

HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL

(1927 - 1937 - 1961 - 1969)

Tomo II

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

REFLEXIONES SOBRE LA CAUSA JURÍDICA

por MARIANO GAGLIARDO

Sumario: I. Introducción general. II. Delimitación del tema. III. Poder dispositivo negocial y causa concreta. IV. Causa y situaciones subjetivas. V. Tipo y función de la causa. VI. Causa: relación de causalidad y autoría. VII. Causa: acto jurídico y hecho jurídico. Significación y proyecciones. VIII. Causa y anomalías contractuales. IX. Causa debitoria y prestación. X. Causa y obligación natural. XI. Epílogo.

I. Introducción general

1. Una de las maneras más veraces y trascendentes de mantener la tradición, en el caso jurídico, es rememorando los grandes acontecimientos que en algún momento de nuestro historial, adquirieron significación notable.

La iniciativa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, de realizar un homenaje, mediante la presentación de trabajos escritos, con motivo de los temas analizados en los Cuatro Congresos de Derecho Civil, realizados en la ciudad de Córdoba, además de una laudatoria decisión, es una forma de rendir merecido tributo a los grandes juristas que de una u otra manera han colaborado a engrandecer nuestra cultura jurídica.

Hemos optado por delinear algunas pautas meditadas acerca de la causa jurídica, tema que fue motivo de consideración en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil realizado en 1939¹.

II. Delimitación del tema

2. En el Congreso referido, se analizaron distintos temas jurídicos contemplados en el Proyecto de 1936 de reformas al Código Civil, uno de cuyos mentores fuera el jurista Bibiloni.

En las palabras de cierre del Congreso citado, el doctor Héctor Lafaille, decía entre otros conceptos: *“un Código, no es una simple recopilación de leyes, ni un conjunto selecto de normas surgidas en sociedades y latitudes lejanas...”*.

Y, en particular, al tratarse lo relativo a la “causa”, analizado el asunto en Comisión como Tema 17, se destacó: a) que se refunde en el art. 567 los arts. 499 y 500 C.C., atribuyendo a la palabra “causa” el significado de fuente, y b) se eliminan los artículos 501 y 502, supresión que se consideró razonable pues la eliminación coincide con la tendencia de la doctrina y legislación y la desaparición de los dos textos citados, no traería inconvenientes. Puesto a consideración el despacho producido, uno de los miembros de la Comisión, señaló que la palabra “causa” es uno de esos términos fugitivos, vaporosos y aéreos y, además, resulta una cuestión que en sí tiene el raro privilegio de la unanimidad de pareceres, en cuanto a su abstracción y oscuridad.

Con estas breves consideraciones, se aprobó el despacho que antecede.

3. Muchos años después, se inició en nuestro país una corriente legislativa tendiente a la unificación del derecho privado. En 1986, a instancias de la Cámara de Diputados de la Nación -Resolución 988/86- se encomendó a una comisión de notables juristas la citada tarea, la que concluyera su labor en 1987. Este anteproyecto años después del respectivo trámite parlamentario, fue vetado por el Poder Ejecutivo (decr. 2719/91).

Sucesivas comisiones² se ocuparon de la materia de unificación -todas las que perviven como anteproyectos- destacándose de *legem ferenda* dos trabajos. El primero de ellos, corresponde a la Comisión designada por decr. 468/92 que trata de “la causa de los actos jurídicos”, en los arts. 579/581.

Los dispositivos proyectados contemplan la triple exigencia de la causa final del acto jurídico: su licitud, luego la relevancia de los móviles determinantes (base subjetiva).

Y, por último, la llamada base objetiva, que alude al conjunto de circunstancias y estado general de las cosas cuya existencia o subsistencia es necesaria para que el negocio, acorde el significado del propósito de las partes, puede subsistir como regulación dotada de sentido³.

4. En el Proyecto de Código Civil de 1998 (decr. 685/95), el Capítulo VI trata en seis disposiciones, reenvío mediante al art. 253 y ss., las consideraciones sobre la causa de los actos jurídicos.

La técnica utilizada es adecuada si se tiene en cuenta que la causa o finalidad, incluida en la parte de los actos jurídicos, incide en el tema contractual por aplicación de las relaciones de género a especie.

El art. 953, dispone la invalidez, extinción, adecuación o ineficacia de las estipulaciones del contrato sin causa. Esta debe existir en la formación, celebración y ejecución del contrato; y el art. 954 dispone que aunque no esté expresada se presume que el contrato tiene causa lícita, salvo que la parte que lo niegue pruebe su inexistencia o ilicitud.

A continuación, está tratada la falsa causa, a cuyo respecto el art. 955 resuelve que el contrato será válido siempre que se funde en otra causa verdadera y ésta fuere lícita.

El art. 956 se dedica a la causa ilícita y trata el art. 502 C.C., con otra formulación: si el contrato se realizó por un móvil/motivo ilícito o inmoral común para ambas partes, resulta inválido; en cambio, si sólo una de las partes actuó de ese modo, sólo ella carecerá del derecho de invocar el contrato frente a su cocontratante, mientras que éste mantendrá el derecho de requerir su ejecución, excepto que el desconocimiento se debiera a no haber actuado diligentemente acorde el caso.

5. De *lege lata*, en función de nuestro ordenamiento civil, los arts. 499 a 502 C.C., más allá de las doctrinas que encuadren a dichos preceptos, se encuentran los autores que ubican al art. 499 como causa-fuente; causa-eficiente o antecedente generador de la relación jurídica y los restantes se corresponden con la causa-final. Esta argumentación “causalista” o “finalista”, se sustenta en la importancia que le asigna al concepto fin o finalidad, al que considera recaudo esencial de los actos voluntarios y del cual derivan trascendentes efectos prácticos⁴.

En otro enfoque, se encuentra calificada doctrina que claramente asigna al art. 499 Código citado la calidad de causa eficiente y atribuye a los restantes preceptos ese mismo tipo de causa.

Por último, diremos que el Código citado utiliza de manera indistinta los vocablos “causa” (arts. 500 a 502, 792 a 795 y 3832), “fin principal” (art. 926), “causa determinante” (art. 932 inc. 2), “fin” (art. 944) y “causa final” (art. 3741).

III. Poder dispositivo negocial y causa concreta

6. La relevancia del acto jurídico, llamado contrato, en la vida cotidiana es incontrovertible pues resulta una de las maneras en que la persona crea relaciones jurídicas en el marco de las vinculaciones en que se encuentra.

Y es precisamente en dicho contexto, donde el contrato tiene un rol protagónico por su íntima conexión con la propiedad, una de las garantías constitucionales esenciales.

Téngase en cuenta que el análisis de la libertad contractual, uno de cuyos recaudos es la causa, es en definitiva, la ponderación particular, de una restricción a la libertad negocial que surge de la tipicidad donde se excluye la facultad de optar por otros tipos que no fueren los expresamente previstos; en otra perspectiva, el poder dispositivo significa la posibilidad técnica de sustituir la regulación legal por preceptos de carácter privado.

Analizado el tema, desde el núcleo de la causa resulta una modalidad de contralor por el orden jurídico de la autonomía privada donde la variedad de precisiones, en más de una oportunidad requieren de un esfuerzo interpretativo⁵.

Porque la autonomía de la voluntad, es fuerza jurídica de actos jurídicos (art. 944 C.C.) donde, además, los intereses de las partes, resultan dignos de tutela jurídica.

Es que el acto jurídico tiene por finalidad suscitar la relación jurídica negocial, corolario del poder autodeterminación de la persona. Porque, en efecto, la autonomía privada es una potestad conferida a los individuos por un precepto superior, la cual regula su actuación, más fija cargas y limitaciones. Y, es precisamente, la ley, la fuente de la validez negocial. Ello así, pues la ley lo mismo que puede ampliar la esfera en que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo⁶.

Ahora bien: en la esfera de la autonomía de la voluntad, interesa a nuestro propósito, el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas. Y estas últimas, referidas al ámbito del negocio jurídico, requerirán de la concurrencia de ciertos elementos esenciales: consentimiento, objeto y causa.

No obstante, la concurrencia de los precedentes recaudos, el poder dispositivo negocial no es irrestricto o ilimitado.

En efecto: la voluntad privada en ejercicio de la autonomía contractual puede orientarse hacia lo ilícito, mas en tal caso carecerá de la tutela del orden jurídico. Se corrobora pues que la libertad contractual no es omnimoda y, en esta consideración, el papel de la causa cumple un rol protagónico.

Desde otra perspectiva funcional y operativa, la voluntad privada y negocial encuentra en la noción de causa un atendible valladar; la ley dispone que para la licitud de la expresión de voluntad, la validez de ésta queda condicionada a que los fines no sean reprobados por el derecho. De tal manera que la función atribuida a la causa, distinguiendo la caracterización de los fines que son lícitos de los ilícitos o inmorales, resultará que *strictu sensu* la causa no es el propósito que buscan las partes; la causa actúa y opera en virtud de la consideración del fin.

O sea que la causa es una exigencia para que las declaraciones de voluntad, según la finalidad de las partes, sea apropiada: si el fin es admitido por el derecho, el acto jurídico será válido; de lo contrario, si la causa es ilícita, el negocio resultará ineficaz.

Corolario de lo que se viene señalando, resulta apropiado lo que enseña De Castro y Bravo⁷ cuando dice que el orden jurídico atribuye a la causa una valoración del negocio jurídico que, en primer término, alude al tipo contractual elegido por las partes (oneroso o gratuito), sin perjuicio de los alcances de los contratos atípicos; en segundo lugar, existe el propósito de las partes a raíz del negocio celebrado que es lo que se denomina “causa concreta”. Esta especie de causa así concebida, tiene su perfil en la etapa de análisis y consideración de la resolución contractual, sea que ésta se corresponda a un incumplimiento o resulte de la frustración del fin del contrato.

Téngase en cuenta que en los contratos sinalagmáticos, la prestación a cargo de una de las partes y la contraprestación de la contraria, configuran la causa-fin; al suscitarse la frustración del sinalagma funcional, la relación jurídica queda privada de causa-fin, más no de causa-fuente. Esta, precisamente, es la que dará sustento a las restituciones respectivas y permitirá apreciar la buena fe contractual en la etapa de resolución (art. 1198 C.C.).

IV. Causa y situaciones subjetivas

7. La causa se erige como la finalidad que las partes quieren lograr o el propósito buscado, más allá de que actúe como pauta para medir el objetivo práctico, y fijar acorde con él, la virtualidad del contrato celebrado⁸.

Ahora bien: no todas las elucubraciones y estudios en derredor de la causa son lineales y sencillos; ello así, pues existen una serie de impropiedades que oscurecen el panorama doctrinario, haciendo fatigoso el respectivo examen. Se habla así de causa no sólo a raíz del negocio jurídico, sino también en contraposición a modo de adquirir (causa próxima) y causa remota (título), como *causa iuris*; y en la esfera de los negocios, de causa de la obligación (fuente) y causa del contrato⁹.

A raíz del presente acápite, corresponden ciertos distinguos:

A) *Motivos y fines subjetivos del acto jurídico*. Giorgi ¹⁰ trata la causa como el motivo jurídico por el que uno se obliga a contratar, explicitando las razones que guían su noción conceptual; motivo o bien ánimo del contratante; jurídico, pues el contrato debe tener los rasgos determinados por ley y, finalmente, la referencia al “se obliga”, donde no se alude al contrato, es para que no se confunda la *causa debendi* con la *causa contractus*.

Pero, en esencia, causa y motivo, resultan conceptos disímiles y en sus análisis, distantes.

Causa es la justificación que el esquema del contrato explicita de la respectiva obligación; obligación que, por otra parte, siempre resulta similar para un mismo tipo contractual (comprador que debe pagar el precio pues el vendedor le prometió la transferencia de la cosa adquirida). Mientras que el motivo, alude a una razón individual y variable (compro para dar en locación); es una razón subjetiva, particular e independiente que suele no trascender al contrato. Es parte de la intimidad del contratante que cabe coincidir -o no- con la causa; el motivo puede responder a varias causas y circunstancias, potenciándose e inclusive -el o los motivos- son factibles de resultar de diversa categoría.

Sin embargo, el motivo adquiere relevancia jurídica cuando el sujeto así lo desea y lo exterioriza de manera de convertirlo en un dato concluyente del negocio jurídico. Así, no cabe referirse a motivos del contrato, sino de motivos de los singulares contratantes, cuya significación jurídica será diversa de la causa, aunque de manera ocasional coincidan.

Capitant ¹¹ diferencia la causa del motivo, sólo destacable éste, cuando hubiere sido para ambas partes la causa eficiente del acuerdo, de manera que los contratantes le asignaron la importancia de un elemento del contrato, no siendo de trascendencia que uno sólo lo conozca, sino que es necesario que se eleve a parte constitutiva de lo pactado o contemplado.

Josserand ¹² cuando trata el tema, nos dice que los móviles son extrínsecos al acto con el que se relacionan; son abstractos y quizás incomprensibles para el psicólogo o jurista, pues representan un fenómeno aislado de toda finalidad y para simularlo y darle un sentido en su ambiente intelectual y moral, cabe concebirlos como un fenómeno aislado, desprovisto de toda causalidad.

Por su parte, los fines subjetivos, si bien cerca de los motivos, atienden a la consecución de fines individuales, no frecuentes ni similares en todos los sujetos y variables de negocio a negocio: se compra un libro para leerlo, regalarlo o bien permutarlo.

Dualde ¹³ trae los siguientes ejemplos: una persona compra un arma para cometer un homicidio; la compra es incuestionable, mientras que el homicidio es inoperante en la validez del contrato.

Un comerciante compra trigo para efectuar un buen negocio que luego fracasa: el motivo por un lado y la causa del negocio por el otro.

Lo dicho no excluye que pese a las diferencias, ambas nociones están en ciertas prácticas, muy cerca.

De modo que mientras una cosa resulta el fin y otra el motivo, el objetivo propuesto resulta el móvil que conduce a la formación de la voluntad destinada a conseguirlo.

Los motivos y fines subjetivos, no influyen en el proyecto obligacional, excepto que fueren conocidos por la contraparte y sean admitidos como una condición. Así, resultarán el fin negocial, soslayando la categoría de motivos.

La celebración de un negocio jurídico, es un acto de la voluntad negocial, donde confluyen una serie de recaudos.

El art. 926 C.C., trata de los motivos, a los que les atribuye una marcada función pues el error en aquellos es causal de anulabilidad del acto -art. 926 cit.-, los que resume en “un error sobre la sustancia”, distintos por cierto de las cualidades accidentales, las que no afectan a la validez del acto.

La nota del precepto, con inspiración en Marcadé, es una clara adhesión a la teoría causalista clásica: “... entendemos -dice- por causa principal del acto, el motivo, el objeto que nos propusimos en el acto, haciéndolo conocer a la otra parte”.

El motivo puede ser único o diverso, coexistiendo motivos comunes a las partes, resultando un ejemplo de interés el art. 795 C.C., cuando establece que el pago hecho por una causa contraria a las buenas costumbres, puede repetirse cuando sólo hay torpeza por parte del que lo recibe, aunque el hecho o la omisión en virtud de la cual el pago ha sido efectuado, hubiese sido cumplido; si hay torpeza por ambas partes, la repetición no tiene lugar aunque el hecho no se hubiese realizado (arts. 932, 953, 1503, etc., C.C.).

B) *El fin objetivo y típico*. El fin objetivo es idéntico para todos los actos jurídicos de la misma especie, por la circunstancia que persiguen una finalidad diferente al configurar un negocio disímil. Por caso, en la compraventa se produce cambio de cosa por precio y si dos personas simulan tal contrato, sin real intención de tal cambio, y no se quiere lo declarado, la voluntad estaría viciada, afectando al negocio concertado¹⁴.

C) *Pluralidad de fines objetivos*. Un solo acto jurídico que aun vinculados de manera externa, persigan cada uno su fin propio: compraventa por un precio inferior al del mercado; se suscita un contrato de cambio y liberalidad, ambos concurrentes.

Otra hipótesis se presenta, en el acto jurídico con objeto múltiple disímil de aquellos negocios con una finalidad objetiva simple donde confluyen otros fines subjetivos: por ej., venta con descuento de precio en la adquisición, donde existe cambio de cosa por precio y el estímulo a la clientela (fin subjetivo).

Por último, cabe señalar que para una adecuada interpretación de ciertos actos de la vida negocial, es acertado el distingo entre causa y motivos (o móviles), donde puede acontecer que éstos sean “causalizados” (si los incorporan como condicionantes de una declaración de voluntad).

Porque la separación entre causa y motivos no viene impuesta por exigencias lógicas, sino por consideraciones pragmáticas y operativas, sin perjuicio de la tutela al tráfico jurídico y seguridad mercantil; causa es pues el resultado que se aspira a lograr, mientras que los demás fines concretos que mueven a los contratantes son los móviles.

Y las referidas motivaciones que giran en la esfera subjetiva, son irrelevantes; mas tal prescindencia, deja de ser tal cuando incide de manera determinante en el negocio respectivo. Cabe señalar que la motivación ilícita, conocida por la contraparte, supone una mutua participación que se irradia a la causa (celebración de un contrato con la intención de efectivizar un acto en contradicción con el art. 953 C.C.).

V. Tipo y función de la causa

8. La tipicidad supone la adecuación a una figura legal predeterminada, donde la causa-eficiente responderá al esquema normativo preexistente y la causa-fin, estará subordinada a la razón económico-social que pretenden los contratantes.

La atipicidad, por su parte, responde a las nuevas realidades negociales y a la creatividad de los sujetos intervinientes, donde los particulares pueden celebrar toda clase de contrataciones, aun cuando no correspondan a los tipos previstos legalmente. La validez de tales convenciones, dependerán de las pautas normativas genéricas y las exigencias sobre capacidad, objeto, causa y forma.

Y en este último aspecto, surge frente a la tipicidad legal, la tipicidad social que de manera lenta y paulatina impone una figura atípica, la que con el tiempo puede ser objeto de una expresa regulación.

Surge entonces el contrato atípico, donde es factible la existencia de un contenido mixto o complejo, por resultar el continente, recipiendario de recaudos provenientes de contratos diferentes. Así, la concurrencia de varias causas diferentes en un contrato mixto, suscitará una fusión de contratos pues los convenios componentes se entrecruzan y las respectivas

prestaciones, se diferencian. Otra posibilidad es que una de las partes se obligue a una prestación atípica de cierto contrato, mientras que la contraria se vincule a la prestación típica de otro contrato disímil.

En los supuestos que anteceden, caben ciertas postulaciones: una es la teoría de la absorción según la cual se aplicarán al respectivo contrato los preceptos que correspondan a la prestación o pauta dominante; otra alternativa, es la teoría de la combinación según la cual se aplicarán los dispositivos de los contratos combinados y por último, deberá atenderse a la analogía que indica la aplicación de las soluciones semejantes a convenios similares.

Así las cosas, se plantea la relevancia práctica de la causa particular del negocio atípico: en un aspecto, interesará precisar si el convenio tiene unidad propia; es decir, si se trata de un solo negocio, o bien si se configuran diversos negocios autónomos, vinculados o bien subordinados¹⁵.

Y mientras en los contratos nominados la causa recibe un reconocimiento directo por la ley¹⁶, en el contrato innominado esta admisión es sólo indirecta y está -al decir de Messineo¹⁷- doblemente subordinada al respeto de los límites impuestos por la ley y por las normas imperativas y por el hecho de que el contrato está dirigido a realizar intereses mercedores de tutela legal; cumplidos los citados recaudos, el respectivo contrato podrá hacerse valer en derecho, tal como el nominado.

Corolario de lo expuesto, resulta que en los contratos onerosos la causa es un elemento objetivo del contrato, propio a cada una de las figuras típicas que la ley contempla. Lo dicho no excluye que los contratantes hayan así actuado teniendo en consideración resultados ulteriores que difieren en cada caso.

En función de la causa, no resulta posible agotar una clasificación que incluya todos los matices que guían el obrar de un sujeto al celebrar un acto jurídico. La imaginación suele ser insospechable en la materia.

Esta salvedad, no implica desechar la afirmación según la cual, la obligación sólo tiene vida mientras se sustente en una causa¹⁸; lo dicho equivale a argumentar que la obligación es inseparable de la causa, resultando, además, un soporte de la prestación¹⁹.

En el esquema expuesto, causa-fuente y causa-fin son datos imprescindibles del negocio jurídico.

Y a la hora de las sistematizaciones, caben distintas consideraciones que ilustran un panorama del tema.

Desde un punto de vista patrimonial, se formulan las siguientes categorizaciones que tienen una finalidad de encauzar determinados actos jurídicos dentro de ciertas pautas razonables, facilitando de esa manera, el conocimiento humano.

Así, se ubican actos de liberalidad que conllevan un desplazamiento de bienes de una parte, sin contraprestación, a cargo de la beneficiaria (por caso, la donación); actos que traducen comportamientos sin mayor incidencia patrimonial al sujeto que los concede (comodato; mandato gratuito; fianza gratuita) y, por último, actos a título oneroso en los que existe un beneficio económico (compraventa, locación, etc.).

La función técnica de la causa, puede asimismo, apreciarse según la figura contractual de que se trate y la consistencia de la finalidad.

En los contratos onerosos, la causa-fin es la ventaja que, corolario de la obligación que se asume, proviene de la conducta del otro contratante.

En los contratos a título gratuito, la causa final de la parte que se obliga es la realización de una liberalidad.

En los contratos onerosos bilaterales, ese fin se concreta en la obligación de la contraparte o ventaja que deriva de la ejecución de las obligaciones convenidas por el cocontratante.

En los contratos unilaterales onerosos, la causa de la parte que se obliga es la prestación realizada con anterioridad para perfeccionar el contrato; en la hipótesis, el préstamo, requiere del prestatario, como causa, la entrega anticipada del dinero.

En otro enfoque, en los contratos sinalagmáticos, en que los contratantes acuerdan obligaciones recíprocas, la finalidad perseguida por las partes está representada por el resultado que se obtiene con el intercambio de las respectivas prestaciones.

En los contratos unilaterales, el acuerdo se perfecciona con la entrega de una cosa; la finalidad de intercambio existe igual, pero existe una manera disímil de acordarla. En los contratos onerosos, las partes contemplan un beneficio; en los contratos con liberalidad, por el contrario, la finalidad es desplazar bienes de un patrimonio en favor de otro, sin contraprestación. En los contratos conmutativos, las partes tienen como finalidad equivalente sus respectivas prestaciones, mientras que en los contratos aleatorios hay un alea de ganancia o pérdida.

La función del contrato y la finalidad, posibilita otra división en contratos declarativos y contratos de atribución patrimonial.

Los primeros, no alteran ni modifican una situación preexistente, sino que reconocen un estado jurídico precedente que no crea obligaciones: por caso, reconocimiento de una deuda; o bien un contrato de participación de bienes que es declarativo y, el caso de una transacción donde se declaran derechos ya existentes.

En cuanto a los contratos de atribución patrimonial, resultan aquellos que producen un desplazamiento económico, modificando un derecho real o creando obligaciones; existe una alteración del panorama económico preexistente.

VI. Causa: relación de causalidad y autoría

9. La materia de la causa, amplia por cierto, dentro de sus diversos contenidos, se vincula con la responsabilidad jurídica. Es que la causa produce el efecto, mientras que la condición lo posibilita o elimina un obstáculo y, a su turno, la ocasión hace a la operatividad de la causa eficiente²⁰.

De manera que cuando uno se detiene en el análisis de la causa (s) y sus consecuencias (una o varias), cabe precisar la existencia de un hecho-causa y, a su vez, un hecho-consecuencia; así, el segundo, no es dable imaginar sin la concurrencia del primero.

Sin embargo, en este panorama que no siempre es tan nítido, confluyen otros hechos que inciden en los acontecimientos -se alude a la concausa- o bien las mencionadas circunstancias fácticas se mezclan con otras con variados efectos jurídicos que suscitan las consecuencias inmediatas, las mediatas y las casuales.

Corolario de lo expuesto, corresponderá merituar la relación de los hechos y en qué medida resultan hecho-causa que ha coadyuvado en un hecho-consecuencia²¹.

Estas aclaraciones liminares, aluden de manera implícita al daño y a su conexión con su causación; así, será necesaria la existencia de una relación de causalidad (elemento objetivo) que se refiere al vínculo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa.

La trascendencia de la relación de causalidad, reside en que permite determinar quien es el autor del evento dañoso y alcances de la obligación de responder patrimonialmente.

Lo relativo a la determinación de los hechos que preceden a la causa de un resultado, dividen las opiniones.

A) *Teoría de la equivalencia de las condiciones*. Sus primeros antecedentes, se remontan al autor penalista Von Buri quien en 1860 expone esta teoría, también llamada de la *condictio sine qua non*. Para esta posición -lógica- todas las condiciones son concurrentes para la producción de un resultado y suprimida o eliminada una de ellas, fracasa el resultado.

B) *Teoría de la causa próxima*. Esta concepción es más simple, pues causa es aquella de las diversas condiciones necesarias de un resultado próxima a éste; las restantes son sólo condiciones.

C) *Teoría de la condición preponderante o de la causa eficiente*. Para esta teoría, la causa es aquella condición que incide en el equilibrio entre los factores positivos y adversos a la producción del daño, influyendo de manera decisiva en el resultado.

D) *Teoría de la causalidad adecuada*. Desarrollada a partir de 1888, lo destacado es que *no todas* las condiciones son equivalentes ni conducen a similar resultado; la causa se descubre acorde la posibilidad y probabilidad de un resultado, según lo que acaece de ordinario en función de los acontecimientos.

10. El Código Civil, aun cuando la cronología de su sanción no coincide con la teoría de la causalidad adecuada, es conteste ésta con el criterio que adoptó el codificador -art. 901-, aplicable para una inexecución contractual y un acto ilícito, en función de la relación de causalidad adecuada entre el daño y el hecho, por lo que en más, las consecuencias serán inmediatas, mediatas y causales o remotas.

VII. Causa: acto jurídico y hecho jurídico. Significación y proyecciones

11. En el análisis, nada sencillo de la causa se la considere como la fuente del deber o bien como finalidad de las partes celebrantes, las nociones citadas, cualesquiera fueren, giran necesariamente en derredor de una vinculación jurídica, cuyos matices pueden resultar diversos. Además, en función de los distintos artículos del Código Civil, en que se aluden a la “causa”, se advierte que el significado no es unívoco y son numerosos los preceptos donde aparece el sentido finalista.

A) *Acto jurídico y contrato*. Tomemos como punto de inicio de nuestro análisis el acto jurídico -o negocio jurídico- contemplado en el art. 944 C.C., una de cuyas máximas expresiones es el contrato (art. 1137 Cód. cit.) cuyo antecedente viene impuesto por el art. 499 Cód. cit. y al decir de Moisset de Espanés²² “*prácticamente podemos afirmar que sólo en los contratos (u otros negocios jurídicos), hay ‘causa-fin’*”, resulta relevante una de las notas del art. 944 cit..

En efecto, en dicho precepto se persigue un fin inmediato, es decir las partes tienen como causa final producir un efecto jurídico; es decir, ocasionar un resultado de derecho, lo que caracteriza el acto o negocio frente a los simples actos voluntarios y lícitos que se realizan sin esa finalidad inmediata.

Corolario de lo expuesto y, a título de explicitación, en el contrato de compraventa, en cuanto convención sinalagmática, onerosa y conmutativa, el fin perseguido por las partes, es el intercambio de cierta cosa por una determinada suma de dinero. Intercambio que los contratantes consideran útil o conveniente para sus intereses.

Trasladado el tema, en grandes líneas, a los contratos onerosos, el fin es la utilidad que a raíz de la obligación que se adopta, implica para el comportamiento del otro contratante.

En materia de contratos a título gratuito, la causa final de la parte que se obliga es la concreción de una liberalidad.

B) *Acto jurídico y contrato (cont.)*. Como una especie contractual -tema que no es pacífico- se encuentra la transacción que según la definición del art. 1137 C.C., cuadra estructuralmente en la noción de contrato²³ mientras que otra importante corriente de opinión, sostiene que se trata de una convención liberatoria²⁴.

Sin embargo, compartimos la opinión de Compagnucci de Caso²⁵ en el sentido que la intención de las partes se dirija a objetivos diferentes no quita a la transacción su carácter contractual, pues en forma inmediata lo que pretenden quienes transigen es lograr mutar una relación incierta y eventual, en otra segura y cierta.

Así, la figura analizada, resulta un acto jurídico bilateral (contrato) oneroso y consensual, en ciertos casos solemne (art. 1184 inc. 8 C.C.).

En el contrato considerado, puede suscitarse una identidad de causa-fuente (*causa superveniens*), la que deriva del art. 856 Cód. cit. en cuanto dice: “Si una de las partes en la transacción adquiere un nuevo derecho sobre la cosa renunciada o transferida a la otra parte que se juzgaba con derecho a ella, la transacción no impedirá el ejercicio del nuevo derecho adquirido”.

En ejemplo: si quien transigió un derecho sobre una cosa, adquiere después otro derecho a ella (causa nueva), podrá reclamar este nuevo derecho porque la transacción no tiene para él alcance alguno.

C) *Acto jurídico bilateral*, novatorio tendiente a “modificar” derechos o extinguirlos (“aniquilarlos, en palabras del art. 944 Cód. cit.), de lo cual resulta que se trata de un acto complejo por el cual se extingue una obligación y, simultáneamente, se da nacimiento, a una nueva, cuya causa es la anterior, en la que se han sustituido alguno de sus elementos esenciales.

La naturaleza de la novación, en cuanto convenio, y cuya capacidad como acto jurídico requiere la aptitud para contratar, participa de la índole de aquella categoría de actos.

La novación por cambio de causa, significa que el deudor se obliga con el acreedor pero por una razón distinta de la que justificaba la obligación primitiva.

D) *Acto jurídico compensatorio*. Se trata de un medio extintivo de obligaciones, que posee una naturaleza disímil del pago y de la remisión, como de los otros modos de extinguir las obligaciones; es un modo particular y típico de extinguir obligaciones; donde concurren al menos dos partes, donde entre otros recaudos, debe existir “identidad de causas”, aclarando que el sentido del art. 818 C.C. al decir “cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda”, se refiere a la “causa-fuente”. Lo dicho posibilita que una deuda proveniente de un contrato pueda compensarse con otra derivada de un delito y, en general que, cualquiera que sea el origen de donde provenga una deuda, ésta sea compensable con otra de fuente diversa.

E) *Acto jurídico unilateral*. El pago como un medio extintivo y solutorio de las obligaciones, cualquiera fuere su especie, tiene diversa relevancia en la persona del *accipiens* y del *solvens*²⁶ y en un esquema de requisito esencial -causa, o sea obligación de pagar- de la figura, se advierte la diversa función y momentos que desempeña la referida causa.

En orden a su esencia, el pago resulta un acto jurídico unilateral cuya finalidad inmediata acorde el art. 944 Cód. cit. es “aniquilar” derechos destacándose que es usual utilizar los vocablos “pago” y “cumplimiento” para aludir a una forma de realizar o actuar a las obligaciones.

Y en este enfoque, el cumplimiento -ejecución, referencia ésta que pareciera uso de la coacción- es un modo normal de extinguir las obligaciones, resulte de prestación única o la que fuere de prestación continuada y duradera.

Desde otro punto de vista, la deuda es la causa-fuente que origina el pago y, simultáneamente, es la causa-fin en cuanto significa la voluntad de extinguir la relación jurídica.

Como nos ha parecido muy descriptiva la observación de Beltrán de Heredia²⁷ reproducimos algún pasaje de su obra en cuanto a que la causa en sentido funcional y aplicada al acto de cumplimiento, denota que aquella carece de una función autónoma pues va dirigida a cumplir la obligación, la finalidad que se persigue es la de complementar esta obligación, actuando su contenido y satisfaciendo el derecho del acreedor; sólo de un modo indirecto y mediato se podrá decir que se persigue la propósito de extinguir la deuda; el efecto extintivo es consecuencia que el ordenamiento jurídico hace derivar de aquella actuación del contenido de la relación obligatoria.

Desde un punto de vista amplio -Cap. VIII, “De lo dado en pago de lo que no se debe” -art. 784 y ss. C.C., en quince -15- preceptos coordinados, y con diversa sistematización doctrinaria, se fijan los casos que genéricamente pueden presentarse, donde resulten involucradas la causa-fuente y la causa-fin; es decir, especies del pago de lo que no se debe, modalidad del enriquecimiento sin causa.

A) *Pagos sin causa-fuente*. Las variables son diversas:

1) No existe ninguna obligación y el pago así realizado es repetible pues la prestación es inexistente (art. 784 C.C.), fuere el error de hecho o de derecho.

2) Se paga por error a quien no es acreedor; en otros términos, el *accipiens* no es acreedor.

3) El *solvens* no es deudor.

4) La obligación es ineficaz (inválida o nula).

5) Error sobre el objeto debido (art. 790 incs. 2 a 5).

6) Error sobre el cumplimiento del hecho condicionante (art. 547 C.C.).

B) *Pagos sin causa-fin*. Los supuestos son disímiles:

1) Cuando el deudor procede sin *animus solvendi*, de manera que la intención no coincida con lo deliberado²⁸.

2) Cuando el pago es hecho por error (art. 790 Cód. cit.).

3) Cuando el pago es obtenido por medios ilícitos (art. 792 Cód. cit.).

C) *Pago sin causa*. La noción de pago responde a una *causa solvendi*. Es que el cumplimiento es corolario del fin que le sirve de causa.

Porque el cumplimiento es un acto voluntario del deudor, quien al efectuar la prestación, extingue la relación jurídica obligatoria. Se impone la declaración de voluntad del deudor de índole negocial; pero basta esa declaración. No se requiere una voluntad del acreedor, pues el cumplimiento existe sin ella y aun en contra de la misma cuando el acreedor manifiesta la voluntad de que la prestación no valga como cumplimiento de aquella obligación, sino de otra distinta o a título diverso del de cumplimiento.

El pago sin causa, tal como es considerado en este acápite, está tomado en el sentido de ausencia de fuente, título o antecedente. No existe obligación preexistente y la enumeración de los supuestos son diversos.

El art. 792 C.C. dispone: a) cuando ha tenido lugar en consideración a una causa futura, a cuya realización se oponía un obstáculo legal; b) cuando “de hecho no se hubiese realizado”; c) cuando fuese en consideración de una causa existente pero que hubiese dejado de existir; d) cualquier otro pago sin que exista causa, lícita o ilícita; e) pago con causa futura cuya realización es impedida por la ley; f) pago con causa no realizada de hecho; g) pago con causa existente que hubiere fenecido; h) caso de causa-fuente ilícita previsto en el art. 794 C.C., e i) supuesto de causa-fuente inmoral según el art. 795 Cód. cit..

F) *Hecho jurídico (cont.)*. Se denomina “hecho jurídico”, la ley lo trata en plural -art. 896 C.C.-, a los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones.

Aquí, se aluden a los hechos que pueden ser fuentes de relaciones jurídicas y, en particular, tienen como finalidad mediata producir consecuencias jurídicas (art. 899 Cód. cit.). Y en la esfera de los actos lícitos aludidos, se encuentran situaciones jurídicas de diversa estructura.

De manera que el hecho jurídico es aquel acontecimiento al que la ley atribuye un efecto jurídico.

En general, las situaciones que motivan el denominado “enriquecimiento sin causa” requieren, entre otros, de la ausencia de causa jurídica.

A raíz de esta exigencia (negativa) se plantea una divergencia interpretativa; así, se suele considerar por causa del enriquecimiento, la causa-fuente²⁹. En otro enfoque, se entiende que no cabe confundir la causa del desplazamiento patrimonial, con la causa de enriquecimiento, pues este precisa ser referido a su causa propia, siendo atendible como causa específica del enriquecimiento la llamada causa-fin, que es la representada por la finalidad en que se concretó la voluntad contenida en el acto que determinó el desplazamiento³⁰.

Y a raíz de estas distinciones, caben las siguientes precisiones: existen casos -fuera de la esfera de las obligaciones- por caso, los derechos reales, donde la causa presenta particulares connotaciones, con motivo de que ésta guarda una particular relación con la adquisición o transferencia de las citadas prerrogativas.

En segundo término, la teoría de los hechos y actos jurídicos también tiene su fecundo campo de aplicación en materia de derechos reales; en tercer lugar, el hecho jurídico de las

relaciones jurídicas obligatorias es la causa-fuente, y puede o no tener causa-fin. La ausencia de causa-fin no obsta que nazcan obligaciones, más no puede faltar, para que exista una obligación, es causa-fuente³¹.

Dentro de los variados supuestos legales que motivan un enriquecimiento encausado, caben citar:

1) La restitución de los gastos necesarios o útiles abonados al poseedor de buena fe (art. 2427 C.C.).

2) El poseedor de mala fe tiene derecho a ser indemnizado de los gastos necesarios efectuados en la cosa (art. 2440 Cód. cit.).

3) El poseedor de mala fe puede repetir las mejoras útiles que hayan aumentado el valor de la cosa hasta la concurrencia del mayor valor existente (art. 2441 Cód. cit.).

4) Caso de accesión artificial (art. 2587 Cód. cit.).

5) Caso de adjunción (art. 2594 Cód. cit.).

6) Caso de especificación o transformación (art. 2567 y ss. Cód. cit.).

7) Caso de los arts. 2726 y ss. Cód. cit., relativos a la construcción en heredades respecto a la conducta a asumir del vecino.

VIII. Causa y anomalías contractuales

12. La dinámica negocial denota que en la actualidad es muy frecuente la utilización de cauces legales que no son los que se corresponden al medio empleado, admisibles en la medida en que no vulneren preceptos inderogables o imperativos.

Las anomalías contractuales por su frecuencia, tienen marcada tipicidad social y las relaciones jurídicas que abarcan, han llegado a configurar formas jurídicas con una vasta disciplina propia.

Nos parece de sumo interés para la inteligencia y operatividad de los negocios anómalos, la advertencia de De Castro y Bravo³² al decir que caen en el ámbito de lo lícito y ejercicio de la autonomía de la voluntad y su empleo no es para soslayar el fin práctico que se pretenda conseguir con el negocio (calificación de la causa concreta) ni dejar de lado la buena fe.

1. *Negocio fiduciario*. El marco legal de la figura a analizar, está contemplado en la ley 24.441 cuyo art. 73 marca la génesis del fideicomiso que es el constituido por contrato o testamento, cuya extinción³³ conlleva la entrega de la cosa (a quien corresponda), según las previsiones de los actos jurídicos citados “o la ley” (art. cit. *in fine*).

El negocio fiduciario es una modalidad específica de los negocios indirectos, el que se configura cuando las partes para el logro del efecto jurídico que pretenden, llevan a cabo un negocio cuya causa no guarda relación alguna con el mismo.

Téngase en cuenta que en el modelo considerado, la causa tiene -como se verá- particulares connotaciones a raíz del perfil especial del tema en cuestión.

La nota que sobresale en el negocio fiduciario es la discordancia entre la finalidad económica perseguida y el medio jurídico que se utiliza, de modo que las partes se proponen obtener un efecto distinto y limitado del que es propio acorde la vía jurídica adoptada.

De tal manera que la heterogeneidad entre el objetivo contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo marca un aspecto notable del negocio fiduciario.

Cuando se analiza la estructura básica del negocio fiduciario, surge una noción (jurídica) que no puede soslayarse por la misma esencia del acto jurídico en cuestión. Se trata, de la “atribución patrimonial” tema que tiene varios matices.

Es que la noción de negocio fiduciario, ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina germana³⁴ y alude a los actos por los cuales una persona suministra a otra un beneficio patrimonial, según distintas variantes: un sujeto transfiere a otro la titularidad de un derecho

(transmisión de dominio); una persona constituye a favor de otra un derecho (derecho de garantía; usufructo); una persona obtiene para otra un beneficio (como dato), etc..

A propósito del concepto de “atribución”, cabe señalar que éste no es sinónimo de “disposición”, toda vez que un acto puede resultar de disposición y atribución de manera simultánea: transmisión de un derecho; en otra perspectiva, es posible “disposición” sin “atribución” (renuncia a la prescripción) y, asimismo, en otro enfoque, cabe la “atribución” sin “disposición”: por caso, la locación de servicios.

Y así, en función de estos distingos se comprende el sentido del acto fiduciario que como acto de confianza y buena fe en otra persona le significa una atribución patrimonial fiduciaria³⁵.

A) *Esencia del negocio fiduciario*. El sustento del negocio fiduciario es una *causa fiduciae* como un matiz de la *causa credendi*.

Acerca de la identidad de este tipo negocial, se han formulado distintas teorías, debidas especialmente a las dificultades que surgen de su propio esquema funcional.

En un enfoque, la doctrina alemana clásica entiende que se trata de dos negocios disímiles, lo que encuentra un severo escollo en los regímenes causalistas.

Desde otro punto de vista, se considera que el negocio fiduciario es un negocio complejo, resultado de una combinación entre un acto jurídico real de transmisión plena, vinculado a un negocio obligacional que está destinado a atemperar los alcances de aquella transferencia³⁶.

Esta última explicitación, conocida como la “teoría del doble efecto”, conduce a una precisión del negocio subyacente, distinguiendo:

1) Un contrato real (positivo) que consiste en transferir un dominio o un crédito de manera perfecta e irrevocable;

2) Un contrato obligatorio (negativo) que consiste en la obligación del fiduciario de usar de determinada forma el derecho adquirido, para luego restituirlo al transmitente o a un tercero.

La complejidad del negocio, no impide visualizar la existencia de una causa única -arg. art. 499 C.C.- que no es otra que la *causa fiduciae*.

Corolario de lo expuesto, es que la figura analizada es un negocio unitario con situaciones jurídicas íntimamente vinculadas, donde la causa es única y los móviles o técnicamente, la causa fin, pueden resultar diversos.

B) *Estructura del negocio fiduciario*. El concepto de negocio fiduciario con antecedentes en el pandectismo y sobre la base de dos textos de las Institutas de Gayo, tuvo a través de los tiempos etapas sombrías mientras en otra época descollaba.

Cabe, sin embargo, recordar una obra escrita a principios del siglo pasado por un autor italiano Messina³⁷, cuyo comentarista a no muchos años de redactada la obra citada, atiende a la practicidad de la figura y toma dos posiciones fundamentales, las que en opinión de Messina deben constituir el punto de partida para revisar las construcciones fiduciarias: a) los negocios fiduciarios persiguen un *scopus* fuera o al margen de la ley y b) el fin económico de la fiducia no es congruente con el medio jurídico para alcanzarlo.

Messina cita como supuesto fiduciario, la transmisión de una propiedad para fines de administración, siendo que A quiere conceder a B un cierto poder de administración respecto de alguno de sus bienes, siendo insuficiente a tal fin un mandato, por lo que transmite a B la propiedad de los bienes. Logrado a través de B la finalidad propuesta por A con relación a dichos bienes, o removida la causa que impedía a A conseguirla de manera directa, B debe restituir la propiedad de los bienes, rendir cuentas y responder de su gestión.

El ejemplo precedente es una clásica hipótesis del negocio al que se viene aludiendo, ciertamente con un planteo, análogo al referido en la causa anotada. En efecto, en ésta subyace una relación obligacional y el derecho transmitido con el fin de aseguramiento, otorga al fiduciario (acreedor) la facultad de satisfacer la acreencia por la liquidación de la cosa dada en fiducia en caso de no cumplir el fiduciante (deudor) con la obligación a su cargo. En el pleito comentado, no se desconoce la existencia de la obligación que justificó la garantía sino que en la hipótesis de no saldarse la prestación, ésta podría quedar satisfecha mediante la entrega de los transmitidos en garantía.

En el esquema del negocio fiduciario cabe la consideración de la *fiducia cum creditore*, donde lo relevante es la transmisión de un derecho para un fin económico, que no requiere tal transmisión.

Esta descripción, tiene como sustento la confianza pero tiene inconvenientes técnicos de operatividad³⁸.

Un ejemplo usual de *fiducia cum creditore* es el de la transmisión fiduciaria de la propiedad de cosas muebles a fin de garantizar un crédito: por caso, el comerciante que no puede desprenderse de cosas muebles pues debe con ellas desarrollar su actividad comercial. Luego, transfiere fiduciariamente su propiedad el acreedor que le suministra dinero, mediante un *constitutio posesorio*, poseyendo en todo o en parte los bienes de su empresa a título de comodato o locación. El acreedor obtenido el pago del mutuo, debe restituir la propiedad de la cosa fiduciaria. Se destaca asimismo, la *fiducia cum amico*, donde los ejemplos abundan, próximos a motivos atendibles, pero causas muy allegadas a lo antinormativo: a) por declaración de bienes de propiedad enemiga, ante un conflicto internacional, ley mediante, para evitar la confiscación de ciertos inmuebles, una persona -extranjera- los transmite a un amigo suyo, ciudadano del país en que están ubicados los bienes, en la idea que cesado el peligro le restituirá la propiedad de ellos y b) una persona pródiga, es titular de un patrimonio importante y reconoce deudas significativas y transfiere a un prudente administrador sus bienes en la idea que este último, atenderá bien los débitos, obligándose a devolver el excedente después de haber ordenado la situación patrimonial.

El negocio fiduciario en nuestro medio siempre es causal, pues la causa clarifica el negocio, determina el consentimiento de las partes y justifica la transferencia de la propiedad; si fuere abstracto, la transmisión se llevaría a cabo desvinculada de la causa.

Para concluir, se enumeran algunos negocios fiduciarios: a) fianza (confiar), se conoce a quienes aseguran obligaciones ajenas, pues contratan por creencia, al existir *causa fiduciae*; b) mandato, resulta un negocio amplio y de contenido diverso, donde las prerrogativas del mandatario reconocen como antecedente la confianza que en ellos deposita el que las otorga; siendo la causa del poder, una *causa fiduciae*; adjudicación de bienes para pago de deudas, donde el adjudicatario recibe bienes como titular formal de ellos, pero sin la existencia de causa onerosa o lucrativa de la adquisición, sino mediante *causa fiduciae*, implícito a todo apoderamiento y c) depósito, como acto de confianza, cuya causa de la figura es una *causa fiduciae*.

2) *Negocio simulado*. El acto jurídico simulado presenta dos exteriorizaciones: uno, el que proviene de lo irreal y es visible ante todos; el otro, resulta oculto y secreto, realmente querido por las partes.

La causa negocial, aspecto relevante de la esfera patrimonial, encuentra en la simulación un campo fecundo de aplicación³⁹.

Es que el instituto citado, reconoce en dos preceptos del régimen civil diversas proyecciones. El primero, es el art. 501 Cód. cit., según el cual “la obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera”. Es decir, el dispositivo legal anticipa en la hipótesis que la “falsa causa”, debe admitirse como comprensiva de “causa simulada”, afirmación que conlleva ciertas aclaraciones: en primer lugar, la causa es un medio de tutela de la voluntad contractual; en segundo término, el contrato no puede quedar concluido ni tener validez, si la causa es falsa y, por último, según el art. 944 Cód. cit., la causa (jurídica) debe centrarse en el ámbito de los actos jurídicos.

Una cuestión a ponderar es la plena vigencia de la simulación en función de la causa, solución acorde el art. 957 Cód. cit. según el cual la simulación no es reprobada por la ley cuando nadie perjudica ni tiene un fin ilícito. De allí que nada cabrá observar si la simulación es relativa y lícita. El acto jurídico pues, producirá plenos efectos.

Por el contrario, si la simulación fuere plena y absoluta, tras la causa aparente, nada existe que sustente el acto jurídico y, si fuere ilícita, encubriendo una causa ilícita, la invalidez, además, surgiría de vulnerar el art. 502 Cód. cit..

De cualquier manera, la simulación de lo negocial puede suscitar distintos efectos en función de los motivos de lo simulado o disimulado pues soslayada la máscara simulatoria, queda a ojos vista la ausencia de causa, falsa causa, causa ilícita o causa atípica, concretándose los móviles determinantes de tal proceder y surgiendo así, la caracterización de la índole del ocultamiento incurrido.

En concordancia con lo dicho, en la simulación absoluta, las partes generan la apariencia de un negocio deliberadamente engañoso, ocultándose la ausencia de causa. Los intervinientes exteriorizan a la vida jurídica un acto aparente, causando engaño. Esta alternativa se le llama figura vana, fatua y carente de seriedad: “cuerpo sin espíritu”.

Probada la insinceridad del negocio, este no cae sin más, pues la seguridad jurídica requiere que la conducta de las partes tenga sus alcances, toda vez que no puede sorprenderse a los terceros de buena fe, que han confiado en una mentira (arts. 996 y 1050 Cód. cit.).

En cuanto a la simulación relativa, deberá evaluarse no sólo el acto simulado sino también el acto disimulado, lo que supone también el análisis pernicioso que el simular irrogare en el negocio disimulado, la incidencia sobre éste del acuerdo simulatorio, conexidad o vinculación entre ambos negocios practicados y la existencia -o configuración- de los recaudos para la validez del negocio disimulado⁴⁰.

De manera que a la luz, el negocio falso o aparente, queda sin efecto el engaño y al caer la apariencia, se verifica la presencia de un negocio disimulado, correspondiendo precisar la validez y eficacia del mismo.

La existencia y virtualidad de los actos jurídicos es un principio consagrado que hace a la seriedad del tráfico y seguridad jurídica: quien pretendiera, aducir que la causa de un acto es simulada deberá producir la prueba al respecto.

El otro dispositivo, medular en la materia considerada, es el art. 955 Cód. cit. del que, se deduce, entre otros que cabe simulación ajena al tema de la causa y la que se relacione sobre ésta.

Los matices de esta última versión, serían la causa manifestada que no se corresponda con la real, pues no existe ninguna o bien a raíz de que el contrato realmente pretendido pertenezca a un tipo legal disímil del exteriorizado o existe ocultamiento respecto de circunstancias del tipo que deben constar en la escritura de compraventa -causa falsa- pues se alude al destino vivienda cuando en rigor, será un depósito de drogas prohibidas.

En la operativa del acto simulatorio debe tenerse en cuenta *la causa simulandi*.

La línea demarcatoria entre la legalidad o ilegalidad del acto celebrado, deberá investigarse en la *causa simulandi*⁴¹.

Sobre el particular, la jurisprudencia señaló⁴² que es un error pretender que los actos simulados no tengan causa; el hecho de que la voluntad de las partes pueda no ser la que el acto exterioriza, no alcanza para decir que esos actos carezcan de causa, aun cuando ésta no sea real; tampoco a pesar de ser engañosa, el acto simulando sería inexistente, en cuanto a la voluntad de las partes, es decir, con relación al propósito de acordar los efectos que lleva el acto en sí, más no por ello habrá dejado de realizarse.

Asimismo, se ha resuelto⁴³ que la *causa simulandi* es el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe o presentarlo en forma distinta a la que corresponde; es la razón última que induce a las partes a dar apariencia a un acto jurídico que no existe, en el supuesto de la simulación absoluta, o a presentarlo en forma distinta de la real, en el caso de la simulación relativa.

Mucho se ha escrito en derredor del tema que nos ocupa, en cuanto a su noción conceptual; la existencia como tal en un acto simulado o bien su efectiva comprobación.

En cuanto lo primero, la doctrina nacional⁴⁴, señala que es el interés que lleva a las partes a realizar un contrato simulado; es decir, resulta el objetivo del engaño o bien la razón que induce a dar apariencia a un acto jurídico que no existe⁴⁵. Sintetiza, Cámara la idea, señalando que la *causa simulandi* es el signo revelador de la ficción, la que asume diversas formas y modalidades. Cuando trata el tema Ferrara⁴⁶ en su magistral obra, considera la cuestión como si fuera el “acuerdo simulatorio”, señalando en que los contratantes son contestes en la apariencia

del acto, lo que conlleva una inteligencia o consenso de los intervinientes. Respecto del segundo aspecto, la jurisprudencia no tiene una orientación firme en orden a su consideración como un elemento esencial para la procedencia de la acción de simulación⁴⁷.

Por último, la prueba del núcleo de este apartado, no es en modo alguno determinante de la viabilidad del reclamo simulatorio⁴⁸.

Asimismo, Eduardo A. Zannoni⁴⁹, en una solución original, señala que la simulación genera un doble orden de relaciones: a) entre las partes del acuerdo simulatorio- relaciones internas- y b) entre las partes del negocio simulado y los terceros, relaciones externas, duplicidad que merecen su distinguo y coexisten, en palabras del autor “de algún modo”, en razón de la licitud o ilicitud de la *causa simulandi*⁵⁰.

Por último, se argumenta que la relevancia de la *causa simulandi* no se agota en la calificación de la simulación, sino que se proyecta a la prueba de ella: entre partes cuando falta o resulta imposible presentar contradocumento (art. 960 C.C.) y, los impugnantes son terceros, la simulación se prueba con indicios o presunciones; es decir la *causa simulandi* funda la prueba indiciaria, si bien aquélla se admite que no es categórica⁵¹.

3) *Negocio indirecto*. Una figura de creación doctrinaria, cuyo rasgo principal resulta el uso anormal de la faz instrumental es el instituto motivo de estas líneas. Se destaca que en el mismo no existe intención engañosa y nada se finge pues todo es real y así querido. Es que se trata de un negocio combinado con otro, el que se suma a un resultado final diferente del que le es propio.

Es decir, que el negocio indirecto es un acto jurídico verdadero y querido por las partes, aunque con él se persiga un fin distinto al que normalmente realiza la clase de negocio utilizado⁵².

La importancia de la teoría del negocio jurídico indirecto, reside en la causa objetiva, pues a raíz de ésta, deriva la virtualidad jurídica del acto jurídico⁵³.

De lo dicho, surgen acorde la teoría de la causa-fuente, dos necesarias y lógicas derivaciones. La primera, es que el negocio en su conjunto se corresponde con la clase de negocios propia del primer fin perseguido, pues de lo contrario, el segundo propósito no se lograría por un negocio extraño a él (negocio indirecto), sino por otro negocio acorde (negocio directo)⁵⁴.

