratificase expresamente o ejecutase el contrato."*
En los supuestos de los Arts. 935 , 942, 943 se consagra la responsabilidad del autor del dolo o de la violencia por los daños que puede causar la nulidad del contrato y, en éste sentido, el fundamento está dado por el art. 1056: "*Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas"* Al respecto, López de Zavalía concluye que en nuestro derecho no se duda de la naturaleza extracontractual que reviste la responsabilidad precontractual, aunque se discrepe sobre su fundamento.

Derecho a la información

Si bien la reforma modifica las exigencias de la información en cuanto suprime en su Art. 4 los caracteres de objetividad y veracidad, no es significativa respecto al marcado reconocimiento de este derecho otorgado por nuestra Constitución en su art. 42. También la nueva versión alude a la obligación de manifestar las condiciones contractuales bajo las que se ofrece y formaliza el negocio, además de las circunstancias relativas a la prestación en sí, condiciones económicas y jurídicas de acceso.
Respecto a las sanciones emergentes de la violación de ese deber de informar, no hay mayores avances. No obstante permanecen la normas que aluden a la invalidez del negocio según párrafo 3 del art. 37, sumándose a ello las sanciones previstas en relación a solicitar la invalidez por violación de la información en las operaciones de crédito con fines de consumo, tal es la falta de consignación de la tasa de interés efectiva anual según art. 36 modificado por la ley. Es necesario la lectura del Art. 37 ya que advierte sobre la configuración de la responsabilidad precontractual que hemos desarrollado: *"En caso en que el oferente viole el deber de buena fe, en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario."*

Acentuación del deber de información en las operaciones de crédito al consumo

El nuevo art. 36 impone un deber de información calificado a todo aquel que confiera un crédito con fines de consumo. De este modo se desprenden las siguientes consideraciones:

1.- Qué se debe informar:
a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios.
b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios.
c) El importe a desembolsar inicialmente –de existir- y el monto financiado.
d) La tasa de interés efectiva anual.
e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total.
f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses.
g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar.
h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

2.- Cómo debe proporcionarse la información: En forma escrita en el documento correspondiente.
3.- Qué sanción corresponde: "Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario." Si lo que se omite es informar la tasa efectiva anual, ello "determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato."
4.- Conexión de los efectos del contrato de financiación y de consumo: "La eficacia del contrato en que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado."
La materia del crédito al consumo exige herramientas jurídicas que nuestro ordenamiento no presenta; constituyendo ésta una oportunidad legislativa perdida para avanzar en una protección eficaz frente al crédito al consumo. Entre ellas se encuentra la comunicación de efectos de los actos jurídicos que se emparentan frente a un mismo fin: el contrato de adquisición de bienes y el acto de financiación, generalmente otorgado por un tercero; lo que no es otra cosa que permitirle al consumidor oponer, en su beneficio, los efectos de un contrato a otro; de modo que no se frustre su intención primigenia que es acceder a un consumo, mediante financiación. La vida separada de ambas operaciones perjudica al consumidor beneficiando exclusivamente a alguno de los dos proveedores, de bienes o de crédito, injustificadamente. Así, la norma comentada incorpora la idea, pero sólo parcialmente, condicionando el contrato principal de acceso al consumo, a la efectiva dación del crédito. Empero, no previó que ante un defecto de la cosa que la convierta en inútil para su destino, el consumidor pueda resolver también el contrato de crédito, quedando unido a una financiación que quedó sin objeto.

Respecto al daño Resarcible, éste se relaciona con el denominado interés negativo o de confianza, en contraposición al interés positivo o de cumplimiento, que constituye el objeto de indemnización en los supuestos de responsabilidad contractual. El interés positivo tiene por base la validez del contrato y comprende todo lo que una de las partes obtendría si el contrato se cumple y el interés negativo, por su lado, supone la nulidad o el no perfeccionamiento de un contrato, consiste en la situación en que una de las partes se encontraría, si esa negociación fracasada no hubiese acaecido. En la primera hipótesis, el daño se deriva del incumplimiento de un contrato válido, en la segunda del hecho de haber confiado en la validez o en el perfeccionamiento del contrato.

A continuación se transcribe un fallo paradigmático en relación al tema de la responsabilidad pre – contractual, desarrollado a fin de ayudar a la comprensión del texto:

1.- Si las partes subordinaron el contrato a una forma determinada, la que no llegó a cumplirse por falta de acuerdo sobre la declaración común de voluntad, no existe contrato, aun cuando se hayan realizado prestaciones recíprocas, si ***éstas pueden juzgarse normales en el estado en que se encontraban las relaciones de las partes.***

1.- La ruptura intempestiva de las tratativas impone el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, en el que cabe incluir los sueldos e indemnizaciones pagadas a empleados tomados para cumplir ese contrato.

2- Cada posición constituye una afirmación por parte del ponente y hace prueba contra quien la formula.

3.- En las acciones resarcitorias, las costas integran la indemnización.

CNCOM SALA B, Sep 16-953 LITVAK C /OLIVETTI ARGENTINA (S.A)

1ª Instancia.- *Buenos Aires, agosto 13 de 1952.*

a) Se presenta por apoderado Adolfo Litvak demandando a Olivetti Argentina (S.A. Com. e Ind.) por cobro de la suma de $540.163, o la que en más o en menos resulte de las pruebas a producirse, con intereses y las costas del juicio. Acciona en concepto de incumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios. Expresa que el 30 de noviembre de 1947 el gerente de la demandada, doctor Forti le comunica el despido. Inmediatamente le propuso designarlo agente de la empresa en Villa María (Córdoba) o en Salta. Ante la observación de que no contaba con capital suficiente el propio gerente le propuso las bases del arreglo. Serviría de capital inicial el importe de las indemnizaciones que percibiera por las leyes 11.729 (1) y 12.921, y Olivetti Argentina se comprometía a facilitarle en consignación alrededor de 50 máquinas de escribir, sumar, calcular, cajas registradoras, etc., sin que tuviera la obligación de pagarlas en los plazos corrientes y habituales, y seguiría facilitando mercaderías en la medida que fuera necesitándolo el ritmo de venta de la nueva agencia. Olivetti Argentina saldría fiadora del local indispensable para la instalación de la agencia. Se garantizaba la exclusividad de representación y ventas en una amplia zona. Finalmente el doctor Forti ofreció conseguirle por su intermedio representaciones de otras casas y marcas muy acreditadas que le terminarían de facilitar su instalación con perspectivas muy favorables de éxito. Aceptada en principio tan halagüeña oferta, eligió la zona Salta y entró en tratos para conseguir un local. Comunicado esto al Doctor Forti manifestóle éste su complacencia, dándole órdenes para que lo alquilara con objeto de instalar la nueva agencia a nombre y cargo del actor. El 12 de enero de 1948 se formalizó el contrato de locación del local. Se fijó un alquiler mensual de $2.300 el primer año y $2.400 los 3 años restantes, o sea los cuatro de duración del contrato. El doctor Forti en representación de la demandada suscribió el contrato como fiadora. Una vez arrendado el local el doctor Forti le consiguió nuevas representaciones. Obtuvo que firmas como "Marelli", "Copimex" y "Bianchi" se dispusieran a comerciar o a ser representada por la nueva organización y aun a remitir mercaderías en consignación. Así se constituyó Iguazú Comercial Argentina, de propiedad de Adolfo Litvak para desarrollar sus actividades de "representantes-agentes- distribuidores" en la zona norte del país, especialmente y en primer término de Olivetti Argentina (S.A. Com. e Ind.).Contaba especialmente con el carácter de representante en la zona de dicha firma y con su apoyo financiero amplio para el desarrollo de sus actividades iniciales, sin cuya existencia, ni por el capital del que disponía, ni por la calidad e importancia de las restantes representaciones comerciales que había obtenido por su cuenta, se hallaba en condiciones para afrontar un giro comercial nuevo. Expresa más adelante que concertado el acuerdo con Olivetti el contrato quedaba perfectamente concluido con las obligaciones emergentes para ambas partes. Así el actor se había comprometido a: 1) constituir en Salta una organización con todos los requisitos legales que fueran menester; 2) colocar como capital inicial el importe de las indemnizaciones y comisiones que le correspondía recibir de Olivetti; 3) representar a Olivetti Argentina en Salta y regiones limítrofes, y 4) representar otras firmas importantes de plaza con anuencia de Olivetti.

Por su parte Olivetti Argentina se comprometía: 1) a reconocer a la organización comercial que pudiera fundar Litvak cono agente en la zona de Salta con dependencia de la sucursal de Tucumán; 2) presta a la nueve empresa apoyo financiero en caso necesario; 3) Salir de fiadora del local por 4 años; 4) abonar la indemnización legal y comisiones impagas a Litvak, así cono un importe extra que se imputaría a diferencias de indemnización y liquidación; 5) entregar en consignación desde un primer momento maquinarias con grandes facilidades de pago y plazos especiales; 6) entregar en lo sucesivo nuevos stocks de máquinas en consignación en las condiciones habituales y de acuerdo con las disponibilidades de la casa.

Expresa que con las prestaciones y contraprestaciones indicadas quedaba configurado un contrato de agencia o representación, con sus modalidades particulares propias. Se decidió que una vez en Salta le sería remitido el contrato correspondiente que le reconociera la condición de agente. Contratado el personal competente, Litvak se traslado a Salta en enero de 1948 en compañía de sus colaboradores. Una vez allí se prosiguieron las tareas de instalación. El 19 de febrero se celebró un contrato con los representantes en Salta de "Scientifies Electronics Service" para el armado, limpieza y compostura de toda maquinaria que se comercializaría por intermedio de Iguazú Comercial Argentina. En el mes de marzo comenzó la vida comercial de Iguazú. Con esto había dado cumplimiento a las obligaciones contractuales que había pactado con Olivetti. Esta había dado principio de ejecución al contrato cumpliendo parte de las que se había comprometido: 1) había prestado su apoyo a la nueva empresa facilitando la obtención de representaciones comerciales como Marelli, Copimex, Bianchi, etc.; 2) había solicitado ser fiadora del contrato de locación en enero 12 de 1948; 3) había abonado el 16 de enero de 1948 la indemnización legal y comisiones pendientes y un suplemento extra; 4) remitió el 17 de febrero de 1948 una partida de máquinas de escribir, sumar, y una caja registradora en consignación. Por todo ello, el actor, a pesar de no haber recibido el contrato de agencia, no creyó que la falta de ese documento fuera un inconveniente grave. Por ello, el 19 de febrero reiteró el pedido de mercadería para formar un "stock" sin obtener contestación.

En marzo sucedieron una serie de hechos que le hicieron pensar al actor que algo inesperado sucedía. Primero la gerencia de Tucumán le reclamaba por telegrama la devolución de la caja registradora remitida, que pese a informarle que se hallaba en tratos de venta, le fue reiterada la orden de devolución. Luego un pedido de informes de la agencia "Dum" sobre los componentes y actividades de la firma. Seguido de la presencia en Salta de gerente de la sucursal Tucumán para hacer averiguaciones y pedir informes sobre Iguazú. Ante un requerimiento del actor expresó que obraba en tal forma, respetando directivas que se le impusieran desde la casa central. El 9 de marzo de 1948 recibió de la sucursal Tucumán dos telegramas colacionados que transcribe. Uno requiriéndole la devolución perentoria de las máquinas y mercaderías remitidas en consignación. El otro diciéndole que se dirigiera a Buenos Aires, para conversar con el Doctor Forti.

Devolvió la mercadería, y llegado a Buenos Aires, el Doctor Forti le comunico sin otra explicación que había resuelto retirarle la representación por convenirle así a la casa. Después de comentar la situación que este preceder de la demandada creaba al actor, expresa que es justo que se les reclamen los daños y perjuicios que ha producido por su culpa.

Estos daños los imputa a cuatro rubros: 1) Inversiones y Gastos: imputa a este rubro un déficit de $13.161,48 entre el capital invertido y el saldo final, que arroja el cierre de los libros de Iguazú Comercial Argentina al 2 de agosto de 1948 a raíz de la paralización de su gestión

comercial. Agrega $2.000 en concepto de gastos realizados que no figuran contabilizados en libros. 2) Indemnización al personal contratado: Habiendo tenido que disponer la cesantía de sus empleados Díaz Bouza y Ortuño, éstos han iniciado acción ante los tribunales del trabajo reclamando en conjunto $ 62.899,60 a lo cual debe agregarse un 20% en concepto de costas por lo cual suma reclamada por este concepto llega a la cantidad de $75.599,52. 3) Contrato de locación: Habiendo firmado el contrato de locación y abonado 2 meses, adeuda 10 mensualidades del primer año y 36 correspondiente hasta el vencimiento del contrato. Asciende esta suma a $109.400. 4) Lucro Cesante: Expresa que éste rubro a consistido principalmente en las utilidades que hubieran podido realizarse con la gestión comercial de Iguazú Comercial Argentina, sin la imposibilidad de hecho originada en la ilógica y perjudicial actitud de Olivetti que acarreó la paralización de todas sus actividades. Después de enumerar las representaciones comerciales obtenidas y de comentar el alcance que hubiera podido obtener las operaciones comerciales, hace una apreciación de las utilidades dejadas de percibir durante los 4 años de duración del contrato y las estima en $340.000, o la mayor o menor que resulte de la prueba a producirse.

Funda su derecho en el libro I, tít. I, cap. I y libro II, títs. I y II y correlativos y concs. del cód. de com., y disposiciones suplementarias y concordantes del cód. civil, especialmente sección 1ª del libro segundo. Solicita se haga lugar a la demanda, con interese y costas.

b) Corrido el traslado de ley es evacuado por Olivetti Argentina (S.A. Com. e Ind.) que por intermedio de apoderado niega todos los hechos que no reconozca expresamente en el curso de su contestación. Comentado el contrato a que hace referencia el actor expresa que de haberse celebrado en las condiciones indicadas la Olivetti en lugar de ser se habría trocado en una sociedad de beneficencia. Que el contrato invocado por el actor no existió jamás, pues de no ser así habría sido respetado por su mandante. Es cierto que Litvak trabajo bajó las ordenes de su representada, que prescindió de sus servicios el 29 de septiembre de 1947. Se le liquidaron los haberes pendientes y las indemnizaciones legales. En esa oportunidad el actor solicitó ayuda para establecerse en el interior del país. Esta no le fue negada y se concretó en la garantía prestada por la casa Olivetti al contrato de arrendamiento que el actor celebraba con la Sociedad Inmobiliaria del Norte (Soc. de Resp. Ltda.) del local situado en la calle Zuviría 48/62 de la ciudad de Salta y además en la promesa de entregarle en consignación algunas máquinas de escribir y calcular a fin de que incluyeran esos renglones entre los artículos de cuya venta se ocuparía. Señalando las contradicciones en que incurre el actor, hace notar la que surge del hecho de fincar todas las esperanzas en la venta de los artículos de la Olivetti, cuando la actividad comercial abarcaba renglones pertenecientes a otras casas comerciales más importantes como la Marelli, Cycles Motor, Peabody. Por ello, aun suponiendo que las supuestas relaciones comerciales con la Olivetti una vez iniciadas se interrumpieran bruscamente por causas imputables a ésta, ese hecho no podía en ningún concepto ocasionar el derrumbe de una empresa. Expresa además que si el apoyo de Olivetti tenía el carácter que le atribuye el actor, debía ser tenida al corriente de las tareas preliminares de organización, especialmente en lo que se refiere al personal.

Poniéndose en la situación hipotética de que hubiera existido el contrato con el actor, tampoco en ese supuesto tendría derecho a ser indemnizado, por haber obrado con absoluta mala fe y deslealtad. Este proceder deriva del hecho de haber contratado el actor como empleados de su casa a dos ex-empleados de la Olivetti, Díaz Bouza y Ortuño que fueron despedidos en el año 1947 y cuyas relaciones con la casa empleadora ya poco amistosas antes y después del despido se volvieron más tirantes a raíz del juicio que le entablaran. Por si la vida de Iguazú dependía exclusivamente del contrato con la Olivetti, hubiera sido un deber primordial del actor consultar a aquélla antes de contratar a estos empleados.

Agrega que cuando su mandante se enteró del personal designado, en salvaguardia de su prestigio le retiró a Litvak las máquinas que tenía en consignación. Con esto no infringió ninguna cláusula contractual, dado que no estaba vinculada con ninguna obligación.

Refiriéndose a los daños y perjuicios expresa que en el hipotético caso de que la Olivetti debiera resarcir daños y perjuicios, sólo se comprenderán los que fuesen consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación (Art. 520, cód. civil). De acuerdo con ello, solamente sería responsable de las consecuencias perjudiciales inmediatas que hubiera acarreado el retiro de las pocas máquinas dadas en consignación al actor. Comentando los otros daños reclamados, por las razones que enuncia, expresa que corresponde su rechazo. Agrega, además, que en el caso hipotético de que su instituyente fuera considerada responsable de los daños que alega haber sufrido el actor, deberán ser ampliamente probados, negando su parte en la extensión que de los mismos se formula en la demanda, como también el monto que se reclama. Solicita el rechazo de la demanda, con costas.

Considerando: 1º - De la relación precedente resulta que la parte actora alega la existencia de un contrato de agencia celebrado con la demandada. Esta niega esta circunstancia. Corresponde, por consiguiente, determinar si existió esa vinculación.

No cabe duda alguna de que el documento en que se fijaban las obligaciones de las partes no fue firmado. Ello resulta de las propias manifestaciones del actor, vertidas en su escrito de demanda. Expresa allí no haber recibido el prometido contrato de agencia, el que fue reclamado por notas de febrero 4 y 19 de 1948.

A pesar de ello ¿hay otros hechos que puedan considerarse como principio de prueba por escrito que acrediten su existencia?

Dos hechos hay de la demandada cuyo significado debe desentrañarse. Son ellos el haberse constituido fiadora del contrato de locación celebrado por el actor para instalarse en Salta y el haberse enviado mercaderías en consignación. Estos hechos aparecen reconocidos en la contestación de la demanda. Además el envío de las máquinas resulta de la declaración del testigo Wurmlinger que fuera gerente de la sucursal Tucumán.

¿Importan ellos el principio de prueba por escrito? ¿O bien implican un principio de cumplimiento del contrato por parte de la demandada?

Parecerían significar lo segundo. Pero, cualquiera sea el significado que se les asigne, el actor no ha probado en ninguna forma cuáles eran las cláusulas del contrato por él invocado. En la carta de febrero 4 de 1948 pide el envío del contrato que establece las condiciones y su designación de agente en la provincia.

Además, estos hechos no se pueden tomar aislados, sino que es necesario vincularlos con el acto jurídico, contrato de agencia, con el que estarían vinculados.

El contrato de agencia es algo más que el simple envío de mercaderías en consignación por la casa matriz. Importa una serie de directivas para la venta de las mismas, fijación de precios, delimitación de la zona de ventas, rendición de cuentas.

En esas condiciones tales actos no son ni un principio de prueba por escrito ni un cumplimiento parcial de contrato. En realidad, nos encontramos frente a las tratativas previas al "in idem placitum consensus" del "vinculum iuris".

La situación de las partes ha sido la que se reconoce en el cap. 5º del alegato de la parte demandada.

El doctor Forti, gerente de la casa Olivetti, ofrece a Litvak designarlo agente de dicha casa en la ciudad de Salta. Acepta éste, se traslada al lugar, alquila el local, cuyo contrato es afianzado por aquél. Recibe algunas mercaderías en consignación. Es presentado por el mismo doctor Forti a algunas casas importantes de comercio. Y cuando se le iba a enviar a Litvak el respectivo contrato de agencia con todas sus cláusulas, al enterarse que con él trabajaban dos ex –empleados de la casa, Díaz Bouza y Ortuño, la casa Olivetti no firma ni envía el contrato y ordena el retiro de las mercaderías enviadas. ¿Hubo incumplimiento de contrato por parte de la demandada? No, porque como se ha expresado precedentemente no hubo contrato, ya que las partes no se pusieron de acuerdo sobre todos y cada uno de los puntos que lo constituían. Ahora bien; esta negativa a contratar ¿ha engendrado responsabilidad para la demandada?

2º- La pregunta precedente nos pone frente al problema, no legislado especialmente en nuestro derecho de la responsabilidad precontractual.

La solución nos la da la clásica teoría de Faggella, expuesta en su monografía "Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed escatta costruzione scientifica", publicada en "Studi giuridici in onore di Carlo Fadda", t. 3, ps. 271 a 342.

Las tratativas de la Olivetti se encontraban en el tercer período a que hace referencia este autor (op. cit. p. 278, núm. 9), o sea aquél en que "la voluntad de cierra sobre una propuesta concreta y se determina a liberarla y formularla, pero la proposición se mantiene aún en el ámbito de la subjetividad del proponente, sin comunicación exterior y sin la consiguiente posibilidad de encuentro con el destinatario". Ello resulta del proyecto de contrato de fs. 437/39 que fuera remitido a la sucursal Tucumán para que lo firmara Litvak.

Esta labor precontractual no llegó a ninguno de los tres resultados a que se refiere este autor (p. 299, núm. 31): conclusión del contrato; concretación y comunicación de la propuesta elaborada; o el desacuerdo, o sea un éxito negativo. Por el contrario hubo una ruptura previa a cualquiera de estas soluciones, lo que importa la violación del tácito acuerdo precontractual que tiende a alcanzar alguno de esos resultados y convierte en arbitraria e intempestiva la ruptura (p.300).

Que de los actos realizados por ambas partes, que se han puntualizado precedentemente, resulta que ha habido el mutuo acuerdo para las labores preparatorias antecontractuales a que se refiere el autor citado en la p.303.

La ruptura intempestiva de las tratativas origina una obligación de resarcimiento. Este resarcimiento se limita a los gastos efectivamente realizados con motivo de las tratativas y al costo real del trabajo preparatorio precontractual (op. cit., p. 304).

Establecida precedentemente la obligación de resarcir de la casa Olivetti, veamos en el considerando siguiente cuáles de los daños invocados por el actor encuadran en la norma fijada.

3º- El actor en el cap. 3º de su demanda entre los daños indemnizables involucra el rubro inversiones y gastos, que el balance final de liquidación hace ascender en concepto de déficit a la suma de $18.163,48. Los peritos contadores establecen que esa suma es el reflejo de las operaciones contabilizadas de acuerdo con su respectiva documentación. Además no corresponde hacer mayores consideraciones sobre este importe, que es expresamente aceptado en su alegato por la demandada como daño. Además la parte actora involucra en este capitulo la suma de $2.000 en concepto de gastos realmente realizados y que no figuran contabilizados. Considero aceptable la suma que puede haberse invertido en traslado, hospedaje, etc., y dejo fijado su monto al juramento estimatorio del actor.

En cuanto a las obligaciones emergentes del contrato de locación y costas del juicio de desalojo también entran dentro de los daños que son a cargo de la demandada y su monto asciende, según la liquidación que de ellos se hace a fs. 524, a la suma de $13.552.

Las indemnizaciones correspondientes al despido del personal contratado y el lucro cesante, no presentan la condición de gastos de tratativas ni de trabajo preparatorio precontractual, por cuyo motivo su resarcimiento no corresponde al demandado.

4º- Antes de concluir corresponde puntualizar la altura con que los profesionales de ambas partes han expuesto sus respectivos puntos de vista con relación a la cuestión debatida, ya que sin valerse de ningún subterfugio procesal han permitido la perfecta dilucidación de todos los puntos en litigio.

Por ello (art. 16, cód. civ.), aplicación analógica de los arts. 512, 1156 y 1172 del cód. civil y doctrina expuesta en las notas insertas en J.A., t.46, p.975; t.75, p. 71 y 1943-II, p. 503 (1), fallo haciendo lugar a la demanda en la proporción que surge de los precedentes considerandos y, en consecuencia, condeno a Olivetti Argentina (S.A. com. e Ind.) a abonar a Adolfo Litvak dentro del plazo de 10 días la suma de $27.715,48 con más la que el actor jure adeudársele hasta $2.000 y sus intereses a estilo de los que cobra el Banco de la Nación Argentina a contar desde el día de la notificación de la demanda. Las costas se declaran por su orden y las comunes por mitad atento la naturaleza de la cuestión debatida y la proporción en que prospera la demanda.- Juan L. Páez.- Ante mí: Luis H. Díaz

***2ª Instancia**.- Buenos Aires, setiembre 16 de 1953.- 1ª ¿Es nula la sentencia apelada? 2ª Caso contrario, ¿es ajustada a derecho?*

1ª cuestión.- El doctor Sierra dijo:

El accionante expresa brevemente a fs. 574 que motiva el recurso de nulidad el hecho de que la sentencia no se funda ni en el texto expreso de la ley ni en principios generales que emanen de nuestro derecho y porque considera el caso como precontrato siendo un contrato.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 237 del cód. de proced., los motivos que autorizan el recurso que se examina pueden ser de forma o de procedimiento, según que la sentencia aparezca dictada con violación de los recaudos extrínsecos y solemnidades prescriptas al efecto, o se haya omitido alguno de los requisitos que deben preceder a su pronunciamiento, como garantía de los derechos esenciales de los litigantes.

En el sub júdice no se concreta ninguna situación susceptible de ser comprendida en cualquiera de esos enunciados, pues todas las circunstancias mencionadas se refieren, en último análisis, al grado de la solución impuesta por el juzgado, como consecuencia de los eventuales errores de apreciación que se le imputan.

En tales condiciones, es cuestión resuelta en la jurisprudencia de todos los tribunales de esta capital, que no cabe fundamentar la nulidad total o parcial de un fallo que, teniendo su reparación en el recurso de apelación, como en el sub júdice, no causa agravio irreparable. Por ello, voto negativamente.

Por análogas razones los doctores Serrano y Salgado adhirieron al voto anterior.

2ª cuestión.- El doctor Sierra dijo:

Procede establecer, acerca del objeto de este juicio, en apretada síntesis, ya que la minuciosa y exacta relación de antecedentes enunciados en los respectivos resultados del fallo de fs. 543 excluye la necesidad de nuevas referencias sobre el particular, que Adolfo Litvak persigue el cobro de la suma de $504.163, o la que en más o en menos resulte de la prueba a producirse con intereses y costas en concepto de incumplimiento del contrato e indemnización de daños y perjuicios por la ruptura del contrato de agencia o de representación en la ciudad de Salta; la sentencia, que hace lugar en parte a la acción, es recurrida por las partes, que mantienen sus recursos mediante los escritos de fs. 570 y 587.

Se agravian las partes contra la conclusiones del consid. 1º de la sentencia en el cual, después de estudiar la vinculación que hubo entre ellas, no acepta que haya existido un contrato de agencia, sino que se realizaron negociaciones tendientes a la eventual celebración de un contrato.

Las partes admiten que han efectuado negocios comerciales entre ellas, aun cuando discrepan acerca de la naturaleza jurídica del vínculo concertado al efecto. En autos no existe una prueba preconstituida del contrato alegado, por lo cual ambos tienden a buscar la interpretación de la "voluntad común", en cuanto pueda servir para fijar los hechos controvertidos con arreglo a la posición que han adoptado en el transcurso del juicio, dentro de las constancias de sus libros de comercio, la correspondencia reciproca y pruebas de confesión y de testigos rendidas en el pleito, además de todos los documentos que conceptúan conducentes, como elementos complementarios, para esclarecer el presente caso.

Ante la incertidumbre que deriva de la circunstancia de que habiendo omitido las partes fijar en forma instrumental sus respectivos derechos y deberes y mediando disconformidad entre las mismas acerca de las condiciones que pactaran verbalmente para regular las relaciones concretas a que entienden hallarse subordinadas, corresponde determinar con arreglo a los elementos de juicio que obran en los autos, las modalidades del negocio jurídico concertado entre ellas.

Conceptúo que la dilucidación del punto esencial y en el que radican los motivos de las diferencias expuestas en los correspondientes escritos, no ofrecen mayores dificultades si se lo encara con arreglo a los principios generales que regulan el régimen de la prueba y se condiciona la interpretación de la conducta de las partes al modo común de preceder entre personas normales y razonables en las prácticas y usos mercantiles, que se infiere del enunciado del inc. 6º, art. 218 del cód. de com., cuando falta una demostración clara y precisa de la intención común. En concordancia con esta apreciación considero oportuno destacar que, según lo reconoce el propio accionante en su escrito de demanda, el respectivo contrato no fue firmado, no obstante sus reclamos de fs. 80, 81/2, ratificada por la pericia contable de fs. 437.

Este hecho, unido a lo que la demandada manifiesta, implica que las partes, no obstante la libertad de contratar, subordinaron la existencia del contrato a una forma determinada, la cual no llegó a cumplirse, porque no se habían puesto de acuerdo sobre la declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos (art. 1137, cód. civil).

"Mientras esta coincidencia no existe, enseña Siburu, t. 4, p. 8, el contrato tampoco existirá, porque siendo la voluntad de las partes, no la disposición del legislador, la que regula las relaciones contractuales, mientras falte el acuerdo completo, falta el ánimo de obligar que es esencial".

El accionante no ha traído al juicio ningún elemento probatorio que se refiera al texto del contrato, que según ambos lo reconocen, se estaba gestionando.

Se afirma por el agraviado que existió un contrato innominado, concluido, con posteriores prestaciones recíprocas, un contrato que se revela en todas las pruebas y lo confirman los telegramas de fs. 352 y 353; pero los hechos que de esos telegramas se desprenden, devolución de la mercadería enviada en consignación y llamado a Buenos Aires "para conversar", no pueden concedérseles un alcance tan amplio; estos actos deben considerarse normales en el estado en que aún se encontraban las relaciones de las partes: tratativas para confirmar el contrato en el que estaban interesadas.

El constituirse en fiadora solidaria de la locación y remitir máquinas en consignación, hechos que están reconocidos, comportan a juicio del agraviado, el segundo motivo para recurrir el fallo; estos hechos como lo afirma el juez a quo, no pueden tomarse aislados, sino que es necesario relacionarlos con el acto jurídico, contrato de agencia, con el que estarían vinculados, el que importa algo más que el simple envío de mercaderías en consignación y fianza para el local en que se instalaría la proyectada agencia.

¿Cuáles serían los derechos y obligaciones de los contratantes en la vinculación jurídica que alega el accionante? Las pruebas traídas al juicio por éste no permiten ni siquiera suponerlos.

En tal situación estimo injustificados los agravios del accionante contra esta parte del fallo. Considerando que los de la demandada, deben seguir igual suerte.

Si bien nuestra legislación no contempla la responsabilidad precontractual, como lo reconoce la demandada, el juzgador no puede negarse a fallar por ningún concepto, ni aun alegando el silencio u obscuridad de la ley (art. 61, cód. de proced.), pues en tal caso se debe recurrir a los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso (Fernández "Cód. de proced. Comentado", p. 135, nota 111, ed. 1942).

En cuanto al segundo argumento: que no se puede considerar a la parte demandada responsable de la intempestiva ruptura de las tratativas, es igualmente improcedente. El gerente general de la demandada, Antonio Forti al absolver a fs. 292 las posiciones 27 y 28 del pliego de fs. 288, reconoce que ordenó al gerente de la sucursal Tucumán viajara a Salta para obtener informes del personal que tenía Litvak en su negocio y que si entre ellos estaba Díaz Bouza le retirara todas las máquinas y todo contacto comercial, reiterando la orden al recibir el informe.

La prueba analizada permite formular la conclusión como lo hace el fallo, de que la demandada es responsable de la ruptura intempestiva de las tratativas y como consecuencia, la obligación de resarcir los daños y perjuicios que tal hecho ha ocasionado al accionante.

Como una consecuencia de ello, corresponde hacer lugar a la acción de daños y perjuicios deducida y hasta cubrir el monto debidamente comprobado en autos. Sobre el particular expresan agravias actor y demandado. El primero en cuanto no se satisfacen en su totalidad sus pretensiones; el segundo pidiendo el rechazo de los que no reconoce expresamente.

El actor reclama como consecuencia del incumplimiento en cuestión: a) inversiones y gastos; b) indemnizaciones del personal contratado; c) obligaciones del contrato de locación, y d) lucro cesante.

La demandada que solicita la revocatoria de la sentencia en todas sus partes, no expresa agravios contra los que integran el rubro a) y en subsidio, solicita se reforme la sentencia, reduciendo a sólo $13.163,48 la suma que debería pagar al actor. En consecuencia, existe consentimiento con esta parte del fallo, que hace innecesario un pronunciamiento al respecto.

Indemnizaciones al personal despedido. El actor se alza contra el fallo en la parte que se considera, que rechaza el daño que se pretende por ese concepto de $56.960,34 por estimarse que el mismo no presenta la condición de gasto de tratativa, ni de trabajo preparatorio precontractual.

Estimo que son fundados los agravios contra esta parte de la sentencia. Conforme con la teoría de Faggella que el juez a quo adopta en su fallo, la responsabilidad por el ejercicio del "jus revocandi" involucre el reconocimiento de estos gastos. "La propuesta representa para el destinatario, mediante la aprehensión que él haga, un valor jurídico y económico y ese valor comprende: lo que la propuesta vale con relación a la formación del derecho contractual, el importe de los gastos y del trabajo en que el destinatario ha incurrido en las negociaciones en la elaboración de la propuesta; cuanto el destinatario ha empleado en gastos y en trabajos para conservarla, preparar el nacimiento, la vitalidad y la existencia del derecho contractual"; según lo anota el doctor Alberto G. Spota, en J.A., t. 46 p.975.

El pago de los sueldos y las indemnizaciones por el despido de los empleados tomados por el actor, a cuyo derecho se ha hecho lugar por la justicia laboral, como surge de los respectivos expedientes agregados como prueba, estimo que deben comprenderse dentro de los gastos efectivamente ocurridos con motivo de las "tratativas" y como son consecuencia de la revocación corresponde hacer lugar a los mismos.

Respecto a los daños provenientes de las obligaciones del contrato de locación, ambas partes se agravian contra la decisión del sentenciador que fija su monto, según la liquidación de fs. 524, en $13.552; el accionante pretende que el mismo se eleve a $109.400, pues no habiendo rescisión, pesa sobre él esa obligación, no obstante estar afianzada por la firma Olivetti Argentina (S.A. Com. e Ind.); ésta a su vez, se alza contra el pronunciamiento de fs. 543 porque la prueba de esos gastos y pagos no ha sido traída a los autos por el accionante, a cuyo cargo estaba su demostración. No coincido con ninguna de estas tres tesis.

"Es a cargo de quien lo alegue la prueba de la existencia del hecho en que se funda el derecho cuyo reconocimiento se pretende o que impida su constitución o modifique o extinga un derecho existente", expresa el doctor Alsina en su "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", t.2, p.101, núm.14.

¿Las pruebas de los daños provenientes de las obligaciones del contrato de locación, han sido aportadas por Adolfo Litvak? A mi juicio no.

Es de notar ante todo, que no se ha traído por éste la demostración de ningún acto concreto del que trasciendan los daños alegados, por el contrario, del expediente "Siden Soc. de Resp. Ltda. C. Litvak, Adolfo s./ desalojo" que tramitó por ante el juzgado de paz letrado nùm. 14, a fs. 45, 2º punto, pide se le intime a la fiadora (la sociedad Olivetti) presente el último recibo de alquiler que se halle en su poder y acompañando el corriente a fs. 49 por el mes de julio de 1948, en la audiencia de fs. 52 del 14 de diciembre de 1948, las partes de común acuerdo se allanan a la demanda y la actora queda autorizada "para que sin más trámite proceda a ocupar el local que motiva el juicio y a cuyos efectos entregará las llaves correspondientes del citado local dentro del plazo de 24 horas en la mesa de entradas del juzgado", lo cual se hace el 15 del mismo mes y año y se entrega a fs. 56 vta., dejando a salvo sus derechos para accionar contra el demandado y la fiadora por los meses que adeudan, y los que sigan hasta la finalización del contrato o se alquile nuevamente el local.

Como tal acción no ha sido puesta en ejercicio, dejando a salvo los derechos y acciones de Adolfo Litvak para el caso que ello ocurra, no corresponde reconocer esos daños en la extensión que se pretende.

La demandada al poner las posiciones del pliego de fs. 483 del accionante, en su posición 7ª, expresa "que como es cierto que el absolvente pagó a la "Siden, Soc. Inmobiliaria del Norte (Soc. de Resp. Ldta.), propietaria del local ubicado en el ciudad de Salta (calle Zuviría 48/62), los alquileres correspondiente a los meses de febrero y marzo de 1948 y que, excepción hecha de los pagos aludidos, no abonó a la referenciada sociedad locadora ninguna otra suma bajo ningún concepto"; contestando el absolvente que "es cierto".

"Cada posición constituye la afirmación de un hecho por parte del ponente, enseña Alsina, t. 2, p. 257, núm. 23, b) y sabido es que las preguntas del pliego forman prueba contra la parte que las formula" (Rev. LA LEY, t. 62, p. 820 y jurisprudencia citada en nota) y la demandada al formular la mencionada posición ha reconocido que el accionante ha pagado los alquileres correspondientes a los meses de febrero y marzo de 1948, y como consecuencia, que la acción debe prosperar en este concepto por la suma de $4.600.

Por último, las partes se alzan contra la sentencia en cuanto imponen las costas en el orden causado; el actor, porque a pesar de declararse la culpa de la demandada en la ruptura del contrato, su inconducta y capricho acreditado, recibe el premio de las costas por su orden y

éste, por entender que, dado el enorme "plus petitio" en que se ha incurrido, se ha hecho pasible de las costas.

En el sub judice se acciona por incumplimiento del contrato e indemnización de daños y perjuicios que se estiman en $540.163, "o lo que en más o menos resulte de las pruebas a producirse" y si bien los mismo no se reconocen sino una mínima parte con relación a los que se reclaman, es de tener en cuenta dos situaciones: 1) que la divergencia entre las partes surge de la interpretación encontrada sobre la relación jurídica que las vinculó y que en casos de esta índole, no es posible decidir con exactitud que la parte accionante carezca en absoluto de fundamento en la tesis que sustenta, a menos que fuera sensiblemente reñida con nociones elementales de derecho, demostrativa de una manifiesta negligencia e informarse del grado de razón que le asistiera en sus pretensiones, que evidentemente no es el caso de autos, y 2) que tratándose de una demanda por cobro de daños y perjuicios, cuyo reclamo ha sido desconocido en su totalidad y formando las costas parte de la indemnización, su imposición debe hacerse efectiva sobre el demandado (Alsina, "Tratado teórico práctico de derecho procesal", t. 2, p. 754, núm. 9, c) pero en la proporción que establece el art. 8º de la ley 14.170 y decreto 34.331-45, ratificado por ley 12.921.

Por estas consideraciones estimo que debe modificarse la sentencia de fs. 543 en la extensión de los considerandos precedentes, con las costas a cargo de la demandada en ambas instancias (arts. 221 y 274, cód. de proced.).

Por análogas razones los doctores Serrano y Salgado adhirieron al voto anterior.

Por los fundamentos del acuerdo que precede, desestimándose el recurso de nulidad se modifica la sentencia apelada en la extensión de los considerandos precedentes e imponiendo las costas del juicio a la parte demandada en ambas instancias.

-Roberto J. Sierra.- Jorge M. Serrano.- Emilio Salgado.- Ante mí: Julio A. Victorica.-

Lectura 5- LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS CONTRATOS

Se recordará que la **capacidad de hecho** es la aptitud para actuar por sí, de obrar, de ejercicio; por otra parte, encontramos la descripción de los incapaces absolutos en el art. 54 del C.C. "*Tienen incapacidad absoluta: 1ro. Las personas por nacer; 2do. Los menores impúberes; 3ro. Los dementes; 4to. Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; 5to. Derogado por la ley 17.711."* Y los relativos quedaron reducidos al supuesto del *Art.55: "Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar."* Las limitaciones en relación a los emancipados se encuentran en los supuestos de los *Art.134. "Los emancipados no pueden ni con autorización judicial: 1ro. Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; 2do. Hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito; 3ro. Afianzar obligaciones." Y Art.135: "Los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración; para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad."*

Asimismo se debe tener en cuenta que según el C. C, el menor de dieciocho años adquiere capacidad para celebrar contrato de trabajo según el art. 128 e independientemente de la edad si ha obtenido un título habilitante adquiere, capacidad para el ejercicio de su profesión conformando un patrimonio propio, que podrá administrar y disponer libremente. López de Zavalía, en el cap. III, título 1ero., realiza una interesante exposición en relación a la temática, puesto que agrupa en dos categorías de capaces: los relativos por detracción incluyendo a los inhabilitados del art. 152 bis y los condenados del art. 12 del Código Penal; los relativos por adición tales son los emancipados por matrimonio y por habilitación de edad.

La capacidad jurídica de derecho o de goce consiste en la aptitud para ser titular de un derecho; López expresa que es una aptitud genérica y admite una real incapacidad, cuando una persona en razón de ciertas calidades se vea privada in abstracto del goce de un derecho. Se encuentran incapacidades referidas a ciertos derechos, como el caso del art. 1361 inc. 1, en tanto prohíbe a los padres comprar bienes de sus hijos y en este sentido habla de incompatibilidades que a veces se presentan como límites al poder de representación (como el caso del art. 1361 inc. 4) o bien un límite al poder de disposición (como el caso del art. 1358, por el cual el contrato de compraventa no puede tener lugar entre marido y mujer) o bien 1359 la prohibición de tutores, curadores o padres de vender bienes propios a los que están bajo la guarda o patria potestad.

Se encuentran además ciertos supuestos que tienen una naturaleza jurídica discutida, es decir, si es de hecho o de derecho, como son los religiosos profesos y los comerciantes fallidos. Se recomienda la lectura de los mismos, en el título cuarto.

Es dable destacar otros ejemplos de Incapacidades por ejemplo en el contrato de Cesión:

INCAPACIDAD DE HECHO

En cuanto a la incapacidad de hecho, se aplican también las reglas relativas a los contratos de compraventa y de donación, según sea la cesión onerosa o gratuita pero, VÉLEZ ha creído preciso consignar algunas reglas especiales:

a) Con relación a los menores emancipados, el art. 1440: que ellos no pueden, sin expresa autorización judicial, ceder inscripciones de la deuda pública nacional o provincial, acciones de

compañías de comercio o industria, y créditos que pasen de quinientos pesos. Después de la reforma del art. 135 debe entenderse que esta prohibición sólo se refiere a los títulos, acciones y créditos adquiridos por el emancipado a título gratuito.

Se ha discutido si la autorización de enajenar hasta quinientos pesos se refiere únicamente a los créditos o si también comprende los títulos de renta y las acciones En este sentido Borda entiende que dicha autorización se refiere sólo a los créditos, pero la cuestión tiene un interés práctico mínimo en razón de que el límite legal hace irrisorio el contenido de dicho derecho.

b) Los padres no pueden ceder las inscripciones de las deudas públicas que están a nombre de sus hijos menores, sin expresa autorización judicial (art. 1451)

c) En todos los casos en que se les prohíbe vender a los tutores, curadores o administradores, albaceas y mandatarios, les es prohibido hacer cesiones (art. 1452) También esta es una disposición inútil, ya que bastaba con lo dispuesto en el art. Art. 1435.

d) Finalmente, el Art. 1450 dispone que el marido no puede ceder las inscripciones de la deuda pública nacional o provincial, inscripta a nombre de su mujer, sin consentimiento de ella y del juez del lugar si fuere menor. Esta disposición se refería a un sistema legal en el que el marido era el administrador legal de los bienes de su mujer. Después de la sanción de la ley 17711 el marido no puede administrar ni disponer de los bienes de su mujer sin mandato expreso o tácito conferido por ella. Por lo tanto, esta disposición del art. 1450 ya está fuera de vigencia.

Los actos celebrados por los incapaces de hecho adolecen de nulidad simplemente relativa y son por tanto confirmables, cuando los otorgantes llegan a la mayoría de edad o por otro motivo cesan las causas de la incapacidad.

INCAPACIDADES DE DERECHO

PRINCIPIO GENERAL Y REGLAS ESPECIALES.

También aquí se aplican las reglas de la compraventa si la cesión fuere onerosa (arts. 1439 y 1441) y las de la donación, si fuere gratuita (Art_1437). En este título se incluyen algunas disposiciones especiales tales como:

a) Administradores de establecimientos públicos o privados: No se puede hacer cesión a los administradores de establecimientos públicos, de corporaciones civiles o religiosas, de créditos contra esos establecimientos (art. 1442).

Es bueno evitar una colisión de intereses entre el establecimiento o corporación y sus administradores, conflicto del que no pueden sino resultar perjuicios para la persona jurídica.

b) Mandatarios: Tampoco pueden los administradores particulares, mandatarios o comisionados, ser cesionarios de créditos de sus mandantes o comitentes (art. 1442). Lo que la ley busca es impedir que el mandatario que ha sido encargado de enajenar un crédito por cuenta del mandante, lo adquiera para sí. Es una prohibición correlativa a la contenida en el art. 1361, inc. 4º, sobre el contrato de compraventa.

Pero no hay inconveniente en que el mandatario resulte cesionario, si ha sido autorizado expresamente para ello por el mandante y mucho menos si el mandante le hace cesión expresa y directa del crédito, según expresa el autor Borda en su exposición.

c) Abogados y procuradores: no pueden ser cesionarios de acciones, cualquiera sea su naturaleza, deducidas en los procesos en que ejercieren o hubieren ejercido sus oficios (art. 1442). Esta prohibición es correlativa a la contenida en el art. 1361, inc. 6º, pero a diferencia de éste, que habla de litigios y la presente disposición se refiere a procesos.

La prohibición alcanza a toda clase de asuntos judiciales, sean o no de naturaleza contenciosa o litigiosa.
Y se ha resuelto con razón, que la prohibición alcanza no solamente a los que tengan título habilitante de abogado o procurador sino también a quien ejerce legalmente esa representación, como ocurre en el caso de quien, sin tener tales títulos, representa mediante una carta-poder a uno de los acreedores en la convocatoria del deudor.
En opinión de Borda, la prohibición no impide a los abogados convertirse en cesionarios de sus clientes antes de entablar la demanda, como tampoco impide la validez de la cesión hecha en favor del abogado o procurador del derecho a cobrar las costas.