En segundo lugar, en cada caso concreto, según la voluntad de las partes, corresponderá precisar si se trata de un negocio verdadero (indirecto) o, si por el contrario, se trata de un acto jurídico que encubre una transmisión *fiduciae causa*.

Y es tal la gravitación de la causa-fin en el negocio indirecto que en ciertas circunstancias, la incorporación de estipulaciones al acto jurídico conducen a un resultado, que en ausencia de tales previsiones, no se habría logrado el resultado propuesto.

De allí pues que el objetivo se obtiene con las disposiciones agregadas con lo cual el negocio celebrado será directo.

4) *Negocio fraudulento*. La concertación de uno o varios negocios que resultan prohibidos, practicados bajo el amparo de preceptos dictados con finalidad distinta, alcanzando el propósito antinormativo, suscita el fraude a la ley.

La noción de fraude conlleva el engaño, y su configuración -aun cuando no fuere estrictamente jurídica- es muy frecuente, dado que se trata de un acto contrario a la verdad.

López Olaciregui⁵⁵ enseña que, según el Código Civil, el fraude es un vicio determinante de nulidad, el cual resulta provocado por el otorgante u otorgantes del acto y comporta una defeción en la licitud del querer.

Gráficamente, diría Carbonnier: el fraude consiste en respetar la letra y violar el espíritu de la ley: el acto entre A y B se proyecta al perjuicio de un derecho que C tiene contra A.

De manera que el fraude como un vicio en la causa-fuente o bien en la finalidad de los actos jurídicos, vulnera la buena fe. Generalmente a través de acciones, y su ámbito de actuación es el campo patrimonial⁵⁶.

La sanción de nulidad del acto jurídico proviene de causas objetivas y, en principio, es independiente de que el sujeto haya tenido o no propósito de defraudar, pues lo que se afecta es el resultado, y no su obtención con finalidad fraudulenta⁵⁷.

IX. Causa debitoria y prestación

13. El concepto de obligación jurídica y, asimismo, la noción de relación jurídica, han sido -y permanecen- siendo motivos de replanteos dogmáticos cuyo diverso interés contribuyen en las variadas formulaciones que sobre el particular se realicen.

En un enfoque, se dice que el derecho de obligaciones consiste en una vinculación jurídica de persona a persona, basada en el principio de equiparación jurídica⁵⁸. Y en otra perspectiva, se argumenta que la relación jurídica surge de aquellos casos en que el Derecho considera que una persona se encuentra vinculado o ligado con otra, de tal suerte, que una tiene el poder o la facultad de exigir algo de otra.

Tampoco faltan autores que consideran preferible aludir en vez de obligación al concepto de relación jurídica, que tiene en cuenta la posición subordinada del deudor y de la preeminencia del acreedor⁵⁹.

Cualquiera fuere la óptica que se adopte, tiene real significación la idea que el objeto de la obligación es la prestación, el bien debido.

Ahora bien: en el panorama precedente se describen las distintas concepciones en donde se inserta la prestación, la que tiene distintas consideraciones: según las modalidades (positivas y negativas; divisibles e indivisibles; específicas y genéricas); pluralidad de objetos (obligaciones alternativas; obligaciones facultativas y obligaciones accesorias) y prestaciones especiales.

En el ordenamiento jurídico, toda atribución patrimonial debe tener una justificación, que es la razón de ser del deber de cumplir.

Asimismo, la causa de las obligaciones, deben ser consideradas en función de la génesis de donde provienen, atendiendo, asimismo, a la diversa finalidad que se proponen.

X. Causa y obligación natural

14. Esta especie obligacional prevista en el art. 515 C.C., es aquella que fundada sólo en el derecho natural y en la equidad, no confiere acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplida por el deudor, autoriza para retener lo que se ha dado en función de ella.

La obligación natural es una verdadera obligación jurídica; en particular, es una obligación civil que carece del recaudo de la coercibilidad⁶⁰.

La ausencia de exigibilidad de la obligación natural, no obsta a que conlleve un vínculo jurídico con el obligado y tenga entre otros recaudos, una causa suficiente, tal cual lo que acontece con la obligación civil.

Todas las obligaciones naturales, sin excepción, cuentan con una causa jurídica fuente. Así, en los supuestos de los incs. 2 y 4 del art. 515 Cód. cit., hay una obligación preexistente que sirve de causa, tal como lo que acontece en la novación, en que la obligación nueva reconoce como causa eficiente una anterior (art. 802 Cód. cit.)⁶¹.

En los casos de los incs. 3 y 5 del art. 515 Cód. cit., la solución del legislador, en función de las distintas causas eficientes que tratan los dispositivos, es diversa; por un lado, se admite virtualidad jurídica a las declaraciones lícitas de voluntad emitidas con un propósito jurídico. Asimismo, se reconoce al consentimiento libremente prestado, para determinados contratos en que no existe una clara división entre lo permitido y lo prohibido, por sobre las deficiencias de forma (inc. 3), o las no muy convincentes razones de “utilidad social” (inc. 5)⁶².

La causa lícita en la obligación natural, significa la finalidad que el negocio persigue pues no puede aceptarse una relación jurídica que sea la cobertura de una vinculación ilícita o que acredite una causa-fin adversa a la ley.

XI. Epílogo

15. La causa jurídica es un capítulo abierto en el derecho que si bien difiere del objeto -materialidad de la prestación-, en algunos casos de excepción, puede suscitar algún interrogante: arts. 1175 C.C., y 18 ley 19.550.

Es un recaudo contractual, muy próximo a lo volitivo del ser humano y resulta un impulso determinante: la razón por la cual se mueve la voluntad.

Los estudios sobre el tema, son diversos y su gravitación, desde antiguo es razón de preocupación y reflexión.

Diremos como cierre que la causa es el interés que el agente persigue mediante el acto jurídico.

NOTAS:

- ¹ Imprenta de la Universidad, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Civil, 1939.
- ² Confr. Tobías GOLDENBERG, *Reformas al Código Civil, Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 16 y ss..
- ³ Kart LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956, pág. 225 y ss..
- ⁴ Ernesto C. WAYAR, *Derecho civil, Obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, pág. 172.
- ⁵ Gino GORLA, *El contrato*, trad. J. Ferrandis Vilella, Barcelona, Bosch, 1959, vol. I, pág. 309 y ss..
- ⁶ Luigi FERRI, *La autonomía privada*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pág. 51.
- ⁷ Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 185 y ss..
- ⁸ Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 2007, vol. I, pág. 275.
- ⁹ Confr. DE LOS MOZOS, ob. cit., pág. 386.
- ¹⁰ Jorge GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, 7ª ed., Madrid, Reus, 1929, vol. III, pág. 462.
- ¹¹ Henri CAPITANT, *De la cause des obligations*, París, Dalloz, 1923, págs. 23 y 25.
- ¹² JOSSEAND, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, México, Cajica, 1946, pág. 27 y ss..
- ¹³ Joaquín DUALDE, *Concepto de la causa de los contratos*, Barcelona, Bosch, 1949, pág. 175.
- ¹⁴ Manuel ALBALADEJO, *La causa*, Madrid, Revista de Derecho Privado, abril 1958, pág. 315 y ss..
- ¹⁵ Confr. Federico DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 209.
- ¹⁶ Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, EJE, 1952, t. I, pág. 394.
- ¹⁷ Francesco MESSINEO, ob. cit., pág. 395.
- ¹⁸ Henri CAPITANT, ob. cit., pág. 16.
- ¹⁹ Henri CAPITANT, ob. cit., pág. 19.
- ²⁰ Confr. Atilio A. ALTERINI, *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, pág. 139.
- ²¹ Confr. Henoch AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, TEA, 1950, vol. I, pág. 244 y ss..
- ²² Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Estudios de derecho civil, cartas y polémicas*, Córdoba, 1982, pág. 137.
- ²³ Entre otros: Raymundo M. SALVAT y Enrique V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino, De las obligaciones en general*, Buenos Aires, TEA, 1956, t. III, núm. 1846, pág. 197.
- ²⁴ CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, 2ª ed., Buenos Aires, Platense, t. III, pág. 409.
- ²⁵ Rubén COMPAGNUCCI DE CASO, "La 'res dubia' como motivación totalizadora de la transacción", E.D. 85-860.
- ²⁶ Confr. Un análisis *in extenso*, puede verse en Ernesto C. WAYAR, *Derecho civil, Obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2004, pág. 250 y s.s.; ALTERINI, AMEAL, LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, Buenos Aires, 1995, pág. 95 y ss.; Raymundo M. SALVAT y Enrique V. GALLI, *Derecho civil argentino, Obligaciones en general*, 6ª ed., Buenos Aires, TEA, 1953, vol. II, pág. 179 y ss.; Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1955, t. V., pág. 297 y ss.; Jorge BUSTAMANTE ALSINA y otros, *Repetición del pago de lo que no se debe*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, pág. 39 y ss.; Leonardo A. COLOMBO, "La excusabilidad como requisito de la repetición de lo pagado por error", L.L. 48-1163; Alberto G. SPOTA, "La repetición del pago de lo indebido", J.A.

71-154; idem: “El pago de lo indebido como un caso particular del enriquecimiento sin causa”, J.A. 76-500; Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones*, Buenos Aires, 2004, vol. 3, pág. 347 y ss. y BELTRÁN DE HEREDIA, *Cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, pág. 182 y ss.

²⁷ BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 187.

²⁸ Ernesto C. WAYAR, ob. cit., pág. 255.

²⁹ Entre otros: Henri CAPITANT, ob. cit., N° 1 y ss..

³⁰ Confr. Enrique TORINO, “Enriquecimiento sin causa”, Seminario Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1929, pág. 221 y ss.; Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Notas sobre enriquecimiento sin causa”, E.D. 76-899.

³¹ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Estudios*, cit., pág. 137.

³² DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 330.

³³ Art. 25, la extinción del fideicomiso, es por cumplimiento del plazo o condición, o vencimiento del plazo máximo legal; revocación si el fiduciante se hubiere reservado esta facultad o cualquier otra causal de previsión contractual

³⁴ Por todos: Andreas VON THUR, *Derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1948, vol. III, pág. 73 y ss..

³⁵ Manuel ALBALADEJO, *Instituciones de derecho civil, Parte General y Obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1961, pág. 393, apág. 95.

³⁶ Confr. Joaquín GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1981, pág. 20.

³⁷ MESSINA, *Negozi fiduciari, Introduzione e parte prima*, Milán, 1910, citado por Juan B. JORDANO BAREA, en nota crítica “Sobre el negocio fiduciario (A propósito de un libro de Messina)”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1950, pág. 130 y ss..

³⁸ NAVARRO MARTORELL, *Notas sobre el concepto y la estructura de los negocios fiduciarios*, Revista de Derecho Privado 1950-226.

³⁹ Confr. Mariano GAGLIARDO, *Simulación jurídica*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

⁴⁰ Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 350.

⁴¹ La jurisprudencia señaló que la procedencia en cada caso de la simulación ilícita entre las partes habrá que ponderar el objeto o fin perseguido: E.D. 97-737. La jurisprudencia tiene distintas aplicaciones del tema del presente: 1) El “acuerdo simulatorio es la relación bilateral entre los que efectúan el negocio anómalo, cooperando juntos en la creación del acto aparente (E.D. 3-412); 2) No es menester expresar la *causa simulandi* al promover la acción, pues debe presumirse que ella existe cuando se reclama la anulación del acto por ser totalmente simulado, (E.D. 10-597); 3) quien acciona por simulación no tiene la carga de acreditar la *causa simulandi* cuya determinación sólo puede constituir un antecedente más para el estudio de la prueba (J.A. 1961-III-512); 4) Constituyen presunciones admitidas como pruebas de la simulación, a cargo de terceros: la *causa simulandi*, el precio vil e insincero, la *retentio possessionis* e, incluso, la simulación entre los celebrantes del acto (E.D. 31-Sum. 15.515); 5) La *causa simulandi* es un factor que contribuye a explicar la ausencia de contradocumento tendiente a establecer la verdadera naturaleza del acto (E.D. 16-673); 6) La *causa simulandi* normalmente se encuentra en el interés del deudor de salvar su patrimonio, burlando a sus acreedores (L.L. 9-842); 7) Para acreditar la simulación no es indispensable la demostración de la *causa simulandi*, dado que la acción sólo tiene como objeto revelar que el acto ostensible carece de existencia real, pero ella constituye un elemento valioso que permite encauzar la investigación poniendo en descubierto los móviles que tuvieron las partes al realizar la (GF 161-352). Royer COOPER, *Traité des Sociétés Anonymes*, París, 1931, pág. 197, clasifica la simulación en tres matices: a) oculta, cuando destruye los efectos del acto ostensible: b) oculta, tiende a mantener los efectos del acto ostensible y sólo cambia la naturaleza jurídica; y c) engaño parcial, no altera la naturaleza del acto sino alguna de sus condiciones. Arturo ACUÑA ANZORENA, “Concepto de simulación”, J.A. 46-18. El acuerdo simulatorio puede concluirse aun en forma verbal (arg. art. 960, Código cit.) y la ausencia de redacción por escrito no es obstáculo para la prueba entre las partes, inclusive ni para terceros. Jurisprudencialmente, se entendió que entre las presunciones a las que los terceros pueden acudir para probar la simulación es importante “la *causa simulandi*”, es decir, la causa que explica la simulación, L.L. 1998-B-580.

⁴² J.A. 63-789.

⁴³ L.L. 1999-B-808.

⁴⁴ Por todos: Héctor CÁMARA, *Simulación de los actos jurídicos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1958, pág. 199, apág. 140.

⁴⁵ L.L. 1997-E-171. Se decidió que la “*causa simulandi*” debe ser seria, importante y contemporánea al acto que se reputa simulado, debiendo existir vinculación lógica entre la causa y el negocio atacado, L.L. 1999-D-747.

⁴⁶ FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1961, pág. 42.

⁴⁷ Véase: Santos CIFUENTES, “Controversia sobre la ‘*causa simulandi*’ y su incidencia en el juzgamiento de la simulación”, E.D. 174-391; confr. Enrique C. MULLER, “El acuerdo simulatorio”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2006-1-57.

⁴⁸ La jurisprudencia entendió que el carácter inequívoco del negocio simulado, debe surgir de las circunstancias del caso, de las que puede emerger la “*causa simulandi*” sobre la base de presunciones que no deben ser equívocas, L.L. 1998-D-117.

⁴⁹ Eduardo A. ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 356.

⁵⁰ Confr. Juan Carlos GARIBOTTO, “*Causa simulandi*. Noción e importancia”, L.L. 1994- E-485.

⁵¹ GARIBOTTO, ob. cit.; véase Mariano GAGLIARDO, “Causa jurídica simulada”, J.A. 15/X/08, IV, pág. 50 y s.s..

- ⁵² Confr. Manuel ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958, pág. 172.
- ⁵³ Confr. Domenico RUBINO, *El negocio jurídico indirecto*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953, pág. 106.
- ⁵⁴ Manuel ALBALADEJO, *La causa*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, pág. 323.
- ⁵⁵ En la obra actualizada de Raymundo M. SALVAT, *Parte General*, Buenos Aires, TEA, 1964, t. II, pág. 616.
- ⁵⁶ Véase, *In extenso*, Mariano GAGLIARDO, *Simulación jurídica*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 186 y s.s..
- ⁵⁷ Manuel ALBALADEJO, *La causa*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, pág. 324.
- ⁵⁸ J. W. HEDEMANN, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, vol. III, pág. 37.
- ⁵⁹ Michele GIORGIANNI, *La obligación*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 20; Luigi BAGOLINI, “Notas acerca de la relación jurídica”, *Anuario de Derecho civil*, España, MCML, t. III, pág. 131.
- ⁶⁰ Confr. Alfredo COLMO, *De las obligaciones en general*, 2ª ed., Buenos Aires, J. Menéndez, 1928, pág. 57, apág. 74; Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, 5ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1946, pág. 149, N° 273; Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Obligaciones naturales y deberes morales*, Buenos Aires, Zavalía, 1998, pág. 235 y s.s..
- ⁶¹ Pedro LEÓN, “Obligaciones naturales y deberes morales”, Cuadernos de los Institutos, Instituto de Derecho Civil, Boletín II, N° 7, 1957, pág. 30.
- ⁶² LEÓN, ob. cit., pág. 30.

LA CAUSA DE LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

por JAIME LLUIS Y NAVAS

SUMARIO: I. La causa en general. 1. Concepto. 2. La causalidad. 3. Clases. II. Sobre las obligaciones en general. 1. Aplicación de la figura de la causa a las obligaciones extracontractuales. 2. Sistemas positivos. 3. Naturaleza. 4. Requisitos. 5. Causa eficiente general. III. De las obligaciones en particular. 1. La gestión de negocios ajenos. 2. El enriquecimiento sin causa y el cobro de lo indebido. 3. La promesa unilateral. 4. Responsabilidad subjetiva civil. 5. Responsabilidad objetiva. 6. La lesión. 7. Obligaciones adicionadas legalmente.

I. La causa en general

1. Concepto

A) Concepción académica. El Diccionario de la Real Academia española, entiende por causa “*lo que se considera como fundamento u origen de algo*” (acepción primera). Al utilizar el verbo “considerar” en lugar de “constituir” está postulando que la causa es una construcción subjetiva. Entendemos que la fijación del concepto debe desvincularse de posturas previas determinadas y estar abierta por igual a las posiciones subjetivistas (que sustentan que la idea de causa es una construcción subjetiva desvinculada de la realidad trascendente al individuo) como de las objetivistas (que afirman lo contrario).

La segunda acepción del Diccionario académico considera como causa “*el motivo o razón de obrar*”, expresión que no es aplicable a la idea general de causa, sino a la de motivación individual y circunscrita a la causa final.

B) Concepciones filosóficas. Varían considerablemente, también en función de las posturas doctrinales.

a) Stuart Mill ¹, concebía la causa como “*el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizadas, hacen que se siga el consiguiente de toda necesidad*”. Esta definición, de conformidad con su inspiración positivista, en lugar de entrar en la esencia de la idea de causa, se limita a bordearla.

b) Los tratadistas neoescolásticos, aplican la idea de ***paso de la inexistencia a la existencia***. Así, el cardenal Ceferino González ² entendía por causa el “*principio que tiene en sí la razón suficiente del tránsito de una cosa del no ser al ser*”. De modo más escueto, Balmes ³ la consideraba “*lo que hace pasar algo del no ser al ser*”. Estas definiciones, sobre todo la del cardenal González, encierran el inconveniente de vincular la idea de causa a posturas doctrinales muy determinadas, como el creacionismo. Sin tratar de pronunciarnos sobre las mismas, es evidente que la idea de causa se utiliza con independencia del valor de tales doctrinas y por lo tanto son definiciones que no se centran en el sentido exacto del término tratado de definir.

c) Otros autores han intentado fijar la idea de causa en su esencia, al margen de posturas ideológicas que han de formularse sin previos condicionamientos conceptuales. Mouton ⁴ califica la causa de “*razón o principio que origina un efecto*”; y Cuvillier ⁵ se refiere a la “*force productice engendrant l’effet et se prolongeant en lui*”. Las definiciones acabadas de reproducir tienen el defecto de tratar de introducir elementos que no son esenciales para la idea de causa (razón, principio, fuerza) ni siquiera necesariamente exclusivos de la causación. También tienen el inconveniente de referirse al efecto, pues el Diccionario de la Academia define el efecto en función de la causa, lo que llevaría a un círculo vicioso.

C) Concepciones jurídicas. Los códigos civiles (argentino, español, su precedente Código francés, el posterior Código italiano de 1942, etc.) soslayan la definición de la causa, por lo que hemos de estar a las definiciones doctrinales. Estas definiciones suelen centrarse en el concepto de causa de los contratos; por lo que hemos de adecuar sus formulaciones a las obligaciones. En todo caso, destacan dos posturas divergentes:

a) Para los subjetivistas, entre ellos Sánchez Román ⁶, la causa de los contratos consiste en el fin esencial o más próximo que los contrayentes se proponen al celebrar el contrato. Extrapolando este concepto a las obligaciones, su causa consistiría en *el fin más próximo de la obligación, para cuya atención se establece la obligación*.

b) Para Ruggiero ⁷, que sustentó un concepto objetivista, constituye la causa del contrato el fin o función económico-jurídica que objetivamente cumple el contrato; y extendiendo esta idea a toda obligación, su causa se concretaría en *“el fin o función económico-jurídica que objetivamente cumple la obligación”*.

Ambas formulaciones tienen los inconvenientes de ofrecer conceptos de la causa condicionados por las teorías sobre la misma, privándole de valor general. Además les escapa la esencia de la idea de causa, centrándose en la mera descripción de la causa final.

c) Ferriere entendió por causa la razón por la que un hombre se obliga respecto de otro. Pero esta concepción se circunscribe a la causa de los contratos.

D) Concepciones propuestas. Para fijar el concepto, hemos de centrarnos en la idea con que operamos al referirnos a la causa, con independencia de las doctrinas sobre su realidad objetiva o subjetiva que son importantísimas para fijar la *naturaleza*, pero no determinan la *idea* de causa, que es clara y simple.

a) Entendemos por causa en sentido general (y por tanto filosófico) *todo elemento generador de otro*. Justificando esta definición haremos las siguientes precisiones: 1º) consideramos que esta es *la idea* expresada al referirnos a la causa, con independencia de que esta idea corresponde o no a una realidad (lo que es cuestión de fijación de la naturaleza ontológica de la causa, no de concepción), pues el concepto acabado de exponer es utilizable por igual para sostener que la causa tiene realidad trascendente o que no la tiene; 2º) el término “elemento”, por su amplitud, abarca por igual las causas físicas que los principios, etc.; es decir, abarca la muy distinta naturaleza de los diversos elementos causantes; 3º) en nada pretendemos que el elemento causante y el causado hayan de tener la misma naturaleza. De hecho, es fácil advertir que no la tienen necesariamente: un asesinato es un hecho, entre otras cosas fisiológico; el delito que resulta es un concepto jurídico; 4º) la referencia a un elemento *generador de otro elemento* la utilizamos en sentido amplio; *comprende por lo tanto las meras modificaciones* en que lo modificado tiene alguna nota nueva y no es por tanto exactamente idéntico a su condición o estado anterior al momento en que se causó el cambio.

b) La causa jurídica expresa una idea más restringida que la causa en general. Podemos definirla como *elemento generador de unas situaciones legales*. La relación al derecho figura en la consecuencia, no en el elemento causante. Lo acabado de indicar sobre el asesinato lo justifica.

Específicamente, entendemos por causa de las obligaciones el *elemento generador de obligaciones jurídicas*.

2. La causalidad

A) Desarrollo de la idea. La idea de causa fue elaborada por Aristóteles, corregida por Séneca y recogida por Santo Tomás de Aquino. Por esa vía pasa de la filosofía greco-romana a la escolástica. Pero a partir del siglo XVIII es objeto de la crítica de Hume y Kant que seguidamente estudiaremos.

En el ámbito del derecho, como señala Dualde ⁸ los juristas romanos utilizaron frecuentemente la idea de causa, pero sin entrar en su análisis filosófico. Los glosadores también recurrieron a ella, influidos por la escolástica, y consiguientemente requirieron para los contratos las cuatro causas de la clasificación aristotélica. La doctrina de la causa contractual fue recogida y modificada por Domat. De éste pasó a los tratadistas galos, particularmente Pothier y Portalis. Su doctrina fue plasmada en el Código Napoleón (al tratar de los contratos). Y del Código Napoleón ha pasado a muchos Códigos modernos, entre ellos el español. Al centrarse en los contratos se plantea el problema de la causa de las obligaciones extracontrac-

tuales. El caso argentino es distinto por cuanto el Código de Vélez reguló la causa al referirse a las obligaciones en general. Modernamente la referencia a la causa ha sido criticada precisamente por Planiol⁹ y un sector de la doctrina francesa.

B) Crítica de la idea de causa. Hume negó la realidad objetiva de la causa; pretendió que la causa no está en los hechos sino en la mente del observador. Alegó al respecto que si una bola de billar topa con otra y la segunda entra en movimiento, advertimos una sucesión de fenómenos. Pero la causa nadie la ha visto. La tesis de Hume pasa por alto:

1º) Si el movimiento de la segunda bola se produce siempre que es golpeada y sólo cuando eso sucede, estamos ante un fenómeno consistente en que la primera bola ha puesto en movimiento la segunda. Es un juego de palabras llamar a este fenómeno relación necesaria (como hacen Stuart Mill y los positivistas) en lugar de llamarlo causación (es decir producción de un elemento por otro).

2º) *Introduciendo un elemento subjetivo se evidencia que no cabe suscribir el punto de vista de Hume.* Si un sujeto lanza una bola contra otra con el propósito de producir el movimiento de la segunda, es evidente que el sujeto ha provocado, es decir causado, el movimiento. En este caso ya no estamos ante el fenómeno objetivo al que Hume supone que hemos adicionado sin fundamento la idea de causa, sino ante una causación fruto del ánimo del sujeto que lanza la bola.

3º) De modo más general, comprobamos la existencia de elementos generadores de otros *por introspección*. Como señaló Descartes, si pienso dudo y si dudo existo. Esta afirmación se expone como deducción, pero en realidad es una intuición en sentido filosófico, es decir, una percepción directa de la realidad que no resulta de un raciocinio. En otras palabras, mi pensamiento implica mi existencia. Pero cuando advierto que, si pienso existo, advierto asimismo que *carezco de facultad autocreadora*. Por lo tanto, que mi propia existencia implica un elemento generador, o sea causante que me trasciende.

C) Crítica del principio de causalidad necesaria. La filosofía clásica desarrolló el principio de causalidad necesaria, según el cual todo tiene una causa y la misma causa produce siempre los mismos efectos. Kant objetó que el principio de causalidad general lleva a una antinomia, pues si todo tiene una causa, ¿cuál es la causa de la primera causa? Aceptando la crítica kantiana, el positivismo propugnó reducir el conocimiento científico al estudio de los fenómenos y sus leyes, entendiéndolo por tales las relaciones necesarias entre los mismos, pero prescindiendo de si esas relaciones eran o no de causalidad. Sintetizando opiniones expuestas en otra ocasión¹⁰, podemos sustentar: 1º) La negación del principio de causalidad general no es razón suficiente para sustituirlo por un hipotético principio de inexistencia de causalidad; 2º) La existencia de causa, como elemento que origina otro, queda acreditada por introspección, según señalamos más arriba; 3º) La existencia del fenómeno causal no significa necesariamente que todo haya de ser causado (según el principio de causalidad necesaria) ni que nada pueda ser causado (según el hipotético principio de incausalidad general); 4º) Podemos concluir que es evidente la existencia de causas; pero sin que ello signifique que exista una causalidad necesaria que trascienda lo observado en este mundo. Por ello cabe admitir una Primera Causa sin incurrir en la antinomia postulada por Kant, antinomia que sólo resultaría justificada de pretender atribuir trascendencia absoluta al principio de causalidad necesaria; 5º) Lo acabado de indicar tiene las siguientes consecuencias lógicas: desde el momento en que los humanos tomamos conciencia por introspección de nuestro existir sin capacidad de autocrearnos, hemos de remontarnos a un elemento causante y si éste tampoco tiene capacidad de autocrearse nos elevaremos a constatar la existencia de una primera causa, sin que ello suponga ninguna contradicción ni antinomia, visto el limitado alcance del principio de causalidad necesaria; 6º) en este mundo la operatividad de las causas es general, y por tanto alcanza al ámbito del derecho.

D) Crítica de la causa jurídica. La idea de causa contractual fue combatida por Planiol¹¹ y un importante sector de la doctrina francesa. Propiamente su doctrina no niega la causa, sino la autonomía de su concepto. Pretende que la figura de la causa contractual carece de razón de ser por cuanto la causa próxima (que es la contemplada en el Código español) en los contratos onerosos y remuneratorios se confunde con el objeto y en las liberalidades con el consentimiento. Hemos de observar al respecto: 1º) Como señaló Dualde, la causa existe en la

totalidad de todo sistema jurídico ¹² y por lo tanto también en los contratos; 2º) Incluso suponiendo irrelevante la figura de la causa contractual, ésta seguiría existiendo. Por otra parte no es irrelevante, según hemos señalado en otra ocasión ¹³; 3º) En todo caso si fuera cierto que la causa unas veces se confunde con el objeto y otras con el consentimiento, seguiría siendo una figura *sui generis* por no poder ser identificada exclusivamente ni con el objeto ni con el consentimiento; 4º) Suponiendo que la figura de la causa fuera irrelevante en materia contractual, de ello no derivaría su irrelevancia en las obligaciones extracontractuales; 5º) A mayor abundamiento la causa, incluso en materia contractual, tiene entidad propia. Por ejemplo, el objeto del contrato de trabajo consiste en el intercambio de dinero (salario) por actividad (resultado del trabajo). En cambio, la causa para el trabajador es la obtención del salario, y para el empresario la recepción del servicio. Algo semejante cabe decir del contrato civil de arrendamiento (suministros) de servicios; en el de compraventa, como ya señalara Baldo “*respectu emptoria causa finalis est res et respectu venditoris est pretium*”; en este sentido se pronunció la sent. de 6 de mayo de 1902. De modo más general, *en todo contrato oneroso el objeto radica en un intercambio y la causa en el beneficio o contrapartida perseguida por cada parte*; 6º) El consentimiento consiste en la conformidad otorgada y la causa en la razón de otorgarlo. Por lo tanto, nunca se confunden, pese a lo que diga nuestro Código civil, ni siquiera respecto de las liberalidades, amén de que la liberalidad sólo es la causa del otorgante y el Código español no hace referencia a la causa del aceptante, sin perjuicio de las restantes razones que llevan a no confundir causa y consentimiento en las liberalidades ¹⁴.

Sobre la *trascendencia de la figura de la causa*, hemos de señalar: 1º) los problemas de la aplicación de la figura, de la causa, no derivan tanto del concepto de ésta como de la enumeración o precisión de en qué consisten las causas que enumera el art. 1274 del Código Civil respecto de los contratos, que, de conformidad con la doctrina de Pothier, dispone que en los contratos onerosos se entiende por causa la prestación de la otra parte; en los remuneratorios, el beneficio o servicio que se remunera y en los benéficos la liberalidad del bienhechor; 2º) El grave inconveniente de este precepto es que es mucho más limitado que la realidad; por ejemplo, señala Capitant ¹⁵ que en el préstamo, la entrega de la cosa origina la obligación de restituir; podrá discutirse que ésta sea la causa del contrato, pero evidentemente es concausa de la obligación; 3º) No obstante, las leyes obligan en su conjunto y podemos sustentar que el sistema de causas de las obligaciones es más complejo por cuanto así resulta del conjunto del ordenamiento legal; 4º) El art. 1274 enumera unas causas pero no veda la existencia de otras, por lo que el principio de la licitud de lo no prohibido queda abierto a apreciar otras causas jurídicas (en lo referente a las obligaciones extracontractuales lo precisamos más abajo); 5º) La figura de la causa dista de ser inútil en la práctica del derecho aplicado; Dabin ¹⁶ y sobre todo Rolli ¹⁷ señalan diversos supuestos de la jurisprudencia francesa e italiana resueltos en función de la causa; 6º) En el caso de las obligaciones extracontractuales se evidencia la distinción entre causa y consentimiento (por ejemplo en la responsabilidad objetiva).

Acreditando la falta de fundamento de la crítica de Planiol, una sentencia española de 6 de mayo de 1902 declaró viciosa por causa ilícita una venta dirigida a privar a un hijo de su legítima. En este caso consentimiento, objeto y forma eran intachable. Pero la causa, con autonomía, vició el pacto. Esta tesis se podría extender a toda venta en fraude de acreedores.

3. Clases

A) Clasificación de Aristóteles. El filósofo griego distinguió entre las causas *eficiente* (la que opera produciendo el efecto), *material* (determinante de que la cosa producida sea materialmente lo que es), *formal* (determinante de que la cosa producida sea formalmente lo que es) y *final* (el objetivo perseguido). En el caso de una estatua se trataría del escultor (causa eficiente), el mármol (causa material), las líneas de la estatua (causa formal) y la gloria perseguida por el artista (causa final).

Esta clasificación ya fue criticada por Séneca, pues las pretendidas causas material y formal, no son causas sino condiciones. Hemos de distinguir entre causa (elemento generador) y condición (circunstancias que *permiten producir* el efecto pero no lo *originan*). Las condiciones operan en Derecho como requisitos sea positivos (condiciones que deben concurrir para que se pueda producir el efecto) sea negativos o impedimentos según la terminología del Derecho canónico (circunstancias que si concurren vedan el efecto).

De conformidad con lo acabado de señalar, cuando el Código español atiende a la causa material-aristotélica, lo hace refiriéndose al objeto de la institución regulada (y no a sus causas); y cuando contempla la causa formal lo hace regulando los requisitos formales. Por ejemplo, los arts. 1271-1280 en lo referente a los contratos.

B) Clasificación en función de la cadena de causas. Podemos distinguir entre causa *inmediata* (la que directamente opera sobre el efecto) y las causas *mediatas* (las que originan aquellas que dan lugar al resultado final, o sea las determinantes de la cadena de causas). Baldo diferenció entre la causa final (próxima) y la impulsiva (remota).

C) Causas específicas y genéricas. Todo sistema jurídico consiste esencialmente en un conjunto de normas, sea dictadas por los poderes públicos (leyes, decretos, etc.), sea formuladas por los particulares, al amparo de la autonomía de su voluntad (contratos, negocios jurídicos unilaterales, acuerdos en juntas societarias, etc.). La promulgación de estas normas, generales públicas o particulares privadas, implica ideas causantes¹⁸. Y las ideas causantes son susceptibles de graduación de general a particular. De ahí que en la formulación de cualquier figura jurídica puedan operar ideas graduables según su generalidad o concreción.

D) Causas y motivos. Un sector de la doctrina ha distinguido entre causas y motivos; en cambio, García Goyena rechazó la distinción¹⁹. Recibiría el nombre de causa, la de carácter inmediato (o sea la contemplada en el art. 1274 del Código español respecto del contrato). Por motivo se entiende la razón subjetiva considerada por el contratante. Giorgi²⁰ señaló que si un sujeto compra un arma con los debidos permisos, pero con ánimo de matar, la causa consistirá en la adquisición de la pistola (causa directa de la compraventa) pero el móvil radicará en la comisión del crimen (causa lejana). En la compra de una mercancía para revenderla y lucrarse, la causa radica en la adquisición de la mercancía, el motivo en el futuro lucro perseguido.

En este sentido, el motivo es *subjetivo* y *precede* al contrato. Propiamente el motivo es una concausa que lleva a obligarse, por lo cual causa y motivo contractual están en relación de parte a todo. Empero las sentencias de 26 de agosto de 1899, 3 de febrero de 1906 y 18 de febrero de 1930, tienden a identificarlos. En cambio, las sentencias de 6 de mayo de 1892, 23 de noviembre de 1920 y 5 de marzo de 1924 distinguen entre móvil y causa.

E) Causa del contrato y causa de la obligación. Albadalejo²¹ y en general un sector de la doctrina española sustenta que la causa contemplada en el Código civil español es la causa de la obligación, no la del contrato. Esta tesis pide importantes precisiones²². No obstante, tratándose de obligaciones extracontractuales, es evidente que la causa que interesa es la de la obligación.

II. Sobre las obligaciones en general

1. Aplicación de la figura de la causa a las obligaciones extracontractuales

A pesar de que el Código español no contempla la figura de la causa de las obligaciones extracontractuales, éstas requieren la concurrencia de causa por las siguientes razones:

a) Toda normativa jurídica positiva adolece vacíos que se suplen por otras vías y en España en concreto por la costumbre, los principios del derecho y la jurisprudencia (art. 1 del Código civil tras la reforma de 1974).

b) Como señala Dualde ²³ la idea de causa opera en todo el sistema jurídico. Podemos añadir que la idea de obligación sin causa es inconcebible por cuanto constituiría una carga sin justificación, y por tanto alcanza a las obligaciones extracontractuales.

c) El propio Código español (art. 1089) confirma que toda figura obligacional responde a una causa cuando establece que “*las obligaciones NACEN de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier genero de culpa o negligencia*”. La doctrina ²⁴ y la jurisprudencia concuerdan en que esta enumeración es incompleta y añaden la promesa pública de recompensa (recogida en el Derecho Foral de Navarra) y en general la voluntad unilateral, como derivada precisamente de la doctrina de la causa (sent. de 3 de febrero de 1973), así como por la legislación que sanciona supuestos de responsabilidad objetiva.

d) El requisito causal alcanza a las **obligaciones abstractas** pues, como señaló Moisset de Espanés ²⁵ en juicio ordinario se les puede excepcionar la falta de causa.

e) Los canonistas medievales desarrollaron el requisito de la causa para superar el formalismo del Derecho romano. Los glosadores, y después los jusnaturalistas del Renacimiento construyeron la causa en función de la teoría del contrato. Este precedente pesó sobre Domat y Pothier. Y sobre el codificador francés. Tan es así que Portalis sustentó que “*la necesidad de causa se aplica sin distinción a todas las obligaciones*”. Y en la exposición de motivos del proyecto de Código, Bigot-Premeneu admitió que “*no hay obligación sin causa*”. Y esto, no obstante, en el Código Napoleón, la causa sólo se reguló como requisito de los contratos. Esta postura repercutió sobre el legislador español, que incurrió en el mismo error.

f) Castán Tobeñas ²⁶ ha aplicado la doctrina de la causa al negocio jurídico y Borrell ²⁷ a las obligaciones en general, extrapolando la figura de las causas de las obligaciones contractuales. Y antes de la promulgación del Código, la sent. de 29 de noviembre de 1866 afirmaba que toda obligación ha de tener causa suficiente.

g) La figura de la causa alcanza a las obligaciones extracontractuales en virtud de lo que Roppo denomina el **principio causalístico** que podríamos formular así: *la atribución de un derecho o la asunción de una obligación no son admisibles si no los justifica una causa*. En efecto, la imposición de una carga, sea propia (obligación), sea ajena (respecto de nuestro derecho) sólo se justifica en función de una razón de ser, lo cual constituye una causa racional, y por tanto alcanza a las obligaciones extracontractuales. Este principio constituye un caso particular del de causalidad suficiente, que con independencia de su trascendencia ontológica, opera plenamente en el ámbito del derecho positivo.

2. Sistemas positivos

Respecto de la figura de la causa, los modernos códigos civiles pueden clasificarse del siguiente modo:

- Los que prescinden, al menos aparentemente, del requisito causal. Es el caso del Código alemán, aún cuando el art. 118 declara la nulidad por ciertos vicios de la finalidad, es decir, de la causa final del negocio jurídico.

- Los que regulan la causa como requisito de los contratos. Es la solución del Código Napoleón (art. 1.108) y de los que le siguen. Entre ellos, la mayoría de los europeos del siglo XIX (art. 1261 del Código español; art. 1062 del Código de las Dos Sicilias; 1195 del Reino de Cerdeña, etc.). Pero también el moderno Código italiano de 1942 (art. 1325).

- El sistema de Código de Vélez Sársfield que dispuso que “*no hay obligación sin causa*” (art. 449).

Los códigos que regulan la causa como requisito contractual se subdividen entre los que especifican que se refieren a la causa de las obligaciones (caso del Código español y en cierto sentido del francés, que trata de la causa para obligarse) y los que omiten esa referencia (solución del Código italiano de 1942). Por lo tanto, los primeros se hallan en una posición

intermedia entre el argentino y el italiano, ya que están presuponiendo causas de las obligaciones en general que el contrato se limita a recoger.

Los sistemas que prescinden de la causa, recurren a figuras de sustitución, como la *consideration* en derecho anglosajón o la alteración de la base negocial (*Störung des Geschäftsgrundlage*) en derecho alemán. En último término, el fenómeno de las figuras de sustitución supone una ley sociológica estudiada por la ciencia del derecho comparado²⁸; y, como señaló Ferri²⁹, cuando la causa no está reconocida, subyace de modo invisible.

3. Naturaleza

A) Planteamiento general. En el ámbito de las obligaciones contractuales, se han formulado tesis subjetivistas y objetivistas:

a) Propugnando una concepción objetiva de la causa, un sector de la doctrina, Ruggiero, Pugliatti, Simoncelli, Lasarte Alvarez³⁰ sustentó que la causa radica en la finalidad o función económico-social del contrato. Mejor sería decir la función social, pues la idea de lo social incluye lo económico y en cambio caben pactos sin finalidad económica, por ejemplo un acuerdo entre dos sujetos de no molestarse mutuamente. Casi en los mismos términos, Ferri³¹ identificó la causa con la finalidad generadora o razón objetiva del contrato. Para Ferrari estamos ante la función objetiva de la protección legal, y según Battitoni la causa expresa la voluntad de la ley, no de las partes.

b) Las posturas subjetivistas ven en la causa contractual la razón de contratar (García Goyena) el interés por lo que van a obtener los contratantes (Portalís), o la justificación del consentimiento (Monteri) y por lo tanto de los sacrificios que acepta cada contratante. De ahí que Domat entendiera que en los contratos sinalagmáticos las obligaciones de una parte constituyen la causa de las asumidas por la otra.

c) La complejidad de la cadena de causas ha llevado a un buscar fórmulas armónicas entre ambas posturas. La causa pasa a ser el interés de los contratantes objetivado en el contrato. Para Borell³² la causa radica en el motivo general (y propio) de cada clase de contratos; así en la compraventa la causa para el adquirente es la cosa comprada; en la donación para el donante la causa consiste en el propósito de favorecer a alguien; en el contrato de turismo el objeto serían los servicios de desplazamiento y la causa el deseo de conocer países. Castán Tobeñas³³ considera que la causa del contrato radica en la función objetivada por el legislador, pero adiciona la existencia de móviles que son los fines subjetivos de los pactantes. Y Rolli³⁴, distingue entre la causa **abstracta e invariable** (la función económico-social) y la **concreta** o causa de la operación (la razón de los contratantes).

d) Nuestro parecer³⁵ la causa o motivación para quienes formulan el negocio jurídico es subjetiva, por razones evidentes, es concreta y variable según el acto de que se trate. Y legislador por vía de abstracción, objetiviza la finalidad de los actos individuales, deduciendo y sancionando la causa abstracta, general y permanente de cada tipo de contrato y atendiendo a su función. Es lo que hace el art. 1274 del Código español cuando, con mayor o menor fortuna técnica enumera las causas propias de cada tipo de contrato. El Tribunal Supremo (sents. de 17 de marzo de 1956, 8 de julio de 1983, 21 de noviembre de 1988 y 11 de abril de 1994) entiende que las causas enumeradas en el art. 1274 son objetivas, corresponden al fin de cada contrato y que los motivos subjetivos han de consignarse para tener trascendencia legal.

B) Aplicación a las obligaciones extracontractuales. El legislador español no regula la causa de las obligaciones extracontractuales. Ahora bien, estas vinculan por cuanto las sanciona una norma legal. Por tanto nacen directamente de la ley (sin perjuicio de la concurrencia de otras concausas) que las regula a la vista de la conducta de los individuos. En cambio, no opera el sinalagma ni el mecanismo de asumir las obligaciones propias en función de las asumidas por

la contraparte, es decir, no presuponen obligaciones correlativas. Consiguientemente estamos ante la objetivización de unas circunstancias consideradas por el legislador.

4. Requisitos

El Código español no fija los requisitos de la causa de las obligaciones extracontractuales, por lo mismo que se centra en la causa del contrato. Por ello es preciso recurrir a la analogía. El art. 4,1 del Código civil (reformado en 1974) dispone que la aplicación analógica de alguna disposición está sometida a los siguientes requisitos: 1º) que la normativa no contemple un supuesto específico; 2º) que regule uno semejante; 3º) que exista identidad de razón. Creemos que la extensión de los requisitos de las obligaciones contractuales a las extracontractuales satisface en general los tres requisitos, si bien el más delicado, el de identidad de razón pide algunas precisiones.

Castán Tobeñas ³⁶, a la vista de los arts. 1275 y 1276 del Código español, señala que la causa ha de ser *existente, o sea real, verdadera y lícita*. Que estos tres requisitos alcanzan a las obligaciones extracontractuales nos parece evidente. Con todo cabe señalar algún problema específico:

a) Moisset de Espanés ³⁷ advierte que determinadas legislaciones admiten que constituye una obligación natural el pago de deuda con causa ilícita conocida. Creemos que en España llegaríamos a la misma conclusión visto el art. 1901 del Código, que dispone que “*el pago indebido sin error constituye entrega a título de liberalidad o de otra causa justa*”.

b) El Código de Grandi-Mussolini (art. 1344), incluye entre los vicios de la causa contractual el fraude a la ley. En España, tras la reforma de 1974, la figura del fraude a la ley alcanza a todo el ordenamiento jurídico. Así lo ha confirmado la sentencia del Tribunal Constitucional Nº 37 de 26 de marzo de 1987 ³⁸. Por lo tanto, en lo menester alcanza a las obligaciones extracontractuales, por ejemplo una promesa para perjudicar a un heredero forzoso.

c) La doctrina del siglo XVIII, según Rolli ³⁹, requirió que la causa fuera justa, razonable, suficiente, plausible y honesta. Consideramos que el actual requisito de realidad encierra los de que la causa suficiente y plausible; y el de legalidad los de que sea justa, razonable (la racionalidad es una norma de interpretación de las leyes según el art. 3 del Código español) y honesta.

d) Dabin ⁴⁰ recoge la afirmación de Laurent, para el cual es ilícita la causa que vulnera el interés general.

5. Causa eficiente general

En toda obligación extracontractual la voluntad del legislador opera como causa eficiente y general. Desde el momento en que la obligación no nace de la voluntad del obligado, es evidente que le viene impuesta por el legislador en ejercicio de su poder soberano. La soberanía se caracteriza por constituir el sumo poder jurídico humano en el territorio en que se ejerce (decimos humano para no confundirlo con el poder que el Sumo Creador tiene sobre todas las cosas). Los mandatos legales expresan la voluntad autoritaria del soberano y tienen fuerza de obligar precisamente en función de su autoridad superior a la de los individuos y corporaciones infrasoberanas, dicho sea sin entrar en los problemas del origen y fundamento de la autoridad soberana y de sus eventuales límites, cuyo estudio no corresponde al análisis de la causa ⁴¹.

En las obligaciones extracontractuales la voluntad normativa del legislador opera como elemento causante, pues origina directamente la obligación, **sin perjuicio de la concurrencia de concausas**, a las que nos referiremos más abajo. Ello es así por cuanto opera como elemento generador de la obligación extracontractual.

De conformidad con lo acabado de indicar, el Código holandés de 1838 aplicó al título dedicado a las obligaciones extracontractuales la rúbrica de “*obligaciones que nacen de la ley*”; y el art. 1388 distinguió entre las obligaciones de la ley que resultan de la ley sola o de la ley como consecuencia de un hecho del hombre. En cambio, el Código Napoleón (art. 1370) distingue entre las obligaciones extracontractuales que nacen de la autoridad de la ley y las que nacen de un hecho personal, presentándolo como causa exclusiva. Pero del conjunto del Código resulta que también las de origen personal adquieren fuerza de obligar por imperativo legal. Por su parte, el Código español (arts. 1887 y ss.) no entra en esta cuestión, pero del conjunto legislativo resulta asimismo que las obligaciones extracontractuales obligan por imperativo legal.

III. De las obligaciones en particular

1. La gestión de negocios ajenos

La causa eficiente de las obligaciones del gestor de negocios ajenos radica en el primer acto gestor (en relación concurrente con la voluntad del legislador), o sea en la asunción de la función gestora y la causa final en el riesgo no provocado; pese al silencio del legislador español, creemos que así resulta de la normativa sobre esta figura.

Que la causa eficiente de la asunción de obligaciones por parte del gestor la constituye su primer acto de gestión resulta del art. 1888 del Código español puesto que dispone que “*el que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a...*”. Es decir, vincula a las obligaciones a la asunción del negocio ajeno. La causa final resulta evidente: desde el momento en que un sujeto asume la gestión de un interés ajeno, si abandona su función sin haber terminado la operación asumida, es evidente el daño que puede sufrir la operación inacabada. Este riesgo no ha sido generado por el titular del negocio. De ahí la obligación moral de llevarlo hasta su ultimación, es decir, de evitar las consecuencias del riesgo generado unilateralmente. Por lo tanto, ambas causas están en directa relación con la razón de ser y fundamento de la institución que nos ocupa ⁴².

2. El enriquecimiento sin causa y el cobro de lo indebido

El Código civil español no contempla directamente la figura del enriquecimiento sin causa, pero sí la del cobro de lo indebido. En cambio, el Código italiano de 1942 trata de ambas figuras como dos instituciones distintas. Un sector de la doctrina española sustenta que estamos ante una sola figura, si bien la denominación “cobro de lo indebido” es incorrecta, debiendo utilizarse la de enriquecimiento sin causa. Borrell ⁴³ precisó que sería más correcta la expresión “*enriquecimiento sin causa lícita*”. El Tribunal Supremo (sent. de 17 de mayo de 1957) ha sustentado que el enriquecimiento injusto requiere un desplazamiento patrimonial ⁴⁴.

Por nuestra parte creemos que el cobro de lo indebido es un caso particular del enriquecimiento sin causa. Pues la condición de percepción indebida hace que carezca de causa justificante. Con todo, ambas figuras no son idénticas, en el sentido de que el enriquecimiento sin causa es una figura más amplia al comprender casos distintos del cobro de lo indebido. Es lo que ha reconocido la doctrina del Tribunal Supremo español (sent. de 24 de octubre de 1975, 19 de abril de 1990 y 13 de octubre de 1994).

Muy en síntesis, el cobro de lo indebido consiste en el cobro o percepción de una cosa sin derecho a asumirla y entregada por error; origina una obligación de restitución; y sus complementarias. Por lo tanto, nos encontramos ante un doble problema de causalidad: del pago indebido y de la obligación de rectificar sus consecuencias.

El pago indebido supone un doble vicio: *de la voluntad*, visto el error de quien entrega una cosa creyéndose obligado (y el error constituye un vicio de la voluntad); y *de la causa* (implica la inexistencia de una causa justa, pues de existir ésta difícilmente el pago resultaría indebido).

La obligación de reintegrar tiene por causa la percepción indebida, es decir, la percepción sin causa justificante, en relación con un principio de justicia clásico (que pide que se de a cada cual lo que le corresponde), pues sin percepción no se genera obligación de reintegro. A las obligaciones accesorias (de conservar y, en su caso, compensar) se adiciona a la causa el imperativo de buena fe en las relaciones humanas.

Por lo tanto, la idea de causa, en el caso del cobro de lo individuo, opera doblemente: como calificativo de indebido que afecta a lo cobrado (vicio del cobro por incausado) y como generatriz de la obligación de devolver.

La causación del enriquecimiento injusto es compleja, pues en la génesis del enriquecimiento injustificado operan los siguientes elementos: 1º un incremento patrimonial de un sujeto; 2º Una correlativa disminución patrimonial de otro; 3º Carencia de causa lícita en el origen de este desequilibrio patrimonial. Por lo tanto, la causa irregular ha operado como causa eficiente del desequilibrio patrimonial. Es decir, el cobro de lo indebido tiene una causa eficiente negativa. En este sentido se han pronunciado diversas sentencias del Tribunal Supremo español (sent. de 21 de noviembre de 1957, 23 de octubre de 2003 y 27 de septiembre de 2004, entre otras muchas). Esta causa del desequilibrio constituye a su vez la causa justificativa del restablecimiento (o reparación) de la situación precedente.

A su vez, la obligación de enmendar lo sucedido tiene como causa final precisamente el restablecimiento del equilibrio económico, pues a ese fin se dirige manifiestamente la legislación sobre los efectos de cobro indebido (en el Código español arts. 1895 y ss.). Pero la causa eficiente la constituye la voluntad del legislador en cuanto que impone la obligación de restituir y en su caso de indemnizar con independencia de la voluntad del obligado.

Los sistemas como el argentino, que sancionan la figura de las obligaciones naturales, consideran que la satisfacción de las mismas constituye causa justificante del pago y, por lo tanto excluye la idea de pago indebido, según destaca Moisset de Espanés ⁴⁵. También el Código portugués (art. 403,1) prohíbe repetir lo suministrado como obligación natural.

3. *La promesa unilateral*

El Código civil español no recoge la figura de la promesa unilateral. Pero la sancionan algunas disposiciones especiales como la compilación de Derecho Foral de Navarra o la legislación sobre propaganda mercantil. En el primer caso, la norma es de carácter territorial, en el segundo es especial por razón de la materia.

La causa eficiente, (siempre concurriendo con un imperativo legal) de la promesa unilateral radica en la manifestación del interesado, puesto que mediante la promesa se auto-compromete y asume una obligación y lo hace libremente. De no hacerlo libremente estaríamos ante una nulidad por vicio de la voluntad. De tratarse del reconocimiento o cumplimiento de una obligación anterior, ya no se trataría de un acto puramente unilateral, sino de una prueba o ejecución de la obligación precedente.

La motivación y por tanto la causa final de la promesa unilateral puede obedecer a razones muy variables. Por lo tanto, la causa final concreta es susceptible de variar casuísticamente. No obstante, siempre tiene como causa próxima la decisión de dar publicidad e informar a tercero del propósito del declarante. En todo caso, la promesa sin causa daría lugar a un enriquecimiento injustificado del destinatario de la manifestación del declarante.

4. *Responsabilidad subjetiva civil*

La legislación española carece, al menos formalmente, de un concepto unitario de la responsabilidad civil, distinguiendo entre las responsabilidades **contractual** (arts. 1101-1111 del Código civil) **extracontractual** (arts. 1902-1910) y **delictual** (arts. 109-126 del Código penal de 1995, que reitera el sistema de los Códigos precedentes) No obstante, doctrinalmente cabe considerar las tres formas de responsabilidad como subespecies de una misma figura consistente en la responsabilidad reparadora derivada de comportamientos ilícitos.