Por último, es necesario tener presente que la prohibición se refiere a acciones ya instauradas, no a derechos que tuvieren carácter dudoso, con respecto a los cuales no rige la prohibición mientras no se hubiere deducido la demanda, expresa el autor.

d) Funcionarios de la administración de justicia. A todos los funcionarios de la administración de justicia les está prohibido ser cesionarios de acciones judiciales de cualquier naturaleza que fuesen de la competencia del juzgado o tribunal en el que sirviesen (Art. 1442).

En lo que atañe al carácter de la nulidad de los actos realizados por incapaces de derecho, es aplicable lo dicho con relación a la compraventa; la solución varía en los distintos supuestos.

Legitimación:
López de Zavalía en su cap. III, título 3ero, se refiere al término de legitimación definiéndola como una categoría en la que se engloban una serie de situaciones y considera como aptitud concreta, lo cual es necesario poner en relación al sujeto con el sujeto y con el objeto para lograr la regularidad de un negocio.
Hay casos de poder de negociación que se producen cuando un sujeto concluye un negocio en nombre de otro, para ello es preciso que el sujete se encuentre autorizado, es decir, que tenga poder y por lo tanto legitime la actuación del representante.
También se debe tener en cuenta el poder de disposición en relación al objeto, por lo tanto, se analiza la relación entre la parte sustancial y el verus dominus del bien del que se trata.

Respecto a la sanción de los contratos celebrados por incapaces se deben analizar los siguientes artículos:

Art. *1164. "El derecho de alegar la nulidad de los contratos, hechos por personas incapaces, sólo corresponde al incapaz, sus representantes o sucesores, a los terceros interesados, y al Ministerio de Menores, cuando la incapacidad fuere absoluta, y no a la parte que tenía capacidad para contratar."*

Art.1165. "Declarada la nulidad de los contratos, la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado, o el reembolso de lo que hubiere pagado, o gastado, salvo si probase que existe lo que dio, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz."

Art.1166. "Si el incapaz hubiese procedido con dolo para inducir a la otra parte a contratar, ni él, ni sus representantes o sucesores tendrán derecho para anular el contrato, a no ser que el incapaz fuere menor, o el dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad." Los que sientan la regla general y sus excepciones.

Sustitución de las partes:

López de Zavalía expresa que el estudio de la teoría de la Representación debió emanciparse de la del mandato, porque corresponde a la parte general del derecho, sostiene además que abarca la representación directa como la indirecta. La directa a su vez debe distinguirse entre la acción y el efecto. Acción: Significa formular una declaración en nombre de otro y el efecto representativo consiste en que lo declarado por el representante vale como si lo hubiera sido por el representado, es decir, se trata de un contrato, el representante aparece en el momento de contratar y luego desaparece dejando al representado como si él mismo hubiese actuado.
Luego, no basta que se haya cumplido con una actuación representativa sino que es necesaria la existencia de una particular forma de legitimación, que puede existir antes del acto, tal el caso de encontrarse autorizado, depender de la suerte del acto, tal es el caso de la doctrina de Art.*1906: "No se consideran traspasados los límites del mandato, cuando ha sido cumplido de una manera más ventajosa que la señalada por éste",* o advenir después del acto, cuando asume la forma de ratificación, ésta suple la autorización previa. Luego, la representación directa pasiva consiste también en la acción que implica recibir una declaración en nombre de otro y la conducta del representante se imputa a otro; en la activa el representante es autor de una declaración en la pasiva es receptor de ella.
La representación indirecta se distingue de la directa por la forma de actuación y los efectos, el representante indirecto actúa declarando en nombre propio y según el art. 1929 un mandatario puede contratar en su propio nombre o en mandante, es decir, si contrata en nombre de mandante actúa como representante directo, si la declaración la hace en nombre propio se coloca en la posición de representante indirecto y al no darse una separación entre la parte formal y sustancial falta en realidad la base para hablar de una acción representativa indirecta, en cuanto al efecto representativo reposan en cabeza del representante y sólo llegan al representado por vía subrogatoria. Por su parte, en la forma directa los efectos derivados del contrato se producen en cabeza del representado, expresa literalmente el autor.

ORIGEN:
La relación de representación puede provenir del representado o directamente de la ley, la especie fáctica de la voluntaria la constituye el mandato; la legal se diferencia de la necesaria porque se origina en la intervención del representado y en la ley tal es la representación procesal y de la judicial la que nace de una providencia del juez, caso en que la ley prevé el nombramiento de curadores especiales. También se habla de una representación orgánica apropósito de las personas jurídicas.
El apoderamiento constituye un negocio jurídico unilateral dirigido a los terceros, por el cual se autoriza a actuar en nombre y por cuenta del poderdante. El mandato regla las relaciones internas entre las partes, o sea mandante y mandatario, y éste en su actuación ante terceros puede o no representar al mandante; mientras el mandato crea una relación bilateral interna y causada, el poder constituye un negocio unilateral externa: dirigida hacia afuera y abstracta, que vive y produce efectos prescindiendo del cual sea su causa fuente.

Es necesario comentar que nuestro C C. A. , omitió el tratamiento autónomo de la representación y confundió en numerosos artículos el título referido al contrato de mandato con el poder, según expresa el reconocido autor Mosset Iturraspe y en este sentido basta con dar lectura sólo al concepto que surge del Art.18*69: "El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza." y* su referencia a las representaciones *del* Art.1870: "*Las disposiciones de este título son aplicables:*

1 - A las representaciones necesarias, y a las representaciones de los que por su oficio público deben representar determinadas clases de personas, o determinadas clases de bienes, en todo lo que no se oponga a las leyes especiales sobre ellas;

2 - A las representaciones de las corporaciones y de los establecimientos de utilidad pública;

3 - A las representaciones por administraciones o liquidaciones de sociedades, en los casos que así se determine en este Código y en el Código de Comercio;

4 - A las representaciones por personas dependientes, como los hijos de familia en relación a sus padres, el sirviente en relación a su patrón, el aprendiz en relación a su maestro, el militar en relación a su superior, las cuales serán juzgadas por las disposiciones de este título, cuando no supusiesen necesariamente un contrato entre el representante y el representado;

5 - A las representaciones por gestores oficiosos;

6 - A las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del Código de Procedimientos;

7 - A las representaciones por albaceas testamentarios o dativos".

Efectos: Los terceros con quienes pretendan contratar los representantes, pueden exigirles la justificación de sus facultades con la presentación del poder (art. 1938) y si se encuentra otorgado por instrumento privado tienen derecho de exigir la entrega de la pieza original donde conste el mandato o poder, según lo prescripto por el (art. 1939); esta comunicación se denomina "*contemplatio domini".*

Respecto a la forma requerida para conclusión del negocio, el poder debe ser otorgado con las mismas solemnidades requeridas para el mismo, según el art. 1184 inc. 7 del Código civil.

Luego, cuando se contrata en nombre del representado, el apoderado no queda obligado personalmente, siempre que haya contratado de conformidad al poder o, en caso contrario, haya ratificado el contrato el poderdante, según lo prescribe el art. 1930; entonces el poder fija las facultades recibidas y más allá de las mismas no existe representación. Por tal motivo el negocio celebrado no obliga al representado, como indican los siguientes artículos:

Art. 1931 "*Cuando contratase en nombre del mandante, pasando los límites del mandato, y el mandante no ratificare el contrato, será éste nulo, si la parte con quien contrató el mandatario conoce los poderes dados por el mandante."*

Art.193: "En el caso del artículo anterior, sólo quedará obligado para con la parte con quien contrató, si por escrito se obligó por sí mismo, o se obligó a presentar la ratificación del mandante."

Art.193: "Quedará sin embargo personalmente obligado, y podrá ser demandado por el cumplimiento del contrato o por indemnización de pérdidas e intereses, si la parte con quien contrató no conocía los poderes dados por el mandante."

Pero el mandante podrá ratificar lo actuado y en tal supuesto quedará vinculado por el negocio celebrado en su nombre, según lo prescriben los arts. 1935 y 1936 (recomiendo su lectura).

También se puede destacar otro supuesto: cuando el representante viola el poder obrando en disconformidad con las instrucciones recibidas, constituye un caso de exceso. Distinta es la hipótesis del abuso del poder que se da cuando el representante actúa dentro de los términos de la procuración, pero fuera de los límites de sus poderes. Al respecto, expresa la nota del art. 1934: "*Por ejemplo cuando el poder autoriza para tomar prestados mil pesos y el mandatario después de haberlos tomado de Pedro, toma otros mil de Juan, sin que éste tuviese conocimiento del primer préstamo, el mandante es obligado tanto a Pedro como a Juan ",* es decir ha habido representación en ambos casos quedando obligado el representado sin perjuicio de su derecho a exigirle al representante la reparación del daño causado por el desempeño abusivo del cargo. Lo planteado está regulado por el último artículo mencionado*: "Un acto respecto de terceros se juzgará ejecutado en los límites del mandato, cuando entra en los términos de la procuración, aun cuando el mandatario hubiere en realidad excedido el límite de sus poderes" y* por el art. 1904, en cuanto prescribe la obligación del mandatario a responder por los daños y perjuicios que se ocasionaren al mandante, por la inejecución total o parcial del mandato.

Representación sin poder: distintos supuestos

Puede existir una representación no atribuida por el interesado, ni por la ley, ni por el juez, sino espontáneamente asumida por quien se encarga de la gestión de negocios ajenos, lo cual surge de los arts 2288 concordantes y siguientes del C.C.; vale decir en forma sintética que el gestor o gerente se propone hacer un negocio de otro obligándolo eventualmente y cuando el negocio ha sido conducido útilmente o iniciado, continuado y concluido, empleando la mayor diligencia , el dueño del negocio queda sometido a las obligaciones que la ejecución del mandato impone al mandatario, con lo cual se revelan los efectos propios de la representación.

Art. 1161:"*ninguno puede contratar a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación. El contrato celebrado a nombre de otro, de quien no se tenga autorización o representación legal, es de ningún valor, y no obliga ni al que lo hizo. El contrato valdrá si el tercero lo ratificase expresamente o ejecutase el contrato"*

Art.1162: "La ratificación hecha por el tercero a cuyo nombre, o en cuyo interés se hubiese contratado, tiene el mismo efecto que la autorización previa, y le da derecho para exigir el cumplimiento del contratos."

Estos artículos se refieren a supuestos de quien contrata a nombre y por cuenta de otro, sin tener su representación. Es el denominado contrato por terceros. Parte de la doctrina opina que se tratan también de supuestos de representación sin poder.

Lectura 6-Sujeto, objeto y forma de los contratos

MÓDULO 2- ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

Unidad 4

OBJETO

Al tratar el tema, el autor que seguimos en su cap. N. III, título 2do, nos explica que el Art. en general a tener en cuenta es el 953 referido a todos los actos jurídicos y a que el objeto inmediato de los contratos está constituido por las relaciones jurídicas y los derechos sobre los que incide ya sea que los crea, modifica, transfiere o extingue. Estas relaciones tienen un objeto mediato que, a su vez, puede distinguirse en objeto directo e indirecto.

Si se tiene en cuenta la terminología del C. Civil, sólo se refiere al objeto mediato, esto es, al objeto del derecho, manifestándose en la prestación, por ejemplo, en los siguientes artículos:

Arts. 1167: *"Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren, rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos."*

Art.1168: "Toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligación de hacer, sea que consista en la obligación de dar alguna cosa; y en este último caso, sea que se trate de una cosa presente, o de una cosa futura, sea que se trate de la propiedad, del uso, o de la posesión de la cosa."

Arts. *Art.1169: "La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria."*

Sólo excepcionalmente se refiere al inmediato cuando aborda los derechos, según consta en el art. *Art.1175: "No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares."*

Los caracteres más importantes a tener en cuanta son la idoneidad, la posibilidad material y jurídica, la determinación, el valor patrimonial, la existencia; desarrollados en el capítulo respectivo. Al respecto, recomiendo la lectura atenta de los siguientes artículos, a fin de ayudar a la comprensión de algunas de las notas más sobresalientes en este tema:

Art.1170: "Las cosas objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse."

Art.1171: "La cantidad se reputa determinable cuando su determinación se deja al arbitrio de tercero; pero si el tercero no quisiere, no pudiere, o no llegare a determinarla, el juez podrá hacerlo por sí, o por medio de peritos si fuese necesario, a fin de que se cumpla la convención."

Art.1172: "Son nulos los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas como existentes, cuando éstas aún no existan, o hubieren dejado de existir; y el que hubiese prometido tales cosas indemnizará el daño que causare a la otra parte."

Art.1173: "Cuando las cosas futuras fueren objeto de los contratos, la promesa de entregarlos está subordinada al hecho, 'si llegase a existir', salvo si los contratos fuesen aleatorios."

Art.1174: "Pueden ser objeto de los contratos las cosas litigiosas, las dadas en prenda, o en anticresis, hipotecadas o embargadas, salvo el deber de satisfacer el perjuicio que del contrato resultare a terceros."

Art.1176: "Los contratos hechos simultáneamente sobre bienes presentes, y sobre bienes que dependen de una sucesión aún no deferida, son nulos en el todo, cuando han sido concluidos por un solo y mismo precio, a menos que aquel en cuyo provecho se ha hecho el contrato consienta en que la totalidad del precio sea sólo por los bienes presentes."

Art.1177: "Las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos. Si el que promete entregar cosas ajenas no hubiese garantizado el éxito de la promesa, sólo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice. Si él tuviere la culpa de que la cosa ajena no se entregue, debe satisfacer las pérdidas e intereses. Debe también satisfacerlas, cuando hubiese garantizado la promesa, y ésta no tuviere efecto."

Art.1178: "El que hubiese contratado sobre cosas ajenas como cosas propias, si no hiciere tradición de ellas, incurre en el delito de estelionato, y es responsable de todas las pérdidas e intereses."

Art.1179: "Incurre también en delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses quien contratare de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas o embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiere aceptado la promesa de buena fe."

La causa del contrato y frustración del fin.

Cuando los autores expresan su opinión sobre el tema de la causa y exponen las diversas posiciones doctrinarias, las diferencias y adhesiones se refieren a la causa fin y no a la causa fuente, es decir, la causa fuente alude al hecho, acto o relación jurídica que engendra la obligación.

El art. 499 del C.C se refiere a la causa de la obligación con esta significación, presentando unanimidad en doctrina. Las posiciones doctrinarias en torno al tema de causa son el Causalismo clásico; sus pensadores, como Domat y Pothier, concluyeron que la causa era un elemento esencial de la obligación, pero no formularon un concepto claro y preciso. Los Anticausalistas niegan la autonomía de la noción de causa como elemento integrante de los requisitos del acto jurídico, para esta postura los elementos esenciales son sólo el consentimiento, la capacidad y el objeto. Y los Neocausalistas, postura en la que se enrolan los autores modernos que defienden la noción de causa en coincidencia con los clásicos, pero advierten que esta última es un elemento del acto jurídico, no de la obligación.
Esta corriente importa toda una renovación en el tema de la causa, al reconocer los motivos como incorporados a la noción de la misma. Al tomar en cuenta los móviles determinantes del acto, que inciden en la finalidad, los motivos adquieren relevancia jurídica al tiempo de regular los efectos de la convención; Henri Capitan, precursor de esta tendencia, si bien distinguió entre causa y motivo, asignó relevancia a los motivos cuando ellos se incorporan al acto.

Las tendencias modernas tratan de definir, en definitiva, el por qué de la existencia del acto, su razón de ser, el fin determinante, la justificación o fundamento de la declaración de voluntad privada.
López de Zavalía, en relación a las corrientes, no adhiere ni al causalismo ni al anticausalismo, sino que interpreta lo que en cada caso la ley ha querido decir con la palabra causa, en mi opinión mantiene una posición ecléctica al respecto, es decir, adhiere a parte de los argumentos de cada posición.
El art. 500 hace referencia a que la declaración de voluntad es válida aunque no se exprese la causa, es decir, el supuesto de presunción de la existencia de causa; el 501 parte de la base de que hubo expresión de causa pero que es falsa, siendo entonces válida si se funda en una verdadera y la hipótesis que encuentra aplicación es el caso de la simulación; este último artículo se refiere a la causa ilícita, lo que influirá en el caso de la nulidad del acto.

En relación a la frustración del fin, debemos tener en cuenta que es una teoría de elaboración doctrinaria y de discusión, no obstante una importante parte de nuestros estudiosos del derecho con motivo de las Jornadas de Derecho Civil realizadas en Bs. As. en 1991, la Comisión N. 3, Presidentes Rubén S. Stiglitz y Juan Carlos Palmero que trató el tema de Frustración del fin del contrato, elaboraron una serie de conclusiones que deseo transmitir:
a- la frustración del fin es un capítulo inherente a la causa entendida ésta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio, debiendo distinguirse de la Imprevisión, de la imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito, del error y de la cláusula resolutoria; los requisitos de admisibilidad son: la existencia de un contrato válido, un acontecimiento anormal, sobreviviente, ajeno a la voluntad de las partes, porque no haya sido provocado por ninguna de ellas, que no haya sido generado en su mora de ellas, que incida sobre la finalidad del contrato de manera que malogre el motivo que impulsó a contratar, al punto que desaparezca interés o utilidad en la subsistencia del contrato.
El ámbito de aplicación es el que se desenvuelve en el marco de los contratos bilaterales, de ejecución diferida o de tracto sucesivo.
Efectos: Esta teoría importa la desaparición de la causa, por lo que sirve de presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria; esto importará: que las prestaciones cumplidas por una parte antes de producido el acontecimiento frustrante, serán repetibles, con excepción de los gastos realizados por la otra, en la medida de su relación causal con la prestación a su cargo; que las prestaciones cumplidas y equivalentes en los contratos de ejecución continuada o periódica, de carácter divisible, se tendrán por firmes y no es factible la revisión del contrato, aconsejándose por último la consagración legislativa de la frustración del fin del contrato.

Forma:

El vocablo forma puede ser empleado para referirse a los modos de expresión de la voluntad negocial y en este sentido se afirma que todos los actos jurídicos son formales; también referir a afirmar el carácter solemne de determinados actos jurídicos. ya sea indicada por la ley según art. 973 o acordada por la voluntad de las partes, por lo que se distingue entre actos formales y no formales.
La forma es el modo de ser del acto la manera en que se hace reconocible en el medio social. En nuestro derecho rige el principio de libertad de formas, según el art. 974 y 1182. Cuando la forma es exigida con mayor rigorismo y con carácter absoluto, es decir, de manera constitutiva, visceral, si la misma no es observada, acarreará la nulidad plena del acto y estaremos frente a actos solemnes de carácter absoluto, tal el caso del art. 1810 que prescribe."*Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad:*

1 - Las donaciones de bienes inmuebles;

2 - Las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias.

Respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el artículo 1185."

Si la forma es exigida con carácter relativo cuando, siendo también una forma impuesta de observancia obligatoria, de ella no depende la validez del acto sino la plenitud de los efectos, por lo que el incumplimiento acarreará la nulidad efectual del acto. En estos casos, operará la conversión del negocio jurídico, lo que implica que un acto jurídico nulo por defecto de forma se convierte en otro acto jurídico válido de contenido distinto; estos negocios se identifican como actos formales de carácter relativo. Ejemplo de ello lo constituye el boleto de compraventa al cual se aplica el art. 1185, tal como se explicara al tratarse el tema del contrato preliminar.
También se deben analizar los supuestos contenidos del art. 1184: "*Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública:*

1 - Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro;

2 - Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión;

3 - Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones;

4 - Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote;

5 - Toda constitución de renta vitalicia;

6 - La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios;

7 - Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública;

8 - Las transacciones sobre bienes inmuebles;

9 - La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública;

10 - Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública;

11 - Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres."

A causa de la supresión de la frase bajo pena de nulidad dispuesta por la ley 17.711, se originaron diferentes posiciones doctrinarias, puesto que algunos de sus incisos entran en cierta contradicción con otros Arts. del sistema y de los contratos en particular. En este sentido, Guillermo Borda ve en ciertos casos supuestos de formas ad probationem, como sucede con el contrato de sociedad. López de Zavalía opina que, en primer lugar, aún cuando la frase bajo pena de nulidad ya no esté en el texto del art. 1184, sigue estando en el sistema de nuestro Derecho y que debe interpretarse bajo pena de nulidad efectual, a la cual refiere el art. 1185. La temática es tratada en el capítulo IV punto 19 (sugiero su lectura).

Finalmente se encuentran los ad probationem, que no plantean ningún problema de forma sino que el recaudo de cierta forma es aconsejado a los fines de la prueba del acto, obstaculizando la demostración de la existencia del negocio en caso de un posible conflicto entre las partes. Como ejemplo de ello se pueden citar los Arts. 1193, 1813, 20 06, 2246, entre otros, del Código Civil.

Forma: Inconvenientes y ventajas.

La exigencia de formas determinadas imprime pesadez a los negocios, cuando ellas pueden ser cumplidas fácilmente, expresa López de Zavalía, tal lo que sucede con el otorgamiento de las escrituras públicas, los trámites que deben llenarse, el tiempo que insumen, el costo de las mismas, recurrir a escribanos, en fin, todos estos aspectos se presentan como obstáculos para la agilidad de las transacciones. Pero hay grandes ventajas en relación a distinguir claramente entre las tratativas y el contrato y dentro de éste entre el preliminar y el definitivo, de este modo se facilita la prueba, también respecto de terceros, disminuyen los procesos judiciales y la forma notarial es relevante, puesto que cuenta con la intervención de un técnico del derecho con el examen que éste verifica y el asesoramiento que otorga, lo que impide caer en nulidades e ineficacias.

Forma de los contratos de consumo.

Éstos integran una categoría particular. Al respecto el art. 10 comienza especificando que dicho documento de venta, que según la reforma incluye de bienes inmuebles y no sólo muebles como se advertía en la redacción anterior, debe contener ciertas enunciaciones, a saber:

"a) La descripción y especificación del bien.

b) Nombre y domicilio del vendedor.

c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere.

d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley.

e) Plazos y condiciones de entrega.

f) El precio y condiciones de pago.

g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente."

Describe, a su vez, cómo debe hacerse la redacción: "… *en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes."*

La norma, agrega también que: "*Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto" y* deberá entregarse un ejemplar original al consumidor.

"La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida en esta ley" Respecto a este final del artículo, López expresa que es una forma ad probationem., puesto que no dice expresamente que debe ser hecho por escrito, como sucede con las ventas domiciliarias del Artículo 32: "*Venta domiciliaria. Es la oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de un servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor. También se entenderá comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que resulte de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio."*

El contrato debe ser instrumentado por escrito y con las precisiones establecidas en los artículos 10 (ya transcripto) y el 34 de la presente ley:

Artículo 34: Revocación de aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada.

El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor.

Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria.

El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último). *Se establece* de esta manera una forma ad solemnitatem relativa, pero advirtiendo que se trata de un caso especial. Finaliza la norma expresando que se excluye la *compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado.*

Entonces, si hay inobservancia de estas formas, se está en presencia de un defecto de celebración que podrá ser invocable por el consumidor, en virtud del art. 37 del mismo cuerpo legal y art. 1188 del C. C., en opinión de López de Zavalía. Respecto a los negocios de ventas domiciliarias y por correspondencias, el incumplimiento de la forma escrita trae como consecuencia la nulidad instrumental por ausencia de la misma.

No se debe olvidar el art. 25 respecto de la información a través de constancia escrita que se debe suministrar al usuario por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio, en relación a las condiciones de la prestación y derechos y obligaciones de las partes.

Por último y respecto de las operaciones de crédito reguladas en el Art. 36 modificado, se establecen los requisitos y expresa: En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, **bajo pena de nulidad:**

"a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios.

b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios.

c) El importe a desembolsar inicialmente —de existir— y el monto financiado.

d) La tasa de interés efectiva anual.

e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total.

f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses.

g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar.

h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato.

La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación, quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado.

El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley.

Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor. Por lo expuesto, se está en presencia también de una solemnidad relativa semejante a la del art. 32 ya analizado.

PRUEBA

La regulación del procedimiento se encuentra reservada a la legislación procesal, así lo dispone el art. 1190; luego el art. 1191 se aplica cuando la forma es exigida a probationem, la ausencia de la forma impide la prueba con las excepciones que se enumeran en la norma. La más relevante es: la imposibilidad de obtener la prueba designada en la ley. Al respecto, el art. 1192 enumera los dos casos: el depósito necesario y cuando la obligación se contrajo por incidentes imprevistos en que hubiese sido imposible formarla por escrito, cuando hubiese habido un principio de prueba por escrito en contratos que pueden hacerse por instrumentos privados y cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir e contrato, es el principio de ejecución el que se aplica a los contratos consensuales.

Art.1190: "Los contratos se prueban por el modo que dispongan los Códigos de Procedimientos de las Provincias Federadas:

- Por instrumentos públicos.

- Por instrumentos particulares firmados o no firmados.

- Por confesión de partes, judicial o extrajudicial.

- Por juramento judicial.

- Por presunciones legales o judiciales.

- Por testigos."

Art.1191: "Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescrita, a no ser que hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley, o que hubiese habido un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumentos privados, o que la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación, o falsedad de los instrumentos de donde constare, o cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato. En estos casos son admisibles los medios de prueba designados."

Art.1192: "Se juzgará que hay imposibilidad de obtener o de presentar prueba escrita del contrato, en los casos de depósito necesario o cuando la obligación hubiese sido contraída por incidentes imprevistos en que hubiese sido imposible formarla por escrito.

Se considerará principio de prueba por escrito. Cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso."

Prueba: Algunos supuestos especiales.

Expresa el art. **1193** *que "los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos".* Actualmente y como producto de la inflación, esta cifra se ha tornado insignificante, es acorde sólo al signo monetario de aquella época. Recordemos que nuestra unidad monetaria ha ido cambiando con distintos decretos leyes (véase López de Zavalía, págs. 458 y sgtes), por lo que cabe analizar si presenta interés el continuar invocando dicho articulo o bien decir que todos los contratos deben probarse por escrito, para luego hablar de las excepciones.
No obstante el texto está en el Código para el caso de que el legislador decidiera sincerar la cifra, reemplazándola directamente. El principio del art. 1193, debe cotejarse con las disposiciones de trae la ley para los contratos en particular, en ciertos casos, cualquiera sea su valor le exige la prueba escrita tal como sucede con el a1813 en otros es posible prescindir de ella, tal los casos de los Arts. 2263 referido al la forma del comodato y 2238 respecto a la prueba del depósito necesario, que en dicho supuesto por sus caracteres son admisible toda clase de pruebas.
Algunos autores, en referencia al art. 2201 (referido a la prueba del depósito voluntario que no puede ser probado por testigos cuando no llegare a doscientos pesos), sostienen que debe entenderse tácitamente modificado por el Dec. Ley 17711 que sustituyó el Art. 1193, elevando la antigua tasa a diez mil pesos o de igual moneda, a fin de armonizar ambos preceptos. Sobre esta

cuestión López se pronunció en contra, no obstante la cuestión de la prueba del depósito carece de interés práctico actualmente por las mismas razones que se dieron respecto del art. 1193 y la influencia de la inflación.
De este modo, queda expresamente excluida la prueba testimonial, como así también la de presunciones, pero no la de confesión, cuya jerarquía es superior a la testimonial (doctrina del art. 1813). Sostiene el autor que a los terceros no les rige esta limitación.

Unidad 5
Interpretación: Principio de buena fe

Este principio receptado en la primera parte del art. 1198 del C.C, constituye, con otros de relevancia capital como la Autonomía de la voluntad, Libertad de formas, Prohibición del abuso del derecho etc., pautas que ayudan a la interpretación de los contratos. Si bien nuestro C.C no contiene reglas de interpretación, el principio de buena fe representa un parámetro al ser cardinal, ya que impone pautas de comportamiento, como el deber de informar y actuar contractualmente con la verdad. El reconocido tratadista Spota, expresa que éste contiene subprincipios importantes, tales la verosimilitud, veracidad, diligencia y la previsibilidad.

Incorporación en la legislación de la cláusula constitucional de "trato digno y equitativo". La interpretación según principios. Consecuencias.

El art. 3º de la ley 24.240 establecía la integración de la ley con la defensa de la competencia y la de lealtad comercial. A su turno, establecía el estándar de interpretación, para el caso de duda, en favor del consumidor.
El nuevo texto, según la ley 26.361, refiere a la relación de consumo como "el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario". Párrafo seguido establece la integración normativa aludida, que establece una manda interpretativa del estatuto del consumidor de la siguiente manera: "En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor".
Cabe preguntarse cuáles son los principios a los que se refiere la norma, ya que no los enumera; sin embargo, de los antecedentes de derecho comparado la doctrina enumeró los siguientes derechos fundamentales del consumidor:
1) Derechos Primarios fundamentales: a) Derecho de acceso al consumo (que involucra a la libertad de elección y la no discriminación ni arbitrariedad, trato equitativo y digno en el acceso al consumo); b) Derecho a la educación al consumo.
2) Derechos sustanciales: a) Derecho a la seguridad (derecho a la vida, salud, integridad, protección del medio ambiente y prevención de daños); b) Derecho a la información; c) Derecho a la protección de los intereses económicos (calidad de productos y servicios, justicia contractual y reparación de daños).
3) Derechos instrumentales: a) Derecho a la organización; b) Derecho de participación (representación, consulta y expresión (ser oído); c) Derecho de acceso a la solución de conflictos (asesoramiento y asistencia; acceso a la justicia).

Por otro lado, el Art. 42 de la CN, aunque posterior en el tiempo de vigencia, consolida estos derechos básicos consagrando expresamente: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de

usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias.
Estas precisiones permiten establecer los principios básicos que deben guiar la interpretación a favor del consumidor.
En conclusión, la referencia a los principios, entendido del modo expuesto, resulta útil para salvaguardar la preeminencia normativa del estatuto del consumidor (comprensivo de los tres conjuntos normativos mencionados anteriormente) frente a un ordenamiento sustantivo que por anticuado, colisiona con este derecho protectorio.

Reglas del Código de Comercio:

En el Código de comercio se encuentran también, normas referidas a la interpretación de los contratos y en este sentido es interesante rescatar el punto V del TÍTULO PRELIMINAR: "Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles". Las normas a tener en cuenta son las siguientes:

***Artículo 217**: "Las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo."*
***Artículo 218**: "Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes:*
1. Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos;

2. Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el contexto general;

3. Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero; Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad;

4. Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato;

5. Los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos;

6. El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras;

7. En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación."

***Artículo 219**: "Si se omitiese en la redacción de un contrato alguna cláusula necesaria para su ejecución, y los interesados no estuviesen conformes en cuanto al verdadero sentido del compromiso, se presume que se han sujetado a lo que es de uso y práctica en tales casos entre los comerciantes en el lugar de la ejecución del contrato."*

Por lo que, combinando los artículos e incisos transcriptos, se pueden extraer cuatro reglas:

1- Para interpretar adecuadamente el contrato, no sólo se debe examinar la literalidad de los términos, sino el comportamiento anterior y posterior de las partes en relación al contrato; 2- A las palabras hay que asignarles el lenguaje común, excepto que la misma tenga un significado especial de acuerdo a la costumbre del lugar o bien un sentido científico; 3- Al contrato se lo debe interpretar en todo su contexto; 4- Respecto de las cláusulas ambiguas en que la contradicción se refiere a la situación del deudor, se debe interpretar en el sentido que resulte más favorable al deudor, por ejemplo su liberación.

Otro proceso que se debe tener en cuenta es la interpretación integradora, que se realiza añadiendo al contrato lo dispuesto por las leyes supletorias, ya que se presume e interpreta la voluntad de las partes que han guardado silencio en ciertos aspectos del contrato, ejemplo de ello las normas de la compra y venta. Pero si el mismo prevé una determinada situación, se aplica la cláusula contractual y recibe el nombre, por ende, de interpretativa.

Cláusulas abusivas:
Prácticas de comercialización

Estos son métodos y procedimientos utilizados por los proveedores para fomentar y desarrollar el tráfico de bienes y servicios, como las efectivizadas fuera del establecimiento comercial, tales son las ventas a domicilio y a distancia. El art. 32 de la ley de defensa del consumidor, incluye también la contratación que resulte de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor y a otro sitio por diferentes motivos, como por ejemplo, al tratarse de entrega de premios u obsequios.
Lo expuesto se relaciona con el nuevo art. 8 bis que regula lo referente al trato digno y a las prácticas abusivas; esta versión ha optado por ampliar el abanico de conductas a las que deberán abstenerse los proveedores, que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorios, tales como maltratos, persecuciones, perjuicios o padecimientos al consumidor. La ley, a su vez, ha trazado un paralelismo respecto a lo regulado por las cláusulas abusivas que, en el art. 37 ha quedado intacto: *"interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación se estará a la que sea menos gravosa para el consumidor. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe den la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario."*

Efectos de los contratos:

En el Cap. VIII, título II, López de Zavalía trata el tema de los efectos en relación a las personas y expresa que el contrato que tiene efectos entre partes, no perjudica ni beneficia a terceros. **La regla de la relatividad de los contratos se predica de los efectos directos** y los titulares de la relación jurídica son los destinatarios de dicho efecto, el resto es destinatario del efecto indirecto,

es decir, lo inverso, el contrato es oponible a todos e invocable por todos, en la medida que exista un interés.
Cuando se habla de partes de un contrato hay que distinguir entre parte formal, quien emite la declaración de voluntad y la parte sustancial, quien es titular de la esfera de intereses que el contrato regula.
Las partes se asimilan los herederos de las partes, quienes continúan su posición jurídica según dicta del art. 1195.
Respecto a los terceros se encuentran varias clases, entre ellos están los interesados y los no interesados: estos son los que en el caso de un contrato válido y eficaz no se ven afectados en modo alguno, son los llamados penitus extranei. Los interesados se dividen en activamente interesados: son todos los titulares de una libertad, de un derecho subjetivo que se verían afectados si el contrato fuera eficaz, funcionando el principio de que los contratos no pueden perjudicar a terceros; los materialmente interesados: son aquellos que experimentan un perjuicio material e indirecto, como los acreedores de las partes, allí la regla funciona como los contratos pueden perjudicar a terceros; y los pasivamente interesados, que son aquellos titulares de un deber jurídico, por ejemplo, el supuesto de cesión en la cual en principio es posible, pero para que sean oponibles es precisa la notificación o aceptación al deudor cedido. En relación al art. 1199 debe interpretarse que los contratos no pueden oponerse a terceros ni invocarse por ellos sino en los casos de los Arts. 504: "*Si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada,* (contrato a favor de terceros) y 1196: "*Sin embargo los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona"* (acción subrogatoria).

La estipulación a favor de un tercero tiene una justificación propia, es útil para la vida de los negocios y se funda en la voluntad común de los contratantes, así se aplica la disposición del art. 504.
Se llama Estipulante a la parte que ha contratado teniendo en mira favorecer a un tercero, por ejemplo, un asegurado, y se denomina promitente u obligado a la parte que debe cumplir la prestación a favor del tercero. Podemos mencionar algunos ejemplos extraídos de la jurisprudencia: Extensión de tarjetas de créditos; Contratos de Servicios médicos cuyos beneficiarios son familiares. Seguros de vida a favor de terceros, Contratos de transporte a favor de terceros (Art. 165 del Código de comercio).

Contrato a cargo de terceros. Si bien López de Zavalía, sostiene que los Arts. 1177 (promesa de la propia dación) y art. 1163 (promesa de la prestación ajena) no serían hipótesis válidas, la mayoría de la doctrina ubica el instituto en el supuesto del art. 1163.
El art. 1195 expresa: "Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros. "

Cabe analizar algunas de estas excepciones. En primer término se pueden encontrar en doctrina diversas posiciones respecto a lo que se entiende por derechos u obligaciones inherentes a la persona, ya sea en cuanto a su denominación, su objeto, la naturaleza jurídica, lo cierto es que el art. 1195 se refiere a las obligaciones inherentes a la persona que emergen de un contrato y no debe confundirse con obligaciones intuitu personae, es decir, aquellas que se contraen en virtud de condiciones personales del deudor, por ejemplo, la obligación de un pintor, de hacer un cuadro. Un ejemplo que grafica esta excepción puede ser la calidad de socio que no es transmisible a los herederos del socio muerto.

La segunda excepción se refiere a cuando la ley, en forma concreta, dispone que ciertos derechos no se transmiten a los herederos, como es el pacto de preferencia en la compraventa según el art. 1396.
La tercera se presenta cuando resultare lo contrario de una cláusula del contrato y esto se relaciona con la autonomía de la voluntad, en tanto no se vulneren el orden público, la moral o las buenas costumbres.

Y la cuarta si se refiere a los contratos intuitae personae, aquellos en que se ha convenido una prestación que sólo puede realizarla la parte deudora por sus condiciones personales o por la preferencia que el acreedor ha tenido con él. Por ejemplo un supuesto de locación de servicios o de obra celebrado con un escribano, si éste fallece los derechos y las obligaciones del padre no se transmiten al hijo, es el típico caso del art. 626 en tanto prescribe: "*El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales".*

Lectura 7- REVISIÓN CONTRACTUAL

La lesión

Antecedentes históricos:

Derecho romano. La Lesión enorme Existía en el Derecho Romano y en la antigua legislación española. El l principio de la lesión no era una causa de nulidad de los actos jurídicos. Por excepción, la lesión enorme o enormísima podía dar lugar a la rescisión de las convenciones.
El Derecho Romano post-clásico consagró un modo de rescisión del contrato de compra-venta: la lesión enorme o de más de la media (laesio enormis) que tenía lugar cuando una persona hubiere enajenado una cosa por un precio inferior a la mitad de su valor real.
Esta forma de rescindir el contrato no tenía como consecuencia dejarlo sin efecto de pleno derecho, sino que solamente autorizaba al vendedor, cuando el contrato no habría sido ejecutado, a obtener una excepción en caso de que el comprador persiguiera la entrega de la cosa y también valerse de la actio venditi, cuando hubiera cumplido el contrato, para volver las cosas a su anterior estado, según lo expresa un reconocido autor en su libro "Tratado del Derecho Civil Argentino", parte general, tomo II, R. M. Salvat.
Tal causa de rescisión nació por motivos de equidad desde que era presumible que la persona que vendía un objeto de su propiedad por un precio muy inferior a su verdadero valor, sólo lo hacía impulsado por un estado de necesidad que la ley no podía dejar de contemplar a fin de hacer desaparecer los efectos de tales ventas.
La acción rescisoria, que en un principio se aplicaba sólo a los inmuebles, luego se extendió a toda clase de cosas, no alcanzaba las ventas aleatorias.

Edad media:
En la Edad Media, el Código Teodosiano no previó el instituto de la lesión, pero tuvo un gran desarrollo tanto en la glosa, como en el derecho escrito y en el consuetudinario.
La glosa introduce la idea subjetiva, sosteniendo que una venta por menos de la mitad del justo precio, lleva a pensar que ha existido fraude por alguna de las partes.
Durante este período, la lesión se aplicó a otros contratos como el arriendo, la transacción, el cambio o permuta, y aun la donación.

Derecho Canónico:
En la doctrina de los canonistas la lesión adquiere gran relevancia como medio contra la usura. La doctrina del justo precio la perfeccionó Santo Tomás de Aquino.
"La aplicación de la lesión es extendida a todos los contratos con fundamento en que la buena fe es exigencia universal."

La codificación del siglo XIX:
El proceso de liberalización económica que se consagra con la Revolución Francesa, abolió la lesión, de carácter restringido, aplicable a ciertos negocios jurídicos, como la compra-venta inmobiliaria y la partición.
La lesión aparece como un remedio excepcional y luego se reconocieron otros ámbitos en los que es posible invocarla, como en materia de locaciones, asistencia marítima, préstamos de dinero, etc.

Los códigos contemporáneos:
Luego del Código Napoleón, los códigos posteriores lo siguieron, adoptando una fórmula objetiva y reducida a ciertos contratos.
Sin embargo, otros códigos repudiaron el instituto en cualquiera de sus manifestaciones. Lo más destacable durante el siglo XX fue la adopción de algunos códigos como el suizo y el alemán, de

fórmulas "objetivo-subjetivas" que encuentran sus antecedentes en las legislaciones penales de estos países.

Naturaleza jurídica y diferencia con otras figuras

Algunos doctrinarios incluyen a la lesión dentro del abuso de derecho. Se considera que hay lesión cuando el abuso de derecho se comete en la celebración del acto y en las relaciones que vinculan a los contratantes.
En realidad la lesión y el abuso del derecho son dos figuras independientes.
La confusión proviene del hecho que nuestro Código Civil, como la totalidad de los códigos de su época, no receptó en forma expresa la doctrina del abuso del derecho, sino que en el art. 1071, afirmó con énfasis que el ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.
Pero, pese al artículo citado, la jurisprudencia reconoció en ciertos casos la existencia de un ejercicio abusivo de los derechos, entonces, para justificar sus soluciones limitativas del ejercicio de los derechos subjetivos, se fundó el art. 953 del Código Civil que exige que el objetivo de los actos jurídicos debe ser conforme a la moral y las buenas costumbres.
Asimismo, la figura de la lesión no fue contemplada en el Código Civil hasta la reforma introducida por la ley 17711 en el año 1968, por lo cual la jurisprudencia también se fundaba en el art. 953 para poner un límite.
En el año 1968, cuando se sanciona la ley 17711, se ven reflejadas ideas renovadoras en el ámbito del derecho privado, así, se incorpora el principio de buena fe al derecho positivo en el art. 1198; el abuso del derecho en el art. 1071, la lesión subjetiva en el art. 954; instituciones todas que se encuentran vinculadas en la medida en que reflejan la idea de que los derechos subjetivos no son absolutos sino relativos y que deben ejercerse dentro de ciertas pautas impuestas bajo el principio de buena fe.

El art. 1071 a partir de 1968 dice: *"El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*
La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres."

Se advierte que la reforma de 1968 ha seguido el criterio objetivo; se considera que media el ejercicio abusivo de un derecho cuando éste se desvía de la finalidad que el ordenamiento jurídico ha tenido en miras al reconocerlo o cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Lo cierto es que es bastante difícil diferenciar el abuso del derecho de la lesión, ya que ambos son corolarios del principio más amplio de la buena fe lealtad. Pero se puede concluir que la lesión, es un vicio propio de los actos jurídicos fundados en un defecto de la buena fe lealtad.

Luego, la diferencia básica entre lesión e imprevisión radica en que ésta se aplica a los actos que originariamente contenían prestaciones equivalentes, pero circunstancias sobrevinientes, imprevisibles y extraordinarias convierten en excesivamente oneroso para una de las partes el cumplimiento de las prestaciones.
En la lesión, el defecto está presente desde el mismo momento de la celebración y debe subsistir al tiempo de la demanda. Además la lesión contiene elementos subjetivos: estado de inferioridad y explotación, que no aparecen en la imprevisión.

Evolución

En el Derecho Civil Argentino Vélez Sarsfield dedicó una sola norma para la lesión. El art. 4049 dispone que las acciones rescisorias por causa de lesión que naciera de contratos anteriores a la publicación del Código Civil, se regirán por las leyes del tiempo, en que los contratos se celebraron. Se trata de una norma de derecho transitorio. Por lo que vemos que la lesión no era admitida en el código.

Vélez Sarsfield rechazó categóricamente la lesión como vicio en los contratos. En la nota al art. 58 del Código Civil, entre otras consideraciones afirmó, que "en la época actual, las lesiones no pueden admitirse en los contratos". Pero es en la nota al art. 943 del mismo Código, donde expone ampliamente su criterio; nos ilustra por una parte, sobre la "necesidad" que tuvo de poner largas notas y por otra, los fundamentos de la exclusión de la lesión. Inicia la misma con conceptos que expresan su posición: "*En casi todos los códigos y escritos de derecho se ve asentado que la lesión enorme o enormísima, vicia los actos jurídicos. La mayoría de los Códigos y autores no generalizan la doctrina como debía ser, sino que la aplican sólo al contrato de compraventa. Para sostener nosotros que la lesión enorme y enormísima no deben viciar los actos, y abstenernos por lo tanto de proyectar disposiciones sobre la materia, bastará comparar las diversas legislaciones, y de las diferencias entre ellas resultará que no han tenido un principio uniforme al establecer esta teoría".*

Afirma a su vez, que:"*dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por la ley, debe hacer irrevocables los contratos",* por lo que el rechazo de la lesión enorme o enormísima fue categórico. Sin embargo, después de una primera etapa que mantiene esa ideología, se opera una constante evolución en el derecho argentino.

La reforma de 1968 al artículo 954:

La reforma introducida por la ley 17.711, incorpora al Código Civil en su art. 954, la lesión mediante una fórmula objetivo-subjetiva, donde aparece invariablemente ambos elementos: la desproporción entre las prestaciones, que debe derivar de la explotación por una de las partes de un estado de inferioridad típico de la otra.

Art. 954: "Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación.
"También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.
Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.
Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto, y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Solo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto."
El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado el contestar la demanda."

Con algunas variantes es sostenible que la norma transcripta recibe la influencia de la codificación alemana y suiza.

Se legisló entonces la lesión como un vicio del acto jurídico y fue incluido junto con los vicios de la voluntad, el fraude y la simulación, en el artículo 954.

Elementos del acto lesivo

El elemento objetivo:

Es la existencia de una "ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación". El elemento objetivo supone: que haya desproporción entre las contraprestaciones y que sea "evidente" su justificación.
Se presume que existe el aprovechamiento o explotación cuando medie "notable desproporción de las prestaciones"; los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda, según lo explica López de Zavalía en su apartado 38, del titulo 3ero, cap VIII Págs. 678 y sgtes.
Desproporción evidente quiere decir perceptible, incuestionable, de grado tal que no deje la menor duda sobre su existencia, ya que siendo la lesión una excepción a la regla de que los contratos se celebran para ser cumplidos, es de interpretación restrictiva. Debe tratarse de una ventaja patrimonial que excede lo que habitualmente ocurre en los negocios. La notable desproporción debe ser un grosero desequilibrio entre las prestaciones. También se exige que esa ventaja **patrimonial no tenga justificación**. La desproporción debe existir en el momento de la celebración del acto y subsistir al tiempo de la demanda, por que de lo contrario se configuraría otra situación como es la desproporción sobreviniente del art. 1198 y debe subsistir, porque si por alguna causa extraña al acto, el objeto del mismo se hubiera valorizado, resultaría ilógico permitir la acción.

El elemento subjetivo de la víctima, de necesidad, ligereza o inexperiencia de una de las partes:
Necesidad:
La necesidad es la escasez, pobreza, penuria, indigencia, miseria, falta o carencia; falta continuada de alimentos. Normalmente será de carácter económico, pero puede considerarse que hay necesidad cuando se contrata estando en peligro la vida, la salud, el honor y la libertad.
Ligereza:
Es la actitud de quien actúa en forma irreflexiva y sin ponderar adecuadamente las ventajas e inconvenientes de una operación, se trate de personas normales o sujetos que encuadren en el art. 152 bis.
Art. 152 bis: "*Podrá inhabilitarse judicialmente:*
1º A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio;
2º A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 de éste Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio;
3º A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación solo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.
Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.
Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.
Los inhabilitados podrán otorgar por si solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

Por otra parte por "ligereza" se entiende, situación patológica de debilidad mental (supuestos del art. 152 bis del Código Civil)
Inexperiencia:
Es la falta de conocimientos que se adquieren con el uso y la práctica.

Por ejemplo: actos realizados por personas de escasa cultura o de corta edad. No hay inexperiencia en varios casos, por ejemplo, quien tuviera extendidos a su favor gran cantidad de documentos de crédito sea una persona sin experiencia en los negocios.

Elemento subjetivo del lesionante o beneficiado:
Es el aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se halla la víctima del acto lesivo. No es suficiente, el solo conocimiento de la existencia de la necesidad, ligereza o inexperiencia, sino que es necesario que a partir del conocimiento de ese estado, se pretenda obtener un beneficio desproporcionado, tomando posesión psicológica de ellos para explotarlos e instrumentarlos para sus fines.

Ámbito de aplicación

Explica el autor citado que sólo están abarcados los actos jurídicos bilaterales patrimoniales, es decir, los contratos, por lo que se deben excluir los de título gratuito, ya que la ley está exigiendo la existencia de un ventaja desproporcionada y ésta se verifica en cuanto hay dos prestaciones en comparación, además de que ni siquiera en la donación con cargo podría funcionar. No obstante si se aplica en los contratos aleatorios. En este sentido el autor refleja su pensamiento con un claro ejemplo, por lo que sugiero su lectura, en relación al contrato de renta vitalicia, constituido en cabeza de una persona de 90 años.

Lectura 8 - La Teoría de la Imprevisión

Este instituto se encuentra regulado en el art. 1198 2ª parte y las condiciones de aplicación son: Contratos bilaterales conmutativos o unilaterales onerosos, aleatorios en la medida que la excesiva onerosidad exceda dicha álea, contratos de ejecución prolongada, que la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa a causa de acontecimientos graves e imprevisibles y que el perjudicado no hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

Art. 1198: "*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.*
En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato."

Antecedentes, doctrina y jurisprudencia En nuestro país, la Reforma de 1968 incorporó al art. 1198 del Código Civil lo que hasta ese entonces era una teoría sobre imprevisión y especialmente las conclusiones elaboradas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (1961), fueron la fuente de la consagración legislativa de dicha teoría, abonada por la opinión doctrinaria de autores tales como: Busso, Llambías, Borda, Mosset Iturraspe, Bueres (quien presentó la ponencia sobre incorporación de la imprevisión al Código Civil, en caso de una eventual reforma) y López de Zavalía.- Mucho se ha discutido sobre la designación correcta del mecanismo contemplado por la segunda parte del art. 1198 del Cód. Civil, en cuanto a la resolución o revisión del contrato por un hecho extraordinario e imprevisible que lo transforma en excesivamente oneroso para una parte.

Destacados juristas hablan de doctrina de la imprevisión (Busso), teoría de la imprevisión (Borda, Argeri, Cossio, Bustamante Alsina, Alterini, entre otros) imprevisión contractual (Rocca, Spota). Con frecuencia se mencionan otros institutos en cuya virtud se da solución judicial a casos concretos, en refuerzo de la imprevisión contractual. En ese sentido, se ha citado el objeto lícito del art. 953, el abuso del derecho del art. 1071, el enriquecimiento sin causa, la lesión subjetiva y la usura. Del análisis de la reforma y teniendo en cuenta la redacción del anterior art. 1198 -"*Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos".* Se deduce que, si bien el mismo hubiera permitido plantear la revisión del contrato cuando el precio se hubiere envilecido, el legislador se ha querido asegurar mediante una norma expresa (la segunda parte del art. 1198 actual), que tal revisión es posible en forma precisa y clara (excesiva onerosidad, acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, sin culpa o mora del perjudicado).

ACONTECIMIENTOS QUE HABILITAN SU APLICACIÓN

Entre los hechos o circunstancias que lo habilitan, se citan como ejemplos los siguientes casos jurisprudenciales: Damos por supuesto que la imprevisión no ha sido instituida para rectificar "malos negocios" ni para subsanar errores comerciales o financieros de los mismos (ídem, C2ª

CC, Sala III, La Plata, 22/5/979, Supl. LA LEY, 980, 3); no protege singularmente a una de las parte de consecuencias destructoras del contrato, se trata de expurgarla de una sobrevenida iniquidad nacida por circunstancias ajenas a las partes y al objeto o fin del negocio contractual (CNCiv., Sala I, 30/9/997, LL, 1998B, 116).

Tengamos presente también que las medidas de junio de 1975 y la hiperinflación padecida en 1982 y 1987 a 1990 y la que podría generarse por la crisis económica y social explosionada en diciembre de 2001, constituyen en principio y sujetos a evaluación según las circunstancias de cada caso, hechos extraordinarios e imprevisibles. Y así como la jurisprudencia entendió que el "Rodrigazo" resultó un hecho extraordinario e imprevisible, lo propio ha pasado con el "Sigotazo" (1981), con los coletazos de Malvinas (1982), el pos plan austral y seguramente lo considerará con la crisis que provocó la sanción de la ley de Emergencia Pública 25.561.

Es interesante destacar que no todo proceso inflacionario puede ser considerado imprevisible, porque la inflación en nuestro país se remonta a la segunda mitad del siglo XX, pero la inflación desatada fuera de los cánones habituales sí es imprevisible. También una brutal devaluación de la moneda, como la ocurrida a partir de diciembre de 2001, cuando se encontraba vigente la Ley de Convertibilidad y Desindexación Nº 23.928 y con una autoridad económica que había descartado de plano la alteración de la paridad cambiara de un peso equivalente a un dólar, es un hecho indudablemente imprevisible. En conclusión, la mayoría de la doctrina sostiene que la devaluación monetaria brusca y no prevista, abre el camino para invocar imprevisión.

El campo de acción de la doctrina de la imprevisión se encuentra delimitado por varios supuestos contemplados por el art. 1198, 2ª parte, tales corno el grado de onerosidad, características de los acontecimientos, ausencia de mora o culpa, todo a la luz de lo establecido en la primera parte del artículo citado: necesidad que el resultado de la revisión esté dentro de lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Luego, tanto la "onerosidad excesiva" corno el hecho desencadenante que debe ser "extraordinario e imprevisible", quedan librados al arbitrio judicial. Desde ya que "el campo de apreciación judicial es amplio y al respecto son aplicables por analogía las normas contenidas en el Cód. Civil en sus Arts. 953, 954, 1069, 2ª parte y 1071. Sin embargo, con la sanción de la Ley de Emergencia Pública 25.561, el PEN en virtud del art. 11, queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la “doctrina” de la imprevisión. Véase que cuando la norma dice “doctrina”, se refiere al “instituto”, que es el texto legal vigente del art. 1198 del Código Civil y no a la opinión de los juristas. Por otro lado, el decreto 214/2002, en su art. 8º establece que en las obligaciones exigibles de dar sumas dinerarias expresadas en moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, que fueron “pesificadas”, cualesquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio, lo cual abre la puerta para plantear en su momento, judicialmente, una acción directa por reajuste en base a la imprevisión, sin exigir previamente la resolución contractual, alterando el mecanismo del art. 1198 del Código Civil.

Es interesante destacar lo expresado por el autor F. López de Zavalía Págs. 707 en adelante, en cuanto se refiere a los conceptos sobre el acontecimiento desencadenante; sugiero su lectura.

Por último, se debe hacer referencia a los efectos dados por los extremos del instituto, es decir, si ambas partes están de acuerdo, adoptarán ya sea la vía de la resolución o la del reajuste, en caso contrario será preciso un pronunciamiento judicial; luego el aniquilamiento del contrato traerá como consecuencia que el demandado deberá restituir lo recibido y quedará liberado de cumplir con su prestación, limitándose este principio de acuerdo a las circunstancias de cada caso, en opinión del autor. Pág. 737.

Unidad 6

Vicisitudes

Este tema se encuentra desarrollado en el cap. VIII del primer tomo de López de Zavalía, por lo que sólo se desarrollarán algunas aproximaciones a estos institutos.

Una vez celebrado un contrato, éste se extingue por cumplimiento de las obligaciones contraídas o por cualquier otro medio legislado en la parte de obligaciones. También puede extinguirse por voluntad de ambas partes contratantes y excepcionalmente por una de ellas.

Rescisión: Es la facultad de las partes, por medio de otro contrato, de extinguir las obligaciones creadas en un contrato anterior. El *Art.1200 del C.C expresa: "Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza".* La primera parte se refiere a un procedimiento bilateral, contractual; el dejar sin efecto un contrato es denominado distracto. Los efectos son para el futuro es decir, ex nunc. También encontramos otro ejemplo de la rescisión de base legal en el Art. 8 en la ley de locaciones urbanas*: "El locatario podrá, transcurridos los seis primeros meses de vigencia de la relación locativa, resolver la contratación, debiendo notificar en forma fehaciente su decisión al locador con una antelación mínima de sesenta días de la fecha en que reintegrará lo arrendado. El locatario, de hacer uso de la opción resolutoria en el primer año de vigencia de la relación locativa, deberá abonar al locador en concepto de indemnización, la suma equivalente a un mes y medio de alquiler al momento de desocupar la vivienda y la de un solo mes si la opción se ejercita transcurrido dicho lapso."* Entiéndase que cuando la ley utiliza el término resolución ha querido decir rescisión contractual.

El art. 1638 del C. C referido al supuesto del desistimiento por el dueño de la obra es otro ejemplo de rescisión, en este caso unilateral.

Revocación: Es una forma unilateral de dejar sin efecto un contrato cuando se quiera, sin que por ello se asuma responsabilidad. Implica extinguir un acto unilateral mediante otro acto unilateral, por ejemplo, el contrato de mandato. Al respecto, dice el art. 1970: "el mandante puede revocar el mandato siempre que quiera y obligar al mandatario a la devolución del instrumento donde constare el mandato."

Otro ejemplo de revocación se configura en materia de donaciones, en referencia a la revocación por inejecución de los cargos, por ingratitud y por supernacencia de hijos; sus efectos operan hacia el futuro.

Nulidad: Es la sanción de invalidez prescripta por la ley por adolecer el acto jurídico de un defecto constitutivo, lo que implica la privación de los efectos propios o específicos del acto jurídico inválido. Buteler Cáceres, opina que la nulidad es interna, orgánica, congénita, consustancial al acto, no es otra cosa que la violación de la ley, es decir, por inobservancia de alguno de los requisitos indispensables que por imperio de la ley debe reunir el negocio jurídico. Esta causa originaria es precisamente, la que acarrea la sanción de invalidez y la que distingue la nulidad de la ineficacia en sentido estricto, que se da en los supuestos que un negocio regular y válido no produzca los efectos que le son propios, en virtud de una causa externa y superviviente.

La finalidad de la sanción de nulidad se encuentra en la idea de reparación, por lo que también las consecuencias jurídicas de la misma son que sus efectos operen con efecto retroactivo.

Resolución: Mediante esta institución jurídica las partes se ponen de acuerdo sobre las causas, que de producirse en el período de ejecución del contrato, dan derecho a cualquiera de ellas a dejar sin efecto el mismo por su sola voluntad. La bilateralidad está dada en el acuerdo sobre el hecho generador del derecho de una de las partes de dejar sin efecto el contrato, por ejemplo, el no pago de la cuota pactada en el negocio o la no entrega de la cosa, lo que hace nacer la facultad de una de ellas de pedir la resolución.

La resolución está íntimamente relacionada con el pacto comisorio y hoy el art. 1204, que fuera reformado por la ley 17711 y sin perjuicio de reconocerle a las partes la posibilidad de estipularlo expresamente, se considera implícito en todo contrato con prestaciones recíprocas. El pacto comisorio además es un elemento natural de estos contratos onerosos.

Las consecuencias de la resolución operan con efecto retroactivo.

El Pacto Comisorio *es la facultad que emerge de la ley o de una convención en virtud de la cual se reconoce a una de las partes el derecho de resolver el contrato frente al incumplimiento injustificado de la otra, puede tener como fuente la ley o una convención. S*e concede a la parte cumplidora contra la incumplidora una vez que se incurre en mora y se encuentra regulado por el *Art.1204: "En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende **implícita** la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Más en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes.*

No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios.

*Las partes podrán pactar **expresamente** que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en éste supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver.*

La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución."

Por lo expuesto, se encuentran dos clases:

- El pacto comisorio: el tácito se presenta cuando la ley supletoria lo prevé como una cláusula natural, considerándolo implícito en el contenido contractual

- El expreso: cuando las partes lo insertan como una cláusula accidental. La historia y antecedentes, así como las particularidades, modalidades y formas de ejercicio deben estudiarse del capitulo VIII del autor López de Zavalía.

Luego, la resolución opcional está dada por la propia voluntad de la parte que da lugar al evento, es lo acontece con las arras penitenciales y el pacto de retroventa, por ejemplo.

Las **arras** constituyen una figura contractual de antigua data, puede cumplir variadas funciones, y en opinión de López la define como una dación que se perfeccionan "re"; éstas se clasifican en: confirmatorias, que tienen la función de asegurar el cumplimiento del contrato son las previstas en el Código de comercio en su art. 475; las penitenciales confieren el "ius poenitendi" (derecho de arrepentimiento) cuando el que ejercita el derecho es el que dio las arras, las pierde y cuando es quien las recibió debe devolverlas con otro valor adicional. De este tipo son las previstas en el art. 1202 del C. Civil y al decir de López de Zavalía el convenio sobre arras constituye un contrato real, unilateral, oneroso y accesorio, tal como lo explica en la pág. 671 y sgtes.

Es interesante tener en cuenta que en esta cuestión también opera la autonomía de la voluntad, puesto que las partes pueden dar a las arras sólo carácter penitencial o bien puramente confirmatorio. De ahí que se exprese que en nuestro sistema las arras tienen un carácter penitencial y una sucesiva función confirmatorio-penal. A continuación se presenta un cuadro sinóptico de las arras según el autor que seguimos:

Arras de prueba

Confirmatorias: aseguran el negocio: **Arras cuenta de precio**

Arras penales

Arras

posibilitan el arrepentimiento: **debilitan el negocio**

La cláusula penal

Nuestro C. Civil la define como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación, según dictamina el art. 652 del C. C Ejemplo: Pedro se compromete con María a efectivizar la escritura traslativa de dominio en el plazo de treinta días del boleto, pactándose que en caso de mora deberá pagar la suma de $200 por cada día de retraso.

Se trata de una cláusula de carácter accesorio, que tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la relación principal, mediante la imposición de una pena privada a la que se somete una persona en caso de operar el incumplimiento de aquélla y presenta una función compulsiva, ante

la amenaza que implica la procedencia de la penalidad en caso de inejecución absoluta o relativa de la prestación adeudada.

La mayoría de la doctrina se inclina por ideas más moderadas respecto a la función que actualmente cumple hoy esta cláusula, es decir, tiene dicen una doble finalidad: prefijar voluntaria y anticipadamente una liquidación convencional de los daños y perjuicios que el incumplimiento cause al acreedor y al mismo tiempo, actuar como un modo de compulsión para constreñir al deudor para que cumpla, a fin de evitar la pena.

Cumplimiento del contrato:

Si bien se ha manifestado que las convenciones forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, frente al incumplimiento, emerge el derecho a favor de la parte cumplidora de exigirle a aquélla, judicialmente, la satisfacción de las prestaciones objeto del contrato; por lo que esta facultad está reglada además del 1197, por el art. 505 y sus correlativos.

Respecto al incumplimiento se legislan algunas instituciones, algunas ya desarrolladas como el derecho de arrepentimiento del art. 1202, el pacto comisorio del art. 1204 y la Exceptio Non adipleti contractus" que se encuentra regulada por el *Art.1201: "En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo."*

Se puede decir que la misma es una excepción dilatoria e implica una defensa ante la demanda de cumplimiento; sólo se aplica en los contratos bilaterales, es decir, cuando las partes en el momento de la celebración se obligan recíprocamente cada una con una prestación. Por ejemplo, en el contrato de compraventa, quien se obliga a transmitir la propiedad de una cosa lo es en mira del precio que la otra se obliga a pagar por ella, entonces entre ambas obligaciones existe una perfecta correlación y el cumplimiento de la una exige la correspondencia de la otra. Por ello es que, como consecuencia del acuerdo de voluntad, nacen los derechos correlativos para exigirse recíprocamente el cumplimiento de cada prestación.

Como medio de enervar la acción de cumplimiento, deducido por la parte incumplidora se denomina entonces excepción de incumplimiento, lo cual posibilita que un contratante se abstenga de cumplir (es decir suspenda) la prestación si el otro que no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la propia, o demuestre que su obligación es a plazo. Tal como expresa López, el demandado que opone la exceptio, no invoca ningún hecho impeditivo, ni modificativo, sino que simplemente niega que se haya integrado el hecho constitutivo que justifica la demanda del actor y que debe ser probado por aquel a quien su acreditación beneficia. La prueba corresponde a quien reclama el cumplimiento, lo mismo en el supuesto de la exceptio non rite adipleti contractus (de cumplimiento defectuoso) en tanto que respecto a la de caducidad de plazo, la prueba del estado invocado (insolvencia) corresponde a quien la invoca. Pág. 600 y sgtes.

Responsabilidad contractual:

Del contrato surge una ley, cuya violación engendra responsabilidad. La conducta que no se ajusta a la norma contractual es ilegítima y su autor debe reparar el daño causado.
Dicha obligación de reparar encuentra su fundamento en la culpa del autor del daño y por excepción puede haber una responsabilidad sin culpa, cuando se encuentra asumido el caso fortuito.

Conocidos autores tales como Félix A. Trigo Represas-Marcelo J. López Mesa expresan: "*Se entiende por responsabilidad contractual a aquella en que incurre una o ambas partes de un contrato al incumplir éste por negligencia, imprudencia, imprevisión, etc.*"
Pero para que la responsabilidad sea contractual resulta indispensable que el daño provenga de la inejecución de una obligación creada por el contrato.
La necesidad de que el daño derive de la inejecución de una obligación previa, señala la presencia de un elemento más estricto en al responsabilidad contractual que la extracontractual, pues la culpa debe referirse en cada caso a la naturaleza de la obligación impuesta convencionalmente y no ya al genérico e indeterminado deber legal de actuar sin causar daño a otro.

En la responsabilidad contractual, el deudor responde por aquellos daños que sean consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento en caso de culpa (art. 520).

Los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual prescribe a los 10 años (Art. 4023) y el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiese causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso (art. 522).

Lectura 9- Garantía de evicción:

Estos temas se podrán encontrar en el Titulo cuarto del cap. VIII de López de Zavalía del libro Teoria de los Contratos tomo I.-

Este autor designa a la palabra evicción como la situación que sobreviene a raíz de una derrota en juicio y propone diversos nombres a los sujetos que componen éste instituto, a saber: " .Evicto es el que ha sido vencido en juicio y privado del derecho que adquirió; evincente, el que ha vencido; garante el que debe responder por haber transmitido el derecho al evicto".- Y llama principio de evicción a una turbación de derecho a la turbación que puede conducir a una evicción producida, computándose la de derecho y no la de hecho, es decir la que consiste en una demanda judicial. En éste sentido es interesante dar lectura a la nota del art. 2091 del C.C (C.C) respecto a la turbación.

También se la denomina garantía de saneamiento. La evicción y saneamiento son más bien, dos cosas distintas, resultan dos etapas de un mismo proceso, la garantía de evicción se hace cuando se reclama la propiedad, goce o posesión al adquirente y la de saneamiento cuando haya sido vencido en juicio.

Nuestro código trata el tema respecto al ámbito de aplicación en los arts. *2089 del C.C que expresa: El que por título oneroso transmitió derechos, o dividió bienes con otros, responde por la evicción; Art.2090 del C.C Responderá igualmente el que por título oneroso transmitió inmuebles hipotecados o los dividió con otros, si el adquirente o copartícipe no puede conservarlos sin pagar al acreedor hipotecario.*

Excepcionalmente puede tener lugar en contratos a título gratuito tal como los supuestos contemplados en los arts. *.2146. del C.C. Exceptúanse de la disposición del artículo anterior los casos siguientes:*

1 - Cuando el donante ha prometido expresamente la garantía de la donación;

2 - Cuando la donación fue hecha de mala fe, sabiendo el donante que la cosa era ajena;

3 - Cuando fuere donación con cargos;

4 - Cuando la donación fuere remuneratoria;

5 - Cuando la evicción tiene por causa la inejecución de alguna obligación que el donante tomara sobre sí en el acto de la donación.

Art.2147.- Cuando la donación ha sido hecha de mala fe, el donante debe indemnizar al donatario de todos los gastos que la donación le hubiere ocasionado.

Art.2148.- El donatario en el caso del artículo anterior no tiene acción alguna contra el donante, cuando hubiere sabido al tiempo de la donación que la cosa donada pertenecía a otro.

Art.2149.- En las donaciones con cargos, el donante responderá de la evicción de la cosa en proporción del importe de los cargos, y el valor de los bienes donados, sea que los cargos estén establecidos en el interés del mismo donante, o que ellos sean a beneficio de un tercero, sea la evicción total o parcial.

Art.2150.- En las donaciones remuneratorias, el donante responde de la evicción en proporción al valor de los servicios recibidos del donatario, y al de los bienes donados.

Art.2151.- Júzgase que la evicción ha tenido por causa la inejecución de la obligación contraída por el donante, cuando dejó de pagar la deuda hipotecaria sobre el inmueble donado, habiendo exonerado del pago al donatario. Si el donatario paga la deuda hipotecada para conservar el inmueble donado, queda subrogado en los derechos del acreedor contra el donante.

Los supuestos mencionados son tal como se expresó excepciones; puesto que la regla general en éstos contratos es la que sienta el art.2145 del C.C que expresa: "*En caso de evicción de la cosa donada, el donatario no tiene recurso alguno contra el donante, ni aun por los gastos que hubiere hecho con ocasión de la donación."*

Luego el concepto, se encuentra en el Art.2091 del C.C que expresa: " *Habrá evicción, en virtud de sentencia y por causa anterior o contemporánea a la adquisición, si el adquirente por título oneroso fue privado en todo, o en parte del derecho que adquirió, o sufriese una turbación de derecho en la propiedad, goce, o posesión de la cosa. Pero no habrá lugar a garantía, ni en razón de las turbaciones de hecho, ni aun en razón de las turbaciones de derecho, procedentes de la ley, o establecidas de una manera aparente, por el hecho del hombre, o de pretensiones formadas en virtud de un derecho real o personal de goce, cuya existencia era conocida al tiempo de la enajenación. "*

Requisitos: Privación del derecho: es el desconocimiento de un derecho y se le suma la inoperatividad del mismo. El ejemplo más típico es de la cesión del art. 1476 del C.C puesto que el cedente responde por la existencia y legitimidad del derecho .

Luego la privación puede ser total o parcial, tal el caso del Art.2093 del C.C .-" *La evicción será parcial cuando el adquirente fuere privado, por sentencia, de una parte de la cosa adquirida o de sus accesorios o dependencias, o si fuere privado de una de las cosas que adquirió colectivamente, o cuando fuere privado de alguna servidumbre activa del inmueble, o se declarase que ese inmueble estaba sujeto a alguna servidumbre pasiva, o a otra obligación inherente a dicho inmueble. "*

Privación por sentencia: Supone un juicio ente el adquirente de un derecho y un tercero; que el juicio se haya realizado de acuerdo a ciertas reglas y luego que el adquirente haya perdido , por lo que se considera evicto, entonces se le acuerda la acción de evicción en contra el enajenante.

Implica también el cumplimiento de ciertas cargas: a saber: de citar de evicción y saneamiento al enajenante, según el Art.2108 del C. C: "*El enajenante debe salir a la defensa del adquirente, citado por éste en el término que designe la ley de procedimientos, en el caso que un tercero le demandase la propiedad o posesión de la cosa, el ejercicio de una servidumbre o cualquier otro derecho comprendido en la adquisición, o lo turbase en el uso de la propiedad, goce o posesión de la cosa."*, y se debe correlacionar con el Art.2111 del C.C. " *No tiene lugar lo dispuesto en el artículo anterior, y el enajenante responderá por la evicción, si el vencido en juicio probare que era inútil citarlo por no haber oposición justa que hacer al derecho del vencedor. Lo mismo se observará cuando el adquirente, sin citar de saneamiento al enajenante, reconociese la justicia de la demanda, y fuese por esto privado del derecho adquirido.* "

Carga de defenderse: Es decir si el enajenante citado no acude en defensa del adquirente éste debe defenderse por sí solo. Este requisito se conectan con los supuestos de cesación de

responsabilidad, tal como : Art.2110 del C.C. "*La obligación que resulta de la evicción cesa si el vencido en juicio no hubiese hecho citar de saneamiento al enajenante, o si hubiere hecho la citación, pasado el tiempo señalado por la ley de procedimientos. "*

Art.2112.- "La obligación por la evicción cesa también si el adquirente, continuando en la defensa del pleito, dejó de oponer por dolo o negligencia las defensas convenientes, o si no apeló de la sentencia de primera instancia, o no prosiguió la apelación. El enajenante, sin embargo, responderá por la evicción, si el vencido probare que era inútil apelar o proseguir la apelación. "

Art.2113.- "Cesa igualmente la obligación por la evicción, cuando el adquirente, sin consentimiento del enajenante, comprometiese el negocio en árbitros, y éstos laudasen contra el derecho adquirido. "

Adquisición a título oneroso y por causa anterior o contemporáneo a la adquisición: A fin de tener derecho que nacen de la evicción, es necesario que el derecho de que se vio privado fuera adquirido a título oneroso y que la victoria del evincente se produzca invocando una causa anterior.-

Fundamento jurídico de la garantia de evicción:

Esta garantía tiene un fundamento de equidad en el negocio de interés, no resulta justo que quien haya recibido una ventaja por una contraprestación se enriquezca en razón inexistencia, ilegitimitidad, menos plenitud, imposibilidad de ejercicio del derecho transmitido.

La garantía de evicción se da por la ley como un elemento natural de todo contrato a título oneroso y no en los gratuitos, salvo las excepciones apuntadas, ni en los aleatorios cuando el adquirente corre con el riesgo de la ventaja que le proporcionará lo que adquiere, ni cuando conociendo el vicio del derecho o la carga que lo grava , acepta la transferencia sin una garantía expresa que cubra el riesgo de ese vicio o carga. A tal fin debemos correlacionar con los sgtes arts. del C.C , a saber

Art.2097.- La responsabilidad que trae la evicción tiene lugar, aunque en los actos en que se trasmiten los derechos, no hubiere convención alguna sobre ella.

Art.2098.- Las partes sin embargo pueden aumentar, disminuir, o suprimir la obligación que nace de la evicción.

Luego respecto a los efectos y producido la evicción, el transmitente está obligado a indemnizar al adquirente y se conforman de dos rubros: precio y otros daños y perjuicios., por lo que se deben tener en cuenta ciertas reglas:

Art.2099.- Es nula toda convención que libre al enajenante de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de parte suya.

Art.2100.- La exclusión o renuncia de cualquiera responsabilidad, no exime de la responsabilidad por la evicción, y el vencido tendrá derecho a repetir el precio que pagó al enajenante, aunque no los daños e intereses.

Art.2101.- Exceptúanse de la disposición del artículo anterior, los casos siguientes:

1 - Si el enajenante expresamente excluyó su responsabilidad de restituir el precio; o si el adquirente renunció expresamente el derecho de repetirlo;

2 - Si la enajenación fue a riesgo del adquirente;

3 - Si cuando hizo la adquisición, sabía el adquirente, o debía saber, el peligro de que sucediese la evicción, y sin embargo renunció a la responsabilidad del enajenante, o consintió en que ella se excluyese.

Art.2102.- La renuncia a la responsabilidad de la evicción, deja subsistente la obligación del enajenante, por la evicción que proviniese de un hecho suyo, anterior o posterior.

Art.2103.- El adquirente tiene derecho a ser indemnizado, cuando fuese obligado a sufrir cargas ocultas, cuya existencia el enajenante no le hubiere declarado, y de las cuales él no tenía conocimiento.

Art.2104.- Las cargas aparentes, y las que gravan las cosas por la sola fuerza de la ley, no dan lugar a ninguna indemnización a favor del adquirente.

Art.2105.- Cuando el enajenante hubiese declarado la existencia de una hipoteca sobre el inmueble enajenado, esa declaración importa una estipulación de no prestar indemnización alguna por tal gravamen. Mas si el acto de la enajenación contiene la promesa de garantir, el enajenante es responsable de la evicción.

Art.2106.- Cuando el adquirente de cualquier modo conocía el peligro de la evicción antes de la adquisición, nada puede reclamar del enajenante por los efectos de la evicción que suceda, a no ser que ésta hubiere sido expresamente convenida.

Art.2107.- La obligación que produce la evicción es indivisible, y puede demandarse y oponerse a cualquiera de los herederos del enajenante; pero la condenación hecha a los herederos del enajenante sobre restitución del precio de la cosa, o de los daños e intereses causados por la evicción, es divisible entre ellos.

Luego, existen otros supuestos que deben ser estudiados por el autor que seguimos y también ver las normas en relación a la evicción de cada contrato en particular, ejemplo de ello son las normas del Código Civil referidas específicamente al contrato de compraventa que se reproducen a continuación:

"Cap. I - De la evicción entre comprador y vendedor

Art.2118.- Verificada la evicción, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido por él, sin intereses, aunque la cosa haya disminuido de valor, sufrido deterioros o pérdidas en parte, por caso fortuito o por culpa del comprador.

Art.2119.- El vendedor está obligado también a las costas del contrato, al valor de los frutos, cuando el comprador tiene que restituirlos al verdadero dueño, y a los daños y perjuicios que la evicción le causare.

Art.2120.- Debe también el vendedor al comprador, los gastos hechos en reparaciones o mejoras que no sean necesarias cuando él no recibiese, del que lo ha vencido, ninguna indemnización, o sólo obtuviese un indemnización incompleta.

Art.2121.- El importe de los daños y perjuicios sufridos por la evicción, se determinará por la diferencia del precio de la venta con el valor de la cosa el día de la evicción, si su aumento no nació de causas extraordinarias.

Art.2122.- En las ventas forzadas hechas por la autoridad de la justicia, el vendedor no está obligado por la evicción, sino a restituir el precio que produjo la venta.

Art.2123.- El vendedor de mala fe que conocía, al tiempo de la venta, el peligro de la evicción, debe a elección del comprador, o el importe del mayor valor de la cosa, o la restitución de todas las sumas desembolsadas por el comprador, aunque fuesen gastos de lujo, o de mero placer.

Art.2124.- El vendedor tiene derecho a retener de lo que debe pagar, la suma que el comprador hubiere recibido del que lo ha vencido, por mejoras hechas por el vendedor antes de la venta, y la que hubiere obtenido por las destrucciones en la cosa comprada.

Art.2125.- En caso de evicción parcial, el comprador tiene la elección de demandar una indemnización proporcionada a la pérdida sufrida, o exigir la rescisión del contrato, cuando la parte que se le ha quitado o la carga o servidumbre que resultase, fuere de tal importancia respecto al todo, que sin ella no habría comprado la cosa.

Art.2126.- Lo mismo se observará cuando se hubiesen comprado dos o más cosas conjuntamente, si apareciere que el comprador no habría comprado la una sin la otra.

Art.2127.- Habiendo evicción parcial, y cuando el contrato no se rescinda, la indemnización por la evicción sufrida, es determinada por el valor al tiempo de la evicción, de la parte de que el comprador ha sido privado, si no fuere menor que el que correspondería proporcionalmente, respecto al precio total de la cosa comprada. Si fuere menor, la indemnización será proporcional al precio de la compra. "

VICIOS REDHIBITORIOS:

CONCEPTO:

Son defectos ocultos de la cosa que tal como lo describe el Art.2164.- "***Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella.*** *",* en su Título XIV De los vicios redhibitorios .-

Requisitos:

De hecho y no los de derecho, son los que presentan a interés a éstos fines;

Ocultos: Es decir el enajenante no responde por vicios aparentes según el art. Art.*2173, el que expresa:" Entre compradores y vendedores, no habiendo estipulación sobre los vicios redhibitorios, el vendedor debe sanear al comprador los vicios o defectos ocultos de la cosa aunque los ignore; pero no está obligado a responder por los vicios o defectos aparentes.* "

Es interesante la opinión de F. López de Zavalía al respecto, autor a la que se remite a fin de ampliar la información.

Ignorado: es decir debe suponer un error en el adquirente, por lo que no procede la acción en caso de que el adquirente haya conocido el vicio caso del **2170** ***El enajenante está también libre de la responsabilidad de los vicios redhibitorios, si el adquirente los conocía o debía conocerlos por su profesión u oficio."*** y porque se lo haya declarado el transmitente , doctrina del art. 2169 del C.C

Grave: No puede pretenderse cosas perfectas pero la ley exige que los defectos hagan la cosa impropia para su destino.-

Y por último, Existencia al tiempo de la adquisición.-

Tal como lo mencionáramos al desarrollar el tema de la Evicción, la garantía por vicios, es una cláusula natural de los contratos a título onerosos y salvo casos de excepción como la de la ley de defensa del consumidor puede ser ampliada, restringida, renunciada siempre que no haya dolo en

el enajenante, y esto en virtud de la autonomía de la voluntad y libertad de configuración de las partes.-

La acción redhibitoria es una de las acciones previstas por la ley y la que da su nombre al instituto, y en el contrato de compraventa tiene por objeto dejar sin efecto el contrato, habiendo en éste sentido diferentes posiciones doctrinarias en torno a la naturaleza jurídica de la redhibitoria, tal como explica el autor que seguimos.

La estimatoria también denominada quanti minoris, tiene por objeto pedir que se baje de lo dado el menor valor de la cosa, y procede entre compradores y vendedores.-

La acción indemnizatoria como accesoria a la redhibitoria, puede ser solicitada por el adquirente cuando el enajenante conoció o debió conocer por razón de su oficio o arte los defectos ocultos de la cosa vendida.:

Art.2176.- Si el vendedor conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá éste a más de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos, si optare por la rescisión del contrato.

Ambito de aplicación: Se deben tener en cuenta los sgts arts del Código Civil:

Art.2165.- Las acciones que en este título se dan por los vicios redhibitorios de las cosas adquiridas, no comprenden a los adquirentes por título gratuito.

En éstos supuestos las partes ejercitan la autonomía de la voluntad:

Art.2166.- Las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, del mismo modo que la responsabilidad por la evicción, siempre que no haya dolo en el enajenante.

Art.2167.- Pueden también por el contrato hacerse vicios redhibitorios de los que naturalmente no lo son, cuando el enajenante garantizase la no existencia de ellos, o la calidad de la cosa supuesta por el adquirente. Esta garantía tiene lugar aunque no se exprese, cuando el enajenante afirmó positivamente en el contrato, que la cosa estaba exenta de defectos, o que tenía ciertas calidades, aunque al adquirente le fuese fácil conocer el defecto o la falta de la calidad.

Respecto a las características de las acciones desarrolladas se deben tener en cuenta los arts sgtes de nuestro Código Civil:

Art.2172.- Entre adquirentes y enajenantes que no son compradores y vendedores, el vicio redhibitorio de la cosa adquirida sólo da derecho a la acción redhibitoria, pero no a la acción para pedir que se baje de lo dado el menor valor de la cosa.

Art.2174.- En el caso del artículo anterior, el comprador tiene la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, volviendo la cosa al vendedor, restituyéndole éste el precio pagado, o la acción para que se baje del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio.

Art.2175.- El comprador podrá intentar una u otra acción, pero no tendrá derecho para intentar una de ellas, después de ser vencido o de haber intentado la otra.

Carga de la prueba.

El Art.2168 del C.C expresa:" Incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición, y no probándolo se juzga que el vicio sobrevino después. "

y los demás supuestos se encuentran desarrollados en el apartado 41 del autor que seguimos en ésta parte general de la materia.-

Se puede advertir que en la ley de defensa del consumidor, se encuentran distintos tipos de garantías, la legal, la específica por reparación , la de provisión y de prestación de ciertos servicios al decir de F. López de Zavalía, autor al que se remite a fin de ampliar la información en ésta temática.-

Es necesario tener en cuenta que Cambia la orientación en la referida ley de defensa del consumidor respecto al sistema de los vicios redhibitorios, por lo que, se deberán leer atentamente los arts. relacionados.

-

Sistema de garantias en la ley de defensa del consumidor:

Adecuación del régimen de garantía legal al nuevo ámbito subjetivo.

El art. 11 de la ley 24.240 impone la garantía legal; alcanzando a la comercialización de cosas muebles no consumibles, y los legitimados activos son tanto el consumidor (contratante) como sus sucesivos adquirientes. Tal garantía alcanza a los vicios o defectos aún cuando hayan sido ostensibles o manifiestos al momento de la contratación. La parte final del 1º párrafo da cuenta de una pauta de interpretación de la entidad del defecto: "cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y los entregado, o su correcto funcionamiento".

La visibilidad de los defectos no empece a la responsabilidad del proveedor, lo que guarda coherencia con lo dispuesto en materia de vicios redhibiditorios –art. 18 ley 24.240- es que la regulación de la materia, supone una distribución e riesgos conforme al nivel de información que posee cada contratante.

Así, el art. 2170 del código civil libera de responsabilidad por vicios al enajenante, cuando el adquiriente por su profesión u oficio debía conocer los vicios; la calidad del sujeto es relevante para la traslación de riesgos del vendedor al adquiriente. Y con similar lógica de fundamento, el art. 2176 agrava la responsabilidad del vendedor que por su oficio o profesión debía conocer el vicio o defecto.

El régimen de consumo no se aparta de tal orden de razonamiento; sólo que el régimen resulta alterado por la distinta distribución que supone de la información, y sobre tal presunción distribuye los riesgos.

El proveedor –por su profesionalidad- se presume que siempre debe conocer los defectos y el comprador, independientemente de sus condiciones personales, en tanto consumidor, nunca puede presumirse que debía conocer los defectos.
El segundo párrafo presenta las innovaciones de la nueva norma: fija el plazo de tres meses para la garantía legal obligatoria de las cosas usadas y en seis meses para los demás casos; plazo que se contará a partir de la entrega de la cosa.
Es decir que se introduce la garantía para las cosas usadas; y se extiende el plazo legal de garantía para las nuevas a 6 meses.

La posibilidad de determinación de resarcimiento de daños por la Autoridad de Aplicación. El denominado "Daño directo"

El nuevo art. 40 bis *"Daño Directo. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. La autoridad de aplicación podré determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un calor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC). El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor. Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial"*, faculta a la administración –en cabeza de la autoridad de aplicación de la ley y en el marco del procedimiento administrativo que la ley 24.240 organiza- a determinar indemnizaciones por el "daño directo" sufrido por el consumidor. El cual es definido de la siguiente manera: "Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o prestador de servicios".
Desde la perspectiva constitucional son compartibles los reparos de Picasso, es que no se trata sino de determinar qué grado de delegación de funciones jurisdiccionales puede absorber la administración. El leading case de la materia lo constituye el ya citado fallo "Fernandez Arias" en donde el Máximo Tribunal fijo como premisa que debe mediar un control judicial suficiente del ejercicio de la facultad de análisis. Y Control judicial suficiente quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubieran elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial. La simple facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas. En este sentido, la parte final del artículo en análisis expresa: "El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor.
El otro precedente más cercano, la Corte Federal, precisó: "El principio constitucional de defensa en juicio previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional y la prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales –art.109-, quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido

creados por ley, su independencia e imparcialidad está asegurada, el objetivo económico y político considerado por el legislador para crearlos sea razonable y sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente". En este caso, el tribunal desconoció la posibilidad de que el Ente Regulador de la Electricidad esté facultado a imponer indemnizaciones por daños por el incorrecto servicio de energía, disputa que giraba en torno de la interpretación del art.72 de la ley 24.065.
Estos antecedentes conducen a valorar si constituye el fin natural de la intervención administrativa en materia de consumo el de fijar determinaciones de daños, o no es ello una vía alternativa a la organización de un modo de acceso a la justicia sustantiva eficaz, rápida y gratuita que la realidad reclama. De ser así la implantación impropia de esta facultad emerge con evidencia.
Empero, las objeciones a la norma no terminan allí, el desapego a la dogmática provoca perplejidades que fueron puestas de manifiesto por quienes analizaron la cuestión. Por empezar, por daño directo cabe entender en los términos del art. 1068 al perjuicio sufrido "directamente en las cosas de su dominio o posesión" de un individuo; la otra oportunidad a que el código se refiere al daño directo es en el 1079, el cual distingue los supuestos en los cuales coincide el destinatario de la conducta dañosa y sus consecuencias (ambas se producen sobre la misma individualidad), supuesto de daño directo; y el daño indirecto que es el que sufre otra persona "de rebote"; es decir, sufre las repercusiones perniciosas que una conducta que tuvo como principal destinatario a otro. Finalmente, con esfuerzo terminológico e imprecisión conceptual; puede interpretarse que "daño directo" está expresado en términos de "consecuencias indemnizables inmediatas", en alusión a las consecuencias que encuentran una conexión de primer grado con el hecho ilícito (art. 901 del código civil). El nuevo art. 40 bis avanza en una definición de daño directo, ya transcripta y que no coincide con ninguna de las aquí referenciadas.
Es menester aclarar que el legislador ha querido avanzar –se insiste- en una solución rápida, que lejos de recortar el derecho indemnizatorio del consumidor, pretende funcionar como "adelanto" de una indemnización plena posterior en sede judicial; por lo tanto, aún cuando lo que sigue no pueda interpretarse como complacencia del autor con la solución en crisis; la norma debe entenderse como que se ha acotado a la administración con doble límite: 1.- cuantitativo: "La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censo de la República Argentina (INDEC)"; y otro cualitativo: por daño directo debe leerse en el sentido del aludido 1068 como el daño ocasionado a las cosas del dominio o posesión del consumidor; y que además sean consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento del proveedor.
Dejando a salvo consideraciones en torno a las dificultades estructurales de la administración para llevar a cabo comprobaciones relacionadas con la cuantificación de daños; cabe adunar que es necesario estar atentos al resultado de la aplicación de la norma; si bien es cierto que constituye una herramienta de satisfacción al consumidor que a su denuncia se le agrega un efecto práctico más; que también funciona como un elemento de presión más hacia el acuerdo en sede administrativa hacia el proveedor que ve en el panorama de eventualidades a las sanciones y ahora también a la indemnización; también es cierto que puede aparejar un achatamiento de las indemnizaciones al límite cuantitativo expresado, habida cuenta que no existen incentivos a la acción judicial posterior; llevando a un conformismo forzado. Esta apreciación debe ser entendida dentro de lo manifestado antes, relacionado con que este sistema indemnizatorio parece más encaminado a ser un atajo a lo que realmente reclama la realidad del consumidor en términos de medios adecuados de resolución de conflictos.

Nuevo régimen de la prescripción de las acciones judiciales

El nuevo texto del art. 50 –en su primera parte- queda redactado de la siguiente manera: "Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de los tres años". Queda ahora en claro que el plazo mencionado se aplica al más

amplio campo de aplicación, dejando de lado las discusiones acerca de su aplicabilidad a las acciones judiciales, o si quedaba confinado a las acciones y sanciones administrativas, lo que hoy esta saldado,. La segunda parte de la norma avanza sobre la cuestión de la convivencia de este plazo de prescripción con los otros plazos prescriptivos de las normas de fondo, establecido que: "Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario".
De este modo dentro del grupo de acciones que dimanan de una relación de consumo, es menester distinguir si las acciones se ejercen a favor o en contra del consumidor. En efecto, cuando el consumidor accione le será aplicable el plazo de prescripción liberatoria más largo, aun cuando éste emerja de una norma distinta a la propia del sistema de protección al consumidor, así por ejemplo, le será aplicable el art. 4023 Cod. Civ. –prescripción decenal- y no la trienal de la norma en comentario para toda acción personal en general. A su turno, no le será aplicable, verbigracia, el art. 4037 Cod. Civ prescripción bienal- ante supuestos de créditos originados en la responsabilidad extracontractual, sino la trienal del nuevo art. 50 de la ley 24.240. ahora bien cuando el consumidor es el demandado en razón de una relación de consumo, frente a aquellos supuestos en que sea aplicable una prescripción superior al plazo de tres años éste podrá oponer con éxito el plazo establecido en el art. 50 antes aludido. *"Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura. 20 años después" en La Ley diario del 9 de abril de 2008; nº34.*

Introducción de los daños punitivos

La ley 26.361 introduce como art. 52 bis al siguiente: "Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, e instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que le correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".
Sin perjuicio de señalar que existe un debate en la doctrina nacional acerca de la conveniencia de introducir los denominados daños punitivos en el derecho positivo, y que se verifica cierto consenso de la faz preventiva que cumple este dispositivo, en la medida que tiende a destruir la ecuación económica del dañador que frente a su imposición se ve competido a tomar medidas conducentes a evitar futuras ocasiones de daños, resulta muy problemática la implementación concreta del instituto en cuestión. Ninguna de las prevenciones y reparos que la doctrina ha formulado han sido recibidas por la norma en comentario, lo que va a conducir a inevitables reproches de constitucionalidad.

MODULO 3- Los contratos en particular

Lectura 10-Compraventa y Cesión

Concepto. Según el artículo 1323 del código civil, *"habrá compraventa cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero".*
El contrato no supone transferencia de la propiedad ni de la entrega específica del precio, sino la obligación de hacerlo.
Esta obligación es válida aún en la llamada compraventa manual o al contado, que se consuma y concluye en forma instantánea con la entrega simultánea de la cosa y el precio.