Por ser una responsabilidad reparadora, sus causas eficiente y final están íntimamente relacionadas. La causa eficiente radica en el daño causado (pues sin daño no hay lugar a esta responsabilidad por grave que haya sido el comportamiento); y la condición es que el comportamiento haya sido irregular (doloso o culposo). La causa final consiste en la reparación y consiguientemente el importe del daño ocasionado, pues éste determina el alcance de la responsabilidad, inclusive el daño moral una vez reconocido por la jurisprudencia.

La doctrina alemana, al tratar de precisar la causa que origina la responsabilidad, ha formulado las teorías ya clásicas de la causa necesaria (**sine que non**), eficiente y próxima ⁴⁶. El Tribunal Supremo español no ha recogido ninguna de las tres tesis aplicando la de la causalidad adecuada (sents. de 25 de febrero de 1992 y 3 de febrero de 1993), lo que dota a los Tribunales de amplitud de criterio (la adecuación es cuestión de hecho) en la apreciación de la causación de la responsabilidad ⁴⁷.

Laje Anaya ⁴⁸ sustenta que existe la identidad entre las culpas penal y civil. Entendemos que en el sistema español no es así por ser más amplia la responsabilidad por culpa civil que la responsabilidad penal. Desde el momento en que el legislador sanciona la responsabilidad civil por actos ajenos (hijos en custodia, dependientes, animales domésticos) sanciona un deber de vigilancia, cuya omisión constituye culpa civil sin serlo necesariamente penal.

5. Responsabilidad objetiva

La responsabilidad objetiva se produce por la creación de un riesgo lícito. Sus dos manifestaciones clásicas son el accidente de circulación provocado por los automóviles y el accidente de trabajo. Existen riesgos lícitos en las diversas formas de civilización, incluyendo las cacerías en busca de comida que organizaba el hombre del Paleolítico. No obstante, la Revolución Industrial ha agravado esos peligros y la conciencia de los mismos. De ahí que la responsabilidad objetiva constituya una figura moderna en derecho.

Como señala Trigo Represas ⁴⁹ históricamente la responsabilidad objetiva ha precedido a la culposa. Efectivamente ya las antiguas civilizaciones conocieron la responsabilidad objetiva; así, en Babilonia ⁵⁰ respondía penalmente el arquitecto cuya edificación se hundiera. Y en China, el Ta Tsing Leu ⁵¹ castigaba con un mínimo de cuarenta azotes a “*toda persona que incendie su propia casa casualmente*”; si casualmente incendiaba un edificio público, la pena era mayor. Las penas para el incendio voluntario eran mucho más graves. Por lo tanto, se distinguía entre la responsabilidad por dolo y la objetiva en la civilización occidental, por influencia del cristianismo, se desarrolló el requisito de culpa. Han sido las modernas máquinas las que han llevado a atender a la creación de riesgo.

La responsabilidad objetiva origina la obligación de asegurarse contra el riesgo generado y en su caso indemnizar el daño producido. De ahí dos dimensiones en su causación:

B) La causa final de la obligación de asegurarse la constituye el riesgo creado, puesto que el seguro se dirige a compensar sus consecuencias. La causa eficiente, la voluntad del Estado que impone la obligación de asegurar el riesgo, puesto que de no existir la obligación de asegurar, el responsable podría tratar de hallar otras soluciones, por ejemplo la indemnización directa si su fortuna se lo permite.

C) La causa eficiente de la obligación de indemnizar es el daño producido, puesto que, de no existir un perjuicio, la indemnización se reduce a cero. La causa final radica en la reparación del daño causado, puesto que el importe de la indemnización tiende a medirse en función del daño. El que se consiga o no es problema de las imperfecciones del sistema jurídico.

6. La lesión

Apartándose del derecho tradicional, el actual sistema español es muy restrictivo en la admisión del daño enormísimo. Con carácter general, sólo lo recogen los derechos forales de Cataluña y Navarra. El Código lo limita a los supuestos de partición de herencia (arts. 1074-1080) y los contratos celebrados por tutores o en representación de ausentes (art. 1291). Fuera de estos casos, la falta de reciprocidad económica no determina la rescisión (sentencia de 9 de julio de 1913).

La sentencia acabada de indicar señala: 1º que la causa eficiente de la lesión radica en la falta de reciprocidad económica; 2º que esta causa sólo opera en los casos determinados por la ley y que por tanto no cabe su interpretación extensiva. Moisset de Espanés⁵² señala que la jurisprudencia francesa ha recurrido a la figura de la causa para ampliar los supuestos de apreciación de lesión.

Consiguientemente, en la medida en que el sistema legal lo admite, la rescisión de negocios jurídicos por lesión (en España de más de la cuarta parte) tiene por causa eficiente el desequilibrio económico y por tanto el daño que éste produce. La causa final radica en el restablecimiento del equilibrio por lo mismo que da lugar a la rescisión del negocio jurídico. Al mismo tiempo, es de advertir que rebasa el ámbito contractual por operar respecto de la partición de herencia.

7. Obligaciones adicionadas legalmente

A) Concepto. Entendemos por estas obligaciones las impuestas por voluntad exclusiva del legislador prescindiendo por lo tanto de la voluntad de los interesados. Los Códigos Civiles no recogen esta figura ordinariamente entre las obligaciones extracontractuales, si bien hemos de señalar la relativa excepción del Código del Gran Ducado de Baden de 1809. Pero aparece en todas las legislaciones. Por ejemplo está en este caso la obligación de cotizar a la Seguridad Social impuesta como obligación añadida a los contratos de trabajo, o la figura de la gruesa avería, incorporada a los contratos de transporte marítimo. El antiguo Código badense (art. 1381) entre las obligaciones cuasi contractuales incluía la siguiente: “*cuando en un peligro común se sacrifican algunos objetos para salvar otros, los propietarios soportan la pérdida proporcionalmente*”, lo que constituye una generalización de la figura de la gruesa avería.

B) Clases. Podemos distinguir entre dos supuestos de obligaciones adicionales: 1º las adicionales a un negocio jurídico (por ejemplo la obligación de cotizar a la Seguridad Social que recae sobre los patronos en caso de formular un contrato de trabajo; la obligación de soportar la gruesa avería en caso de un contrato de transporte marítimo) y 2º las adicionales a una **situación jurídica**, por ejemplo la de abonar alimentos por razón de parentesco.

C) Causas. Las causas son naturalmente susceptibles de variar según las figuras de que se trate. En el de la gruesa avería, la causa consiste en el doble daño: el mayor daño evitado y el menor daño producido. El daño producido (causa eficiente) origina la obligación de compensar y el evitado determina la proporcionalidad en que cada interesado debe contribuir a la compensación (causa final). Ello es así por cuanto ambos daños dan lugar respectivamente a la compensación y a la proporcionalidad de su reparto.

En el caso de la Seguridad Social, la causa genérica consiste en las cargas que se socializan mediante el aseguramiento socializado (la razón de esa socialización es política y constituye el fundamento del aseguramiento). La causa próxima radica en la formalización del contrato de trabajo (del que derivan las obligaciones patronales en materia de Previsión Social, obligaciones adicionadas por el legislador). La causa final la constituyen las necesidades que cubre la Seguridad Social.

NOTAS:

- ¹ J. Stuart MILL, *Sistema de lógica*, Madrid, 1883, pág. 214 y ss..
- ² Card. Ceferino GONZÁLEZ, *Filosofía elemental*, t. II, Madrid, 1886, pág. 66 y ss..
- ³ Jaime BALMES, *Filosofía fundamental*, Barcelona, 1923, pág. 274 y ss..
- ⁴ Luis MOUTON Y OCAMPO, *Voz causa*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. V, Barcelona S.A. (hacia 1910), pág. 305.
- ⁵ Armando CUVILLIER, *Manuel de Philosophie*, t. II, París, 1939, pág. 514 y ss. y del mismo autor, *Pétit Vocabulaire de la langue philosophique*, París, 1939, pág. 20.
- ⁶ F. SÁNCHEZ ROMAN, *Estudios de derecho civil*, t. IV, Madrid, 1892, pág. 66 y ss..
- ⁷ R. RUGGIERO, *Istituzioni di diritto privato*, Padua, 1938, pág. 133 y ss.
- ⁸ Joaquín DUALDE, *Concepto de la causa de los contratos*, Barcelona, 1949, pág. 65.
- ⁹ Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, París, 1900, pág. 263 y ss..
- ¹⁰ Jaime LLUIS Y NAVAS, *Criticismo y catolicismo*, Barcelona, 1950, pág. 8 y ss..
- ¹¹ Marcel PLANIOL, ob. y vol. cits., pág. 261 y ss.
- ¹² Joaquín DUALDE, ob. cit., pág. 22 y ss..
- ¹³ Jaime LLUIS Y NAVAS, *La causa en el contrato de trabajo*, “Revista Técnico Laboral” N° 97, 2003, pág. 437 y ss..
- ¹⁴ Jaime LLUIS Y NAVAS, *La causa en el contrato de trabajo*, pág. 443.
- ¹⁵ Henri CAPITANT, *De la cause des obligations*, París, 1927, pág. 65.
- ¹⁶ Juan DABIN, *Teoría de la causa*, Madrid, 1929, pág. 117 y ss..
- ¹⁷ R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padua, 2008, pág. 145 y ss..
- ¹⁸ Véase Manuel CUVILLIER, cit., pág. 515 y ss., y Jaime LLUIS Y NAVAS, *La causa en el contrato de trabajo*, pág. 446 y ss..
- ¹⁹ Véase Joaquín DUALDE, ob. cit., pág. 175 y ss.; DABIN, ob. cit., pág. 233 y ss. y José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1943, t. II, págs. 617-618 y F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, Madrid, 1852, t. III, pág. 32.
- ²⁰ Jorge GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Roma, 1897, t. III, pág. 456 y ss..
- ²¹ Mmuel ALBADALEJO, *La causa*, Revista de Derecho Privado, 1958, pág. 315 y ss..
- ²² Véase Jaime LLUIS Y NAVAS, *La causa en el contrato de trabajo*, pág. 449.
- ²³ Joaquín DUALDE, ob. cit., pág. 24 y ss.
- ²⁴ Véase José CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., t. II, pág. 616 y ss. y Antonio M^a BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. III, Barcelona, 1944, pág. 136.
- ²⁵ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *La publicidad registral*, Lima, 2004, pág. 159.
- ²⁶ José CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., t. I, págs. 309-310.
- ²⁷ BORRELL, ob. y vol. cits., págs. 135-137.
- ²⁸ Véase Renato RODIERE, *Introduction au droit comparé*, Barcelona, 1967, pág. 31 y ss. y Jaime LLUIS Y NAVAS, “El derecho laboral ante el derecho comparado”, Revista Técnico Laboral N° 42, 1989, pág. 591 y ss..
- ²⁹ G. B. FERRI, *L’invisibile presenza della causa del contratto*, “Europa e diritto privato”, 2002, pág. 903.
- ³⁰ RUGGIERO, ob. cit., págs. 131-133; Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Curso de derecho civil patrimonial*, Madrid, 1987, pág. 423 y ss..
- ³¹ FERRI, ob. cit., pág. 902 y ss..
- ³² BORRELL, ob. y vol. cits., pág. 154.
- ³³ José CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., t. II, pág. 617.
- ³⁴ ROLLI, ob. cit., págs. 68-70.
- ³⁵ Jaime LLUIS Y NAVAS, *La causa...*, pág. 433.
- ³⁶ José CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., t. II, págs. 617-618.
- ³⁷ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Obligaciones naturales y deberes morales*, Buenos Aires, 1998, pág. 211.
- ³⁸ T. GUI MORI, *Jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1992, pág. 193.
- ³⁹ ROLLI, ob. cit., pág. 147.
- ⁴⁰ DABIN, ob. cit., pág. 101.
- ⁴¹ Véase Jaime LLUIS Y NAVAS, *La causa...*, pág. 438 y ss..

⁴² Véase F. GARCÍA GOYENA, ob. cit., t. IV, pág. 244 y ss.; E. LUÑO PEÑA, *Derecho natural*, Barcelona 1947, pág. 320 y ss..

⁴³ BORRELL, ob. y vol cits., pág. 494.

⁴⁴ Véase J. SANTOS BRIZ, en la ob. col. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1984, t. XXIV, pág. 37 y J.A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Revista de Derecho Privado, 1977, pág. 845 y ss..

⁴⁵ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Obligaciones...*, págs. 210-212.

⁴⁶ Véase Jaime LLUIS Y NAVAS, *La responsabilidad laboral, penal y civil por falta de adopción de medidas de prevención*, Barcelona, 1969, págs. 355-357.

⁴⁷ La verdad es que el T. Supremo ha oscilado en función de problemas casuísticos cuando se ha tratado de precisar en qué consiste la causalidad adecuada. Véase José CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., t. III.

⁴⁸ Justo LAJE ANAYA, “¿Existe una culpabilidad civil y una culpabilidad penal?”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y C. Sociales de Córdoba*, XLI, 2002, pág. 141 y ss..

⁴⁹ Félix A. TRIGO REPRESAS, “La responsabilidad extracontractual objetiva en el Código de Vélez Sársfield”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba de la Nueva Andalucía, 2000, t. II, pág. 555 y ss..

⁵⁰ Jorge CONTENAU, *La vida cotidiana en Babilonia y Asiria*, Barcelona, 1958, pág. 42 y ss..

⁵¹ *Ta Tsing Leu, Lib. Sexto*, Tít. X, párrafo 382. Adaptamos a la terminología española los términos utilizados por Staunton al traducir del chino. Véase J. t. STAUNTON, *Leyes fundamentales del Código Penal de la China*, Habana, 1862, t. II, pág. 170.

⁵² Luis MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión en los actos jurídicos*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1979, págs. 76-77.

LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN Y LA DEPRECIACIÓN MONETARIA

por JUAN JOSÉ CASIELLO

SUMARIO: 1. Palabras iniciales. 2. La “recomendación” del Tercer Congreso sobre el tema. 3. Los méritos de la “recomendación” del Tercer Congreso. a. Mérito de oportunidad. b. Mérito del acierto. 4. La deuda de valor. 4.1. Los otros fundamentos subsidiarios para el reajuste de la deuda. 5. Las cláusulas de estabilización. 6. Dos leyes de importancia que se vinculan con la “recomendación” del Tercer Congreso: La de “convertibilidad” (27/3/91), y la de “emergencia económica”(6/1/2002). 7. La ley de convertibilidad 23.928, y la prohibición de indexar. 8. La ley 25.561, de “emergencia económica” y la ratificación de la prohibición de indexar. 9. Colofón.

1. Palabras iniciales

Respondiendo a la invitación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, nos disponemos a colaborar en este Libro que se ha dispuesto editar en Homenaje a los Cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil realizados en nuestro país, todos ellos en la ilustre ciudad de Córdoba, en los años 1927, 1937, 1961 y 1969. El homenaje comprende, naturalmente, a los cuatro eminentes juristas que respectivamente presidieron esos Congresos, a saber Dres. Enrique Martínez Paz, Henoch D. Aguiar, Pedro León y José A. Buteler Cáceres.

Ciertamente, adherimos sin reservas al merecido homenaje: los Congresos Nacionales de Derecho Civil celebrados en nuestra patria han sido, todos ellos, faros luminosos que alumbraron con diafanidad el camino que debía recorrer la civilística argentina, en su misión por interpretar con sabiduría el legado del insigne Vélez Sársfield, así como en su propósito de ir sugiriendo y postulando reformas de ese primer Código, para conformar su centenaria vigencia con la realidad de los tiempos que van corriendo.

Para estas reflexiones, hemos elegido el tema del epígrafe, sobre “Las cláusulas de estabilización y la depreciación monetaria”, porque se trata de una problemática a la que nos dedicamos con preferencia desde nuestras primeras investigaciones en el Derecho Civil. Y, sobre todo, porque nos parece que ha sido muy marcada la influencia que las declaraciones del Tercer Congreso en este tema, han tenido en el pensamiento jurídico argentino, sea expresado en la doctrina, en la jurisprudencia, o en la reforma legal.

2. La “recomendación” del Tercer Congreso sobre el tema

Se trata de la *Recomendación N° 5*, “*Las cláusulas de estabilización y la depreciación monetaria*” (Tema N° 11), inserta en pág. 771, tomo II del libro “Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil”, edit. Universidad Nacional de Córdoba, 1962), que textualmente transcribimos:

“*El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, recomienda:

I. Tener presente que la correcta interpretación del sistema general de la ley autoriza y aún impone, la solución que permite el reajuste de las deudas de valor de acuerdo con el momento en que se dicte la sentencia definitiva.

II. Que ningún principio constitucional o legal es obstáculo para admitir la misma solución en las deudas de cantidad, todas las veces que los interesados en sus contratos han convenido expresamente cláusulas de garantía, económicas o monetarias, sin que ello obste a la aplicación oportuna de los principios y normas generales de nuestra legislación, que preservan el contenido moral de las relaciones jurídicas e imponen la observancia de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones.

III... Que tampoco los principios constitucionales o legales se oponen a la “justa” indemnización en materia de expropiación y, al contrario, ellos la consagran expresa e

implícitamente (Constitución Nacional, art. 17; Cód. Civil, art. 2511), lo que significa, necesariamente, que ella debe ser fijada teniendo en cuenta el valor de reposición; sin perjuicio de las reglas especiales que corresponda aplicar conforme al régimen del derecho público.

IV. Que tratándose de reglas de interpretación para asegurar una indemnización justa, ellas deben regir aunque las partes, en sus peticiones, no hubieren hecho expresa reserva de las fluctuaciones futuras en los valores.

V. Que, sin embargo, y en atención al estado predominante de nuestra jurisprudencia con respecto a los puntos segundo y tercero, es de toda conveniencia que el Congreso de la Nación establezca preceptos expuestos, que hagan inequívocas aquellas soluciones.”

El “despacho de la Comisión Definitiva”, convertido luego en “Recomendación N° 5 del Congreso”, aparece suscripto por juristas de primerísimo nivel, así: Alfredo Orgaz, Acdeel Salas, Marco A. Risolía, Guillermo A. Borda, Mario J. Bendersky, I. Díaz Molina, F. A. Trigo Represas, J. Mosset Iturraspe, H. Oliva Vélez y M. A. Ferrer Deheza.

El Prof. Marco Aurelio Risolía, designado miembro informante del despacho ante el plenario, pronunció un sabio discurso abonando las conclusiones. Destacó la necesidad de todo pueblo de contar con una moneda sana, de poder adquisitivo estable, para utilizarla en sus transacciones. Y frente al fenómeno de la inflación, que ya comenzaba a advertirse en los tiempos del Tercer Congreso, se extendió sobre los remedios o soluciones que el derecho ofrece para paliar los efectos nocivos del deterioro monetario en el cumplimiento de ciertos contratos. “Se trata -precisó el expositor- del tipo de contratos de ejecución diferida y también el de tracto sucesivo donde hay prestaciones alejadas o de cumplimiento periódico” (Libro del Tercer Congreso, cit. t. I, pág. 205).

3. Los méritos de la “recomendación” del Tercer Congreso

a. Mérito de oportunidad

Nos permitimos adelantar un primer juicio sobre la “oportunidad” de esta “declaración”. Diremos así, con una convicción firme que se apoya en la experiencia de los hechos sucedidos en el país en los años posteriores a aquel Congreso y hasta el día de hoy, que esta “declaración”, sin perjuicio de su acierto y mérito intrínseco que luego se apreciará, fue oportunísima, y casi se adelantó a su época.

Adviértase que en su discurso el miembro informante del Despacho, Dr. Risolía, alertaba sobre los desajustes que puede provocar en los negocios de cambio de bienes y de servicios la depreciación de la moneda. Y ponderando la funcionalidad de los varios regímenes monetarios, decía que “el *nominalismo* es una verdad que se acredita por sí sola en un país que tenga moneda sana. Allí sería de aplicación un simple principio de obligaciones: el deudor se libera entregando lo pactado. Si lo pactado se entrega medido con una vara justa, no hay problema. Pero el nominalismo puede ser inicuo si el patrón se envilece. Y bien saben los señores delegados que esto es una triste realidad sobre todo *a posteriori* de las grandes conflagraciones mundiales” (fs. 205, tomo I, del Libro del Tercer Congreso, citado).

Según esos motivos, pues, sobre los que alertaba el miembro informante, la Comisión redactora diseña en su “recomendación” algunos remedios de fondo para afrontar los efectos del envilecimiento de la moneda, que acompaña a la inflación...Pero, es menester preguntarse, ¿había habido en esos años en que se reunió el Tercer Congreso, una inflación de gran nivel, perturbadora y desestabilizante de las relaciones jurídico-económicas como la que en verdad vendría a afligir a nuestro país varios años después?

La respuesta debe ser negativa, en principio, pero con algunas reservas. Si atendemos a la documentada información que nos brinda sobre la inflación en la Argentina, la obra de Enrique García Vázquez ¹, podemos apreciar con nitidez que el fenómeno de la inflación se hizo

presente en el país (-por lo menos en forma visible-) desde los años 1947/48, y que se mantuvo en magnitudes controlables hasta el año 1975. Después sí, sobrevino la inflación perturbadora. Sólo menciona el autor que citamos, en esa primera época, un pico inflacionario de consideración que se presentó en 1959, y que pudo ser controlado en el siguiente año.

Es decir que la “recomendación” del Congreso -si bien ya se advertían los inconvenientes que provocaba la inestabilidad de la moneda,- no ha de considerarse como determinada por una realidad inflacionaria ominosa que forzara a tomar medidas urgentes para evitar un desastre, como lo fueron, en verdad, las etapas económicas que se vivieron en nuestro país en los años 1975 1984/89, con episodios de auténtica hiperinflación. En rigor, en los tiempos en que se celebró el Tercer Congreso, la preocupación por el efecto de la inflación en el campo del derecho, se manifestaba específicamente en la jurisprudencia, en su afán por resolver los problemas que se presentaban para evaluar los daños en los actos ilícitos, cuando la indemnización venía a percibirse, muchas veces, largos años después de estimada en la demanda una cifra o monto dinerario ². En cuanto a la doctrina muy pocas expresiones referidas específicas a este tema se habían conocido ³.

Pero sin duda, la manifestación más notable proveniente de los ámbitos del derecho que se conoció en esa época alertando contra la inflación, fue la proveniente de la Sexta Conferencia Nacional de Abogados, reunida en la ciudad de La Plata en 1959, que en su Declaración sobre el tema “Efectos jurídicos de la desvalorización monetaria” enunció algunas afirmaciones que fueron un anticipo de la “Recomendación” del Tercer Congreso, que vendría poco después. Así, la Conferencia de Abogados declaró:

a) que corresponde reconocer la validez de las cláusulas de garantía o estabilidad incorporadas a los contratos;

b) que ha de propiciarse el reajuste en el cumplimiento de las “deudas de valor” y

c) que “corresponde considerar que la aplicación en las deuda de dinero de los *principios generales del Cód. Civil que aseguran el contenido moral de las relaciones jurídicas e imponen la buena fe en el cumplimiento de los contratos*, brinda a los jueces un instrumento apto para dar solución a las injusticias que pudieran resultar de la alteración sobreviniente del signo monetario”. Debe señalarse que esta declaración de la Conferencia, muestra una similar estructura a la que la que luego elaboraría el Tercer Congreso, identificada en su “Recomendación” con el numeral II, en cuantas ambas señalan la operatividad “de *los principios y normas generales...que preservan el contenido moral de las relaciones jurídicas,...e imponen la observancia de la buena fe...*” en el camino por remediar los desajustes provocados por la inflación.

Pero estimamos que es más prudente la “recomendación” del Tercer Congreso pues alude - en un mismo párrafo- a la presencia de la cláusula de garantía o de estabilidad como viabilizadora *primera* del reajuste del contrato, sin perjuicio, *luego*, de la aplicación de los principios generales del derecho, y de las exigencias de la buena fe en la tarea de lograr idéntico objetivo...; pero éste, claro está, como camino subsidiario, en atención al principio general de la intangibilidad de los contratos ⁴.

Los párrafos que anteceden abonan suficientemente nuestro primer juicio relativo al *mérito de oportunidad*, que hemos atribuido a la “recomendación” N° 5 del Tercer Congreso. Ha de ponderarse la capacidad de previsión con respecto a un tiempo futuro, de quienes organizaron el Congreso y acordaron los temas de estudio, como así de los delegados que debatieron sobre el tema, pues sin haberse visto presionados por la presencia de una inflación descontrolada -que, como vimos, solo se presentó en época posterior- todos ellos, organizadores y estudiosos, supieron apreciar la importancia mayúscula que tenía el tema elegido, y la necesidad de prevenir los posibles daños, mediante la tarea de diseñar los paliativos y los remedios aconsejables para conjurar el impacto de la inflación sobre las relaciones de derecho privado patrimonial.

b. Mérito del acierto

Al mérito de oportunidad, al que acabamos de referirnos, se une el *mérito del acierto*, que, con toda justicia, no dudamos en atribuir también a la Recomendación 5ª del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.

El juicio sobre el *acierto* de esta Declaración del Tercer Congreso que analizamos, no es, de ninguna manera, un juicio apresurado. Pues cuenta con el aval y el respaldo de una larga experiencia, en ocasiones penosa experiencia, que se ha ido acumulando en la historia reciente nuestro país con el suceder de las etapas de inflación permanente (convertida en endémica durante muy largo lapso), transformada en oportunidades en episodios de *hiperinflación*.

Queremos decir que esta experiencia nos muestra, en los hechos, la excelencia y el acierto de los “remedios” y soluciones que se contienen en la “Recomendación” del Tercer Congreso para superar el impacto que la inflación provoca en las relaciones jurídicas instrumentadas sobre la moneda. Después, una doctrina inteligente y una jurisprudencia creativa supieron adoptar aquellas soluciones -que evolucionaron en su alcance progresivo-, y que dieron protección a los sujetos de la relación jurídica comprometidos en una economía de inflación.

En este juicio de mérito sobre el *acierto* histórico de la “Recomendación N° 5” vamos a analizar, en lo concreto, que rol han cumplido las soluciones específicas que se proponen en la “recomendación”. Esta, si bien se mira, se redujo en lo principal a aconsejar dos remedios, a saber: a) La aplicación del concepto de *deuda de valor*; y b) La incorporación al contrato de *cláusulas de garantía o de estabilización*. Al análisis de estas dos soluciones atiende nuestro trabajo.

4. La deuda de valor

La inestabilidad de la moneda -mejor, la caída inevitable del poder adquisitivo de las especies monetarias- en los países del mundo occidental, agravada en circunstancias históricas por agudizaciones mayúsculas, dio lugar al nacimiento de nuevas ideas y concepciones sobre *el valor de la moneda* en su función de elemento natural utilizado en la cancelación de obligaciones.

Sabido es que cuando deja de circular la histórica moneda metálica (de oro o plata), con un valor intrínseco según su contenido metálico, es reemplazada por el papel moneda emitido por el Estado que le imprime su sello y una cifra o numeral que determina su valor como dinero circulante. Este signo monetario tenía, pues, un *valor nominal* ⁵ asignado por el respectivo Estado responsable de su emisión, cuyo valor consta en el signo. Y sobre esta base se configura el *régimen nominalista de la moneda*, según el cual la magnitud de la deuda dineraria está vinculada al valor puramente nominal de la moneda designada en ella, y el deudor se libera pagando una cantidad de signos monetarios idéntica a la establecida en el contrato. No importa cual fuere el valor real de dichos signos. No importa tampoco que estos se hubieren depreciado sensiblemente entre la oportunidad en que se constituyó la obligación y el momento del pago. El deudor cumple entregando la cantidad de moneda pactada, no obstante las alteraciones que existieren en su poder adquisitivo, esto es, en su valor de cambio.

El régimen nominalista de la moneda, de vigencia prácticamente universal, y que rige en nuestro país, según doctrina generalizada, desde la vigencia del Código Civil ⁶ tiene sus ventajas indudables por la certeza, seguridad y rapidez que significa en lo que hace a las transacciones económicas y a la cancelación de las obligaciones dinerarias Refiriéndose a la cancelación de las deudas pecuniarias, enseña Enneccerus: “¿A qué valor tiene que ser aceptadas en pago las especies pecuniarias? Si existe una disposición legal, decide ésta: por consiguiente, **si se trata de deudas de moneda, decide el valor nominal**, pues en la denominación de la moneda ha de verse una disposición legal sobre su valor (teoría del nominalismo)”. Y agrega más adelante el autor: “¿A dónde iríamos a parar si toda oscilación del valor del dinero hiciese menester un cálculo de las deudas pecuniarias?”. Sin embargo, advierte enseguida: “Verdad es que en los casos de oscilaciones extraordinarias del dinero (inflación) el curso forzoso puede determinar

*perturbaciones económicas e injusticias de gravedad, que hagan necesaria una intervención del legislador. Pero también cabe encontrar a priori, desde el punto de vista del nominalismo, medios y procedimientos para evitar soluciones injustas”*⁷.

El pensamiento de los maestros alemanes que hemos transcrito -en el texto y en la nota- nos exime de abundar sobre la conveniencia de que la ley adopte el sistema nominalista. Claro que -la reserva de Enneccerus es categórica, y además nos lo ha enseñado una larga experiencia vivida en nuestro país- el sistema nominalista funciona de maravilla cuando va acompañado de una moneda estable que conserva su valor en el tiempo. Pues de no ser así, si la moneda se envilece progresivamente por pérdida de su poder adquisitivo, resultará que en las obligaciones de tracto sucesivo o de exigibilidad diferida en el tiempo, se entregará, en el acto cancelatorio, una especie monetaria de igual valor nominal pero de un valor real o poder adquisitivo absolutamente disminuido, que no responderá a la expectativa del acreedor.

Este resultado de injusticia fue evaluado por el Tercer Congreso de Derecho Civil. Y la primera solución que se propone, en este caso para evitar el daño al creador que venía a recibir moneda devaluada, es *tener presente que el sistema general de la ley autoriza, y aun impone, la solución que permite el reajuste de las **deudas de valor**, de acuerdo al momento en que se dicte la sentencia definitiva*.

La salida, que recomienda el Tercer Congreso, legitima y adopta la categoría jurídica de *deuda de valor*. Pero la “Recomendación no hace, naturalmente, doctrina jurídica; solo recomienda soluciones con respaldo legal.

Se impone, pues, que digamos unas palabras sobre esta llamada “*deuda de valor*”. La doctrina moderna ideó esta nueva categoría de *deuda*, que si bien tiene una característica común con la deuda de dinero en cuanto al igual que ésta se cancela por la entrega de una suma de signos monetarios, se separa de ella por una diferencia esencial *que hace al objeto debido*. Así, esa suma de dinero puede ser debida desde el nacimiento de la obligación, esto es, resultar el objeto propio de ella, con lo cual nos encontramos ante una *cabal obligación de dar una suma de dinero* (también llamada obligación pecuniaria o de cantidad), así por ej. la obligación de pagar el precio en la compraventa o en la locación, la obligación de restituir un mutuo dinerario, etc. O bien, esa suma de dinero puede entrar en la relación jurídica *como subrogado del objeto debido*, y solo en el acto del cumplimiento, y entonces nos encontramos con las denominadas *obligaciones de valor* (o “deudas dinerarias finales”, como las llama Bonet Correa); en éstas, el *objeto debido* no es el dinero sino un determinado “valor”, “utilidad” o “ventaja patrimonial” que *debe* o ha de procurar el deudor al acreedor, pero que en definitiva se satisfará con una suma de signos monetarios destinada a cubrir ese “quid” o “valor” debido, en atención a que el dinero es el común denominador de los valores⁸.

El *criterio diferencial* que hemos señalado entre uno y otro tipo de deuda, radicado en el distinto objeto que les pertenece -así, se debe una *suma de signos monetarios* o se debe un *valor*-, nos da la razón del diverso comportamiento de una y otra clase de deuda frente al fenómeno económico de la inflación. Hay, especialmente, un tratamiento dispar en el acto cancelatorio, aunque siempre se utilizará la moneda -que es el medio de pago de recepción universal; pero en el primer caso -*deuda dineraria*- se dará al acreedor una suma igual a la que constituye el objeto de la obligación (libra por libra, peso por peso, del principio nominalista), señalándose que la obligación de suma es por principio insensible a las alteraciones monetarias; mientras que en el segundo supuesto, -*obligación de valor*- en tanto debe cubrirse con moneda corriente un “valor” o un “quid” patrimonial debido, es preciso ponderar las oscilaciones que haya sufrido ese signo en su poder adquisitivo, en el lapso que va desde su nacimiento de la deuda hasta su cancelación definitiva.

Entre las obligaciones de valor, que son numerosísimas, se cuenta un gran grupo que corresponde a las obligaciones resultantes de la responsabilidad civil por daños, y que fueron las primeras en ser recibidas como tales por la jurisprudencia; en sus dos vertientes, de la responsabilidad por hechos ilícitos y de la responsabilidad por el incumplimiento contractual. El primer fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que hizo lugar a un reajuste de la deuda por depreciación de la moneda se dictó en un caso de responsabilidad extracontractual, autos “Alin de Machuca c/ Gobierno Nacional”, del 30/12/1959, L.L.- t. 103, pág. 350, ya

citado en n/nota 2. Dijo así, el Alto Tribunal: “la desvalorización monetaria debe considerarse como una de las circunstancias de hecho necesarias para establecer la reparación integral, que incumbe a los jueces en materia de responsabilidad aquiliana”. Esto es exactamente el supuesto de deuda de valor.

Al margen de ese gran grupo de obligaciones de responsabilidad, otros supuestos de deuda de valor fueron siendo admitidos por la jurisprudencia de nuestro país; así, las deudas por alimentos, las remuneraciones por servicios personales prestados, incluyéndose las deudas por honorarios profesionales (que tienen, obviamente, naturaleza alimentaria); las indemnizaciones en la expropiación por causa de utilidad pública (también aludidas de manera expresa en las recomendaciones del 3er. Congreso), que a más de ser reconocidas por la Corte Nacional, en primer pronunciamiento “Prov. de S.Fe c/ Nicchi” (L.L. 127-164), fueron luego recibidas por la ley de expropiación N° 21.499, art. 20; la obligación resultante de una cláusula penal; el resarcimiento por enriquecimiento sin causa, fallos de las Salas A 2/12/70 “De Nunzio c/Balatti de De Nunzio” (E.D., 65, 799)- y B de la Cámara Nacional en lo Civil -10/7/63, “Alfon c/ F.C. Buenos Aires al Pacífico (E.D. 7-726); la recompensa para el hallador de una cosa perdida, pronunciamiento de la Sala B -23/3/68, “Duki de Abario c/ Baldermann” (E.D. 26- 245)- de la Cámara Nacional en lo Civil; y la obligación del depositante de reembolsar al depositario los gastos efectuados por éste para la conservación de la cosa depositada -Cámara Federal de la Capital, Sala II Civil y Comercial, 27/2/73, “Calzada c/ Gobierno Nacional” (J.A. 20-1973, pág. 118).

Señalamos que, en general, estos casos extraídos de la jurisprudencia refieren a supuestos de responsabilidad (en los cuales se hace, *a posteriori*, la *evaluación* de un daño); no así el que refiere a una cláusula penal que, para nosotros, es una **deuda dineraria** desde su origen, resultante del pacto de las partes, por la cual se tarifa por anticipado en una **suma de dinero**, un daño por eventual incumplimiento del deudor; y así, solamente por *mora* del obligado al pago de la pena se configuraría la deuda de valor ⁹. En fin, hay otros supuestos de “deudas de valor” que fueron *consagrados directamente por la ley*, así: las recompensas en la sociedad conyugal (art. 1316 bis C.C., incorporado por la ley 17.711); la deuda de medianería (agregado dispuesto por la ley 17.711 al art. 2736, C.C.); la obligación de colacionar (agregado dispuesto por la ley 17.71 al art. 3477 C.C.), y la determinación del monto de la legítima (art. 3602, texto según ley 17.711).

Hemos visto hasta aquí cual ha sido la utilidad y la proyección de este punto de la recomendación N° 5 del Tercer Congreso. La aplicación de la categoría de deuda de valor, sin duda, se convirtió durante largos años, en la herramienta adecuada para dar solución a graves problemas derivados de la depreciación de la moneda circulante.

Luego, el fenómeno de la inflación de magnitud impensable e imprevisible que se desató en la Argentina a partir de los años 1975/76, vino a poner de relieve la insuficiencia del remedio hasta entonces utilizado, ya que quedaban desprotegidas una enorme cantidad de obligaciones inequívocamente caracterizadas como *deudas de cantidad o de dinero* que según principio nominalista vigente debían pagarse, ya se sabe, con la entrega de las sumas nominales prometidas en origen, con irrelevancia de la depreciación de la moneda de pago.

Sin embargo, en su afán por liberar a estas obligaciones simples de dinero -las más numerosas, por otra parte- de los efectos deletéreos de la inflación, los sucesivos esfuerzos de la jurisprudencia siguieron el mismo camino recorrido hasta entonces, extendiendo a las deudas de dinero *que se cumplían con retardo imputable*, la “Recomendación” del Tercer Congreso relativa al reajuste de la deuda de valor. ¿Y cómo así? Pues la solución vino por *aplicación del principio de la responsabilidad por mora* del deudor del dinero, razonándose que él debía resarcir al acreedor de todos los daños derivados de su cumplimiento tardío, inclusive del deterioro del capital debido *producido durante el período de la mora*. Tal lo que se conoció como *indexación de las deudas de dinero por mora del deudor*. Precisándose que la deuda de cantidad o numerario se cumplía según las pautas del sistema nominalista, y con ello se cancelaba la deuda de pago puntual. Pero si el deudor caía en mora, ya nacía con ésta una deuda de responsabilidad por el daño moratorio que debía cubrirse, como todo daño, en su integridad,

ponderándose, aquí sí, en el acto del pago, el poder adquisitivo del signo monetario. Con lo cual, se conjuraban los efectos de la inflación sin agravio del sistema nominalista, pues a la deuda de dinero que era la concertada en origen y que se pagaba según valor nominal, *se adicionaba la deuda moratoria (deuda de responsabilidad)*, que venía a compensar cabalmente el deterioro sufrido por la moneda de pago durante el lapso de la mora ¹⁰.

Habría que preguntarse ahora, en este *racconto* histórico que hacemos, si terminó aquí el despliegue “imaginativo” de la doctrina y de la jurisprudencia para conjurar los efectos de la inflación. Y la respuesta será negativa. Cuando el deterioro de la moneda supera largamente los niveles corrientes propios de una economía ordenada y, sobre todo, cuando sobrevienen picos de inflación extraordinarios que envilecen por completo el signo, con daño para toda la comunidad, los jueces -así sucedió ciertamente en la Argentina- en su afán por hacer justicia debieron buscar soluciones con salidas legales ortodoxas...y hasta con salidas al margen de la ortodoxia.

Ya había anticipado esto, varios años antes, con sentido casi profético, un fallo de la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil, de Setiembre de 1963, en autos “Municipalidad de la Capital c/ Taramasco”, en L.L. 112-463, donde se dijo que “aunque el nominalismo del codificador (art. 619 C.C.) no ha permitido hasta ahora la alteración de las deudas de dinero, es indudable que, de proseguir y acentuarse el proceso de la desvalorización monetaria, habrá que contemplar la necesidad de *extender el criterio hoy admitido por la jurisprudencia para las indemnizaciones de actos ilícitos o deudas de valor*, si una legislación oportuna no prevé el caso, so pena de imponer en forma exclusiva al acreedor las consecuencias de una situación económica a la que es totalmente ajeno”. Y así, como señala bien Trigo Represas, “*la tendencia jurisprudencial vino a apuntar entonces, con el apoyo de una importante doctrina, a la exclusión también de las obligaciones puramente dinerarias del régimen del nominalismo por medio de una hermenéutica no discriminatoria, que propició el amplio reconocimiento de la depreciación de la moneda en todo tipo de obligaciones, con correlativo olvido del anterior distingo entre deudas de dinero y deudas de valor*” ¹¹. Aunque debe reconocerse que, doctrinariamente, hubo manifestaciones adversas a esta extensión del criterio indexatorio a las obligaciones puramente dinerarias, desde que estas deudas, en rigor, debían sujetarse *por ley* al principio nominalista ¹².

Nosotros defendimos siempre el cumplimiento nominalista de la obligación de dar sumas de dinero (a salvo el supuesto de *mora*, que produce un daño resarcible) pues sin perjuicio de la solución de justicia que entraña el reajuste -que no desconocemos- por esta vía se resentiría a niveles extremos el valor *seguridad*, y ya se sabe que éste es valor fundante del otro, del valor justicia. Es que el abandono del nominalismo daría lugar a un desorden absoluto en el cumplimiento de las obligaciones dineraria, pues a cada vencimiento tendrían que ponerse de acuerdo acreedor y deudor sobre qué vale, en verdad, cada signo monetario. Y si no hay acuerdo...¿habrían de dirimirlo judicialmente? Así no funcionan, bien se sabe, las transacciones comerciales que se instrumentan sobre la moneda *desde que se inventó ésta*, en cualquier país del primer mundo. Así, desaparece la moneda en su función de unidad de valor e intermediaria de los cambios. Recuérdense las advertencias de Nussbaum, de Enneccerus, de Colagrosso, y otros ¹³.

Mas pese a todo, quizá por aquello que pregonaba Couture, de que el abogado (y el juez) deben aplicar el derecho pero, sobre todo, han de bregar por conseguir la justicia, la jurisprudencia de la última etapa de la inflación que por largos años afligió a la Argentina se inclinó por borrar toda discriminación entre los dos tipos de obligaciones que estamos ponderando. De manera que el ajuste de la deuda correspondería en una y otra deuda, *y en la deuda de dinero aun cuando no promediase la mora del deudor*. La Suprema Corte de la Nación, de ordinario tan remisa en aceptar posturas de avanzada, adoptó sin embargo muy prontamente esta solución de indexación generalizada, naturalmente en los reclamos llevados a la jurisdicción.

Cabe señalar que ya había habido antes algunos fallos premonitorios sobre esta postura, que podríamos denominar *valorista*, y que vino al final a adoptarse. Años atrás, en 21/5/76, con proximidad a la época en que se conocieron los dos trascendentes plenarios de las Cámaras de la Capital, la Civil y la Comercial - citados en nota 10-, la Corte Suprema, en autos “Camusso de

Marino c/ Perkins S.A.” (E.D., 67-412), dijo así: “El reajuste de los créditos (de dinero) no hace a la deuda más onerosa que en su origen; sólo mantiene el valor real de la moneda, frente a su progresivo envilecimiento...” (debe advertirse, empero, que en el caso se trataba de un crédito en mora). Y muy expresivo, en el mismo sentido, es el fallo de la Cámara 1ª, Civil y Com. de Bahía Blanca, del 16/9/76, J.A. 1977-1-166, que dijo por boca del sabio juez Dr. Pliner: “La tesis nominalista del art. 619 del Código Civil ha sido derribada por una desuetudo irremediable, ante el avance arrollador de los hechos que el codificador no ha podido siquiera soñar”.

En definitiva, la solución indexatoria generalizada, se adoptó como postura corriente en los conflictos llevados al pretorio, inclusive sin existir mora del deudor del dinero. En esa idea, incluso, hasta se dispondrá el reajuste a favor del moroso y en contra de quien fue diligente en el cumplimiento. Dijo así, la Corte Suprema: “A los efectos del cómputo de la depreciación monetaria, carece de relevancia la mora del acreedor, basada en su negativa a recibir el pago. El reajuste del capital en función de la desvalorización de la moneda tiende a otorgar al acreedor el mismo valor que tenía derecho a recibir si hubiera aceptado el pago inmediatamente de haberle sido ofrecido, sin que se le agregue ningún valor adicional; *de lo único de que se trata es de recomponer el valor de la moneda* de manera que el deudor pague y el acreedor reciba un valor equivalente al que se pretendió efectivizar con anterioridad a la promoción del juicio por consignación” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2/4/87, “Eirin, Alberto c/ Plan Ovalo S. A. de ahorro para fines determinados”, en L.L. del 5/11/87, pág. 4, N° 736 y 737)¹⁴.

Se ha estudiado hasta aquí, largamente, la trayectoria cumplida en los hechos, y a través de muchos años, por la primera “recomendación” que se contiene en el despacho de la Comisión que trató el Tema N° 11, del Tercer Congreso, y que ha versado sobre el funcionamiento de las llamadas “deudas de valor”. Hemos visto cómo por aplicación de esta categoría de deudas en la determinación de las indemnizaciones de daños por incumplimiento de obligaciones o por comisión de actos ilícitos, se ha superado el problema de la depreciación de la moneda en un muy amplio sector de relaciones jurídicas. Hemos visto cómo se extendió la aplicación del concepto de deuda de valor a otros muchos supuestos, que fueron progresivamente identificados por una jurisprudencia impelida a encontrar soluciones justas. Algunos supuestos, inclusive, fueron recibidos por la ley 17.711, e incorporados al Código Civil. Y hemos visto también cómo ante la ausencia de soluciones legislativas para la inflación, la jurisprudencia se evadió del molde, ya estrecho, de la categoría de las deudas de valor, e ingresó en el ámbito de todo tipo de deudas dinerarias. Sea que el dinero estuviera presente en ellas desde el origen, o entrara al final como elemento cancelatorio. Porque el “dinero malo” provocaba siempre injusticia en la relación jurídica, y los jueces debieron corregirla ante el reclamo del perjudicado sin culpa propia.

4.1. Los otros fundamentos subsidiarios para el reajuste de la deuda

Por cierto que los jueces -que son jueces de la ley- no procedieron en esta faena de manera arbitraria, ni olvidados de la norma. Es que la norma, claro está, se dicta para plasmar una solución de justicia. Y de esa manera encontraron los jueces, en el rico depósito de nuestro derecho privado, los “remedios” pertinentes. Ellos apelaron, entre otros, a la *teoría de la imprevisión*, al *abuso del derecho* -que rechaza la pretensión de cancelar una deuda con moneda absolutamente devaluada- al *enriquecimiento sin causa*, a los *principios de la buena fe y de la equidad* -que exigen se mantenga, por lo menos, una relativa equivalencia de las prestaciones en el contrato bilateral oneroso- a la *teoría de las “bases” del negocio* -que justifica la intervención judicial para corregir las perturbaciones importantes en la relación de equivalencia, “cuando no haya otro medio de mantener el carácter bilateral del contrato, dirigido a una prestación a cambio de una contraprestación” (Larenz). Y todavía, con apoyo en el derecho público, se ha argumentado con la necesidad de respetar la *garantía constitucional de la propiedad*, que comprende “lato sensu” la intangibilidad del crédito del acreedor del dinero, amenazado por la depreciación monetaria¹⁵.

5. Las cláusulas de estabilización

Encaramos ahora el segundo punto de nuestro trabajo. Seguimos así a la “Recomendación” del Tercer Congreso, pues luego de haber aludido ésta a la “deuda de valor”, sigue diciendo textualmente en su propuesta:

“II. Que ningún principio constitucional o legal es obstáculo para admitir la misma solución en las deudas de cantidad, todas las veces que los interesados en sus contratos han convenido expresamente cláusulas de garantía, económicas o monetarias, sin que ello obste a la aplicación oportuna de los principios y normas generales de nuestra legislación que preservan el contenido moral de las relaciones jurídicas, e imponen la observancia de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones”.

Hemos visto que es el Estado el emisor único de la moneda, y el que asigna a los billetes emitidos un valor *nominal* (o “numeral”, como precisa Nussbaum), y por ese valor ha de ser recibido el billete en el acto del pago (*curso legal*). Pero claro que no puede el Estado fijar el *valor de cambio* en el mercado, o poder de compra de bienes y de servicios de esos billetes que ha emitido, porque ese extremo pertenece a la economía, y está regulado por *leyes naturales*. El Estado solamente puede influir sobre esas leyes de la naturaleza disponiendo adecuadas medidas de gobierno orientadas a conseguir una moneda sana, pero no puede determinar, en manera absoluta, el valor de la moneda en el mercado.

Frente a este panorama, el hombre, actor en el mundo económico, que se sirve de la moneda para sus transacciones, se ha preocupado siempre por conseguir que *la prestación dineraria* que constituye uno de los extremos del contrato que celebra, se mantenga estable en su valor real, a través del tiempo, y ello a pesar del deterioro que el signo monetario pueda sufrir en ese mismo lapso. Nos referimos, claro está, a los contratos “de duración”, en los cuales las prestaciones recíprocas no se cambian en un solo acto -contratos de pago diferido en el tiempo, o de tracto sucesivo o continuado-. “*El problema consiste* -señala con acierto Pirotte¹⁶- *en proporcionar la moneda de pago a la moneda de contrato*”.

En ese camino, entre los varios “remedios” que tienden a conseguir la integridad de la prestación *de dinero*, uno de los más eficaces y de más antiguo uso sin duda, consiste en la incorporación a los contratos de duración, de *cláusulas estabilizadoras de la moneda*. En nuestro país, desde la primera mitad del siglo pasado, esto es, antes de la aparición de la inflación grave, se puede registrar la presencia de los denominados “pactos de estabilización monetaria”, como las famosas *hipotecas a oro*, y también los *seguros contratados en oro*. Se trata, según enseña Alberto D. Schoo, de una convención por la cual el deudor no podrá liberarse sino mediante el pago de una suma de dinero que tenga el mismo valor oro que la prestación dineraria comprometida en el contrato en el momento de su celebración¹⁷.

La estabilidad del precio del oro en el mundo, inducía a la utilización de este tipo de cláusula, que podía tratarse de cláusula moneda de oro, o de cláusula valor oro, según entrase o no la moneda de oro específica en el acto de la cancelación.

Pero las monedas de oro han dejado de ser utilizadas -creemos- hace más de doscientos años como instrumento de pago corriente. Así también declinó su uso como moneda de cuenta, o como módulo estabilizador. En verdad, el oro como referencia hoy ha sido reemplazado por las monedas o divisas fuertes, el dólar, el franco suizo, y ahora el euro. Es corriente que en nuestro país, en tiempos de inflación -que casi la padecemos nosotros como enfermedad crónica-, todos los pagos de obligaciones diferidas en el tiempo se instrumenten sobre el dólar. Que, en realidad, en estos compromisos funciona como cláusula estabilizadora. Recuérdese que nuestro Código Civil regula en su art. 617 la obligación de dar una suma de dinero “que no sea de curso legal en la República”, y dice que “debe considerarse como obligación de dar sumas de dinero”. Esto así, según reforma del art. 619 del mismo Código por la ley 23.928, no se admite el pago sino en la moneda específica pactada. Mas la costumbre ha determinado que convertida la moneda extranjera en referencia estabilizadora, el acreedor admita el pago en moneda

nacional en cantidad que cubra el valor -según cotización del día del pago- de la moneda extranjera. Salvo, naturalmente, que se trate de una operación de compra de “medios de pago” extranjeros¹⁸.

Cuando comenzó el período de aguda depreciación de la moneda en el país, estos “pactos estabilizadores” -*aunque no exclusivamente monetarios*- fueron casi de rigor en los contratos de duración, y la imaginación de los acreedores se vio sorprendentemente fecunda para idear referentes de valor constante con los cuales vincular su crédito de dinero. Así, se ajustó la prestación debida según determinados índices (precio de algún producto o mercancía, o bien índice de costo de vida formado por los precios de una canasta de bienes o de servicios, o índice de costo de la construcción, o valor del litro de nafta, o porcentaje de las utilidades, o de las ventas, de un establecimiento comercial, etc., etc.) Es lo que luego vino a conocerse como “indexación convencional”, es decir, precio pactado en el contrato en origen, pero ajustable según el índice escogido. Al pacto de pago en moneda extranjera nos hemos referido en párrafo anterior.

Nadie podía dudar *de la legitimidad* de estos pactos, de objeto perfectamente lícito, y con fundamento en el principio universal, recogido en nuestro Código Civil en su art. 1197 y conc., de la libertad y obligatoriedad de las convenciones.

En el punto, para no apartarnos del estudio sobre la “Recomendación N° 5 del Tercer Congreso, atendamos al debate que se suscitó allí, luego de escucharse la exposición del miembro informante del despacho de la Comisión, Dr. Risolía. Sucedió que el Sr. delegado Prof. Quinteros planteó su inquietud sobre “si debía reconocerse que la generalización y frecuente uso de las cláusulas de garantía, cuando se refieren a la moneda extranjera, puede determinar el desplazamiento del signo monetario argentino...”. Y el miembro informante respondió a esa inquietud diciendo que “es indudable que las cláusulas de seguridad, económicas y monetarias, se mueven dentro del principio de la libertad de las convenciones, e incluso tienen un riesgo que les es propio, porque dichas cláusulas presuponen también el valor estable del signo o parámetro que se toma como punto de referencia”. Añadió que si hay un riesgo de que “los signos (nacionales) por los cuales no se ha tenido el cuidado de velar, puedan ser desplazados en algún momento, es un riesgo que en cierto modo corresponde atribuirlo a la conducción política...que tiene precisamente en sus manos proporcionar a la comunidad una moneda sana, no sujeta a la eventualidad, yo diría ingrata, de ser desplazada por un signo foráneo... Pero es un riesgo que no podemos evitar los juristas...” (Ver *Libro del Tercer Congreso*, citado, tomo I, pág. 218),

A esta respuesta del Dr. Risolía, agregamos nuestras reflexiones que hicimos párrafos más arriba, en el sentido de señalar que no se desplaza el signo nacional en la cancelación de este tipo de obligaciones en moneda extranjera. Por cuanto cuando haya de cancelarse una obligación a dólar, no será necesario pagarla con los billetes extraños, sino que *se cancelará con moneda nacional* en cantidad suficiente para cubrir el valor de los dólares debidos, según la relación del dólar con el peso en el mercado libre de cambios. Con lo cual el dólar no habrá desplazado a nuestro peso en la circulación, sino que funcionó aquí, en verdad, como módulo estabilizador.

En alguna similitud, podemos recordar que en Francia, hasta 1957, la jurisprudencia aceptaba la inclusión en los contratos de cláusulas económicas, pero invalidaba las calificadas como “monetarias”, fundando esta solución en el carácter de orden público de las leyes que instituían el curso forzoso de los billetes emitidos por el Banco de Francia. Mas luego, por decisión del 27 de junio de 1957, la Corte de Casación modificó su jurisprudencia, juzgando que el art. 1895 C.C. (régimen nominalista) no era de orden público, y que la nulidad de la cláusula de indexación no resultaba tampoco de las leyes monetarias en vigor, ya que éstas no podían implicar la invariabilidad del poder de compra de la moneda. Posteriormente, admitiéndose estas cláusulas, por ordenanzas de 1958 y 1959, se estableció “el derecho común de la indexación convencional”¹⁹.

De todos modos, y para concluir con esto de la validez de las cláusulas de garantía, económicas o monetarias, no hay que olvidar la segunda parte de la Declaración II de la Recomendación que comentamos, en que se contiene un natural condicionamiento a esta

afirmada admisibilidad de tales cláusulas, pues se dice allí “*sin que ello obste a los principios y normas generales de nuestra legislación, que preservan el contenido moral de las relaciones jurídicas e imponen la observancia de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*”. Es decir que, como todo contrato -pues nace de la convención de las partes-, la cláusula de estabilización ha de ajustarse a las normas generales que regulan la validez de actos bilaterales onerosos, especialmente, destacamos, la observancia de la buena fe en todas las etapas del compromiso. De modo que de aquel pacto solo resulte el mantenimiento del equilibrio en las prestaciones cambiadas, y no un agravamiento de la situación del deudor.

6. *Dos leyes de importancia que se vinculan con la “recomendación” del Tercer Congreso: La de “convertibilidad” (27/3/91), y la de “emergencia económica” (6/1/2002)*

Hasta aquí hemos comentado las dos propuestas más relevantes contenidas en la “Recomendación” N° 5 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Estamos aludiendo a la “deuda de valor”, y a las “cláusulas de estabilización monetaria”, indicadas por el Congreso como soluciones legítimas para proteger a las transacciones instrumentadas sobre la moneda, y que se prolongan en el tiempo, del azote de la inflación.

Pero no podemos terminar nuestro trabajo sin atender a un hecho que constituyó un verdadero hito en esta problemática. Y es el dictado de la llamada ley de convertibilidad, 23.924, que prolongó su vigencia por algo más de diez años, y a la que siguió luego el dictado de la ley 25.561, llamada de emergencia económica, que puso fin abruptamente a la convertibilidad. Con una secuela de mayúscula importancia: la primera ley 23.924, impone la convertibilidad, ratifica la vigencia del régimen nominalista de la moneda, y prohíbe todo tipo de indexación o ajuste de obligaciones de dar sumas de dinero; y la segunda, N° 25.561, deja sin efecto la convertibilidad, pero ratifica, al igual que la anterior, la vigencia del nominalismo y la prohibición de indexar.

Veamos cómo se compatibilizan estas leyes sucesivas.

7. *La ley de convertibilidad 23.928, y la prohibición de indexar*

La primera ley citada, N° 23.928 dispuso la convertibilidad del Austral (nuestra moneda en el año 1991), con el dólar de los EE.UU. (relación diez mil australes con un dólar); y en vigencia el nuevo régimen jurídico se consideró luego necesario dar una distinta denominación a nuestro signo, creándose *el peso*, que fue convertible en la relación 1 a 1 con el *dólar* de los Estados Unidos.

Además, en su art. 7° la ley, luego de ratificar en forma inequívoca la vigencia del régimen nominalista en la Argentina, agregó que “en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1° de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral...”.

Se advierte claramente que esta norma, con sus accesorios de prohibición de indexar, se encamina a defender a toda costa la estabilidad del nuevo peso. Las palabras contenidas en el mensaje del poder ejecutivo que acompañó el proyecto de ley al Congreso, ratifican ese propósito, pues expresa que “se pretende dotar a la República de un instrumento esencial para asegurar su destino: una moneda sana que sea a la vez unidad de cuenta, reserva de valor, y común denominador de las transacciones”. En ese entendimiento, la comunidad recibió con beneplácito la nueva norma.

Pero hubo de inmediato reservas por parte de la doctrina jurídica con respecto a la terminante prohibición de cualquier método de actualización o ajuste.

En este sentido, nosotros dijimos, al poco tiempo de dictarse la ley de convertibilidad ²⁰, que “abrigábamos serias dudas acerca de si esa inequívoca reafirmación del nominalismo, unida a una terminante prohibición de indexar podría ser eficaz para conseguir el fin principal de estabilizar la moneda, que decía perseguir la nueva ley. Porque aún cuando pudiera admitirse que alguna influencia habría de tener, por lo menos psicológica, en el ánimo de la gente, con relación a la “apreciación” o “depreciación” de la moneda circulante, ese espaldarazo al nominalismo y correlativo repudio a la indexación, no podíamos dejar de señalar que el *nominalismo* “a outrance” *solo puede funcionar* sin detrimento para la justicia en aquellas economías que cuenten *con una moneda por lo menos relativamente estable*. Esto es, que la moneda estable es *condición* para la vigencia del nominalismo y no *consecuencia* de éste. De otro lado, no puede tacharse a la indexación de provocar el deterioro de la moneda, cuando en verdad solo es un “remedio” o recurso que se ha ideado para corregir las injusticias que resultan de la vigencia del nominalismo en períodos de aguda inflación. Porque en las economías de moneda fuerte nadie duda que impera el nominalismo, y nadie piensa en la “indexación”.

Pero aquí, por esta ley, se proscribió el remedio, cuando lo que se quiere es terminar con la enfermedad. Han dicho los distinguidos profesores cordobeses Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos que “*quienes claman contra la indexación o las cláusulas de estabilización, caen en el error de pensar que suprimiendo un efecto de la inflación va a quedar suprimida la “causa generadora”*” ²¹.

Otras muchas voces autorizadas se alzaron contra esta prohibición de indexar.

Germán Bidart Campos, maestro desaparecido, siempre afirmó la legitimidad de la indexación como elemento corrector del desequilibrio que una moneda declinante provoca en la relación jurídica que pervive en el tiempo. Anotando el conocido fallo de “Y.P.F. c/ Prov. de Corrientes, de la Corte Suprema, dice el maestro: “Con audacia, respondemos personalmente a las dos preguntas propuestas por la Corte en su cons. 12: **a)** ¿Puede la ley prohibir la indexación? *No puede si es que, por haber inflación, hay depreciación monetaria*. Puede, si no hay inflación, pero cuando no hay inflación no hace falta que la ley prohíba la indexación, porque a nadie se le ha de ocurrir aplicarla. Por ende, si cuando hay inflación la prohíbe, la ley es *inconstitucional*. Y cuando no hay inflación, la prohibición sobra. **b)** ¿Cuál es la naturaleza de la indexación? *Es tan sustancial, tan esencial, y tan constitucional como lo son los derechos que mediante su aplicación se preservan y tutelan*. Si nos gusta decir que es un instrumento, digámoslo, pero sabiendo que el ser instrumento no lo priva de naturaleza constitucional, igual a la del habeas corpus, del amparo, y de todas las garantías que siempre son instrumentos, sin perder por eso su carácter sustancialmente constitucional” ²².

Y el profesor y académico Néstor Sagüés expidiéndose claramente contra de la prohibición de indexar, ha dicho: “*En síntesis, la prohibición de indexar supone la inexistencia de inflación; o a lo más, de inflación muy leve. Si ésta es apreciable, deviene inconstitucional por lesionar los derechos constitucionales mencionados en el párr. II (y aquí alude, especialmente, al derecho de propiedad, al derecho a una justa retribución por el trabajo, y al derecho a la igualdad, que impone mantener la paridad entre deudor y acreedor; que ninguno de ellos se perjudique o beneficie por la inflación)*” ²³.

No obstante esas voces de alarma, debe reconocerse que durante esos once años (casi) de vigencia de la convertibilidad peso-dólar, y cabalmente en razón de ella, la inflación se contuvo en su marcha ascendente y fue paulatinamente desapareciendo. En este relativamente largo período, sin duda por el “casamiento” de nuestro peso con la moneda fuerte, el dólar, no hubo recurrencia a las indexaciones tan frecuentes antes. Simplemente, como se ha dicho, no se utilizó el “remedio” porque desapareció la “enfermedad”.

8. La ley 25.561, de “emergencia económica” y la ratificación de la prohibición de indexar.

Acabamos de ver que durante la vigencia de la ley de convertibilidad, la prohibición de indexar pareció no lesionar derechos de los particulares porque no se advirtió declinación de

nuestra moneda que seguía atada a la divisa de E.E.U.U.. Pero, de otro lado, resultó muy gravoso para el país seguir operando con el cambio oficial dispuesto de *uno a uno* entre el dólar y el peso argentino. Así, para continuar con la equivalencia entre las dos monedas el Estado tuvo que endeudarse cada vez más (deuda externa) porque ya no podía -por desajustes de su propia economía- adquirir con sus recursos genuinos los dólares necesarios para mantener las reservas en moneda fuerte que avalaran la paridad, y le permitieran responder a la demanda interna del dólar en la cotización establecida. Tan comprometida situación vendría a exigir, a la postre, un sinceramiento de las cuentas públicas y lleva al Estado a disponer un forzado *cese de la convertibilidad*, por la ley 25.561, y pocos días después, como consecuencia necesaria, al dictado del decreto 214/02, que ordena la pesificación de las obligaciones pactadas en dólares.

Pero en lo que nos interesa a los fines de este trabajo, debe señalarse que esta norma - ley 25.561- que por un lado deroga la convertibilidad, por otro lado *confirma el nominalismo monetario y ratifica con toda fuerza la prohibición absoluta de indexar* que estaba en vigencia.

Es la misma prohibición que había acompañado a la ley 23.928 en todo su período de duración... mas ahora, adviértase bien, *sin la vigencia de la conversión a la paridad entre el peso y el dólar*. Pero estamos, entonces, ante un escenario distinto. ¿Y cómo así? ¿Nominalismo sin moneda estable? ¿E inclusive, negándose a los operadores económicos la posibilidad de tomar recaudos para defender sus prestaciones dinerarias de una previsible inflación? La ecuación no cierra. Para más, el Estado, que prohíbe la indexación a todos, no puede prescindir de ella -y la usa- para su plan económico: por caso, cuando decreta la pesificación de la obligación en moneda dólar y dispone que quien ha de percibir en forma diferida su crédito *pesificado* agregará a la suma en pesos que reciba el “Coeficiente de estabilización de referencia” (C.E.R.), eufemística denominación de un índice de costo de vida, que intenta compensar el deterioro del peso desde que se lo separó del dólar (decr. 214/02).

En ese contexto, la prohibición de indexar es arbitraria y no podía dejar de producir injusticia. Las voces tan autorizadas que afirmaron en épocas de la convertibilidad, que si a pesar de ella, nuestro signo monetario se deterioraba y perdía poder adquisitivo la prohibición de indexar sería objetable de inconstitucionalidad, *cobran mayor vigencia ahora*, en estos tiempos, *en que la caída del peso, ya separado del dólar, es evidente y notoria*. Aunque intente disimularse con información no fidedigna que proporciona el INDEC, que ya, *según es público y notorio*, ha perdido toda confiabilidad. No conocemos aún fallos de la Corte Suprema que hayan descalificado esta absoluta prohibición de indexar. Sí, en cambio, algunos fallos de tribunales inferiores han encontrado legítimos (naturalmente, por no indexados, pero con previsiones destinadas a compensar la depreciación de la moneda), a los contratos de locación en los que se parcializa en dos o tres segmentos, con diferente precio, el total del importe que habrá de percibirse durante el lapso mínimo legal del convenio. En otra dirección, y en fallo muy reciente, del 11/2/2009, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos “Las Moras S.A. c/ Arcos Dorados S.A. s/ Cumplimiento de contrato” elevó el precio del usufructo de un inmueble destinado a explotación comercial. Se trataba de un contrato de larga duración -plazo 20 años, a partir de abril de 1996-, con cláusula de ajuste del canon mensual del usufructo vinculado con las ventas del negocio, y que no podía ser menor de \$6.000 por mes. Razonó el Tribunal que “el pactado precio mínimo del usufructo, luego de la crisis feroz sufrida por nuestro país en los años 2001 y 2002 que impactó en el valor de los inmuebles, y la posterior recuperación económica vivida a partir del año 2003, tornaron los seis mil pesos acordados como un valor irrisorio que debe actualizarse para mantener el sinalagma contractual y evitar la configuración de una situación de abuso del derecho (art. 1071 C.C.) por exceder los límites impuestos por la buena fe y el fin tenido en mira al contratar.” La Cámara vinculó el ajuste con el valor actual del inmueble, y fijó el canon mínimo mensual en la suma de \$10.000 con posibilidad de revisar el precio del usufructo cada cinco años, a partir de la fecha del fallo.

Esta es una muestra, pero no dudamos que de persistir la economía en este contexto, ya se verán muchas más. De otro lado, no está demás recordar que nuestros jueces, todos los días y aún sin necesidad de recurrir al argumento constitucional, cuando fijan valores indemnizatorios por deudas de responsabilidad, o por otro motivos que mande cubrir un daño, actualizan permanentemente valores -o mejor, *cifras dinerarias*- que los litigantes han traído al conflicto

judicial. ¿Y por qué así? Pues porque no podrían proceder de otra manera, ante la necesidad de cubrir adecuadamente, como lo manda la ley, el *valor* debido. Si no lo hicieran así, no se satisfaría en justicia una indemnización. Recordemos también que las indemnizaciones debidas por responsabilidad constituyen *deudas de valor*, y éstas no están alcanzadas, *por naturaleza*, por la prohibición de indexar²⁴. También los honorarios de los letrados son *deudas de valor*, como desde hace años viene admitiéndolo doctrina y jurisprudencia. Mas ante la prohibición de ajuste de la ley 25.561 en algunas leyes provinciales de aranceles, cuando se regulan honorarios se dispone que los jueces lo hagan en cantidades expresadas en “Jus”, que es una medida, arbitrada a este efecto, que equivale a un porcentaje del sueldo que percibe un secretario de Juzgado. Lo cual es lo mismo que tomar el Jus como índice de ajuste... No dudamos nosotros que de seguir nuestra economía con las tasas de inflación que ahora se padecen -y que oculta el INDEC-, nuestra Suprema Corte de Justicia volverá a los pronunciamientos anteriores al dictado de la ley de convertibilidad, y admitirá los ajustes de honorarios, y de otros créditos de la misma índole, para hacer prevalecer las garantías constitucionales contra una desacertada prohibición legal.

9. Colofón

Bien se ha visto, y lo remarcamos como frase final, cuan sabias fueron las previsiones de la Recomendación N° 5 del Tercer Congreso -que hemos comentado en estas páginas- en tanto afirmaron “... que el sistema general de la ley *autoriza y aún impone* la solución que permite *el reajuste de las deudas de valor...*”. Y también, “Que ningún principio constitucional ni legal es obstáculo para admitir *la misma solución todas las veces que los interesados en sus contratos han convenido expresamente cláusulas de garantía, económicas o monetarias...*”.

Así, la “Recomendación” del Tercer Congreso, mantiene su plena vigencia, con apoyo en la Constitución Nacional.

NOTAS

¹ E. GARCÍA VÁZQUEZ, *La Argentina, cuarenta años de inflación*, Buenos Aires, El Ateneo, 1988.

² El primer fallo que conocemos -citado por Félix A. TRIGO REPRESAS en *Jurisprudencia en Oblig. Dinerarias en los últimos 50 años*, Separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, 1991, pág. 14-, que trata la depreciación de la moneda, y que utiliza el término “deuda de valor”, es un fallo de la Cám. 1ª, Sala 1ª, La Plata, “Delgado c/ Martegani”, 15/4/52, con primer voto del Dr. Simón P. Safontás, en L.L. 66-659; también deben recordarse los primeros fallos de la Corte Suprema sobre el tema, entre ellos, “Alin de Machuca c/ Gobierno Nac.”, 30/12/59, en L.L., t.103 pág. 350, y “Pillet c/ Minist. Ejército”, del 17/3/61, L.L. t. 108, pág. 48.

³ Así, publicadas antes del Tercer Congreso, podemos citar, de José María LÓPEZ OLACIREGUI, “Validez de las cláusulas que prevén la desvalorización de la moneda”, publicado en J.A. 1953- III, pág. 89; en 1955, de Acdeel E. SALAS, “Epoca en que debe establecerse el importe del daño causado por un hecho ilícito”, también en J. A. 1955-I, pág. 337; en 1960, de Marco A. RISOLÍA, *La depreciación monetaria y el régimen de las obligaciones contractuales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot; en agosto de 1961 aparece nuestro libro *Desvalorización monetaria*, Buenos Aires, Depalma, y en el mismo año, unos meses después, un estudio nuestro sobre “La deuda de valor” (el primero publicado bajo ese título) en *La Ley*, t. 104, pág. 957. También en 1961, se conoce el trabajo de Félix A. TRIGO REPRESAS, sobre “Algunos aspectos del reconocimiento judicial de la depreciación monetaria”, en J.A. del 14/ 9/1961.

⁴ Se advierte que estas reflexiones tienen un innegable “sabor” histórico; pues nos estamos refiriendo al pensamiento de la época (hace casi medio siglo!!) en que se realizaron la Sexta Conferencia Nacional de Abogados, y luego el Tercer Congreso. Pero ya veremos que unos años después, la inflación descontrolada que asoló nuestra economía, obligó a los jueces argentinos a olvidar pruritos legalistas y a disponer ajustes de deudas dinerarias, aún con el solo fundamento de que debe restablecerse el equilibrio de las prestaciones contractuales desajustadas por la inflación. Sobre esto volveremos después.

⁵ Valor *numeral* sería la denominación más exacta, dice NUSSBAUM en su *Derecho monetario nacional e internacional*, Buenos Aires, 1954, pág. 23.

⁶ V. Juan José CASIELLO, *Desvalorización monetaria*, Buenos Aires, Depalma, 1961, pág. 20; y también, nuestro comentario al art. 619 C.C., en *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirección de Alberto Bueres y Elena Hington, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, t. 2-A, pág. 454.

⁷ Ludwig ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1947, vol. I, párr. 7, pág. 38. En sentido concordante podemos agregar a Arthur Nussbaum quien expresó que “*el sistema nominalista tiene su origen natural en la evolución económica y proporciona al dinero su más elevada utilidad técnica*”, *Teoría jurídica del dinero*, Madrid, 1929, págs. 43 y 127.

⁸ Esta doctrina reconoce su origen en los clásicos estudios de Nussbaum, en Alemania, y de Ascarelli, en Italia. Sobre el tema, en nuestro país, los primeros trabajos -inclusive uno nuestro, específico sobre el tema- se han recordado en nota 3; con posterioridad, se han publicado muchísimos trabajos de mérito, mas para no abundar citaremos solo las obras de Félix A. TRIGO REPRESAS, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, 1ª ed., La Plata, 1965; Enrique C. BANCHIO, *Obligaciones de valor*, Lerner, Bs. As., 1965. Existen otras publicaciones, también de singular valía, que han aparecido en años posteriores, pero sin descuidar el tema de la deuda de valor refieren en especial al reajuste de las deudas dinerarias, que vino impuesto después por la jurisprudencia como solución generalizada ante el descalabro del signo monetario; citamos entre estos a Eduardo ZANNONI, *Revaluación de obligaciones dinerarias*, Buenos Aires, Astrea, 1977; Omar BARBERO, *Indexación de las deudas de dinero*, Buenos Aires, La Ley, 1980, y MOISSET DE ESPANÉS, PIZARRO y VALLESPINOS, *Inflación y actualización monetaria*, Buenos Aires, Universidad, 1981.

⁹ V. nuestro artículo “¿Es la cláusula penal una deuda de valor?”, nota al fallo “Cabrera de Williams c/ Granoni”, Cám. 1ª de Mar del Plata, 31/7/69, L.L. 138-165. Sobre la evolución de la jurisprudencia en materia de obligaciones ajustadas por la inflación, remitimos al excelente opúsculo de Félix A. TRIGO REPRESAS “La jurisprudencia de nuestros tribunales en materia de obligaciones dinerarias en los últimos cincuenta años”, separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXVI, Segunda época, N° 29.

¹⁰ V., Juan José CASIELLO, “Deudas dinerarias y responsabilidad civil”, en Rev. L.L. 1975-A, pág. 1291. La Corte Suprema sentó este criterio en dos pronunciamientos dictados el 23/9/76, en autos “Vieytes de Fernández c/ Prov. de Buenos Aires”, L.L. 1977-D-341; y “Valdes, J.R. c/ Gobierno Nacional”, E.D., 69-190, y lo reiteró luego en muchísimos fallos; criterio que se reafirmó todavía, con gran desarrollo de fundamentos, en dos plenarios de las Cámaras Nacionales de la Capital, la CNCiv., 9/9/77, autos “La Amistad c/ Iriarte”, L.L. 1977-D-1, y la CNCom., 13/4/77, en convocatoria abstracta para el tratamiento de este tema, L.L. 1977-B- 186.

¹¹ Félix A. TRIGO REPRESAS, en *Separata de Anales* de la Academia Nacional de Derecho, citada, pág. 19.

¹² Entre quienes manifestaron su disconformidad con este reajuste de toda deuda para acomodarla al valor de la moneda, citamos a Atilio A. ALTERINI, “Improcedencia del reajuste de las deudas dinerarias”, en J.A. 29-1975, pág. 674; Jorge E. BUSTAMANTE ALSINA, “Indexación de deudas dinerarias”, en L.L., 1975-D, pág. 585 y ss.; Jorge J. LLAMBIAS, “¿Hacia la indexación de las deudas de dinero?”, en E. D. 63, pág. 872; Acdeel E. SALAS, su ponencia en las Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho, en tema *Ajuste de obligaciones por depreciación monetaria*, Montevideo, Acalí, 1977, pág. 167; y Enrique BANCHIO, “Ilegitimidad del reajuste judicial en las obligaciones dinerarias”, en *Semanario Jurídico*, Córdoba N°10, 12/9/77.

¹³ Remitimos a nuestras *Desvalorización monetaria y Deudas dinerarias y responsabilidad civil*, ambas ya citadas, y a nuestra ponencia en libro sobre *Jornadas sobre indexación en el derecho argentino y comparado*, celebradas en Rosario, 1976, Univ. Nac. del Litoral, Santa Fe, 1979, pág. 103 y ss.. Idéntico pensamiento expresa Eduardo ZANNONI, en su obra *Revaluación de obligaciones dinerarias*, Buenos Aires, Astrea, 1977, pág. 10.

¹⁴ Advertimos que en este fallo de la Corte **no** se ajustan valores por la vía de la *responsabilidad civil*, donde el que paga es *el responsable*. Al contrario, se recompone la suma que recibe el acreedor a pesar de la mora imputable de él mismo. Así, la posición del moroso, queda sin sanción. Pero se esgrimió el argumento central de esta solución indexatoria: el ajuste ordenado no significa pagar más, sino pagar lo mismo; son otras cifras o números los que cancelan, pero es el mismo poder de compra el que se entrega en pago. Citamos, entre muchos y en la misma corriente, el fallo de la de Cám. de Apelaciones de Rosario, Sala 1ª, Civ. y Com., 1981, L.L. 1983-A- 149, voto del Dr. J. Eduardo Luppi, quien expresó: “... ello no obsta a que importando la indexación un mero reajuste de guarismos no sea indispensable la mora del deudor para su procedencia...”; y en igual sentido, fallo de la CNCom., Sala D, 1982, L.L. 1983-C-37, voto del Dr. Julio C. Rivera, quien dijo: “Excluida la cuestión del marco de la responsabilidad civil, es posible conceder la actualización sin mora del deudor, pues de lo que se trata es de preservar el equilibrio de las prestaciones”.

¹⁵ Germán BIDART CAMPOS, “La indexación de las deudas de dinero como principio constitucional”, E.D. 72-697.

¹⁶ Citado por Marco A. RISOLÍA, en *La depreciación monetaria y el régimen de las obligaciones contractuales*.

¹⁷ Alberto D. SCHOO, *La cláusula oro*, Buenos Aires, 1937, pág. 45.

¹⁸ Ve., Juan José CASIELLO, *Código Civil, Análisis doctrinario y jurisprudencial*, direc. Bueres - Hington, Buenos Aires, Hammurabi, comentario al art. 617, t. 2 A, págs. 436/38.

¹⁹ Confr. *Le prix dans le contrats de longue durée*, de Jacques GHESTIN y Marc BILLIAU, París, Edit. L.G.D.J., 1990, p.76/78.

²⁰ Juan José CASIELLO, “Ley de convertibilidad y desindexación”, publicado en *Convertibilidad del austral, Estudios Jurídicos, Primera serie*, coordinador, Luis Moisset de Espanés, Buenos Aires, Zavallia, 1991, pág. 78.

²¹ En su obra *Inflación y actualización monetaria*, Buenos Aires, Universidad, 1981, pág. 338.

²² Germán BIDART CAMPOS, “La prohibición legal de la indexación, y la naturaleza de los mecanismos de actualización”, nota al fallo de “Y.P.F. c/ Prov. de Corrientes”, de la Corte Suprema, en E.D., entrega del 4/5/92, pág. 9.

²³ Néstor SAGÜÉS, “Discusión constitucional sobre la prohibición de indexar”, L.L. 1992-B-1175/77.

²⁴ Conf. Juan José CASIELLO, “¿El fin de la indexación? (Reflexiones sobre la llamada ley de convertibilidad del austral)”, L.L. 1991-B, pág. 1039 y ss.; Atilio ALTERINI, “Las deudas de valor no están alcanzadas por la ley de convertibilidad del austral”, L.L. 1991-B, pág. 1048 y ss.; Félix A. TRIGO REPRESAS, “Congelamiento y desindexación de deudas en la ley de convertibilidad del austral”, L.L. 1991-C, pág. 1069 y ss.

LAS *ASTREINTES*. SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

por PASCUAL EDUARDO ALFERILLO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Primeros antecedentes. 3. Las *astreintes* en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. 4. La evolución normativa. 5. Naturaleza jurídica. 6. Análisis de sus características. 7. Problemáticas actuales de las *astreintes*. 8. Reflexiones finales

1. Introducción

La convocatoria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba para rendir homenaje a los presidentes de los Congresos Nacionales de Derecho Civil, profesores Dres. Enrique Martínez Paz, en cuyo instituto con su nombre recorrí los primeros pasos por la ciencia jurídica; Henoch D. Aguiar, sanjuanino de estirpe, cordobés por erudición y adopción; Pedro León, maestro de mi maestro y José A. Buteler Cáceres a quien la historia me permitió conocer, torna ineludible recurrir a la palabra de José Ingenieros para entender la proyección de sus pensamientos y esfuerzos en pos del perfeccionamiento de las instituciones jurídicas. Ellos, asumieron el compromiso de educar el porvenir, a las generaciones venideras, por lo cual no sólo debían transmitir el conocimiento planificado sino que fundamentalmente enseñaron a sus alumnos y discípulos “a pensar más bien que a repetir, a crear más bien que a copiar”. Y este propósito fue logrado con su ejemplo de vida.

El mejor modo de rendirles homenaje, es colocando un ladrillo nuevo en el edificio que ellos supieron construir en sus cimientos.

Para ello se ha seleccionado como tema la evolución de las *astreintes* que fue tratado en la tercera edición del Congreso.

2. Primeros antecedentes

Esta figura, recuerda Compagnucci de Caso, reconoce su origen y denominación en la decisión pretoriana de los tribunales de Francia donde nacen en el siglo XIX cuando los jueces comienzan a hacer aplicación de estos remedios para obligar al cumplimiento de sus sentencias; aunque en sus comienzos la jurisprudencia la consideraba una especie de resarcimiento de los daños, fijando el importe en un monto global¹. A partir de 1934 comienza la Corte de Casación a diferenciar ambos supuestos y dice que aun sin perjuicio debía condenarse al cumplimiento de *astreintes*². Finalmente, Francia en la ley 72-626 del 5 de julio de 1972 en el título II reguló el régimen de las *astreintes*.

En nuestro país, los distintos autores coinciden en jalonar el punto de partida de la aplicación de las *astreintes* en el derecho argentino, en la sentencia dictada por la Cámara Civil Segunda de la Capital Federal en fecha 6 de abril de 1921^{3 4}.

Con posterioridad se hace referencia a distintos fallos, resaltando cada autor la importancia de los mismos en cuanto a la evolución de la figura, sin perjuicio de esta aseveración se coincide en señalar para esta etapa que muy lentamente los jueces fueron atreviéndose a su aplicación razón por la cual los pronunciamientos son escasos⁵.

3. Las *astreintes* en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

En el marco del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba el 14 de octubre de 1961, la Comisión N° 6⁶ tuvo a su cargo tratar el tema N° 9 referido a la “Incorporación de las *astreintes*”.

El tema fue presentado en la ponencia presentada por el Dr. Lázaro S. Trevisán, recibiendo, luego del dictamen preliminar⁷, despacho de la Comisión definitiva integrada, además del autor de la propuesta original, por los Dres. Rafael A. Pesci, Iván M. Díaz Molina, José J. Contte, Rubén A. Moltoni, Miguel A. Rasas Lichtschein, Lisardo Novillo Saravia (h) y Arturo Barcia López.

Estos congresistas recomendaron: “1°. *Incorporar al final del art. 505 del Código Civil la siguiente disposición: ‘Los jueces podrán dictar condenaciones conminatorias de carácter pecuniario en contra de quien dejase de cumplir alguna obligación de dar cosas ciertas de hacer o de no hacer, impuesta en sus resoluciones’.*

2°. Los Códigos y leyes procesales reglamentarán la forma, el procedimiento y las características de tales condenaciones conminatorias.

3°. Dichas condenaciones conminatorias consistirán en el pago de una suma de dinero por cada día u otro período mayor de retardo, por parte del deudor en el cumplimiento de la resolución.

4°. Las condenaciones conminatorias serán aplicadas por los jueces a petición de parte y serán revocables y graduables según el arbitrio judicial.

5°. Las condenaciones conminatorias se transmitirán a los herederos del deudor; pero el fallecimiento de éste interrumpirá su curso en las obligaciones ‘*intuitu personae*’.

6°. El procedimiento a seguirse será la vía de apremio y el producido de las condenaciones conminatorias será destinado a fines de bien público, sin perjuicio de que el juez pueda asignarlo a cubrir el daño sufrido por el acreedor como consecuencia de la renuencia del deudor.

7°. *Se sugiere la conveniencia de que las provincias dicten normas sobre condenaciones conminatorias, sin esperar a que la norma básica proyectada en el punto I sea incorporada al Código Civil”.*

En uso de la palabra como miembro informante, Trevisán sostuvo que el tema propuesto pretendía llenar un vacío legal de nuestra legislación, recordando que hacía 40 años se dio el primer fallo aplicando las condenaciones conminatorias sin que se haya dictado el sustento legal.

Luego de recordar los escasos fallos en los cuales se había aplicado las *astreintes* durante ese tiempo precisa que estamos frente a una institución que tiene por objeto procurar el cumplimiento de una sentencia *in natura* y no en equivalente, por medio de una acción coercitiva; es una amenaza que se materializa en una sanción de carácter económico que afecta el patrimonio del deudor o del vencido renuente.

Además estimó ineludible que se distinga entre las *astreintes* o conminaciones compulsivas y las indemnizaciones, pues son dos figuras totalmente diferentes. Por otra parte, destacó que además de ser arbitrarias son provisionales, porque el juez así como las impone también puede rebajarlas, aumentarlas o suprimirlas. Hay una flexibilidad que no existe en el caso de las indemnizaciones.

Abierto el debate, el congresal May Subiría recordó que el despacho transgrede una norma formal del congreso como es la de no realizar recomendaciones minuciosas, mas como acontece en el sometido a consideración que hace una regulación de un artículo del Código Civil.

De igual modo, Salas se pronunció señalando que el proyecto de recomendación resulta un poco detallista y enfrenta ciertos problemas. Por ejemplo, el art. 5° dice que “las condenaciones conminatorias se transmitirán a los herederos del deudor, pero el fallecimiento de éste interrumpirá el curso en las obligaciones *intuitu personae*”. Dejando de lado el problema de las obligaciones *intuitu personae* que se plantea aquí, advertimos que no se establece cómo se va a transmitir a los herederos: si en forma solidaria o simplemente mancomunada, tratándose de un deber que puede ser indivisible, tampoco se sabe cómo van a responder después los herederos frente a una condenación conminatoria.

Se adhieren a esta crítica los Dres. Brebbia, Cabral, entre otros.

El Dr. Guaglianone, luego de prestar su conformidad a la incorporación de la figura observó que el texto propuesto se refiere exclusivamente a obligaciones civiles y, dentro de éstas, a determinados casos de obligaciones civiles -las de dar cosas ciertas, las de hacer y las de no hacer-, dejando fuera las de dar cosas inciertas no fungibles, las de dar cantidades de cosas y las de dar sumas de dinero. Creo que las condenaciones conminatorias deben ser para el cumplimiento de todo deber, ya sea una obligación civil o de otro orden.

En igual sentido, se manifestó, posteriormente, Salas cuando sostiene la inconveniencia de la técnica seguida por el despacho, en cuanto incorpora las *astreintes* al art. 505 C.C., que se refiere exclusivamente a las obligaciones. La disposición referente a las *astreintes* no puede estar únicamente vinculada a las obligaciones, sino que es un tipo de compulsión para cualquier clase de deber jurídico.

En cambio, Spota opinó que la comisión ha sido prudente por ser un instituto nuevo le parece bien que se lo restrinja en su alcance pero cree que se lo ha hecho excesivamente, por ejemplo incorporando la posibilidad de aplicarla a la condenación por alimentos.

Retornando a las ideas expuestas por Guaglianone, éste en segundo lugar entiende que la condenación conminatoria nunca debe cubrir un perjuicio, ni aun por decisión del juez. El perjuicio debe ser cubierto separadamente por el deudor, con independencia de la condenación conminatoria.

Esta sugerencia crítica es completada, luego, por Salas cuando precisó que el art. 6° es confuso, porque de allí surge que la *astreinte* puede ser tanto una condenación conminatoria como una indemnización por daños y perjuicios, cuando en realidad debe tener uno solo de los dos caracteres; cualquiera de ellos, pero uno sólo.

En sentido concordante, Brebbia sostuvo que este instituto no tiene afinidad con la reparación de los daños y perjuicios. Razón por la cual no está proporcionada al daño sufrido sino a la resistencia del deudor, y esto desde ya basta para desterrar por completo cualquier paralelo que quiera establecerse entre ambos institutos. Aparte de eso, recuerda que el juez, en el derecho francés, tiene facultades para reajustar las *astreintes*, es decir, puede disminuirlas; no es obligatorio que lo haga, pero puede hacerlo, cosa que no ocurre -como se sabe- con la reparación de los daños y perjuicios.

Además, Guaglianone aseguró que ésta debe tener un destino fijo; digamos, por ejemplo, el Consejo Nacional de Educación, los consejos provinciales de educación, etc.; o sea no simplemente de utilidad pública al arbitrio de los jueces. Y, por otra parte, consideró que la condenación conminatoria, que significa el pago de una suma de dinero, debe ser regulada de acuerdo con la fortuna del deudor.

Cuando le ceden la palabra, el Dr. Salas, sin perjuicio de las adhesiones a las observaciones realizadas por Guaglianone y May Subiría, encontró una contradicción en el pensamiento de la comisión, entre el art. 1° y el 7° de la recomendación. El primero indica que se trata de un problema de legislación de fondo, en cambio, el segundo que se trata de un problema de legislación de forma, contradicción que no parece que pueda superarse en el despacho. De modo que habría que optar por uno de los dos conceptos: o es un instituto procesal e incorporamos la sanción a los códigos de procedimientos, o es de fondo y lo incorporamos al Código Civil.

En cambio, Spota, estimó mas adelante, con una posición conciliadora que mientras no se sancione en el Código Civil esta institución, las provincias pueden adelantarse. En ese sentido, sería una decisión supletoria que, transitoriamente, colmaría la laguna legislativa, mientras no se pronuncie el Congreso Nacional.

A su momento, Ferrer Deheza cuestiona la técnica legislativa porque entiende que las disposiciones relativas a esta materia no me parecen propias del Código Civil, sino de los códigos procesales. El Código Civil es un ordenamiento jurídico que regula las relaciones de los particulares entre sí. Las *astreintes* miran sobre todo a asegurar el imperio de las decisiones judiciales. Por lo tanto considera que es en los códigos procesales donde se debe legislar lo relativo a las *astreintes*.

En función de ello propone una modificación en el sentido de que no se recomiende concretamente la incorporación de las *astreintes* al Código Civil, sino que simplemente se haga una declaración general sobre la conveniencia de legislar sobre las *astreintes*, como medio eficaz de asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales.

Por su parte Spota, cuando hizo uso de la palabra, consideró que es un instrumento de derecho material, no de derecho procesal, sin perjuicio de que las leyes procesales puedan complementar este instituto. Es necesario que en nuestros códigos de fondo -el Civil, sobre todo- se establezca como instituto de condenación conminatoria.

Esta aseveración es respondida por Novillo Saravia (h.), firmante del despacho, precisando que las *astreintes* es una institución de orden procesal, no obstante la autorizada opinión del doctor Spota que entiende que es una institución de derecho material. Parecería entonces, una incongruencia, el proyecto de incorporarlo al Código Civil. Pero es que por su índole, es una institución que necesita ser incorporada a la ley de fondo sin que por eso pierda su verdadera naturaleza de vía de compulsión, porque las *astreintes* son, esencialmente, una vía de compulsión. No sería la primera vez que el Código Civil incorporara a sus disposiciones normas de derecho procesal que no son solamente de carácter formal porque tienden a tutelar mejor los derechos subjetivos.

De retorno al pensamiento de Spota, éste destacó que no está bien definido cuál es el hecho que determina al juez a aplicar esta condenación conminatoria. Debe acentuarse la importancia de la voluntad recalitrante del condenado, siempre que esa voluntad recalitrante -adversa a cumplir la condena- sea infundada. Se deben dar los dos elementos fundamentales: voluntad recalitrante del condenado, y que esa voluntad recalitrante sea infundada.

De un modo particular entendía, en cuanto al destino que debe darse a esta condenación, que no está mal que, en primer lugar, sea una afectación de bien público; pero tampoco está mal que, de acuerdo con las circunstancias, se tienda a reparar el daño que ha causado esta persona que no cumple con la decisión judicial.

Un párrafo especial merecen las reflexiones del Dr. Brebbia, dado que consideró que las *astreintes* constituyen un instituto que pertenece al derecho procesal estrictamente y no al derecho civil, tendientes a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, que aunque tiene vinculación directa con la ley de fondo es esencialmente de carácter procesal. Pero -y ésta es la objeción más grave-, consideró que la comisión no ha regulado en realidad el instituto de las *astreintes*. Paradójicamente, aunque el tema dice “incorporación de las *astreintes*”, la comisión propicia la implantación en el régimen legal positivo argentino, de un instituto que no es el de las *astreintes*, que tuvieron su origen en el derecho francés.

Este instituto, continuó el congresista referenciado, tiene características propias, que hacen a su esencia. Son condenas conminatorias, tendientes a vencer la resistencia del deudor renuente. El importe de esas condenas en el derecho francés va, invariablemente, a manos del damnificado, es decir, de la persona, del particular, que se ve afectado por el incumplimiento de la otra parte. Si el importe de las *astreintes* va a una institución de bien público o al Estado, ya no es una *astreinte*; será una multa, un instituto híbrido, que no es el instituto sobre el que este congreso ha querido pronunciarse.

Finalmente, los Dres. Novillo Saravia (h) y Trevisán expusieron en defensa del proyecto de comunicación, especialmente destacando que la ubicación propuesta en el art. 505 C.C., es a los efectos de resaltar la estrecha vinculación que la institución tiene con los derechos del acreedor.

En mérito a las razones expuestas el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, recomendó por unanimidad: ***“Incorporar al Código Civil normas que establezcan que los jueces podrán dictar condenaciones conminatorias de carácter pecuniario en contra de quien dejase de cumplir algún deber jurídico impuesto en sus resoluciones”***.

4. La evolución normativa

Sin duda, el segundo jalón señero en la historia de la figura que estamos recordando es la incorporación al Código Civil de la figura de las *astreintes* en el art. 666 bis en 1967 por la ley 17.711. En función de ello, existe una primera etapa que va desde la celebración del Tercer Congreso a esa fecha, la cual ha sido debidamente estudiada por Moisset de Espanés quien actuó como secretario en el mencionado encuentro científico.

El maestro recuerda que “*hasta mediados de la década del 60 nuestro sistema jurídico careció de normas que consagrasen la facultad de los magistrados para imponer sanciones a quienes desobedeciesen sus mandatos. Ahora, superada esa orfandad absoluta, han florecido en todos los campos, y encontramos dispositivos incorporados al Código de fondo, a los códigos procesales, a la ley del nombre N° 18.248 (art. 21), y a otros cuerpos legales, como el Código de Aguas de la provincia de Córdoba (ley 5589, art. 276). Quizás el primer antecedente se encuentra en el Código de Procedimientos Civiles de la provincia de Santa Fe, ley 5531, del 5 de febrero de 1962; luego, en 1967, se contemplan las astreintes en el art. 37 del Código de Procedimientos Civiles de la Nación (ley 17.454), que ha sido copiado por numerosas provincias (por ejemplo Chaco, Entre Ríos, Formosa, La Rioja, Río Negro, Catamarca, Chubut y Misiones). Por su parte la ley 17.711 incorporó al Código Civil el artículo 666 bis que también legisla sobre las astreintes*”⁸.

Como se indicó en el inicio del párrafo, la ley 17.711 incorporó las *astreintes* al Código Civil en el Libro Segundo, Sección Primera, parte Primera: De las obligaciones con relación a su objeto dentro del Título 11 “De las obligaciones con cláusula penal (arts. 652 al 666)”. Específicamente regló, en el art. 666 bis que “los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder”.

Con posterioridad se puede citar por su relación, aún cuando puedan existir matices diferenciales, el contenido del art. 80 de la ley de contrato de trabajo (N° 20.744 - Decr. 390/1976) y el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor N° 24.240 y modificaciones. Daño punitivo.

La incorporación de las *astreintes* al plexo normativo sustancial argentino genera, en este análisis evolutivo, la necesidad de estudiar, aún cuando sea brevemente, la naturaleza jurídica y las características de la figura para comprender su conceptualización actual.

5. Naturaleza jurídica

El debate sobre la naturaleza jurídica de las *astreintes* tuvo la particularidad de desarrollarse en la doctrina autoral, la cual se preocupó por precisar su perfil en la dogmática nacional atento el traspaso realizado de la legalidad francesa.

a. La *astreinte* no es una pena civil

En primer término se descartó que fuera una pena civil por cuanto ésta constituye una sanción, una punición que se aplica para castigar a quién ha infringido un deber jurídico, mirando hacia el pasado, hacia lo indebidamente realizado. A la par, que se establece comúnmente teniendo en cuenta la gravedad de la conducta antifuncional del sancionado⁹.

Sin perjuicio de la diferencia enunciada Pizarro-Vallespinos, entienden en consonancia con algunos fallos que las *astreintes* pueden asumir la forma de una sanción cuando superan la etapa conminatoria y resulta ineludible, por la contumaz resistencia del obligado a cumplir con el deber impuesto, de hacer efectivo el apercibimiento en cuyo caso actúa como una pena¹⁰.

Con relación a la cláusula penal se ha destacado, en base a la regulación dada por el art. 652 y ss. y conc. C.C., para diferenciarla de las *astreintes* que tiene origen en la voluntad de las partes, que puede ser establecida a favor del acreedor o de un tercero y que tienen carácter fijo y definitivo.

La diferencia de naturaleza es bien explicada por la doctrina judicial cuando se precisa que *“aunque en puridad lo reclamado por el apelante actor es la aplicación de una cláusula penal y no **astreintes** que son mandatos conminatorios propios y excluyentes del órgano jurisdiccional tendientes a hacer cumplir los deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial y no son un sustituto de la indemnización de los daños, tampoco es viable que prospere la petición de fijar un resarcimiento calculado en un porcentaje del 1% diario sobre el saldo de precio, a raíz de la demora en escriturar, puesto que tal cláusula penal no está reconocida en pacto alguno de las partes intervinientes, para prohiar esa condena accesoria (arts. 652, 1137, 1197, 1198 y conc. C.C.)”*¹¹.

b. La astreinte no indemniza daños

De igual modo se desechó la idea de que fuese una indemnización de daños por cuanto el monto del resarcimiento se fija en el perjuicio realmente padecido por el damnificado en cambio las *astreintes* de gradúan por la jurisdicción en forma independiente de dichos perjuicios que, en algunos casos, pueden no existir, teniendo en cuenta el caudal del patrimonio del renuente a cumplir con el mandato judicial¹².

Con una visión clasificatoria moderna Pizarro-Vallespinos entienden que *“el resarcimiento de daños y perjuicios se ubica dentro de la órbita de la tutela resarcitoria del crédito, las sanciones conminatorias constituyen un medio de tutela satisfactiva, destinado a compeler al deudor al cumplimiento”*¹³.

Por nuestra parte agregamos que los daños y perjuicios se precisan dentro de un proceso judicial en la sentencia definitiva, en cambio, las *astreintes* pueden recaer sobre mandatos judiciales firmes que no tengan ese carácter.

Fenochietto y Arazi, desde la óptica procesal precisan que *“no corresponde la aplicación de las **astreintes** si se opta por la vía supletoria de los daños y perjuicios. El importe de las mismas y la indemnización de daños y perjuicios no son acumulables, es decir si el monto del daño es superior al importe de las **astreintes**, la víctima puede percibir ésta más la indemnización del daño complementario, pero no el resarcimiento del daño ya conjugado por el importe de las **astreintes**, ya que el damnificado no puede ser doblemente indemnizado”*¹⁴.

*c. Las **astreintes** son un medio conminatorio y sancionatorio*

Finalmente, la doctrina autoral coincide en sostener que constituyen un medio compulsorio que se encuentra implícito dentro de las facultades del art. 505 C.C.¹⁵.

Es decir, transcribiendo la palabra de la jurisdicción, *“las **astreintes** son condenaciones conminatorias de carácter pecuniario que los jueces aplican a quien no cumple un deber jurídico impuesto en una resolución judicial y cuya vigencia perdura mientras no cese la inexecución, pudiendo aumentar indefinidamente. Tiene especial importancia para compeler al deudor a que cumpla específicamente lo debido, cuando la inexecución forzada de la obligación es imposible”*¹⁶.

Moisset de Espanés, por su parte, entiende que *“en realidad constituyen una forma de sanción disciplinaria que está dentro de la facultad de imperio de los magistrados, para lograr el acatamiento debido a las resoluciones que adoptan y a las órdenes que imparte. Porque el juez no sólo debe declarar el derecho sino lograr que se cumpla lo que él ha resuelto”*¹⁷.

Este criterio ha tenido consagración jurisprudencial cuando se dijo que *“las **astreintes** son sanciones conminatorias que constituyen un medio compulsivo dado a los jueces para que sus*

mandatos sean acatados doblegando con ellas la voluntad renuente del constreñido a su cumplimiento. Suponen, como condición esencial, la existencia de una obligación impuesta por una sentencia que el deudor no satisface deliberadamente y tienden a vencer su resistencia mediante la imposición de una condena pecuniaria que lo afecta mientras no cumpla lo debido. No constituyen, de ningún modo una indemnización al acreedor por el incumplimiento, sino una herramienta técnica para lograr el respeto de las decisiones judiciales, por lo que su aplicación sin atender las particulares circunstancias de la causa, contradicen la función, los fines que la ley tuvo en miras al crearlas”¹⁸.

En el mismo sentido se juzgó que “las *astreintes* previstas en el art. 666 bis del Código Civil son un recurso instrumental que se impone para lograr el cumplimiento de una obligación reconocida judicialmente”¹⁹.

Con mayor precisión se ha señalado que “la naturaleza eminentemente instrumental del recurso legislado por los arts. 666 bis C.C. y 37 del Cód. Procesal (ADLA, XXVIII-B, 1799; XXVII-C, 2649), cuya finalidad estriba en lograr el acatamiento de una sentencia *lato sensu*, debe en principio poder modelarse sobre la resistencia al mandato judicial que en ella se plasma y consiguientemente acomodarse a las variaciones de esa resistencia. Vencida la opuesta por el contumaz, queda el juzgador libre para reducir su monto si lo estima procedente, toda vez que el carácter ‘provisional’ del instituto permite soslayar cualquier obstáculo teórico que pretenda asentarse sobre el principio de la cosa juzgada”²⁰.

En un paso adelante en la precisión de la naturaleza, Pizarro-Vallespinos discriminan siguiendo el pensamiento de Mosset Iturraspe que las sanciones conminatorias constituyen un medio de coerción patrimonial que persiguen un doble propósito: asegurar el pleno acatamiento de las medidas judiciales, como manifestación del *imperium* de los jueces para hacer cumplir sus mandatos y, de manera contingente, en el plano obligacional, lograr contra la voluntad renuente del deudor el cumplimiento específico de lo adeudado. Esa doble proyección sustancial y procesal debe ser destacada a los fines de lograr una comprensión cabal de la institución. Por ello concluyen que para aprehender en su totalidad la esencia de las *astreintes* como medio de coerción de carácter patrimonial, deben marcarse ambas finalidades: la conminatoria y la sancionatoria. Una constituye la razón de la otra, pues si la figura de las *astreintes* quedara reducida a una simple amenaza (función conminatoria) sin posibilidad de su ulterior efectivización (función sancionatoria) su imposición sería totalmente inoperante como medio de presión²¹.

Esta doble proyección ha sido recepcionada por la doctrina judicial cuando se juzgó que “las dos funciones fundamentales de las *astreintes* son la conminatoria y la sancionatoria. La primera surge de la decisión judicial mediante la cual se impone una condena pecuniaria a quien no cumple una orden judicial. Y la segunda se da en el supuesto de que el obligado, pese a la conminación, no efectiviza su deber jurídico, supuesto en el cual aquéllas dejan de ser una mera coacción psicológica para constituirse en una estricta pena que se traduce en la aplicación de lo que hasta ese momento sólo era una amenaza”²².

6. Análisis de sus características

Por su parte, la doctrina, en general, es conteste en expresar que la figura presenta las siguientes características: discrecional, provisional, conminatoria, pecuniaria, ejecutable, favorecen al acreedor y son impuestas a pedido de parte.

En esta brevísima reseña de la evolución de la *astreinte* en la dogmática nacional verificaremos la conceptualización actual de cada uno de las características.

Sin perjuicio de ello, debe quedar en claro que la base fáctica para la imposición de la sanción conminatoria es producida por la negativa a cumplir con una orden judicial.

Este punto es esclarecido por el pensamiento de Moisset de Espanés cuando dice que “no es menester que el proceso haya concluido con una ‘sentencia’ que resuelva el fondo del asunto; basta con que el magistrado haya dictado una resolución por la que ordena a una de

*las partes observar determinada conducta. Esa resolución debe estar 'firme' -que, como ya hemos dicho, no es lo mismo que ser 'definitiva'-, en el sentido de que goce de exigibilidad”*²³.

En otras palabras, la base fáctica para la imposición de las *astreintes* es el desacato contumaz a una manda judicial, sea que tenga la forma de sentencia definitiva o no.

a. La jurisdicción define su aplicación

Tradicionalmente, se sostiene, como lo hace Llambías, entre otros autores que “*la condena es discrecional del juez en cuanto a su procedencia y en cuanto a su monto. Todo este asunto cae en la prudencia del magistrado, quién aprecia soberanamente, según las circunstancias y la finalidad que persigue la medida si ha llegado la oportunidad de imponerla, y en su caso, cual habrá de ser su monto*”²⁴.

Esta discrecionalidad debe ser interpretada en su real dimensión, pues como enseña Brebbia, “*el término “podrán”, empleado en el art. 666 bis, ap. 1º C.C., no importa, empero, acordar un poder arbitrario o caprichoso al magistrado, para conceder o negar la procedencia de la medida conminatoria*”²⁵.

A modo de ejemplo de que no son absolutamente discrecionales se debe tener en cuenta que no se aplican de oficio sino a pedido de parte. Además que la resolución que la acuerda o deniega debe estar debidamente fundada motivo por el cual corresponde dar las razones, no sólo, por las cuales se fijan o no, sino también, respecto de la cuantía mas teniendo presente que la normativa que la regula fija algunas pautas a tener en cuenta (caudal económico, nivel de resistencia, etc.). De otro modo se vulneraría el derecho de defensa en juicio.

Igual tarea debe asumir la jurisdicción cuando las deja sin efecto o reajustan de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Además de ello, la imposición, denegación y cuantificación de las *astreintes* es apelable, conociéndose casos que han sido motivo de tratamiento en recursos extraordinarios²⁶.

En función de lo expuesto, estimo que resulta más adecuado dejar de lado la palabra “discrecional”²⁷ para comenzar a decir que están sometidas al arbitrio²⁸ judicial que no es arbitrariedad²⁹.

Sobre el punto, señala el maestro Brebbia que las leyes suelen otorgar a los jueces facultades discrecionales en diversas materias, pero no acuerdan facultad para fallar por simple autoridad, abusando de su poder de imperio y prescindiendo de las consideraciones que impone la estructura del instituto que aplica, y de su necesario ajuste con los principios generales del ordenamiento jurídico³⁰.

En su ámbito, la doctrina judicial sostiene que “uno de los caracteres esenciales del instituto de las *astreintes* es que son discrecionales. Es decir que es siempre facultad del juez imponerlas o no, según las circunstancias, y aún puede dejarlas sin efecto o reajustarlas. Ello, porque si bien es cierto que generalmente se imponen a pedido de parte, también de oficio el Juez puede aplicarlas. Es decir que en estos casos, no sólo el monto, sino también su imposición queda al prudente arbitrio del Juez; por lo que la no recepción del pedido por el *a quo*, no permite considerar vencido al solicitante y generar costas”³¹.