La compraventa tiene una inmensa importancia en las relaciones económicas y jurídicas de los hombres. Con frecuencia traspasa las fronteras y adquiere un interés internacional.
Caracteres:

a) Es bilateral porque implica obligaciones para ambas partes b) es consensual porque produce todos sus efectos por el sólo hecho del consentimiento y sin necesidad de la entrega de la cosa o del precio c) no es formal; aún en el caso de que tenga por objeto la transmisión de inmuebles, la escritura pública exigida por el artículo 1184, inciso1º, es un requisito de la transferencia del dominio, pero no del contrato en sí, que puede ser válidamente celebrado en instrumento privado d) es oneroso e) es conmutativo porque es de su naturaleza que los valores intercambiados (cosa y precio), sean aproximadamente equivalentes y puede llegar a ser aleatorio cuando se compra una cosa que puede o no existir.

Compraventa civil y comercial

Desde el punto de vista de su estructura ambos contratos son semejantes; las diferencias son de menor importancia. Es compraventa civil toda aquella a al cual el Código de Comercio no le haya atribuido naturaleza comercial. Según el art. 450 del Código de Comercio es comercial cuando alguien compra una cosa para revenderla o alquilar su uso, es decir, es necesario ánimo de lucro, por ejemplo si alguien compra en un supermercado comestibles para su consumo propio, no tiene ánimo de lucrar, no obstante el acto es de comercio porque el vendedor lo ha tenido. Según el art. 7: "*si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón él sujetos a la ley mercantil."*

Elementos de la compraventa

Existen elementos comunes a todos los contratos: la capacidad y el consentimiento y otros que le son propios, tal como la cosa y el precio.
Cosa: condiciones para que la cosa pueda ser vendida; según el artículo 1327, el principio general dice que "todas las cosas pueden ser vendidas".
Una de las condiciones sostiene que a) debe ser una cosa en sentido propio, es decir, debe tratarse de un objeto material susceptible de apreciación económica, según el artículo 2311, en el derecho moderno, se advierte una importante tendencia a considerar compraventa a la enajenación onerosa de cualquier cosa o derecho susceptible de apreciación económica.
b) el artículo 1327 dice que debe tratarse de una cosa cuya venta no esté prohibida por la ley. Las cosas pueden ser absoluta o relativamente inajenables según el artículo 2337 y art. 2338.
c) el artículo 1333 dice que debe ser determinada o determinable.
d) debe tener existencia real o posible, el artículo 1328 expresa que pueden venderse las cosas existentes y aún las futuras, pero no las que, vendidas como existentes, no han existido nunca o han dejado de existir en el momento de formarse el contrato; en este caso, el acto es nulo.

Puede darse el caso de que la cosa haya dejado de existir parcialmente; en tal caso, el comprador tendrá derecho a dejar sin efecto el contrato o a demandar la entrega de la parte que existiese con reducción proporcional del precio.
En este sentido Borda sostiene que no basta cualquier pérdida para dar lugar a la acción de resolución del contrato por parte del comprador y pone como ejemplo: si se hubieran prometido en venta 1000 toneladas de trigo y se perdieran 10 kg., sería contrario a la buena fe y a la lealtad que deben presidir los negocios jurídicos, pretender la rescisión de la venta. Pero desde que la pérdida sea apreciable, aunque pequeña, el comprador tiene derecho a rescindir el contrato. El ejercicio de este derecho de opción no hace perder al comprador el derecho de exigir el pago de daños y perjuicios si la pérdida hubiera ocurrido por culpa del vendedor.

Venta de cosa ajena

El problema lo presenta el artículo 1329 que sienta el principio de que las cosas ajenas no pueden venderse, pues cabe preguntarse: ¿Cómo podría venderse algo que no pertenece al vendedor?, sin embargo se advertirá que el principio no es tan razonable ya que cuando una persona se obliga a vender algo que no le pertenece, puede que tome el compromiso de adquirirlo primero y enajenarlo luego al comprador. No hay razón para prohibir tal contrato, opina Borda.

Se puede considerar como válida la venta de la cosa ajena en los siguientes casos:

a) si es de cosas fungibles, ya que la prohibición se aplica cuando se trata de cosas ciertas y determinadas.
b) cuando comprador y vendedor contratan sobre la cosa que pertenece a un tercero, teniendo pleno conocimiento de tal circunstancia, pues siendo así, el contrato debe interpretarse como un compromiso contraído por el vendedor de procurar al comprador la cosa objeto del contrato. El contrato es válido en cuanto compromiso de adquirir legítimamente la cosa de su dueño para transferir su dominio al comprador y no como un compromiso liso y llano de transferirla a éste.
c) cuando el contrato ha sido seguido de la entrega de la cosa al comprador, siempre que la cosa no haya sido robada o perdida. En efecto, en tal caso entra a jugar la regla del artículo 2412, según el cual la posesión de buena fe de una cosa mueble crea, a favor del que la posea, la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si la cosa no hubiera sido robada o perdida.
d) cuando se trate de la venta hecha por el heredero aparente a favor de un comprador de buena fe.

Explica Borda, que para que la venta de una cosa ajena origine su nulidad es preciso que se reúnan las siguientes condiciones:
a) que comprador y vendedor hayan tratado sobre la cosa como perteneciente a éste; es claro que no importa que el vendedor supiera que la cosa era ajena, si lo ignoraba el comprador; en suma lo que la ley no quiere es que las cosas ajenas se vendan como propias.
b) que se trate de una cosa cierta y determinada;
c) que el comprador no esté amparado en los artículos 2412 y 3430;
d) que no se trate de una compraventa mercantil.

Como puede advertirse, mientras que en el código civil sienta el principio de la nulidad de la venta de la cosa ajena, el de comercio establece el de la validez.
Tanto en un sistema como en otro, son válidas las compraventas de cosas ajenas cuando ambas partes supieren que lo eran y contrataron de buena fe en esa inteligencia.

El código resuelve expresamente que después de que se hubiese entregado la cosa no se puede demandar la nulidad de la venta ni la restitución de la cosa, según dice el artículo 1329. La solución es lógica. Antes de la entrega es natural que se permita al vendedor excepcionarse para no entregarla, puesto que él no puede ser obligado a cometer un hecho ilícito; pero después de consumado éste, ya no tendría razón de ser su reclamación de nulidad. En tal caso, su intervención en el negocio está terminada, en adelante, quien debe reclamar la restitución de la cosa es el dueño.

Carácter de la nulidad: ninguna duda hay de que se trata de un acto anulable, pues nunca recae sobre un objeto prohibido, la comprobación de si el objeto es o no ajeno, depende de una investigación de hecho. Mas dudosa es la cuestión de si se trata de una nulidad relativa o absoluta.
a) Para algunos autores se trataría de una nulidad absoluta, por falta de objeto lícito.
b) la opinión predominante en nuestra jurisprudencia y doctrina es que se trata de una nulidad simplemente relativa. No se opone a esta conclusión la circunstancia de que no sólo el comprador, sino también el vendedor, en ciertos casos, pueden pedir la nulidad, porque puede muy bien ocurrir que una nulidad relativa sea otorgada en beneficio de ambos contratantes. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con los contratos celebrados entre dos menores.
Según Borda, esta es la tesis que mejor se conforma con la naturaleza de tal invalidez.

Es interesante también el supuesto del art. 1331: “Que la venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa es de ningún efecto aun respecto a la porción del vendedor.” En éste sentido Vélez la resolvió de modo expreso, inclinándose por una solución poco justa, ya que no hay motivos para que este contrato no deba obligar al condómino vendedor en lo que toca a su parte, no obstante el art. 2677 expresa que si el condómino vende su porción indivisa, la enajenación es válida.

Luego del desarrollo de esta temática cabe preguntarse cuál sería la consecuencia si se anula el contrato en caso de que el comprador ignoraba que la cosa era común. El mismo art. 1331 explica que el vendedor debe satisfacer al comprador por los daños y perjuicios.

Supuesto de Venta de cosa futura
En principio, la compraventa debe tener un objeto actual; no se pueden vender cosas que nunca han existido, que no existirán o que habiendo existido han perecido, puesto que el acto carecería de objeto. Sin embargo, la venta de cosa futura es dentro de ciertos límites posible según el artículo 1327, para que ello sea así es preciso que las partes que celebran el contrato sepan que la cosa no existe aunque, desde luego, esperan que existirá; si, por el contrario, contratan pensando de que la cosa existe actualmente, el contrato será nulo.
Borda explica que bajo la denominación común de venta de cosa futura se comprenden dos hipótesis diferentes:

a) la venta de una cosa para el caso de que llegue a existir. Se trata de una venta condicional, en la que la obligación de pagar el precio está sujeta a la eventualidad de que la cosa llegue a existir; es la llamada emptio rei speratae. Es éste un contrato sujeto al régimen de las obligaciones condicionales.
b) La venta de una cosa futura cuando el comprador asume el riesgo de que la cosa llegue a existir. Es la llamada venta de esperanza o emptio spei.
Por lo que, el comprador puede asumir dos riesgos, ya sea de que la cosa exista o no o de que exista en mayor o menor extensión; la solución está dada por los Arts. 1404 y 1405 respectivamente. En este sentido pueden resultar interesantes los ejemplos propuestos por Borda.

Respecto a las Cosas sujetas a riesgos, explica Borda: "*No hay inconveniente en vender cosas actualmente existentes pero que estén sujetas a algún riesgo que las ponga en peligro de pérdida parcial o total. El comprador puede tomar sobre si el riesgo, en cuyo caso deberá pagar el precio convenido, aunque la cosa pereciere, dice el artículo 1406, bien entendido que para que este resultado se produzca, es indispensable que el comprador tenga conocimiento del riesgo y lo asuma; si por el contrario, solamente el vendedor lo conocía, su ocultamiento configura dolo y es suficiente para demandar la nulidad del contrato. y si el riesgo dependiera de un vicio oculto que tampoco el vendedor conocía, el comprador tendrá derecho a las acciones derivados de los vicios redhibitorios. No es indispensable que el comprador asuma expresamente el riesgo, basta que se pruebe que compró la cosa con pleno conocimiento del peligro y que pagó el precio sin ninguna observación sobre el punto para tenerlo por asumido tácitamente.*

Para que tales contratos se reputen válidos es preciso que el riesgo asumido por el comprador no haya acaecido todavía, o que habiendo acaecido, sea ignorado por las partes. En cambio, si el vendedor sabía que lo que se menciona como riesgo eventual ha ocurrido ya antes de celebrarse el contrato, éste será anulable a pedido del comprador, pues ya no habría contrato aleatorio sino dolo, dice el articulo 1407."

El precio

Condiciones que debe reunir:

Para que el contrato de compraventa quede legalmente configurado es preciso que el precio reúna las siguientes condiciones: a) debe ser en dinero; b) debe ser determinado o determinable c) debe ser serio.

Precio en dinero: el precio debe ser en dinero, de lo contrario no hay compraventa. Si lo que se da a cambio de una cosa es un servicio o trabajo, habrá dación en pago; si se cambia una cosa por otra, habrá permuta.

Precio determinado o determinable: el precio debe ser cierto según Art. 1349, es decir, determinado o determinable. Si en cambio el contrato no diese el procedimiento para la fijación del precio o lo dejase al arbitrio de una de las partes, el contrato será nulo según Art. 1355.

Tampoco basta que se estipule que se pagará el justo precio, dice artículo 1355. La ley ha considerado que en una cláusula de este tipo, que obligaría a la fijación judicial del precio, deja en la incertidumbre los derechos de las partes y es, por tanto, inconveniente. Pero la solución es discutible y no parece que existan razones realmente decisivas para fulminar de nulidad el acto cuando las partes están de acuerdo en la cosa vendida y en que se pague por ella su justo precio.

Normalmente el precio es fijado por las mismas partes, pero también puede serlo por un tercero, dice el Art., 1349, C.C. y el Art. 459, Código de Comercio.

Precio fijado por las partes: hay una hipótesis en que no importa que no se hay fijado precio ni se haya establecido procedimiento para fijarlo, cuando el vendedor ha entregado una cosa mueble que tiene precio corriente de plaza, se entiende que las partes se sujetaron al precio del día en el lugar de la entrega de la cosa, según dicta el Art. 1354.

Precio fijado por el tercero: no hay inconveniente en que se sujete el precio al arbitrio de un tercero (Art. 1349, C.C y Art. 459, Código de comercio). En tal caso éste actúa como mandatario de las partes.

Ahora bien, si la persona designada no quisiere o no llegare a determinar el precio, la venta quedará sin efecto según dice el Art. 1350

Precio serio y precio vil: el precio debe ser serio. No llena esta calidad el precio ficticio o simulado; si por ejemplo, se simula pagar un precio que en verdad no se paga no obstante la transmisión real y seria del dominio, no habrá compraventa sino donación. Tampoco la llena el precio irrisorio, como por ejemplo, si se vende una estancia en un peso; también es obvio que en este caso estaremos en presencia de una donación y no de una venta.
Diferente es el caso del precio vil. Aquí no puede decirse ya que no se trata de un precio serio, pues tanto el comprador como el vendedor se han propuesto seriamente hacer la venta sobre esa base. Por tanto, el precio vil no altera la naturaleza del acto ni impide la formación del contrato de compraventa. Lo que significa sin embargo, que el contrato no pueda impugnarse y eventualmente obtenerse una declaración de nulidad por el vicio de lesión.

Obligaciones del vendedor

Las principales obligaciones del vendedor son dos: entregar la cosa vendida y garantizarla para el caso de evicción y de vicios ocultos, también obligado a recibir el precio.

Obligación de entrega: Implica Conservación y custodia de la cosa
Atento que el vendedor debe entregar la cosa, entonces también está obligado a conservarla sin cambiar su estado, hasta el momento en que haga efectiva la tradición, por lo que es un cargo inherente a la obligación de entrega. Se la caracteriza como una actividad preparatoria que pondrá el vendedor en condiciones de cumplir su promesa. La custodia no es, por tanto, una prestación en sentido técnico ni puede ser objeto del reclamo del comprador por si misma. Lo que a éste le interesa es que la cosa se le entregue. No hay, pues, una custodia-deber, como la del depositario, sino solamente la carga propia de todo deudor de preparar y hacer posible el cumplimiento de la prestación.
Los gastos de conservación de la cosa corren por cuenta del vendedor, pues eso es lo que está dispuesto respecto de los gastos de entrega, (Art. 1415) y ya se ha dicho que la custodia no es sino un aspecto de la entrega. Pero no hay inconveniente en que las partes estipulen lo contrario, puesto que en este sentido rige la autonomía de la voluntad y las normas a que se hace referencia operan como derecho supletorio en caso de que las mismas nada hayan dicho.

¿Qué sucede con los riesgos y aumentos, mientras el vendedor no hiciere tradición de la cosa? Se aplicarán las disposiciones relativas a las obligaciones de dar (Arts 574 y sgtes), trátese de cosas ciertas o inciertas (Art. 1416).
Respecto de los riesgos que pueda sucederle a la cosa sin culpa del vendedor, la venta quedará resuelta; el vendedor no podrá reclamar el pago del precio y si lo hubiere recibido, deberá devolverlo. (Arts. 578 y 895).
En cuanto a las mejoras, cualquiera que sea su carácter, explica Borda, que el único derecho que le cabe es llevarlas a cabo si al hacerlo no causare perjuicio a la cosa. Pero no podrá pretender se le paguen las mejoras necesarias, porque se trata de gastos de conservación de la cosa, que están legalmente a su cargo, según se mencionó en párrafo anterior.

Respecto a los riesgos y aumento en caso de mora del comprador, se sugiere la lectura del texto obligatorio, del autor que seguimos.

¿En qué consiste la entrega?
Para contestar esta cuestión se debe tener en cuenta la forma y el modo, vale decir: la entrega es la transferencia de la posesión de la cosa por el vendedor al comprador y tiene por objeto poner al comprador en condiciones de obtener de la cosa el provecho que corresponde al propietario.
Según el artículo 1417, es aplicable a la tradición de las cosas vendidas lo que se dispone respecto de la tradición en general.

Habrá tradición, cuando una de las partes entregare voluntariamente la cosa y la otra voluntariamente la recibiere; Nos dice el Art. 2377 que dicha entrega exige una tradición material.
La tradición de inmuebles al comprador debe hacerse por actos materiales del vendedor con asentimiento del comprador o viceversa, según el Art. 2379 o bien desistiendo el vendedor de la posesión que tenía y ejerciendo el adquirente actos posesorios en presencia del vendedor y sin oposición alguna (Art. 2380).

La tradición de cosas muebles exige, en principio, la entrega material de la cosa, Borda explica otros casos en que también se considera tradición, como el párrafo que se reproduce en forma literal, a continuación:

"a) si la cosa estuviese en caja, almacén o edificio cerrado, bastará con la entrega de la llave del lugar en que la cosa se halla guardada (Art. 2385, cod civil. Y Art. 463, inc. 1, cód de comercio). b) si las cosas no están presentes, basta con la entrega de los conocimientos, facturas, etc., en los términos que lo dispone el Código de comercio; o cuando se remiten por cuenta y orden de otros, es suficiente que la persona que las remita las entregue al agente que deba transportarlas, con tal que el comprador hubiere determinado o aprobado el modo de la remisión.(Art. 2388) c) la tradición de rentas nacionales o provinciales se juzgará hecha por la transferencia de ellas, según la legislación que las rija; la de acciones nominativas de compañías o sociedades, cuando lo fuese conforme a los estatutos de la sociedad o de los contratos sociales; la de acciones endosables se hará por el solo endoso, sin ser necesaria la notificación al deudor; para las acciones al portador será necesaria la tradición efectiva de los títulos. (Art. 2390)
También se considera hecha la tradición cuando, no estando presente el comprador, el vendedor la remite a un tercero designado por el adquirente o la pone en un lugar en que esté a la disposición exclusiva del comprador. … Art. 2386".

¿Cómo debe entregarse la cosa?
Tal como se encontraba en el momento del contrato de venta, según lo dispone el art. 1408. Y La cosa debe entregarse en el tiempo convenido en el contrato y, si no lo hubiere, cuando el comprador lo exija (Art. 1409). En otras palabras, a menos que el contrato fije plazo, la entrega de la cosa es inmediatamente exigible por el comprador. Por entrega inmediata debe entenderse la que se realiza dentro de las 24 horas siguientes al contrato (464, Cod de com.) así, si se trata de venta de mercaderías que el vendedor debe transportar entre localidades distantes como por ejemplo de Mendoza a Buenos Aires, no es posible exigir que la entrega se haga en el día.
La entrega debe hacerse en el lugar designado en el contrato y, a falta de estipulación, en el que se encontraba la cosa en el momento de celebración, así lo disponen los Arts. 1410 del C.C. y 461, del Cod de Com.).

En las compraventas al contado, el vendedor puede negarse a entregar la cosa, mientras el precio no le sea pagado íntegramente (Art. 1418). Borda explica *"que esta facultad ha sido llamada derecho de retención por la doctrina francesa, lo que se justifica en aquel país en el cual la propiedad de la cosa se transmite ipso iure por el contrato, de modo que no hay inexactitud en afirmar que el vendedor retiene una cosa que ya no le pertenece. Nada de ello ocurre en nuestro derecho, en donde tal calificación es evidentemente impropia, puesto que hasta el momento de la tradición, el vendedor sigue siendo dueño; el no retiene una cosa ajena".*

Es interesante destacar este supuesto, puesto que habría una aplicación de la exceptio non adimpleti contractus por cuanto si una de las partes no puede ser obligada a cumplir si la otra no ha cumplido con sus obligaciones.

Esta obligación de entrega se complementa con la de garantía, es decir, asegurar al comprador que podrá gozar plenamente del derecho de propiedad que le ha transmitido, ya sea absteniéndose de todo acto que se lo obstaculice, así también respecto de terceros.
Recuerde que este tema ya ha sido desarrollado al estudiar evicción y vicios redhibitorios.
Otras de las obligaciones principales del vendedor **es recibir el precio** en lugar convenido y si ello no hubiese sido pactado en el lugar y tiempo de la entrega de la cosa. Las normas referidas son los Arts. 1411, 1424, no obstante, Borda explica que son superfluas por cuanto es suficiente invocar las normas relativas al pago de las obligaciones del Art. 747.-

Obligaciones del comprador

Consisten generalmente en: ***pagar el precio*** en el momento pactado o bien en el lugar de la entrega de la cosa; ***Recibirla y abonar los gastos de recepción***.
Es interesante la opinión de Borda respecto al momento en que puede exigirse el precio respecto de los inmuebles, expresando que la transferencia del dominio exige además de la tradición , la escritura e inscripción en el registro, ya sea simultánea o posterior a la tradición la que marca el momento de exigirlo.
Los Arts. 1425 y 1426 configuran supuestos que el comprador podrá invocar de ser necesario, tal como la posibilidad de suspender el pago del precio por motivos fundados, los que son de estricta apreciación judicial, de ser molestado por reivindicación u otra acción real o bien por no entregarle el vendedor lo que se expresa en el contrato o realice un cumplimiento defectuoso, por ejemplo, no entregar los accesorios ni dependencias o cosas de distinta calidad o especie a la prometida en el contrato, tal como se expresa en la última parte del art. 1426.

Respecto de las modalidades de la compraventa, es de destacar que en toda esta temática rige el principio de la libertad según el ya estudiado Art. 1197, por lo que los contratantes podrán insertar las cláusulas que más convengan a sus intereses, sólo tiene carácter supletorio. Estos temas se deberán estudiarse del capitulo respectivo.

Unidad 8:
Cesión de derechos:

El Art 1434 dice que habrá cesión de crédito, cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra parte el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título de crédito, si existiese.
Esta definición se hace pasible de críticas; Borda se refiere sólo a la cesión de créditos, cuando en realidad lo dispuesto en el Título del C.C alude también a la cesión de derechos no creditorios, tales como los reales o los intelectuales; eso es lo que se desprende de los Arts. 1444 y sgtes.
Luego, no tiene por qué reducirse la institución al campo de los derechos creditorios; por ello este autor ha adoptado la denominación de **cesión de derechos en general.**

A título ilustrativo, es interesante destacar que López de Zavalía en cuanto desarrolla la temática de cesión de herencia en uno de sus tomos, también considera que la cesión de derechos es el género más amplio, en el que se encuentra inserto, por ejemplo, la subespecie de cesión de universalidades jurídicas.

Art. 1434 - párrafo final: "*entregándole el título de crédito, si existiese*" esto parecería indicar que la entrega del título es esencial para la formación del contrato, pero no es así, según resulta de lo dispuesto expresamente por el art. 1467.

Por lo que puede definirse la cesión de derechos como el contrato en virtud del cual una persona enajena a otra un derecho del que es titular, para que éste lo ejerza a nombre propio.
En los antecedentes el derecho romano primitivo se concebía a las obligaciones como un derecho personalísimo, insusceptible de ser cedido. Aún después de admitida la transmisión mortis causa, persistió la imposibilidad de ceder un crédito o una obligación por actos entre vivos. Esto no se acomodaba a las crecientes exigencias de la vida comercial, cada vez más intensa a medida que se extendía el Imperio, pasando entonces por diversas figuras, conforme lo explica el autor, concluyendo que el derecho moderno admite hoy en día la cesibilidad de los derechos.

IMPORTANCIA PRÁCTICA DE ESTE CONTRATO:
La cesión de derechos desempeña un papel importante en la vida de los negocios. Algunas veces el titular de un crédito sujeto a plazo tiene necesidad de dinero; negocia entonces su crédito con lo cual resuelve su problema; el cesionario, por su parte, también hace un negocio, puesto que recibirá una compensación por haber adquirido un crédito que está sometido a plazo y que corre con el riesgo de la insolvencia del deudor y de las eventuales molestias de tener que perseguir el cobro judicialmente.
La cesión de derechos hereditarios permite al heredero entrar de inmediato en posesión de un patrimonio aproximadamente equivalente al que le corresponde en la herencia y del que sólo podría disponer una vez concluidos los largos trámites del sucesorio.
Otras veces la cesión permite consolidar derechos confusos o litigiosos. Es también una manera rápida de llevar a la práctica ciertos negocios, cuya formalización de otra manera exigiría el cumplimiento de solemnidades complejas y lentas.

CARACTERES
La cesión de derechos presenta los siguientes caracteres:

a) Es un contrato consensual; se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades y no requiere como condición ineludible la entrega del título, pese a que lo que se comenta en la última frase del. Art 1434 "…*entregándole el título del crédito, si existiere"* parecería indicar lo contrario. El carácter consensual ha sido expresamente establecido en los Arts. 1454 y 1467.

b) Es formal, pues requiere la forma escrita bajo pena de nulidad (art. 1454) y aún a veces es necesaria la escritura pública Sólo en la cesión de títulos al portador la forma escrita ha sido sustituida por la entrega del título (art. 1455)

c) Puede ser onerosa o gratuita; en el primer caso (venta, permuta) será bilateral y conmutativa porque las prestaciones son recíprocas y se presumen equivalentes; en el segundo (donación), será unilateral.

El principio general es que todo derecho puede ser cedido, a menos que medie prohibición expresa o implícita de la ley o lo impida la voluntad de las partes expresada en el título de la obligación (Art 1444). Dentro de la amplitud de esta regla quedan comprendidos todos los derechos personales, reales o intelectuales y, desde luego, las acciones derivadas de esos derechos. Aunque comúnmente se ceden derechos sobre las cosas y principalmente sumas de dinero, no hay inconveniente de principio en que se cedan otras clases de derechos creditorios, tales como las obligaciones de hacer o no hacer puestas a cargo de terceros.

DERECHOS QUE PUEDEN CEDERSE
En conformidad con los Arts. 1446 y siguientes, pueden cederse los siguientes derechos:
a) Los créditos condicionales o eventuales. Se trata de conceptos no idénticos. En los derechos condicionales hay una causa jurídica actualmente existente (el acto jurídico) si bien el nacimiento

del derecho depende de un acontecimiento futuro e incierto; por ejemplo, la compañía de seguros pagará una indemnización si se produce el siniestro previsto en la póliza. Tal derecho puede indiscutiblemente cederse conforme con el art. Art 1446. Pero el concepto de eventualidad no es tan preciso. Al autorizar la cesión de los créditos eventuales, el Código se ha referido a las hipótesis en las que podría dudarse si está configurado rigurosamente un crédito condicional; por ejemplo los citados por el autor al que seguimos: la cesión del saldo favorable que eventualmente resulte para el tutor o curador de la liquidación de las cuentas de la tutela o curatela o la comisión que eventualmente resulte a un intermediario, de la venta u operación que se le ha encargado; el precio que resulte de una venta ordenada por el propietario, .
En todos estos casos, el derecho cedido, aunque eventual y azaroso, tiene un fundamento objetivo serio. Pero a veces se trata de una pura eventualidad, de un derecho que no tiene ni siquiera un germen de existencia, sino solamente una posibilidad jurídica de nacer. Así por ejemplo, cabe preguntarse si pueden cederse los alquileres de un inmueble todavía no arrendado, los derechos de autor sobre una obra aún no compuesta, el crédito derivado de un trabajo que todavía no se le ha encargado al cedente. En este sentido, Borda expresa con total acierto, que el principio de que los derechos eventuales pueden cederse no debe llevarse a extremos tan ilógicos. Un contrato jurídico no puede tener por objeto una mera ilusión.

b) Los créditos exigibles (Art 1446): si se puede ceder un crédito condicional o eventual, con tanta mayor razón podrá cederse uno de esta naturaleza, cualquiera sea la solvencia del deudor cedido. Es claro que si se cediese dolosamente un crédito exigible contra un insolvente, el acto será nulo por dolo, pero no por la naturaleza del objeto de la cesión.

c) Los créditos aleatorios (Art 1446), tal como el que resultaría de un contrato de renta vitalicia. También cabe dentro del concepto de aleatorio, aunque no se trata de un crédito propiamente dicho, la cesión de la clientela, sea de un establecimiento comercial o industrial o de un profesional; particularmente se ha considerado lícita la realizada por los médicos siempre que la hagan ellos y no sus herederos, restricción esta última que se explica porque la cesión de la clientela significa la recomendación o por lo menos la presentación de los clientes al médico cesionario, acto para el cual el cedente necesita de la confianza de sus enfermos, confianza que siendo personal, no pasa a los herederos. En otras palabras, éstos no pueden ceder algo de que no disponen.

d) Los créditos a plazos (Art 1446).

e) Los créditos litigiosos (Art 1446): por tales deben entenderse no solamente los propiamente litigiosos, vale decir, los que están en discusión en un litigio actual, sino también los simplemente dudosos, pues el principio es que todo derecho puede ser objeto de cesión. Se tratará tanto en la cesión de derechos litigiosos como simplemente dudosos de un contrato aleatorio.

f) Los derechos sobre cosas futuras, como los frutos naturales o civiles de un inmueble (Art 1447) o los intereses futuros de un préstamo o de otra deuda de dinero.

g) Los derechos que resultan de convenciones concluidas y aún los que pudieren resultar de las que todavía no están concluidas (Art 1448). La primera hipótesis no ofrece dificultades, pues es obvio el derecho a ceder los créditos que resulten de un contrato. Menos simple es la segunda hipótesis. La ley autoriza la cesión de créditos que podría resultar de convenciones aún no concluidas; en este sentido Borda opina que se alude a aquellas tratativas que aunque no han llegado todavía al acuerdo definitivo, suministran una base seria al crédito que se pretende ceder. Tal sería el caso de que el cedente tuviera en su poder una promesa unilateral del dueño de una cosa de vendérsela o arrendársela. Inclusive podrían cederse los derechos que resulten de una

tratativa formal y que tenga un grado tal de adelanto que la cesión puede considerarse seria y no simplemente una venta de humo. Este problema se vincula con el de la cesión de derechos eventuales.
Existen otros supuestos no enumerados en la ley que pueden también cederse: a) los créditos provenientes de una obligación natural; b) la acción reivindicatoria, que puede ser ejercida por el cesionario aun antes de entrar en posesión del inmueble; c) la acción hipotecaria, pero naturalmente esa cesión importa también la del crédito del cual el derecho real de hipoteca es un accesorio; d) la acción prendaria, con la misma salvedad e) el ejercicio del derecho real del usufructo, aunque no el derecho mismo, porque el usufructuario es personalmente responsable ante el propietario por los menoscabos que tengan los bienes por culpa o negligencia de la persona que lo sustituye (Art. 2870); etc.

En relación a la autonomía de las partes y aunque el principio es que todo derecho puede ser cedido, las partes pueden acordar lo contrario; pero para que el titular del crédito esté impedido de hacerlo, la prohibición debe constar en el título mismo de la obligación según surge del art. 1444, por ejemplo un caso práctico de inaccesibilidad convencional pactada en el título mismo de la obligación es el de los documentos no negociables; es frecuente también incluir una cláusula semejante en los pasajes por tren, avión o barco.

Surge de la ley que está prohibida la cesión de los siguientes derechos:
a) Los que sean inherentes a la persona (Art 1445). Se entiende por tales los llamados derechos de la personalidad el derecho al nombre, al estado, a la capacidad, al domicilio, la mayor parte de los derechos de familia, tales como la patria potestad, la tutela o curatela y las potestades que de ellos derivan. Las consecuencias patrimoniales de tales derechos pueden cederse. Así, el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, están fuera del comercio; pero si alguna persona hubiera sido lesionada o agraviada, el derecho a la reparación patrimonial puede ser cedido. b) Los derechos de uso y habitación ya que se tratan de derechos concedidos intuitu personae y prohíbe por consiguiente su cesión. c) Las esperanzas de sucesión (art. Art 1449). Los pactos sobre herencias futuras han sido considerados contrarios a la moral y por lo tanto nulos. Desde luego, las herencias ya deferidas pueden cederse. d) Las jubilaciones y pensiones, civiles y militares (art. Art 1449 y disposiciones concordantes de las leyes sobre jubilaciones); pero no se trata de una prohibición absoluta, pues el mismo art. autoriza la cesión a partir del monto en que dichos beneficios sean embargables.
El derecho a alimentos futuros según el Art 1453. En cambio, no hay inconveniente en ceder los alimentos ya devengados, pues la ley considera que en este caso no se compromete irreparablemente el porvenir y la cesión de los alimentos ya devengados, sobre todo cuando son litigiosos, puede muchas veces permitir al alimentado satisfacer necesidades vitales que pueden no tener otra manera de solucionarlo.
f) El derecho adquirido por un pacto de preferencia en la compraventa (art. Art 1453)
g) La indemnización por accidentes del trabajo etc.

Forma

La regla general es que toda cesión debe ser hecha en forma escrita, bajo pena de nulidad, cualquiera sea el valor del derecho cedido y aunque él no conste en instrumento público o privado (Art 1454), aunque en algunos casos se exigirá la escritura pública:
a) Cuando se trata de derechos litigiosos (Art 1455) debe agregarse que la misma disposición legal autoriza a sustituir la escritura pública por acta judicial hecha en el mismo expediente y cierta jurisprudencia tiene resuelto que tal acta puede ser suplida por un escrito presentado y ratificado en los autos por cedente y cesionario

b) Cuando se trata de la cesión de derechos o acciones procedentes de actos consignados en escritura pública (Art 1184, inc. 9º), por ejemplo los derechos relativos a bienes inmuebles (Art 1184, inc. 1º).
c) La cesión de derechos hereditarios (Art 1184, inc. 6º).
Luego, no es necesaria la forma escrita respecto de los títulos al portador pueden ser cedidos por la simple tradición de ellos (art. 1455).
La forma escrita es indispensable aunque la obligación originaria no la tuviere, como puede ocurrir con una deuda asumida verbalmente. Borda sostiene que la misma es exigida ad probationem y no ad solemnitatem y su fundamento radica en que la cesión puede ser acreditada, entre cedente y cesionario, por otros medios de prueba.
En cuanto a la aceptación de la cesión, ella no requiere formalidad alguna, pudiendo inclusive ser tácita.
No obstante, es dable reiterar la postura de López de Zavalía respecto del art. 1184, afirmando el carácter solemne relativo de la escritura pública ordenada, también adhieren a esta postura LLambías y Mosset Iturraspe.

PRINCIPIO GENERAL. Según el Art_1457, "la *propiedad de un crédito pasa al cesionario por el solo efecto de la cesión, con la entrega del título, si existiere."*
Borda opina que la transmisión se opera ipso iure por el perfeccionamiento del contrato y sin necesidad de hacer entrega del documento y la circunstancia de que el cedente pueda desobligar al deudor cedido se explica porque respecto de éste, el contrato no produce efecto alguno mientras no le sea notificado; por ello, el deudor queda desobligado pagando al cedente, aunque éste hubiera ya cedido el crédito y entregado al cesionario el título; por otra parte, aún conservando el cedente el título en su poder, no podrá ya hacer remisión de deuda ni desobligar por otro medio al deudor si éste hubiera sido ya notificado del contrato.
Lo que demuestra que la entrega del título no es esencial para que se operen plenamente todos los efectos del contrato; la ley obliga a entregarlo porque con ello se facilita la acción del cesionario que quiere hacer valer el crédito adquirido y se dificultan maniobras encaminadas a burlar los derechos del cesionario o de terceros.

Notificación al deudor cedido:

Respecto de terceros que tengan un interés legítimo en contestar la cesión, el derecho no se transmite al cesionario sino por **la notificación del traspaso al deudor cedido o por la aceptación de la transferencia por parte de éste** (Art.1459), no obstante es necesario tener en cuenta que la aceptación del deudor cedido no tiene relevancia jurídica sino como prueba de que tenía conocimiento de la cesión, pues no está en su poder aceptar o rechazar la cesión ni impedir la producción de todos sus efectos.
Sin la notificación la cesión carece de efectos respecto del deudor cedido y respecto de cualquier otro tercero que tenga interés legítimo en contestar la acción.
Los terceros que la ley menciona son:
a) los acreedores del cedente que hayan embargado el crédito: si el embargo se ha trabado con anterioridad a la notificación de deudor, la medida precautoria se mantiene firme, en tanto que si lo ha sido con posterioridad a esa fecha carece de efectos;
b) los otros cesionarios del mismo crédito; puede ocurrir, en efecto, que el mismo crédito haya sido cedido de mala fe a distintas personas: el cesionario que primero notifica al deudor cedido es quien tiene prioridad.
Es importante destacar que la exigencia de la notificación se justifica fácilmente respecto del deudor cedido, pues le permite saber a quién debe realizar el pago. Si bastara la sola cesión, podría ocurrir que el cedente, de mala fe, le aceptara el pago después de haber cedido el crédito y como él ya no es el acreedor, el deudor no quedaría liberado y tendría que pagar nuevamente al cesionario.

Sin perjuicio de la importancia que tiene la notificación del deudor tanto respecto de éste como de los restantes acreedores, hay que destacar que también tiene interés para el propio cesionario.
Desde que se haya hecho la notificación, el deudor no podrá liberarse de su obligación sino pagándole a él y que en caso de conflicto entre dos o más cesionarios, prevalece el derecho de quien primero ha notificado al deudor (art. 1470).

Las cuestiones referidas a la notificación o aceptación del deudor cedido sólo se conciben respecto de un derecho creditorio, es decir, cuando hay un deudor. Si se cede un derecho de propiedad, una herencia, no hay deudor alguno ni se concibe la notificación.

FORMA DE LA NOTIFICACIÓN. Las formas requeridas para la notificación deben considerarse en las relaciones entre las partes y el deudor cedido y entre ellas y los restantes terceros.

a) Respecto del deudor cedido es válida la notificación hecha por simple instrumento privado y aún verbalmente, puesto que la ley no contiene ninguna exigencia formal. Sin embargo, cuando la notificación es hecha por el cesionario o por un escribano público, deberá realizarse sobre la base de un documento auténtico emanado del cedente en el que conste la cesión realizada. El autor mencionado nos ejemplifica: *"Vale como notificación legal el traslado de la demanda por cobro de pesos que le instaura al deudor cedido el cesionario."*

b) Respecto de los demás terceros no tiene efectos si no es hecha por instrumento público (art. 1467) advirtiéndose en esta norma una publicidad rudimentaria en protección de los terceros, pero es necesario reconocer que el medio arbitrado por la ley no cumple con dicho propósito. Es interesante la opinión del autor en cuanto sostiene que la notificación hecha por un escribano público no tiene por qué ser conocida por los terceros, que permanecen tan ignorantes de ella como si se hubiera hecho en forma privada, siendo entonces un requisito excesivo.

La notificación puede ser hecha por cualquiera de las partes, lo más frecuente es que la haga el propio escribano ante quien pasó el contrato de cesión o el cesionario, que es el más interesado en que la diligencia se cumpla. Inclusive podría hacerla el acreedor del cesionario en ejercicio de la acción subrogatoria y debe dirigirse al propio deudor o a su representante legal, si se trata de un incapaz; tratándose de una persona jurídica, pública o privada, a su representante legal.
Si los deudores son varios y simplemente mancomunados, la notificación debe hacerse a cada uno de ellos; pero la cuestión es más dudosa tratándose de deudores solidarios y en ese caso debe hacerse a todos.
La notificación debe hacerse en el domicilio real del deudor; respecto a su contenido basta con que se hicieran conocer sus partes sustanciales y, sobre todo, que contenga la individualización precisa del crédito que se cede (art. 1460).
En lo que atañe a los efectos de la aceptación con relación al deudor cedido, ninguna duda cabe de que no es dable exigir ningún requisito formal, basta que sea hecha por instrumento público o privado o aún verbalmente; inclusive es válida la aceptación tácita.
No obstante, se discute si respecto de los demás terceros basta con una aceptación informal o si, por el contrario, es preciso un instrumento público. Esta última opinión se apoya en el texto del art. Art 1467, según el cual la notificación debe hacerse por acto público, lo que por analogía debe extenderse a la aceptación.
Borda no acuerda con ello y sostiene que: "*Los preceptos formales deben interpretarse restrictivamente, puesto que las formas tienen carácter excepcional, ya que el principio es la libertad y la falta de formas; por consiguiente, si la ley no se expresa claramente, el intérprete debe decidirse en contra de la acumulación de requisitos formales materialmente inútiles*".

CONOCIMIENTO INDIRECTO DE LA CESIÓN POR EL DEUDOR.
Supongamos que el deudor no haya sido notificado de la cesión ni la haya aceptado, pero en forma indirecta la ha conocido, sea por un tercero o por cualquier circunstancia accidental. La pregunta sería ¿Suple este conocimiento la notificación? VÉLEZ SARSFIELD sentó ciertas reglas: 1) el conocimiento indirecto de la cesión no equivale a la notificación o aceptación y le permite al deudor obrar como si no existiera tal cesión (Art 1461); 2) pero si las circunstancias del caso demuestran que existió una colusión dolosa entre deudor y cedente o una imprudencia grave del deudor, la cesión del crédito surtirá respecto de él todos sus efectos, aunque no medie notificación ni aceptación (Art 1462); 3) de igual modo, la cesión no notificada ni aceptada es oponible al segundo cesionario culpable de mala fe o de imprudencia grave (Art. 1463).

En conclusión el autor sostiene: "Si*, en definitiva, lo que se propone la ley al requerir la notificación es poner en conocimiento del deudor quién es la persona a la que debe pagar, tal propósito legal se cumple con el simple conocimiento. Por lo demás, una razón elemental de buena fe exige que el deudor que sabe que el anterior ha cedido su crédito, no sea legalmente autorizado a pagarle al cedente sino al cesionario. Por esta solución se inclinan numerosas y muy modernas legislaciones."*

Es claro que nuestro Código permite al cesionario probar que existió colusión dolosa entre el deudor y el cedente, en cuyo caso el pago hecho por el deudor al cedente sería inoponible al cesionario, que podría exigirlo nuevamente del deudor, más aún, el Código reconoce igual derecho al cesionario aunque sólo pruebe la imprudencia grave del cedente.
Del principio de que la cesión sólo produce efectos respecto del deudor cedido desde el momento de la notificación o aceptación, surgen ciertas consecuencias, tal como el pago hecho por el deudor al cedente antes de la notificación de la cesión es plenamente válido y libera al deudor (Art 1468), quien puede oponerlo al cesionario.
Luego, el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones y defensas que hubiera podido hacer valer contra el cedente (Arts. 1469 y 1474).
Recordando que el deudor conserva todas las excepciones que tenía contra el cedente aunque no haya hecho reserva alguna en el acto de la notificación o aceptación.
Es interesante leer lo que el autor al que seguimos explica respecto a la excepción de compensación.

ACCIONES CONSERVATORIAS: Si bien la cesión no tiene efectos respecto de terceros sino desde el momento de la notificación o aceptación, esta regla, no es absoluta. La ley concede prudentemente al cesionario el derecho a interponer todas las acciones conservatorias de su crédito desde el momento mismo de la cesión (art. 1472).
El cesionario ostenta cuanto menos la calidad de acreedor condicional y es lógico que se le reconozca ese derecho, pudiendo por ende embargar el crédito, ejercer la acción subrogatoria, interrumpir la prescripción, etcétera.

Supuesto de ACCIÓN DEL CESIONARIO SIN NOTIFICACIÓN PREVIA DE LA CESIÓN. El cesionario puede demandar, por vía ejecutiva u ordinaria, al deudor sin necesidad de notificarle previamente la cesión, puesto que el traslado de la demanda es el mejor cumplimiento de aquella formalidad.

Respecto de los DERECHOS DEL CEDENTE y supuestos de NOTIFICACIÓN DE UNA CESIÓN NULA, NOTIFICACIÓN INEXACTA, REVOCACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN y Conflictos entre el cesionario y los acreedores embargantes, podrán analizarse e el texto del autor que seguimos.

Contenido de la cesión

La regla es que el crédito se cede con el contenido, alcance y limitaciones con que lo gozaba el cedente (art. 1458).
De tal principio surgen las siguientes conclusiones:
a) Fuerza ejecutiva: La cesión comprende la fuerza ejecutiva del crédito, si éste la tuviere y aunque la cesión se hiciere en forma privada.
No interesa, pues, que el título originario fuera un instrumento público; en cualquier hipótesis, la circunstancia de que la cesión se haga en forma privada no lo priva al cesionario de hacer valer la vía ejecutiva.

b) Accesorios del crédito: La cesión comprende también todos los accesorios del crédito cedido, tales como las fianzas, hipotecas, prendas, privilegios (Art 1458).
Se trata de una enumeración simplemente ejemplificativa y, por tanto, es obvio que quedan comprendidos, por ejemplo, el derecho a hacer valer una cláusula penal (ver nota 6), el pacto de retroventa, el de mejor comprador, etcétera. Pero no pasan al cesionario los privilegios meramente personales.

c) Intereses. La cesión comprende también los intereses y no solamente los futuros, sino también los que estuvieren ya vencidos pero pendientes de pago en la época de la cesión, siempre que las partes en el contrato no hayan pactado algo distinto.

RESTRICCIONES, CARGAS Y VICIOS DEL DERECHO CEDIDO.
Así como pasan al cesionario todas las garantías, privilegios y acciones derivadas del derecho cedido, así también se le transmiten sus restricciones, cargas y vicios.
En otras palabras, el cesionario ocupa el mismo lugar del cedente; la transmisión convenida entre ellos no mejora ni perjudica al deudor cedido. Como consecuencia de ello, éste puede oponer al cesionario todas las defensas y excepciones que tuviera contra el cedente tales como, por ejemplo, la exceptio non adimpleti contractus, la acción de resolución, de simulación, de fraude, dolo o violencia.

Un derecho puede cederse total o parcialmente. En este último caso, cedente y cesionario se encuentran ubicados en el mismo plano en lo que atañe a sus derechos respecto del deudor: el cesionario no podrá invocar preferencia alguna sobre el cedente, a menos que éste se la hubiera cedido expresamente o le haya garantizado de otra manera el cobro de su crédito. Ejemplo típico de esta última hipótesis es la garantía de la solvencia del deudor asumida por el cedente; en tal caso, cobrará primero el cesionario parcial y luego el cedente.

Cabe preguntar ¿CUÁNDO EXISTE LA GARANTÍA DE EVICCIÓN?
El cedente debe al cesionario la debe cuando la cesión fuese onerosa, no la debe, en cambio, si fuera gratuita. Si se tratare de una cesión hecha como retribución de servicios o con cargos, se aplicará lo dispuesto con respecto a las donaciones de esta naturaleza.
En definitiva, la garantía de evicción se debe en la medida de la onerosidad de la cesión.
Es dable recordar lo ya visto en módulos anteriores respecto a este tema: La garantía de evicción no es de orden público; puede por tanto ser renunciada por el cesionario, ya sea en forma expresa o tácita; caso típico de esta última son los derechos que se ceden como dudosos, en cuyo caso el cedente no contrae responsabilidad alguna. Respecto del alcance de la garantía el cedente, sea de buena o mala fe, está obligado a responder por la existencia y legitimidad del crédito (art. 1476).