Son provisionales

En general, los autores señalan que son “provisionales”³² a excepción de Pizarro-Vallespinos que prefieren caracterizarla como “revisables”³³, para destacar que su aplicación y determinación económica definitiva depende de la conducta asumida por el sujeto obligado a obedecer la manda judicial. La mayor, menor o cese de la resistencia al cumplimiento puede generar el incremento, el reajuste o dejadas sin efecto³⁴.

La doctrina judicial emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado su criterio sobre el tema cuando juzgó que “uno de los caracteres esenciales de las *astreintes* consiste en su provisionalidad y la ausencia de cosa juzgada respecto de la resolución que las

impuso”³⁵. En función de ello “las *astreintes* no se ven afectadas por el principio de la cosa juzgada y mucho menos por el de la preclusión procesal y pueden ser objeto de revisión, respecto de su reajuste o cese por el ulterior cumplimiento de la obligación de hacer que le fuera impuesta al obligado”³⁶.

En el mismo sentido, se puede citar por su relevancia institucional el pronunciamiento dado por la Suprema Corte de Buenos Aires cuando dijo que “por su carácter provisorio, las *astreintes* no causan estado ni pasan en autoridad de cosa juzgada, razón por la cual pueden ser revisadas y dejadas sin efecto si el deudor justifica total o parcialmente su proceder. Sin embargo, la viabilidad de esas alternativas sólo puede ser examinada con motivo del cumplimiento de la obligación de que se trate de modo que no pueden ser revisadas ni dejadas sin efecto si la contumacia no cesa, pues de lo contrario se las despojaría de su carácter conminatorio”³⁷.

Son conminatorias y sancionatorias

Cuando se estudió la naturaleza jurídica de las *astreintes* se verificó que en el proceso evolutivo se advertía un paso trascendente que fue el reconocer que no era sólo conminatoria sino simultáneamente tenía el carácter de sancionatoria, marcando con ello no sólo el aspecto instrumental sino el sustancial cuando procura la efectivización del crédito.

Por cierto que la doctrina autoral en los primeros tiempos, puso énfasis en resaltar la primera faceta cuando se dijo que “*el carácter conminatorio está dado por el hecho de constituir una medida de coerción patrimonial que procura asegurar el pleno acatamiento de las decisiones judiciales, y lograr -a pesar de la voluntad renuente del deudor- el cumplimiento específico de lo adeudado*”³⁸.

En igual sentido, la jurisprudencia es prolífera al momento de pronunciarse sobre el tema, destacándose por su jerarquía institucional el tratamiento dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando dijo que “las *astreintes* suponen una sentencia condenatoria que impone un mandato que el acreedor no satisface deliberadamente, y procuran vencer la resistencia del renuente mediante una presión psicológica que lo mueva a cumplir, de ahí que los jueces han de graduarlas con la intensidad necesaria para doblegar la porfía del obligado”³⁹. Ello por cuanto “las *astreintes* son medidas compulsivas que importan el ejercicio del poder público estatal a cargo de los jueces y constituyen un medio para lograr el cumplimiento de las decisiones judiciales”⁴⁰.

A partir de adoptar este criterio sostuvo que “resulta descalificable la sentencia que se apartó de criterios aceptados en la materia y no consideró la finalidad propia del instituto de las *astreintes*, desnaturalizándola de su condición de medio de coerción, y prescindiendo de que actúa como presión psicológica sobre el obligado que sólo se concreta en una pena cuando se desatiende injustificadamente el mandato judicial”⁴¹.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires señaló que “las *astreintes* tienden a obtener el efectivo cumplimiento de un mandato judicial cuando es resistido por el obligado, mediante la aplicación de una condena pecuniaria que lo afecta mientras no haga lo debido”⁴².

De igual modo en esta jurisdicción se sostuvo que “las *astreintes* son condenaciones conminatorias de carácter pecuniario, que los jueces aplican a quien no cumple un deber jurídico impuesto en una resolución judicial (art. 37 C.P.C.C.; art. 666 bis C.C.)”⁴³. En otros términos, “las *astreintes* son sanciones destinadas a conminar la voluntad del obligado, a fin de que la incidencia eventual de una multa, cuyo monto puede ser de un volumen extraordinario, le haga cesar en su propósito de no cumplirla”⁴⁴. Por cuanto, “no debe perderse de vista el fin eminentemente conminatorio al que se orienta la aplicación de *astreintes*, mediante las que se busca compeler al cumplimiento de una decisión jurisdiccional en aras de asegurar su eficacia”⁴⁵.

Por su parte, los fallos que se transcriben a continuación destacan la esfera sancionatoria sustancial cuando dicen que “las *astreintes* son una vía de compulsión, un medio para que el deudor le procure al acreedor aquello a lo que se ha obligado”⁴⁶. La *astreinte* o condenación

pecuniaria conminatoria (arts. 666 bis C.C. y 37 Cód. Procesal (ADLA, XXVIII-B, 1799; XXVII-C, 2649), es un medio de compulsión del deudor que se emplea bajo el control judicial para que pueda el acreedor obtener lo que le es debido”⁴⁷.

Ahora bien, tradicionalmente se ha destacado como característica el carácter conminatorio de las *astreintes*. Esta etapa entendemos que ha sido superada y hoy debe señalarse que también son sancionatorias, como se había puntualizado al momento de precisar la naturaleza jurídica a donde remitimos⁴⁸.

Sin perjuicio de ello, es oportuno resaltar que advertimos dos vertientes conceptuales cuando se hace referencia a la característica de sancionatoria: una vinculada directamente al plano obligacional para lograr quebrar la voluntad renuente del deudor en el cumplimiento de lo adeudado (prestación sustancial) y, la otra, como sanción por el mantenimiento de la reticencia en acatar la orden judicial a pesar de haber sido conminado que puede no coincidir con la presión para obtener el cumplimiento del deber obligacional. En otras palabras, en esta segunda opción, la sanción tiene por objeto principal lograr el acatamiento de la orden judicial, sin importar el destino sustancial del pleito.

No retroactivas

Para explicar el carácter de no retroactiva de las *astreintes*, Borda señala que como se trata de una advertencia para el caso de incumplimiento si no se cumple la intimación judicial formulada, deberán pagarse las *astreintes* fijadas, pero si se cumple la intimación, el deudor nada deberá por este concepto. La función disuasoria de las *astreintes* habrá sido efectiva⁴⁹.

Como se colige la no retroactividad impide que se sancionen con *astreintes* comportamientos del pasado que pueden ser punidos con otro tipo de correctivo conforme lo autoriza la ley procesal. Siempre, deberá existir una decisión judicial firme una conminación a futuro (posibilidad de) y finalmente, ante la conducta incumplidora se aplica la sanción económica anunciada.

Ello ha permitido a la doctrina de los tribunales precisar que “al establecer como *dies a quo* de las sanciones conminatorias una fecha anterior a la del vencimiento de la intimación judicial ordenada en la instancia de origen, la aplicación retroactiva a que da lugar la resolución desnaturaliza el carácter propio de las *astreintes* como medio para compeler el cumplimiento de un mandato judicial, omite considerar la finalidad propia del instituto y soslaya la elemental característica de que dichas sanciones miran al futuro y alcanzan a quienes, después de dictadas, persisten en desentenderse injustificadamente de un mandato judicial”⁵⁰.

En igual sentido, la Corte Federal ha señalado que “corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que aplicó las *astreintes* en forma retroactiva como si fueran una simple pena o multa, sin ponderar que dichas sanciones miran al futuro y alcanzan a quien, después de dictadas, persiste en su desafuero, de modo que mientras no se encuentren determinadas en su cuantía por resolución firme y ejecutoriada, no tienen ni pueden cumplir con su finalidad propia”⁵¹.

Se cuantifican en dinero

La característica de ser cuantificable en dinero ha sido resaltada por algunos autores⁵² a partir de que el propio arts. 666 C.C. y 37 C.P.C.C.N., reglan que la condenación conminatoria debe ser pecuniaria y de acuerdo al caudal económico de quién deba satisfacerlas.

El punto no ha generado conflicto interpretativo y ha sido debidamente marcado por algunos Ministros de la Corte Nacional cuando expresaron que “las *astreintes* sólo pueden constituir una suma dineraria y, por lo tanto, la sanción conminatoria que se impone al incumplidor deviene en una obligación de dinero, que no puede ser otro que aquél que tiene curso legal y forzoso”⁵³.

Como tema interesante para destacar en la evolución de esta característica se presenta la posibilidad o no de actualizar su monto en épocas inflacionarias y el de aplicar intereses.

Respecto del tema, Moisset de Espanés explica que *“el reajuste del monto no significa incrementar la deuda, sino solamente mantener incólume el valor debido, para que el acreedor obtenga una satisfacción completa; este principio ha sido reconocido en casi todas las jurisdicciones del país para el caso de deudores morosos, y no hay duda de que aquel a quien se le aplican astreintes -que se mantienen firmes porque no justifica las causas de su retraso en cumplir las resoluciones judiciales- es un sujeto que se encuentra en mora”*⁵⁴.

La doctrina de los tribunales al respecto ha estimado que *“el instituto de las astreintes no lleva ínsita actualización ni intereses durante el tiempo que éstas rigen hasta el cumplimiento de la obligación”*⁵⁵.

Son ejecutables

La posibilidad de ejecutar el monto devengado de una sanción conminatoria ha generado debate en función de la necesidad de compatibilizar esta facultad con la revisabilidad de su cuantía.

En un primer momento se dudó de la ejecutabilidad de las *astreintes* en forma directa, siguiendo el criterio pretoriano francés, que transformaba el monto de la sanción conminatoria en una cuantía indemnizatoria del daño realmente padecido por el beneficiario. Este criterio generó la opinión en contrario de Borda quien entendió, en primer lugar que si de lo que se trata es de arbitrar un medio que presione eficazmente en el ánimo del deudor, para obligarlo a cumplir, hay que reconocer que las *astreintes* son ejecutables porque si el art. 666 bis habla de un beneficiario de las *astreintes*, es porque tiene derecho a cobrarlas⁵⁶.

La posibilidad de no ejecutar las *astreintes* calificó a la figura como *“sable de madera”* (Mazeaud y Tunc) o *“sable de papel”* (Llambías) pues de nada servirían para vencer la rebeldía del obligado⁵⁷.

Por su parte Cazeaux-Trigo Represas aseveran que *“si las astreintes no fueran ejecutables, vendrían a perder toda su fuerza y eficacia. Ello no significa que lo sean en el momento en que se las impone... en el momento inicial son provisorias, y por lo tanto únicamente pueden dar lugar a medidas cautelares. Para que sean ejecutables es menester aguardar el tiempo que sea necesario para precisar cual es la conducta que asume el obligado”*⁵⁸.

El punto de inflexión se produce al intentar fijar la fecha de cristalización de la suma devengada en concepto de *astreinte*, pues si no se fija una periodicidad sino a *sine die*, el deudor no cumplirá jamás pues sabe que no le serán ejecutadas la *astreintes* que se van devengando por cuanto no quedan firmes. Si cumple marca una fecha para contabilizar la cuantía y, a partir de ello, la posibilidad de ser ejecutada en su contra.

Es por eso, que resulta de vital importancia que la revisabilidad de la cuantía de las *astreintes* se haga periódicamente, de modo que no sólo pueda modificarse en más o en menos analizando el comportamiento del deudor, sino individualizar los montos devengados para que puedan ser ejecutados y con ello, pasar de la conminación a la efectiva sanción. De otro modo quedaría el instituto en una pura amenaza sin posibilidad de lograr ciertamente el objetivo propuesto que es vencer la contumaz resistencia a cumplir con una orden judicial.

En palabras de un maestro, *“si la regulación procesal estableciese que las astreintes no pueden liquidarse y abonarse hasta que el remiso haya cumplido sus obligaciones, la sanción conminatoria perdería toda su efectividad psicológica, pues le bastaría con no cumplir jamás..., y ¡no sólo continuaría desobedeciendo el mandato judicial, sino que tampoco abonaría la sanción pecuniaria! Parece, entonces, que la mejor solución es la de las liquidaciones parciales que, por otra parte, permitiría al juez graduar mejor la sanción, pues si los primeros pagos no hacen mella en la potencialidad económica del sujeto, sería factible incrementar el monto de la pena, para ejercer con ella mayor presión”*⁵⁹.

Sobre el tema, la jurisprudencia ha sostenido que *“las astreintes, una vez impuestas, son ejecutables en el patrimonio del condenado ya que si así no lo fueran sería intrascendente su imposición pues de nada servirían para vencer la resistencia del obligado a cumplir el deber jurídico a su cargo si no fueran susceptibles de ejecución”*⁶⁰.

En la misma dirección, otro tribunal dijo que *“la operatividad de las astreintes se relaciona con la ejecutoriedad de la condena impuesta razón por la cual, no cabe aplicar dicha sanción con*

anterioridad a la oportunidad procesal en que el pronunciamiento definitivo que las impone adquiere firmeza o sea consentido”⁶¹.

Para completar la idea sobre la ejecutabilidad de las *astreintes* es oportuno transcribir el pensamiento judicial el cual asegura que “si bien las *astreintes* son provisionales y no se ven afectadas por el principio de la cosa juzgada y mucho menos por el de la preclusión procesal, no lo es menos que son ejecutables y para hacer cesar dicha ejecutabilidad el sentenciante debe obviamente verificar si efectivamente se ha dado cumplimiento a lo debido por el obligado o se encuentra fehacientemente demostrado que está en vías de hacerlo. Por ello, si dicha circunstancia no se verificó en momento alguno, no ha desaparecido por ende la causa de su imposición”⁶².

Ello se explica porque “para que las *astreintes* sean ejecutables es menester aguardar el tiempo necesario para precisar cuál es la conducta que asume el obligado; en el supuesto que éste cumpla el deber jurídico de que se trate y justifique su proceder, aquéllas pueden disminuirse y aun dejarse sin efecto (art. 666 bis C.C. -ADLA, XXVIII-B, 1799-). Si por el contrario el deudor persiste en su actitud recalcitrante, habrá llegado la oportunidad de fijarlas definitivamente y una vez que esta liquidación final quede firme ellas serán ejecutables”⁶³.

Son fijadas a favor del beneficiario de la orden judicial

Una de las características que produjo debate en el Tercer Congreso de Derecho Civil fue el destino de la suma devengada por aplicación de las *astreintes*, dado que el punto 6 del Despacho de la Comisión Definitiva propuso que el producido de las condenaciones conminatorias será destinado a fines de bien público, sin perjuicio de que el juez pueda asignarlo a cubrir el daño sufrido por el acreedor.

Después de la incorporación del art. 666 bis introducido por la ley 17.711 que regló que estaban impuestas en beneficio del titular derecho, el punto quedó definido⁶⁴.

En los tribunales se sostiene que “las *astreintes* se incorporan al patrimonio del acreedor, desde el momento en que la resolución que las impuso quedó notificada al obligado y firme”⁶⁵.

Son impuestas a pedido de parte

Ni el art. 666 bis C.C., ni el art. 37 del Código Procesal Civil de la Nación, reglan que las *astreintes* sean impuestas exclusivamente a pedido de parte, sin embargo se ha generalizado esta idea de que deben ser impuesta a pedido del sujeto interesado, particularmente de quién será el beneficiario de las mismas⁶⁶.

Borda, cuando opina en favor de esta solución la justifica que es un recurso de carácter excepcional, pues lo normal es la ejecución de la condena por las vías que la ley pone a disposición del acreedor y de que las *astreintes* se aplican en beneficio del acreedor, que por tanto, puede hacer o no uso de ese derecho⁶⁷.

Sin perjuicio de ello, este autor deja abierta la posibilidad de que en algunos casos, como es por ejemplo cuando el alimentante no cumple con la prestación a favor de sus hijos, puedan ser aplicadas de oficio⁶⁸.

Con relación a esta eventualidad, estimo que ello no está expresamente prohibido en la norma civil y sería procedente, especialmente, en los casos en los cuales está en juego el orden público y resulte necesario conminar el cumplimiento.

Los fallos de tribunales informan por la posición negativa sosteniendo, con una justificación propia que “la *astreinte* no puede ser pronunciada de oficio, sino a pedido del acreedor interesado en su aplicación, pues de otra manera aparecería como una liberalidad concedida por los jueces”⁶⁹. En el mismo sentido, “las *astreintes* no pueden ser aplicadas de oficio, sino a pedido de acreedor interesado. Se trata de un recurso excepcional, pues lo normal es la ejecución de la condena por las vías que la ley pone a disposición del acreedor; además se imponen en beneficio del acreedor que, por tanto, puede hacer o no uso de ese derecho”⁷⁰.

En sentido contrario, se ha sostenido que “las *astreintes* cumplen primordialmente una función conminatoria, pues, actúan a modo de coacción psicológica con el objeto de vencer la

resistencia del obligado renuente y lograr el cumplimiento estricto del deber jurídico impuesto en una resolución judicial. De allí que, frente al incumplimiento de una sentencia, el juez debe imponerla, aun de oficio, a fin de hacer desistir al incumplidor de su negativa postura”⁷¹.

7. Problemáticas actuales de las *astreintes*

Aun cuando de un modo muy acotado se ha examinado la evolución del instituto de las *astreintes* en su naturaleza jurídica y en sus caracteres que le han dado el perfil que tiene actualmente, estimamos oportuno para completar este homenaje seleccionar para su estudio, entre otros temas interesantes de abordar (p.ej., su aplicación en defensa de los consumidores o del medio ambiente), las problemáticas que surgen cuando el sujeto obligado a cumplir es el Estado.

El primer debate se limitó a discernir si era factible o no imponer sanciones conminatorias contra el Estado, sea nacional, provincial o municipal.

El segundo, surge a partir de la vigencia de las leyes de consolidación y pago diferido con bonos en cuanto al alcance de su aplicación.

*7.1. La posibilidad de aplicar *astreintes* al Estado*

Las particulares calidades que tiene el Estado, sea nacional, provincial o municipal, como sujeto de derecho ha generado un alto grado de duda sobre la factibilidad de aplicarle sanciones conminatorias cuando tiene un deber incumplido emergente de una orden judicial.

La preocupación para eximirse de sus efectos ha llegado al punto de que expresamente en la ley 24.463⁷² de solidaridad previsional y de reforma del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, entre otras regulaciones, introduce el art. 23 en donde estatuye que “en ningún caso los jueces podrán fijar un plazo distinto para el cumplimiento de las sentencias, ni aplicar sanciones pecuniarias, compulsivas o conminatorias a los organismos respectivos, ni a los funcionarios competentes, salvo en los casos de amparo por mora. Quedan sin efecto las medidas de ese tipo que se hubieren adoptado o trabado. Los bienes y cuentas de la Administración Nacional de Seguridad Social o del Estado Nacional son inembargables. Las autoridades administrativas competentes deberán tramitar de inmediato la interrupción o el levantamiento de las medidas compulsivas, cautelares o ejecutorias dispuestas con anterioridad a la presente ley, incluyendo las trabadas respecto a los bienes afectados al servicio de la Administración Nacional de Seguridad Social”.

La norma es por demás elocuente en su intencionalidad de impedir que en la emergencia previsional sea el Estado sujeto pasivo de sanciones conminatorias.

Sin perjuicio de esta expresión legal se puede reseñar la existencia de dos tendencias claramente posicionadas respecto de la posibilidad de aplicar *astreintes* al Estado que pasaremos a examinar brevemente en el pensamiento judicial.

*a. El Estado no puede ser sujeto pasivo de *astreintes**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación expresamente y, de modo puntual, se expidió juzgando que “debe revocarse por arbitrario el fallo que fijó sanciones conminatorias a la ANSeS y declaró inaplicable el art. 23 de la ley 24.463 (ADLA, LV-C, 2913) habida cuenta que dicha norma estableció que en ‘ningún caso’ los jueces podrán aplicar sanciones pecuniarias, compulsivas o conminatorias a los organismos respectivos, ni a los funcionarios competentes, salvo en los casos de amparo por mora”⁷³.

En términos generales a la Corte Federal no se le conoce una posición negativa, por el contrario y como será examinado en el próximo apartado, acepta la viabilidad jurídica de su imposición al Estado.

Sin perjuicio de la razón legal que contiene el fallo antes citado, los tribunales que adoptan esta posición denegatoria justifican su proceder diciendo que “dado que no es un particular el que carga con las *astreintes*, sino el pueblo -en el caso, las *astreintes* se imponen a la Provincia demandada ante el incumplimiento de la obligación de entregar bonos de consolidación por sus deudas pecuniarias con la actora-, el tribunal debe intervenir de oficio, pues existen intereses sociales prevalentes que le impiden asumir un rol de espectador pasivo”⁷⁴.

En el mismo sentido, se argumenta que “las sanciones como las *astreintes* son en principio ineficaces cuando el sujeto pasivo se vincula con el Estado, cuya solvencia patrimonial se entiende como absoluta, de modo que no puede resultar comprometida de esa forma”⁷⁵.

Cabe destacar que “la mera imposición de una sanción conminatoria afecta la inmunidad de ejecución del estado extranjero, pues la consecuencia natural e inmediata de la adopción de esta clase de medidas acarrea ineludiblemente la ejecución, debido a que constituye un acto coercitivo tendiente a vencer la renuencia del demandado en el cumplimiento de la sentencia”⁷⁶.

Específicamente, “en la acción de amparo por mora de la Administración Pública, el ejercicio de la potestad jurisdiccional se agota con la resolución que declara la mora y fija un plazo para el dictado del acto administrativo, resultando improcedente la aplicación de sanciones conminatorias ante el incumplimiento de aquella resolución, pues si es desatada por su destinatario, el hecho abrirá en todo caso la vía de los recursos y acciones que admita el régimen jurídico, siendo que de otro modo se violaría una zona reservada a la Administración, sin perjuicio de que eventualmente cupieran sanciones penales contra el funcionario responsable”⁷⁷.

De modo concordante, se ha sostenido que “toda vez que no se encuentra prevista la aplicación de *astreintes* en la ley 7182 de Córdoba (ADLA, XLIV-D, 4405) -Código Contencioso Administrativo- ni en la legislación específica del amparo por mora, ésta resulta improcedente, sin perjuicio de las acciones ordinarias derivadas de la inexecución que puede iniciar el actor y que debe afrontar la administración demandada -art. 54 CMCA-”⁷⁸.

b. El Estado sí puede ser sujeto pasivo de astreintes

En sentido favorable a la imposición de las *astreintes*, la Corte Federal aseveró que “el retardo en que incurren los obligados con relación a la entrega o depósito de los títulos correspondientes, previstos en la ley 23.982, autoriza a establecer *astreintes* por cada día de demora hasta tanto aquél se efectivice (arts. 666 bis C.C. y 37 C.P.C.C.)”⁷⁹.

De igual modo se consideró que “no hay norma alguna que excluya al Estado o a sus reparticiones de la posibilidad de ser alcanzadas por sanciones conminatorias. Un privilegio de esas características, consagratorio de una situación de excepcionalidad en medio de una norma de latitud general, debiera cuanto menos emanar de expreso precepto legal. Además, no debe perderse de vista el fin eminentemente conminatorio al que se orienta la aplicación de *astreintes*, mediante las que se busca compeler al cumplimiento de una decisión jurisdiccional en aras de asegurar su eficacia. Esa finalidad, como también por ello la funcionalidad del instituto, está latente ya sea que la actitud reticente provenga de una repartición pública o de un particular, pues en cualquiera de esos casos bien puede ser imperioso el asegurar la ejecutoriedad de actos procesales. En un estado de derecho, ni el Estado ni sus entes públicos pueden considerarse inmunes a las órdenes que la justicia les imparta; de allí que estén también alcanzados por sus mandas y deban, consecuentemente, afrontar las sanciones que su incumplimiento permita imponerles”⁸⁰.

En cuanto a la procedencia en el proceso de amparo, Gordillo ha sostenido que “*deben aplicarse astreintes cuando exista mora en resolver más allá del plazo fijado; deben remitirse las actuaciones al fuero penal cuando la administración, luego de resolver, se alza contra la*

*sentencia suspendiendo los efectos del acto dictado por orden judicial. No es esto vindicta: es evitar dispendio jurisdiccional lesivo al servicio de Justicia”*⁸¹.

En sentido concordante, la doctrina judicial especificó que “en cuanto al apercibimiento de sancionar el incumplimiento con *astreintes*, ello es viable jurídicamente su procedencia para obtener el efectivo cumplimiento de la sentencia que se dicte en el amparo por mora, dado que el Juez en este tipo de proceso ejerce su potestad jurisdiccional por sobre todo otro poder o autoridad pública conforme lo regla el art. 40 de la Const. Pcial. De ese modo se logra consagrar operativamente la protección de los particulares afectados por la reticencia de la Administración”. Va de suyo, que “las facultades discrecionales del poder político no se encuentran incluidas en la esfera del amparo por mora, pues esta categoría de actividad estatal está excluida de esta garantía al no existir mandato normativo que imponga hacer determinada conducta. En otras palabras, toda vez que se hace lugar al amparo del art. 41 de la Constitución Provincial, la condena se relaciona con actividades o funciones públicas que se encuentran sometidas a la potestad jurisdiccional, pues la obligación del funcionario o del órgano estatal que produce perjuicio al ciudadano nace de una imposición de la ley que es incumplida y que a través del mecanismo del amparo por mora, éste pide se obligue a cumplirla y el tribunal ordena se haga”. En función de ello, “la circunstancia de que el incumplimiento al mandato jurisdiccional resuelto favorablemente en el amparo por mora provenga de un funcionario público o de un órgano público no coloca a éste en una situación de privilegio de no poder ser compelido por la jurisdicción a cumplir con el orden judicial que recepta el mandato de la ley la cual le impone un determinado deber a favor del ciudadano reclamante. Por el contrario, es el Estado y sus funcionarios, como operadores del bien común, los primeros que deben cumplir con la ley, sin necesidad de ser compelidos a ello”⁸².

Para completar la evolución del tema, cabe transcribir el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci cuando aclara que “*las sanciones conminatorias no podrán ser impuestas en aquellos supuestos en la que la orden judicial importe convertir al juez en administrador; pero esos casos también impiden la condena (por ej., el juez no podría obligar a la Municipalidad a abrir o no una calle...*”⁸³.

7.2. La consolidación de la cuantía y pago diferido por las leyes de emergencia

Esta problemática se presenta cuando se acepta la posibilidad de aplicar las sanciones conminatorias contra el Estado y las mismas son aplicadas a obligaciones que han sido consolidadas en su cuantía y sometidas al régimen de pago diferido con bonos por las leyes de emergencia.

Las opiniones se bifurcan entre quienes piensan que son alcanzadas por la consolidación y los autores que estiman que ello desnaturaliza su función.

Para repasar la evolución del tema resulta ineludible por su trascendencia institucional examinar el contenido de los casos “Iturriaga” y “Palillo” dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

a. Las astreintes aplicadas al Estado son alcanzadas por los regímenes de emergencia

En el caso “Iturriaga”, la minoría, en la palabra de Bossert, opinó que “*la sujeción del cobro de la deuda por astreintes al procedimiento diferido que contempla el citado art. 22 no puede enervar la eficacia del instituto, toda vez que su finalidad -el cumplimiento de la resolución judicial- ya ha sido alcanzada. Así como no neutraliza el efecto de las ‘astreintes’ el hecho de que puedan ser disminuidas o dejadas sin efecto una vez satisfecho su objetivo, tampoco lo inhibe la circunstancia de que, obtenido su propósito, su percepción se someta al régimen previsto en el mencionado artículo de la ley 23.982*”⁸⁴.

Este criterio se transformó en mayoría⁸⁵ en el caso “Palillo” en el cual Zaffaroni sostuvo que “*a la luz de la descripción de las circunstancias de la causa efectuada en el considerando precedente, no puede más que concluirse que la sanción conminatoria impuesta ha logrado*

efectivamente el objetivo buscado al momento de imponerla. Siendo ello así, no se encuentra en juego al momento de decidir el modo en que debe ser saldado un crédito por astreintes ni la naturaleza coercitiva del instituto ni el imperium del juez de la causa". En función de ello y luego de marcar que el primer sistema interpretativo es el literal entiende que "ni la primigenia ley de consolidación 23.982 ni la más reciente 25.344 contienen previsión alguna que excluya de su régimen a las obligaciones originadas en sanciones conminatorias impuestas por los jueces a fin de lograr el cumplimiento de sus mandatos, no corresponde en tales supuestos apartarse del sistema de ejecución diseñado en dichas normas (ello, salvo que medie declaración de inconstitucionalidad del régimen, lo que en el caso no ha ocurrido)"⁸⁶.

Por su parte, Argibay, introduce un nuevo argumento al decir que como "*la causa o título de la obligación es anterior a la fecha de corte establecida en el art. 13 de la ley 25.344 y no existe en dicha ley ni en la anterior (ley 23.982) ninguna disposición que autorice a introducir excepciones en materia de multas procesales impuestas por los jueces en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*"⁸⁷.

Este criterio resulta cuestionable toda vez que olvida que la causa de la *astreinte* es autónoma del crédito que se esta procurando su reconocimiento judicial y emerge de la desobediencia a una orden judicial que puede tener un origen cronológico posterior a la fecha de cierre de la consolidación decretada por la leyes de emergencia. Va de suyo, que el razonamiento de la Dra. Argibay sería plenamente válido si la desobediencia judicial es anterior a la fecha de cierre de la consolidación de los créditos.

Igual crítica jurídica le cabe al pensamiento de Zaffaroni, más allá de que puede ser una buena decisión política pensando en el bien común (la multa la paga, en definitiva, el pueblo), ello por cuanto el Estado conociendo que abonará con moneda de emergencia (bonos con pago diferido) puede desobedecer la orden judicial *sine die*. Por ello se debe aclarar que esta posibilidad de morigeración indirecta de la cuantía de las *astreintes* está limitada únicamente a los casos en que se ha cumplido efectivamente el mandato jurisdiccional.

b. Las astreintes aplicadas al Estado no son consolidables

En el caso "Iturraga", la mayoría entendió que "*las astreintes son medidas compulsivas que importan el ejercicio del poder público estatal a cargo de los jueces y constituyen un medio para lograr el cumplimiento de las decisiones judiciales. En tal sentido, se diferencian nitidamente de las obligaciones impuestas por la condena cuya satisfacción procuran. Las astreintes suponen una sentencia condenatoria que el acreedor no satisface deliberadamente y se dirigen a vencer la resistencia del reuente mediante una presión psicológica -no exenta de consecuencias económicas- que lo mueva a cumplir; de ahí que los jueces han de graduarlas con la intensidad necesaria para doblegar la porfía del obligado. Suprimir tales efectos por la oblicua vía de aplicar la ley 23.982, importaría privar a los jueces de uno de los instrumentos legalmente conferidos para ejercer su imperium. Ese resultado no se compadece con la finalidad de la ley citada que, ante la emergencia económica, dispone la consolidación del pasivo estatal y organiza un procedimiento para su oportuna cancelación. En tales condiciones -dado el fin perseguido por el instituto y, en atención a su naturaleza- no resulta admisible que la norma en examen incluya la obligación impuesta como consecuencia de aquella conducta intencionada entre las que el propio deudor puede, mediante la comunicación de que no tiene asignada la partida presupuestaria correspondiente, dilatar su cumplimiento"*⁸⁸.

Este criterio es seguido por la minoría en el caso "Palillo" cuando se precisa que "*el régimen de consolidación de deudas no alcanza a aquellas emergentes de sanciones impuestas por los jueces en ejercicio de las facultades que les acuerda el art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación pues, de lo contrario, se desnaturalizarían los efectos que se pretende con la aplicación de astreintes, sin distinguir entre los supuestos en los que la obligación principal hubiera sido cumplida o no (v. Fallos 320:186 y sentencia del 2 de julio de 2002, in re E. 152, L.XXXVII, 'Elma S.A. c/ Pratti Vázquez Iglesias S.A. s/ cobro de pesos', que se remite a los fundamentos del dictamen de esta Procuración General) (del dictamen del procurador general)"⁸⁹.*

En la doctrina de los autores, para sostener esta tesis se argumenta que “a) *La temática contextual de la ley de consolidación se refiere a la ejecución del pago de obligaciones de dar sumas de dinero. Y no de cuestiones en que se trata de un sustituto de una obligación de hacer, todavía pendiente y posible de realizar tan pronto como la desidia administrativa sea reemplazada por criterios de eficacia, tal como lo requieren los administrados y lo pregonan los actuales funcionarios; b) Tampoco es aplicable porque en el caso que nos ocupa, es un juez de la nación quien impone la sanción conminatoria para forzar el cumplimiento de una orden. Se crea pues una relación directa entre el poder jurisdiccional –sancionador- y el incumplidor –sancionado-. Es evidente entonces, que no estaríamos en los supuestos típicos de la ley quien contempla el caso de los particulares que quieren cobrar al Estado sus acreencias, y c) Es una penalidad civil; y la emergencia no ha dejado de lado la aplicación de penas a quienes se las deba imponer por su conducta delictual o cuasi delictual. Muy por el contrario, no saldremos adelante sino con el cumplimiento de la ley y los mandatos judiciales. Y en ello el Estado Nacional debe ejemplificar con su conducta”⁹⁰.*

8. Reflexiones finales

Sin lugar a hesitación el esfuerzo intelectual realizado por los maestros del derecho en el recordado Tercer Congreso de Derecho Civil ha dado sus frutos al generar las condiciones para la incorporación de la *astreinte* al plexo normativo nacional, tanto procesal como sustancial.

Con ello se ha logrado dar un importante paso adelante para consolidar la autoridad de los jueces a la par de su moralización y con ello la consolidación del sistema republicano, al otorgar una herramienta operativa eficaz para que se respeten sus decisiones tanto por los particulares como por el Estado mismo.

Cuando se observa tanta devoción por el derecho sólo cabe a las nuevas generaciones de jurista comprender que el único camino cierto es el que se hace con esfuerzo y comprometido con el futuro del ser humano que es el destinatario final de todo.

NOTAS:

¹ Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, “Astreintes (Algunos de sus aspectos en el derecho argentino y francés)”, L.L. 1992-D-570. Este autor cita el fallo dictado por la Corte de Casación francesa del 11/7/1811, en Sirey 42.1. 170; del 28/12/1824, en Sirey 7. 1. 604; del 28/1/1834, en Sirey 34. 1. 129.

² Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, *idem.* cita: Sentencia de la Corte de Casación francesa del 5/7/33, en Dalloz Periodique 1934-IV-133; Pierre ESMEIN, “L’origine et la jurisprudence en matière d’astreintes”, en Revue Trimestrelle en Droit Civil, 1903-5-a53; *idem* en Henri LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, N° 141, pág. 89, con anotaciones de Pierre Azaud, París, Ed. Dalloz, 6ª ed., 1962; Jean SAVATIER, “L’execution des condonations au payement d’une astreinte”, en Dalloz Cronique 1951-37; E. GAUDEMONT, *Teoría general de las obligaciones*, cit., pág. 375.

³ Cámara 2ª Civ., Cap., 6/4/1921, J.A. t. 6, pág. 314.

⁴ Este caso fue recordado por el Dr. Lázaro S. TREVISÁN en su intervención como miembro informante de la Comisión Definitiva en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 14/10/1961). Por su parte, Oscar José AMEAL cuando comenta el art. 666 bis en el *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Buenos Aires, Astrea, 1981, t. 3, pág. 243, recuerda que en el caso se imponía una multa de \$ 100 mensuales al dueño de un establecimiento por el ruido molesto causado por un molino que afectaba al vecino y hasta tanto cesara de producirlo, razón por la cual señalo que “mas que la aplicación de astreintes se estableció la indemnización de un daño futuro cierto”.

⁵ Cámara 2ª C. y C. de La Plata, 29/12/1952, J.A. t. 1953-II, pág. 181; CNCiv., Sala A, 4/8/1952, J.A. 1952-IV, pág. 9; CNCiv, Sala D, 4/8/1961, E.D. 2 pág. 755; CNCiv., Sala E, 6/7/1959, E.D. 4-911 y J.A. 1959-V, pág. 88; CNCiv., Sala C, 11/4/1961, E.D. 1 pág. 487 y J.A., 1961-IV, pág. 368; Cámara 2ª C. y C. de La Plata, Sala II, 2/12/1960, E.D. 1 pág. 759 y L.L. 102, pág. 274, entre otros antecedentes publicados.

⁶ Integrada por los Dres. Lázaro S. Trevisán, Darío Luis Hermida, Lisardo Novillo Saravia (h), Iván Díaz Molina y Rubén Moltoni.

⁷ Redactado por los Dres. Darío Luis Hermida, Lisardo Novillo Saravia (h), Iván M. Díaz Molina y Rubén A. Moltoni.

⁸ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Las ‘astreintes’ y el incumplimiento de mandatos judiciales”, C. y J., Sem. Jur., Nº 76, 3 de abril de 1979 y E.D. 85-428.

⁹ Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, Nº 43, pág. 44; Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1973, t. I, pág. 100; Pedro Néstor CAZEUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., 1ª reimp. aumentada y actualizada, La Plata, Platense, 1979, t. 1, pág. 177; Atilio Aníbal ALTERINI - Oscar José AMEAL - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 136; Oscar José AMEAL, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Belluscio (dir.) - Zannoni (coord.), Buenos Aires, Astrea, 1981, t. 3, pág. 244; Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2, pág. 212, entre otros autores; CNCom., Sala D, 24/5/1983, “Amarillo, Osvaldo D. c/ Nuevas Mueblerías Belgrano”, L.L. 1984-B-117. En este fallo se dijo que “si lo pretendido fuera obtener sanción en razón de la demora ocasionada a la litis, la imposición de *astreintes* no sería la vía procesal idónea (art. 45 Cód. Procesal - ADLA, XLI-C, 2975)”.

¹⁰ Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., pág. 213.

¹¹ CC0001 QL 8545 RSD-122-5 Sent. del 19/12/05, “Navas, Carlos Alberto c/ Fernández, Jorge s/ Escrituración”, Juba.

¹² Guillermo A. BORDA, *Tratado...* cit., pág. 44; Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado...* cit., pág. 100; Pedro Néstor CAZEUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...* cit., pág. 177; Atilio Aníbal ALTERINI - Oscar José AMEAL - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho...* cit., pág. 136; Oscar José AMEAL, en *Código...* cit., pág. 244, entre otros autores; CNCiv., Sala C, 17/11/1978, “Galtero de Rodríguez, Nélide c/ Manzone, Jorge”, L.L. 1979-A, 52, en este fallo se dijo que “las *astreintes* -art. 666 bis C.C. (ley 17.711 -ADLA, XXVIII-B, 199-) son un medio de compulsión del deudor, un procedimiento de coerción que ejerce sobre los bienes del condenado; se persigue presionar la voluntad del deudor, constreñirlo a ejecutar la condena. No se relacionan con el perjuicio sufrido por el acreedor a causa de la inexecución del deudor, porque no se busca la reparación del interés afectado”.

¹³ Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., pág. 212.

¹⁴ Carlos Eduardo FENOCHIETTO - Roland ARAZI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. 1, pág. 172; *idem*, 1ª reimp., pág. 159; Enrique M. FALCÓN, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 2006, t. 1, pág. 119.

¹⁵ Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Perrot, 1971, pág. 50; Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado...* cit., pág. 100; Pedro Néstor CAZEUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...* cit., pág. 177; Atilio Aníbal ALTERINI - Oscar José AMEAL - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho...* cit., pág. 136; Oscar José AMEAL, en *Código...* cit., pág. 244; Félix A. TRIGO REPRESAS - Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Código Civil Comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía. Obligaciones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, t. II, pág. 53; estos autores califican a la figura como “una medida procesal de ejecución”, entre otros autores.

¹⁶ Cámara C. y C. de Morón, Sala II, 24/8/1999, “Solari, Antonio M. c/ Municipalidad de Morón”, L.L.B.A., 2000, 916; CNCiv., Sala B, 26/8/1997, “De Tomaso de Aisen, Alicia I. c/ Aisen, Eduardo I.”, L.L. 1998-A-475 - D.J. 1998-3-1157; CNCiv., Sala I, 25/8/1998, “B., S. V. c/ S., S. P.”, L.L. 1999-C-565 - D.J. 1999-2-855.

¹⁷ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones*, Córdoba, Advocatus, 1994, t. I, pág. 468; Guillermo TINTI, “*Astreintes*: requisitos para su aplicación y cuantificación del monto”, L.L.C. 1997-1049; Luis MOISSET DE ESPANÉS - Guillermo P. TINTI, “*Astreintes*: una revisión de los elementos salientes de las sanciones conminatorias”, *Anuario de Derecho Civil, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, Universidad Católica de Córdoba*, Nº 1, año académico 1993, pág. 95.

¹⁸ Superior Tribunal de Córdoba, fuero laboral, Fallo Nº 101 del 11/6/04, “Giordano de Villagra, Karina c/ Tope Neumáticos - Despido - Recurso directo”; Cámara 4ª C. y C., Fallo Nº 31 del 6/3/04, “Larrey, Mirta G. c/ Mónica B. López Montes - Ordinario”.

¹⁹ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Expediente: 66099, “Maimone, Jose M. c/ Hospital Luis Lagomaggiore - Acción procesal administrativa”, 16/12/99, LS293 - Fs. 097.

²⁰ CNCom., Sala B, 14/12/1978, “Vivono, Abel c/ Tagliabúe, Roberto”, L.L. 1981-A-558.

²¹ Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., págs. 210/211; este criterio es adoptado en Guillermo A. BORDA, *Tratado...* cit., pág. 45.

²² Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, 27/4/98, “Tipping, Isabel c/ Provincia del Neuquén”, L.L. 1998-D-532 - D.J. 1998-3-1005; CNCiv., Sala A, 12/8/96, “Pentacar S.A. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, L.L. 1998-A-471, 19/8/98, “Blanco, María G.”, L.L. 1999-C-421 - D.J. 1999-1-1077; CNCiv., Sala E, 10/3/80, “Martín Jorge J. c/ Córdoba de Pardo, Irma, S.”, L.L. on line, 7/10/80; “Chaibul de Pérez, Lidia C. c/ Pérez, Leonardo”, L.L. 1981-A-118, 21/03/1980, “Monner Sans, J.M. c/ Marcovich, Angel y/u otro”, L.L. on line; CNCiv., Sala C, 15/11/83, “A. de C., M.A. c/ C., A.”, L.L. 1984-A-450, etc..

²³ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Las *astreintes*...” cit., pág. 428.64

²⁴ Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado...* cit., pág. 104; Guillermo A. BORDA, *Tratado...* cit., pág. 46; Pedro Néstor CAZEUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, ob. cit., pág. 176; Atilio Aníbal ALTERINI - Oscar José AMEAL - Roberto M. LÓPEZ CABANA, “Derecho...”, ob. cit., pág. 138; Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones...*, ob. cit., pág. 214; Oscar José AMEAL, en *Código...*, ob. cit., pág. 247; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Alberto J. Bueres Dirección –

Highton, coordinación, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1998, pág. 581; Lino Enrique PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. II “Sujetos del proceso” 5ª reimpresión Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pág. 247, entre otros autores.

²⁵ Roberto H. BREBBIA, “Las ‘astreintes’ en el derecho positivo argentino después de la reforma del Código Civil de 1968”, L.L. 1996-B, 1145

²⁶ C.S.J.N., I. 75. XXV.; “Iturriaga, Ernesto Alfredo c/ Banco Central de la República Argentina”, 27/02/1997, T. 320, P. 186; R. 331. XXXVII.; “Rotundo, Luis (sucesión) c/ Compañía Azucarera Bella Vista S.A. y otra”, 18/12/2003, T. 326, P. 4962; B. 1042. XXXVII.; “Bagialemani, Cayetano c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 29/4/04, T. 327, P. 1258; B. 1042. XXXVII.; “Barbalace, Octavio José c/ ANSeS.”, 19/8/04, T. 327, P. 3236, entre otros casos.

²⁷ Discrecional (de *discreción*). 1. adj. Que se hace libre y prudencialmente. 2. adj. Se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=discrecional

²⁸ Arbitrio. 1. m. *Der.* Facultad que la ley deja a los jueces o autoridades para la apreciación de circunstancias o para la moderación de sus decisiones. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitrio

²⁹ Arbitrariedad. (De *arbitrario*). 1. f. Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitrariedad

³⁰ Roberto H. BREBBIA, “Las *astreintes*...”, ob. cit., pág. 1145

³¹ Tercera Cámara Civil y Comercial – Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, Expediente: 98697 “Nasif, Silvia Supercentro y ot. - Cumplimiento de Contrato”, 06-04-1994, LS071 - Fs.078. En el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 7/5/98, “Alco S.A. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, L.L. 1999-C, 175 - DJ 1999-2, 853; Cámara Nacional Civil, Sala D, 25/10/85, “K. de A., A. E. c/ A., C. P.”, La Ley 1986-A, 341; Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala I, 20/8/1985, Consorcio Propietarios Edificio Corrientes y Córdoba, c/ Halmen S. A.”, La Ley on line; Cámara Nacional Civil, Sala C, 7/3/1985, “Tecnocasa, S.A. c/ Geo Inmobiliaria, S.R.L.”, L.L. 1985-C, D.J. 1986-1, 469; Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 31/8/82, “Cedres, D. E. D. c/ Calot, Francisco y otros, suc.”, L.L. 1983-D, 129.

³² Jorge Joaquín, LLAMBIAS, *Tratado...*, ob. cit., pág. 103; Guillermo A. BORDA, *Tratado...*, ob. cit. (La ley), pág. 54; Pedro Néstor CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, ob. cit., pág. 177; Atilio Aníbal ALTERINI - Oscar José AMEAL - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho...*, ob. cit., pág. 138; Oscar José AMEAL, en *Código...*, ob. cit., pág. 247; Félix A. TRIGO REPRESAS - Rubén H. COMPAGNINI DE CASO, “*Código...*”, ob. cit., pág. 58; Aída Kemelmajer de Carlucci, en *Código...*, pág. 582, entre otros autores.

³³ Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones...*, ob. cit., pág. 215.

³⁴ Carlos J. COLOMBO – Claudio M. KIPER, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I, pág. 323. Estos autores prefieren hablar de “revocación o reliquidación” de las *astreintes* para dejarlas sin efectos o mitigar su cuantía.

³⁵ C.S.J.N., B. 1572. XLI; RHE, “Btsh, Nadia c/ Jouedjati, José”, 29/04/2008; B. 837. XXXVII. “Banco Ganadero Argentino c/ Medicina Técnica s/ ejecución hipotecaria”, 18/12/2003, T. 326, P. 4909, L.L. 21-04-04, nro. 107.287.

³⁶ C.S.J.N., R. 474. XXXVI. “Romero, Julio César c/ Ragonese, Jorge Luis y otro”, 26/08/2003, T. 326, P. 3081; P 835 XXXI “Piñeiro, María Elvira s/ sucesión ab intestato”, 11/02/1997, T. 320, P. 61.

³⁷ SCBA, Ac 90941 S 8-3-2006, “Sociedad de Fomento Cariló c/ Municipalidad de Pinamar s/ Amparo”, Juba.

³⁸ Guillermo A. BORDA, *Tratado...*, ob. cit. (La ley), pág. 46; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, “Tratado...”, ob. cit., pág. 104; Pedro Néstor CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, ob. cit., pág. 176; Atilio Aníbal ALTERINI - Oscar José AMEAL - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho...*, ob. cit., pág. 138; Ameal, Oscar José, en “Código...”, ob. cit., pág. 247; Santos CIFUENTES, director – Fernando A. SAGARNA, coordinador, *Código Civil – Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2003, t. I, pág. 484; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *Código...*, pág. 580, entre otros autores.

³⁹ C.S.J.N., I. 75. XXV. “Iturriaga, Ernesto Alfredo c/ Banco Central de la República Argentina”, 27/2/97, T. 320, P. 186, JA. 22-10-97. En sentido concordante se puede citar: Cámara Nacional Civil, Sala A, 21/2/84, “M. de M., M. A. c/ M., L.”, L.L. 1985-A, 605; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 17/07/1998, “D’Annunzio, Gabriel, Producciones c/ Partido Justicialista de la Provincia de Buenos Aires”, L.L. 1999-D, 98, D.J. 1999-2, 1154; Cámara Nacional del Trabajo, Sala VIII, 3/7/98, “González, Valentín H. c/ Club Italiano Asociación Civil y otro”, D.T. 1998-B, 2447; Cámara Nacional Civil, Sala C, 29/11/94, “P. G., R. M. y otro.”, L.L. 1995-C, 595, LDJ 545; Cámara Nacional Civil, Sala G, 25/3/86, “C. de R., L. M. c/ R., N.”, L.L. 1987-D, 634; Cámara Nacional Civil, Sala D, 25/10/85, “K. de A., A. E. c/ A., C. P.”, L.L. 1986-A, 341; Cámara Civil y Comercial de Junín, 12/9/84, “Palmentieri, José L. c/ Giulio, Jorge R. y otros”, L.L. 1985-A, 611; Cámara Nacional Civil, Sala G, 10/9/84, “Gades, José c/ Cooperativa Familiar de la Vivienda Limitada”, Cámara Nacional Civil, Sala F, 22/12/83, “Mayer, Severio y otro c/ Bevilaqua Hnos., y Cía.”, L.L. 1984-C, 170; Cámara Nacional Civil, Sala G, 30/9/83, “G. de P., E. c/ P., S. J.”, L.L. 1984-B, 43; Cámara Nacional Civil, Sala F, 8/8/83, “Szames, Moisés c/ La Primera Caja Mercantil”, L.L. 1984-A, 456; Cámara Nacional Civil, Sala D, 30/11/81, “Alimena, Marta S. c/ Carcano, Héctor y otros”, L.L. 1982-B, 168, entre otros.

⁴⁰ Fallo idem (voto Moliné O’Connor y López).

⁴¹ C.S.J.N., B. 1572. XLI; RHE “Btsh, Nadia c/ Jouedjati, José”, 29/4/08; C 45 XXXIV “Consorcio de Propietarios del Edificio de la Avenida Santa Fe 900 c/ Ayam, Moisés”, 4/2/99, T. 322, P. 68; del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

- ⁴² SCBA, Ac 90941 S 8-3-2006, “Sociedad de Fomento Cariló c/ Municipalidad de Pinamar s/ Amparo”, Juba.
- ⁴³ CC0001 SM 51537 RSD-280-4 S 10-8-2004, “Pugnale, Silvio y Maggiorina, Nedun s/ Sucesión Ab-Intestato”, Juba.
- ⁴⁴ CC0203 LP, B 65496 RSD-40-89 S 16-3-1989, “Esteban Lagares S.C.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Reivindicación”; CC0203 LP, B 67942 RSD-190-89 S 14-9-1989, “Pérez, Matea c/ Nápoli, Ana s/ Daños y perjuicios”, Juba; CC0201 LP 109935 RSI-134-8 I 15-7-2008, “Sparvieri, Anunciada s/ Incidente del art. 531 del CPCC”, Juba.
- ⁴⁵ CC0002 SM 42946 RSI-222-3 I 1-7-2003, “Garrido, Marcelo s/ Insania”, Juba.
- ⁴⁶ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, 27/04/1998, “Tipping, Isabel c/ Provincia del Neuquén”, L.L. 1998-D, 532; D.J. 1998-3, 1005.
- ⁴⁷ Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, 2/8/79, “Echegaray, Rogelio F. c/ Caruso, Eduardo H.”, L.L. 1980-C, 565
- ⁴⁸ Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones...*, ob. cit., pág. 210/211; este criterio es adoptado en Guillermo A. BORDA, *Tratado...* ob. cit. (La Ley), pág. 45.
- ⁴⁹ Guillermo A. BORDA, *Tratado...*, ob. cit. (La ley), pág. 46; Félix A. TRIGO REPRESAS – Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Código...*, ob. cit., pág. 57, entre otros autores.
- ⁵⁰ C.S.J.N., M. 878. XXXIX. “Montero, Abelardo - incidente de ejecución II de honorarios de perito c/ Astilleros Ortholan S.R.L.”, 23/12/2004, T. 327, P. 5850.
- ⁵¹ C.S.J.N., C 45 XXXIV “Consorcio de Propietarios del Edificio de la Avenida Santa Fe 900 c/ Ayam, Moisés”, 4/2/99, T. 322, P. 68. En igual sentido: Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, 10/9/81, “V. de G., S. T. c/ G., A. L.”, La ley on line. En este fallo se dijo que “las “astreintes” son sólo un medio de compulsión prevista para el futuro, de donde se sigue que no pueden aplicarse con retroactividad para sancionar incumplimientos pasados”.
- ⁵² Guillermo A. BORDA, *Tratado...*, ob. cit. (La ley), pág. 46; Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado...*, ob. cit., pág. 107; Pedro Néstor CAZEAX – Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, ob. cit., pág. 177; Atilio Aníbal ALTERINI - Oscar José AMEAL - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho...*, ob. cit., pág. 138; Oscar José AMEAL, en *Código...*, ob. cit., pág. 247; Ramón Daniel PIZARRO – Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones...*, ob. cit., pág. 215; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *Código...*, pág. 581, entre otros autores.
- ⁵³ C.S.J.N., B. 837. XXXVII.; “Banco Ganadero Argentino c/ Medicina Técnica s/ ejecución hipotecaria”, 18/12/03, T. 326, P. 4909, (Disidencia parcial de Belluscio, Petracchi y Boggiano). En igual sentido: Cámara 1ª Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, 20/9/90, “Castiglioni, Luis c/ Davicino, Eduardo O.”; L.L. 1991-D, 262; D.J. 1991-2, 720; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, 01/02/1988, “Molina, Oscar J. c/ Pryor e hijos, S. R. L.”, DT 1988-A, 628. En este fallo se precisó que “la actualización del importe de las “astreintes” es procedente conforme a las pautas previstas por el art. 276 de la ley de contrato de trabajo (Adla, XXXIV-D, 3218; XXXVI-B, 1175).
- ⁵⁴ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “La liquidación de las “astreintes” y la posibilidad de actualizar su monto”, *Semanario Jurídico*, N° 74, 20 marzo 1979, y *Boletín Fac. de Der. y Ciencias Sociales*, Córdoba, año XLII - XLIII, p. 398.
- ⁵⁵ CC0001 SM 53814 RSI-335-3 I 2-10-2003, “Salvatierra Lidia c/ I.O.M.A s/ Amparo s/ Incidente de ejecución de multa”, Juba.
- ⁵⁶ Guillermo A. BORDA, *Tratado...*, ob. cit. (La ley), pág. 52.
- ⁵⁷ Oscar José AMEAL, en *Código...*, ob. cit., pág. 247.
- ⁵⁸ Pedro Néstor CAZEAX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, ob. cit., pág. 188.
- ⁵⁹ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “La liquidación de las ‘astreintes’...”, ob. cit., pág. 398.
- ⁶⁰ Cámara Nacional Trabajo, Sala VIII, 22/12/94; “Zalazar, Guillermo W. c/ Transporte Veintidós de Septiembre S. A. - Línea 2”, DT 1995-B, 1262; D.J. 1995-2, 516.
- ⁶¹ Cámara Nacional Comercial, Sala D, 22/10/2007, “Trabacar S.A. c/ Unión Transitoria de Empresas Maillard S.A.”, La Ley Online.
- ⁶² Cámara Nacional Civil, Sala F, 25/2/81, “Gabba, Pablo J. y otros c/ Vázquez Fernández, Francisco”, L.L. 1981-C, 549.
- ⁶³ Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala II, 5/5/78, “Consorcio de Propietarios Edificio Scala I c/ Consorcio de Propietarios Edificio Premier”, La Ley on line; C.S.J.N., A. 658. XXXVII. “Araldi, Jorge Oscar c/ ANSeS s/ ejecución previsional”, 14/9/04, T. 327, P. 3719.
- ⁶⁴ Guillermo A. BORDA, *Tratado...*, ob. cit. (La ley), pág. 51; Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado...*, ob. cit., pág. 110; Pedro Néstor CAZEAX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, ob. cit., pág. 186; Atilio Aníbal ALTERINI - Oscar José AMEAL - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho...*, ob. cit., pág. 139; Oscar José AMEAL, en *Código...*, ob. cit., pág. 248; Ramón Daniel PIZARRO – Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones...*, ob. cit., pág. 218, entre otros autores.
- ⁶⁵ Cámara Nacional Civil, Sala D, 22/4/91, “Landajo, Tomás R., suc.”, L.L. 1992-A, 4, DJ 1992-1, 364.
- ⁶⁶ Guillermo A. BORDA, *Tratado...*, ob. cit. (La ley), pág. 51; Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado...*, ob. cit., pág. 107; Atilio Aníbal ALTERINI - Oscar José AMEAL - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho...*, ob. cit., pág. 139; Oscar José AMEAL, en *Código...*, ob. cit., pág. 248, entre otros autores.

⁶⁷ Guillermo A. BORDA, *Tratado...*, ob. cit. (La ley), pág. 50.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, 2/8/79, “Echegaray, Rogelio F. c/ Caruso, Eduardo H.”, L.L. 1980-C, 565

⁷⁰ Cámara Civil y Comercial de 3ª Nominación de Córdoba, 5/5/89, “Caputo, Luis c/ Fantilli, Armando y otra”, L.L.C. 1990, 147.

⁷¹ Cámara 1ª Civil y Comercial de La Plata, Sala I, 5/6/86, “Sarti, Lido E. c/ Ravagnan, Juan C. y otro”, L.L. 1987-B, 597

⁷² Sancionada: 8/3/1995. Promulgada parcialmente: 23/3/95. Publicada: B.O. 30/3/97.

⁷³ C.S.J.N., 9/3/99, “Castellano de López, María Teresa c/ Estado Nacional”, La Ley Online.

⁷⁴ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, 27/04/1998, Tipping, Isabel c/ Provincia del Neuquén., La Ley 1998-D, 532-D.J. 1998-3, 1005

⁷⁵ Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, 9/4/96, “Gómez, José S. y otros c/ Municipalidad de Santiago del Estero”, L.L. 1997-C, 933 (Del voto del doctor Utrera); Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, 20/8/96, “El Comercio de Córdoba Cía. de seguros c/ Capitán y/o Arm. y/o Prop. Buque Alte. Stewart y otro”, La Ley 1997-E, 307 – D.J. 1997-3, 181

⁷⁶ C.S.J.N., 14/6/05, “Torres, Norma c/ Embajada del Reino de Arabia Saudita”, La Ley Online (Del voto en disidencia del doctor Boggiano).

⁷⁷ Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala I, 12/5/06, “Campo Fértil S.A. c/ Provincia de San Juan”, La Ley Online (voto Dres. Ferreira y Riveros)

⁷⁸ Cámara Civil y Comercial de 1ª Nominación de Córdoba, 13/6/01, “D’Espósito Silvia M. y otros c/ Provincia de Córdoba”, L.L.C. 2002, 86 (del voto en disidencia parcial de doctora Garzón de Bello).

⁷⁹ C.S.J.N., C 1099 XX; “Cantos, José María c/ Santiago del Estero, Provincia de y Estado Nacional s/ cobro de pesos - inc. de embargo preventivo peritos Marum y Viegas”, 1/4/97, T. 320, P. 479. En el mismo sentido: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, 1/12/1998, Vargas, Nélida c/ Provincia de Jujuy, LLNOA 2000, 589.

⁸⁰ CC0002 SM 42946 RSI-222-3 I 1-7-2003, “Garrido, Marcelo s/ Insania”, Juba. En el mismo sentido: Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, 10/9/07, “G.C.B.A. c/ Milletari, Miguel Angel”, PET 11, La ley Online; Cámara Federal de La Plata, Sala II, 4/10/07, “Sociedad Abierta Asoc. Civil c/ Transportes Metropolitanos y otro”, La Ley Online

⁸¹ Agustín GORDILLO, “Amparo por mora y derecho a una decisión fundada”, L.L. 1995-D, 306.

⁸² Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 25/10/07, “Admicor S.A. c/ Provincia de San Juan - Amparo por mora”, L. de A. Tº 154, Fº 3/20; autos Nº 18.556 “Campo Fértil S.A. c/ Provincia de San Juan - Amparo por Mora”, L. de A. Tº 144 Fº 69/79 - 12/05/2006; autos Nº 16.180 “Posleman, Gladys L. c/ Unidad de Control Previsional -Amparo por mora - Actuaciones formadas con motivo de la apelación concedida conforme art. 255 del C.P.C.”, L.A. Tº 111 Fº29/33, 7/3/2001y Nº 15.821 “Luluaga, Roberto Miguel c/ Provincia de San Juan - Amparo por Mora”, L. de A. Tº 106, Fº 149/154 - 2.000 (Voto Dr. Alferillo).

⁸³ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *Código...*, pág. 586.

⁸⁴ C.S.J.N., I. 75. XXV. “Iturriaga, Ernesto Alfredo c/ Banco Central de la República Argentina”, 27/02/1997, T. 320, P. 186; JA. 22-10-97. La minoría estuvo suscripta por el voto de los Dres. Nazareno, Fayt, Bossert, Vázquez.

⁸⁵ La mayoría estuvo integrada por el voto de los Dres. Highton de Nolasco, Lorenzetti, Fayt, Zaffaroni, Argibay.

⁸⁶ P. 672. XXXVII. “Palillo, Rubén (hoy Palillo, Juan Carlos) c/ Ejército Argentino”, 17/5/2005, T. 328, P. 1553

⁸⁷ Fallo ídem, voto Dra. Argibay.

⁸⁸ C.S.J.N., I. 75. XXV. “Iturriaga, Ernesto Alfredo c/ Banco Central de la República Argentina”, 27/2/97, T. 320, P. 186; J.A. 22/10/97. La mayoría estuvo conformada por los Dres. Belluscio, Petracchi, Boggiano. Moliné O’Connor y López.

⁸⁹ C.S.J.N., P. 672. XXXVII. Recurso de hecho. “Palillo, Rubén (hoy Palillo, Juan Carlos) c/ Ejército Argentino”. Voto en disidencia de los Dres. Petracchi, Belluscio, Boggiano y Maqueda.

⁹⁰ Julio DE GIOVANNI, “Emergencia: consolidación y potestades del Poder Judicial. Un tema olvidado: las sanciones conminatorias”, L.L. 1993-B, 1166

LA INTERPELACIÓN AUTÉNTICA DEL DEUDOR COMO CAUSAL DE SUSPENSIÓN

por EDGARDO LÓPEZ HERRERA

SUMARIO: I. Punto de partida. II. La suspensión por interpelación auténtica al deudor. III. La reforma de la ley 17.711. IV. Funcionamiento de la suspensión por constitución en mora. V. Necesidad de acto auténtico de interpelación. VI. El carácter recepticio de la interpelación. VII. No puede usarse más de una vez. VIII. El problema interpretativo y la contribución del IV Congreso. IX. Las modernas tendencias.

I. Punto de partida

Agradecemos a la Academia Nacional de Derecho, en la persona de su Presidente Luis Moisset de Espanés, la generosa invitación que nos hiciera para participar en este acto de homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil que sea realizaron en Córdoba.

Hemos elegido como tema de nuestro trabajo dos recomendaciones que hizo ese Congreso sobre el art. 3986, según el texto de la ley 17.940. La primera recomendación, de *lege lata*, dice así:

“Que la “constitución en mora del deudor”, que menciona el segundo párrafo del art. 3986, debe entenderse como ‘requerimiento de pago’, cuando aquélla se ha producido automáticamente con anterioridad a la interpelación”.

La segunda recomendación, coherente con la que se acaba de citar, es de *lege ferenda* y propone redactar el artículo 3986 con la aclaración de que lo que suspende es el requerimiento auténtico de pago.

II. La suspensión por interpelación auténtica al deudor

Sabido es que la prescripción es una institución de orden público que requiere dos elementos: el paso del tiempo y la inactividad de los titulares de la relación jurídica, en especial del acreedor.

La prescripción pacifica las relaciones jurídicas, cuando luego de un determinado tiempo, que el legislador considera prudencial, el acreedor no ha dado muestras de querer ocuparse de su crédito.

Pero sucede que a veces este acreedor sí era diligente y no dejaba su crédito en el olvido sino que se ocupaba por ejemplo de intimar a su deudor, aunque más no fuese mediante una carta documento o un telegrama. ¿Esas gestiones privadas, tenían alguna incidencia? No. Salvat por ejemplo decía que “*Las gestiones privadas, aún en el caso de haberse hecho por medio de cartas contestadas por el deudor, no bastan para interrumpir la prescripción, salvo que en tales gestiones o cartas pudiese encontrarse os elementos de un reconocimiento o de una renuncia a una prescripción ya ganada*”¹. Otro autor, Alberto Spota también era coincidente, aunque para no ser tan riguroso decía que en algunos casos podía asignarse efecto interruptivo a la interpelación siempre que el silencio del deudor pudiese interpretarse inequívocamente como su asentimiento a un requerimiento de pago. Sin embargo la interrupción no se producía por la gestión sino por el reconocimiento tácito que sí es una causal de interrupción prevista por la ley².

Es decir que en el sistema originario del código civil, ciertos actos del acreedor eran transparentes o inocuos para la prescripción. Era como si no hubiesen existido. La prescripción, tal cual la concibió Vélez Sarsfield no se suspendía ni mucho menos interrumpía por la interpelación, sino que el único acto emanado exclusivamente del acreedor que tenía efectos conservatorios del derecho era la demanda judicial³.

Es decir que lo que el sentido común podría indicar como diligencia del acreedor, por ejemplo haber interpelado al deudor mediante un escribano el tempestivo cumplimiento de lo adeudado, no tenía importancia para la regulación de la prescripción de nuestro sistema⁴. Incluso las negociaciones que pudiera haber habido entre las partes, no tenían incidencia para la prescripción, si es que no había un reconocimiento del deudor, como por ejemplo cuando pedía una forma de pago⁵ o bien cuando esas tratativas tenían por fin claro establecer el monto de la deuda⁶.

Las gestiones, y una de las más claras que se pueden hacer en procura del crédito antes de demandar, como interpelar extrajudicialmente, no preservaban al crédito de los devastadores efectos de la prescripción. Tal como hemos dicho en otra obra, el sistema era de todo o nada para el acreedor: la única protección segura contra la prescripción era la demanda judicial⁷.

La norma estaba claramente inspirada en el Código Civil francés, que en esa época no reconocía valor suspensivo o interruptivo a la interpelación⁸.

Cabe destacar, por el contrario, que en el derecho comparado algunos códigos asignan directamente efecto interruptivo a la interpelación auténtica del deudor.

Por ejemplo el art. 202 inc. IV del Código Civil de Brasil dice que la prescripción se interrumpe “*por cualquier acto judicial que constituya em mora o devedor*”; también el art. 1973 del Código Civil Español, dice que la prescripción de las acciones se interrumpe por “reclamación extrajudicial del acreedor”. El código civil de Perú en el art. 1996 inc. 2) dice que interrumpe la prescripción la “intimación para constituir en mora al deudor”.

III. La reforma de la ley 17.711

Está claro que el sistema que teníamos padecía de una grave incongruencia, pues era ilógico que no se reconociera valor a un acto, que incluso cuando fuese fehaciente, no tenía efectos contra la prescripción⁹.

La ley 17.711 buscó solucionar al problema. Tomando como antecedente al art. 2943 del código italiano de 1942 agregó un nuevo párrafo al art. 3986 que decía: “La prescripción liberatoria también se *interrumpe*, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta *interrupción* sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción [Las bastardillas son nuestras].” Esa reforma, sin embargo, confería efecto interruptivo a la constitución en mora del deudor, e incluso estaba -y está- dentro del Capítulo II “De la interrupción de la prescripción”.

Finalmente la ley 17.940, que corrigió algunos errores de la ley 17.711, reemplazó el efecto interruptivo por otro suspensivo. El texto del segundo párrafo del art. 3986 quedó redactado de la siguiente forma: “La prescripción liberatoria también se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción”.

Borda, el gran artífice de la reforma de la ley 17.711, explicaba el sentido del nuevo artículo: “*Este nuevo recurso del acreedor, inspirado en el art. 2942 del Código Civil italiano, contempla una situación que puede ocurrir en la práctica con alguna frecuencia, sobre todo en los plazos cortos de prescripción. El acreedor reclama el pago de sus créditos y el deudor acepta entrar en conversaciones, pero las dilata, formula contrapropuestas, etc. El vencimiento del plazo de la prescripción sorprende al acreedor y de pronto se encuentra con que el deudor, que hasta ese momento se ha manifestado dispuesto a pagar, se acoge a la prescripción. El nuevo párrafo del art. 3986 brinda un recurso para evitar que este procedimiento de mala fe rinda sus frutos. Ya no es indispensable para evitar que la prescripción se opere, recurrir a un abogado, instaurar la demanda, pagar los gastos de justicia; basta con el requerimiento auténtico*”¹⁰.

IV. Funcionamiento de la suspensión por constitución en mora

Lo primero que hay que aclarar es que esta nueva norma, pese a que está incorporada dentro del capítulo referente a la interrupción es claramente una causal de suspensión¹¹, y que se aplica aun en el derecho comercial¹².

Esto tiene efectos prácticos claros, pues la interpelación no tiene plazo de caducidad. Es decir, después de interpelado el deudor, el acreedor no debe demandar dentro del año. Pese a que una primera lectura podría llevar a confusión, ello no es así.

El acreedor por el solo hecho de interpelar se beneficia con un año más de prescripción. No necesita presentar la demanda dentro del año de suspensión, sino que puede interponerla después si es que le queda todavía plazo de prescripción descontando el que estuvo suspendida, pues la suspensión conserva todos sus efectos¹³.

La prescripción se suspende desde la medianoche del día en que el deudor es interpelado. Por eso se requiere que sea auténtica.

Sólo se puede suspender la prescripción que esté corriendo, lo que quiere decir varias cosas. La primera es que el acreedor puede beneficiarse con un año más de prescripción si interpela cuando falta aunque más no sea un día para que el crédito prescriba. Esto es de suma utilidad cuando el abogado no tiene tiempo para preparar una demanda porque su cliente se acordó tarde de encargarle el pleito. Complementario de esta afirmación es que se requiere que el término no haya transcurrido por completo¹⁴. Si la prescripción ya se cumplió, no hay suspensión posible por interpelación ni por ninguna otra causa.

La afirmación contundente de que se trata de una causal de suspensión puede ser cuestionada cuando nos encontramos con prescripciones cuyos términos son iguales a un año o menos¹⁵.

En estos casos si hay un solo deudor y un solo acreedor los efectos son casi idénticos a los de la interposición de la demanda o al reconocimiento, por ejemplo el acreedor si se trata por ejemplo de una acción revocatoria (art. 4034, C.C.) gana un año. Lo mismo sucede si se trata de prescripciones de seis meses, como por ejemplo la del comprador de un inmueble con una servidumbre no aparente no mencionada en el contrato (art. 4040 C.C.) o la acción redhibitoria (art. 4041 C.C.) que prescribe a los tres meses. En esos casos es lo mismo interrumpir que suspender, porque al ser equivalente el término de suspensión al de prescripción, el efecto de la suspensión es exactamente el mismo que se produciría si el acreedor hubiese interrumpido el plazo prescriptivo, o como bien dice Moisset de Espanés el efecto de esta norma es también el de duplicar los términos de prescripción menores a un año¹⁶. La única diferencia estaría dada si la obligación fuese solidaria o concurrente, caso en el cual la suspensión, por su efecto personalísimo, solo aprovecharía al coacreedor interpelante o contra el codeudor interpelado.

La doctrina ha criticado que tratándose de *actos* del acreedor y no *inactividades*¹⁷ la norma suspenda y no interrumpa como aconsejaría una norma conceptualmente correcta¹⁸. Por otro lado también se opina que no hay ninguna imposibilidad para demandar¹⁹, que es siempre el motivo fundamental para reconocer algún tipo de suspensión.

Es cierto que la norma es una anomalía técnica²⁰, como muy gráficamente se la ha descrito, pero también para las prescripciones largas es inconveniente que el reclamo extrajudicial interrumpa porque conspira contra la estabilidad de los derechos. En ese deseo está la intención legislativa. Por ejemplo en una acción de cumplimiento de contrato, que tiene un plazo de diez años de prescripción (art. 4023 CC.) si se otorgara efecto interruptivo a la interpelación, bien podría suceder que faltando dos días para el cumplimiento del plazo de prescripción, el deudor reciba la visita de un escribano, que labra un acta de requerimiento de pago. Entonces como hay interrupción el acreedor tiene diez años más para demandar, es decir que quizás su demanda sea presentada casi veinte años después de la fecha del título de la obligación.

La verdad es que, como dicen Pizarro y Vallespinos, la norma ha funcionado bastante bien desde su sanción²¹. El texto no debería ser reformado para concederle efectos interruptivos, porque se alargaría en demasía el plazo de prescripción. No es lo mismo que la demanda tenga

efectos interruptivos a que lo tenga el reclamo fehaciente, porque con la demanda comienza el pleito y la situación incierta algún día termina. Con el reclamo la situación de incertidumbre continúa sin resolverse.

Para el deudor la interpelación no es tampoco indiferente, sobre todo si sabe que está por vencer el plazo de prescripción. Quien recibe una intimación días antes de que venza la prescripción, debe saber que su deudor está decidido a cobrar la deuda, que el asunto se ha puesto serio y que más le vale negociar porque de lo contrario será demandado.

Ahora bien, si de mantener la pureza conceptual se trata, y si lo que se quiere es no trastocar la esencia de institutos que desde hace siglos que se están decantando y delineando con precisión, lo más correcto es conferir efectos interruptivos a la interpelación fehaciente, pero sujeta a un plazo de caducidad para demandar de un año o al plazo menor de prescripción²². Además y siempre hablando de *lege ferenda*, la asignación de efectos interruptivos a la interpelación debería estar acompañada de la reducción de los plazos más largos de prescripción.

A diferencia del régimen actual del 3986 2º párrafo, si es que en la propuesta la interrupción, desaparece si no se demanda en el término de un año, en cambio el actual 3986 2º párrafo el año ganado siempre se conserva.

V. Necesidad de acto auténtico de interpelación

No cualquier requerimiento suspende la prescripción sino que la ley, al igual que en el art. 1470 CCiv., exige que sea “auténtica”. Quiere decir documentada, fehaciente²³, que pueda ser indubitadamente probada, que despeje toda duda sobre la veracidad del reclamo y la fecha de su realización²⁴. Se alude con esta expresión a la forma escrita, que puede ser mediante acta notarial²⁵, carta documento²⁶, telegrama colacionado²⁷, una nota dirigida al Director del Registro de la Propiedad, reclamándole daños por el accionar de la repartición²⁸, o actuaciones administrativas²⁹, como el reclamo administrativo de un empleado que padece incapacidad absoluta³⁰, o el de otro que reclama el pago de haberes³¹, incluso si lo hace mediante un telegrama³².

No se requiere ningún tipo de fórmulas sacramentales³³ o solemnes³⁴ ni que la intimación diga que se la hace al efecto de suspender la prescripción, sino tan solo el categórico e inequívoco requerimiento del pago de la deuda, por lo que un telegrama que no intima el pago o que solo menciona diferencias salariales³⁵ no suspende la prescripción³⁶ ni tampoco una carta documento que intima al administrador de un consorcio a que envíe copia del acta de asamblea donde se decidió cursar al actor la comunicación que éste consideraba injuria, si solo se hizo una reserva de derechos, sin pretender el pago de indemnización ni reclamar resarcimiento alguno³⁷. La interpelación es un acto semejante a negocio jurídico³⁸, donde sus efectos, incluido obviamente el suspensivo de la prescripción, se manifiestan incluso si quien intima ignora o no tiene la intención de suspender la prescripción.

Otra cuestión que se plantea es qué sucede si el juicio perime, porque se admite que no obstante la perención, los efectos interpelatorios de la demanda se mantienen. Si la demanda perimida, tiene valor de interpelación³⁹, ¿Sucede lo mismo con el efecto suspensivo de la prescripción de la demanda perimida, tomada como acto de interpelación fehaciente del art. 3982 bis? La respuesta afirmativa se impone, y la razón es que la interpelación no es un acto procesal sino sustancial, por lo que si la demanda caduca, el tiempo de suspensión aprovecha al interpelante⁴⁰ y si la deuda no ha prescrito podrá utilizar el tiempo que estuvo suspendida la prescripción por la constitución en mora de la demanda caduca. Es la única excepción al carácter extrajudicial de la intimación que se necesita para suspender la prescripción. Fuera de ese caso, siempre la interpelación que suspende la prescripción debe ser extrajudicial.

VI. El carácter recepticio de la interpelación

Como toda interpelación que vaya a constituir en mora, se requiere que sea recepticia, esto es que llegue al efectivo conocimiento del deudor⁴¹ o que pueda presumirse que el deudor ha conocido la intimación⁴², por lo que no suspende la prescripción la intimación que, enviada el día del cumplimiento del plazo, no fue entregada por haber sido rechazada dos días después del vencimiento del plazo⁴³; ni tampoco el telegrama simple que no llega a conocimiento del destinatario⁴⁴.

No se exige por lo tanto que el interpelado tome conocimiento cierto ni que lea efectivamente la carta de intimación, sino que pueda entrar en contacto con ella, porque ha sido colocada dentro de su esfera íntima, como sería una interpelación que se deja en el portero o en la guardia de un country, o a un empleado del deudor. No vale pues, la interpelación dirigida hacia un tercero⁴⁵.

VII. No puede usarse más de una vez

Este tipo de suspensión es un derecho del que sólo puede hacerse uso una sola vez⁴⁶. De no ser así se prestaría a abusos. Bastaría con enviar una carta documento antes de finalice cada año para transformar en imprescriptible la acción.

Cumplido el plazo de un año, o el menor si el plazo previsto en la ley de fondo fuere menor (ej. tres meses en los vicios redhibitorios de la compraventa), el efecto del 3986 párr. 2º es que la prescripción suspendida vuelve a correr hasta que se cumple por entero⁴⁷. Se suman el plazo anterior a la interpretación y el posterior que queda luego de la suspensión por interpelación, y recién entonces se sabe si se cumplió íntegro el plazo de prescripción.

VIII. El problema interpretativo y la contribución del IV Congreso

La ley 17.711 produjo una innovación fundamental en el régimen de la mora con la sanción de la mora automática para las obligaciones a plazo, sin necesidad de pacto expreso. En el sistema de Vélez la mora *ex re*, solo se aplicaba cuando había convenio de partes, ahora es la regla supletoria que surge del art. 509 párr. 1º. El principio genérico de la interpelación que antes regía para toda clase de obligaciones, si bien sigue siendo la regla general o residual enfocada con un criterio cualitativo, cuantitativamente la mayoría de las obligaciones, que son a plazo ha quedado fuera de su ámbito. La interpelación rige ahora para las obligaciones con plazo tácito, y para las puras y simples.

La aclaración se formula porque el artículo 3986 2º párr. dice que lo que suspende es “la constitución en mora”, lo que ha sido unánimemente criticado por la doctrina, porque no se alcanza a entender cómo se aplica esta causal a las obligaciones a plazo cierto, en las que “la mora se produce por su solo vencimiento”.

En las obligaciones a plazo cierto lo que interpela es el almanaque, por lo que a primera vista puede razonarse de dos maneras: a) En estas obligaciones no se aplica la suspensión por constitución en mora, sino que se reserva sólo para aquellas obligaciones donde la mora se produce por la interpelación, porque no es posible que se constituya en mora dos veces; o bien, b) Estas obligaciones nacen con el término suspendido por un año desde que se produce la mora, por lo que por ejemplo la obligación de pagar el alquiler no prescribe a los cinco años sino a los seis, porque el primer año la prescripción estuvo suspendida. Ambas interpretaciones, si bien posibles, deben ser descartadas⁴⁸.

En realidad la interpretación más correcta es la que considera que donde dice “constitución en mora” debe entenderse “interpelación”⁴⁹.

Es en este sentido donde la recomendación del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, expresada en 1969, apenas sancionada la 17.940, ha sido realmente importante. La fórmula que se votó en ese Congreso, de clarificar que donde dice “constitución en mora” debe entenderse

“requerimiento de pago”, es decir interpelación, ha sido la que terminó por imponerse. La jurisprudencia y la doctrina de nuestros días son pacíficas en ese sentido, pero existían serias dudas a un año de la reforma.

Son varios los motivos que avalan esta lectura del 3986 2º párrafo. Para empezar debe leerse en su integridad, y en consonancia con la segunda parte que habla de “efectuado en forma auténtica”, lo que únicamente puede predicarse de la mora *ex persona* y no de la mora *ex re*, y solo tiene sentido si se la refiere al requerimiento de pago, como explica Borda⁵⁰.

La constitución en mora mediante interpelación puede servir para suspender la prescripción, como efecto adicional y distinto a la mora. En realidad no es por la mora que se suspende la prescripción, es por el requerimiento de pago categórico e inequívoco, apropiado en cuanto al objeto, modo y tiempo, al que la ley le da un efecto determinado⁵¹. Por esa razón se admite que en las obligaciones a plazo la intimación al pago de la deuda, que no tiene efectos sobre la mora sí los tenga sobre la suspensión de la prescripción, porque exterioriza un acto contrario a la inacción del acreedor⁵². En realidad en la norma del 3986 2º párrafo, lo que está de más es la alusión a la mora, porque podría haberse conseguido el mismo efecto suspensivo simplemente diciendo que el requerimiento fehaciente al pago de la deuda suspende la prescripción, o como dice cierta jurisprudencia “deudor interpelado”⁵³. Si esa interpelación, además por aplicación de otras disposiciones del Código constituye en mora, es un aspecto que nada tiene que ver con la prescripción.

Corolario de que basta que la interpelación para que se suspenda la prescripción, es que si la intimación auténtica se realiza el mismo día en que la deuda entra en estado de mora, el efecto de suspender la prescripción por un año se produce igualmente porque la ley no formula distinciones⁵⁴, y además que ese efecto suspensivo se produce aunque no se inicie demanda judicial dentro del año⁵⁵ o se la inicie después⁵⁶; o aunque no se consigne el pago de una suma concreta, pues la interpelación del 3982 bis CCiv. no debe reunir todos los caracteres para constituir en mora⁵⁷; o aunque existan diferencias entre el monto indemnizatorio mencionado en la interpelación y el consignado en la demanda⁵⁸.

La interpelación a nuestro juicio suspende aun cuando el deudor ha manifestado su intención de no cumplir. No es una cuestión pacífica pues en esos casos hay incumplimiento definitivo y así lo ha entendido cierta doctrina⁵⁹. La interpretación debe ser otra. Este no es un tema únicamente de mora sino fundamentalmente de prescripción, por lo que debe interpretarse en el sentido más favorable a la subsistencia del derecho. Si el acreedor ha documentado mediante una interpelación auténtica su propósito de cobrar su crédito, no puede perjudicárselo por la aplicación estricta de los principios de la mora.

IX. Las modernas tendencias

En las más recientes reformas sobre prescripción el tema de la suspensión de la prescripción ha merecido un destacado lugar.

En el BGB alemán, en la reforma de 2002 pese a que se han creado muchísimas causas de suspensión nuevas, nada se dice del requerimiento extrajudicial. Sí existe una disposición relativa a las negociaciones, que más de una vez comenzarán por el pedido de pago de la deuda. En efecto el § 203 reformado dice que: “Si existen negociaciones pendientes entre el deudor y el acreedor sobre las circunstancias que sirven de base a la pretensión, se suspende la prescripción hasta que una u otra parte se negare a continuarlas. La prescripción no volverá a correr hasta transcurridos tres meses desde el final de la suspensión”.

En la reforma al Código Civil francés de junio de 2008⁶⁰, se mantiene la reglamentación original que no confiere efectos suspensivos a la interpelación.

Sin embargo abre una puerta, demasiado ancha a nuestro parecer, en lo que es uno de los aspectos más novedosos de la reforma, cuando autoriza a las partes a pactar causales de suspensión y de interrupción. De esta manera en ciertos contratos paritarios no sería nada raro

encontrar que se haya pactado que el requerimiento de pago suspenda o interrumpa la prescripción.

NOTAS:

¹ Raymundo SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed. actualizada por Enrique Galli, Buenos Aires, TEA, 1956, pág. 512.

² Alberto G. SPOTA, *Tratado de derecho civil, Parte General, volumen 3-10, Prescripción y caducidad*, Buenos Aires, Depalma, 1959, t. I, ps. 427- 428.

³ Existían no obstante algunas autorizadas voces discordantes que sostenían que la interpelación extrajudicial era interruptiva de la prescripción. Manuel ARGANARÁS, *Prescripción extintiva*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1966, pág. 123.

⁴ Así se ha dicho que “La causal de suspensión que contempla el art. 3986 párr. 2º C.C. procura un nuevo medio para evitar el curso de la prescripción mientras duran las tratativas extrajudiciales enderezadas a obtener el cobro del crédito, sin sorpresas para el acreedor cuando ellas se dilatan”, CNCiv. y Com. Federal, Sala 1ª, “Pedro Petinari e Hijo v. Gobierno Nacional”, J.A. 1989-III-síntesis.

⁵ CNCom., Sala B, 30/11/55, “Orlansky, Max v. Stutman y Grucchi”, L.L. 82-254.

⁶ CFed. La Plata, 23/3/24, “Herrera (suc.) v. Mason”, J.A. 12-692; CNCont. Adm. Fed., Sala III, 25/8/88, “Compañía de Representaciones Hoteleras vs Servicio de Parques Nacionales” L.L. 1989-E-588; Alberto G. SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3 10, cit. pág. 426.

⁷ Ver nuestro *Tratado de la prescripción liberatoria*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008, t. I, pág. 247.

⁸ Si bien en junio de 2008 el Código Civil francés fue reformado en todo lo atinente a la prescripción, sigue sin reconocer valor suspensivo o interruptivo a la interpelación del deudor.

⁹ Bernardo WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. al italiano por Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926, t. IV, pág. 656, dice que la constitución en mora evidencia una actitud del acreedor que es una prueba incuestionable para excluir los fundamentos más graves de la prescripción. Cuando el acreedor intima, demuestra que no abandona su crédito.

¹⁰ Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 6ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1989, t. II, pág. 29.

¹¹ Las razones de este error metodológico son que en un principio fue una causal de interrupción y no de suspensión.

¹² Corte Suprema, 10/3/92, “Jakim, Horacio S. v. Amparo Cía. Argentina de Seguros” J.A. 1992-II-547, Sup. Corte Buenos Aires, 27/4/92, “Scopa, José María e Hijos v. Corsa S.A. y otra”, J.A. 1993-IV-511; También CNac. Com., Sala B, 11/2/04, “Fernández, Adriano v. HSBC La Buenos Aires Cía. de Seguros” RCyS, 2004-711; CNCiv. y Com. Fed., Sala 2ª, 4/6/1996, “Dini, Carlos A. vs. Marimese S.A.”, J.A. 1999-III-síntesis; C.Civ. y Com. Garantías en lo Penal, Zárate Campana, 11/12/2001, “Antonio, Roberto A. v. Expreso Paraná y otro”, L.L.B.A. 2002-863; CNCiv., Sala C, 7/7/1998, Edevias, Raúl A. v. Borda, Renée”, LL 2000-A-594, DJ 2000-I-1248, J.A. 1999-I-421; Sup. Corte Mendoza, sala I, 5/11/05, “Giudice, Aldo v. Acerotan S.R.L.” LL Gran Cuyo 2004-144; CNCom., Sala C, 29/12/03, “Maxi Hogar S.R.L. vs. Bethencourt, Vicente” LL 2004-C-793; C.Civ. y Com Mar del Plata, sala 1ª, 20/9/94, “Vizcay, Jorge A v. Camapa S.A. y otro”, J.A. 1996-II-síntesis; C.Nac. Civ. y Com. Fed., sala II, 15/3/91, “Rocasuru S.A. v. Ecomad Construcciones Portuarias SRL” LL 1991-E-526; CNCom., Sala D, 19/6/2001, “Sebastián Moronese e Hijos S.A.”, J.A. 2002-I-síntesis; CNCom., Sala B, 9/8/99, “De las Carreras, Daniel J. v. Shaw, Guillermo E. y otros”, J.A. 2000-III-857; C. 1ª San Nicolás, 18/3/1997, “Losa Ladrillo Olavarría S.A. v. Baños Roberto y Cía. S.R.L. /u otro”, LL 1999-D-796, E.D. 178-237; CCiv. y Com. Fed., Sala II, 21/10/1997, “Transportes Rudaeff S.R.L., v. Marítima Buenos Aires S.R.L.”, L.L. 1998-A-195, D.J. 1998-2-829; C. 1ª Civ. Com., Mar del Plata, Sala II, 20/9/94 “Vizcay, Jorge A. v. Osmapa S.A. y/u otra”, L.L.B.A. 1994-945. En contra CNCom., Sala E, 10/4/91, “Oven, Mario v. La Franco Argentina S.A.”, J.A. 1992-II-132; CNCom., Sala A, 14/9/88, “Solana, Vicente E. v. Slamovits, Miguel A.”, J.A. 1989-I-síntesis; C. 1ª San Nicolás, 18/3/1997, “Losa Ladrillo Olavarría S.A. v. Baños Roberto y Cía. S.R.L. /u otro”, L.L. 1999-D-796, E.D. 178-237; CNCiv., Sala E, 8/9/1989, “Ramírez S.R.L. Carlos v. Fides Cía de Seguros”, L.L. 1990-A-378, D.J. 1990-2-143.

¹³ CNCont. Adm., en pleno, 25/10/84, “González, Anibal v. Gobierno Nacional”, J.A. 1986-I-19; CNCiv., y Com. Fed., Sala 1ª, 8/6/1995, “Alfa Compañía Argentina de Seguros S.A. v. Ferrocarriles Argentinos”, J.A. 1996-III-395.

¹⁴ Corte Sup. de Tucumán, Sala Civ. y Penal, 27/4/92, “Municipalidad de San Miguel de Tucumán v. Cáceres Cano, Severo”, J.A. 1993-III-449; CNCiv., Sala C, 1/12/81, “Cot de Guiffre, Clelia T. v. Geofinca S.A.”, E.D. 98-278.

¹⁵ Incluso cuando se trata de prescripciones de dos años como la acción de responsabilidad extracontractual la jurisprudencia ha dicho que “Del juego armónico de los arts.3983, 3986 segunda parte y 4037 del Código Civil resulta que, mediando interpelación efectuada en forma auténtica por el acreedor, el plazo de la prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual vence a los tres años de comenzado a correr”. CNCiv., Sala F, 17/7/73, “Spector, José v. Vázquez, Nilda S.C.”, E.D. 51-773.

¹⁶ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, Córdoba, Advocatus, 2004, pág. 47.

- ¹⁷ Luis María, BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. V, pág. 38.
- ¹⁸ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, cit., pág. 47.
- ¹⁹ Daniel PIZARRO y Gustavo VALLESPINOS, *Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. III, pág. 712.
- ²⁰ Néstor P. CAZEAUX y Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Librería Editora Platense, 1975, t. I, pág. 564.
- ²¹ PIZARRO - VALESPINOS, *Obligaciones*, t. III, cit., pág. 712.
- ²² Un sistema parecido es el que existe en nuestra legislación laboral, en el art. 257 de la ley de Contrato de trabajo, 20.744, que dice: “Sin perjuicio de la aplicación de las normas del Código Civil, la reclamación ante la autoridad administrativa del trabajo interrumpirá el curso de la prescripción durante el trámite, pero en ningún caso por un lapso mayor de seis meses”.
- ²³ CNTrab., Sala V, 18/6/93, “Ramírez, Carlos G. v. Unión Obreros de la Construcción de la República Argentina”, D.T. 1993-B-1247.
- ²⁴ Corte Sup., 19/12/95, “Legnangel S.A. vs. Provincia de Buenos Aires”, J.A. 1996-II-síntesis; C.1ª C. y C. de Mar del Plata, Sala II, 29/4/97, “Marengo Raúl v. Diez, Julio C.”, L.L. 1999-D-750; J.A. 1998-I-498, E.D. 177-521; CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 3/3/98, “Aerolíneas Argentinas AE. v. Viajes Febro S.R.L.”, L.L. 1998-D-870, D.J. 1998-3-148.
- ²⁵ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, cit. pág. 301; CNCiv., Sala I, 12/3/98, “Obras Sanitarias de la Nación v. Propietarios Entre Ríos 152”, L.L. 1999-A-276.
- ²⁶ Corte Sup., 19/5/99, “Provincia del Chaco v. Hayqui”, J.A. 1999-IV-657; CNCom., Sala B, 11/2/04, “Fernández, Adriano v. HSBC La Buenos Aires Cía. de Seguros”, RCyS, 2004-711; C.Crim. y Correc., Civ. y Com., Familia y Trab. Laboulaye, 24/4/02, “Colegio Médico Regional del Sur de Córdoba v. Institutos de Servicios Sociales para las actividades Rurales y Afines -I.S.S.A.R.A.”, L.L.C. 2002-764; CNCom., Sala A, 8/4/02, “Cerecedo, Berta v. Gral American Arg. Seguros de Vida S.A.”, L.L. 2002-D-108; C.Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, “Juncal Cía de Seguros v. Buque African Highway”, L.L. 2002-E-341; CNCiv., Sala B, 16/4/98, “Allende, Sara A. vs. OSPIT”, J.A. 2001-III-síntesis; CNCiv., sala I, 12/3/98, “Obras Sanitarias de la Nación v. Propietarios Entre Ríos 1652” LL 1999-A-276; C.Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 24/4/97, “Marengo, Raúl A. vs. Diez, Julio C.” LL 1999-D-750, ED 177-521, J.A. 1998-I-498; C.Nac. Com., sala C, 30/4/97, “Blue Bell v. Lynch, Juan M.P.” L.L. 1997-D-43; C. Fed. Mar del Plata, 26/9/1996, “Caja Nacional de Ahorro y Seguro v. Pérez, Horacio O.” J.A. 1999-III-síntesis; C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 24/4/97, “Marengo, Raúl A. v. Diez, Julio C.”, J.A. 1998-I-498; CNCiv., Sala H, 16/7/99, “Proinco S.A. v. Expreso Sudoeste S.A.”, J.A. 2000-II-302; C. 1ª Civ. Com. Mar de Plata, Sala II, 20/9/94, “Vizcay, Jorge A. v. Osmapa S.A y/u otra”, L.L.B.A. 1994-945.
- ²⁷ CNCiv. y Com. Fed., Sala II, “Caja Nacional de Ahorro y Seguro v. Fernández, Isaac”, 21/7/81, L.L. 1982-D-540; CFed. Civ. y Com., Sala III, 29/10/96, “Elma S.A. v. Sanda S.A.”, L.L. 1997-C-6; CNTrab., Sala IV, 31/5/93, “Said, Luis R. v. Transportes Central S.R.L.”, D.T. 1993-B-1245.
- ²⁸ Corte Sup., 5/4/1995, “Mazzotta, José v. Provincia de Buenos Aires”, J.A. 1999-III-síntesis.
- ²⁹ C.Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 2ª, 24/4/97, “Blue Bell v. Lynch, Juan M.”, J.A. 1998-I-498.
- ³⁰ Corte Sup. Tucumán, Sala Laboral y Cont. Adm., 25/3/96, “Marini de Gray, Noemí N. v. Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán”, J.A. 1999-III-síntesis; Sup. Corte Buenos Aires, 2/4/1991, “Carafiello, Luis E. v. Municipalidad de Junín”, D.J.B.A. 142-1659.
- ³¹ CNCont. Adm. Fed., Sala II, “Cuberplast S.A. v. YPF S.A.”, LL 2000-E-906; D.J. 2000-3-1001; C. Civ. y Com., San Isidro, Sala I, 26/12/91, “Torres, Haydée M. v. Martínez, Celestino y otra”, D.J. 1992-2-46.
- ³² CNTrab., Sala I, 24/8/87, “Quinteros, Tomás O. v. N.C.R. Argentina”, DT 1988-A-67.
- ³³ CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 17/9/91, “Duperial S.A. v. Transportes Marenchino Hnos SRL”, L.L. 1991-E-641; CNCont. Adm. Fed., Sala II, “Cuberplast S.A. v. YPF S.A.”, L.L. 2000-E-906; D.J. 2000-3-1001; CNCom., Sala A, 29/12/1999, “Clavel, Marta G. v. Viviendas Rolón de Siteca S.R.L.”, L.L. 2000-C-356, D.J. 2000-2-579.
- ³⁴ CNCiv. y Com. Fed., Sala 3ª, 19/3/2002, “Juncal Compañía de Seguros v. BQ. African Highway”, J.A. 2002-II-704.
- ³⁵ CNTrab., Sala X, 28/8/98, “Nordenstrom, Carlos A. v. Productos Solmar”, LL 2000-A-557; E.D. 181-633.
- ³⁶ CNTrab., Sala 4ª, 21/7/1995, “Sánchez, Ramón v. Club Náutico Hacoaj”, J.A. 1999-III-síntesis.
- ³⁷ CNCiv., Sala A, 4/10/1994, “Ortega, Rafael A. v. Martínez, Felipe”, J.A. 1996-I-472.
- ³⁸ Ernesto WAYAR, *Obligaciones*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002, t. II, pág. 15.
- ³⁹ Jorge Joaquín LLAMBIÁS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 4ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1996, t. III, pág. 141, Nº 110, cita 35; Ernesto WAYAR, *Obligaciones*, t. II, cit., pág. 18.
- ⁴⁰ Félix A. TRIGO REPRESAS y Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Código civil y leyes complementarias anotados*, Buenos Aires, Depalma, 1999, t. IV-B, “Comentario al art. 3986”, pág. 321; Cám. Apel. Civ. y Com. Morón, Sala I, 1/6/82, “Vila de Brea, Celia A. v. Ramos, Oscar A.”, E.D. 103-259. En contra CNCiv., Sala C, 10/8/99, “D’Angelo, Edgardo E. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, JA. 2000-III-691.
- ⁴¹ Sup. Corte Buenos Aires, 18/2/92, “Mazzoni, Héctor O. v. Abril, Víctor”, J.A. 1993-IV-síntesis, D.J. 1993-1-59; DJBA 143-3903; C.Civ. y Com. San Martín, Sala II, 14/3/00, “Cosamar S.A. v. Parise, Juan A. y/u otro”, L.L.B.A. 2001-259; CNCiv., Sala I, 12/3/1998, “Obras Sanitarias de la Nación v. Propietarios Entre Ríos 152”, L.L. 1999-A-276.

⁴² Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, cit., pág. 362.

⁴³ Sup. Corte Mendoza, Sala I, 10/10/03, “Obra Social de Empleados Públicos v. Martínez, Juan C. y otro”, L.L. Gran Cuyo 2004-310.

⁴⁴ Cám. Civ. y Com. y Trab. Bell Ville, 2/10/97, “Vega de Leonardi, Stella M. v. Piantadina, José C.”, L.L.C. 1999-1361.

⁴⁵ CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 3/3/98, “Consortio de Copropietarios Agustín Álvarez 1437 - Vicente López - v. Estado Nacional”, L.L. 1998-D-428.

⁴⁶ CNCom., Sala C, 30/4/97, “Blue Bell S.R.L. v. Lynch, Juan M.”, J.A. 1998-I-497.

⁴⁷ Cám. Civ. y Com. Federal, Sala 1ª, “Alfa Compañía de Seguros S.A. v. Ferrocarriles Argentinos”, J.A. 1996-III-395.

⁴⁸ Así lo ha resuelto la jurisprudencia: CNCiv., Sala H, 29/10/99, “De Luca, Román S. v. Del Negro, Alfonso”, J.A. 2000-III-696; CNCiv., Sala C, 10/8/99, “D’Angelo, Edgardo E. v. Municipalidad de Buenos Aires”, L.L. 200-E-101, D.J. 2000-2-986, J.A. 2000-III-691.

⁴⁹ Sup. Corte Tucumán, Sala Laboral y Cont. Adm., 25/3/96, “Marini de Gray, Noemí N. v. Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán”, L.L. 1998-E-798, L.L. N.O.A. 1998-1160; CNCiv., Sala A, 4/10/94, “Ortega, Rafael A. v. Martínez, Felipe”, L.L. 1995-B-549; CNCom., Sala D, 2979/1989, “Bustello, César D. v. La Meridional Cía. de Seguros”, L.L. 1990-C-253.

⁵⁰ Guillermo BORDA, *Tratado. Obligaciones*, t. II, cit., ps. 29-30; CNCiv. y Com. Fed., Sala I, “Rossi, Aníbal R. vs. Ejército Argentino”, E.D. 188-145.

⁵¹ Así dicen CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, “... *la interpelación extrajudicial, que anteriormente sólo era apta para producir la mora, en la actualidad da también nacimiento o constituye en estado de suspensión de la prescripción, limitado en el tiempo de un año*”. *Derecho de las obligaciones*, t. III, cit., pág. 563. También CNCiv., Sala H, 29/10/99, “De Luca, Román S. v. Del Negro, Alfonso”, J.A. 2000-II-696; CNCom., Sala B, 9/8/99, “De las Carreras, Daniel v. Shaw, Guillermo E. y otros”, J.A. 2000-III-857; CNCiv. y Com. Fed., Sala 1ª, 19/8/88, “Pedro Petinari e Hijo v. Gobierno Nacional”, J.A. 1989-III-síntesis; CNCiv., Sala C, 10/8/99, “D’Angelo, Edgardo E. v. Municipalidad de Buenos Aires”, L.L. 200-E-101, D.J. 2000-2-986, J.A. 2000-III-691; CNCiv., Sala A, 14/8/98, “Obras Sanitarias de la Nación v. Propietario Roma 560”, L.L. 1999-A-367, D.J. 1999-3-337.

⁵² CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 15/3/91, “Rocasuru S.A. v. Ecomad Construcciones Portuarias S.R.L.”, L.L. 1991-E-526. CNCiv., Sala A, 4/10/94, “Ortega, Rafael v. Martínez, Felipe”, L.L. 1995-B-549.

⁵³ CNCiv. y Com. Fed., Sala 3ª, 19/3/02, “Juncal Compañía de Seguros v. BQ. African Highway”, J.A. 2002-II-704.

⁵⁴ Sup. Corte Buenos Aires, 18/2/85, “Lefa Coop. de Seguros Ltda. v. Industrial Constructora y Financiera S.A. - Ac. 35.386” J.A. 1986-IV-síntesis.

⁵⁵ Cám. Civ. y Com. Morón, Sala 2ª, 19/12/85, “Radic, María del Carmen v. Tapias S.R.L.”, J.A. 1986-IV-765.

⁵⁶ “Si la demanda se interpone luego de haber transcurrido el plazo de un año desde la constitución en mora del deudor, previsto por el art. 3986 CC., la suspensión de la prescripción durante ese lapso mantiene su efecto” (CNCont. Adm. Fed. en pleno, “González, Aníbal S. v. Gobierno Nacional” J.A.1986-I-19).

⁵⁷ CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 11/3/2003, “Compañía de Seguros Victoria v. Capitán y/o Arm. y/o prop. Charteador Buque S/S Lia”, D.J. 2003-3-1185.

⁵⁸ CNCiv. y Com. Fed., Sala III, “Juncal Cía. de Seguros v. Buque African Highway”, L.L. 2002-E-341.

⁵⁹ CNCom., Sala D, 29/9/89, “Bustelo, César D. v. La Meridional Cía. Argentina de Seguros S.A.”, J.A. 1990-III-270.

⁶⁰ Hemos comentado dicha reforma en “El nuevo régimen de prescripción del Código Civil francés”, diario La Ley del 9/3/09.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

por ENRIQUE C. MÜLLER

SUMARIO: Agradecimiento. Noción. Antecedentes. Requisitos. 1. El enriquecimiento es susceptible de apreciación pecuniaria, puede provenir de la obtención de una ventaja o de la evitación de un perjuicio. a. Noción b. Momento en que debe existir. 2. El enriquecimiento se produce sin causa jurídica que lo justifique. 3. Hay un empobrecimiento, causado por ese enriquecimiento. Fundamento. Improcedencia de la acción. Efectos. 4. Consideración final.

Agradecimiento

Agradezco profundamente la invitación formulada por el querido maestro Luis Moisset de Espanés a participar en esta obra colectiva, no sólo por la distinción para mí importa la misma, sino por la oportunidad que se me brinda para rendir honores a quienes desde la escuela civilista cordobesa al decir de Don Roberto Brebbia, hicieron respetables aportes para el mejor desarrollo del derecho civil de nuestro tiempo con su activa participación en los Congresos Nacionales de Derecho Civil y con el testimonio imperecedero de su obra.

Noción

El patrimonio de las personas, nos dice Trigo Represas, está sometido a continuas mutaciones, por efecto de los distintos medios legales de adquirir derechos y contraer obligaciones. Ahora bien, mientras tales variaciones tienen un antecedente (causa) jurídico lícito, la ley las autoriza y determina las consecuencias legales inherentes a cada una de ellas. Pero puede suceder que un desplazamiento patrimonial verificado externamente de conformidad con el derecho, carezca, sin embargo, de una “causa jurídica”, o sea de una de las “fuentes” obligacionales mencionadas en el art. 499 del C.C.; entonces se produce un “enriquecimiento sin causa” en beneficio de una persona y el correlativo empobrecimiento de otra. El orden jurídico no evita que esto ocurra, pero en cambio da los medios para impedir que ese status se consolide definitivamente, estableciendo un deber jurídico de restitución a cargo del enriquecido y acordando al empobrecido una acción o pretensión restitutoria para procurar el restablecimiento del equilibrio patrimonial alterado sin causa, mediante un nuevo emplazamiento de sentido inverso: la denominada *actio de in rem verso*. Indicando que éste es, cabalmente, el concepto del enriquecimiento sin causa, fórmula abreviada que envuelve la idea de: “*el daño de un acervo y el correlativo aumento de otro*”¹.

El Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 1721 a la hora de caracterizar el enriquecimiento sin causa y señalar: “Si una parte se enriquece sin causa a costa de otra, está obligada hacia ella conforme a los artículos siguientes” se enrola en la noción expuesta por uno de sus mentores, el doctor Atilio A. Alterini, para quien el patrimonio de una persona puede tener variaciones; siempre que esas modificaciones tengan como antecedente una causa jurídica, el ordenamiento a prueba los cambios y les asigna los efectos consiguientes.

Pero si la transformación operada en el patrimonio no reconoce una causa jurídica, el beneficiario tiene el deber de restituir lo mal habido², recepcionándose en este Proyecto lo propuesto de *lege ferenda* por el Cuarto Congreso Nacional de derecho civil, en orden a que se debe incorporarse al código una norma expresa que veda el enriquecimiento sin causa.

Esta caracterización del enriquecimiento sin causa la entiendo acertada por tres razones: la primera, porque con tal formulación precisamos su campo de aplicación con criterio práctico, resolviendo el tema, aunque parezca paradójico, con criterio amplio, al señalar los casos en que la acción puede intentarse con éxito; la segunda, porque no se ha limitado con tal fórmula el enriquecimiento objeto de la acción restitutoria, teniéndose presente la relación ceñida que

existe entre esta figura y la de la repetición de lo indebido; y, la tercera, porque al codificarse la regla dejamos de lado otra discusión inconclusa, la de considerarse a la prohibición de enriquecimiento un principio general del derecho.

Antecedentes

En general, cualquier trabajo -nos dice Manuel de la Cámara Alvarez- nacional o extranjero, sobre el enriquecimiento sin causa suele invocar el conocido fragmento del Digesto (D. 50, 17, 206), atribuido a Pomponio: *Ex iure naturae aequum est nemine cum alterius detrimento aut iniuria fieri locupletariorem* (Por Derecho Natural es equitativo que ninguno se haga más rico a costa de otro con injuria) y, al propio tiempo, se enlazan los orígenes del enriquecimiento sin causa con el nacimiento y evolución de la *condictio*³.