Se trata de una garantía de derecho; se asegura la bondad del título, no la honestidad ni la solvencia del deudor cedido, salvo ciertas hipótesis de excepción:

a) Cuando la insolvencia del deudor fuera anterior y pública, la ley presume que el cedente ha obrado de mala fe; eximirlo de la garantía sería un premio a su conducta dolosa. Debe tratarse de una insolvencia ya producida y pública, no basta con el simple peligro de que ella ocurra, porque el cesionario es generalmente un especulador que cuenta a veces con ese peligro para obtener mejores condiciones.

b) Cuando el cedente ha asumido la garantía de la solvencia del deudor. Puesto que en materia contractual rige el principio de la libertad de las convenciones (art. 1197), no hay inconveniente alguno en que las partes convengan también en esta garantía.

En estos casos no estamos ya en presencia de una garantía de derecho (evicción propiamente dicha), sino de una garantía de hecho, como que lo que está en juego no es la legitimidad del derecho transmitido, sino su eficacia económica, explica el autor.

DERECHOS DEL CESIONARIO Y RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE: Si el crédito no existía al tiempo de la cesión, el cesionario tendrá derecho a la restitución del precio pagado con indemnización de pérdidas e intereses (Art 1477). Éste es el principio de carácter general, pero la extensión de la responsabilidad difiere según sea el cedente de buena o mala fe:
El cedente de buena fe responde por los principios directos con exclusión de la diferencia entre el valor nominal del crédito cedido y el precio de la cesión.
Responde por lo que IHERING llamaba el "interés negativo", o sea, los gastos que ha efectuado con motivo de la cesión. En dicha indemnización estarán comprendidos: el precio de la cesión, los intereses de esa suma desde el momento que fue abonada al cedente, los gastos del contrato y de la defensa en juicio, pero no la ganancia que el cesionario esperaba obtener del contrato; así es interesante el ejemplo dado por el autor en cuanto expresa : "*si el crédito tiene valor nominal de $10.000 y ha sido cedido por $ 7.000, el cesionario no podrá pretender que se le indemnice también la diferencia de $ 3.000 que esperaba ganar en la operación".*
Si el cedente fuera de mala fe, su responsabilidad es amplia y se extiende inclusive a la diferencia entre el valor nominal del crédito cedido y el precio pagado (Ver art. 1478)
La buena fe del cedente se presume está a cargo del cesionario que invoca la prueba de la mala fe.

La garantía por la solvencia del deudor cesa: 1- Cuando por no haber adoptado medidas precautorias o por otra culpa del cesionario, hubiese perecido el crédito o las seguridades que lo garantizaban (Art 1482).
Ejemplos de Guillermo Borda: "*cuando por culpa o negligencia del cesionario permitió al deudor disponer de sus bienes, cuando podía embargarlo o adoptar cualquier otra medida precautoria que asegurase su derecho o cuando devolvió la prenda que tenía derecho a retener o cuando renunció a la hipoteca o dejó de reinscribirla o cuando renunció a la fianza o permitió con su conducta pasiva y negligente que ella resultara ineficaz por posterior insolvencia del fiador, etcétera." y* 2) Cuando haya dado prórroga al deudor para el pago y éste cayera en insolvencia luego de vencido el plazo primitivo de la obligación, es el supuesto del art. 1483.

CLÁUSULAS QUE AUMENTAN O DISMINUYEN LA GARANTÍA
Como en esta temática rige el principio de la autonomía de la voluntad; las disposiciones legales son simplemente supletorias. Nada se opone, por tanto, a que las partes amplíen o acentúen la

responsabilidad, ya sea pactándola en casos en que la ley no la establece, ya sea aumentando las obligaciones del cedente.
Por el mismo motivo es que las disposiciones legales relativas a la garantía de evicción no son de orden público, ella puede ser renunciada por el cesionario sea con carácter total o parcial.

La renuncia puede ser expresa o tácita. La cesión de los créditos dudosos es un caso típico de renuncia tácita. Pero la renuncia a la garantía, aún expresa, no impide la responsabilidad del cedente por las consecuencias de sus hechos personales; tal como ocurriría si el crédito ha quedado extinguido por la recepción del pago o la remisión de deuda hecha por el cedente o si éste ha cedido el mismo crédito a terceros.

Dispone el Art. 1476 respecto de créditos cedidos como dudosos, que no se debe la garantía de evicción. La disposición es razonable porque esa manifestación formulada en el acuerdo de voluntades, pone de manifiesto que se trata de un contrato aleatorio, en el que el cesionario asume voluntariamente los riesgos que se ciernen sobre el derecho que se le transmite, especulando con ellos para lograr que el cedente le ofrezca o acepte un precio menor. Pero si el cedente cede como dudoso un crédito cuya inexistencia o ilegitimidad le constaba, responde por la evicción, porque la ley no puede amparar una conducta dolosa, al decir de Borda.

Lectura 11- Locación

LOCACION DE COSAS

I. GENERALIDADES

a. Concepto

b. Consensual

c. Caracteres (art. 1493)
   - Bilateral
   - Oneroso
   - No Formal
   - De efectos personales
   - Conmutativo
   - Tracto Sucesivo
   - Transmisible

d. Requisitos: elementos del tipo

e. Capacidad: 1510 a 1513.-

f. Destino: uso y goce: Arts.

   1503, 1504, 1554,1159.-

g. Objeto: art.1499, 1500, 1501, 1502.

h. Forma y prueba (art.1494)

i. El tiempo en la locación Arts. 1506 (ver leyes especiales sobre arrendamientos rurales), 1507 3º párrafo (ver modificación en relación a plazos mínimos establecidos en la ley 23.091), 1505, 1610)

j. Naturaleza del derecho del locatario

II. EFECTOS

a. OBLIGACIONES DEL LOCADOR

I- Entrega de la cosa (1514)
- → Con todos sus accesorios (art. 1514)
- → En buen estado → excepciones

II -Conservar en buen estado (art. 1515)

- Reparación de deterioros (art. 1516)
- Caso Fortuito (art. 1516, 1517, 1521)
- Sanción por incumplimiento (art. 1518)

III -Uso y goce pacíficos

- Garantía de evicción (Arts. 1527, 1528)
- Garantía por vicios redhibitorios (art. 1525)
- Turbaciones de terceros (Arts. 1528, 1529, 1520)

IV-Reembolsos de gastos

- Mejoras (Arts. 1533 a 1538)
- Sanción por violación
- En ausencia de convenio entre partes, rige C.C.
- Modo y tiempo: (1539, 1540, 1542, 1544, cctes y sgtes.)

b. OBLIGACIONES DEL LOCATARIO

I-Uso y goce conforme a Derecho (Arts. 1504, 1534, 1559)

- Uso honesto (art. 1503)
- Uso estipulado
- Uso conforme a destino
- Uso no abusivo
- Sanciones

II- Conservar en buen Estado (1561)
- Reparación de deterioros y responder.
- No abandonar la cosa locada (art. 1562 inc. 1º)
- Abstenerse de obras nocivas/prohibidas (Arts. 1562 inc. 2º, 1537, 1565, 1538)
- Mejoras estipuladas (art. 1533)

III- Pago del pecio
- Forma-lugar-época-prueba (Arts. 1556, 747, 1424 1º p, 1494)
- Sanciones por falta de pago (Arts. 1579, 1204, 1578, 1581)
- Pagos adelantados (Arts. 1574/1576 – 1594/1595)

IV- Restitución de la cosa
- Alcance de la obligación
- Retención por mejoras
- Sanción por incumplimiento
- Negativa del locador a recibir
- Casos de pluralidad de partes

V- Comunicar novedades (art. 1530)

III. CONCLUSIÓN

a. Causales enunciadas en el C.C. (art. 1604)
   a. Tiempo
   b. Pérdida de la cosa
   c. Imposibilidad-destino
   d. Vicios Redhibitorios
   e. Caso Fortuito
   f. Culpa

b. Causales no enunciadas en el C.C.
   a. Distracto
   b. Confusión (Arts. 862, 1607, 867)
   c. Cumpl. Condición resolutoria (art. 553)
   d. Término del usufructo
   e. Quiebra del locatario
   f. Expropiación (art. 26 ley 21.499)
   g. Rescisión unilateral

c. Excepciones
   a. Muerte: locador - locatario
   b. Enajenación finca arrendada
   c. Imposibilidad personal del locatario
   d. Necesidad de locador

d. Supuesto del art. 1622 del C.C: Continuación de la locación. No rige la tácita reconducción.

IV. CESIÓN Y SUBLOCACIÓN

a. Cesión
   Art 1583 y sgtes.
   1. Naturaleza Jurídica
   2. Requisitos
   3. Efectos

b. Sublocación
   1. Distintas relaciones jurídicas (art. 1601 inc. 1º)
   2. Semejanzas
   3. Diferencias
   4. Prohibición contractual
      I- Alcances
      II- Violación
      III- Efectos (art. 1588)

V. RÉGIMEN DE LAS LOCACIONES URBANAS

1. Ley 23.091: → Alcances / Caracteres
2. Los requisitos del contrato: instrumentación (art. 1)
3. Plazos mínimos. Excepciones. (Art. 2)

4. Intimación por falta de pago previo a la demanda por desalojo. (Art. 5).
5. Rescisión anticipada: condiciones (art. 8)
6. Continuadores (art. 9)
7. Fianza en la locación: art. 1582 bis (incorporado por ley 25.628).

FIANZA EN LA LOCACIÓN

I. Introducción

La ley 25.628, incorporó el art. 1582 bis al Cód. Civil. Esta norma, que es aplicable a las causas en trámite, establece que:
"La obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del término de la locación salvo la que derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado.
Se exige el consentimiento expreso del fiador para obligarse en la renovación o prórroga expresa o tácita del contrato de locación, una vez concluido éste.
Será nula toda disposición anticipada que extienda la fianza, sea simple, solidaria como codeudor o principal pagador, del contrato de locación original".
Esta norma significa un gran avance en la buena dirección aunque, como veremos, es todavía insuficiente.

II. Los tipos de fianzas

A) La legislación argentina contempla tres tipos de fianzas, llamadas simple, solidaria y principal pagador y los tres están comprendidos por la nueva norma (véase especialmente su último párrafo). Por ello, conviene hacer un repaso de nuestro sistema jurídico.

Coexiste en nuestra legislación un inconveniente sistema dual. Mientras, el Código Civil establece, como regla, la fianza pura y simple, que otorga al fiador el derecho a oponer los beneficios de excusión y división (Arts. 2003, 2012 y 2024); el Código de Comercio desconoce tal regla e impone la irrenunciable solidaridad del fiador con la consiguiente imposibilidad de invocar los mencionados beneficios (art. 480)
Debe ponerse de relieve, sin embargo, que la solidaridad mercantil no impide al fiador ejercer el derecho a exigir al acreedor que justifique haber interpelado judicialmente al deudor, ni ofrecer el embargo prioritario de los bienes de este último si estuviese libre de gravámenes (Arts. 480 y 481, Cód. de Comercio). Por su lado, el Código Civil establece que la solidaridad, cuando ha sido convenida, no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal (art. 2004). Lo expuesto permite destacar el carácter subsidiario de la fianza (sea simple, sea solidaria) y es en razón de tal subsidiariedad que la ley exige al acreedor que interpele al deudor antes de dirigirse contra el fiador solidario.
Ahora bien, a la par de las fianzas mencionadas, existe la llamada principal pagador, establecida por el art. 2005 del Código Civil.
Conviene resaltar, cuantos antes, que la obligación que nace de esta fianza es también accesoria y que su rasgo distintivo es que el acreedor tiene derecho a exigir el cien por ciento de su crédito al fiador en forma directa.

El art. 2005 del Cód. Civil establece que al principal pagador se le aplican las disposiciones sobre los codeudores solidarios, sin embargo, ello no significa que deje de ser fiador y no se advierte razón alguna para responsabilizarlo en forma más amplia que al fiador puro o simple en otro aspecto que no sea el derecho del acreedor a exigir su cumplimiento directo de la obligación. Máxime si se considera que parece haber quedado sólo en la letra del Código Civil (Arts. 2012, 2024, 2004 y 2005) la posibilidad de otorgar una fianza simple.
En resumen, las diferencias que existen entre los tres tipos de fianza son: beneficio de excusión y división (fianza simple), interpelación previa al deudor (fianza solidaria) y demanda directa al fiador (fianza principal pagador). Pero entre ellas no existen distinciones en lo que hace a la accesoriedad de la garantía.
Por lo tanto, ha hecho bien la norma sancionada en proteger a los tres tipos de fiadores mencionados. Pero el art. 1582 bis va más allá: extiende el beneficio al codeudor.

III. Extinción de la fianza por el vencimiento del plazo

Una primera aproximación a esta cuestión, parecería no generar conflicto alguno. En efecto, el art. 2042 del Cód. Civil dispone que la fianza se extinga por la anulación de la obligación principal, lo cual responde al carácter accesorio que caracteriza a este contrato. En otras palabras, si la obligación principal vence, vence también la fianza y se extinguen sus efectos.
Sin embargo, llevado el tema al terreno de los hechos reales, la solución no resulta sencilla. Es que existen contratos que, a la par de fijar una fecha de vencimiento de las obligaciones, prevén la posibilidad de que sus efectos continúen.
Es lo que ocurre con la locación: el Código Civil dispone que si el contrato termina y el locatario permanece en el uso y goce de la cosa arrendada, no se juzgará que hay tácita reconducción o renovación, sino la continuación de la locación concluida, bajo sus mismos términos, hasta que el locador pida la devolución de la cosa (art. 1622).
Invocando esa norma, un sector mayoritario de nuestros tribunales ha afirmado que la obligación del fiador no concluye cuando finaliza el plazo contractual de la obligación principal, sino que se extiende en el tiempo en forma indefinida hasta que el locador o locatario den por terminada la relación contractual. Ello es así, se dice, pues normalmente el fiador se ha obligado hasta la devolución de la cosa en iguales condiciones en que fue entregada, con inclusión de gastos y honorarios.

También, en forma mayoritaria, se ha decidido que el aumento o disminución en el alquiler no causa novación o bien no la produce a menos que cambien las demás condiciones de locación. Se dice que los contratos de arrendamientos rurales y de locaciones urbanas son formales, pues la ley exigirá que sean hechos por escrito, de lo que se desprende que cualquier variación del precio necesitaría ser instrumentado por escrito para que pueda considerarse que existe novación.
Esta postura, que le impide al fiador saber a ciencia cierta cuánto debe y hacer previsión alguna al respecto, es la que ha sido desterrada con la norma sancionada, que ha puesto de relieve en sus fundamentos la injusticia que implica que el garante deba estar obligado al pago aún después de vencido el término del contrato por el que se obligó.
En otras palabras, el art. 1582 bis dispone que la fianza: a) se extingue por el vencimiento del plazo de la locación pero la obligación del fiador subsiste si el inquilino incumple su obligación de restituir y, b) si hubiere prórroga pactada, el fiador queda desobligado excepto que preste su consentimiento con posterioridad al vencimiento contractual. Veamos:

III. 1. Responsabilidad por la no restitución en el tiempo oportuno

La nueva norma obliga al locador (si pretende conservar la garantía dada por el fiador) a exigir de inmediato la restitución del inmueble o a celebrar un nuevo contrato con la participación y conformidad del fiador.
Si nada de ello ocurre, la responsabilidad del fiador se extingue automáticamente, *ipso jure*, por el vencimiento del plazo. Pero si se intima la restitución y el locatario no lo devuelve, se inicia la acción de desalojo consiguiente y el fiador responderá por los perjuicios que genere la falta de entrega del bien en el tiempo oportuno.
Los perjuicios abarcarán no sólo importes similares a los precios de alquiler del contrato por todo el tiempo de la ocupación ilícita (con más los intereses moratorios) sino también cualquier otro daño (tal seria la ventaja económica que pudo lograrse con otro contrato que no pudo celebrarse por la ocupación) y el pago de la cláusula penal que se pudiera haber pactado.

III. 2. a) La expresión "prórroga tácita" o continuación de la locación concluida

Se ha dicho que la obligación del fiador, aunque sea el llamado principal pagador, se mantiene a pesar de haber vencido el plazo locativo, si la relación continúa en los términos del art. 1622 del Cód. Civil. Tal afirmación parte de la ficción de interpretar el contrato de locación en el sentido de que las partes han querido dejar al arbitrio del locador la duración de la fianza. Se trata de una afirmación inaudita pues es evidente que la continuación de la locación por un tiempo indeterminado, excede la finalidad propia de la garantía concertada.
Adviértase que el fiador se encontraría en un virtual estado de impotencia, donde nada podría hacer para liberarse, quedando *sine die* comprometido con obligaciones que en su fuero íntimo jamás soñó que se extenderían más allá del plazo contractual pactado. Si la idea de la duración indefinida de las obligaciones es inaceptable en el caso de obligaciones condicionales o de contratos de tracto sucesivo sin plazo, menos admisible es aún la cuestión si se trata de un fiador que garantizó, tal es su voluntad probable, el cumplimiento de un contrato de locación por el término contractual o legal.
Esta corriente interpretativa es desterrada con la nueva norma. Cuando menciona la "prórroga tácita" se esta refiriendo, con alguna imprecisión terminológica, a la continuación de la locación concluida. La idea es clara: si el contrato tenía una fecha de expiración y la locación continúa, las partes (locador y locatario) han prorrogado sus efectos.

b) La prórroga expresa o renovación del contrato
La nueva norma dispone que el fiador también quede liberado de su responsabilidad cuando el locador y locatario han prorrogado expresamente o renovado el contrato a su vencimiento, sin contar con su conformidad. Esta situación es aún más grave que la anteriormente descripta (refiriendo a la continuación de la locación ya concluida), pues el nuevo acuerdo de voluntades está prescindiendo de la voluntad del fiador y comprometiendo en forma más amplia su patrimonio, al extender la duración de la obligación.

c) La modificación del precio de la locación
Si bien la nueva norma no contempla esta hipótesis en forma expresa, la solución no puede variar: el fiador debe ser liberado cuando el locador y locatario han modificado el contrato y agravado las obligaciones afianzadas. Esta situación es también gravísima, pues al ampliarse la responsabilidad del fiador, se ha comprometido en forma más severa su patrimonio.
El tema es importante pues, a pesar de que se ha sostenido lo contrario, la modificación del precio de la locación puede acordarse sin instrumentar un nuevo contrato y provoca siempre la novación de la obligación original.
En efecto, las leyes de arrendamientos rurales y de locaciones urbanas admiten que, omitida la forma escrita, los contratos podrán se probados si existe un principio de prueba por escrito (Arts. 40 ley 13.246 y 1º, ley 23.091).

Queda claro, entonces, que la forma escrita queda reducida a un simple medio de prueba. Ni siquiera es una forma *ad probationem* pues ésta tiene como característica esencial la imposibilidad de probar la existencia del contrato de otra forma que no sea la especialmente establecida, como ocurre con el contrato de fianza, que si es negado en juicio sólo puede ser probado si fue hecho por escrito (art. 2006, Cód. Civil argentino).
Por lo tanto, si las partes han modificado el precio de la locación, para lo cual no es necesario que se redacte un nuevo contrato pues basta que exista un principio de prueba escrito o un principio de ejecución, han modificado un elemento esencial del contrato celebrado y no puede haber duda de que ello implica una obligación diferente con relación al primitivo contrato. Esa alteración es querida por las partes, lo que demuestra una intención indubitable de novar.
Como consecuencia de ello, la modificación del precio de locación, acreditado con un recibo extendido por el locador, importa una verdadera novación desde el punto de vista formal y consiguientemente, extingue la obligación del fiador.

IV. Nulidad de la cláusula que anticipadamente extiende la fianza

La nueva norma declara la nulidad de toda cláusula que, en el contrato de locación original, admita que la fianza se extienda más allá del vencimiento contractual. Se trata de una cláusula nula, de nulidad relativa, pues el interés comprometido es sólo el del fiador.
El legislador ha previsto que la extinción de la fianza por el mero vencimiento del plazo contractual era insuficiente para proteger debidamente al fiador. En efecto, si la norma se hubiera agotado en ello, habría cabido la posibilidad de que el fiador renunciara a ese derecho admitiendo en forma expresa que su responsabilidad se extendiera hasta la efectiva entrega de la cosa al locador.
Con esta norma se impide tal ardid. Ahora, para que el fiador continúe obligado, será necesario convenirlo en forma expresa y con posterioridad al vencimiento contractual.

V. Las locaciones abarcadas

Las locaciones que la norma abarca son las inmobiliarias, atento la referencia que a ese tipo de bien hace el primer párrafo. Por lo tanto, quedan comprendidos los arrendamientos urbanos y rurales, pues las normas del Código Civil son de aplicación subsidiaria a ellos.

Conclusión:

Por todo lo expuesto, se trata de una reforma positiva, encaminada hacia una correcta protección del fiador pero que, habiendo quedado limitada a la fianza prestada en el contrato de locación inmobiliaria, puede que resulte todavía insuficiente.

Locación de Servicios:

Guillermo Borda le otorga el significado de un contrato de trabajo, siendo ésta una posición doctrinaria.
Expresa que, *hay contrato de trabajo cuando una persona se obliga a prestar a otra, bajo su dirección y dependencia, un servicio personal y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero.* En esta definición, quedan precisados los rasgos fundamentales del contrato: una de las partes se obliga a prestar un trabajo *personal* y se obliga a prestarlo bajo la *dependencia* de la

otra. Estos caracteres permiten distinguirlo de la locación de obra, aunque debemos decir desde ya que existe una zona intermedia en la que la línea demarcatoria de ambos contratos pierde su nitidez conceptual.
Siguiendo la tradición romanística, nuestro Código llama a este contrato *locación de servicios, locatario, arrendatario o inquilino* al que lo presta (art. 1493). Es una terminología anacrónica, basada en circunstancias históricas.

El contrato de trabajo está regulado por la ley 20.744 y modificatorias, más aún: en la gran mayoría de los casos el contrato directo e individual ha sido reemplazado por los contratos colectivos de trabajo, a los cuales deben ajustarse empleadores y trabajadores y en los que se fija minuciosamente los derechos y deberes de las partes, horarios de trabajo, remuneraciones, ascensos, indemnizaciones, despido, etcétera. Ordinariamente la autonomía de los contratantes se limita a prestar el consentimiento para establecer la relación laboral; todo lo demás está regido por los contratos colectivos o las leyes especiales.

Es necesario tener en cuenta que Vélez a la locación de servicios le dedicó tan sólo 6 de los 405 artículos del Código, siendo los más importantes, los siguientes:

Art. 1623: "*La locación de servicios es un contrato consensual, aunque el servicio hubiese de ser hecho en cosa que una de las partes debe entregar. Tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio, y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero. Los efectos de este contrato serán juzgados por las disposiciones de este Código sobre las " Obligaciones de hacer".*
Art.1627: "El que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir. En tal caso, entiéndase que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros. Las partes podrán ajustar libremente el precio de los servicios sin que dicha facultad fuera cercenada por leyes locales". Párrafo agregado por ley 24432
Art.1628: "Si el servicio o trabajo no fuese relativo a la profesión o modo de vivir del que lo prestó, sólo tendrá lugar la disposición del artículo anterior, si por las circunstancias no se presumiese la intención de beneficiar a aquel a quien el servicio se hacía. Esta intención se presume cuando el servicio no fue solicitado, o cuando el que lo prestó habitaba en la casa de la otra parte."

CARACTERES. El contrato de trabajo tiene los siguientes caracteres:
a) Es *consensual*, queda concluido por el simple consentimiento y no está sujeto a ninguna formalidad. Y se mantiene esta característica aún en el caso de que el servicio deba ser prestado en la cosa que una de la partes debe entregar, como ocurriría si los servicios fueron de cuidado y conservación de una cosa.
b) Es *oneroso*, es verdad que nada se opone a que una persona preste servicios gratuitos a un tercero y más aún, esta gratuidad está presumida por la ley en ciertos casos; pero esto no sería ya un contrato de trabajo sino una liberalidad.
c) Es *conmutativo*, porque las contraprestaciones recíprocas se presumen equivalentes.

Cabe expresar que la distinción debe fincarse en la *finalidad perseguida* al contratar. Si las partes tienen en vista el trabajo en sí y no su resultado u obra, hay contratos de trabajo; si lo que se tiene en mira es el resultado de dicho trabajo, hay locación de obra. En el primer caso habría una obligación de medios; en el segundo de resultado. Este criterio es acertado como principio general y penetra con agudeza en la raíz de la distinción conceptual de ambos contratos; pero llevado a la práctica, es por lo común insuficiente para resolver los problemas que se presentan en esa zona gris en la que estos contratos se aproximan y tocan.

Respecto a los empleados y funcionarios públicos la relación que une al empleado con el Estado escapa al esquema civilista del contrato de trabajo; se trata de una relación de derecho público, regida por las normas específicas del derecho administrativo.

Contratos de Servicios

La naturaleza jurídica de los servicios prestados por abogados, médicos, ingenieros, arquitectos, etcétera, ha dado lugar a una larga controversia jurídica.
En el derecho romano la distinción con los trabajos manuales era tajante; sólo los primeros se consideraban propios del hombre libre y para éste era un deshonor hacerse pagar un trabajo intelectual, que tenía carácter esencialmente gratuito; sólo se pagaba el trabajo manual, hoy en día estas ideas cambiaron.

Con respecto a la naturaleza jurídica de los servicios prestados por los profesionales liberales, se han sostenido diversas opiniones.

a) Para algunos autores, la relación que vincula al profesional con su cliente, es de *mandato*.
b) Para otros, es una *locación de servicios*. Se trataría simplemente de una forma de trabajo y como tal incluido en aquella figura.
c) Otros autores sostienen que es una *locación de obra*. Pero los profesionales nunca o casi nunca prometen un resultado.
d) Una importante corriente doctrinaria, sostiene que se trata de un contrato multiforme, que asume a veces el carácter de locación de servicios, otras de locación de obra, otras, en fin, de mandato. Así, el servicio prestado por un abogado, médico, arquitecto o ingeniero a sueldo, será contrato de trabajo porque existe subordinación al principal cuyas instrucciones debe acatar; no se tiene en cuenta el resultado de su trabajo, sino el trabajo en sí mismo y finalmente, la remuneración se paga en relación al tiempo de trabajo y no a la tarea efectuada. En cambio, los servicios que presta un abogado al cliente que le encarga un pleito, el médico que trata u opera a un enfermo particular, el arquitecto o ingeniero a quien se encargan los planos de un edificio, configurarán una locación de obre. Finalmente, cuando el profesional asume la representación de su cliente, como lo hace el procurador judicial, habrá mandato. La labor de los profesionales es siempre la misma, sea que trabajen a sueldo o por cuenta propia; también son iguales sus responsabilidades morales, profesionales, civiles y penales, en definitiva, el contrato de que tratamos no configura ninguno de los nominados en nuestro Código; es un contrato *sui generis,* con una regulación jurídica propia.

LOCACIÓN DE OBRA

DEFINICIÓN: Este contrato corresponde a la *locatio conductio operis* del derecho romano. Su definición en nuestro derecho está contenida en forma conjunta con los contratos de locación de cosas y servicios encontrándose receptada en el artículo 1493 del C.C., del que se podría extraer que "HABRÁ LOCACIÓN DE OBRA CUANDO DOS PARTES SE OBLIGUEN RECÍPROCAMENTE, LA UNA A EJECUTAR UNA OBRA Y LA OTRA A PAGAR POR ELLA UN PRECIO DETERMINADO EN DINERO". En términos del Código Civil, se llama LODADOR a quien ejecuta la obra, que modernamente se designa empresario, y LOCATARIO o arrendatario a quien paga el precio que es el dueño de la obra. Spota distingue al Locador de obra material, a quien denomina empresario y al locador de obra intelectual, a quien ha dado a llamar proyectista o director según el caso.

ELEMENTOS ESENCIALES: Éstos se pueden extraer del concepto mismo del contrato, los mismos son: **A-** EJECUCIÓN DE UNA OBRA: esta obra puede consistir en una construcción material, como una calle, una casa, un puente, una escuela, la confección de un traje, pero también puede consistir en la realización de obras intelectuales tales como escribir un libro o una obra de teatro, componer una pieza musical o pintar un cuadro, hacer una escultura, etc.
B- PAGO DE UN PRECIO DETERMINADO EN DINERO: ello sin perjuicio de las formas de pago que se puedan adoptar (precio alzado, por unidad de medida, por economía, etc.) que desarrollaremos posteriormente.

CARACTERES DEL CONTRATO:

1- **BILATERAL:** porque engendra obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes (ejecutar trabajo y eventualmente poner los materiales, pagar precio) (1138).

2- **ONEROSO:** puesto que las ventajas que cada una de las partes retira de él tienen su base e la prestación de la otra parte (1139).

3- **CONMUTATIVO:** porque las ventajas recíprocas se aprecian y calculan desde el momento mismo de su celebración, sin depender de acontecimiento alguno de carácter aleatorio.

4- **TRACTO SUCESIVO:** ya que sus efectos se prolongan en el tiempo, generalmente son contratos de duración porque requieren un tiempo para su ejecución, aún cuando su cumplimiento, o sea el resultado, se obtenga con la recepción de la obra como hecho instantáneo y por ello se le aplica la teoría de la imprevisión (en este sentido se postulan Spota y Borda). Por su parte, Aparicio sostiene que los contratos de resultado no son de ejecución continuada o periódica porque el interés del acreedor no se ve satisfecho hasta que aquel no se consigna y que los singulares actos de ejecución sólo son instrumentales y lo que interesa es el opus. Sostiene que es un contrato de ejecución prolongada de 3er. Género, categoría intermedia entre la ejecución continuada y los de ejecución instantánea; se prolonga en el tiempo en razón del opus.

5- **CONSENSUAL:** porque sus efectos se producen desde el momento mismo de su celebración sin necesidad de formalidad alguna (1140). **NOMINADO Y TIPIFICADO.**

6- **NO FORMAL:** sin perjuicio de cumplirse con la formalidad del 1184 inc. 1 y con la publicidad registral del 2505 en el caso que sea el locador de obra inmueble quien se obligue a aportar la materia principal, que es el terreno.

TIPOS O CLASES DE LOCACIÓN: el Art. 1629 del C.C. establece que: "puede contratarse un trabajo o la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga sólo su trabajo o su industria, o que también provea la materia principal." Así, tenemos dos formas de locación: **I)** El locatario, quien encomienda la obra y paga el precio entrega, por ejemplo, el terreno y los materiales para la construcción del edificio o la madera para la confección de una biblioteca y el locatario sólo pone su trabajo. **II)** El locador, quien ejecuta la obra o empresario debe poner no sólo su trabajo o industria sino también la materia principal, el terreno, la madera, etc. La cuestión tiene importancia práctica en el segundo caso, cuando el empresario debe suministrar materiales ¿hay locación de obra? ¿hay venta? El Código Civil pasa por alto cualquier planteamiento y reputa que hay locación de obra porque seguramente el legislador ha pensado en el fin principal, perseguido por las partes al celebrar el contrato, que en el caso no es la compraventa de la madera o del terreno, sino la casa o el mueble en su caso, es decir, que el fin inmediato es la realización de la obra (Salvat, Spota). Pero hay doctrinas que consideran que en realidad hay compraventa de cosa futura porque consideran que el contrato recae sobre la cosa ya concluida. Otra solución, que ha sido abandonada por los serios

problemas que traer aparejada su aplicación es la de considerar locación de obra o compraventa según el mayor valor esté representado por la obra o por el material (Pothier). Por otra parte, otra solución intermedia es la que sostiene que antes de la entrega de la cosa y su recepción, hay locación de obra y que luego de ella hay venta. La crítica que se le formula a esta última es que la naturaleza del contrato debe verse al momento de la celebración, no durante su ejecución.

DIFERENCIA ENTRE LA LOCACIÓN DE OBRA Y LA LOCACIÓN DE SERVICIOS:
La locación de obra está integrada dentro de la más amplia categoría de "contratos de resultado", por contraposición a los denominados "contratos de actividad". Esta clasificación tiene por base la diferencia entre las "obligaciones de resultado" y "obligaciones de medio", respectivamente. Así, son obligaciones de resultado aquellas en que el deber del deudor consiste en procurarle al acreedor un resultado final como producto de una determinada actividad, por lo que la obligación sólo se cumple en tanto en cuanto tal resultado haya sido alcanzado y si el opus no se logra, por más intenso que haya sido el esfuerzo para alcanzarlo, la obligación se reputa incumplida y el obligado sólo puede exonerarse de las consecuencias demostrando que no se ha conseguido el resultado por causas no imputables al mismo. En cambio, en las obligaciones del medio, el deudor tiene la obligación de prestar una determinada actividad a favor del acreedor, con prescindencia del resultado final útil. Esta distinción formulada por Aparicio, Juan Manuel, sirve para poder diferenciar a estos dos tipos de contratos de locación. En la locación de servicios el locador tiene por objeto la prestación de una energía de trabajo, de un servicio en cuanto tal, bajo la subordinación jurídica del locatario, quien utiliza la actividad prestada para aplicarla a la consecución del resultado final perseguido, que es de su exclusivo riesgo. El servicio debe ser retribuido aunque el resultado querido por el principal se haya vuelto imposible por un hecho no imputable al locador, en cuanto este opus atiene, exclusivamente a la esfera jurídica del locatario. En la locación de obra, el trabajo y el servicio son considerados en su aspecto objetivo: por el resultado útil de la actividad. **I)** El locador, mediante una actividad no subordinada se compromete a conseguir un resultado cargando con el **riesgo económico de su producción**, el que se comprende por: **a-** el riesgo de la dificultad de la obra; el locador, como regla, soporta el encarecimiento del costo de la producción y los obstáculos que importe su ejecución, ya que debe el resultado prometido, independientemente de la suma de esfuerzos que demande su realización. **b-** el riesgo del precio: el locador pierde el derecho a la retribución cuando fracasa en la realización de la obra o ésta se hace imposible sin culpa suya, debido a que su obligación sólo se cumple cuando alcanza el "opus" prometido y lo pone a disposición del locatario. En cambio, en la locación de servicios, los riesgos son soportados por el locatario de esos servicios y quien los prestó no pierde el derecho a la remuneración correspondiente (por ejemplo, si el enfermo muere a pesar de la operación que le practicó el médico o si el abogado pierde el juicio, etc.). Además del RIESGO, hay otros conceptos en los cuales la locación de obra y servicios difieren, y que tienen fundamentalmente importancia práctica, a saber: **II)** La PRESCRIPCIÓN de la acción para reclamar el pago del precio, mientras que en la locación de obra es la ordinaria del art. 4023 de 10 años, en la locación de servicios, los plazos resultan más breves según los Arts. 4032 (dos años) y 4035 (un año). **III)** En materia de PRIVILEGIOS, los locadores de servicios tienen un privilegio general sobre los bienes muebles según el art. 3880 C.C. inc. 3 en cambio los locadores de obra tienen privilegio especial sobre el inmueble en que la obra se ha ejecutado u otra obra sin distinguir si ha sido suministrado por el locador o no, de conformidad al art. 3931 y 3933 C.C. **IV)** También en cuando a la RESCISIÓN, que en caso de locación de servicios si no se ha estipulado plazo, el contrato puede cesar cuando lo quiera el locador o el locatario con la única obligación de pagar los servicios prestados, en cambio en la locación de obra el locatario puede desistir de la ejecución de la obra quedando responsabilizado en los amplios términos del art. 1638 C.C.

DIFERENCIA CON EL MANDATO: cuando el mandato es gratuito, no puede confundirse con el contrato de locación de obra ya que, como vimos, es oneroso. Pero cuando el mandato es oneroso, cabe hacer las siguientes distinciones: a) salvo caso de excepción (mandato oculto), el mandato confiere representación, lo que no existe en el contrato de obra, el empresario no vincula al dueño de la obra, salvo con la acción directa que los obreros y los proveedores de materiales tienen en su contra por el art. 1645. b) el mandato tiene por objeto la realización de actos jurídicos por cuenta del mandante, en cambio el locador realiza una obra para el locatario, se trata de actos materiales, sea que la obra sea material o intelectual. c) el mandato termina por el fallecimiento del mandante o del mandatario (1963), en cambio contrato de obra se resuelve por fallecimiento del empresario, pero no del dueño (1640).

SUBLOCACIÓN DE OBRA.
El locador o empresario de una obra no siempre la ejecuta personalmente o por intermedio de los obreros u operarios que tiene directamente bajo su dirección. En las grandes obras, el locador o empresario contrata a su vez con empresas especializadas la ejecución de distintas secciones técnicas que una obra comprende (instalaciones sanitarias, las de calefacción, las de electricidad, etc.). La sublocación o subempresa, ***es el contrato que se forma entre el locador o empresario general de la obra y estos diversos sublocatarios***. Entre las relaciones entre el locador o empresario principal y el sublocador o subempresario, la sublocación constituye propiamente un contrato de locación de obra. El primero pasa en sus relaciones con el segundo a la condición de locatario o dueño de la obra y se establecen entre ambos todos los derechos, obligaciones y responsabilidades que estudiaremos. En cuanto al locatario principal la sublocación le es, en principio, completamente extraña, lo cual se explica porque es un contrato celebrado sin su intervención, el es un tercero y ese contrato no puede serle opuesto ni puede ser invocado por el (art. 1195 C.C.), sin perjuicio de algunas dificultades que veremos.

OBJETO DE LA LOCACIÓN DE OBRA. Ya dijimos que el objeto de este contrato puede consistir en una obra material o intelectual, restando señalar y remitiéndonos a las reglas generales, que dicho objeto debe ser POSIBLE, LÍCITO, ACORDE A LA MORAL Y BUENAS COSTUMBRES Y DETERMINADO O SUSCEPTIBLE DE DETERMINACION.
El art. 1632 sobre el modo de hacer la obra: A- Según lo convenido: habrá que remitirse a planos, proyectos, presupuestos, medidas, instrucciones. Rige el art. 1197 en plenitud. B- A falta de ajuste sobre el modo, se dan dos directrices para su determinación: B1: Costumbre del Lugar: es el derecho consuetudinario, a los usos y costumbres de los constructores y arquitectos del lugar; usos de los carpinteros, etc., B2: Precio estipulado: este es un elemento de suma gravitación, por ejemplo si sólo se ha pagado lo que puede ganar un albañil, no es justo que se exija la prolijidad y perfección que cabría exigirle a un arquitecto.
Otro tópico dentro del objeto es el supuesto del art. 1634, en que la obra tuviera que se realizada a satisfacción del propietario o de un tercero; en caso de discrepancia, dice el art. Se someterá al “juicio de peritos” (se puede recurrir al laudo arbitral o a los estrados judiciales en donde intervendrán los peritos), quienes en definitiva van a determinar si la obra es o no “de recibo”, por ejemplo, habrá que ver el precio convenido. L.L. 1997 – C, pág. 35; se estableció que no puede haber un rechazo discrecional, en el caso se trataba de libretos para T.V y se los pretendía rechazar por “razones comerciales”.

FORMA Y PRUEBA DEL CONTRATO
El Código Civil no exige FORMA alguna para la celebración de este contrato, puede ser celebrado por escrito (instr. Público o privado) y aún verbalmente.

Con respecto a la PRUEBA, no habiendo exigencias especiales en el punto, cabe remitirse a las normas generales, es decir, puede probarse por cualquier medio salvo por testigos si excediera el monto de los $ 10.000 (1193); salvo que existiere principio de prueba por escrito o si alguna de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato o que hubiere imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley. Art. 1191. No hay que confundir la prueba del contrato (rige lo dicho anteriormente) con la prueba de la prestación del trabajo o suministro de materiales, en que todos los medios probatorios serían admisibles cualquiera sea el monto del contrato.

INVARIABILIDAD DEL COSTO DE LA OBRA.

Sabemos que la principal obligación del locatario es la de pagar el precio (elemento esencial del contrato), el que consiste en una suma de dinero, sin embargo no es necesario que el precio haya sido determinado, el legislador en el art. 1627 C.C. ha establecido que en su defecto, se entiende que las partes se ajustaron al precio de costumbre para ser determinado por árbitros. Pero puede ocurrir que las partes hayan determinado el precio (independientemente de la modalidad adoptada pese a que el art. se refiere solo al sist. de ajuste alzado, también se extiende al sistema de unidad de medida o precios unitarios), en tal caso se ha establecido en el art. 1633 el PRINCIPIO DE LA INVARIABILIDAD DEL PRECIO DE LA OBRA, aunque encarezca el valor de los materiales y de la mano de obra. El legislador no ha hecho más que receptar de manera particularizada en este contrato el principio rector en materia contractual: la autonomía de la voluntad. Si bien el artículo solo prohíbe al Locador pedir un aumento de precio por aumento del valor de los materiales y de la mano de obra, la doctrina sostiene que recíprocamente, el locatario no podría pedir reducción del precio por haber disminuido el valor de los materiales y de la mano de obra. Esta norma (sobreabundante), tiene una justificación histórica: fue tomado del art. 1793 del Cód. Napoleón el cual tenía por finalidad proteger a los propietarios evitando engaños de que solían se víctimas por parte de los empresarios, prohibiéndoles modificar tanto el precio como los planos de la obra. Con la Reforma de la ley 17.711, se le agregó a la última parte del artículo “salvo lo dispuesto en el art. 1198”, será de aplicación entonces a este contrato la Teoría de la Imprevisión, cuando hayan alteraciones en el valor que sean provocadas por acontecimiento extraordinarios e imprevisibles que tornen excesivamente onerosa las prestaciones de las partes, se comprenden también las dificultades de ejecución de la obra por causas geológicas, hídricas o similares siempre que estas representen acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que importen un grave desequilibrio de las prestaciones (en este caso para el empresario).

Dentro de este punto conviene hacer referencia a los sistemas de fijación de precios que las partes pueden adoptar:

a.- Ajuste Alzado (a forfait, a prix fait, peraversionem); las partes fijan desde el comienzo un precio global por la obra entera invariable. Admite dos modalidades: **a1:** Ajuste alzado absoluto: la invariabilidad es absoluta o sin excepciones; **a2:** ajuste alzado relativo: las partes de común acuerdo prevén alteraciones del precio dentro de ciertos límites, o cuando el comitente hace reserva de ordenar modificaciones o trabajos suplementarios (el riesgo de la cantidad de trabajo es soportado por el locador, como el precio comprende la obra entera, no se darán sumas suplementarias por el aumento de trabajos necesarios para lograr el opus).

b.- Por unidad de medida o por precios unitarios (per mensuram): aquí el precio se fija por unidad técnica, por ejemplo tantos pesos por kilómetro de camino, no se fija un precio global. El precio de cada unidad es invariable y el precio total resultará de multiplicar cada medida por el número de unidades encargadas. Admite dos modalidades: a1: por unidad de medida propiamente dicho: se determina el precio por unidad y la cantidad a ejecutar, 100 sillas a $10

cada una, el contrato se agota con la construcción de la cantidad ordenada; a2: por unidad de medida simple: se fija el precio por unidad y no la cantidad a ejecutar, el precio depende de la cantidad de unidades realizadas (1639 C.C.). El riesgo de la cantidad de trabajo pesa sobre el comitente en cuanto el precio depende en definitiva de la cantidad efectiva de obra que se ejecute. Estos contratos permiten continuarse en las mismas condiciones si es conveniente a ambas partes.

c.- Por coste y costas: en esta forma de contrato el precio fijado es susceptible de reajuste de acuerdo con los aumentos de valor que experimenten la mano de obra y los materiales. Mientras en los dos sistemas anteriores el riesgo económico derivado del aumento del valor de los materiales o de la mano de obra es soportado por el empresario, en éste es soportado por el dueño de la obra, en aquellos rige plenamente el principio de la invariabilidad del precio, en éste el precio es reajustable y varía de modo proporcional al aumento del costo de la producción.

d.- Contratos separados: se combinan los tipos anteriores para que rijan separadamente la ejecución de partes de una misma obra.

INVARIABILIDAD DEL PROYECTO DE OBRA. 1633 bis C.C.
Con la reforma de la Ley 17.711 se incorpora a la legislación el PRINCIPIO DE LA INVARIABILIDAD DEL PROYECTO DE OBRA. Con anterioridad a la sanción de dicha ley la jurisprudencia distinguía modificaciones hechas a la obra NECESARIAS y modificaciones o trabajos ADICIONALES O EXTRAS, respecto de las primeras se las consideraba implícitas en el contrato aunque no hubieren sido establecidas en el mismo, por lo que quedaban a cargo del empresario los gastos que podían importar. Respecto de los segundos, el locador tenía derecho a reclamar el pago de ellos si demostraba el consentimiento expreso o tácito del propietario, ya que de lo contrario se admitiría un enriquecimiento sin causa y los tribunales se mostraban muy liberales admitiendo toda clase de prueba (bastaba mostrar los trabajos y la recepción de la obra por el dueño sin formular reservas o simplemente que las había conocido y no se había opuesto). Distinta era la situación cuando en el contrato se había establecido la necesidad de requerir la autorización del dueño por escrito como condición para requerir el pago de los mismos. Pero con la reforma, se consagró el principio de la invariabilidad del proyecto de obra, el empresario no puede variar unilateralmente el proyecto de obra e introducir reformas, se trata otra vez de reforzar el principio de la obligatoriedad del contrato. La ley requiere EL PERMISO O AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DEL DUEÑO, se trata de proteger al locador de verse constreñido de efectuar nuevos gastos que no tenía la intención de realizar frente a modificaciones unilaterales del locador. Si éste no cuenta con ese permiso escrito no tendrá derecho a suplemento alguno sobre el precio, y no podrá invocar el enriquecimiento sin causa porque hacerlo implicaría un fraude a la ley al eludir una expresa prohibición legal; 1633 bis C.C. Seguidamente el artículo fija un régimen especial para las ALTERACIONES NECESARIAS E IMPREVISIBLES al tiempo de concertación del contrato: deberá comunicarse inmediatamente al propietario, expresando la modificación que implique en el precio. Como regla, quien promete el opus (Locador) carga con el riesgo de la producción, con independencia de los esfuerzos que necesite para realizarlo aún tratándose de alteraciones necesarias no proyectadas; pero si estas alteraciones fueron IMPREVISIBLES, la regla cede y la variación del proyecto admite exigir al locatario un suplemento en el precio por el mayor esfuerzo que demande el cambio. Se protege en estos casos al empresario puesto que no ha podido prever, no hay culpa de su parte, y necesita alteraciones para la ejecución perfecta de la obra. La norma sólo habla de alteraciones, y nosotros nos referimos a aumentos en el precio, nada obsta a que se admita una reducción por ejemplo si las alteraciones consistieran en una supresión de parte de la obra. Cuando el

locador hace la comunicación, el locatario puede oponerse, no prestando conformidad, entonces la cuestión deberá ser resuelta sumariamente por el juez, para evitar que la obra se paralice por mucho tiempo con los perjuicios que esto podría ocasionar. En nuestro C.P.C. sería por el trámite de juicio abreviado. El artículo no prevé la posibilidad de rescindir el contrato para el supuesto en que los gastos fueran de gran envergadura, por mas que las variaciones sean indispensables puede ocurrir que el empresario no tenga la suficiente capacidad técnica para efectuarlas o que el dueño no cuente con el dinero necesario para hacerla, por lo que se entiende hubiera sido conveniente que la ley posibilitara la desvinculación de las partes; no obstante el art. 1638 faculta al dueño de la obra a desistir en cualquier momento. Tampoco la ley ha previsto la posibilidad de efectuar modificaciones por parte del dueño, por lo tanto sería bueno que si la obra tal como está proyectada no le presta utilidad, pueda ordenar alteraciones, siempre que ello no supere una prudente proporción del precio convenido y no importen alterar la naturaleza de la obra.