En cuanto al valor del fragmento de Pomponio -nos dice el referido autor- mientras algunos romanistas como Cuq no le atribuyen ningún significado especial, otros, como Arias Ramos, estiman que dicho fragmento, en unión con otros, constituye un intento de la jurisprudencia clásica que se propone encontrar un fundamento técnico a la doctrina del enriquecimiento sin causa que, en forma fragmentaria, comenzaba a perfilarse.

Pero por lo que hace a la *condictio*, todo el mundo coincide en que los orígenes de esta acción son oscuros. Incluso se subraya por algunos que si bien la historia del enriquecimiento sin causa aparece ligada a la de la *condictio*, *esta vinculación es relativa*. “*Las esferas de aplicación de la condictio y del enriquecimiento sin causa- ha escrito Gerota- se tocan y muy a menudo se confunden, pero no son perfectamente concéntricos*”. De una parte, la *condictio* no es la sola sanción de nuestro principio (el del enriquecimiento sin causa); de otra, no todas las condiciones sancionan invariablemente un enriquecimiento injusto. También Arias Ramos subraya que la historia del enriquecimiento sin causa como fuente generadora de obligaciones no es exactamente la historia de la *condictio*.

Aun con estas salvedades -comparto- no hay duda de que enriquecimiento sin causa y *condictio* son nociones estrechamente unidas; todavía hoy llamamos *condictio* a la acción cuyo objeto es corregir los efectos del enriquecimiento sin causa⁴.

Aunque, no obstante, es dable tener presente que las *condictios* no fueron el único medio reconocido por el Derecho Romano para combatir el enriquecimiento sin causa. Dado que entre otros pueden mencionarse los siguientes: a) la *in integrum restitutio*, acordada al menor de 25 años y al ausente por cuenta del Estado, a fin de borrar los efectos de una usucapión operada en su contra; b) la acción *rerum anotarum*, que se daba a la mujer culpable de haber malversado los bienes de su esposo; c) la reivindicación por fórmula petitoria, que tenía la ventaja de posibilitar al juez el examen de todas las relaciones existentes entre las partes; d) la acción pauliana útil contra el tercero adquirente de buena fe, cuando mediaba perjuicio para los acreedores, y otras acciones útiles e *infortum*; e) un buen número de *exceptios*, como las de dolo, violencia, etc., que asimismo se fundamentaban en razones de equidad; y f) por último, la acción de *peculio e in rem verso*, que pese a no haber tenido mayor trascendencia, es la que proveyó la denominación actual de este instituto del enriquecimiento sin causa, que precisamente confiere al perjudicado la acción conocida como de *in rem verso*. Sólo a título informativo, analizaremos someramente esta acción del Derecho Romano; la misma se daba contra el *pater familias*, hasta la concurrencia del provecho por él obtenido por un acto emanado de un individuo que se encontraba bajo su *potestas*; pero ella podía dirigirse contra el *peculio* particular de la persona sujeta a potestad y entonces funcionaba como acción de *peculio*, o directamente contra el patrimonio del *pater familias*, en cuyo caso se trataba propiamente de la *actio de in rem verso*⁵.

Sin perjuicio de ello digamos que el enriquecimiento sin causa tiene su origen en la figura romana de la *condictio*, derecho éste, el Romano, donde se admitieron diversos tipos de *condictio*, entre las que se destacan la *condictio causa dabo non secuta o condictio ob causam datorum*; la *condictio indebiti*; la *condictio obturpan vel injustam causam* y la creada por

Justiniano para cuando no era posible incluir el caso en alguna de las anteriores, la *condictio sine causa*, que también otorgaba acción de enriquecimiento.

En la época de codificación sólo los códigos germánicos recogieron la figura general de la *condictio sine causa*, probablemente por influjo de la pandectística. Así, el parágrafo 812 del B.G.B.: “quien por prestación de otro o de cualquier otra manera a costa de éste obtiene algo sin causa jurídica está obligado a la restitución frente a él. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece más tarde o si el resultado perseguido con la prestación según el contenido del negocio jurídico no se realiza. Como prestación se considera también el reconocimiento contractual de la existencia o de la inexistencia de una relación obligatoria”.

El Código de las Obligaciones suizo, siguiendo el ejemplo del alemán, se expresa en el art. 62 de una manera semejante: “El que sin causa legítima se enriquece a costa de otro está obligado a la restitución. La restitución se debe, en particular, de aquello que se ha recibido sin causa válida, en virtud de una causa que no se ha realizado o de una causa que ha dejado de existir”.

También el Código Civil italiano de 1942, en su art. 2041, ha recogido con carácter general la acción de enriquecimiento atribuyéndole carácter subsidiario, es decir, admitiéndola sólo cuando el interesado no disponga de otro medio para lograr su interés.

En el derecho francés y en el español, en cambio, falta un texto legislativo en que la institución se encuentre consagrada. La jurisprudencia, sin embargo, en ambos países ha hecho múltiples aplicaciones de la idea, que puede por ello considerarse como una doctrina jurisprudencial⁶.

En nuestro país, la situación resulta similar, dado que sólo los proyectos de reforma han procurado reglamentar el enriquecimiento sin causa, el de 1936, el Anteproyecto de 1954, el Proyecto de Código Unico de 1987, el Proyecto de Reformas al Código Civil de la Cámara de Diputados de 1993, el Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional de 1993, y por último el Proyecto de Código Civil de 1998 que nos toca hoy considerar; desde que nuestro Código Civil no contiene ninguna norma que consagre tal principio, aun cuando sus notas y de su articulado que señalan aplicaciones del mismo, podemos afirmar que se encuentra implícitamente aceptada (notas a los arts. 43, 499, 784 y 2589, y arts. 589, 728, 784 y ss, 907, 1165, 2306, 2309, 2427, 2440, 2568, 2569, 2570, 2587, 2589, 2590, 2591, 2594 y ss.); y, tal como lo expresara el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil se pronunció en la necesidad de normarlo, porque, por lo que indicaré a continuación siguiendo el último proyecto trunco de Código Civil, como lo postulado por dicho Congreso fue recepcionado por este en la intención de darle al instituto lo largamente pretendido por la doctrina.

Requisitos

El Proyecto nos indica en su art. 1722, los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción de restitución por parte del empobrecido. Ellos son: a) el enriquecimiento sin causa es susceptible de apreciación pecuniaria, puede provenir de la obtención de una ventaja, o de la evitación de un perjuicio; b) el enriquecimiento se produce sin causa jurídica que lo justifique; y, c) hay un empobrecimiento, causado por ese enriquecimiento.

Frente a ello digamos que *prima facie* surge una suerte de acatamiento de los requisitos que tanto la doctrina como la jurisprudencia hasta ahora consideró relevantes para la procedencia de la acción de restitución, éstos son: enriquecimiento del demandado; empobrecimiento del accionante; relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; ausencia de causa que justifique el desplazamiento patrimonial; y, carencia de toda otra acción.

Pero a poco que veamos que por el art. 1723 del mismo cuerpo legal se regula cuando no procede la acción estableciendo los casos legales, con lo cual el carácter subsidiario de la acción in rem verso es tratado independientemente y, que la falta de señalamiento expreso del requisito de la relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, se encuentra subsumido en el apartado c) del artículo primeramente referido, entiendo que el mismo respeta las cinco

condiciones que en general sostiene nuestra doctrina y que se plasmaron en la recomendación que sobre este tema se efectuara en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba, cuando, en cuanto a la interpretación del derecho vigente, debe declararse: “...b) que no procede invocar el enriquecimiento sin causa cuando la ley otorga al empobrecido otros medios para ser indemnizado, niega la acción de restitución o atribuye otros efectos al enriquecimiento; c) que son requisitos indispensables para el ejercicio de la acción por restitución: I) un enriquecimiento del demandado; II) un empobrecimiento del actor; III) la correlación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento; IV) la falta de una causa lícita que justifique ese enriquecimiento”⁷.

1. El enriquecimiento es susceptible de apreciación pecuniaria, puede provenir de la obtención de una ventaja o de la evitación de un perjuicio.

a. Noción

El concepto de enriquecimiento en el ámbito de acción *in rem verso*, nos señalan Cazeaux-Trigo Represas y Llambías, tiene la mayor amplitud⁸; por lo que ambos refieren a que quien mejor ha precisado su concepto ha sido Von Tuhr, al señalar que el enriquecimiento consiste en la diferencia resultante “entre el estado actual del patrimonio y el que presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores”⁹.

El enriquecimiento, por tanto, vemos que puede consistir en un incremento patrimonial (*lucrum emer pons*), como evitando una disminución del mismo (*damnum cessans*) lo cual sucede si, por ejemplo, se evita o ahorra un gasto que en otras circunstancias hubiera debido realizarse, o se libra a alguien de asumir una obligación o de sujetar a gravamen un bien de su propiedad, etc. a su vez, el aumento patrimonial puede manifestarse tanto en relación al “activo”, si se hace ingresar en el patrimonio algún nuevo derecho o se incrementa el valor de los derechos que ya lo integraban; como respecto del “pasivo”, si se disminuye el mismo por cancelación sin fundamento jurídico de deudas que pesaban sobre el patrimonio¹⁰.

En este sentido vemos que el Proyecto recoge lo que nuestra jurisprudencia ha sostenido sobre el punto, que si bien el enriquecimiento se opera generalmente por una transferencia real o material de valores, no es indispensable que ocurra así, bastando con que se traduzca en una ventaja susceptible de apreciación pecuniaria¹¹.

b. Momento en que debe existir

El mismo debe ser actual, en el sentido de que debe existir al momento de promoverse la acción *in rem verso*; lo cual es lógico, como afirman Cazeaux y Trigo Represas, con apoyo en Rezzónico, De Gásperi-Morello, Torino, Salvat-Acuña Anzorena, Baudry-Lacantinerie y Barde, Demogue, Laurent, Planiol-Ripert, Gerota, Núñez Lagos, Messineo, Mazeaud, Martí, por cuando si la finalidad perseguida con la misma es el restablecimiento del equilibrio roto entre dos patrimonios, una vez que el provecho o beneficio ha desaparecido por cualquier motivo que sea, se diluye el fundamento mismo de la acción.

2. El enriquecimiento se produce sin causa jurídica que lo justifique

El enriquecimiento debe producirse “sin causa” jurídica que lo justifique. Es claro que el problema básico que plantea la delimitación exacta del concepto consiste en descifrar lo que ha de entenderse por la expresión “causa”, puesto que si se trata de un enriquecimiento fundado en una justa causa no procederá la acción consiguiente y sucederá lo contrario si el desplazamiento

tiene lugar sin causa. Hemos de vérnosla, pues, con este escurridizo concepto que tanta tinta ha hecho correr y en el que casi todos los civilistas hemos puesto nuestras pecadoras manos. Por eso tiene razón Arias Ramos cuando dice que *“da un poco de pánico tomar esta palabra tan profusamente utilizada en las fuentes con variados sentidos escurridizos y difíciles de apresar”*¹².

Para una tendencia -Tábraga, Gerota, Martín de mundo, Neppi, Núñez Lagos, Rovast y Torino- la palabra “causa” del enriquecimiento corresponde a la “causa fin” o finalidad del agente que realizó el acto producto de la situación de enriquecimiento; o bien se identifica con la tésis de la ley al convalidar un desplazamiento patrimonial surgido de determinados hechos. Ergo, el enriquecimiento sería “sin causa” en todo lo que exceda de esas finalidades perseguidas por el agente o por la norma legal.

No obstante, prevalece en la actualidad el criterio opuesto, que entiende que la palabra causa debe tomarse acá en su sentido tradicional de “causa fuente” o “eficiente”- Alterini, Ameal, López Cabana, Borda, Busso, Colin-Capitant, Colmo, De Gásperi-Morello, Garriga, Josserand- Brun, Marty, Mazeaud, Mosset Iturraspe, Moyano, Pérez Vives, Planiol-Ripert, Rezzónico, Ripert- Boulanger, Roca Sastre-Puig Brutau, Salas, Salvat-Acuña Anzorena y Trigo Represas-, de manera que el enriquecimiento será sin causa cuando no medie inter partes una relación contractual, un hecho ilícito u otra fuente de las obligaciones que legitime el traspaso patrimonial de valores¹³.

De consuno a lo expuesto -refiere Zannoni- a la postre, la doctrina moderna acude a la vieja máxima de Pomponio- ya precisada-, para erigirla en un auténtico standard jurídico: nadie puede beneficiarse en perjuicio de otro, sin que exista causa o título que dé razón de ese beneficio. Agregando que sucedido ello... *“la tesis de que es resarcible el perjuicio sufrido por alguien en beneficio de otro sin que medie causa legítima que justifique ese beneficio, se extiende a diversísimos supuesto en que se prueba el empobrecimiento propio, el enriquecimiento del demandado y la falta de causa que justifique uno y otro. Como aquí la palabra causa se emplea en el sentido de causa-fuente, es decir, título o causa eficiente, el fundamento de la obligación resarcitoria o indemnizatoria a cargo del enriquecido se lo ha encontrado ora en la equidad, ora en considerar que todo enriquecimiento sin causa o título se asimilaría a un hecho ilícito, ora en reputar que la indemnización tiene fundamento objetivo en el provecho obtenido”*¹⁴.

3. Hay un empobrecimiento, causado por ese enriquecimiento

En relación a la institución que nos convoca, el empobrecimiento es el recaudo que constituye la razón misma de ser de aquél, el cual siempre debe consistir en una disminución del patrimonio del accionante, que puede configurarse por un daño positivo o efectivo menoscabo -*dannum emergens*-, o por la privación o frustración de una ganancia esperada -*lucrum cessans*-. Por ello existe tanto si media la privación de la propiedad o goce de un bien (pérdida material), como en la no remuneración de servicios prestados sin el ánimo de efectuar una liberalidad. Más aún, puede suceder que la naturaleza del empobrecimiento sea distinta que la del enriquecimiento, como ocurre si una persona se sirve de una cosa que no le pertenece; en cuyo supuesto el enriquecimiento estriba en la evitación de los gastos que se habrían debido realizar, de no haber mediado el uso de cosa ajena, en tanto que el empobrecimiento consiste en los deterioros propios de la utilización de la cosa o en la privación de su uso a su verdadero propietario¹⁵.

En definitiva, vemos que la concesión al empobrecido de una acción restitutoria constituye un complemento necesario de la tutela de su derecho, o que más que el enriquecimiento del demandado debe provenir del empobrecimiento del demandante, manteniéndose con ello la relación de causalidad necesaria, donde, para no caer en las cuestiones causales, se ha juzgado preferible exigir -como indican Ripert y Boulanger- una indivisibilidad de origen, es decir, que el mismo hecho debe causar el enriquecimiento de uno y el empobrecimiento de otro.

Fundamento

La doctrina nos acerca distintas razones por las cuales la ley impone la obligación de restituir.

1) La tesis tradicional -al decir de Llambías- mantiene su lozanía: la razón reside en una exigencia de equidad, como ya lo señalaba Pomponio, en el Digesto. *“Es justo por Derecho Natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro”*¹⁶. A esta conclusión, válida para cualquier institución en el Derecho ha llegado la Corte de Casación Francesa¹⁷. Sin embargo, se ha sostenido que la tesis, moralista, no significa otra cosa que decir vagamente que el Derecho debe realizar la justicia o impedir las injusticias o, cuando menos, algunas formas de injusticias¹⁸.

2) Gestión de negocios anormal. Es la opinión de Laurent, Demolombe y la jurisprudencia francesa entre los años 1870 y 1900, el fundamento de este instituto reside en una gestión de negocios ajenos anormal o imperfecta, por ausencia de algunos de los elementos propios y esenciales para que ésta se configure; como si, por ejemplo, faltara el ánimo de administrar un patrocinio ajeno, o si se hubiera obrado en interés personal, o si la gestión se realizó contra la prohibición del dueño del negocio, etc. También esta postura ha sido objeto de críticas, por cuanto una gestión anormal deja de ser gestión: lo que vale decir que de esta forma se desnaturaliza dicha figura¹⁹.

3) Hecho ilícito involuntario. Esta teoría pertenece a Planiol, para quien el enriquecimiento sin causa *“pertenece a la familia de las acciones nacidas de los hechos ilícitos”*. *“Sin duda -dice en otro pasaje- el acto inicial que ha procurado el enriquecimiento no es ilícito en sí mismo; será el hecho de haber pagado lo que no se debía, de haber construido sobre un terreno del cual no es propietario, u otro análogo. Pero no es ese acto lo que hace necesario que el hecho productivo de la obligación se realice en la persona del deudor, a falta de la cual su obligación sería sin causa. Así, cuando se considera la persona obligada no se percibe otra causa de deber que la posesión de un enriquecimiento obtenido sin causa a expensas de otro. Semejante enriquecimiento es, por su definición misma, un hecho ilícito, puesto que es sin causa; no le sería permitido a quien lo posee pretender conservarlo; su obligación tiene por causa un estado de hecho contrario al derecho. He ahí a los cuasi-contratos, que la clasificación usual asimila desacertadamente a los contratos, transferidos de alguna manera al otro polo del derecho y anexados a la categoría de los hechos ilícitos: son los hechos ilícitos involuntarios”*²⁰. Enfoque calificado de inconvincente por Llambías, por juntar dos calificaciones contradictorias como son la ilicitud y la involuntariedad²¹.

4) Teoría del provecho creado. La misma fue señalada por Ripert y Teisseire como la contrapartida de la del riesgo creado, por la cual toda persona tendrá derecho a reclamar o exigir para sí, las consecuencias útiles o ventajosas de su obra²².

No obstante el hecho de que Ripert se haya retractado de la misma, se la critica porque si el creador del provecho en el patrimonio ajeno tuviera por esa razón derecho al mismo, la acción de restitución debería extenderse a toda su cuantía sin limitarse a la medida del empobrecimiento del titular de la acción como en realidad ocurre²³.

5) Equilibrio patrimonial automático. Con una postura meramente descriptiva, Demogue sostiene que la acción trata de restablecer el equilibrio destruido entre dos patrimonios²⁴ *“... que se justifica como un medio de perpetuar los valores que contiene el patrimonio, por la exigencia de una seguridad estática en las fortunas”*. Con ello pues, no alcanza a explicar la razón de su institución legal, nos refiere Llambías.

6) Inercia jurídica y moral social. Para Llambías el fundamento de la acción debe ser analizada desde el ángulo estrictamente jurídico y desde el prisma de la filosofía social. Desde el primero, la solución la brindaría, en esta concepción, el principio de inercia jurídica; desde el segundo, la penetración de la moral social en el derecho positivo haría viable la incorporación de la fórmula²⁵.

7) Cumplimiento de los valores morales. Esta última posición que adoptó Ripert al sostener la implantación de una regla moral en la vida jurídica civil consistente en llevar a cabo una valoración ética de los resultados de las operaciones jurídicas y de proceder en consecuencia. Ahora, como se ha referido, esta tesis encontrará mayores simpatías entre los partidarios de una práctica jurídica sin matices, realizada por el cauce de alegaciones más o menos fáciles. Todo abogado, carente de otra ocurrencia, invocará casi seguro el enriquecimiento injusto, porque a partir de esta idea podrá defender la justicia de su causa, sin el corsé de normas y preceptos jurídicos concretos. La mirarán con simpatía también los partidarios de un derecho judicial, que por la vía de cláusulas generales con un amplio margen de apertura, permita decisiones justas de casos concretos sin ofrecer una fundamentación jurídica perfilada²⁶. Cuestiones todas que de desvincularse de normas y precedentes atentarán contra la seguridad jurídica.

8) Cuasicontrato. Esta tesis ha sostenido (Mazeaud) que en todo cuasicontrato hay un enriquecimiento sin causa con fundamento de las acciones a que da lugar. Se la ha criticado, porque en el cuasicontrato la actitud del agente es lícita; y porque el gestor de negocios responde más allá del enriquecimiento sin causa que sólo le otorga acción hasta el límite del correlativo empobrecimiento²⁷.

9) Defecto y falta de voluntad. Kellmann ha intentado reconducir las pretensiones de enriquecimiento a un principio común, con la ayuda del cual cree poder enjuiciar unitariamente la falta de justificación del enriquecimiento. Con apoyo en ideas que se encuentran en el pensamiento jurídico angloamericano cree este autor que el fundamento de la *condictio* es una falta de voluntad ya que las condiciones son pretensiones derivadas de enriquecimientos producidos sin la voluntad jurídicamente considerable de aquél a cuyo cargo se producen²⁸.

10) La seguida por Alterini- Ameal- López Cabana, cuando refieren que en realidad el enriquecimiento sin causa está emplazado en el campo de la ilicitud objetiva. Mientras en el cuasicontrato (por ejemplo, en la gestión de negocios) subyace un acto lícito, en el enriquecimiento sin causa hay una situación jurídica- configurada por la confluencia de sus requisitos- objetivamente ilícita, que da lugar a la restitución. Precisamente la restitución -todo empobrecimiento, pero hasta donde llegue el enriquecimiento- es el límite de la acción, que difiere del caso de los hechos ilícitos en la medida de la imputación de las consecuencias indemnizables.

Improcedencia de la acción

El art. 1723 del Proyecto nos señala que la acción de restitución no procede, si la ley: a) deniega la acción; b) atribuye otros efectos al enriquecimiento; y c) permite a empobrecido ejercer otra acción. Ante ello, vemos que con lo expuesto, los autores del Proyecto han receptado la postura unánime de nuestra doctrina y jurisprudencia, puesto que al señalar que el instituto del enriquecimiento sin causa va a funcionar, en tanto y en cuanto no se den los supuestos que el dispositivo legal anuncia, nos está diciendo que aquél funciona subsidiariamente.

La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento ha sido afirmada en términos casi absolutos por la doctrina y la jurisprudencia francesas. Si el empobrecido puede o ha podido ejercitar una acción fundada en un contrato, en un delito, en cuasidelito, en un pago indebido o nacido de un derecho real, el principio de subsidiariedad impide el ejercicio de la acción in rem verso incluso si ésta le hubiese procurado una ventaja superior; permitirle en esos casos intentar aquella acción equivaldría a prescindir de las reglas de la acción normalmente competente. Por igual razón, si la acción (principal) que correspondía al empobrecido ha prescrito, tampoco cabe ejercer la acción de enriquecimiento. De lo contrario se privaría de sentido a las normas reguladoras de la prescripción.

En Francia, pues, la acción de enriquecimiento es típicamente una acción de cierre en sentido estricto. Su carácter subsidiario sólo experimenta una relativa excepción cuando la

acción principal ha sido ejercitada sin éxito por insolvencia del deudor. La “Chambre de Requetes” lo decidió así el 11 de septiembre de 1940. El caso fue el siguiente: Un empresario había realizado obras en un inmueble por cuenta del comprador; éste resultó insolvente y no pagó ni al empresario ni al acreedor que resolvió el contrato. El empresario disponía de una acción contra el comprador, mas esta acción se revelaba ineficaz vista la insolvencia del comprador. La “Chambre de Requetes” admite la acción de *in rem verso* contra el vendedor. El criterio que resulta de este fallo ha prosperado definitivamente.

En el derecho italiano la acción de enriquecimiento tiene también carácter subsidiario según resulta expresamente del art. 2042 CC, pero el alcance de la subsidiariedad no aparece netamente establecido, y ello ha dado lugar a dudas en la doctrina y en la jurisprudencia. Naturalmente, la polémica se suscita solamente respecto de los casos de enriquecimiento sin causa no contemplados expresamente por el legislador. Como recuerda D’Onofrio, el Código de 1865 contraría una serie de hipótesis de enriquecimiento en las que la ley imponía la restitución. Al estudiar esos preceptos, los autores y la propia jurisprudencia habían extraído conclusiones diversas; unos explicando el viejo y peligroso criterio de hermenéutica *ubi lox voluit dixit* excluían la existencia de un remedio general; otros, por el contrario, inducían de dichos preceptos la existencia de un principio general aplicable a los casos no previstos, y esta segunda tesis prevaleció y fue ulteriormente codificada, pero de su génesis derivaba esta consecuencia: que en los casos previstos en la antigua ley y mantenidos en la vigente o en los casos que eventualmente haya podido añadir ésta, aunque entren dentro del esquema abstracto del enriquecimiento, no están comprendidos en el campo de aplicación general del enriquecimiento que regula el art. 2041. Por consiguiente, en esos casos especialmente considerados procede ejercitar la acción particular concedida en cada supuesto (sin que haya lugar a preguntarse si dichas acciones son o no subsidiarias) en vez de la acción personal de enriquecimiento que es subsidiaria por declaración expresa del art. 2042. Dice el precepto que la acción no es ejercitable (proponible) cuando el perjudicado pueda ejercitar otra acción para hacerse indemnizar del perjuicio sufrido. Criterio seguido por la jurisprudencia.

En la doctrina española, los pareceres andan divididos. A favor del carácter subsidiario de la acción se citan las opiniones de Núñez Lagos y de Hernández Gil. En contra de la subsidiariedad se ha pronunciado abiertamente Alvarez Caferopichi y más matizadamente Lacruz Berdejo²⁹.

Es dable, por su parte tener presente también que el Proyecto recoge en esta norma los requisitos recomendados en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil realizado en Córdoba en el año 1969, ya que allí fue declarado: Debe establecerse la subsidiariedad de la acción: “no procede la acción por restitución cuando la ley otorga al empobrecido otro medio para ser indemnizado, niega la acción o atribuye otros efectos al reconocimiento”, siguiendo a su vez lo establecido en el art. 474 del Código Civil portugués.

Sin embargo, modernamente ha aparecido un movimiento que procura revisar este criterio - nos indica Trigo Represas-, sosteniendo que no existe ningún precepto legal que excluya la acción *in rem verso* cuando el actor tiene otra vía legal para hacer valer su derecho, y que además no existe lógica en negar al empobrecido la elección del medio jurídico por el cual habrá de ejercitar sus pretensiones accionables. Pero al que el mismo autor contesta -con criterio que compartimos- que tal tesis no puede rebatir el argumento de subsidiariedad de la misma, porque de rechazarse el mismo, se podría trastornar el orden jurídico al modificarse soluciones específicamente previstas y resueltas por éste, tal como es el caso de la prescripción o de la cosa juzgada³⁰.

Efectos

El proyecto nos señala que la restitución procede: a) respecto del bien determinado que el enriquecido incorporó a su patrimonio, si todavía se halla en su poder, b) en su defecto, en la medida del beneficio, y no más allá del perjuicio (art. 1724).

Dentro de este acápite encontramos que el enriquecimiento sin causa genera una acción de restitución o reintegro a favor del empobrecido y contra el enriquecido injustamente. Con lo cual, también aquí se recoge lo recomendado en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil de

Córdoba, cuando se declarara que procede la restitución del valor en que lo hubiere empobrecido, salvo que fuere posible la restitución en especie y que la acción de restitución admite un doble tope o límite, no pudiendo exceder del enriquecimiento y del empobrecimiento, precisando que, para cualquier evento, el límite estará dado por la cantidad menor.

Agreguemos solamente que se trata de una acción distinta y subsidiaria que no puede confundirse con la acción ordinaria de indemnización de daños³¹, porque la misma no persigue una finalidad indemnizatoria, persigue el restablecimiento de un equilibrio patrimonial alterado³².

Por tanto, cuando no hay coincidencia del empobrecimiento con el enriquecimiento, siendo el primero mayor, pierde el enriquecimiento todo su provecho, pero aún así le queda un déficit al empobrecido; y a la inversa, cuando el enriquecimiento es mayor que el empobrecimiento, el empobrecido cubre toda su pérdida quedándole un remanente de beneficio al enriquecido³³.

3. Consideración final

He tomado en consideración como lo indicara el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998, por ser éste el último proyecto trunco en la búsqueda de una reforma de nuestro Código Civil, el que tomando para sí las propuestas efectuadas por una generación de juristas al decir de Julio Rivera, en incontables encuentros, jornadas y congresos, intentó delinear con aciertos y errores tal empresa y lo he hecho, para poner en evidencia que las propuestas de los hombres de derecho que marcaron rumbos en la civilística argentina con su participación inteligente en los Congresos Nacionales de Derecho Civil que hoy homenajeamos, no cayeron en saco roto; como lo he reflejado, con un único pesar, de que continúan siendo de *lege ferenda*. Es de esperar que la nueva posibilidad de cambio que se avecina, vuelva a contemplar con justicia dichos aportes.

NOTAS:

¹ Pedro N. CAZEAUX, - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., La Plata, Platense, 1969, t. 4, págs. 25-26.

² Atilio ALTERINI, Oscar AMEAL y Roberto LÓPEZ CABANA, *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, págs. 725-726.

³ Manuel de la CÁMARA ALVAREZ y Luis DIEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 141.

⁴ Manuel de la CÁMARA ALVAREZ y Luis DIEZ-PICAZO, *Dos estudios...* cit., págs. 141-142 y sus citas 11 a 15.

⁵ Pedro N. CAZEAUX, - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...* cit., pág. 29 y su cita 57.

⁶ Luis DIEZ-PICAZO - Antonio GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, vol. II, págs. 603-604.

⁷ Atilio ALTERINI, Oscar AMEAL y Roberto LÓPEZ CABANA, *Derecho...*, cit., pág. 731.

⁸ Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...* cit., pág. 39 y su cita 84; Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, t. IV-B, pág. 380.

⁹ Andrés VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, Madrid, 1934, t. 1, pág. 300; conf. R. M. ROCA SASTRE, - J. PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho privado*, t.1, págs. 510-511.

¹⁰ Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...* cit., pág. 40; Andreas VON TUHR, *Tratado...* cit., pág. 300; Jorge MOSSET ITURRASPE, "Enriquecimiento sin causa", J.A. 1970, Doct., pág. 445; Rafael NÚÑEZ LAGOS, *Enriquecimiento sin causa en el derecho español*, Madrid, Reus, 1934, pág. 113 y ss.

¹¹ Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...* cit., pág. 40 y su cita 86; L.L. 40-201; L.L. 18-1103; E.D. 40-628; E.D. 7-734; E.D. 32-478.

¹² Manuel de la CÁMARA ALVAREZ y Luis DIEZ-PICAZO, *Dos estudios...* cit., págs. 161-162 y su cita 46.

¹³ Félix A. TRIGO REPRESAS, "Obligaciones en general", en Atilio A. ALTERINI y Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, págs. 277-278 y sus citas 380 y 381.

¹⁴ Eduardo A. ZANNONI, *Elementos de la Obligación*, págs. 62-64 y sus citas 51 a 55.

¹⁵ Félix A. TRIGO REPRESAS, *Reformas...*, cit., págs. 273-274.

¹⁶ Jorge J. LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit.

¹⁷ Atilio A. ALTERINI, Oscar J. AMEAL, Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho...* cit., N° 1766, pág. 729.

- ¹⁸ Manuel de la CÁMARA ALVAREZ y Luis DIEZ-PICAZO, *Dos estudios...* cit., pág. 41.
- ¹⁹ Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...* cit., págs. 32-33.
- ²⁰ Marcel PLANIOL, *Tratado elemental del derecho civil*, 9ª ed., t II, Nº 812.
- ²¹ Jorge J. LLAMBIAS, *Tratado...*, cit., pág. 378, su nota 4 (págs. 356-357).
- ²² G. RIPERT - M. TEISSEIRE, “Essaid’ une theorie de l’ enrichissement sans cause de droit civil francÇais”, *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1904, pág. 727 y ss.
- ²³ Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...* cit., pág. 34.
- ²⁴ Atilio A. ALTERINI, Oscar J. AMEAL, Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho...*, cit, pág. 729.
- ²⁵ Jorge J. LLAMBIAS, *Tratado...*, cit., pág. 379; A. ALTERINI - O. AMEAL, - R. LÓPEZ CABANA, *Derecho...*, cit., pág. 729.
- ²⁶ Manuel de la CÁMARA ALVAREZ y Luis DIEZ- PICAZO, *Dos estudios...* cit., ps. 36-37.
- ²⁷ Atilio A. ALTERINI, Oscar J. AMEAL, Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho...*, cit., pág. 720.
- ²⁸ KELLMANN, *Grundsätze der Gewinnhaftung*, Berlin, 1969.
- ²⁹ Manuel de la CÁMARA ALVAREZ y Luis DIEZ- PICAZO, *Dos estudios...* cit., págs. 191-194 y sus citas 98, 100, 105, 107 y 108.
- ³⁰ Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...* cit., págs. 52-53.
- ³¹ Atilio A. ALTERINI, Oscar J. AMEAL, Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho...*, cit., pág. 730.
- ³² Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, cit. pág. 53.
- ³³ Jorge J. LLAMBIAS, *Tratado...*, cit., pág. 400.

TIENES MÁS, TENGO MENOS

REFLEXIONES ACERCA DE DOS DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

por MARIO CASTILLO FREYRE Y GIANNINA MOLINA AGUI

SUMARIO: 1. Palabras liminares. 2. El enriquecimiento sin causa y sus elementos. 2.1. Conceptos de enriquecimiento sin causa. 2.2. Elementos del enriquecimiento sin causa. 3. El patrimonio. 4. El enriquecimiento. 4.1. ¿Cuándo existe enriquecimiento? 4.2. Modos de adquirir ventajas. 4.2.1. Enriquecimiento positivo. 4.2.2. Enriquecimiento negativo. 5. El empobrecimiento. 5.1. Formas de empobrecimiento. 6. Entonces, ¿ES necesario que alguien tenga más y que alguien tenga menos para poder pretender la indemnización por enriquecimiento sin causa? 7. Conclusiones.

1. Palabras liminares

A diferencia de lo que ocurre en la legislación argentina, que prescinde de una regulación expresa acerca de la acción por enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, la legislación civil peruana dedica una sección -aunque escueta, de sólo dos artículos- al tratamiento de esa pretensión. En un artículo (1954) la define, y en el otro (1955) regula de manera genérica la improcedencia de la acción.

Así, el art. 1954 del Código Civil peruano define al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que hay un sujeto que se enriquece indebidamente a expensas de otro, quedando este último obligado a indemnizarlo.

Entonces, surge la pregunta de qué debemos entender por enriquecimiento y qué por empobrecimiento. Y esto resulta muy importante, pues muchas veces se aprecia un desconocimiento acerca de lo que la doctrina ha desarrollado como las formas de enriquecimiento del sujeto beneficiado, así como el correlativo tratamiento que se brinda a las formas de empobrecimiento.

Bien sabemos, o al menos la recta moral nos lo indica, que con un enriquecimiento sin causa alguna, surge la imperiosa necesidad de restituir al empobrecido -también llamado perjudicado- la pérdida sufrida, debiendo restablecerse el patrimonio afectado al momento anterior a la ocurrencia del enriquecimiento del otro. Sin embargo, ¿es posible restituir a alguien un menoscabo de valor injustificado que no provenga de una transferencia o desplazamiento real de dinero o de otros bienes, que afecte el patrimonio del empobrecido?

La respuesta acertada, sin duda alguna, tendrá que llevarnos a recorrer el concepto de patrimonio, entendiendo a éste como el conjunto de activos (bienes y derechos) y pasivos (deberes y obligaciones) que pertenecen a un sujeto; por lo que -en consecuencia- para verificar el empobrecimiento de un sujeto no será necesario que se haya producido un desplazamiento patrimonial real y efectivo (de fondos dinerarios o de otros bienes, por ejemplo), pues tal respuesta sólo abarcaría parcialmente el concepto de patrimonio, olvidando que la imposición de obligaciones o cualquier otra situación jurídica subjetiva de desventaja también forma parte del patrimonio del sujeto.

Decimos esto, pues en muchos casos, cuando existe un desplazamiento patrimonial real y efectivo de dinero u otros bienes, generalmente el derecho se encarga de brindar a los perjudicados, otras acciones reguladas de manera positiva en nuestra legislación, en vez de la demanda por enriquecimiento sin causa.

La dificultad responde al carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa, el mismo que constituye uno de sus requisitos de procedencia; ello, de conformidad con el art. 1955 de nuestro Código Civil.

Efectivamente, y sin ánimo de entrar a analizar el carácter subsidiario de la acción, porque no es materia de estudio en el presente artículo, cabe señalar que la subsidiariedad responde a la inexistencia de otra vía de derecho que permita hacer efectiva la reparación por el perjuicio

sufrido, y que su regulación expresa resulta importante a efectos de evitar una doble compensación por un solo hecho.

Y es que, como sostiene Pietro Sirena ¹, la acción general de enriquecimiento sin causa resulta estrechamente residual, pues es necesario evitar que la misma sea considerada como una acción *extra ordinem* fundado en la equidad y que contravenga la solución de intereses sancionados por la regulación de supuestos particulares. En otras palabras, lo que se busca es evitar que el sujeto empobrecido obtenga en múltiples ocasiones -a título diverso- la reparación de un mismo perjuicio.

Entonces, lo que nos propone Pietro Sirena es que el sujeto tutelado (o empobrecido) pueda elegir libremente entre ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa o la acción específica que regula el derecho; o que emplee tal acción, de manera complementaria al ejercicio de la acción específica, en caso que a través de ésta última no se obtenga la reparación integral del perjuicio patrimonial. No así, descarta por completo la idea de que el sujeto empobrecido presente la acción de enriquecimiento sin causa de manera acumulativa, pues permitirlo generaría un enriquecimiento sin causa a favor del accionante, al recibir un doble pago en razón de una misma causa.

Por tales consideraciones, concordamos con lo expuesto por el doctor Jorge Mosset Iturraspe, quien en la ponencia del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil ² resaltó la importancia de regular la subsidiariedad de la acción, señalando que lo que se trata de impedir es que el empobrecido, después de haber perdido por su culpa la acción especial a que tenía derecho, o porque ha encontrado más favorable que la acción especial, la acción general de enriquecimiento, intente hacer uso de ésta.

Ello, claro está, sin perder de vista que el enriquecimiento sin causa -si bien resulta el fundamento de muchas acciones específicas- difícilmente procede en supuestos en los que se ha producido un desplazamiento real y efectivo del patrimonio; pues para tales casos el derecho ha previsto otros remedios legales como, por ejemplo, la restitución y la repetición.

En ese sentido, resulta conveniente aclarar que el enriquecimiento sin causa sólo procede en el Derecho peruano cuando no exista otro mecanismo para remediar el empobrecimiento injustificado, conforme a lo establecido por el art. 1955 del Código Civil.

Así, por ejemplo, tenemos que para los supuestos de pago indebido -en los que se produce un desplazamiento patrimonial a favor de otro sin que exista causa alguna- la norma establece que lo que corresponde es pedir la restitución de lo indebidamente pagado (art. 1222 C.C.); de modo tal que, siendo que una de las características de la acción por enriquecimiento sin causa es la subsidiariedad -es decir, la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio-, no procedería corregir tal situación a través del enriquecimiento sin causa, pues existe otro remedio legal que el propio ordenamiento jurídico concede para ejercer la protección del derecho.

Entonces, el tipo de enriquecimiento que a nosotros interesa es aquél que -en términos de De Rovira- ³ resulta anormal o extraordinario, que se encuentra al margen de todo precepto legal, que ni quebranta la norma jurídica ni está amparado por ella y que repugna a la conciencia moral y jurídica; es decir aquellas que carecen de causa.

Sin ánimo de entrar a profundizar el elemento causa consideramos apropiado referirnos a una acotación expuesta por el doctor Luis Moisset de Espanés ⁴ quien critica la falta de claridad del término “causa justa”, no sólo por las interminables discusiones doctrinales en torno a la causa como elemento de validez del acto jurídico, sino porque además dicho término, siempre dependerá de una específica valoración por parte del ordenamiento jurídico, y que como bien afirma Pietro Sirena, el mismo debe estar considerado en razón de cada supuesto en específico y siempre serán juicios sintéticos a posteriori del hecho que origina el enriquecimiento.

Además, como bien señala Luis Moisset de Espanés, lo cierto es que nunca puede dejar de haber una causa fuente que haya contribuido a causar el incremento patrimonial; por lo que es más saludable hablar de una falta de justificación legítima del enriquecimiento. Esta acotación resulta importante para nuestro posterior análisis respecto a una de las formas de empobrecimiento.

De este modo, en las siguientes páginas estudiaremos las diferentes formas que la doctrina autorizada ha previsto para describir los dos primeros elementos del enriquecimiento sin causa, a saber, el enriquecimiento y el empobrecimiento. Finalmente, concluiremos analizando si es posible o no que un sujeto se enriquezca sin que su patrimonio aumente en dinero o en bienes de otra naturaleza y si es factible que, de manera correlativa, un sujeto se empobrezca sin que tampoco efectúe desplazamiento alguno de dinero o de otros bienes. Nos referimos al caso en el cual los patrimonios aumentan o decrezcan por la liberación de créditos y la correlativa asunción de deudas.

Esto último fue puesto en debate en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil cuando Luis Moisset de Espanés solicitó que se aclare si es que cuando se hablaba de la restitución en la acción de enriquecimiento sin causa ello implicaba la exclusión de los supuestos en los cuales no ha existido un desplazamiento patrimonial y sin embargo se ha producido un enriquecimiento. Más aún si se toma en consideración que la restitución implica una devolución de la cosa, por lo que bien puede preguntarse si es posible que se restituya algo que no se ha entregado. Esto es lo que será materia de nuestro análisis.

2. El enriquecimiento sin causa y sus elementos

Conviene -para efectos de nuestro análisis- precisar brevemente el concepto de enriquecimiento sin causa y sus elementos.

2.1. Conceptos de enriquecimiento sin causa

La doctrina considera a la teoría del enriquecimiento sin causa como uno de los aciertos más notables de la técnica jurídica, pues sin duda alguna lo que se pretende amparar con tal figura son -precisamente- todos los casos de enriquecimiento sin causa que pasaron inadvertidos al legislador, motivo por el cual los afectados no encuentran remedio alguno en la norma; pero, no obstante ello, los principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia no aceptan que exista una persona que se beneficie a expensas de otra, sancionando así tal situación a través de la acción de enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado.

El enriquecimiento sin causa ha tenido diverso tratamiento en su evolución, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, por lo que siendo que no constituye objeto del presente estudio el análisis de la evolución conceptual del enriquecimiento sin causa, no es propio remitirnos detalladamente a su desarrollo. En ese sentido, sólo alcanzaremos algunas definiciones propuestas por la doctrina.

Así, Von Tuhr ⁵ señala que el enriquecimiento sin causa es otra fuente de obligaciones, como lo son el contrato y los delitos. Agrega que esta fuente de obligaciones otorga al empobrecido “*la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento [...]*” ⁶.

En ese mismo sentido, Llambías ⁷ afirma que el enriquecimiento sin causa es fuente de la obligación de restitución, denominada acción *in rem verso*, que no es otra que aquella acción que la ley confiere a toda persona que ha experimentado -sin justa causa- una disminución patrimonial contra quien se ha beneficiado injustamente por ello.

Por su lado, Ludwig Enneccerus ⁸ señala que el fundamento del enriquecimiento sin causa está en el derecho patrimonial, pues éste busca una regulación justa y equitativa de las relaciones patrimoniales, siendo el enriquecimiento sin causa una pretensión que se dirige contra el enriquecido para que entregue aquello en que injustificadamente se enriqueció.

A esta pretensión la denomina *condictio*, y precisa que la misma podrá dirigirse contra el enriquecido, no por el solo hecho de enriquecerse, sino que tendrán que verificarse los requisitos que “*por lo regular y universalmente se asignan a esta figura jurídica: la obtención de una ventaja patrimonial que supone un enriquecimiento para quien lo consigue y un*

*empobrecimiento para quien lo pierde, cuando dicho fenómeno se produce sin causa o injustificadamente, a pesar de lo que el Derecho, por razones de seguridad o de otro orden imperioso, se ve forzado a reconocer y concederle determinados efectos jurídicos”*⁹.

Para Planiol, el enriquecimiento sin causa es un enriquecimiento ilícito, porque no tiene causa y no sería permisible que quien se haya enriquecido sin causa, pretenda conservarlo, generando -de este modo- una obligación de devolver el monto del enriquecimiento, pues la causa de tal enriquecimiento es un hecho ilícito.

Al respecto, nosotros sostenemos que para que proceda la acción *de in rem verso*, no es necesario que el hecho por el cual una persona se enriquece a costa de otra tenga carácter ilícito. Esto, debido a que *“el hecho ilícito requiere siempre del dolo o culpa del obligado”*¹⁰, mientras que el enriquecimiento sin causa puede prescindir de esos elementos.

Así también, Moisset de Espanés señala que el enriquecimiento sin causa (...) abarca otras situaciones en las que no hay pago, definiendo al enriquecimiento como: *“(...) una ventaja de carácter pecuniario que se incorpora al patrimonio de una persona. Unas veces se incorpora en forma de desplazamiento de valores de un patrimonio a otro, pero otras veces no hay desplazamiento; o sea no hay egreso de valores de un lado, que ingresen en el patrimonio ajeno. Por ello consideramos suficiente decir: atribución patrimonial, ventaja de carácter económico o pecuniario con que se mejora un patrimonio”*¹¹.

En esa misma línea de pensamiento, José Lete del Río define al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que *“una persona se beneficia o enriquece a costa de otra sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial”*¹².

El referido autor agrega, ya refiriéndose al enriquecimiento y al empobrecimiento, que *“el aumento del valor del patrimonio del demandado puede deberse a un incremento del activo (al ser consecuencia de la adquisición de una cosa o de un derecho real o de crédito) o a una disminución del pasivo (por ejemplo: extinción de una deuda, liberación de una carga o gravamen, etc.)”*¹³.

Así, pues, *“la acción se dirige fundamentalmente a proteger a la persona cuyo patrimonio ha sido injustificadamente lesionado, más que a sancionar enriquecimientos inmorales o ilegítimos”*¹⁴. Esto, toda vez que el efecto del enriquecimiento sin causa es restituir el equilibrio patrimonial alterado, es decir, es *“causa eficiente de la obligación de indemnizar”*¹⁵ por la cual se puede exigir la restitución de lo ilegítimamente pagado o del ahorro del cual se benefició indebidamente el enriquecido.

Luego de estas exposiciones doctrinales no quedará duda alguna en el lector de que la problemática que pretende resolver el enriquecimiento sin causa consiste en restituir la ventaja ganada frente a una retención sin causa. Ello, independientemente de cuál sea el motivo o la causa por la cual se pretenda restablecer el equilibrio, pues como se ha podido apreciar en los conceptos esbozados sobre enriquecimiento sin causa, algunos crean su concepto en torno al hecho ilícito, otros en torno al restablecimiento patrimonial y, otros basados en la causa, en la equidad o en la moral.

Suscribimos la idea¹⁶ respecto de que la obligación de restituir que tiene el enriquecido indebidamente halla su explicación en el principio inspirado en la máxima romana de alta moral *suum cuique tribure*, dar a cada uno lo suyo. En esa misma línea, Oramas Gross¹⁷ sostiene que en realidad, la obligación de restituir que tiene el enriquecido, se fundamenta y se apoya en la regla de orden moral.

Además, sumamos nuestra posición a la sostenida por Oramas Gross cuando afirma que, *“consideramos apropiada la necesidad de sustentar una tesis que sea el punto de unión entre las corrientes materialistas (aquellas que ven en el patrimonio el punto de partida para explicar el fundamento) y las corrientes moralistas (aceptando definitivamente el hecho de que la moral se convierta en una vía excepcional y práctica del derecho), pues así surge la posibilidad de que los principios generales del derecho se conviertan en razón inmediata de una norma legal”*.

2.2. Elementos del enriquecimiento sin causa

Oramas Gross advierte que “los elementos principales del enriquecimiento sin causa fueron advertidos inicialmente en dos sentencias muy importantes de la Corte de Casación Francesa (12 de mayo de 1914 y 2 de marzo de 1915), que señalaban que la acción por enriquecimiento sin causa debía regirse por cinco consideraciones especiales: “Es necesario que una persona se haya empobrecido; que otra se haya enriquecido; que haya un vínculo de causalidad entre el enriquecimiento de la segunda y el empobrecimiento de la primera; que el enriquecimiento no esté justificado por ninguna causa jurídica; y por último, que la persona empobrecida no tenga ningún otro medio de derecho para obtener que se le indemnice”¹⁸.

Por su lado, Llambías¹⁹ enumera los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa, siendo tales requisitos, los siguientes: (i) el enriquecimiento del demandado; (ii) el empobrecimiento del demandante; (iii) la relación causal entre esos hechos; (iv) la ausencia de causa justificante del enriquecimiento; y, finalmente, (v) la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

Mientras que a decir Von Tuhr²⁰, para que un enriquecimiento genere derecho de restitución, es necesario que se verifique de manera conjunta al mismo, que tal enriquecimiento se produjo a costa del patrimonio de otra persona, y que además no haya razón que lo justifique.

De otro lado, Enneccerus²¹ señala como requisitos para que se configure el enriquecimiento sin causa: (i) un enriquecimiento a expensas de otro; y (ii) la falta de causa que justifique un enriquecimiento. Asimismo, el referido autor reconoce requisitos adicionales para casos especiales relacionados a la *conditio*, los mismos que no entraremos a detallar porque no son objeto del presente estudio.

Como se podrá apreciar, los dos últimos autores citados no hacen mención alguna a la subsidiariedad de la acción. No obstante ello, el art. 1955 de nuestro Código Civil la considera como un elemento de procedencia, por lo que deberá ser tomada en cuenta.

Además, esto encuentra su razón de ser, toda vez que -como dice Llambías²² el enriquecimiento sin causa es un dispositivo excepcional que funciona cuando el daño experimentado no encuentra remedio alguno en los resortes específicos del ordenamiento jurídico. Ésta es la posición doctrinaria adoptada mayoritariamente y recogida por nuestro Código Civil.

3. El patrimonio

Luego de estudiar los conceptos de enriquecimiento sin causa, expuestos en el apartado precedente, se puede apreciar que todos ellos -independientemente de la causa que crean justifique la existencia de tal figura- se refieren al restablecimiento de un patrimonio afectado.

Y es que, en efecto, como señala Jorge Fábrega²³, el concepto de desplazamiento o atribución patrimonial está íntimamente relacionado con el de la teoría del enriquecimiento sin causa, pues sin atribución patrimonial nada hay que rectificar. Esto es así, porque la atribución o acto de atribución constituye el elemento material del enriquecimiento.

Entonces, cabe aquí preguntarnos qué debemos entender por patrimonio, qué comprende un patrimonio y cómo es posible que éste se vea afectado.

Para ello, hemos de referirnos a la definición esbozada por Nicola Coviello²⁴, quien señala que el patrimonio puede denotar el conjunto de relaciones jurídicas de una persona, estimables en dinero y, por lo tanto, no sólo los derechos sino también las deudas, y se habla entonces de activo y de pasivo²⁵ del patrimonio. Agrega el citado autor que: “(el patrimonio) puede denotar también únicamente el conjunto de los derechos estimables en dinero pertenecientes a una persona, esto es, de las solas actividades; patrimonio bruto. Y, finalmente, el conjunto de los valores que quedan después de deducidas las deudas, el patrimonio neto”²⁶ (el destacado es nuestro)

De este modo, tenemos que Coviello reconoce que la esfera patrimonial de una persona se encuentra formada por las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja, como los derechos que poseemos -sea sobre cosas materiales o inmateriales, como sobre créditos-; y que la misma puede verse afectada por situaciones jurídicas subjetivas de desventaja; así, pues, los estados de sujeción, los deberes y obligaciones, si bien no forman parte del patrimonio “neto” ¿en términos de Coviello?, sí forman parte del patrimonio propiamente dicho, entendido éste como el conjunto de derechos, créditos, obligaciones y cualquier otra situación jurídica subjetiva de ventaja o de desventaja del sujeto, que es -al fin y al cabo- el concepto que se toma en consideración en el enriquecimiento sin causa.

En ese mismo sentido, Von Tuhr ²⁷ expresa que el patrimonio, en sentido jurídico, es la suma de los derechos que competen a una persona y que aquel también se encuentra integrado por las expectativas; en particular, los derechos a plazo o bajo condición y los que carecen todavía de una *conditio iuris* para su constitución.

Von Tuhr precisa algo importante, y es que: *“los objetos de los derechos no entran en el patrimonio, porque éste se halla constituido únicamente por la propiedad que compete al titular respecto a las cosas suyas y no por las cosas mismas; por los créditos y no por las prestaciones que puedan ser exigidas”* ²⁸ (el destacado es nuestro)

Lo que el citado autor trata de decirnos es que más allá del desplazamiento efectivo que pueda haberse hecho del objeto de la prestación debida, sólo importará que se tenga derecho a ella para decir que nuestro patrimonio ha sido afectado de manera positiva, pues al ser exigible esta prestación, la exigibilidad del crédito formará parte de nuestro patrimonio.

En ese mismo sentido, no nos cabe duda de que el patrimonio se verá afectado cuando a él se impongan cargas, obligaciones o cualquier otra situación jurídica subjetiva de desventaja, sin que para ello sea necesaria una disminución efectiva del mismo (entendido como desplazamiento efectivo de dinero o de otros bienes), pues la sola situación jurídica subjetiva de ventaja ya se habría incorporado al patrimonio del titular de la misma, habiéndose afectado negativamente el del titular de la situación jurídica subjetiva de desventaja, pues al deducir su patrimonio neto no podrá contar con aquel derecho que le pertenece, o que le es válidamente exigible a otro. Así lo reconoce, en otras palabras, Coviello.

La definición de patrimonio esbozada por Coviello nos parece acertada, en cuanto no sólo se refiere al patrimonio como el conjunto de derechos o situaciones de ventaja, sino que alude a que el mismo se encuentra conformado -además- por situaciones de desventaja; y es que haciendo una analogía con el patrimonio de una empresa, se tendrá que son los estados financieros los que reflejan la situación del patrimonio, y en ellos siempre podremos ver que se presentan los llamados activos y pasivos, es decir, los derechos y las deudas. Esto no es otra cosa que el conjunto real del patrimonio.

En consecuencia, no podemos restringir el patrimonio sólo a los derechos que se tienen, pues ello sería falsear la realidad si es que ignoramos que sobre esos derechos que decimos tener existen otros “mejores derechos” pertenecientes a terceros. Así, pues, sólo hablaremos en el sentido de que el patrimonio se encuentra formado por las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja o de desventaja que se tenga, cuando hagamos referencia al patrimonio neto, que -como bien dice Coviello- es aquel patrimonio que queda después de deducidas las deudas. Dicho patrimonio, claro está, podría constituir un desvalor, es decir un patrimonio negativo.