RESPONSABILIDAD POR RUINA Art. 1646 C.C. (de obras o edificios destinados a larga duración).
Además de la responsabilidad por los vicios ocultos o la falta de conformidad por lo convenido, que no pudo ser advertida al momento de la entrega, el art. 1646 C.C. consagra esta responsabilidad especial que tienen por objeto obras o edificios destinados a larga duración.
Objeto del contrato: De la lectura del artículo se desprende que solo se trata de obras inmuebles, u obras efectuadas "*en"* inmuebles (inmuebles por acción).
Fundamento: La necesidad de prolongar el término de responsabilidad del empresario, para adecuarlo tanto a la duración particularmente larga de los inmuebles como al hecho de que los vicios en tales construcciones suelen manifestarse de ordinario, recién cuando transcurre un período apreciable desde su terminación.
Vicios que causen la ruina total o parcial: la doctrina y jurisprudencia dentro del concepto de ruina no solo comprendieron los casos en que se produce la **caída** total o parcial de una construcción, sino también de otros fenómenos menos graves que de cualquier otro modo modifiquen los elementos esenciales de la obra y graviten sobre su duración y solidez comprometiendo su conservación. Por otro lado, no solo abarca la noción de ruina efectiva sino también la amenaza de ruina, esto es cuando hay peligro evidente de que ello ocurrirá. Tales vicios pueden ser aparentes u ocultos, pero siempre se responde.

Tipos de vicios:

a- Vicios de la construcción: consiste en la mala ejecución de la obra por la inobservancia de las reglas del arte o por las deficiencias del proyecto sobre la base del cual aquella se lleva a cabo. También incluye este vicio las irregularidades de la construcción que resultan de violarse las normas imperativas establecidas tanto por la ley de fondo, como por la autoridad administrativa en el ejercicio de su poder de policía, en la medida que tales infracciones puedan dar lugar a la demolición "manu militari" de la obra ordenada por la autoridad competente. 2610, 2654, 2658 C.C.

b- El vicio del suelo: existe cuando éste es inepto para soportar la construcción y no se llevan a cabo las labores necesarias para asegurar su consistencia, si ello fuera posible. Es indiferente que los materiales sean provistos por el comitente o que sea de su propiedad el terreno, en cuanto el empresario, por su calidad de profesionalidad debe estar en condiciones de reconocer y evitar los defectos que ellos adolezcan.

c- La mala calidad de los materiales: importa el empleo de materiales inadecuados por ser defectuosos o impropio por carecer de la suficiente resistencia.

Plazos: a- De duración de la Responsabilidad: es de diez (10) años contados desde la recepción de la obra, en el cual debe producirse la ruina: Es una *plazo de caducidad*, vencido el cual, se extingue el derecho que la ley confiere y consecuentemente desaparece la responsabilidad.
b- Para ejercitar la acción: es de un (1) año para demandar la responsabilidad contada desde que el momento en que acaece la ruina. Este es un caso de *Prescripción.*

SUJETOS PASIVOS DE LA RESPONSABILIDAD

1- **El Constructor o Empresario:** es quien ejecuta materialmente la obra. Responde por los vicios de construcción estrictu sensu. Si cumple sus tareas de conformidad a los planos encomendados no es responsable por la ruina debida a un defecto de ese plano, salvo que los defectos fueren elementales, evidentes y groseros que no pudieren dejar de ser conocidos por el en razón de su oficio.

2- **El Proyectista:** es el arquitecto o ingeniero que se encarga de confeccionar los planos de la obra, responde exclusivamente por los vicios de éstos. Por Ej.: equivocadas determinaciones, proporciones y erróneos cálculos de las estructuras; la indicación de materiales impropios por su calidad o proporciones, o las contravenciones a las normas edilicias o de policía administrativa. Este responde por los vicios del suelo porque se entiende que es una obligación inherente a su cometido verificar el terreno donde se ejecutará la obra. Cuando la ruina se produce por vicios de construcción que no tengan que ver con los planos, éste no responde.

3- **El Director de la obra:** el ingeniero o arquitecto encargado de dirigir y vigilar la ejecución para que esta se lleve a cabo de conformidad a las reglas del arte y con las previsiones del proyecto, responde por todos los vicios del artículo y la única forma de quedar desvinculado de responder es demostrando que ellos se produjeron excediendo las posibilidades de previsión de una diligente custodia.

¿Responsabilidad indistinta? Quiere decir que cualquiera de ellos puede ser demandado por el total del resarcimiento que corresponda, pero no es una obligación solidaria, puesto que tienen acciones de regreso a los fines de establecer la responsabilidad en forma proporcional a la culpa que cada uno tiene por la ruina. La doctrina las llama: obligaciones in solidum, indistintas, concurrentes, convergentes; a diferencia de las obs. Solidarias, aquí hay un solo acreedor pero los vínculos son distintos y no se da por ej. El efecto de la prescripción que tiene las obs. Solidarias (beneficia o perjudica a todos).

SUJETO ACTIVO DE LA RESPONSABILIDAD
Si bien la ley no lo ha determinado, no puede ser otro que el comitente, locatario, sus herederos o sucesores (1195 C.C.) y respecto de éstos, la naturaleza de la responsabilidad es contractual. Sin perjuicio de las acciones por responsabilidad que pudiere corresponder a terceros perjudicados, pero ya en este caso la responsabilidad es extracontractual fundada en los Arts. 1109 y 1113 del C.C.

NORMA DE ORDEN PÚBLICO.
No será admisible la ***dispensa contractual*** de responsabilidad por ruina total o parcial. La ley invalida las convenciones en que se restrinja o renuncie ***anticipadamente*** la responsabilidad. Pero producido el hecho que la genera, el dueño puede renunciar al ejercicio de la acción (507. 872).

VICIOS APARENTES Y OCULTOS. 1647 bis C.C.

Vicios aparentes: una vez recibida la obra no se puede hacer reclamo alguno frente a estos. Son los defectos de fácil comprobación, que no exigen conocimientos especiales, que se advierten con la simple diligencia ordinaria, Ej.: calidad de la pintura o de un soldado.
Vicios ocultos o que no pudieron ser advertidos al momento de la entrega: se puede reclamar por ellos, porque la recepción tiene defectos liberatorios y de aceptación, no puede entenderse que está prestando conformidad a algo que desconoce. El dueño tiene 60 días para denunciarlos desde que fueran descubiertos. 28 C.C. son días corridos. Es un plazo de CADUCIDAD, transcurrido el cual se pierde el derecho. No es una demanda, basta la notificación por medio fehaciente. DURACIÓN DE LA GARANTÍA: una vez recibida la obra y aceptada… ¿dentro de qué plazo debe exteriorizarse el vicio oculto? El código no lo dice, entendemos que deberá aplicarse el art. 4023 de la prescripción decenal. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: tampoco establecida en el Código. Borda entiende que se debe aplicar analógicamente el art. 1646 (1 año); por su parte Llambías estima aplicable el art. 4023.

PAGO DEL PRECIO.

a- Sistema de fijación y monto: quedan librados a la determinación de las partes quienes lo pueden fijar libremente (1197). Es un defecto, si las partes no lo hubieran determinado, es de aplicación el art. 1627, esto es, se entenderá que las partes se ajustaron al precio de costumbre para ser determinado por árbitros.

b- Momento del Pago: Rige también el ppio. de la autonomía de la voluntad, se pagará en la oportunidad que las partes hayan designado y si no lo hubieren hecho, rige el art. 1636 C.C., esto es al momento en que le hagan entrega de la obra. Salvat: el pago de la obra es la contraprestación debida por la ejecución, no sería justo que se le obligara a pagar si la obra no le fue entregada. Si la obra resulta mal hecha en parte, el precio podrá abonarse en proporción a lo que ha sido bien ejecutado. Si el pago se pactó periódicamente, si no se le paga oportunamente el empresario puede suspender la obra por el tiempo que dure la demora del comitente.

c- Lugar de pago: en donde se hubiere convenido, en su ausencia, hay que remitirse a las normas generales (749, 618 y 747). Se debe pagar en el lugar de entrega de la obra, si no hay lugar designado para la entrega en donde la obligación se hubiere contraído, y en caso de no estar ese lugar determinado deberá pagarse en el domicilio del deudor al tiempo de cumplimiento de la obligación.

d- Rige el principio de la invariabilidad del precio (ut – supra).

e- Privilegio del Empresario: 3891, 3931. Tienen privilegio especial por el precio de la mano de obra sobre la cosa mueble reparada o fabricada mientras permanezca en su poder; en el caso de locación de obra sobre inmueble gozan por las sumas que les son debidas de privilegio sobre el valor del mismo.

f- Derecho de retención: 3939 y 3940. El empresario no pagado tiene derecho a retener la cosa sobre la cual ha realizado la obra.

g- Prescripción: 4023. La acción tendiente al cobro del precio prescribe a los 10 años, los que se computan, claro está desde que la obligación se tornó exigible. En caso que se tratare de varias cuotas, Borda entiende que cada una no tiene vencimiento propio por lo que prescriben desde que la última cuota se hizo exigible.

h- Acción de las personas que ponen su trabajo o materiales contra el dueño de la obra: 1645 C.C. en la inmensa mayoría de los casos el locador o empresario ocupa los servicios de otras personas que trabajan bajo sus órdenes, o adquiere de terceros artículos o

materiales empleados en la ejecución de la obra. Como regla general, éstos están solo vinculados con el locador y no tienen acción alguna contra el dueño porque es aquel quien los ha contratado. Pero si el comitente no hubiera pagado todavía al empresario la totalidad del precio pactado, entonces los obreros y proveedores tienen acción directa contra él hasta la concurrencia de la suma debida al empresario. Es una solución fundada en principio de equidad. ¿tiene esta acción directa los subcontratistas? Salvat: no, porque es una norma de excepción. Borda: si, por razones de equidad. Como la acción se otorga hasta la concurrencia de lo que el dueño le debe al empresario, aquel no sufre ningún perjuicio porque los pagos que realice a estos terceros serán oponibles al empresario o locador. En el mismo sentido Llambías, salvo en caso de quiebra del empresario, pues ello significaría cobrarse fuera de la pars conditio creditorum.

RECIBO DE LA OBRA:
La forma normal de conclusión del contrato se produce con el recibo de la obra y el pago del precio. Una vez terminada la obra el locatario tiene derecho a verificarla, esto es de examinarla a través de operaciones materiales y técnicas para comprobar si ha sido concluida según las reglas del arte y de conformidad a las estipulaciones contractuales, si esto no es así puede negarse a recibirla sin incurrir en mora y oponer la excepción de incumplimiento del contrato ante el reclamo del precio; pero si la obra fue ejecutada de conformidad a lo estipulado, debe recibirla para no incurrir en mora *accipiendi.*
La aceptación y la recepción pueden o no ser coincidentes en el tiempo. Puede aceptar la obra pero la obra seguir en poder del locador. Puede haber recepción sin aceptación (cuando se formulen reservas). Pero cuando se recepta sin más, esto tiene efecto de aceptación, y produce los siguientes efectos:
a.- Tiene efecto liberatorio, de pago del locador.
b.- El empresario se libera de por los vicios aparentes, salvo que provocaren la ruina.
c.- Comienza a correr el plazo de 10 años del art. 1646.

RECEPCIÓN PROVISORIA: puede ocurrir que en el contrato se establezca una cláusula que el comitente recibirá provisionalmente la obra y que transcurrido un plazo se la recibirá definitivamente. Durante ese período el comitente tiene el derecho de retener del precio un depósito de garantía que sirve para responder a las reparaciones que eventualmente sea necesario realizar por vicios que pudiere descubrir. Esta recepción sólo exime de responder por vicios aparentes y sólo vale como pago cuando transcurre el plazo. En los contratos de obras públicas, la distinción entre recepción provisoria y definitiva aparece como imperativo de la ley. (Borda, Spota). En cambio, Llambías sostiene que la recepción provisional no exime de reclamar por los defectos aparentes por el principio de interpretación restrictiva de los actos de renuncia (874), salvo que renuncie expresamente.

LIQUIDACIÓN Y PAGO DEL PERSONAL: 1645.
DESISTIMIENTO: 1638. Se reconoce al dueño de la obra la facultad de suspender la ejecución del contrato, sin distinguir si el mismo ha comenzado o no, sea por motivos de carácter personal o económico que podrían comprometer su patrimonio, no se lo quiere obligar a que continúe con una obra que ha devenido inútil o que el comitente ha perdido interés, sería antieconómico. Pero debe indemnizar al locador por: **1-** *Gastos* realizados: en trámites, preparativos, herramientas, materiales; **2-** *Trabajo* realizado para la preparación o ejecución; **3-** Toda la *utilidad* que pudiera obtener si el contrato hubiera sido concretado. Es decir, deberá indemnizar por el daño emergente y lucro cesante. Seguidamente el código faculta a los jueces a reducir equitativamente la utilidad si la estricta aplicación condujera a una injusticia. En el código Anotado de Salas, Trigo y Represas y López Mesa, se ejemplifica: … como

ocurre si por las modificaciones imprevistas se produjera un aumento considerable en el precio (1633 bis).

CONCLUSIÓN DE LA OBRA: es el modo normal de terminar el contrato, la ejecución de la obra encomendada y el pago del precio; se agotan las prestaciones-

FALLECIMIENTO DEL EMPRESARIO: 1640 y 1641 C.C. pero no por fallecimiento del locador. Esto porque generalmente al celebrar el contrato se tiene en cuenta las aptitudes del locador, su diligencia, su contracción al trabajo, los materiales de los que dispone. En cambio los herederos del locatario podrían cumplir sin dificultad la obligación de pagar el precio. Muerto el locador, el locatario deberá pagar a sus herederos: a- el valor de la parte de la obra ejecutada; b- el valor de los materiales preparados, se requiere que ya estén en la obra y sean útiles a la misma. EXCEPCIONALMENTE los herederos podrán continuar la obra cuando ésta no exigiere en el empresario cualidades especiales. Es una facultad que se acuerda a los herederos, si éstos no quieren, podrán tener por resuelto el contrato, ahora, si éstos desean ejecutar la obra y el dueño se opone, tendrán que ir a que el juez resuelva.

IMPOSIBILIDAD: (1642 C.C.) de hacer o de concluir la obra por parte del empresario. En este caso tanto él como el locatario pueden resolver el contrato. Las causales de imposibilidad pueden ser de varios tipos: enfermedad, caso fortuito, guerra, prisión, ordenanza municipal que prohíba ese tipo de edificación, etc. En todo caso la causa será la que determine los efectos indemnizatorios, el artículo dice que en caso de imposibilidad se le pagará al empresario por lo que ha hecho pero por aplicación de las normas generales del derecho, no se le indemnizará si la imposibilidad sobreviene por su culpa (por ejemplo si es enviado a prisión por cometer un delito). Si no tuvo culpa (por ej. Si la cosa es expropiada) se le pagará lo que ha hecho. Si la culpa es del dueño, se le deberá responder ampliamente frente al locador.
IMPOSIBILIDAD TEMPORARIA: No contemplada en el C.C. por ejemplo una huelga de transporte que impida la provisión de materiales, enfermedad del empresario, etc. Se ha entendido que en principio no da lugar a la resolución, sino a una prórroga del plazo por un período equivalente al de la imposibilidad (mismas reglas de la culpa).

DESAPARICION DEL EMPRESARIO: debe entenderse ABANDONO. Se autoriza al comitente a resolver el contrato. El abandono puede ser total: cese de trabajos; o puede haber una demora tal en la ejecución que sea asimilable al abandono.

QUIEBRA DEL EMPRESARIO: el comitente puede pedir la resolución porque la insolvencia del empresario podrían comprometer su responsabilidad frente a futuros vicios. Aunque el Código no lo diga, la quiebra del comitente autorizaría POR las mismas razones a resolver el contrato porque corre el riesgo de no ser pagado. Pero no podría resolverse por ejemplo se le hubiera encargado una pintura, el comitente, entonces no tendría “interés”.

FALTA DE SUMINISTRO DE MATERIALES O DE PAGO: también se autoriza a pedir la resolución. Se supone que el locador no tiene que poner los materiales.

RESOLUCIÓN: puede tener lugar por las siguientes causas: fallecimiento del empresario, imposibilidad del empresario, desaparición o falencia del empresario, falta de suministro de materiales por parte del locatario o no pagó las prestaciones convenidas, o por voluntad unilateral cuando la obra fue ajustada por pieza o medida sin designación del total. 1639, 1640, 1642, 1643, 1644.

Lectura 12-SOCIEDAD

Sociedad

CONCEPTO:
Según el art. 1648, "*hay sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí."*
El hombre no podría satisfacer muchas de sus necesidades sin unir sus esfuerzos con otros hombres. El fenómeno de la asociación ha alcanzado hoy en las sociedades modernas difusión y gran importancia.
Es un *acto colectivo complejo* en el que se realiza el fenómeno de la comunión de declaraciones de voluntad dispuestas paralelamente, el contrato de sociedad es también la síntesis final de intereses contrapuestos.
A diferencia de los restantes contratos conmutativos, en los que las partes intercambian prestaciones, la sociedad provoca la creación de una comunidad de bienes y de trabajo con la que se han de alcanzar fines de los socios.

Luego de la definición contenida en el art. 1648, resultan los siguientes elementos del contrato de sociedad: 1) es necesario: la reunión o agrupación de dos o más personas; 2) es preciso que ellas se reúnan para lograr su fin común; 3) que ese fin consista en una utilidad apreciable en dinero; 4) finalmente, que todos los socios participen de las ganancias (y también de las pérdidas, art. 1652). La *Participación en las ganancias y pérdidas es* la esencia del contrato de sociedad, es decir, la participación de todos los socios en las pérdidas y las utilidades; si alguno de ellos no participa de unas u otras, la sociedad es nula (art. 1652). Es claro que la nulidad del contrato como sociedad no impedirá a veces su validez como otro contrato.

CARACTERES.
a) La sociedad es un contrato *bilateral (o multilateral) y conmutativo.* Pero se diferencia de todos los restantes contratos que también tienen estos caracteres en que no se trata de la conmutación de contraprestaciones entre partes que tienen intereses contrapuestos, sino que provoca la creación de una comunidad de bienes y de trabajo.
b) Es *oneroso* porque todos los socios tienen la obligación de hacer sus aportes.
c) Es, en principal, *consensual,* porque basta el simple consentimiento para formarlo, pero este principio está sujeto a excepciones más importantes y extensas que la regla.
d) Es un contrato de *gestión colectiva*, porque los socios se obligan recíprocamente a propulsar mediante su cooperación, un fin común.
e) Es un contrato de *tracto sucesivo* puesto que la situación jurídica creada es duradera.
f) Es un contrato celebrado siempre *intuitu personae.*
Algunos autores hacen notar que es también un contrato *preparatorio* en atención a que tiene por objeto crear una entidad destinada a celebrar otros contratos.
Las deudas de la sociedad pesan sobre los socios (art. 1713) y la muerte de los socios pone fin a la sociedad siempre que no queden al menos dos personas vivas (Arts. 1758 y 1760).

OBJETO ILÍCITO
En principio las sociedades deben tener un objeto lícito (art. 1655). Es una mera aplicación de la regla general contenida en el art. 953. Objeto de la sociedad es el género de operaciones para cuya realización se ha constituido, puede referirse a un conjunto de actos u operaciones o a uno solo; tales son las sociedades *accidentales.*

Borda, al referirse a las ilícitas da como ejemplo las sociedades constituidas para hacer contrabando o para realizar actos de monopolio o para la explotación de juegos de azar prohibidos por la ley o para el aprovechamiento del crédito o influencia de uno de los socios (art. 1650). También son consideradas ilícitas las sociedades constituidas entre un abogado y otra persona que sólo aporta la clientela, dividiéndose los honorarios ganados por aquél; la constituida para hacer remates entre un martillero y otra persona que no lo es.
Por lo que, las sociedades así constituidas adolecen de nulidad absoluta, ya que la invalidez se funda en una razón de interés público y en relación a los socios rige el art. 1659 siendo la sanción prevista contundente puesto que los socios no podrán accionar recíprocamente a fin de reclamarse los aportes y repartición de las ganancias. Ahora en relación a los terceros, siendo éstos de buena fe, es decir, los que no conocían acerca del objeto ilícito, podrán alegar contra los socios la existencia de la sociedad.

La sociedad es un contrato consensual; la ley no exige en principio ninguna formalidad, de modo tal que puede celebrarse aún verbalmente (art. 1662). Sin embargo, el Código disponía, en su redacción originaria, que si los aportes excedían de mil pesos la sociedad debía ser hecha en escritura pública. La suma era importante cuando el Código se sancionó, pero luego perdió toda relevancia.
La ley 17.711 suprimió el límite y exige la escritura para toda la sociedad (art. 1184, inc. 3º). Hay una aparente contradicción entre el art. 1662 y el 1184, inc. 3º. Sin embargo, el primero conserva su campo de acción con relación a la sociedad de hecho, en la que no hay instrumento escrito de ninguna naturaleza.
En cuanto a las sociedades comerciales, ellas deberán constituirse o modificarse mediante contrato otorgado por instrumento público o privado, el que deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio (Arts. 4º y 5º, ley 19.550).
En este punto Borda opina que la escritura pública es siempre una formalidad exigida *ad probationem* (art. 1185), de tal modo que no impide que la sociedad se acredite por otros medios (art. 1663). No obstante se pueden encontrar otras posiciones doctrinarias al respecto.

PRUEBA. La prueba de la sociedad se rige por las reglas generales (art. 1662); son aplicables pues, las soluciones de los Arts. 1190 y siguientes. A los efectos de la admisibilidad de la prueba testimonial, dispone el art. 1662 que el valor del contrato será el de todo el fondo social para la tasa de ley.
Es interesante destacar lo que expresa el autor que seguimos sobre este tema, ya que debe distinguirse entre la prueba del contrato en sí y la de las actividades sociales; estos son hechos y como tales pueden acreditarse por cualquier medio, incluso testigos, cualquiera sea el valor del contrato. Esta solución se desprende claramente del art. 1663 y ha sido consagrada por la jurisprudencia. Si la prueba resultara positiva, habrá quedado demostrada la existencia de una sociedad de hecho o irregular.

Administración de la sociedad

PREVISTA EN EL CONTRATO
Conforme surge del principio de la libertad de las convenciones, el contrato puede fijar la forma en que se ha de llevar a cabo la administración, cómo se designarán y renovarán los administradores, sus atribuciones, etcétera. Esas normas contractuales regirán el gobierno de la entidad, pues las disposiciones contenidas en esta materia por la ley son simplemente supletorias.

1. *Socio administrador designado en el contrato*
PRINCIPIO Y CONSECUENCIAS. El contrato puede designar uno o más socios que se ocupen de la administración de la sociedad. En tal caso, la designación forma parte del acuerdo de voluntades, lo que significa que el mandato conferido es en principio irrevocable y que la

separación del administrador desvirtúa el contrato a punto tal que debe reputarse disuelta la sociedad.
IRREVOCABILIDAD DEL MANDATO DE ADMINISTRACIÓN. Cuando el mandato para administrar ha sido otorgado por una cláusula del contrato, no puede ser revocado sin causa legítima (art. 1681); mientras no se haya producido la causa legítima de remoción, el administrador puede seguir administrando a pesar de la voluntad contraria de todos los restantes socios (art. 1681). Es una solución coherente.
a) *Justas causas de remoción. Habrá causa legítima para revocar el mandato, si el socio administrador, por un motivo grave, dejase de merecer la confianza de sus coasociados, o si le sobreviniese algún impedimento para administrar bien los negocios de la sociedad* (art. 1682).
Esta disposición deja librado al prudente arbitrio judicial la apreciación de la gravedad de los motivos alegados para pedir la remoción.

ADMINISTRACIÓN NO PREVISTA EN EL CONTRATO
PRINCIPIO
Cuando en el contrato no se ha designado administrador ni se ha previsto el modo de hacerlo, *lo que cualquiera de los socios hiciere, obliga a la sociedad como hecho por un mandatario suyo* (art. 1677).
Es decir, la ley reputa que hay un mandato tácito recíproco entre todos los socios.
A primera vista, el sistema de la ley atribuye la administración a todos los socios. Pero si bien se mira, en el orden interno la sociedad está gobernada por el principio de la mayoría, es ésta la que decide cuando hay divergencias entre los socios.
El sistema legal está más bien encaminado a la protección de los terceros que contratan con uno de los socios; basta con esta para que la sociedad quede obligada.

Es interesante detallar algunas de las obligaciones y derechos más importantes de los socios: Hacer los aportes en el tiempo fijado en el contrato, garantizar por evicción y vicios redhibitorios; deber de fidelidad, así como también gozan del beneficio de competencia, derecho de reembolso de anticipos y reintegro de pérdidas, de renuncia etc.

Respecto de los supuestos tales como derechos y obligaciones de la sociedad y socios respecto de terceros y disolución societaria, podrán considerarse las propuestas del autor que seguimos.

En ciertas ocasiones los sujetos realizan negocios determinados, se asocian sin cumplimentar por diversas razones formalidad alguna, entonces se está en presencia de **Sociedades irregulares o de hecho.**
Borda explica que a veces se trata de una asociación breve, cuyo objeto quizá sea la realización de un solo negocio; otras de negocios poco importantes; otras de asociaciones de personas que tienen entre sí gran confianza. Por un motivo o por otro, prescinden de la escritura pública, que no sólo es costosa, sino que también parece muchas veces una formalidad excesiva. Pero luego los negocios sociales adquieren importancia, se presentan dificultades entre los socios y con relación a terceros y el problema legal queda planteado. No pocas veces los socios y aún los terceros resultan perjudicados por estas irregularidades en la formación de la sociedad.
En definitiva, esas sociedades existen, tienen negocios en comunes y hay un patrimonio social.
El *status* legal que tienen estas sociedades es similar al de las comunes; los tribunales han declarado que están sometidas al mismo régimen legal, salvo en lo que atañe a la liquidación o alguna otra consecuencia propia de su naturaleza específica. Gozan de personería jurídica, su patrimonio es independiente del de sus socios, pueden demandar y ser demandadas.
Sin embargo tienen una debilidad que las distingue de las nacidas regularmente: los socios pueden pedir en cualquier momento su disolución, aunque no haya vencido el término previsto en el contrato o no se haya cumplido el objeto para el cual se concertó.

La administración y representación legal de la sociedad de hecho puede ser ejercida por cualquiera de los socios y la sociedad tienen existencia legal no sólo entre partes sino también con relación a terceros, son responsable solidaria e ilimitadamente.
Es acertada esta solución puesto que de lo contrario los terceros que contratan con la sociedad quedarían expuestos a maniobras en perjuicio suyo. Así, por ejemplo, el contrato social podría establecer que sólo el socio gestor es responsable ante terceros, con lo cual los restantes (quizá los únicos verdaderamente solventes) quedarían libres de responsabilidad.
Borda explica en este sentido, que estas soluciones no sólo son una defensa para los terceros, sino también un modo de estimular la constitución regular de las sociedades, como único medio para que los socios puedan limitar su responsabilidad.

Por lo mismo que la responsabilidad de los socios es ilimitada, se ha declarado que los terceros que contratan con la sociedad irregular pueden dirigir su acción contra ella o bien considerarla inexistente y demandar directamente a cualquiera de los socios individualmente y por el total de su crédito.
Pero los terceros que han contratado con la sociedad no pueden oponerse a la demanda que ella les entable por incumplimiento, so pretexto de que la sociedad no existe legalmente.
En definitiva, la sociedad puede demandar a terceros por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. La representación judicial de la sociedad puede ejercerla cualquiera de los socios.

PRUEBA. De acuerdo con el art. 1665, la existencia de una sociedad irregular, aunque su capital exceda el que de acuerdo a la ley requiera escritura pública, puede probarse por los siguientes medios: 1) cartas firmadas por los socios, y escritas en el interés común de ellos; 2) circulares publicadas en nombre de la sociedad; 3) cualesquiera documentos en los cuales los que forman hubiesen tomado las calidades de socios; 4) la sentencia pronunciada entre los socios en calidad de tales.
La enumeración del Código es ejemplificativa; la existencia de una sociedad de hecho puede probarse por cualquier medio, incluso testigos.
En materia comercial, la ley 19.550 ha hecho prevalecer la tesis amplia; el art. 25 dispone que la sociedad irregular puede acreditarse por cualquier medio de prueba, sin exigir el principio de prueba por escrito.

LECTURA 13- OTROS CONTRATOS DONACIÓN, MANDATO, CONTRATOS ALEATORIOS, FIANZA

DONACIÓN

La donación es una figura que se puede definir conforme a lo expresado por el Código, pero en ciertas ocasiones se confunde con liberalidades realizadas entre vivos, puesto que no todo acto a título gratuito es donación. No lo son, por ejemplo, los actos de última voluntad. El concepto que surge del C.C en el art. 1789 dice: "*habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa."* De esta definición se desprenden los siguientes elementos.

a) Es un acto *entre vivos;* los actos de última voluntad, llamados testamentos, tienen un régimen legal distinto. En nuestro Derecho no hay donaciones para después de la muerte (art. 1790).
b) *Obliga a transferir la propiedad de una cosa*. Es menester destacar que, también es necesaria la tradición (Arts. 577 y 3265) en éste sentido Borda explica los antecedentes respecto de la fuente de que se valió VÉLEZ cual fuera el Código francés, sistema en el que basta el título para que se opere la transferencia de la propiedad de la cosa.

Hay que destacar que el objeto de este contrato sólo pueden ser las *cosas* en nuestro régimen legal; si se trata de la transmisión gratuita de un derecho, hay cesión y no donación, aunque el régimen legal es parecido, pues el art. 1437 remite a las reglas de la donación, en cuanto no sean modificadas por el título de la cesión. No obstante hay algunas diferencias, sobretodo en relación a la forma de este contrato.

El autor menciona una serie de ejemplos de donación: La transmisión gratuita de las acciones al portador de una sociedad anónima, ya que las acciones son cosas muebles.

No hay donación en nuestro Código a causa de la transferencia o constitución gratuita de cualquier derecho real o personal sobre una cosa, que no sea el derecho de propiedad. VÉLEZ lo expresa en la nota al art. 1791 en la que dice: "*Sea cual fuere el desinterés de una de las partes, sea cual fuere el beneficio de la otra, donde no hay enajenación, no hay donación".*

c) La transferencia debe ser a *título gratuito*. Es decir, una de las partes hace un sacrificio, se desprende de bienes, sin contraprestación por la otra parte. Sin embargo, es posible que el contrato de donación obligue al donatario a hacer o pagar algo, ya sea en beneficio del donante o de un tercero, y esto no desnaturaliza la esencia gratuita del acto.

Ahora cabe preguntarse, ¿LA DONACIÓN UN CONTRATO? En términos generales la donación es un acto unilateral; para dar, basta con la voluntad del donante.

Luego, la doctrina jurídica clásica, es un contrato que sólo se perfecciona con el acuerdo de voluntades de donante y donatario, siendo esta postura criticada por autores contemporáneos.

Borda *cita a PUIG BRUTAU, explicando que: … no es suficiente la aceptación para convertir la donación en un contrato, las bases sociológicas de la donación y del contrato son diferentes. La del contrato consiste propiamente en la negociación, entendida como operación en la que se contraponen y enfrentan intereses de los contratantes que acaban por equilibrarse en el contrato; el consentimiento es el acto que corona esa negociación. En la donación no se presenta una verdadera oferta de contrato, sino que hay un acto de disposición a favor del donatario. La aceptación de la donación tiene mayor analogía con la aceptación de una herencia o legado que con la teoría del consentimiento contractual. Esto explica que la donación puede ser aceptada aun después de la muerte del donante (art. 1795), solución excepcional que no se concibe en los contratos en los que el fallecimiento de cualquiera de las partes hace imposible el acuerdo de voluntades. Si la aceptación de la donación es un requisito de su validez, no es porque se trata de cumplir una exigencia derivada de la libertad individual: que nadie pueda verse obligado a recibir un beneficio sin su consentimiento. (…)*

En su esencia, la donación es un acto unilateral de disposición gratuita de bienes, más próximo a la disposición testamentaria que al contrato. Sólo así concebida se explica que pueda ser revocada por ingratitud del donatario, que esté sujeta a reducción por inoficiosidad y a colación."

CARACTERES:

a) Es un contrato *a título gratuito:* no hay contraprestación del donatario. El cargo que suele imponer a veces el donante no tiene carácter de contraprestación sino de obligación accesoria. Tampoco desvirtúan el carácter gratuito del contrato algunas obligaciones que la ley impone al donatario, como la de pasarle alimentos al donante, en caso de que le sean necesarios.

b) Es *formal* y *en ciertos casos solemne absoluto.*

c) Es *irrevocable* por la sola voluntad del donante.

ELEMENTOS:

CONSENTIMIENTO, por lo que es necesario el REQUISITO DE LA ACEPTACIÓN. (Art. 1792).

En algunos casos la aceptación es formal y exige la escritura pública, en otro basta con la aceptación tácita que puede resultar de los hechos.

Consecuencia de lo dicho es que la promesa de donación puede ser revocada antes de su aceptación y esa revocación puede ser tácita, como ocurre si la cosa donada se dona a otro, o se vende o se hipoteca (art. 1793). Pero la promesa de donación hecha para constituir una fundación no es revocable a partir de la autorización concedida por el Estado para funcionar como fundación y si el fundador falleciere después de firmar el acto, es irrevocable a partir de la presentación a la autoridad administrativa de control solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica (art. 5º, ley 19.836).

CAPACIDAD

Capacidad de hecho, en general. Tienen capacidad para hacer y aceptar donaciones todos los que la tienen para contratar (art. 1804). Esta regla remite al art. 1160, que se vio en la parte general de la materia, según el cual *no pueden contratar los que sufren una capacidad absoluta o una relativa referente a determinada persona, acto u objeto, los religiosos profesos y los comerciantes fallidos respecto de los bienes que correspondan a la masa del concurso.*

Respecto de la donación propiamente dicha, el Código establece las siguientes reglas:

a) *Menores*. Según el art. 1807, no pueden donar sus bienes, salvo los que adquieran por ejercicio de su profesión o industria; la norma no establecía ningún límite de edad, de tal modo que un menor de 14 años podía donar los bienes adquiridos con su trabajo; pero el nuevo art. 128 (ref. por ley 17.711) establece que el menor que ha cumplido 18 años puede trabajar en actividad honesta sin consentimiento de sus padres y desde esa edad está capacitado para administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con su trabajo. Se sugiere leer la opinión de Borda respecto a este punto.

En cuanto a los menos emancipados, ellos están capacitados para donar todos los bienes que no hayan recibido a título gratuito antes o después del matrimonio (art. 135, ref. ley 17.711).

Agreguemos que los menores bajo patria potestad sólo tienen una *incapacidad de hecho*, pues sus padres pueden hacer donación de sus bienes con autorización judicial (Arts. 450, inc. 5º y 1807, inc. 4º), a menos que se trate de bienes destinados a la prestación de alimentos a sus parientes o de presentes de uso.

Es interesante mencionar lo que pasa en la práctica, ya que los jueces nunca dan autorización a los padres para que éstos hagan donación de los bienes de sus hijos menores, ya que habría que demostrar que el acto es necesario o evidentemente ventajoso para el menor, lo que en la hipótesis de la donación no se concibe

¿Qué sucede con los *Cónyuges*? El nuevo art. 1277 ha colocado a ambos cónyuges en situación de igualdad y ha puesto orden en el sistema. Ninguno de los cónyuges puede disponer (y, por lo tanto, donar) de los bienes gananciales cuya administración le está reservada, sin el consentimiento del otro (o en su defecto, la autorización judicial) siempre que se trate de inmuebles, de muebles registrables o de aportes a sociedades. Los restantes bienes muebles gananciales y los bienes propios, cualquiera sea su naturaleza, pueden ser donados.

Puede ocurrir que se trate de un matrimonio de gran fortuna, al que la donación de un bien no les incide en su patrimonio y que, en cambio, puede servir para satisfacer necesidades esenciales de un hijo, un anciano, una institución de beneficencia. La donación entonces resulta razonable, no perjudicial y debe ser autorizada por el juez, que en este sentido puede suplir la voluntad en caso de oposición del cónyuge.

Capacidad de derecho

INCAPACIDADES PARA DONAR. No pueden hacer donaciones:

a) Los menores bajo tutela.

b) Los esposos el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro tenga de diverso matrimonio o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación (art. 1807, inc. 1º). La prohibición se extiende a los hijos del otro cónyuge y a las personas de quien sea éste heredero, porque la ley

presume que en ese caso el donatario designado es un prestanombre y que la libertad está en realidad dirigida al cónyuge.

En cambio, no hay inconveniente en que el padre o la madre o ambos hagan donaciones a favor de sus hijos, cualquiera sea la edad de estos; éstas serán consideradas como adelanto de la legítima, a menos que el donante exprese su voluntad de mejorar al donatario (art. 1805). Estas donaciones tienen un límite: respetar la legítima de sus herederos forzosos.

INCAPACIDAD PARA RECIBIR DONACIONES: Las donaciones sólo pueden hacerse a favor de personas que tengan existencia civil o natural (art. 1806). En cuanto a las personas naturales, su existencia comienza desde el momento de la concepción y desde ese instante puede recibir donaciones, siendo Las que se hubieran hecho con anterioridad, de ningún valor.

Con respecto a las personas de existencia ideal, sería nula la donación hecha en su beneficio antes de que tuvieran existencia como tal, a menos que se hiciere con el fin de fundarlas y de obtener la respectiva autorización según lo dispuesto por el (art. 1806).

En relación al *OBJETO:* Las cosas que pueden ser vendidas, pueden ser donadas (art. 1799), por lo que en este sentido se deberá recordar lo estudiado en dicho contrato.

Si bien el objeto de la donación debe ser una *cosa* corporal; cundo se habla de derechos, éstos no pueden donarse, sino cederse gratuitamente, aplicándose las reglas de la donación en lo que no estén modificadas por reglas especiales según lo expresado en el art. 1437.-

PROHIBICIÓN DE DONAR LOS BIENES FUTUROS. La donación debe referirse a los bienes presentes del donante; pero según el art. 1800 la donación de bienes futuros acarrea la sanción de nulidad.

El art. 1800 deja a salvo *los derechos de sus acreedores y de sus herederos, descendientes o ascendientes legítimos*. Los primeros tendrán la acción revocatoria en cuanto la donación perjudique el cobro de sus acreencias; los segundos, podrán obtener la reducción de las donaciones inoficiosas. El autor Guillermo Borda, opina que es *un agregado inútil, porque las donaciones están siempre expuestas a dichas acciones, sean o no de todos los bienes presentes.*

FORMA DE LAS DONACIONES. Dispone el art. 1810, *que deben ser hechas ante escribano público en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad: 1) las donaciones de bienes inmuebles; 2) las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias.*

Este artículo agrega que respecto de estos supuestos no rige el art. 1185, es decir, que habiendo sido hechas estas donaciones bajo forma privada, no se puede reclamar la escrituración.

Entonces, la escritura es un requisito exigido *ad solemnitatem*; sólo se exceptúan las donaciones hechas al Estado, que pueden acreditarse con las constancias de actuaciones administrativas.

Respecto del caso de las fundaciones, la promesa de donación hecha en el acto constitutivo, son irrevocables después de la resolución de la autoridad administrativa de control que autorice a la entidad a funcionar como persona jurídica. Si el fundador falleciera después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos a partir de la presentación a la autoridad administrativa de control solicitando autorización para funcionar como persona jurídica.

Para las restantes donaciones rige el art.1815, el que expresa*:" La donación de cosas muebles o de títulos al portador puede ser hecha sin un acto escrito, por la sola entrega de la cosa o del título al donatario."*

FORMA DE LA ACEPTACIÓN. Las donaciones designadas en el art. 1810 deben ser aceptadas por el donatario en la misma escritura; si estuviere ausente, por otra escritura de aceptación.

Las donaciones no comprendidas en el art. 1810 pueden ser aceptadas de cualquier forma, sea expresa o tácita.

Mucho se ha discutido en doctrina respecto si la donación tenía carácter solemne en los casos del art. 1810. La nueva redacción de este artículo solución la cuestión y en forma acertada respecto de la donación de bienes inmuebles y de prestaciones periódicas o vitalicias, la escritura pública es un requisito solemne sin el cual el acto carece de fuerza obligatoria. Sólo se hace la relativa excepción de las donaciones al Estado, en cuyo caso son prueba suficiente las constancias de las actuaciones administrativas.

Además, el nuevo texto legal ha eliminado tres hipótesis que figuraban en el anterior art. 1810 y en las cuales no se justifica que la donación tenga carácter solemne: a) las donaciones remuneratorias; b) las donaciones con cargo; c) las donaciones de un esposo a otro para después de su fallecimiento.

Cabe preguntarse de la forma de la donación cuando se trata de bienes muebles y en este sentido, pueden ser hecha por instrumento privado o por la sola tradición de la cosa (Arts. 1813 y 1815). La mera promesa verbal es insuficiente, salvo que el donante confiese haber donado (art. 1813).

Es interesante destacar las expresiones de Borda en relación al pensamiento de la doctrina: *Estas disposiciones aluden, sin distinguirlos con claridad, a dos supuestos distintos: las donaciones manuales, que son aquellas que se perfeccionan por la sola entrega de la cosa con ánimo de transferir la propiedad a título gratuito (art. 1816) y la promesa de donación de cosas muebles, que debe ser hecha por escrito. SALVAT sostiene que en nuestro derecho las cosas muebles sólo pueden donarse en forma manual; si la tradición falta, la donación ni existirá como tal ni tampoco como promesa de donación. En otras palabras, la tradición sería un requisito esencial para la donación de cosas muebles a punto de que si se la ha omitido, el acto no vale, ni siquiera como promesa de donación, aunque conste por escrito público o privado. Esta opinión, que puede considerarse aislada en nuestro derecho, carece de sustento legal. El art. 1815 dice que la donación de cosas muebles puede ser hecha sin acto escrito, por la sola entrega de la cosa. La ley no establece que la donación debe ser hecha en esa forma, sino que puede serlo. Y que puede serlo también por escrito resulta claramente del art. 1813, que admite la prueba escrita como suficiente. Cuando la donación no se ha consumado por la tradición, el acto escrito es una promesa de donación que permite al donatario que la ha aceptado exigir la entrega de la cosa."*

Cabe tratar ahora la problemática referida a la PRUEBA DE LAS DONACIONES DEL ART. 1810., y éste debe ser apreciado con relación a las partes y a terceros.

a) *Entre las partes*. Si se tratase de la demanda del donatario para exigir la entrega de las cosas donadas, la donación sólo podrá probarse por escritura pública (art. 1812). No basta con la prueba del ofrecimiento de la donación; es indispensable también que se acredite por el mismo medio la aceptación (art. 1814).

b) *Por terceros.* Los terceros pueden tener interés en probar la existencia de una donación, sea para intentar la acción revocatoria o de simulación, sea para demandar la reducción de las liberalidades inoficiosas. Respecto de ellos no hay ninguna restricción y pueden valerse de cualquier medio de prueba.

Efectos

OBLIGACIONES DEL DONANTE

OBLIGACIÓN DE ENTREGA: La obligación esencial del donante es la de entregar la cosa donada; también sus frutos a partir del momento en que fue puesto en mora, dice el *Art.1833: "El donante que no hubiere hecho tradición de la cosa donada, queda obligado a entregarla al donatario con los frutos de ella desde la mora en que se hubiese constituido, no siendo sin embargo considerado como poseedor de mala fe."* Esta última obligación sólo pesa sobre el poseedor de mala fe.

OBLIGACIONES DEL DONATARIO: Como La donación es un contrato unilateral que en principio no impone obligaciones sino al donante, entonces el donatario tiene una obligación general de gratitud, y se refiere a una conducta permanente que es razonable exigir de quien ha recibido un beneficio. Pero puede ocurrir que en el mismo contrato el donante imponga al donatario ciertas obligaciones accesorias llamadas *cargos*.

OBLIGACIÓN DE GRATITUD; ALIMENTOS DEBIDOS AL DONANTE. El donatario tiene un deber moral de gratitud hacia el donante. Dicha gratitud se revelará sobre todo con hechos positivos; en el plano jurídico, absteniéndose de la realización de actos que impliquen una notoria ingratitud; y si el donatario incurre en ellos, la liberalidad puede ser revocada hay, sin embargo, un supuesto en el que la gratitud debe mostrarse positivamente: el donatario está obligado a pasar alimentos al donante cuando éste se hallare en estado de indigencia (art. 1837), siendo necesario que haya sido hecha la donación sin cargo y que el donante no tuviera medios de subsistencia, siendo esta obligación subsidiaria.

CLASES DE DONACIONES:

POR CAUSA DE MUERTE:

Nuestro Código prohíbe las donaciones diferidas para después del fallecimiento del donante; tal acto es inválido y sólo podría valer como testamento si tuviese las formas que la ley exige para éste, según el *Art.1790, que expresa: "Si alguno prometiese bienes gratuitamente, con la condición de no producir efecto la promesa sino después de su fallecimiento, tal declaración de voluntad será nula como contrato, y valdrá sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos."*

Art.1803: "*No se reconocen otras donaciones por causa de muerte, que las que se hacen bajo las condiciones siguientes:*

1 - Que el donatario restituirá los bienes donados, si el donante no falleciere en un lance previsto;

2 - Que las cosas donadas se restituirán al donante, si éste sobreviviere al donatario."

Borda explica al respecto que no se trata de actos de última voluntad, pues la donación produce todos sus efectos de inmediato, sin que dependa para ello de la muerte del donante. Son donaciones sometidas a una condición resolutoria.

DONACIONES MUTUAS

Se llaman donaciones mutuas aquellas que se hacen dos o más personas recíprocamente en un mismo acto (art. 1819). El Código requiere simultaneidad material.

Borda explica que este requisito parece excesivo; debería bastar con la simultaneidad *intelectual*, es decir, la que existe en todo caso en que sea evidente que la donación hecha por una persona a otra tuvo por causa la que ésta le hacía a ella, aunque ambas se hayan documentado por actos separados.

Los esposos no pueden hacerse donaciones mutuas (art. 1820), disposición coherente con la prohibición de hacerse donaciones en general (art. 1807, inc. 1º) y de celebrar contratos de compraventa (art. 1358) y permuta (art. 1490).

DONACIONES REMUNERATORIAS

CONCEPTO. *Según el art. 1822, las donaciones remuneratorias son aquellas que se hacen en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, estimables en dinero y por los cuales podía éste exigir el pago judicialmente al donante.* Y sujetas al siguiente régimen legal:

a) La aceptación de la donación remuneratoria equivale a la aceptación del pago de los servicios; en consecuencia, el donatario no podrá en adelante cobrarlos judicialmente.

Por el contrario, la simple donación (hecha sin intención remuneratoria) no priva a quien prestó el servicio del derecho a reclamar su pago.

b) En la medida en que importa una remuneración equitativa de los servicios prestados, se reputa un acto oneroso. *Art.1825.- Las donaciones remuneratorias deben considerarse como actos a título oneroso, mientras no excedan una equitativa remuneración de servicios recibidos.*

En consecuencia, está sujeta a la acción por evicción y por vicios redhibitorios y no puede ser reducida por inoficiosidad ni da lugar a colación, ni puede ser revocada (art. 1863). En cambio, en cuando excede de la justa retribución, está sujeta al régimen legal de las donaciones simples.

DONACIÓN CON CARGO

CONCEPTO:

Se denomina cargo a la obligación accesoria impuesta al que recibe una liberalidad. La imposición de un cargo influye sobre el régimen de las donaciones, porque ellas dejan entonces de ser un acto puramente gratuito y en la medida en que el valor del cargo absorba el de los bienes donados, el acto es considerado oneroso; en el excedente, es reputado gratuito, según los siguientes artículos:

Art.1827: "Las donaciones con cargo de prestaciones apreciables en dinero, son regidas por las reglas relativas a los actos a título oneroso, en cuanto a la porción de los bienes dados, cuyo valor sea representado o absorbido por los cargos; y por las reglas relativas a las disposiciones por título gratuito, en cuanto al excedente del valor de los bienes, respecto a los cargos."

Art.1828: "Cuando la importancia de los cargos sea más o menos igual al valor de los objetos trasmitidos por la donación, ésta no está sujeta a ninguna de las condiciones de las donaciones gratuitas."

¿Qué sucede en caso de LA INEJECUCIÓN DEL CARGO? Da lugar a:

a) *Acción por cumplimiento*. Ante todo, el donatario puede ser demandado por incumplimiento del cargo. Si éste ha sido establecido a favor del donante, la acción por cumplimiento la tienen: 1) el propio donante y sus sucesores a título universal (Arts. 1852 y 3842); 2) sus acreedores, en ejercicio de la acción subrogatoria; 3) el albacea. Si el cargo ha sido establecido en favor de terceros, la acción puede ser intentada: 1) por el tercero beneficiario y sus sucesores universales; 2) por el sucesor a título particular si el cargo tuviere por objeto conservar, mejorar, etcétera, una cosa mueble o inmueble; 3) por los acreedores del beneficiario, en ejercicio de la acción oblicua.

b) *Acción por revocación.* La acción por revocación de la donación sólo compete al donante y sus herederos (art. 1852). Se trata de una acción personalísima que no puede ser intentada por los acreedores por vía de la acción indirecta ni por el tercero beneficiario del cargo, que sólo puede pedir el cumplimiento.

Inoficiosidad de las donaciones

La porción legítima de los herederos forzosos está garantizada contra todo acto de disposición gratuita de bienes, sea entre vivos o de última voluntad, por lo que, si el valor de las donaciones excede la porción disponible del donante, los herederos forzosos pueden demandar su reducción en la medida necesaria para cubrir sus legítimas.

Art.1832: "La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada:

1 - Por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero si existieren descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competerá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación;

2 - Si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias o con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas."

Respecto al tema de: DONACIONES CONDICIONALES; LIMITACIONES DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LA IRREVOCABILIDAD., el autor expresa: "*La donación, como todo acto jurídico, puede sujetarse a condición. Tratándose de condiciones suspensivas, ninguna limitación hay derivada de su carácter mixto o causal; solamente las puramente potestativas anularían la donación, de acuerdo con el principio general del art. 542. (…)*

En cambio, tratándose de condiciones resolutorias deben ser casuales o bien depender de la voluntad del donatario (por ej la donación de un automóvil a un sobrino con la condición resolutoria de que se gradúe en el plazo de un año), pero nunca puede la condición depender de la voluntad del donante, porque si así fuera, estaría librado al arbitrio de éste la suerte de los bienes donados, lo que colocaría al dominio en una incertidumbre inadmisible y sería contrario al principio de la irrevocabilidad de las donaciones. Tales condiciones anularían la donación.

Cumplida la condición suspensiva, la donación es exigible por el donatario. Cumplida la resolutoria, el dominio que fuera transferido al donatario queda revocado."…

REVERSIÓN:

Dentro de las condiciones resolutorias que suelen imponerse en las donaciones, una de las más frecuentes e importantes, es la reversión por premuerte del donatario. De acuerdo con esta cláusula, los bienes donados retornan al patrimonio del donante si el donatario fallece antes que aquél (art. 1841). La legitimidad y aun la utilidad de esta cláusula, son evidentes. La donación es un acto *intuitae personae.* Por ejemplo, el donante quiere beneficiar a Maria, pero no tiene el interés en que luego reciban los bienes sus herederos, por ejemplo.

La cláusula de reversión le asegura que si el donatario fallece primero, los bienes volverán a su poder y no irán a manos de quien no quiere.

También está previsto el caso de disponer la reversión para el caso de que fallezcan, antes que el donante, "el donatario y sus herederos" (art. 1841).

Se recuerda que respecto a temas referidos a beneficiarios, forma, alcance de la cláusula efectos y renuncia, debe estudiarse del autor.

Revocación de las donaciones

CASOS EN QUE EL DONANTE PUEDE REVOCAR LA DONACIÓN. En principio la donación es irrevocable por voluntad del donante. La ley sólo admite la revocación en estos supuestos:

a) Cuando el donatario ha incurrido en incumplimiento de las cargas impuestas en el acto de la donación;

Art.1852: "El derecho de demandar la revocación de una donación por inejecución de las cargas impuestas al donatario, corresponde sólo al donante y a sus herederos, sea que las cargas estén impuestas en el interés del donante o en el interés de terceros, y que consistan ellas o no en prestaciones apreciables en dinero."

b) Cuando ha incurrido en ingratitud hacia el donante; se la puede dejar sin efecto sólo por causas graves, que el Código enumera taxativamente: 1) atentado contra la vida del donante; 2) injurias graves en su persona o en su honor; 3) negativa a prestarle alimentos (art. 1858). El art. 1860 agrega la causal de delitos graves contra los bienes del donante.

c) Cuando después de la donación han nacido hijos al donante y esta causa de revocación se hubiera previsto en el contrato.

Las donaciones onerosas (o con cargo) y las remuneratorias pueden ser revocadas pero sólo en la parte que constituyan una liberalidad (art. 1863).

MANDATO

Es necesario recordar lo estudiado ya sobre el final del módulo 1, cuando se desarrolló la temática referida a la Teoría de la Representación. Decíamos*:* Es necesario comentar que nuestro C C. A., omitió el tratamiento autónomo de la representación y confundió en numerosos artículos del título referido al contrato de mandato con el poder, según expresa un reconocido autor en su libro Mosset Iturraspe y en este sentido basta con dar lectura no sólo al concepto que surge del Art.1869: *"El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza."* sino también del art. 1870.

CARACTERES:

Es un contrato que se celebra a fin de utilizarlo como medio para realizar otros actos jurídicos, pudiendo ser oneroso o gratuito. Nuestro Código presume la gratuidad cuando nada se ha convenido diferencia de lo preceptuado en nuestro C. de Comercio, no obstante también presume la onerosidad cuando consiste en

Obligaciones del mandatario:

El mandatario está obligado a partir del momento de su aceptación a cumplir y ejecutar los actos que le fueron encargados, en lugar y tiempo propio 1904-1905; la manera que debe hacerlo es de forma diligente y preservando el interés del mandante, lo cual implica que en caso de que la ejecución haya sido más ventajosa y en virtud del art. 1906 no se considerarán traspasados los límites del poder. También debe el mandatario abstenerse de ejecutar los actos que sean evidentemente dañosos para su representado.

En caso de que se vea ante la imposibilidad de obrar de acuerdo a las instrucciones dadas debe tomar la medidas conservatorias según las circunstancias y tener informado al mandante solicitándole nuevas directivas.

El mandatario debe ejecutarlo fielmente según lo prescribe el art. nº 1908.

Otra de las obligaciones fundamentales de este contrato es la de rendir cuentas, no obstante el mandante puede eximirlo de la misma, pero esto no implica dispensar al mandatario de entregar al mandante lo que hubiera recibido con motivo del ejercicio del mandato: bienes dinero, ganancias, títulos papeles documentos y todo lo que hubiere recibido de terceros, todo según el art. nº 1910 y nº 1911.-

ALCANCE DE ESTA OBLIGACIÓN

Debe indemnizar al mandante de cualquier daño derivado de su actuar negligente o doloso y derivado de la inejecución total o parcial del mandato salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Obligaciones del mandante: debe proporcionar los medios y recursos necesarios para ejecutarlo a demás debe anticiparle los fondos necesarios, de lo contrario haciendo los gastos el mandatario debe reintegrárselos el mandante aún cuando el negocio no le haya resultado favorable; luego hay excepciones en supuestos como la de haber hecho el mandatario gastos excesivos o en contra de la prohibición expresa de mandante o por culpa del mandatario, según surge de los distintos supuestos del art. 1957 en virtud del cual surge que el mandante no está obligado a pagar los gastos hechos por mandatario.

El mandatario puede reclamar el reintegro de gastos después de haberlos hecho sin que sea necesario el cumplimiento del contrato.-

Otra de las obligaciones es indemnizar al mandatario las pérdidas sufridas como consecuencia de la gestión si hubieren ocurrido sin su culpa, conforme surge del art. 1953.

Otro de los supuestos es el mencionado en el art. 1951: ”*El mandante debe librar al mandatario de las obligaciones que hubiera contraído en su nombre, respecto de terceros, para ejecutar el mandato, o proveerle de las cosas o de los fondos necesarios para exonerarse.”*

La obligación de retribuir el servicio se da cuando en el contrato se pactó una retribución o consiste en trabajos propios de al profesión o modo de vivir del mandatario y es debida siempre cualquiera que sea el resultado de la gestión. El Art. 1958 expresa: "*Resolviéndose el mandato sin culpa del mandatario, o por la revocación del mandante, deberá éste satisfacer al mandatario la parte de la retribución que corresponda al servicio hecho; pero si el mandatario hubiere recibido adelantada la retribución o parte de ella, el mandante no puede exigir que se la restituya."* Señala los efectos que se producen en caso de resolución o revocación del mandato sobre la retribución del mandatario.

Por último el art. 1956 reconoce al mandatario el derecho de retención sobre las cosas del mandante que se encuentren en su poder hasta tanto sea pagado de los adelantos y gastos y retribución.

FIN DEL MANDATO:

a- Por cumplimiento del negocio.

b- Por revocación, no se requiere una justa causa para ello, basta con que el dueño del negocio así lo considere por desear modificar su negocio, o bien hay una disminución en la confianza. Ésta puede asumir la forma expresa o tácita. Los Arts a tener en cuenta, entre otros, son:

Art.1970: "El mandante puede revocar el mandato siempre que quiera, y obligar al mandatario a la devolución del instrumento donde conste el mandato."

Art.1971: "El nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del primero, desde el día en que se le hizo saber a éste."

Art.1972: "Interviniendo el mandante directamente en el negocio encomendado al mandatario, y poniéndose en relación con los terceros, queda revocado el mandato, si él expresamente no manifestase que su intención no es revocar el mandato."

Art.1973: "El mandato que constituye un nuevo mandatario, revocará el primero, aunque no produzca efecto por el fallecimiento o incapacidad del segundo mandatario, o aunque no lo acepte, o aunque el instrumento del mandato sea nulo por falta o vicio de forma."

El supuesto de mandato irrevocable se encuentra en el *Art.1977: "El mandato puede ser irrevocable siempre que sea para negocios especiales, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o un tercero. Mediando justa causa podrá revocarse.",* entonces los requisitos que se exigen en forma conjunta son: que sea para negocios especiales y no un mandato general; que el límite de tiempo surja de un plazo expreso o tácito resultante del mismo negocio a realizar y sea otorgado en razón de un interés de los dos contratantes, este interés debe ser de tal jerarquía y relevante a fin de que se justifique apartarse de la regla general cual es la revocabilidad del mandato.

c- Por renuncia del mandatario cuando le parezca oportuno para desligarse de las obligaciones, ahora si es cierto, que debe hacerla en debido tiempo y no en forma intempestiva, todo según lo dispuesto por el art. 1978 puesto que en dicho caso puede ser demandado a pagar daños y perjuicios sufridos por el mandante, mas aún siendo justa la renuncia, el mandatario tiene el

deber de continuar con sus gestiones hasta que el mandante pueda tomar las disposiciones necesarias para suplir su falta.

d- Por muerte de una de las partes: siendo las excepciones los siguientes artículos:

Art.1980: "La muerte del mandante no pone fin al mandato, cuando el negocio que forma el objeto del mandato debe ser cumplido o continuado después de su muerte. El negocio debe ser continuado, cuando comenzado hubiese peligro en demorarlo."

Art.1981: "Aunque el negocio deba continuar después de la muerte del mandante, y aunque se hubiese convenido expresamente que el mandato continuase después de la muerte del mandante o mandatario, el contrato queda resuelto, si los herederos fuesen menores o hubiese otra incapacidad, y se hallasen bajo la representación de sus tutores o curadores."

Art.1982: "El mandato continúa subsistiendo aun después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario, o en el interés de un tercero."

e- Incapacidad del mandante o mandatario, es decir, cuando han perdido en todo o en parte los derechos según lo dispuesto por el art. 1984.

Los temas referidos a sustitución y efectos del mandato así como figuras afines como la gestión de negocios ajenos, deberán estudiarse con el texto del autor que seguimos.

FIANZA

CONCEPTO.
A manera de introducción podemos decir que: un determinado acreedor puede precaverse contra la eventualidad de que su deudor sea insolvente, mediante las siguientes garantías:
a) las *reales*, que consisten en gravar un bien del deudor con un derecho real de hipoteca, prenda, etc. b) las *personales*, que consisten en hacer extensiva la responsabilidad derivada del contrato a otras personas, de tal manera que para que el acreedor quede en imposibilidad de cobrar su crédito, es necesario que tanto el deudor originario como el garante, caigan en insolvencia.
Luego, La forma típica de garantía personal es la *fianza.*

Según el art. 1986 "*habrá contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoria."*

Resulta que la fianza es un contrato, pues exige un acuerdo de voluntades entre el fiador y el acreedor cuyo crédito es garantizado. Es importante tener en cuenta que no se requiere en cambio, el consentimiento del deudor afianzado, aunque él es por lo común el principal interesado en la fianza, ya que sin ella la otra parte no se avendrá a contratar. Y no interesa su consentimiento ni su misma oposición, porque la relación obligatoria se establece **entre fiador y acreedor**.
Si el fiador paga, el deudor resultará obligado frente a él; pero ésta es la consecuencia de todo pago por otro, haya o no fianza, de tal modo que ésta no agrava en modo alguno sus obligaciones.

A continuación se detallan los caracteres más sobresalientes de este contrato.

Unilateral: sólo crea obligaciones para el fiador.
Es gratuito: Naturalmente la fianza sea gratuita y de acuerdo a ciertas costumbres es puede constituir uno de los deberes típicos de amistad y sólo por excepción se cobra algo por prestarla, sea del acreedor o del deudor, pero esto no lo desnaturaliza como contrato gratuito.

Art. 2015: "*Aunque el fiador no sea reconvenido podrá requerir al acreedor desde que sea exigible la deuda para que proceda contra el deudor principal, y si el acreedor no lo hiciere, el fiador no será responsable por la insolvencia del deudor sobrevenida durante el retardo",* por lo que el acreedor está obligado a ser diligente en la excusión de los bienes del deudor y de abstenerse de cualquier hecho en virtud del cual el fiador se vea privado de quedar subrogado en sus derechos (art. 2043). Pero estas no son obligaciones que el acreedor tiene respecto del fiador, sino *condiciones*, sin cuyo cumplimiento no podrá hacer efectiva la fianza.
Es un contrato *accesorio*, pues supone la existencia de una obligación principal, a la cual está subordinada la del fiador. De este carácter se deriva que la nulidad o la extinción de la deuda principal lleva consigo la de la fianza y que ésta no puede cederse sin el crédito principal.
Genera una obligación *subsidiaria* que sólo puede hacerse efectiva cuando se ha hecho infructuosamente excusión de los bienes del deudor principal, salvo que el fiador haya renunciado a este beneficio o se trate de una fianza mercantil. Borda explica que: *"No debe confundirse este carácter con el anterior, pues la accesoriedad existe en todo caso, aún cuando el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor principal, en cuyo caso no tiene el beneficio de excusión, por lo que su obligación deja de ser subsidiaria."*
Es *consensual,* pues no está sujeto a formas según lo dispone el *Art.2006: "La fianza puede contratarse en cualquiera forma: verbalmente, por escritura pública o privada; pero si fuese negada en juicio, sólo podrá ser probada por escrito."*

Elementos del contrato:
Sujetos:
Dispone el art. 2011 que tienen capacidad para obligarse como fiadores todos los que tienen capacidad para contratar empréstitos.
No obstante se deben hacer ciertas aclaraciones al respecto. Nuestro Código no contiene ninguna disposición especial sobre capacidad en materia de mutuo, careciendo de sentido entonces tal remisión y respecto de que todos los que pueden contratar empréstitos pueden ser fiadores, no es acertado puesto que los menores, sean o no emancipados y los administradores de las corporaciones pueden contratar empréstitos pero no ser fiadores. Al respecto, se debe analizar esta parte del Código:

"Cap. I - De los que pueden ser fiadores

Art.2011.- Todos los que tienen capacidad para contratar empréstitos, la tienen para obligarse como fiadores, sin diferencia de casos, con excepción de los siguientes:

1 - Los menores emancipados, aunque obtengan licencia judicial y aunque la fianza no exceda de $ 500;

2 - Los administradores de bienes de corporaciones en nombre de las personas jurídicas que representaren;

3 - Los tutores, curadores y todo representante necesario en nombre de sus representados, aunque sean autorizados por el juez;

4 - Los administradores de sociedades si no tuviesen poderes especiales;

5 - Los mandatarios en nombre de sus constituyentes, si no tuviesen poderes especiales;

6 - Los que tengan órdenes sagradas cualquiera que sea su jerarquía, a no ser por sus iglesias, por otros clérigos, o por personas desvalidas."

Hay otros supuestos a tener en cuenta, como el caso de que uno de los cónyuges puede ser fiador de las obligaciones contraídas por el otro, porque el contrato de fianza se concierta entre el cónyuge y el tercer acreedor, de modo que no habría motivo para impedirlo. Y el socio puede afianzar a la sociedad de que forma parte y recíprocamente.

Respecto al OBJETO, **todas las obligaciones pueden ser afianzadas**, sean civiles o naturales, accesorias o principales, deriven de un contrato, de la ley o de un hecho ilícito; cualquiera sea el acreedor o deudor y aunque el acreedor sea persona incierta; tampoco importa que la deuda sea de valor determinado o indeterminado, líquido o ilíquido, inmediatamente exigible o a plazo o condicional; finalmente, tampoco importa la forma del acto principal (art. 1993).
Es interesante conocer la opinión del autor respecto a estos puntos; sugiero su lectura.

Pueden afianzarse no sólo las obligaciones de dar sumas de dinero, sino también las de entregar cosas ciertas o inciertas y las de hacer o no hacer (art. 1992).

Según el art. 2006 la fianza puede contratarse en cualquier **forma:** verbalmente, por escritura pública o privada; pero si fuese negada en juicio, sólo podrá ser probada por escrito. Aunque desde el punto de vista teórico es perfectamente posible hacer la distinción entre la forma verbal y prueba escrita, lo cierto es que la segunda parte de este artículo obliga a celebrar la fianza por escrito si se quiere hacerle producir efectos jurídicos.

Clases de fianzas
FIANZA CONVENCIONAL
FIANZA SIMPLE
En la fianza convencional típica o simple, el fiador goza de los beneficios de **excusión** y, si existen varios fiadores, de **división** de la deuda entre ellos.
Art.2024: "*Si hubiese dos o más fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno de ellos sino la cuota que le corresponda. Todo lo dispuesto en el Título XII, Sección primera, Parte primera de este libro, es aplicable a los fiadores simplemente mancomunados."*

Pero si el fiador asume su garantía con carácter solidario, queda privado de dichos beneficios (art. 2004); el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador sin necesidad de ejecutar los bienes del deudor principal y puede demandar por el total a cualquiera de los fiadores. Pero la solidaridad no quita a la fianza su carácter de obligación accesoria y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal
Art.2004: "La solidaridad a la cual el fiador puede someterse, no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal. La fianza solidaria queda regida por las reglas de la simple fianza, con excepción de la privación del beneficio de excusión y del de división."

Cabe plantear la siguiente pregunta: ¿CUÁNDO LA FIANZA ES **SOLIDARIA?**
En principio, la fianza es simple; según art. 2033 será solidaria solamente en los siguientes casos:

a) *Cuando así se hubiere estipulado en el contrato.* La estipulación debe ser clara, porque en caso de duda, habrá que admitir que la fianza es simple, ya que la solidaridad no se presume.
b) *Cuando el fiador renunciare al beneficio de excusión.* Pero en verdad esta renuncia no confiere a la fianza todos los caracteres de la solidaridad, ya que si sólo se renuncia al beneficio de excusión, todavía el fiador podrá hacer valer el de división, que no tiene el fiador solidario.
c) *Cuando el acreedor fuese la hacienda nacional o provincial.* Es un privilegio que las leyes reconocen al Fisco, sea nacional o provincial

Si el fiador se ha obligado **como principal pagador,** se lo considera como deudor solidario y se le aplican las normas sobre deudores solidarios conforme al art. *Art.2005: "Cuando alguien se obligare como principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios."*

En este supuesto la obligación no es accesoria y se establece un vínculo directo entre el fiador y el acreedor y no es indispensable la interpelación previa del deudor principal. Luego, el fiador principal pagador no goza de los beneficios de división y excusión.

Lectura 14- FIANZA CIVIL Y COMERCIAL

FIANZA CIVIL Y COMERCIAL

La fianza será civil o comercial según lo sea la obligación principal (art. 478, Código de Comercio). Es una aplicación del principio de que lo accesorio tiene la naturaleza jurídica de lo principal.

Efectos de la fianza

ENTRE FIADOR Y ACREEDOR

OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL FIADOR. El fiador desempeña el papel de garante del deudor principal; si éste no cumple, él deberá hacerlo. Por cumplimiento debe entenderse hacer efectiva la obligación en el modo, lugar y tiempo convenido.

Ahora si el principal obligado no da cumplimiento tal como se pactó en tiempo y forma con su obligación, el que será responsable es el fiador.

Es necesario destacar que su obligación tiene carácter accesorio y subsidiario; por ello, cuenta con los siguientes recursos:

a) podrá exigir que previamente el acreedor dirija su acción contra el obligado principal y tiene derecho a intervenir en ese juicio;

b) si los fiadores son varios, sólo está obligado a pagar su parte, como si se tratara de una obligación simplemente mancomunada;

c) puede oponer todas las excepciones que podría oponer el deudor principal.

En principio, el fiador está obligado en la misma forma que el deudor principal, es decir, *en especie*, pero podrá limitarse al pago de los daños y perjuicios cuando la obligación principal consista en la entrega de un cuerpo cierto o en un hecho personal del deudor.

Si la obligación impuesta por el deudor tuviera carácter alternativo y la elección correspondiera al deudor, el fiador extingue la obligación principal entregando al acreedor cualquiera de los objetos que éste está obligado a aceptar; pero si con la elección perjudica al deudor (por ej., eligiéndola cosa más valiosa) se hace responsable ante él (que es quien tenía el derecho de elección) y ese perjuicio se tendrá en cuenta en el momento en que el fiador intente la acción de repetición.

Si el fiador lo es de varias obligaciones del mismo deudor para el mismo acreedor, tiene derecho a elegir la obligación a la cual debe imputarse el pago.

¿Cómo acciona el acreedor? El acreedor tendrá contra el fiador acción ordinaria o ejecutiva y esto va a depender del título. También es necesario que sea constituido en mora del fiador ya que no puede prescindirse de esta exigencia, aunque el deudor principal haya sido interpelado y se haya hecho excusión de sus bienes, puesto que la demanda contra el fiador sería improcedente.

CONCURSO DEL DEUDOR. El art. 55 de la ley 24.552, establece que el concurso preventivo importa en todos los casos la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso, pero esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios.

Se ha criticado la última parte de este artículo, sosteniendo que el efecto típico de la novación es la extinción de la obligación principal, con sus accesorios y las obligaciones accesorias (art. 803, C.C.).

Es interesante conocer en este punto la opinión del autor que seguimos.

Beneficio de excusión

Se denomina beneficio de excusión al derecho que tiene el fiador de oponerse a hacer efectiva la fianza en tanto el acreedor no haya ejecutado todos los bienes del deudor (art.2012).
Este derecho encuentra su justificación en la razón de ser de la fianza, que consiste en proporcionar al acreedor más firmes perspectivas de satisfacción de su crédito contra el deudor principal, pero sin desplazar definitivamente a este último de su obligación.
La excusión (o ejecución) de todos los bienes del deudor no tiene el carácter de una condición previa ineludible para el acreedor.
El acreedor puede iniciar su acción directamente contra el fiador sin necesidad de demostrar que previamente se dirigió contra el deudor principal; pero se expone a que el fiador paralice su acción invocando este beneficio, que funciona como excepción dilatoria y que debe oponerse en la oportunidad que las leyes procesales señalen para dichas excepciones dilatorias o cuanto más al contestar la demanda.
Pasada esta oportunidad ha de entenderse que el fiador ha renunciado al beneficio de excusión, a menos que demuestre que el deudor principal ha adquirido bienes con posterioridad, porque en tal supuesto la falta de planteamiento del beneficio no podría ser interpretada como renuncia tácita.
Opuesta a esta excepción, el acreedor debe demostrar no sólo que ha demandado al deudor principal, sino también que ha seguido todos los debidos procedimientos judiciales para ejecutar y vender sus bienes y que tales procedimientos han resultado infructuosos, sea total o parcialmente.
Opuesto al beneficio de excusión, el acreedor deberá proceder contra los bienes del deudor principal. Si la venta de los bienes del deudor principal no alcanzare a cubrir todo el crédito, el acreedor no podría negarse a aceptar dicha suma con la excusa de que se trata de un pago parcial y sólo podrá reclamar del fiador el saldo que todavía quedare por cubrir (art. 2017).
El fiador que ha opuesto el beneficio de excusión se encuentra en la situación de quien ha contraído una obligación condicional, no exigible.

Art.2018: "*Si el acreedor es omiso o negligente en la excusión, y el deudor cae entretanto en insolvencia, cesa la responsabilidad del fiador*." Borda explica que es una solución justa, porque si el acreedor hubiera puesto en el negocio la debida diligencia, habría podido cobrar su crédito del deudor. No sería justo que su pasividad perjudicara al fiador.
Para que cese la responsabilidad del fiador, debe mediar negligencia. No bastaría una demora razonable, de acuerdo con las circunstancias, para hacer caducar la fianza.

Luego, la ley confiere al fiador otro recurso más para defenderlo contra la inacción del acreedor, es el supuesto del *Art.2015: "Aunque el fiador no sea reconvenido podrá requerir al acreedor desde que sea exigible la deuda para que proceda contra el deudor principal, y si el acreedor no lo hiciere, el fiador no será responsable por la insolvencia del deudor sobrevenida durante el retardo", es* decir, que desde que la deuda principal se ha hecho exigible, puede intimar al acreedor para que proceda contra el deudor y cesará su responsabilidad por la insolvencia sobrevenida durante el retardo .

SUPUESTO DE DEUDORES PRINCIPALES SOLIDARIOS. Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente y uno solo de ellos ha dado fianza, el fiador no sólo tendrá derecho a que se excutan previamente los bienes del afianzado, sino también los de todos los otros codeudores. Para profundizar al respecto, puede ver art. 2016.
Es otra consecuencia del carácter subsidiario de la fianza. Sólo cuando los deudores principales no han pagado, puede el acreedor dirigir su acción contra el fiador.

FIADOR DEL FIADOR. Si el fiador hubiera dado a su vez otro fiador en garantía de sus obligaciones de afianzamiento, este último goza del beneficio de excusión respecto del deudor

principal y del primer fiador (art. 2019). Es decir, el acreedor deberá ejecutar en primer término al deudor principal, luego al primer fiador y recién entonces estará en condiciones de dirigir su acción contra el segundo.

¿Qué sucede en caso de que EL FIADOR CARECE DEL BENEFICIO DE EXCUSIÓN? No podrá el fiador oponer el beneficio de excusión en los siguientes casos:

a) Cuando renunció expresamente a este beneficio (art. 2013, inc. 1º).
b) Cuando la fianza fuese solidaria (art. 2013, inc. 2º).
c) Cuando se obligó como principal pagador (art. 2013, inc. 3º).
d) Cuando como heredero sucedió al principal deudor (art. 2013, inc. 4º), porque entonces ocupa el lugar del obligado principal.
e) Si el deudor hubiese quebrado (art. 2013, inc.5º). La falencia sea civil o comercial, demuestra el estado de insolvencia del obligado principal, que es precisamente la eventualidad contra la cual protege la fianza.
f) Cuando el deudor se hallare ausente de su domicilio al cumplirse la obligación (art. 2013, inc. 5º). Es necesaria una ausencia calificada que obligue a designarle curador, como ocurre cuando no se tienen noticias de él.
g) Cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente dentro de la República (art. 2013, inc. 6º), porque la ejecución de sus bienes presenta en este caso graves dificultades y dilaciones.
h) Cuando la obligación afianzada fuere puramente natural (art. 2013, inc. 7º), porque en tal caso el acreedor no podría ejecutar los bienes del obligado principal, ya que no tiene acción contra él.
i) Cuando la fianza fuere judicial (art. 2013, inc. 8º).
j) Cuando el acreedor fuere la hacienda nacional o provincial (art. 2013, inc. 9º). Sobre este privilegio véase número 1861, c).
k) Cuando los bienes del deudor se hallasen fuera del territorio de la provincia o de la Capital de la República donde el juez ejerza su jurisdicción (art. 2014).
l) Si los bienes del deudor hubieren sido embargados por otro acreedor (art. 2014), porque esto crea inseguridad en el cobro de la deuda.

Beneficio de división
CONCEPTO Y EFECTOS. Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda, ésta se entenderá dividida entre ellos por partes iguales aplicándoseles el régimen de las obligaciones simplemente mancomunadas, así lo dispone el *Art.2024: "Si hubiese dos o más fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno de ellos sino la cuota que le corresponda. Todo lo dispuesto en el Título XII, Sección primera, Parte primera de este libro, es aplicable a los fiadores simplemente mancomunados."*

Los fiadores pueden convenir con el acreedor una proporción distinta aunque renuncien al beneficio de división al constituirse la fianza, esto no implica convertir en solidaria la fianza, de tal modo que los fiadores conservan el beneficio de excusión, pero se debe tener en cuenta que la fianza solidaria importa implica la renuncia a ambos beneficios.
La división sólo procede entre los distintos fiadores de un mismo deudor; de tal modo que si hay varios deudores solidarios, cada uno con un fiador distinto y personal, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de ellos por el todo.
Respecto al funcionamiento del beneficio, no opera de pleno derecho y el fiador interesado debe oponerlo cuando se le reclame más de lo que le corresponde. Pero a diferencia de lo que ocurre con el beneficio de excusión puede ser opuesto en cualquier estado de pleito.
Caben las preguntas ¿Qué ocurre si uno de los cofiadores cayera en insolvencia? ¿Los restantes fiadores deben cargar proporcionalmente con su parte, o por el contrario, dicha insolvencia

perjudica solamente al acreedor? En nuestro derecho, esta discutida cuestión está resuelta a favor de los cofiadores, quienes no están obligados a pagar la parte del deudor insolvente (art. 677).
Ahora bien, si la fianza fuere nula respecto de uno de los fiadores; en tal caso sólo resta la que han prestado los demás, entre quienes debe dividirse la totalidad de la deuda.
Es de destacar el art. 2020 respecto a las excepciones que puede oponer el fiador.

La temática referida a las relaciones entre el fiador y el deudor, entre cofiadores y entre deudor y acreedor a lo que llamamos efectos, deben estudiarse con texto del autor que seguimos.

5.- Extinción de la fianza

DISTINTOS SUPUESTOS. La fianza se extingue: a) por extinción de la obligación principal, a saber: pago, novación, remisión, imposibilidad de pago, prescripción b) por haber ocurrido respecto de la fianza misma cualquiera de las causas por las que se extinguen las obligaciones por ejemplo, confusión.

LECTURA 15- JUEGO Y APUESTA, MUTUO, COMODATO

JUEGO Y APUESTA

Art.2051: "Los contratos serán aleatorios, cuando sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes, o solamente para una de ellas, dependan de un acontecimiento incierto."

A fin de determinar un concepto y diferenciarlos, decimos que el **juego supone la participación personal en los ejercicios de destreza física o moral, sobre cuyo resultado se arriesga una postura; la apuesta, en cambio, recae sobre hechos o circunstancias que son extrañas a los contratantes,** como ocurre cuando los espectadores apuestan sobre el resultado de un partido de fútbol o sobre si ocurrirá o no tal acontecimiento político. Al decir de Borda, este es el criterio seguido por VÉLEZ Sarsfield. Las normas a tener en cuenta son las contenidas en el "Título XI *De los contratos aleatorios. Del juego, apuesta y suerte,*

Art.2052: El contrato de juego tendrá lugar cuando dos o más personas entregándose al juego se obliguen a pagar a la que ganare una suma de dinero, u otro objeto determinado.

Art.2053: La apuesta sucederá, cuando dos personas que son de una opinión contraria sobre cualquier materia, conviniesen que aquella cuya opinión resulte fundada, recibirá de la otra una suma de dinero, o cualquier otro objeto determinado.

Art.2054: La suerte se juzgará por las disposiciones de este título, si a ella se recurre como apuesta o como juego. "

EL JUEGO Y SU REGULACIÓN LEGAL:
Muchas veces el juego es un medio común de distracción, por eso al jugar por dinero puede traer ciertos efectos nocivos.
La ley lo regula de la siguiente manera:

a) Cierto tipo de apuestas (juegos tutelados) originan obligaciones similares a las nacidas de cualquier otro contrato; **el vencedor puede demandar judicialmente el pago de la apuesta.**

b) Otras, en cambio, no confieren acción al vencedor, pero pagada la apuesta, no se puede demandar su repetición (juegos no prohibidos).

c) En nuestro derecho hay mayor rigurosidad para los llamados juegos de azar no autorizados por la ley y el Estado fundado en razones de moral, prohíbe estas actividades y hace recaer sobre quienes las explotan el rigor de la ley penal, no obstante explota el juego, abriendo casinos con ruletas y juegos de cartas, organizando loterías, carreras de caballos y concursos sobre los resultados de los partidos de fútbol. De ahí que es acertado la opinión del autor expresando que es una inconsecuencia difícil de justificar.

REGULACIÓN LEGAL:

El Código distingue entre las apuestas (o juegos) que brindan acción civil al vencedor para lograr su pago y apuestas que no brindan tal acción. Estas últimas no están prohibidas por la ley; lo que el Código prohíbe es acoger la demanda por cobro de una apuesta. *Art.2055: "Prohíbese*

demandar en juicio deudas de juego, o de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o apuestas semejantes, con tal que no haya habido contravención a alguna ley o reglamento de policía."

La ley se abstiene de intervenir en las relaciones entre los jugadores; no acoge la acción por cobro de pesos, pero tampoco admite la demanda por repetición de lo pagado al ganador. Al respecto, Borda, explica que: "*Hay en esta política legislativa, seguida de una manera prácticamente universal en la legislación comparada, una influencia del concepto muy generalizado, de que las deudas de juego son deudas de honor, precisamente porque el que no quiere pagarlas no puede ser obligado a hacerlo y, por otra parte, resulta chocante al sentimiento popular la conducta de quien, habiendo pagado su deuda de juego, pretende luego accionar por repetición."*

Al margen del Código Civil, debe admitirse también una categoría de juegos prohibidos por la ley penal.

DISTINCIÓN ENTRE LOS JUEGOS QUE ORIGINAN UNA OBLIGACIÓN CIVIL (TUTELADOS) Y LOS QUE DAN NACIMIENTO A UNA OBLIGACIÓN PURAMENTE NATURAL (NO PROHIBIDOS).

El art. 2055 distingue entre las apuestas hechas sobre el resultado de ejercicios de fuerza, destreza de armas, corridas u otros semejantes, éstos dan lugar a una acción civil y las que se conciertan sobre el resultado de otros juegos.
Por este motivo, sólo deben considerarse comprendidos en esta categoría los juegos deportivos en los que participen los propios apostadores; en cambio, quedan fuera de ella y por consiguiente, no dan lugar a una acción civil, las apuestas hechas sobre las competiciones de terceros o los juegos de cartas o el ajedrez, que aunque dependen en buena medida (sobre todo el último) de la habilidad personal de los jugadores, no benefician físicamente a los competidores.
Se admite también que las apuestas sobre carreras a caballo, automóvil, motocicleta, etcétera, tienen efectos civiles siempre que se hubieran concertado entre los propios competidores.
Pero no basta que se trate de juegos de destreza física para abrir la acción. El art. 2055 exige otra condición: **que ese juego no haya sido prohibido por alguna ley o reglamento de policía**.

Luego, cabe la cuestión: si un juego en el que está excluida la destreza física, pero que ha sido autorizado y reglamentado por las leyes locales, ¿da acción civil para el cobro de las apuestas? Dicha cuestión ha sido discutida en nuestro Derecho y en este sentido Borda, adhiere a quienes niegan la acción: "*el Art. 2055 reconoce a las provincias el poder de prohibir juegos que según el Código Civil brindan acción al ganador; pero nada dice de que los poderes locales puedan dictar leyes que supongan reconocer acción por deudas de juego, en los casos en que el Código prohíbe su ejercicio; ni se concibe que las leyes locales puedan derogar en este punto una legislación nacional. Este sistema no podría ser tachado de inconsecuencia: como el juego es mirado por la ley con disfavor, es lógico reconocer validez a las normas legales que acentúen el rigor con que es tratado, pero no lo sería admitir un régimen más benévolo."*

Efectos

APUESTAS QUE CONFIEREN ACCIÓN (JUEGOS TUTELADOS)

Los juegos o apuestas provenientes de ejercicios de fuerza, destreza de armas, corridas y otros semejantes, dan lugar al ejercicio de la consiguiente acción contra el que no paga su deuda, como cualquier otra obligación civil.
Sin embargo, la ley confiere en este caso una facultad excepcional a los jueces: ellos pueden moderar tales deudas cuando sean extraordinarias respecto de la fortuna de los deudores.

PRUEBA. No hay reglas especiales relativas a la prueba de las apuestas ganadas en juego; se aplican por consiguientes las generales de los Arts. 1191 y siguientes.

APUESTAS QUE NO CONFIEREN ACCIÓN (JUEGOS NO PROHIBIDOS)
PRINCIPIO GENERAL: DEUDAS PAGADAS.
Exceptuando las hipótesis de excepción contempladas, las deudas de juego o apuestas no confieren acción para su cobro judicial; pero pagadas, el que lo hizo no tiene derecho a repetición, *según art. 2063: "El que ha pagado voluntariamente deudas de juego o de apuestas, no puede repetir lo pagado, aunque el juego sea de la clase de los prohibidos."*

Art.2064: "Exceptúase el caso en que hubiese dolo o fraude de parte del que ganó en el juego", es decir, no es obstáculo para repetir.

Art.2065: "Habrá dolo en el juego o apuesta, cuando el que ganó tenía certeza del resultado, o empleó algún artificio para conseguirlo." Tal es el caso de los dados cargados, el naipe marcado, el doping en las carreras de caballos, etc., como lo ejemplifica Borda en su libro.

Por el contrario, cuando ha habido dolo o fraude en el que perdió, ninguna reclamación por repetición de lo pagado será atendida, así lo dice el *Art.2066: "Cuando ha habido dolo o fraude del que perdió, ninguna reclamación será atendida."*

Debe igualmente considerarse repetible el pago obtenido por violencia, que no puede reputarse voluntario. En cambio, el pago de una deuda de juego hecho por error, no da acción de repetición (art. 791, inc. 5º). ¿Y si el pago se hubiera logrado mediante engaños? Siempre que el deudor ha tenido intención de pagar la deuda de juego, el pago debe considerarse irrepetible, explica Borda.

También es repetible el pago hecho por incapaces y la ley acentúa su protección, concediendo acción de repetición no sólo contra el ganador sino también contra el dueño de la casa en que se jugó, siendo ambos deudores solidarios. *Art.2067: "Si el que hubiese perdido no tuviere capacidad para hacer un pago válido, sus representantes pueden reclamar lo pagado, no sólo de aquellos que ganaron, sino también de aquellos en cuyas casas tuvo lugar el juego, siendo unos y otros considerados como deudores solidarios.*"

PRÉSTAMOS HECHOS A LOS JUGADORES. ¿Es exigible el préstamo que una persona hace a otra para que juegue? Nuestro Código ha decidido claramente el punto: la obligación surgida del préstamo es exigible a menos que el préstamo hubiese sido hecho por uno de los jugadores (art. 2060).

JUEGOS PROHIBIDOS
EFECTOS CIVILES. Nuestra ley no ha reglamentado especialmente los efectos legales de estos juegos, los únicos realmente prohibidos por la ley.
Debemos atenernos, por tanto, a los principios generales de nuestra legislación y al art. 795, según el cual no puede repetirse un pago hecho por una causa ilícita o contraria a las buenas costumbres, si hubo torpeza de ambas partes.
En consecuencia, no podrá cobrarse una deuda de juego prohibido; pero pagada, no puede repetirse (art. 2063).
En este punto esencial, la solución coincide con la que establece la ley para los juegos no prohibidos que no dan acción al ganador. Pero hay importantes diferencias:

a) El dolo, fraude o trampas en el ganador que recibió el pago, no autoriza al perdedor a repetir, pues para ello tendría que invocar la comisión de un delito (haber jugado), lo que no es admisible.

b) En ningún caso podría admitirse la acción por restitución de la apuesta depositada en manos de otro jugador o de un tercero.

c) Es ineficaz la declaración por la cual se acepta la compensación de una deuda de juego con otra civilmente exigible, porque lo contrario sería reconocer efectos al fruto de un delito.

d) El que ha otorgado un mandato para jugar no puede demandar por entrega de lo ganado.

LOTERÍAS

La reglamentación de las loterías y rifas ha sido delegada por el Código Civil a las leyes locales (art. 2069). El régimen de las loterías nacionales o provinciales es un problema de derecho administrativo. Sin embargo, es discutible el carácter de la relación entre la entidad vendedora del billete y el comprador.

RIFAS.

Sólo pueden hacer rifas las asociaciones de notoria responsabilidad moral y previa autorización por decreto del Poder Ejecutivo.

La solicitud debe expresar claramente el objeto de la rifa, el total de números a emitirse, el detalle de su organización, la descripción de los premios y el mes en que deba realizarse, refiriéndolo a uno de los sorteos de la Lotería de Beneficencia Nacional, cuyo extracto debe servir de base para la adjudicación de los premios.

Los premios deben representar en su conjunto un valor no inferior al 25% del monto total de la suma autorizada para hacer la rifa y cuando la rifa no se realizare por motivo de fuerza mayor, la sociedad está obligada a devolver a los tenedores su importe íntegro, siendo solidariamente responsables del cumplimiento de esta obligación el presidente, el secretario y el tesorero de la sociedad.

Se ha declarado que las rifas no autorizadas carecen de validez y los compradores no tienen acción para exigir su cumplimiento. Más aún, se ha resuelto que si la prueba de la autorización no figura en el billete, ella está a cargo de quien reclama el premio y no del demandado.

SUERTE NO EMPLEADA COMO JUEGO O APUESTA

RECURSO PARA DECIDIR UNA DIVISÓN DE CONDOMINIO O CUESTIONES LITIGIOSAS O DUDOSAS.

La suerte es un recurso usado con frecuencia en la división de las cosas comunes y particularmente en las particiones hereditarias. Las partes forman de común acuerdo los distintos lotes y la atribución se deja librada a la suerte.

Es un procedimiento práctico cuyos resultados obligan a las partes en la misma forma que si la atribución de los lotes se hubiera hecho de común acuerdo (art. 2068).

También admite el Código que la suerte pueda hacerse valer como medio de concluir una cuestión dudosa o litigiosa. Así, por ejemplo, dos personas alegan tener derechos exclusivos sobre una misma cosa. En lugar de llevar el debate a pleito, deciden definir sus derechos a la suerte, aceptando por adelantado el resultado. Tal compromiso produce todos los efectos de una transacción, dice el art. 2068: "*Cuando las personas se sirvieren del medio de la suerte, no como apuesta o juego, sino para dividir cosas comunes o terminar cuestiones producirá en el primer caso los efectos de una partición legítima, y en el segundo los de una transacción.*"

RENTA VITALICIA

CONCEPTO: En su forma onerosa típica, el contrato de renta vitalicia obliga a una de las partes a entregar a la otra un capital (dinero u otros bienes muebles o inmuebles), a cambio de lo cual ésta asume el compromiso de pagarle una renta de por vida.

También se puede constituir una renta vitalicia gratuita, en cuyo caso el contrato configura una donación (art. 1810, inc. 2º).
La renta vitalicia puede fundarse asimismo en un testamento o en una donación con cargo, en los que imponga al beneficiario de la liberalidad (heredero, legatario, donatario) la obligación de pagar una renta vitalicia a un tercero.
El Código sólo se ha ocupado de regular el contrato oneroso de renta vitalicia, que es la forma típica y más frecuente de constitución de estas obligaciones.

CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA
Nociones generales
ELEMENTOS. De acuerdo al concepto expresado en el párrafo anterior el contrato oneroso de renta vitalicia supone los siguientes requisitos esenciales:

a) La entrega de un capital, sea en dinero o en otros bienes muebles o inmuebles por el acreedor de la renta al deudor (art. 2070). Ese capital se entrega en propiedad, de modo que hay una transferencia definitiva de dominio a favor del deudor de la renta.
b) El pago de una renta vitalicia (art. 2070). Normalmente, la renta se paga a la persona que entregó el capital, pero nada se opone a que el beneficiario sea un tercero (art. 2072). En su modalidad típica, la renta está referida a la vida del beneficiario; pero puede estarlo también a la vida del deudor y aun a la de un tercero (art. 2077).
Punto discutido es el de si puede limitarse la duración de la renta a un plazo determinado. Ejemplo: una persona se compromete a pagarle a otra una renta de por vida y hasta un máximo de 20 años; es decir, la renta cesa al fallecimiento del acreedor si ocurre antes de ese plazo o como máximo, al cumplimiento de éste. ¿Es válida tal estipulación? Borda opina que: *el principio de la libertad de las convenciones elimina toda duda; basta la capacidad de los contrayentes, el consentimiento consciente y espontáneo manifestado en legal forma y la existencia de una causa lícita, para convalidar el contrato.*
El art. 2070 habla de renta anual, pero evidentemente, es lícito pactar una renta mensual, trimestral, semestral, etcétera, pues también aquí gobierna el principio de la autonomía de la voluntad y no habría motivo para negar validez a tales cláusulas.

CARACTERES. El contrato oneroso de renta vitalicia tiene los siguientes caracteres:

a) Es *oneroso y bilateral*, puesto que una parte se obliga a entregar el capital y la otra la renta.
b) Es *aleatorio*, porque las ventajas o desventajas que para las partes supone el contrato, dependen de la duración de la vida del acreedor. Sobre este carácter, véase número 1964.
c) Es de *tracto sucesivo*, pues las obligaciones del deudor de la renta se prolongan en el tiempo.
d) Es *real*, porque no queda concluido sino con la entrega del capital (art. 2071); pero la promesa de renta vitalicia tiene plena fuerza vinculatoria, pues de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, basta para la validez de los contratos que tengan una causa lícita y que las partes capaces hayan prestado un consentimiento no viciado.
e) Es *formal*, pues la ley exige la escritura pública bajo pena de nulidad.

DEPÓSITO
Nociones generales
CONCEPTO: Muchos son los contratos que obligan a una de las partes a guardar y conservar la cosa de otro. El mandatario debe guardar las cosas cuya administración le ha sido confiada; el empresario las cosas que se ha comprometido a reparar; el comodatario la que se le ha prestado; el transportador las que lleva de un lugar a otro. Pero en todos estos casos la obligación de guarda es accesoria de otra principal, que constituye el verdadero objeto del contrato. **En el contrato de depósito, en cambio, la finalidad esencial es precisamente la guarda de la cosa.**

Habrá depósito cuando una de las partes entrega a la otra una cosa con la sola finalidad de custodiarla hasta que aquella la reclame.
En nuestro Derecho, la cosa objeto del depósito puede ser mueble o inmueble (art. 2182 y VÉLEZ SARFIELD defendió su solución en la **nota al art. 2182,** diciendo que no se encuentra razón para decir que una persona que cierra su casa y deposita en otra las llave, no efectúa un depósito sino una locación de servicios, pues el objeto del acto ha sido depositar la cosa, aunque subsidiariamente se exija algún servicio; y agrega que el secuestro judicial no es sino un depósito (aunque no contractual) y nadie niega que puede ser de cosas inmuebles."

CARACTERES.
a) Por principio general es *gratuito* (art. 2183), pero puede ser oneroso si las partes lo acuerdan así. Art. 2183: "*una remuneración espontáneamente ofrecida por el depositante al depositario, o la concesión a éste del uso de la cosa al celebrar el contrato, o después de celebrarlo, no quita al depósito el carácter de gratuito.* "
Borda explica que no es posible tomar esta disposición en sentido absolutamente literal, porque no tendría razón de ser; desde el momento en que el depositante promete una remuneración, el contrato deja de ser gratuito. Lo que se ha querido significar es que el contrato no pierde por ello su carácter de *depósito*. Tampoco hay que atribuir importancia al requisito que pareciera imponerse al exigir que la retribución debe ser *espontáneamente ofrecida.*

Sin duda alguna, lo que el codificador quiso destacar es que el depósito es por naturaleza gratuito y que las obligaciones del depositario no varían porque se le haya prometido alguna remuneración.
La postura asumida por VÉLEZ en este punto revela cómo sobreviven en las leyes algunas instituciones que ya han perdido su razón de ser. En el derecho romano clásico, el depósito era necesariamente gratuito; como la entrega del depósito era un acto de confianza y el recibirlo de amistad, chocaba al sentimiento común que pudiera ponerse precio a tales servicios; si había remuneración, dejaba de ser depósito. Pero al cambiar las costumbres, varió también el concepto. Ya en el derecho justineaneo se admitía el depósito remunerado. Y es necesario reconocer que en nuestros días nadie piensa en el depósito como en un contrato *esencial o necesariamente* gratuito; la enorme mayoría de los depósitos (y, por tanto, *todos* los de carácter comercial: art. 573, Código de Comercio) son remunerados.
b) Es *unilateral*, ya que las obligaciones recaen solamente sobre el depositario, que debe cuidar de la cosa y luego restituirla al depositante. Es verdad que el depositante estará obligado a reintegrarle los gastos, si los hubo; pero ésta obligación no es otra cosa que una responsabilidad eventual, que puede nacer o no, según se haya o no incurrido en gastos y que sólo tiene como finalidad hacer menos gravosa la carga que asume el depositario. Pero será bilateral si tiene carácter oneroso.
c) Es un contrato *real*, que no queda concluido sino con la entrega de la cosa (art. 2190); entrega que puede ser *real o ficta* (como ocurre si la cosa está ya en poder del depositario por un título distinto).
d) Es un acto de confianza del depositante en el depositario. Esta confianza está en la raíz del contrato.

DISTINTAS CATEGORÍAS DE DEPÓSITO. Según nuestro Código, el depósito puede ser *voluntario*: es el que resulta del libre convenio de las partes; o forzoso: es el que se hace en ocasión de algún desastre como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otros semejantes y el de los equipajes introducidos por los viajeros en los hoteles, casas de hospedaje (art. 2187).
A su vez el depósito voluntario puede ser *regular o irregular*. Es regular el que se hace de cosas que pueden individualizarse; irregular el de cosas fungibles o consumibles que una vez entregadas no pueden individualizarse. **Esta distinción tiene la mayor importancia porque el**

depositario irregular adquiere la propiedad de la cosa y puede disponer de ella a diferencia de lo que ocurre en el depósito regular o típico (art. 2191).
Según el art. 2188, el depósito es regular:
"1) *Cuando la cosa depositada fuere inmueble, o mueble no consumible, aunque el depositante hubiera concedido al depositario el uso de ella",* es decir, que si bien en su forma típica el depositario no puede usar de la cosa, la circunstancia de que el depositante se lo permita, no altera el carácter regulador del depósito.
"2) *Cuando fuere dinero, o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante las entregó al depositario en saco o caja cerrada con llave, no entregándole ésta" o fuere algún bulto sellado, o con algún signo que lo distinga;* porque en todos estos casos, aunque la cosa que se entrega es fungible, está individualizada por el saco o caja que lo encierra.
"3) *Cuando representase el título de un crédito de dinero, o de cantidad de cosas consumibles, si el depositante no hubiere autorizado al depositario para la cobranza"* porque si lo hubiere autorizado, el dinero que el depositario recibe en pago es un bien típicamente fungible y consumible.
"4) *Cuando representase el título de un derecho real o de un crédito que no sea en dinero."*

Según el art. 2189, el depósito será irregular:
1) *"Cuando la cosa depositada fuere dinero, o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario el uso de ellas o se las entrega sin las precauciones del artículo anterior, aunque no le concediere tal uso o se lo prohibiere."* Como las cosas consumibles son aquellas que se pierden para el que las posee con el primer uso, la autorización a usarlas equivale a la de destruirlas o perderlas. Por consiguiente, si el contrato contiene la facultad de uso, el depósito es irregular, aunque se haya entregado en cajas o bultos cerrados con llave. Pero si el depositante no ha tomado la precaución de individualizar las cosas consumibles entregadas al depositario, éste queda autorizado a consumirlas aunque el contrato se lo prohíba. Explica Borda que la disposición es razonable porque al depositante lo único que le interesa es que se le entreguen otras cosas en igual cantidad y calidad.

2) *"Cuando representare crédito de dinero o de cantidad de cosas consumibles, si el depositante autorizó al depositario para su cobranza;* porque el dinero cobrado es consumible."

DEPÓSITOS NO CONVENCIONALES. Las reglas sobre el contrato de depósito se aplican sólo en forma subsidiaria, es decir, en defecto de legislación especial, a los efectos de los depósitos constituidos por disposición de última voluntad, a los depósitos judiciales, a los de masas de bienes de los concursos y quiebra y a los bancarios (art. 2185).

FORMA. La celebración del contrato de depósito no exige el cumplimiento de formalidad alguna (art. 2200). En consecuencia, puede hacerse aún verbalmente.

PRUEBA. El contrato de depósito no puede ser probado por testigos, a menos que el valor de la cosa depositada no exceda de doscientos pesos (art. 2201).
Borda explica que en este caso, la ley 17.711 ha conservado el límite de doscientos pesos, no obstante haberlo elevado en la regla general del art. 1193 a diez mil pesos. Más aún, en el caso del depósito no juega el principio general del art. 1191, según el cual, ejecutado el contrato, puede admitirse la prueba de testigos cualquiera sea el valor de la prestación. Si se aplicara esa regla a éste caso, todo depósito, una vez entregado, debería poder probarse por testigos. Pero el art. 2201 ha seguido un sistema más severo, destinado a impedir reclamaciones de supuestos depósitos intentados sobre la base de testigos dudosos.
En la práctica, por consiguiente, el depositante que quiera asegurarse la prueba de su depósito, deberá contar de un instrumento escrito. No se requiere el doble ejemplar cuando el depósito es gratuito, pues aquella exigencia no se aplica a los contratos unilaterales (art. 1021). Y si fuera

oneroso, el ejemplar único sirve de principio de prueba por escrito que hace viable la prueba testimonial

Para dar un ejemplo, se ha considerado que el *ticket* que se entrega en los guardarropas sirve de principio de prueba por escrito; el que lo presenta en juicio puede probar libremente (incluso por testigos) en qué consistía el depósito.

Sin embargo, no ha de creerse que sólo la prueba escrita es viable. También lo es la confesional, sólo que en tal caso habrá que estar a la declaración del depositario, tanto en lo que se refiere al hecho del depósito como a la identidad de la cosa y a su restitución (art. 2201). Es decir, que si el demandado reconoce el depósito pero se excepciona aduciendo que lo ha restituido, hay que estar a su declaración, sin exigirle la prueba de la devolución.

Borda se cuestiona si ¿La entrega de la cosa –no ya el contrato- puede probarse por cualquier medio? y explica: *… Así lo resolvió la antigua Cámara Civil 1º de la Capital, juzgando que se trata de un hecho cuya prueba puede hacerse sin ninguna limitación*.

El depósito necesario puede probarse por todo género de pruebas incluso testigos y presunciones (art. 2238).

Depósito necesario

CONCEPTO: Dice el art. 2227 que el depósito será necesario cuando fuese ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos o por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan a las personas a una imperiosa necesidad; también lo será el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros.

La ley enumera distintos acontecimientos de fuerza mayor que pueden poner a una persona en la necesidad de hacer un depósito. La referencia al incendio, ruina, saqueo, etcétera es meramente enunciativo, porque la propia ley se encarga de añadir que también están comprendidos dentro del supuesto legal todos los acontecimientos de fuerza mayor que sometan a la persona a una necesidad imperiosa.

El problema de si ha existido o no necesidad imperiosa de hacer el depósito es cuestión que queda librada a la prudente apreciación judicial

Tampoco hay depósito necesario según el concepto del art. 2227, cuando el depositante se ve obligado a hacerlo no porque medien circunstancias de fuerza mayor sino porque se lo impone un contrato celebrado con terceras personas.

Luego, los depósitos necesarios están sujetos al mismo régimen legal que los voluntarios (art. 2239), con las siguientes excepciones.

a) Es válido el depósito hecho en *personas adultas, aunque incapaces por derecho* a pesar de que no estén autorizadas para recibirlos por sus representantes legales (art. 2228); cabe la pregunta ¿Cuáles son las personas adultas incapaces por derecho a que se refiere la ley? En primer lugar se debe aclarar que no se trata de los incapaces *de* derecho, sino ***por* derecho;** la ley se refiere a los *incapaces de hecho*., explica el autor y si la ley excluye de su alcance a los menores impúberes es porque ellos carecen de discernimiento (art. 921) y, por lo tanto, en igual situación deben encontrarse los dementes.

En cambio, se piensa que los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito están capacitados para recibir depósitos necesarios, pues poseen discernimiento (art. 921).

Luego, los menores impúberes y los dementes estarían excluidos del ámbito de aplicación del art. 2239. El depósito es válido aunque el representante legal no lo haya autorizado (art. 2228) y aunque se haya opuesto.

El incapaz queda responsable por todas las consecuencias del depósito.

b) Para acreditar el depósito necesario se admiten *toda clase de pruebas* (art. 2238), incluso la de testigos aunque el depósito sea mayor de doscientos pesos, porque las circunstancias en que se presume hecho son de tal naturaleza que no permiten al depositante contar con los documentos.

Depósitos en hoteles o posadas
En principio, la introducción de efectos y equipajes hecha por el viajero en un hotel o posada, está sujeta al régimen general del depósito (art. 2239), pero siguiendo un régimen tradicional, que se apoya en buenas razones, la ley ha agravado considerablemente la situación del depositario:
a) En primer término, el depósito se considera necesario (art. 2227), lo que tiene interés desde el punto de vista de la prueba de los efectos introducidos en el hotel
b) En segundo lugar, el concepto de depósito se amplía puesto que no comprende sólo las cosas entregadas al hotelero o sus dependientes, sino también las introducidas por el viajero, que las ha conservado consigo sin entregarlas en momento alguno.
c) Por último, la responsabilidad del hotelero es más grave que la del derecho común, desde que responde inclusive por el hecho de personas extrañas.
Esta mayor severidad con que la ley considera al hotelero se explica porque muchas veces el viajero se encuentra en la imposibilidad de elegir un hotel, porque es justo que quien hace su negocio con el cliente tome los cuidados del caso para evitar daños y pérdidas y, finalmente, porque la circulación de personas por el hotel hace particularmente necesaria la vigilancia del dueño, tanto más cuanto que el propio viajero difícilmente puede llevarla a cabo personalmente.
El hotelero responde por los daños o pérdidas sufridas en todos los efectos introducidos en las posadas (art. 2230), inclusive los vehículos de cualquier clase dejados en las dependencias del hotel (art. 2231), explica el autor.
Sin embargo, cuando se trata de objetos de gran valor, tales como joyas, títulos de crédito, sumas de dinero muy importantes, etcétera, el viajero debe hacer saber al posadero que los tiene en su poder y aún mostrárselos si éste lo exige y de no proceder así, el posadero no responde de su pérdida (art. 2235). Más aún, si el hotelero pude que tales cosas se depositen en la caja fuerte del hotel y el cliente se niega, debe considerarse exento de responsabilidad, pues es obvio que el viajero es culpable de que no se hayan tomado las medidas de seguridad que la prudencia exige.

Son nulas todas las estipulaciones contractuales en virtud de las cuales el hotelero limite la responsabilidad que la ley le atribuye; con tanta mayor razón son ineficaces los anuncios o avisos puestos en lugar visible con el mismo propósito (art. 2232). Puesto que la ley considera que este depósito tiene carácter necesario y que el viajero no está en condiciones de discutir libremente sus cláusulas, es natural que se fulmine la nulidad a las que reduzcan la responsabilidad del hotelero.
En cambio, nada se opone a que éste asuma responsabilidades mayores, como sería el tomar sobre sí la fuerza mayor.

PRUEBA DEL CONTRATO. La prueba de la pérdida y de la cantidad, calidad y valor de los objetos perdidos puede hacerse por cualquier medio, sin limitación alguna (art. 2238).

DERECHO DE RETENCIÓN. De conformidad con el art. 2223 (que el art. 2339 declara aplicable al caso) el posadero u hotelero tenía derecho de retención sobre todos los efectos introducidos en el hotel hasta ser pagado su crédito.
Posteriormente se introdujo una modificación a este derecho al disponer que no puede hacerse recaer sobre las ropas y muebles de su indispensable uso y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio. No obstante subsiste el derecho de retención sobre dinero, valores, alhajas, etcétera; igualmente todo lo que tuviere carácter suntuario; así, por ejemplo, un tapado de pieles de un valor importante, cita como ejemplo Borda, autor al que se remite a fin de estudiar los temas relacionados con los efectos.

MUTUO

A fin de facilitar la comprensión, se comenzará con el estudio de este contrato, analizando las cláusulas de un **MODELO DE CONTRATO DE MUTUO CIVIL O EMPRÉSTITO DE CONSUMO:**

" Entre ..... Doc. Id. ..... domiciliado en ....., en adelante denominado "Mutuante", por una parte, y el Sr. ..... Doc. Id. ..... profesión ..... estado civil ..... domiciliado en ....., en adelante denominado "Mutuario", por la otra, se celebra el presente Contrato de Mutuo sujeto a las cláusulas y condiciones siguientes:
PRIMERA: El Mutuante entrega por este acto ..... (cantidades de cosas consumibles - no consumibles pero fungibles) ..... al Mutuario, que éste recibe y se obliga a devolver igual cantidad, de la misma especie y calidad.-
SEGUNDA: El plazo que tendrá el Mutuario para devolver el mutuo será de ..... a partir del ..... -
TERCERA: El interés compensatorio que paga por este mutuo por su plazo total el Mutuario al Mutuante es de pesos ..... suma de la cual el presente es suficiente recibo. -
CUARTA: Quedan autorizados por el Mutuante para la recepción de la devolución del mutuo por el Mutuario los señores .....-
QUINTA: Será obligación del Mutuario devolver el mutuo en ..... o en cualquier otro domicilio, a elección del Mutuante, dentro de los límites .....-
SEXTA: En cuanto a la especie, calidad y estado del mutuo que recibe el Mutuario declara: SÉPTIMA: Las partes declaran conocer y adoptar para el caso, el principio del artículo 2245 del Código Civil: "La cosa dada por el mutuante para a ser de la propiedad del mutuario; para él perece de cualquier manera que se pierda".-
OCTAVA: En cuanto a la calidad o vicios ocultos de la cosa prestada, el Mutuante será responsable de los perjuicios que pudiera sufrir el Mutuario.-
NOVENA: En caso que al momento de la devolución del mutuo, no sea posible restituir otro tanto de la misma especie y calidad de lo recibido, el Mutuario deberá pagar el precio de ..... (la cosa o cantidad recibida) ..... en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitución. A los efectos de esta cláusula el método que se utilizará para avaluarlas será el siguiente: ..... DÉCIMA: En caso que el Mutuario no devolviere el mutuo en tiempo y lugar deberá pagar por cada día de retardo un interés punitorio de pesos ..... -
UNDÉCIMA: El Sr. ..... Doc. Id. ..... de profesión ..... estado civil ..... domiciliado en ..... se constituye Fiador Principal Pagador, renunciando a los beneficios de excusión y división, de todas y cada una de las obligaciones del Mutuario, emanadas o que puedan emanar del presente contrato. Será obligación del Mutuante notificarlo en caso de mora del afianzado.- DUODÉCIMA: Las partes constituyen los siguientes domicilios especiales: Mutuante .....; Mutuario ..... El fiador lo constituye en ..... donde tendrán validez todas las notificaciones, judiciales o extrajudiciales.-
DECIMOTERCERA: Para cualquier cuestión judicial, las partes pactan someterse a los Tribunales ..... con exclusión de cualquier otro.-
DECIMOCUARTA: A los efectos del sellado de ley del presente las partes denuncian como monto imponible $ ..... pactando que el importe del impuesto lo pagarán del

siguiente modo: ..... (partes iguales - por el Mutuante - por el Mutuario - porcentajes desiguales) ..... Se firman ..... ejemplares del presente contrato de catorce cláusulas que quedan en poder de ..... en la localidad de ..... a los ..... días del mes de ..... del año 2....-
FIRMAS.-

OTRAS CLÁUSULAS

CLÁUSULA SOBRE INTERÉS POR PERÍODO

El interés que deberá pagar el Mutuario será de pesos ..... por cada ..... (día - mes - año) ..... por adelantado del ..... al ..... de cada mes.-

Nociones generales

CONCEPTO. Según el art. 2240 *habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido igual cantidad de cosas de la misma especia y calidad.* Y el art. 2241 agrega que la cosa objeto de este contrato *debe ser consumible, o fungible aunque no sea consumible.*

Lo esencial del mutuo es que se trata de un préstamo de uso y puesto que las cosas consumibles producen su perecimiento por lo que el prestatario no puede cumplir con su obligación de restitución sino devolviendo otras cosas de la misma especie y calidad.

Luego, la circunstancia de que la cosa sea consumible es lo que caracteriza jurídicamente el mutuo. Pero al mismo tiempo es dable observar que siendo las cosas fungibles idénticas unas a otras, siempre que una persona ha entregado una cantidad de ellas sea a título de préstamo, depósito, mandato, etcétera, sólo puede exigir que se le devuelva otra de la misma especia y calidad. **Basta pues que la cosa sea fungible o bien consumible para que el préstamo deba considerarse de consumo,** en opinión del autor.

Cabe agregar, que si bien no hay una identidad necesaria entre las consumibles y las fungibles, estas categorías se asemejan y sólo excepcionalmente se separan como ocurre con los ejemplares de la misma edición de un libro, que no son consumibles pero son fungibles si están intactos, sin anotaciones, dedicatorias, etcétera y con un vino de cosecha muy vieja y prácticamente inhallable, que es consumible y no fungible, ambos ejemplos de Borda.

Sea la cosa consumible o fungible, el que la presta sólo pretende se le restituya otra de la misma especie y calidad; **lo cierto es que se desprende de su propiedad, de la cual pasa a ser titular el mutuario (art. 2245),** siendo esta cuestión un carácter a destacar.

Si el contrato estipula la devolución de cosas distintas, ya no será mutuo aunque así lo llamen las partes, sino compraventa o permuta.

Una cuestión determinante es la TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD: Como principio es, pues, necesario que el mutuante sea dueño de ésta; pero aún no siéndolo el mutuo será válido si el mutuario ha venido a adquirir la propiedad de la cosa por efecto de su buena fe (art. 2412).

Pero desde el momento en que el tercero propietario conserva su acción de reivindicación, el préstamo es nulo aunque la acción reivindicatoria apenas se concibe prácticamente respecto de cosas fungibles que por la común no pueden individualizarse.

Consecuencia de la transmisión del dominio es que el mutuario carga con los riesgos de la cosa (art. 2245); su obligación de devolver igual cantidad de cosas equivalentes se mantiene aunque las recibidas por él se hayan deteriorado o perdido por fuerza mayor.

CARACTERES
a) Es **un contrato *unilateral*,** porque entregada la cosa en el momento de la celebración del acto, ya no quedan obligaciones pendientes de cumplimiento sino para el mutuario. Otros autores sostienen que es un contrato *bilateral imperfecto*, porque el prestamista sigue obligado a no reclamar la restitución de la cosa durante el plazo convenido.
Borda trata a este contrato como bilateral, porque supone para el prestamista la obligación de entregar la cosa y para el mutuario la de restituirla en su momento y, eventualmente, la de pagar intereses. La circunstancia de que una de las partes llene todas sus obligaciones al celebrar el contrato no significa que no estaba obligado a hacerlo conforme con el acuerdo de voluntades. De igual modo que la compraventa manual es típicamente bilateral no obstante que todas las obligaciones quedan cumplidas en el instante mismo de celebrar el contrato.
b) Puede ser ***gratuito u oneroso***; en defecto de convenio sobre el punto se lo presume gratuito (art. 2248).
c) Es un contrato ***real*** que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa (art. 2242), entrega que puede ser real o ficticia, como ocurre cuando ya la cosa se encuentra en poder del mutuario por un título distinto y las partes convienen en transformar en mutuo la obligación de restitución pendiente.

PRÉSTAMO CIVIL Y COMERCIAL. El préstamo es comercial cuando la cosa prestada puede ser considerada de género comercial, esté destinada a uso comercial y cuando por lo menos el deudor sea comerciante.
El mutuo no es comercial cuando el deudor, de profesión martillero, dedica el dinero a la construcción de un inmueble de su propiedad, por ejemplo según lo expresa Borda.
La diferencia es importante sobre todo desde el punto de vista de los intereses: el mutuo civil se presume gratuito (art. 2248), por lo cual no devenga intereses, salvo estipulación en contrario; el comercial se presume oneroso (Arts. 558 y 218, inc. 5º). Además, el mutuo civil es un contrato real, en tanto que el comercial es simplemente consensual (art. 559), que permite al mutuario exigir la entrega del capital y no solamente los daños y perjuicios.

FORMA Y PRUEBA. El mutuo no requiere formalidad alguna; puede ser contratado incluso verbalmente (art. 2246).

Efectos
OBLIGACIONES DEL MUTUANTE
La primera y esencial obligación del mutuante **es entregar la cosa prometida;** ella se cumple simultáneamente con la celebración del acto en el contrato real de mutuo; se cumple después en la promesa empréstito. Consecuencia de esta obligación, es la de respetar el derecho del mutuario de retener la cosa consigo durante todo el término fijado en el contrato.

RESPONSABILIDAD POR MALA CALIDAD O DEFECTOS OCULTOS DE LA COSA. Según el art. 2247 el mutuante es responsable de los perjuicios que sufra el mutuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada; tales como si el dinero fuera falso o si el vino estaba agriado o los granos en malas condiciones.
En el préstamo gratuito, el mutuante sólo es responsable cuando ha habido mala fe, es decir, cuando conociendo los defectos o vicios de la cosa, los ocultó al mutuario; pero si es oneroso responde también de los vicios ocultos cuya existencia ignoraba.

OBLIGACIONES DEL MUTUARIO
OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN. El mutuario debe devolver al prestamista en el término convenido una cantidad igual de cosas de la misma especia y calidad que las prestadas, según el

Art. 2250: *"El mutuario debe devolver al mutuante, en el término convenido, una cantidad de cosas iguales de la misma especie y calidad que las recibidas."*

No puede eximirse de hacerlo so pretexto de que la cosa se ha perdido por fuerza mayor, pues habiéndosele transmitido su propiedad, para él corren los riesgos, según dispone el Ar*t.2245: "La cosa dada por el mutuante pasa a ser de la propiedad del mutuario; para él perece de cualquiera manera que se pierda."*

Luego, si *la restitución que debe hacer el mutuario consistiese en el pago de una suma de dinero, sus obligaciones se regirán por las disposiciones del Capítulo IV del Título "De las obligaciones de dar"* (art. 2252), que se refiere precisamente a las obligaciones de dar sumas de dinero, b) Si *la restitución consistiese en la entrega de cantidades que no sean dinero, sus obligaciones se regirán por las disposiciones del Capítulo III de dicho Título* (art. 2253), que se refiere a las obligaciones de dar cantidades de cosas, c) Si *la restitución consistiere en la entrega de cosas no consumibles prestadas como fungibles, las obligaciones del mutuario serán regidas por las disposiciones del Capítulo II del mismo Título* (art. 2254), que alude a las obligaciones de dar cosas inciertas.

Cuando no sea posible restituir otro tanto de la misma especie y calidad, el mutuario deberá pagar el precio de la cosa o cantidad recibida, calculado por el que la cosa tenía en el lugar y fecha de su restitución. *Art.2251: "Cuando no sea posible restituir otro tanto de la misma especie y calidad de lo recibido, el mutuario deberá pagar el precio de la cosa o cantidad recibida, regulada por el que tenía la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitución."*

La ley se refiere a la fecha fijada en el contrato; si la restitución se hace posteriormente y la cosa ha aumentado de precio, esa diferencia debe ser pagada al mutuante a título de daños y perjuicios; si la cosa ha disminuido de precio, debe siempre pagarse el que tenía en el momento fijado en el contrato para la devolución, pues la mora del mutuario no debe perjudicar al mutuante.

La forma típica y más frecuente del mutuo **es el préstamo de dinero.** Pueden o no pactarse intereses, pero si el contrato guarda silencio, se lo presume gratuito (art. 2248).
Sin embargo, no es indispensable una cláusula expresa. Así, por ejemplo, si se presta dinero por dos años y el contrato dice que durante el primer año no se cobrarán intereses, debe entenderse que ellos corren durante el resto del plazo, ejemplifica el autor.

La temática referida a los efectos y obligaciones debe estudiarse con el texto autor que seguimos.

También abordamos el estudio del CONTRATO DE COMODATO con el siguiente modelo:

Entre ..... DNI. Nº..... domiciliado en ....., en adelante denominado "Comodante", por una parte, y el Sr. ..... DNI. Nº. ..... con domicilio en ....., en adelante llamado "Comodatario", por la otra, se celebra el presente Contrato de Comodato, sujeto a las siguientes cláusulas:
PRIMERA: El comodante entrega gratuitamente ..... (cosa no fungible - mueble o raíz) ..... al Comodatario, con facultad de usarla.-
SEGUNDA: La cosa comodatada está en el siguiente estado de conservación ..... y presenta las siguientes particularidades .....-

TERCERA: El uso que deberá darse a la cosa comodatada es ....., y se prohíbe darle un uso distinto, estableciéndose como cláusula penal por su transgresión..... ....., además de la rescisión del contrato por culpa del Comodatario, y los daños y perjuicios.-
CUARTA: Será obligación del Comodatario restituir la cosa comodatada en el mismo ..... (buen - muy buen - regular - etc.) ..... estado en que hoy la recibe, salvo el deterioro originado por el buen uso y el transcurso del tiempo, caso contrario deberá responder por los daños y perjuicios.-
QUINTA: El Comodante declara que la cosa comodatada es propiedad ..... (de él mismo - de un tercero) .....-
SEXTA: El Comodatario no podrá retener la cosa comodatada por lo que el Comodante le deba, aunque sea por razón de expensas de la misma cosa.-
SÉPTIMA: El plazo de este contrato será ..... (tiempo determinado - por un servicio determinado - cumplimiento de alguna condición) .....-
OCTAVA: En caso de venta de la cosa comodatada, el comodatario deberá restituirla dentro del plazo máximo de ..... caso contrario deberá pagar como cláusula moratoria ..... y como punitoria ..... además de los daños y perjuicios.-
NOVENA: En cuanto a los frutos o a los aumentos que puedan sobrevenir a la cosa comodatada, se pacta lo siguiente .....-
DÉCIMA: Las partes constituyen los siguientes domicilios especiales a los efectos del presente contrato:
a) Comodante .....;-
b) Comodatario ....., donde tendrán validez todas las notificaciones, sean judiciales o extrajudiciales.-
UNDÉCIMA: Para la sustanciación de cualquier cuestión judicial, las partes se someterán a los Tribunales ..... con exclusión de cualquier otra competencia. De conformidad con las once cláusulas del presente, se firman ..... ejemplares iguales, en la localidad de .... a los .... días del mes de ..... del año 2....-
FIRMAS.-

CONCEPTO. Habrá comodato cuando una persona entrega gratuitamente a otra, cosa inmueble o mueble no fungible ni consumible para que ésta la use devolviéndole luego la misma cosa.
A diferencia del préstamo de consumo, no hay aquí transferencia de la propiedad; el prestatario sólo adquiere un derecho personal de uso de la cosa. Además, el uso debe ser *gratuito;* desde el momento en que se paga algo por él, deja de ser comodato y se transforma en otro contrato como el de locación.
Tiene los siguientes caracteres:
a) Es un contrato *real*, que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa (Art. 2256); la promesa de hacer un empréstito de uso no da acción alguna contra el promitente.
b) Es un contrato *gratuito*. Art. 2255: "*Habrá comodato o préstamo de uso, cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla.*"

Que el comodante no pueda recibir retribución sin desnaturalizar el contrato, no significa que deba necesariamente carecer de todo interés en él. Así, por ejemplo, quien presta su casa durante un viaje a unos amigos, puede tener interés en que se la vigilen durante dicho tiempo.

En cambio, no hay comodato si el que recibe el uso de la cosa se compromete a prestar determinados servicios que tienen el carácter de retribución.
c) Es un contrato celebrado *intuitu personae*.
d) Se discute si es *unilateral, bilateral imperfecto o bilateral*. Borda adhiere a la última opinión, puesto que ambas partes resultan obligadas: el comodante a permitir el uso de la cosa por el tiempo pactado; el comodatario o cuidarla y devolverla en su momento.

PROMESA DE COMODATO. ¿**Qué valor tiene la promesa de comodato?** La cuestión ha sido resuelta en nuestro derecho por un texto expreso: "*la promesa de hacer un empréstito de uso no da acción alguna contra el promitente"* (art. 2256).
La mayor parte de la doctrina critica esta solución, apoyándose en el principio de la autonomía de la voluntad. Si la causa es lícita, ¿por qué negar fuerza obligatoria a una convención libremente pactada? Aunque es buen fundamento se sostiene que la solución en nuestro derecho se justifica por la particular naturaleza del comodato. No sólo se trata de un contrato gratuito; es más que eso, una *prestación de cortesía*, explica literalmente el autor.

Formación del contrato

Para ser comodantes, no es necesario ser propietario de la cosa que se da en comodato; basta tener sobre ella un derecho real o personal de uso y goce, por lo que pueden dar en comodato el usufructuario o usuario y el locatario. Pero si el contrato de locación prohíbe subalquilarla, debe entenderse que no se puede darla en comodato.
El nudo propietario no puede prestar la cosa, puesto que se ha desprendido de su uso y goce.
Tampoco pueden hacerlo las personas que se encuentran en posesión de una cosa con derecho de usarla, cuando la posesión les ha sido entregada no con la finalidad de que la gocen sino con otra distinta; tal es el caso del comprador en la venta a prueba, del empresario de una obra, del mandatario, administrador, tal como lo expresa el *Art.2262: "Prohíbese a los tutores prestar bienes de sus pupilos, y a los curadores bienes de la curatela; y en general, a todos los administradores de bienes ajenos, públicos o particulares, que estén confiados a su administración, a menos que fuesen autorizados a hacerlo con poderes especiales.* "

CAPACIDAD. ALGUNOS SUPUESTOS.
Los menores emancipados y los cónyuges tienen capacidad para dar sus bienes en comodato sin depender de ninguna autorización.
Los tutores y curadores no pueden prestar las cosas de sus pupilos (art. 2262). La prohibición debe entenderse referida a préstamos de cosas importantes o que supongan perjuicios o riesgos de alguna relevancia para el menor; pero los que sólo signifiquen pequeños servicios usuales deben ser permitidos por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 450, inc. 5º. También está prohibido a los administradores de bienes ajenos, públicos o privados, dar en comodato los bienes que estén confiados a su administración, a menos que fueran autorizados a hacerlo con poderes especiales (art. 2262).
Arts *2257: "Si el comodante es incapaz para contratar, o está bajo una incapacidad accidental, puede demandar al comodatario capaz o incapaz por la nulidad del contrato, y exigir la restitución de la cosa antes del tiempo convenido; mas el comodatario capaz no puede oponerle la nulidad del contrato."*
Art.2258: "El comodante capaz no puede demandar la nulidad del contrato al comodatario incapaz; mas el comodatario incapaz puede oponer la nulidad al comodante capaz o incapaz."
Estos artículos son meras aplicaciones de la regla general contenida en el art. 1049, según la cual la persona capaz no puede pedir la nulidad del acto fundado en la incapacidad de la otra.

Agrega el Art. 2259 una excepción al principio de que el incapaz puede alegar la nulidad del contrato, es decir carece de ese derecho el "*incapaz que no fuese menor impúber"* que hubiere inducido con dolo a la otra parte a contratar. En tal caso, él está obligado a respetar el contrato, salvo el derecho de la otra parte a pedir la nulidad fundada en el dolo y a reclamar la devolución de la cosa prestada.

OBJETO. El comodato debe tener por objeto una cosa inmueble o una mueble no fungible o no consumible (Arts. 2255 y 2260). Sin embargo, puede haber comodato si la cosa consumible se presta como no fungible (art. 2260); tal es el caso del vino de vieja cosecha , que puede ser objeto del comodato si se presta para ser exhibido y devuelto; sólo que entonces el préstamo no tiene por finalidad el uso de la cosa conforme a su naturaleza.

FORMA Y PRUEBA. El comodato no requiere forma alguna; basta con el mero consentimiento aún verbal (art. 2263).
En cuanto a la prueba el art. 2263 admite cualquier medio "*aunque la cosa prestada valga más que la tasa de la ley"*, es decir, aunque exceda de diez mil pesos; lo que tratándose de un contrato real en que la cosa se supone entregada al celebrarlo, se conforma con la regla general del art. 1192, según el cual son admisibles todos los medios de prueba cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación.
Y el art. 2264 agrega que "*son aplicables a la prueba del comodato las disposiciones sobre la prueba de la locación"*, lo que carece de sentido porque no hay disposiciones sobre la prueba de la locación, explica el autor.

Efectos
OBLIGACIONES DEL COMODANTE
OBLIGACIÓN DE PERMITIR EL USO DE LA COSA DURANTE EL TIEMPO CONVENIDO. Hemos dicho anteriormente que el contrato de comodato tiene carácter real; se supone entonces la entrega de la cosa en el momento de la celebración. La omisión de la entrega convierte al acuerdo de voluntades en una simple promesa de comodato, que en nuestro Derecho no tiene fuerza vinculante.
Supuesto que la cosa haya sido entregada, el comodante tiene la obligación de dejar al comodatario en el uso de la cosa prestada durante todo el tiempo convenido (art. 2283). Se trata de una obligación de no hacer.
Según la opinión de la mayoría, se trata simplemente en una falta de derecho de exigir la restitución de la cosa antes de su debido tiempo.

OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS. Art. 2287: "*el comodante debe pagar las expensas extraordinarias causadas durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlas, salvo que fuesen tan urgentes que no pueda anticipar el aviso sin grave peligro*."
La interpretación de este texto exige algunas aclaraciones:
Ante todo, la ley alude sólo a los *gastos extraordinarios*, porque los *ordinarios* realizados por el comodatario para servirse de la cosa, son a su cargo (art. 2282).

INEXISTENCIA DEL DERECHO DE RETENCIÓN. El comodatario carece de derecho de retener la cosa en garantía de lo que le deba el comodante por razón de gastos hechos en la cosa (art. 2278).
La solución es razonable porque se trata de un servicio de complacencia prestado por el comodante, cuya situación no es justo tratar con rigor. Igual solución es aplicable a las deudas nacidas por daños derivados de los vicios ocultos de la cosa.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL COMODATARIO
DERECHO DE USO: FRUTOS Y ACRECIMIENTOS.
Las obligaciones del comodatario, no son otra cosa que limitaciones al derecho que se le concede, ya sea en cuanto a su extensión y alcance (obligación de cuidar la cosa y usarla conforme a lo pactado o su naturaleza), ya sea en cuanto a su duración (obligación de restitución).
¿Cuáles son los límites del derecho de uso? El comodatario debe ajustarse, desde luego, a los términos del contrato y si éste no lo previera, debe usar la cosa conforme a su naturaleza y su destino, teniendo en cuenta las costumbres del lugar (art. 2268).
El comodatario no tiene derecho a apropiarse de los frutos y menos de los aumentos sobrevenidos a la cosa (art. 2265). Nada se opone, a que las partes dispongan lo contrario y en tal caso habrá, además de comodato, una donación de frutos (nota al art. 2255).
La autorización al comodatario para conservar para sí los frutos, puede resultar inclusive tácitamente de la circunstancia de que la cosa dada en comodato no pueda usarse, conforme con su naturaleza, sino aprovechando de sus frutos; así, por ejemplo, el comodato de una vaca lechera supone la autorización para aprovechar la leche.
En concordancia con ese criterio, se ha declarado que el comodato de cosas que, como los animales, son de producción natural y continua, supone el reconocimiento tácito del derecho del comodatario, a apropiarse de sus frutos.
Los gastos hechos por el comodatario para servirse de la cosa prestada son a su cargo (art. 2282), deben considerarse tales lo de la nafta, aceite, cambios de gomas de un automóvil prestado; los de reparación de una casilla y alambrados de un inmueble realizados por el comodatario a fin de entrar a usarlo; los gastos comunes (calefacción, agua caliente, servicio de portería, etc.), de una propiedad horizontal.
.

Obligación de conservar y cuidar la cosa prestada
DETERIOROS Y PÉRDIDA DE LA COSA. El comodatario está obligado a ser diligente en el cuidado y conservación de la cosa y responsable de todo deterioro que ella sufra por su culpa (art. 2266). Va de suyo que no responde por los daños originados por caso fortuito o fuerza mayor (art. 2269) ya que las cosas perecen para su dueño y el comodatario no ostenta la propiedad.

ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL COMODATARIO. Los deterioros sufridos por la cosa por culpa del comodatario obligan a éste a resarcir al dueño todos los daños y perjuicios sufridos. Ordinariamente el comodatario cumplirá devolviendo la cosa y pagando además la indemnización correspondiente. Pero si los deterioros fueran tales que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario podrá el comodante exigir el valor anterior a ella, abandonando su propiedad al comodatario (art. 2267). De más está decir que esta facultad sólo la tiene el comodante propietario.

Obligación de restituir la cosa
ESTADO EN QUE DEBE RESTITUIRSE. Concluido el comodato, el comodante debe restituir la cosa, con todos sus frutos y accesiones (art. 2271).
La cosa debe ser restituida en el estado en que se halle además de la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios. Se presume que el comodatario recibió la cosa en buen estado, salvo prueba en contrario (art. 2271). Como todo deudor de cuerpo cierto, el comodatario es responsable de los deterioros o pérdida de la cosa, a menos que pruebe que ocurrieron por caso fortuito o como consecuencia del uso natural.
El artículo que comentamos agrega que la cosa debe ser restituida en las condiciones antedichas, aunque la cosa hubiere sido estimada en el contrato.

TIEMPO DE LA RESTITUCIÓN. Si el contrato estableciera plazo, la cosa debe devolverse al tiempo fijado (art. 2271). El plazo puede ser expreso o tácito. Supuesto muy importante de este

último, es que la cosa se haya prestado para determinado servicio, en cuyo caso debe devolverse cuando termina dicho servicio (art. 2271), como por ejemplo, un automóvil prestado para realizar un viaje; un tractor para arar un potrero.
Si el contrato no contiene plazo expreso ni implícito y éste no resultare determinado por la costumbre del pueblo, el comodante puede pedir la cosa cuando quisiere (art. 2285). Ni siquiera tiene que pedir la fijación por el juez como ocurre en las obligaciones de plazo indeterminado; él se limita a reclamar directamente la cosa.
Una sola limitación tiene este derecho: que la demanda no sea intempestiva o maliciosa, porque el derecho no puede amparar la mala fe ni siquiera cuando se trata de una relación nacida de un acto complacencia como es el comodato.

DERECHO DE RESTITUCIÓN DEL COMODATARIO. Tenga o no plazo el contrato, el comodatario tiene derecho a restituir la cosa, cuando le plazca, porque el término se supone pactado en su beneficio, a menos que expresamente se hubiera acordado que el comodatario no podría restituirla antes del plazo fijado. Pero la restitución no debe ser intempestiva ni maliciosa, ni en momento que ocasione perjuicio al comodante; así ocurriría si el comodatario pretende devolver la cosa cuando el comodante está ausente y no se encuentra en condiciones de proveer a su cuidado.

A QUIÉN DEBE HACERSE LA RESTITUCIÓN. La cosa debe ser restituida al comodante y el comodatario no podrá negarse alegando que la cosa no pertenece a aquél (art. 2277); solución lógica, puesto que no se requiere ser propietario para dar en comodato.
Una excepción tiene esta regla: que el comodatario se anoticie de que se trata de una cosa robada a su dueño o perdida. En ese caso, está obligado a denunciar la tenencia de la cosa a su dueño, dándole un plazo razonable para que la reclame (art. 2279). El reclamo del dueño debe dirigirse contra el comodante y no contra el comodatario; el comodatario puede consignar la cosa a las resultantes del juicio o bien retenerla en su poder hasta que se le ordene judicialmente la entrega (art. 2279).
El comodato finaliza por varias causas: siendo una de ellas la pérdida de la cosa, el vencimiento del plazo expreso o tácito, voluntad unilateral del comodatario Y comodante.-_____