Por su parte, Planiol y Ripert ²⁹ definen el patrimonio como el conjunto de los derechos y de las obligaciones de una persona apreciables en dinero, considerados como formando una universalidad de derechos. Esto quiere decir que el patrimonio constituye una unidad abstracta, distinta de los bienes y de las obligaciones que lo integran. Estos pueden cambiar, disminuir o desaparecer enteramente, pero no el patrimonio que permanece siempre uno mismo durante toda la vida de la persona.

Esta noción de patrimonio es compartida por la mayoría de juristas, y prevalece en la doctrina clásica y moderna, la que de manera uniforme reconoce que el patrimonio constituye una universalidad jurídica distinta, pero integrada inseparablemente, por los derechos, los créditos y las obligaciones atribuidas a una misma persona.

En conclusión, en este apartado podemos afirmar que el patrimonio no es un conjunto de objetos o de cosas, sino un conjunto de relaciones formadas por situaciones jurídicas subjetivas de ventaja y de desventaja.

Por lo tanto, cuando en el enriquecimiento sin causa se habla de disminución de patrimonio, el mismo se encuentra referido al concepto aceptado por la doctrina mayoritaria, a saber, el patrimonio como el conjunto de situaciones jurídicas subjetivas del sujeto, tanto de ventaja como de desventaja. Este es el concepto de patrimonio que se toma en consideración a efectos de aplicar el enriquecimiento sin causa.

4. El enriquecimiento

Habiendo delimitado lo que hemos de entender por patrimonio, corresponde ahora analizar el primer elemento de configuración del enriquecimiento sin causa, a saber “el enriquecerse a costa de otro” o, lo que es lo mismo, obtener una ventaja patrimonial. Las formas de obtener ventajas patrimoniales las hemos de explicar en este apartado.

Hasta aquí tenemos que *“el enriquecimiento sin causa rompe el equilibrio patrimonial sin que medie justificación o razón jurídica válida, por lo que el Derecho busca restablecer ese equilibrio concediendo al perjudicado la facultad de accionar”*³⁰ (el agregado es nuestro).

Von Tuhr³¹ señala que el enriquecimiento consiste en la diferencia que existe entre el estado actual del patrimonio y el que presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores. Es decir, luego de tal comparación, debería verificarse que ha habido una mejora -o que se ha evitado una alteración negativa a través de una disminución- en el patrimonio del sujeto enriquecido.

4.1. ¿Cuándo existe enriquecimiento?

Podemos decir que se enriquece toda persona que adquiere una ventaja patrimonial a la que no se corresponde recíprocamente una desventaja equivalente.

Así, pues, Enneccerus³² señala como primer requisito para la existencia de un enriquecimiento sin causa, el enriquecimiento a expensas de otro, precisando que la obligación de entregar el enriquecimiento injusto presupone, en primer término, que el obligado haya “obtenido algo”, es decir se tiene que verificar que su situación patrimonial haya mejorado, considerando todos los valores gastados y las cargas que tiene su patrimonio.

Sin embargo, nos preguntamos si el enriquecimiento abarca sólo los aspectos que son susceptibles de valoración económica o si es posible que también se incluyan los beneficios de carácter moral.

Sumamos nuestra postura a aquella corriente doctrinaria que acepta las ventajas y beneficios de orden extrapatrimonial, siempre y cuando lleguen a ser susceptibles de expresarse en forma pecuniaria.

Se presupone así que el enriquecimiento se produce porque el patrimonio receptor ha aumentado como consecuencia de un beneficio de carácter patrimonial o que, a lo menos, surta efectos patrimoniales³³. Esta definición de enriquecimiento supera -y es la aceptada contemporáneamente- toda discusión acerca de si el enriquecimiento tiene que ser necesariamente patrimonial.

Asimismo, esta definición contemporánea, que resulta ser más amplia que la estrictamente patrimonial o la moral, encuentra su justificación en que el derecho patrimonial no es lo único que el derecho ha de proteger, pues también el derecho tiende y debe tutelar el interés moral, a fin de evitar desequilibrios, injusticias y abusos.

De otro lado, cuando nos referimos a la ventaja que adquiere el enriquecido, aludimos -en estricto- a una ventaja real y efectiva, es decir, a aquella que se ha verificado en el patrimonio y no a aquellas ventajas que carecen de ese contenido o que no son cuantificables. Hemos de entender que la ventaja adquirida no tiene que cosificarse u objetivarse, sino que también comprende aquellas situaciones jurídicas subjetivas de ventajas, pues -como tales- forman la parte activa del patrimonio. Esto significa que el enriquecimiento (y correlativo empobrecimiento) puede derivarse tanto de dinero, otros bienes, créditos, deudas y demás situaciones jurídicas subjetivas de ventaja y correlativas de desventaja).

4.2. Modos de adquirir ventajas

Enneccerus ³⁴ señala que entre los modos de adquirir ventajas y que en consecuencia pueden llevar al enriquecimiento, se tienen: (i) la adquisición de un derecho, (ii) la obtención de la posesión, (iii) la obtención de la posibilidad de disponer sobre un objeto y, finalmente, reconoce que hay enriquecimiento cuando se ahorran gastos y disminuciones del patrimonio.

Por su parte, Von Tuhr ³⁵ sostiene que el patrimonio puede enriquecerse o bien a través de un aumento o bien a través del cuidado de su no disminución. Dentro del primero señala que se encuentra la posibilidad de afectar o bien el activo, a través de la incorporación en el patrimonio de nuevos derechos o incrementando el valor de los mismos, o bien el pasivo, a través de la cancelación del mismo sin fundamento jurídico alguno que lo justifique. Respecto de la segunda forma de enriquecimiento, se tiene que ésta se produce cuando en circunstancias normales se hubiera tenido que efectuar un desembolso, pero finalmente éste no se realiza.

Se afirma también que los modos de adquirir ventajas son incontables, ya que ellas pueden consistir tanto en la adquisición de un derecho, o en el aumento o incremento del valor de un bien que se ha adquirido (*lucrum emergens*), como también puede uno enriquecerse negativamente (*damnum cesans*), cuando la ventaja consiste en el no empobrecimiento por “la extinción” de una obligación o carga a la que un patrimonio estaba adscrito ³⁶.

En esa misma línea de pensamiento, Delia Revoredo ³⁷ afirma que el enriquecimiento sin causa debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida, ya sea activamente, como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión, ya sea pasivamente, como el ahorro de un gasto inminente.

Compartiendo la idea expuesta por los autores citados, Gustavo de los Ríos Wools ³⁸ señala que el requisito del incremento patrimonial es esencial, y que este incremento puede presentarse en dos situaciones: (i) cuando se obtiene un lucro o ganancia efectiva; o, (ii) cuando se obtiene un ahorro evitando un gasto o una deuda.

Núñez Lagos ³⁹, al hablar de los modos de enriquecimiento, distingue un enriquecimiento positivo y un enriquecimiento negativo, señalando que en el primero se comprende no sólo el ingreso de nuevas cosas corporales, sino la transformación de las que había; mientras que el segundo lo entiende como una disminución del pasivo, es decir como una disminución del patrimonio que le ha sido evitada.

Así, pues, Álvarez Caperochipi deja ver que no importa mucho la clasificación, en tanto que lo que interesa es que la esfera restitutoria de la acción se amplía más con la concepción de que el ahorro de gastos genera la acción restitutoria de enriquecimiento sin causa, destacando así que la ventaja tendrá que ser vista en cualquiera de sus formas.

Esta idea parece complementar o corroborar lo que ya se veía venir con la definición de patrimonio, el mismo que -como señalamos- excluye a los objetos en sí mismos, para centrarse en las situaciones de ventaja y de desventaja del sujeto, de modo tal que la eliminación del pasivo en el patrimonio de un sujeto, sin duda alguna sí lo beneficia, pues si bien no incorpora derecho alguno a su patrimonio, al momento de determinar el patrimonio neto se determinará que éste es mayor que si se hubiese descontado el pasivo asumido por otro. Esto, más aún, si se tiene en cuenta que para determinar la existencia de un enriquecimiento sin causa, la idea de

poderlo apreciar en dinero es básica; ello, sin menguar el trasfondo moral, equitativo y de justicia que justifica a esta figura.

De este modo, para efectos prácticos acogeremos la posición de quienes dividen los tipos de enriquecimiento en enriquecimientos positivos y negativos, pues éstos no son excluyentes de las divisiones más detalladas que efectúan otros autores, como Enneccerus.

4.2.1. Enriquecimiento positivo

El enriquecimiento positivo ha de referirse al ingreso de una cosa corporal o de un derecho a la esfera patrimonial del enriquecido. Este beneficio abarca tanto los derechos reales como los derechos personales. Los ejemplos de enriquecimiento positivo son mucho más fáciles de ser identificados; así, por ejemplo, se tiene que un derecho de expectativa, la obtención de un derecho de preferencia para una hipoteca, el derecho de crédito frente a otro, la posesión, la simple posibilidad de disponer sobre un objeto, dan lugar al incremento del patrimonio.

Jorge Fábrega Ponce ⁴⁰ reconoce dentro de este tipo de enriquecimiento positivo a la adquisición de un derecho, de un bien o de un provecho. Asimismo, comprende dentro del enriquecimiento positivo el supuesto en el cual el pasivo del enriquecido disminuye sin causa jurídica. Consideramos que este último supuesto puede ser visto desde el enriquecimiento negativo como un ahorro por parte del enriquecido, pues finalmente el beneficio ha sido generado por la no afectación del patrimonio.

4.2.2. Enriquecimiento negativo

Por su lado, el enriquecimiento negativo evita la disminución de un patrimonio. En ese sentido, señala Oramas Gross que *“cuando se evita un gasto, su equivalente es un ingreso”* ⁴¹.

Así, también, cuando hablamos de patrimonio, el mismo también será pasible de ser apreciado, toda vez que no figurará -en los pasivos- deuda alguna. Y, es que, efectivamente, cuando nos referimos al enriquecimiento negativo estaremos siempre viendo una disminución del pasivo, lo que a la larga termina siendo un aumento del patrimonio neto.

Por otra parte, es evidente que en el ahorro de gastos el enriquecido aumenta su patrimonio porque se ha liberado de un pasivo, mientras que quien asuma el pasivo del enriquecido se verá necesariamente perjudicado en su patrimonio, pues aun cuando no haya pagado el pasivo asumido, quedará sujeto a tolerar cualquier egreso que se realice en él, en virtud de la facultad de cobro que tiene el acreedor; pues este último podrá hacer valer su derecho afectando, tangiblemente, con su crédito el patrimonio del nuevo deudor. Así, tomando en consideración el concepto de patrimonio establecido en el presente trabajo, se tendrá que la sola asunción de la obligación (situación jurídica subjetiva negativa) afecta el patrimonio, pues al incorporarla lo devalúa; esto se pone en evidencia cuando se halla el patrimonio neto del sujeto.

Este sin duda, es un supuesto más de enriquecimiento.

Todo esto se produce con total prescindencia de si el acreedor ejerce o no su derecho a cobrar, es decir, de si se llega o no a realizar el pago efectivo; pues puede darse el caso en que la omisión de cobro responda al propósito de obtener otras ventajas sobre el deudor.

Es preciso señalar que la acción por enriquecimiento sin causa deberá dirigirse contra quien se libró del pasivo en su patrimonio, con total independencia de quién sea el autor del acto que genera el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento, pues esto no interesa al Derecho, sino que el mismo ve como obligado de la restitución a quien se ha beneficiado y se sigue beneficiando a costa de otro y sin justificación alguna al momento en que se demande.

Jorge Fábrega Ponce ⁴² apoya la tesis de Oramas Gross, cuando sostiene que el enriquecimiento negativo se produce cuando se evita que el patrimonio disminuya. Así, pues, resulta posible que el enriquecimiento se produzca porque se ha conservado un bien que de otra suerte hubiera perecido, o evitando gastos que en otras circunstancias hubieran tenido que hacerse.

Consideramos que esta acertada definición esbozada por Fábrega, permite incorporar el segundo supuesto señalado por él mismo en el enriquecimiento positivo, a saber, el enriquecimiento que se produce cuando se disminuye un pasivo.

5. El empobrecimiento

Llambías señala que el empobrecimiento, como segundo requisito de la acción por enriquecimiento sin causa, consiste en el menoscabo de orden patrimonial que el empobrecido padece, sea por un daño emergente o por un lucro cesante.

La doctrina no es del todo pacífica cuando se refiere al empobrecimiento como un elemento necesario para la procedencia de la acción por enriquecimiento sin causa, pues a decir de unos, la persona que no se ha empobrecido no tiene interés porque nada ha perdido, por lo que para ese sector de la doctrina es necesario que *“a un enriquecimiento, le corresponda cualitativamente y no cuantitativamente, un empobrecimiento de otro patrimonio”*⁴³.

Así también, en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil⁴⁴ se discutió si es que era posible o no que se restituya en valor lo que la pérdida de la especie hubiese generado de empobrecimiento.

La discusión se centró básicamente en el término “valor” pues lo que se pretende es determinar qué valor es el que se debe devolver al empobrecido. Para esto se tienen tres opciones: (i) el mismo que tenía cuando sufrió el empobrecimiento, (ii) el que tenía cuando interpuso la demanda, o (iii) el valor que se tiene cuando se emita la sentencia.

Lo cierto es que de acuerdo al fundamento de la acción de enriquecimiento sin causa, si lo que se busca es restablecer el equilibrio de los patrimonios que sin causa legítima han sido alterados, corresponderá que el valor de la restitución sea la que tenga al momento de la emisión de la sentencia.

Otro sector de la doctrina señala que la correlatividad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento entra necesariamente a tallar con la pregunta de ¿cuánto se tiene que restituir, pagar o devolver, por efectos del enriquecimiento sin causa? Aquí la respuesta no parece ser otra que el señalar que el monto por el cual corresponde sea indemnizado el empobrecido, es tanto como aquel en cual el otro se ha enriquecido. Sin embargo, nos preguntamos si siempre el sujeto que se empobrece lo hace en la misma medida de quien se enriqueció.

Para ello, hemos de referirnos a un ejemplo de Sacco, citado por Álvarez Caperochipi⁴⁵, cuando dice: *“Supongamos que el dueño de una finca parte para un largo viaje al extranjero dejando ésta cerrada, un tercero la arrienda durante su ausencia y obtiene un precio de 10, pero la deja en perfectas condiciones para su vuelta”*.

Luego de exponer el ejemplo, el autor determina que si bien el enriquecimiento del tercero es de 10, monto que debe restituir en función de los criterios generales de enriquecimiento sin causa, no existe empobrecimiento del dueño. No obstante la ausencia de este empobrecimiento, es claro que si no se restituyeran esos 10 que se ganaron, algo no andaría bien. Debemos señalar que en este caso no procedería reclamar una indemnización por lucro cesante, en la medida en que no se dejó de ganar algo; todo lo contrario, otro ganó algo que el propietario puede reclamar para sí.

Pero entonces, ¿cómo es posible que se restituya un enriquecimiento si no ha habido empobrecimiento alguno comprobable a través de la salida efectiva de los objetos del patrimonio, ni a través de la presencia de situaciones jurídicas subjetivas de desventajas impuestas al mismo? El autor responde a esta pregunta, señalando que el enriquecimiento sin causa procedería toda vez que quien se hubiere enriquecido lo hubiese hecho sin causa alguna con el bien de otro.

Como se puede apreciar, la discusión entre estas dos posturas, en estricto está relacionada al nexo causal (tercer elemento del enriquecimiento sin causa), pero sin embargo, acarrea consigo la necesidad de verificación del empobrecimiento.

A nuestro parecer, la verificación del empobrecimiento para poder demandar un enriquecimiento sin causa, no sólo dependerá del fundamento que se adopte para justificar la existencia de la figura del enriquecimiento sin causa, el mismo que -como señalamos inicialmente- si bien se circunscribire a equilibrar dos patrimonios, de modo que en los hechos no sólo se busca restituir el goce indebido por quien no tiene causa alguna para gozar ni retener, o restablecer los patrimonios cuantitativamente afectados, sino también aquéllos que cualitativamente se hayan visto afectados (como, por ejemplo, con la imposición de una obligación que no les corresponde asumir) y cuya afectación sea susceptible de ser valorizada económicamente.

Coincide la doctrina en señalar que el empobrecimiento puede producirse tanto con la pérdida efectiva de bienes y derechos.

A ello, consideramos, debería agregarse expresamente que la imposición de situaciones jurídicas subjetivas de desventaja en favor de otros, sin causa alguna que justifique la misma, también produce un empobrecimiento. No obstante la omisión de un pronunciamiento expreso por parte de la doctrina, ello se puede entender claramente de la unión de los conceptos de patrimonio, enriquecimiento y empobrecimiento.

Así también lo entiende Delia Revoredo Marsano ⁴⁶, cuando señala que el empobrecimiento debe entenderse también en sentido amplio, esto es que la ventaja no tiene que provenir necesariamente del patrimonio del empobrecido, sino que bastará con que sea a expensas suyas.

Ahora bien, resulta preciso señalar también que no siempre el enriquecimiento equivale cuantitativamente al empobrecimiento, pues existen supuestos en los que (i) el enriquecimiento es mayor que el empobrecimiento, caso en el cual sólo deberá restituirse el monto empobrecido, habida cuenta de que dar más sería amparar un enriquecimiento sin causa a favor del empobrecido; y (ii) casos en los que el enriquecimiento es menor que el empobrecimiento, donde también sólo debería restituirse por el monto enriquecido, pues lo contrario sería otorgar carácter sancionador al enriquecimiento sin causa, como lo reconoce Oramas Gross ⁴⁷, quien en el último supuesto hace una excepción respecto de las sumas de dinero, pues en este caso el enriquecido deberá realizar la restitución de la suma de dinero en igual cantidad que la que ingresó a su patrimonio enriquecido.

Para algunos autores, como Fábrega Ponce ⁴⁸, la presencia del empobrecimiento es necesaria, pues éste es el fundamento de la acción y el objeto de la institución. Así, a decir del citado autor, si el empobrecimiento que sufre una persona repugna a la equidad, cuando ese empobrecimiento aparece en el patrimonio de otra persona, esa lesión a la equidad y al sentimiento de justicia y Derecho, resulta doblemente impresionante; de modo tal que la acción se dirige fundamentalmente a proteger el patrimonio de la persona cuyo patrimonio ha sido injustamente, o sin causa alguna, lesionado.

Este autor suma su posición a la ya esbozada por otros autores, respecto a que el empobrecimiento no necesariamente tiene que derivarse de dinero o de bienes de otra naturaleza, pues sólo se exige que sea susceptible de trascender y que realmente trascienda en el patrimonio del empobrecido.

5.1. Formas de empobrecimiento

A decir de Oramas Gross ⁴⁹, el empobrecimiento puede producirse de dos maneras: la primera consistiría en la pérdida de un bien, valor o derecho. Explica esta primera forma, señalando que la pérdida puede ocurrir ya sea por el desplazamiento del objeto del patrimonio empobrecido al del enriquecido, o por incorporación al patrimonio de un tercero en pago de una obligación del enriquecido para con el tercero o por la destrucción de un bien del empobrecido para la conservación de una cosa o el aumento del patrimonio del enriquecido.

Como se podrá observar, el primer y tercer supuesto que plantea el autor respecto de la primera manera de empobrecerse, corresponde más a un concepto de patrimonio basado en los objetos, pues se habla de desplazamientos efectivos y de cosas. Por otro lado, el segundo de los

supuestos planteados sí corresponde, en estricto, a la definición de patrimonio como conjunto de situaciones jurídicas subjetivas, sean éstas de ventaja o de desventaja.

Este segundo supuesto constituye una pérdida de valor del patrimonio a través de la adquisición de una situación jurídica subjetiva de desventaja.

La segunda manera en que puede producirse el empobrecimiento, según Oramas Gross, consiste en el no aumento en el patrimonio, cuando jurídicamente era procedente un ingreso o un incremento en el patrimonio. No obstante, discrepamos de esta afirmación en la medida de que este caso podría tratarse de un lucro cesante.

Sin embargo, la pérdida de una expectativa sí podría dar lugar a un supuesto de enriquecimiento sin causa, siempre que haya desplegado actividades que hayan generado directa o indirectamente beneficios a otra persona.

Es decir, como bien explica Luis Moisset de Espanés⁵⁰, no es necesario que haya salido algo del patrimonio del empobrecido, sino que únicamente deberá verificarse que ha perdido una ganancia que esperaba lograr y que correlativamente otro se ha enriquecido en función de la expectativa perdida.

Esta acotación nos parece importante, pues resalta -una vez más- la posibilidad de afirmar que se puede producir un empobrecimiento sin necesidad de que exista desplazamiento de dinero o de bienes de otra naturaleza; ello, a través de la imposición de una obligación (situación jurídica subjetiva de desventaja) que afectaría el patrimonio a través de una disminución, la misma que podría producirse en el futuro, un futuro certero, y exigible. Sin embargo, para que se produzcan el empobrecimiento y el enriquecimiento sólo tendrán que demostrarse la existencia de la obligación; no que ella necesariamente se pagó o se pagará. Esto último resulta del principio de oportunidad de la demanda, pues la situación se determina a la fecha de la demanda. Aquello que suceda o pueda suceder después de interpuesta la demanda, resulta irrelevante para la acción, en la medida de que puede haber pago, condonación, transacción, etc.

6. Entonces, ¿es necesario que alguien tenga más y que alguien tenga menos para poder pretender la indemnización por enriquecimiento sin causa?

Como hemos sostenido a lo largo del presente estudio, no debemos entender el patrimonio sólo como un conjunto de derechos, sino como el conjunto de los activos y pasivos de las personas, por lo que la disminución de un pasivo, si bien no importa en estricto la incorporación de dinero o de otros bienes al patrimonio, sí termina -al momento de determinar el patrimonio neto- por darnos un resultado positivo, incrementando el mismo; ello, si lo comparamos con el resultado del patrimonio neto que consideraba al pasivo asumido por otro.

Lo mismo sucede con la situación del empobrecido. Sin duda alguna, el simple hecho de asumir el pasivo de otro -aun cuando este pasivo no se haya pagado a quien corresponda- importa la disminución del patrimonio neto. Así, pues, si hacemos el mismo ejercicio que con el patrimonio del enriquecido, se tendrá que el actual patrimonio de quien asuma el pasivo será menor al momento anterior a la asunción del mismo.

De este modo, siempre será necesario que se verifique un enriquecimiento y un empobrecimiento, pero no puede perderse de vista que el incremento no implica necesariamente la incorporación efectiva de derechos u objetos, así como la disminución patrimonial no necesariamente implicará la salida de objetos o pérdidas de derechos, ya que es posible que la incorporación de pasivos sea una forma de afectación y disminución del patrimonio.

7. Conclusiones

El enriquecimiento sin causa es un remedio excepcional que pretende amparar aquellos casos de enriquecimiento sin causa que pasaron inadvertidos al legislador, en supuestos específicos, motivo por el cual los afectados no encuentran remedio alguno en la norma; pero no obstante ello, los principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia, no aceptan que exista una persona que se beneficie a expensas de otra, sancionando así tal situación a través de la acción por enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado y el consiguiente restablecimiento patrimonial que le corresponde.

Suscribimos el criterio de Llambías, cuando señala que los elementos del enriquecimiento sin causa son los siguientes:

- 1) Enriquecimiento del demandado.
- 2) Empobrecimiento del demandante.
- 3) Relación causal entre esos hechos.
- 4) Ausencia de causa justificante del enriquecimiento.
- 5) Carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

Se entiende por enriquecimiento cualquier aumento, ventaja, provecho físico o moral; estos dos últimos, siempre que sean susceptibles de ser expresados pecuniariamente, de modo tal que impliquen una ventaja patrimonial. Asimismo, se entiende por patrimonio al conjunto de relaciones formadas por situaciones jurídicas subjetivas de ventaja y de desventaja, concepto distinto del patrimonio neto que será aquel que se obtenga luego de descontar de los activos los pasivos que lo afecten.

Del mismo modo que el enriquecimiento, el empobrecimiento patrimonial no necesariamente tiene que verificarse en el desplazamiento de objetos o de dinero pues sólo se exige que sea susceptible de trascender y que realmente trascienda en el patrimonio del empobrecido.

Así también lo entendieron los miembros que formaron parte del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil Argentino cuando señalaron que la restitución por enriquecimiento sin causa es procedente aún en los supuestos en que no ha existido un desplazamiento patrimonial efectivo, pues si bien en sentido estricto el término no es el más feliz, debe comprenderse en un sentido genérico que busca remediar la el desequilibrio patrimonial sufrido sin causa legítima.

De este modo, siempre que se quiera ver si es que el patrimonio ha sido afectado, no sólo deberán analizarse los derechos y objetos con los que se cuenta o con los que ya no se cuenta, sino que se deberán considerar todas las situaciones jurídicas subjetivas que lo integran, de modo tal que al momento de determinar el patrimonio neto se aprecie si es que el mismo se ha visto afectado o no, ya sea de manera positiva o negativa.

Finalmente, queremos resaltar la importancia de la regulación del enriquecimiento sin causa como acción subsidiaria independiente; más allá de su indiscutible carácter como principio fuente de muchas acciones de restitución expresamente legisladas; pues como bien se señaló en el referido Congreso, el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones con autonomía y sistematización propia que lleva consigo un trasfondo moral y social que merece ser regulado de manera expresa en el Código Civil.

NOTAS:

¹ Pietro SIRENA, "La acción general del enriquecimiento sin causa. Situación Actual y perspectivas futuras", Revista Derecho & Sociedad N° 20, op. cit. pág. 238.

² Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. Celebración del Centenario del Código Civil. Tomo I. Documento en línea. Versión pdf. En: <http://www.acaderc.org.ar/>. Fecha de visita: 27 de abril de 2009.

³ Alberto DE ROVIRA, citado por Alfonso ORAMAS GROSS, *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*, Colombia, Nomos, 1988, pág. 51.

⁴ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Notas sobre el enriquecimiento sin causa”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Documento en línea. Versión pdf. En: www.acader.unc.edu.ar]. pág. 8.

⁵ Andreas VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traducido del alemán y concordado por W. Rocés, Madrid, Reus, 1934, t. I, pág. 299.

⁶ Andreas VON TUHR, op. cit., pág. 323.

⁷ Jorge Joaquín LLAMBIÁS, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1964, t. IV-B, p. 375.

⁸ Ludwig ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, vol. segundo, pág. 583.

⁹ Ludwig ENNECCERUS, op. cit., pág. 585.

¹⁰ Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE, “El pago indebido y el enriquecimiento sin causa”, *Actualidad Jurídica*. Lima, 2002, t. 99, pág. 11.

¹¹ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones*, Buenos Aires, Zavalía, 2004, t. 3, pág. 310.

¹² José Manuel LETE DEL RÍO, *Derecho de obligaciones*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, vol. II, pág. 173.

¹³ José Manuel LETE DEL RÍO, *Derecho de obligaciones*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, vol. II, pág. 174.

¹⁴ Jorge FÁBREGA PONCE, *El enriquecimiento sin causa*, Panamá, Editora La Estrella, pág. 58.

¹⁵ Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE, op. cit., pág. 11.

¹⁶ Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE, En el artículo “El pago indebido y el enriquecimiento sin causa” ya habían señalado que la máxima romana de alta moral es el fundamento de la acción que procede del enriquecimiento sin causa, a saber la *actio in rem verso*. En esa misma línea de pensamiento podemos encontrar a autores como Ripert y Bonnecase.

¹⁷ Alfonso ORAMAS GROSS, *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*, Bogotá, Nomos, 1988, pág. 69.

¹⁸ Alfonso ORAMAS GROSS, op. cit., pág. 71.

¹⁹ Jorge Joaquín LLAMBIÁS, op. cit., pág. 380.

²⁰ Andreas VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., p. 299.

²¹ Ludwig ENNECCERUS, op. cit., págs. 586-606.

²² Jorge Joaquín LLAMBIÁS, op. cit., pág. 395.

²³ Jorge FÁBREGA PONCE, op. cit., pág. 107.

²⁴ Nicola COVIELLO, *Doctrina general de derecho civil*, traducción al castellano de la 4ª edición italiana, por Felipe de J. Tena, licenciado en Derecho y revisada por el profesor Leonardo Coviello, Perú, Ara Editores, 2007, pág. 304.

²⁵ Para definir el activo y el pasivo nos remitimos a la clara definición que expone Andreas Von Tuhr en su obra *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, 1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1998, vol. I. *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, pág. 323. Así, pues, señala que se denomina activo al conjunto de los derechos que integran el patrimonio; y que el pasivo son las obligaciones que deben ser cumplidas con el activo, o que, al menos, en caso de incumplimiento, pueden originar una obligación de carácter patrimonial. Es decir, el pasivo representa una disminución futura del activo.

²⁶ Loc. cit.

²⁷ Andreas VON TUHR, *Derecho civil. Teoría general...* cit., pág. 319.

²⁸ Andreas VON TUHR, op. cit., pág. 320.

²⁹ Marcel PLANIOL, y Georges RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil*, La Habana, Cultural S.A., 1946, traducción española de Mario Díaz Cruz, t. III, pág. 23.

³⁰ Delia REVOREDO MARSANO, *Código Civil*, Lima: Okura, 1985, tomo VI, p. 777.

³¹ Andreas VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones. Op. cit.*, p. 300.

³² Ludwig ENNECCERUS, op. cit., pág. 586.

³³ Jorge FÁBREGA PONCE, op. cit., pág. 51.

³⁴ Ludwig ENNECCERUS, op. cit., págs. 586-587.

³⁵ Andreas VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traducido del Alemán y concordado por W. Rocés. Madrid, Reus, 1934, t. I, pág. 300.

³⁶ José Antonio ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Madrid, Universidad de Santiago de Compostela, 1979, pág. 83.

³⁷ Delia REVOREDO MARSANO, op. cit., págs. 778-779.

³⁸ Gustavo DE LOS RÍOS WOLLS, “El enriquecimiento sin causa”, en *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Lima, Palestra Editores, 2008, vol. I, págs. 544-545.

³⁹ NÚÑEZ LAGOS, citado por José Antonio ALVAREZ CAPEROCHIPI, op. cit., pág. 83.

⁴⁰ Jorge FÁBREGA PONCE, op. cit., pág. 54.

⁴¹ Alfonso ORAMAS GROSS, op. cit., pág. 76.

⁴² Jorge FÁBREGA PONCE, op. cit., pág. 55.

⁴³ Alfonso ORAMAS GROSS, op. cit., pág. 78.

⁴⁴ Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. Celebración del Centenario del Código Civil. Tomo I. Documento en línea. Versión pdf. En: <http://www.acaderc.org.ar/>. Fecha de visita: 27 de abril de 2009.

⁴⁵ José Antonio ALVAREZ CAPEROCHIPI, op. cit., págs. 87-88.

⁴⁶ Delia REVOREDO MARSANO, op. cit., pág. 778.

⁴⁷ Alfonso ORAMAS GROSS, op. cit., págs. 79 y 101.

⁴⁸ Jorge FÁBREGA PONCE, op. cit., págs. 57-59.

⁴⁹ Alfonso ORAMAS GROSS, op. cit., pág. 79.

⁵⁰ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Notas sobre el Enriquecimiento sin Causa”, *Doctrina Judicial (La Ley)*, 1979, N° 10. Documento en línea. Versión pdf. En: www.acader.unc.edu.ar]. pág. 12.

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: ¿DEBE SER CONCEBIDO BAJO UN PRISMA UNITARIO?

(Acerca de la necesidad de superar los enfoques de la institución brindados en las recomendaciones aprobadas por el Segundo y Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil)

POR RAMÓN DANIEL PIZARRO

1. El enriquecimiento sin causa. Caracterización. Los bienes que componen el patrimonio de una persona pueden estar sometidos a cambios de titularidad que no siempre operan de la misma manera. Por lo general, tales desplazamientos suelen ser consecuencia de un antecedente jurídico lícito, que actúa como causa jurídica de éstos. Puede suceder, empero, que dichas mutaciones operen a costa de otro, sin que exista un título o causa legítima que justifique ese traspaso, con evidente beneficio para alguien que se enriquece y correlativa disminución para otro que se empobrece. En tal caso, nos hallamos frente a la figura del enriquecimiento sin causa, que genera una obligación restitutoria, que tiene como acreedor al empobrecido por la traslación de un bien o de un valor de su patrimonio y como deudor al enriquecido. Adviértase que la causa de la obligación no nace de un contrato que le imponga al deudor restituir aquel bien o valor al empobrecido, ni de un hecho ilícito que genere una obligación de resarcir. La prestación dimana del enriquecimiento sin causa, al que la ley le asigna, bajo ciertas condiciones, virtualidad generadora de obligaciones.

El punto de partida debe ser fijado en derredor de esta premisa: *como regla, los enriquecimientos que experimentan las personas deben permanecer dentro de su patrimonio, salvo que exista una causa legal que determine lo contrario*. Se trata de un axioma básico, ligado a la seguridad jurídica y al sentido común, que goza de consagración en todos los ordenamientos jurídicos. Esto explica que cualquier pretensión restitutoria orientada a desvirtuar esa realidad requiera de una sólida *justificación*, que la torne preferible a la seguridad jurídica que dicha *permanencia* proporciona. De allí que ante la duda, deba estarse por la permanencia del desplazamiento patrimonial y por la no mutación de la situación fáctica existente.

Por cierto que la reacción del ordenamiento jurídico frente a enriquecimientos patrimoniales injustificados no opera siempre de manera uniforme y las soluciones normativas varían según los sistemas y las técnicas utilizadas por el legislador. Algunas veces, la reacción se enmarca en normas jurídicas precisas y específicas que determinan las consecuencias legales inherentes a cada una de dichas modificaciones. En otras oportunidades, la solución no es explícitamente consagrada, sino que es inferida de la aplicación de unos principios generales que se extraen del sistema por deducción, que hacen directamente, inclusive, a la noción de orden público económico, y que permiten elaborar los cartabones jurídicos a tenor de los cuales se modula el derecho restitutorio en el caso.

2. Denominación. La figura que nos ocupa ha sido objeto de diferentes denominaciones, a las que la mayor parte de la doctrina asigna sentido similar, permitiendo un uso indistinto. Algunos utilizan la locución *enriquecimiento ilegítimo*, tal la terminología que sigue, por ejemplo, el art. 398 del Código del D.F. de Méjico. Otros emplean el término *enriquecimiento injusto* o *enriquecimiento o injustificado*. Preferimos atenerlos a la expresión *enriquecimiento sin causa*, que pone énfasis no sólo en la existencia de un desplazamiento patrimonial, sino también en la ausencia de una causa legítima que lo justifique; o, dicho con mayor precisión, que revela la presencia de una causa ilegítima para su preservación por el enriquecido.

3. Antecedentes históricos. Hubo un tiempo en el que el escaso desarrollo humano y las condiciones de vida rudimentarias existentes condujeron a que el ideal de justicia, muchas veces se diluyera en el uso de la fuerza. Dentro de ese contexto, era admisible que todo aquel que obtenía beneficios a expensas de otro pudiera conservarlos siempre que para ello no hubiere cometido un delito. Tales ideas imperaron durante siglos. El cambio recién habría de operarse

con el advenimiento de ideas más generosas y humanistas, fuertemente influidas por el pensamiento cristiano, que plasmaron fundamentos moralizadores (basados en la equidad, la buena fe, la regla que veda el ejercicio abusivo del derecho, etc.), impactando no sólo en la valoración de relaciones jurídicas particularizadas, sino en la idea misma de justicia. Tal cosmovisión reconocía, en buena medida, sus raíces en antiguas fórmulas de los juristas romanos, que con fino sentido jurídico, señalaron el camino a seguir muchos siglos antes: *neminem laedere, honeste vivere* y, sobre todo, en lo que hace a nuestra figura, *el suum cuique tribuere*.

a) *Derecho romano*. Los primeros antecedentes de importancia se encuentran, como se ha dicho, en el derecho romano, donde comenzó a vislumbrarse el principio de que nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro. En el *Digesto*, 50, 17, 206 se recoge un texto de Pomponio, que reza: “*Por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria*”. El aludido pasaje forma parte del Título 17 del libro que cierra el *Digesto* de Justiniano, destinado a recopilar las “diversas reglas del derecho antiguo”. El tema pertenece a la categoría de las *regulae iuris*, que han sido consideradas por numerosos autores como principios cardinales o fundamentales del derecho. Esta conclusión, sin embargo, es objetada por la doctrina historicista, que sólo le asigna el valor de haber condensado algunos conocimientos jurídicos no muy bien definidos, para facilitar su transmisión, “*sin que pueda verse en ellos, un principio de derecho que funcione al modo de un axioma*” [Diez-Picazo].

Los orígenes de la figura del enriquecimiento sin causa también se enlazan en el derecho romano con el nacimiento y la evolución de las *condictio*, aunque no faltan voces que remarcan la relatividad de dicha vinculación. Esto último, por cuanto la *condictio* no era la sola sanción del principio del enriquecimiento sin causa, por un lado y, por otro, porque no todas las *condictios* sancionaban inexorablemente supuestos de enriquecimientos de esa naturaleza. Más allá de ello, no hay duda alguna de las fuertes vinculaciones que existen entre las *condictios* y el enriquecimiento sin causa, a punto que todavía en la actualidad suelen denominarse *condictio* a las acciones que tienen por finalidad corregir los efectos de este último, por vía de un contenido restitutorio.

En sus comienzos, las *condictios* sólo atendían a situaciones particulares en las que no se podía articular la acción reivindicatoria o en las que se presentaba algún impedimento para lograr recuperar el bien o el beneficio obtenido ilegítimamente por el uso de una cosa ajena. Recién en la época de la República aquéllas amplían paulatinamente su campo de acción y comienzan a tener caracteres propios y distintivos.

Llegaron así a distinguirse diversas clases de *condictio*: 1. La *condictio ob causa datorum o causa data non secuta*, cuya finalidad era lograr la restitución de una prestación que se había cumplido en atención a una causa lícita futura que se esperaba y que no había tenido lugar o a un hecho futuro que no se realiza (v.gr., recepción de una cosa como dote cuando el matrimonio esperado no se celebra). 2. La *condictio ob causa finita*, aplicable en supuestos en los cuales se había realizado un pago sobre la base de un negocio existente, que a posteriori dejaba de existir. 3. La *condictio indebiti*, que era reconocida a quien, creyéndose erróneamente deudor, efectuaba un pago, a fin de que quien lo recibió sin título lo devolviera. No procedía esta *condictio* cuando el deudor lo era de una denominada *obligatio naturalis*, pues el efecto de esta última era la imposibilidad de repetir lo pagado. 4. La *condictio ob turpem vel injustam causa*, empleada para repetir lo que se había dado con un fin inmoral (*causa turpis*) o prohibido por el derecho (*causa injusta*) -v.gr., entrega de una suma de dinero para que alguien mate a otro-. Cuando la finalidad deshonesto era común a *tradens* y *accipiens*, la *condictio* quedaba excluida, por aplicación de la regla según la cual nadie puede alegar su propia torpeza (*nemo propriam turpitudinem allegans auditur*). 5. La *condictio furtiva*, que actuaba en caso de robo o hurto. 6. La *condictio ex lege*, aparecida en el Bajo Imperio a fin de sancionar todas las obligaciones creadas por ley, pero desprovistas de acción. 7. La *condictio sine causa*, admitida por Justiniano ya como una *condictio* genérica, sumamente elástica, de cuya evolución ulterior habría de gestarse con perfiles modernos la acción de enriquecimiento sin causa.

El desarrollo de las *condictios* en el derecho romano tiene como nota saliente la paulatina ampliación de los casos a los cuales se aplicaban, a punto que ya en épocas de Justiniano, la *condictio sine causa* asumía el carácter de una *condictio general o residual* en materia de desplazamientos patrimoniales directos, en tanto que para los indirectos se utilizaba la *actio in rem verso*.

Además de las *condictios*, existían en el derecho romano otros recursos que, en esencia, procuraban la restitución de lo habido sin justa causa, entre los que podemos mencionar, a manera de ejemplo, el beneficio de *in integrum restitutio* que se otorgaba a los menores de veinticinco años que resultaban víctimas de contratos lesivos, el cual se concedía sólo por causas graves sometidas al prudente arbitrio del magistrado; o la acción de *rerum amotarum* que se reconocía al marido contra la esposa culpable de malversar sus bienes; o la acción *pauliana útil* que se otorgaba a los acreedores de quien enajenaba fraudulentamente sus bienes contra el subadquirente de los bienes enajenados; o la acción de *in rem verso* que se daba contra el *pater familiae* para que restituyera lo adquirido por sus esclavos e hijos menores, etc..

b) *Edad Media*. Durante la Edad Media, la figura del enriquecimiento sin causa se perfiló con mayor nitidez. Fueron los glosadores quienes comenzaron un proceso de elaboración de esta materia a partir del texto de Pomponio y de las cavilaciones que su aplicación literal producía. Allí, la obra de Accursio y de Azon culmina cuando Dino de Mogello inserta en sus célebres *Regulae Iuris* el principio de interdicción del enriquecimiento injustificado formulado en el *Corpus* sobre la base del *ius naturale* y de la *aequitas*.

La obra de los glosadores se caracterizó por ubicar la interdicción del enriquecimiento injustificado como un genuino principio configurador del derecho positivo, que no sólo se cristalizaba en las *condictiones* sino también en otras regulaciones y decisiones jurídicas. Los glosadores concibieron decididamente a la *condictio sine causa* (D, 12, 7; glosa D, 12,7,1) como una acción general, que podía inclusive concurrir con alguna de las condiciones especiales. Las generalizaciones que realizaron los glosadores dieron base para la formulación posterior de una acción de enriquecimiento sin causa, de carácter general, como la que habría de prever el Código alemán en su § 812.

c) *Derecho posterior*. Las verdaderas raíces modernas de la figura se encuentran mucho más adelante en el tiempo, y tienen su punto de partida en los siglos XVII y XVIII en la doctrina del derecho natural racionalista, que proclamó enfáticamente la incompatibilidad absoluta entre el enriquecimiento injusto y el derecho natural. El pensamiento de Groccio marcó un punto de inflexión en esta temática. Para el autor holandés, el enriquecimiento sin causa es una especial fuente de obligaciones, que se generan cuando alguno, sin título legal para ello, deriva o puede derivar una ventaja patrimonial para otra persona. Ello condujo a admitir, paulatinamente, la existencia de una *condictio sine causa* de carácter general y a reconocer una *actio in rem verso* mucho más amplia que la concebida en el derecho romano. Fueron importantes también los aportes de Huber y de Wolf, que básicamente condujeron a solidificar la idea que la *Glosa* había esbozado, respecto de la admisión de una *condictio sine causa* de carácter general y a la creación de lo que algunos autores denominarían con una perspectiva más moderna, no coincidente con los moldes clásicos del derecho romano, la *actio in rem verso* del derecho común, mucho más amplia que aquella y en virtud de la cual se permitía reclamar la restitución de ventajas o beneficios patrimoniales obtenidos sin causa mediante la intervención del patrimonio de un tercero. Es importante señalar que si bien las *condictios* romanas eran bien conocidas, no fueron vinculadas con el principio que nos ocupa hasta que por vez primera lo hiciera Justus Henning Boehmer, a quien luego seguiría Samuel Cocceji, legista de Federico II de Prusia. Ello habría tenido fuerte incidencia para que se plasmara la acción de empleo útil en el Código prusiano y en el Código de Austria de 1811, casi contemporáneo con el Código de Napoleón, al que supera sin duda alguna en este punto.

Estas ideas recibieron un fuerte impulso a mediados del siglo XIX, con el pensamiento de juristas alemanes de la talla de Savigny y Windscheid, entre otros, admitiéndose

mayoritariamente la idea según la cual el fundamento de esa *condictio* de carácter general se encuentra en la ilegitimidad del enriquecimiento. De Savigny pasó a la Pandectística y de ella al Código Civil alemán que en su § 812 establece la regla general de que “quien por prestación de otro o de cualquier manera a costa de éste obtiene algo sin causa jurídica, está obligado a la restitución”, reglando después algunos casos concretos de *condictios*.

También en Francia la cuestión ha tenido una interesante evolución. Conviene recordar que el *Code* no ha plasmado principio alguno que prohíba enriquecerse a costa de los demás. Sin embargo, consagró a la causa como un requisito esencial de validez de todo contrato, siguiendo las ideas de Domat, con lo cual asignó a la acción de nulidad la función de control de los desplazamientos patrimoniales derivados de esta clase de negocios jurídicos, por ilicitud, inexistencia o decaimiento de la causa, supliendo de tal modo buena parte de la función de corte restitutorio que hasta entonces cumplían las *condictios*. La armonización de la doctrina de las *condictios* con la de los denominados “cuasicontratos”, también contribuyó a la expansión de la figura y a plasmar en muchos códigos, como el nuestro, bajo fórmulas legislativas expresas, entre otras, a la *condictio indebiti*, como mecanismo tipificado que permite la repetición del pago indebido.

La idea, sin embargo, resulta demasiado estrecha, pues con dicha actitud “*se deja un tanto abandonado el control de aquellos otros ‘desequilibrios’ patrimoniales que no derivan de contrato, sino de apropiaciones ilegítimas por uso, consumo o enajenación de cosa ajena, así como por mejoras en patrimonio ajeno, regresos por pago de deuda ajena y demás supuestos no contractuales*” [Basozabal Arrue]. Conviene recordar que ya Pothier, con anterioridad a la sanción del *Code*, había adelantado la posibilidad de que tales situaciones fueran contempladas a través de la idea de gestión de negocios *anormal* o *impropia*, realizada contra la prohibición del interesado, afirmando que quien se beneficia en tales circunstancias debe indemnizar hasta la concurrencia del provecho que ha recibido. Más allá de lo excesivo de esta aserción, ella tuvo una enorme gravitación en el desarrollo ulterior que la teoría del enriquecimiento sin causa habría de tener luego de la sanción del Código de Francia ¹.

La construcción francesa fue recibida en Italia, cuyo Código Civil de 1865 sigue el modelo galo, pese a la oposición abierta de la mayor parte de la doctrina, que rechazaba esta acción “*remedio para todo*” [Rotondi]. Sin embargo, las resistencias cedieron poco a poco y la que actualmente denominamos “teoría clásica del enriquecimiento sin causa”, se afianzó en aquel país y terminó siendo consagrada normativamente en forma explícita por el art. 2041 C.C. de 1942.

4. Derecho comparado. Dentro del derecho comparado es posible señalar tres grandes orientaciones a la hora de legislar sobre la figura del enriquecimiento sin causa.

a) *Códigos que no han consagrado una legislación sistemática.* En este primer grupo encontramos aquellos cuerpos normativos que carecen de una legislación sistemática del enriquecimiento sin causa, sin perjuicio de que numerosos supuestos de aplicación se encuentren esparcidos en distintas normas específicas. Es el modelo que sigue el Código de Francia y los países que siguieron su inspiración, como España, Argentina y Uruguay, entre otros.

La mayoría de los códigos europeos continentales adoptan la tradición francesa, que estructura una acción de equidad dirigida a llenar las lagunas del derecho positivo no cubiertas por otra técnica jurídica idónea para paliar los efectos de un aprovechamiento injusto.

Básicamente: 1. Se regula la acción de repetición dentro de la temática referida a los contratos y de las obligaciones contractuales. 2. La repetición del pago indebido tiene un sentido residual. 3. No hay prohibición expresa del enriquecimiento injusto o sin causa.

b) *Códigos que consagran una regulación sistemática.* Una orientación distinta siguen otros códigos civiles, más modernos, que consagran de modo expreso una regulación unitaria y sistemática del enriquecimiento sin causa, como fuente autónoma de obligaciones, y establecen de modo genérico (no tipificado) la obligación de restituir frente a cualquier supuesto de ventaja patrimonial incausada. Es la solución que adopta los códigos de Alemania (§ 812) el Código Suiza (Cód. Obligaciones art. 62), Italia de 1942 (art. 2041), Portugal (art. 473) Bolivia (art.

961), Perú (art. 1954), Paraguay (art. 1817), y Venezuela (art. 1184), entre otros. Las recomendaciones aprobadas por el Tercer y Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil se inclinaron decididamente por esta orientación..

c) *Sistema del “common law”*. En este sistema, el enriquecimiento sin causa constituye un típico cuasicontrato cuya acción se dirige a lograr la restitución del beneficio que hubiera ingresado al patrimonio de una persona sin justificación de ninguna naturaleza. Para efectivizar esta finalidad, desde la jurisprudencia vinculante, se han consagrado distintas acciones a partir de un *leading case* del siglo XVII ocurrido en el derecho inglés y que luego se expandiera a todo el derecho angloamericano. Se advierte un marcado dimorfismo entre países que carecen de una legislación sistemática referida al enriquecimiento sin causa y aquellos otros que sí tienen un dispositivo específico.

5. La cuestión en los proyectos de reforma al derecho privado argentino. La casi totalidad de los proyectos de reforma al Código Civil han seguido la orientación dominante en el derecho comparado moderno, dedicando una regulación orgánica a la figura del enriquecimiento sin causa: anteproyecto de Bibiloni (art. 1366 y ss.); Proyecto de 1936 (art. 852 y ss.); anteproyecto de 1954 (art. 1059 y ss.); Proyecto de 1987 (arts. 2309 y 2310); Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (arts. 1541 y 1542); Proyecto de la Comisión Federal de 1993 (arts. 2309 y 2310), y Proyecto de 1998 (arts. 1721 y 1722).

6. La cuestión en el Segundo y Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. El Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1937 para examinar el Proyecto de Código Civil de 1936, se expidió en sentido favorable a la solución propuesta por este último, proclamando, en consecuencia, que la figura debía tener en la legislación nacional una construcción sistemática, unitaria, de normas generalizadoras y amplias, enrolándose, de tal modo, dentro de la concepción entonces dominante en el derecho comparado.

En términos más categóricos se pronunció el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba, en 1969:

De lege lata:

“1º) Que en cuanto a la interpretación del derecho vigente debe declararse: a) Que el enriquecimiento sin causa es, en nuestro derecho, fuente de obligaciones y que aparece como fundamento de la acción por restitución en numerosos supuestos expresamente legislados: empleo útil, pago indebido, etc. b) Que no procede invocar el enriquecimiento sin causa cuando la ley otorga al empobrecido otros medios para ser indemnizado, niega la acción de restitución o atribuye otros efectos al enriquecimiento. c) Que son requisitos indispensables para el ejercicio de la acción por restitución: I) Un enriquecimiento del demandado; II) un empobrecimiento del actor; III) La correlación entre empobrecimiento y enriquecimiento; IV) la falta de una causa lícita que justifique ese enriquecimiento. d) Que la acción por restitución admite un doble tope o límite, no pudiendo exceder del enriquecimiento y del empobrecimiento. Para cualquier evento, el límite estará siempre dado por la cantidad menor”.

De lege ferenda:

“2º) Que (...) en una eventual reforma del Código Civil aconseja: a) Debe incorporarse al C.C. una norma que consagre el principio general que veda el enriquecimiento sin causa. En este orden de ideas, conviene —a semejanza del C.C. alemán, del anteproyecto de Bibiloni, del Proyecto de Reforma de 1936 y del anteproyecto de 1954— establecer un sistema dual sobre la base de algunas normas generales y de la inclusión de otras que proporcionen soluciones a ciertos casos especiales. b) Debe aceptarse como fórmula general la del art. 352 del Proyecto de Reforma de 1936 por su amplitud y concesión: ‘Cuando alguien, sin causa jurídica, se enriqueciere injustamente con detrimento de otro, deberá en la medida de su beneficio, restituirle el valor en que lo hubiere empobrecido’. c) Dentro de la disposición citada debe hacerse la salvedad de que procederá la restitución del valor, salvo que fuere posible la restitución en especie. d) Debe establecerse la subsidiariedad de la acción: ‘no procede la acción

por restitución cuando la ley otorga al empobrecido otros medios para ser indemnizado, niega la acción o atribuye otros efectos al enriquecimiento' (art. 474 C.C. de Portugal). e) Debe consagrarse que la obligación de restituir o de reembolsar el valor se extingue en la medida en que el beneficiario ya no está enriquecido al tiempo de promoverse la acción (art. 818 C.C. alemán). Esta extinción de la acción de restitución no se producirá cuando el enriquecido sea de mala fe 'por conocimiento de la falta de causa de su enriquecimiento' (art. 480 C.C. de Portugal) y 860, 2ª parte del Proyecto). f) El plazo de prescripción debe fijarse en dos años a contar desde el momento en que el empobrecido conoció la falta de causa del enriquecimiento y, por tanto, su derecho a ejercer la acción. Asimismo debe consagrarse un plazo de caducidad no superior a los cinco años, a contar desde el momento en que el enriquecimiento se produzca. g) El tema del empleo útil debe ser absorbido por el enriquecimiento sin causa. h) La 'gestión de negocios' debe mantener su autonomía como fuente de obligaciones".

Ambas recomendaciones coinciden con una concepción teórica muy difundida de la figura, que ha sido aceptada casi como un dogma en los últimos siglos y que, en nuestra opinión, en la hora actual, es pasible de algunas objeciones, por su notoria insuficiencia para dar solución a todos los casos que la realidad presenta, en esta materia.

7. Las distintas cosmovisiones teóricas de la figura. ¿Qué es el enriquecimiento sin causa? ¿Cómo se inserta en el plano de las construcciones jurídicas?

El tema presenta enorme importancia para la real comprensión de la figura y, sobre todo, para trazar una rigurosa diferenciación de los diversos remedios jurídicos que el derecho brinda en la hora actual.

Se han formulado distintas concepciones teóricas de la institución, algunas no incompatibles en modo alguno entre sí.

Con cierta dosis de abstracción, es posible emplazarlas en dos grandes grupos: por un lado, aquellas doctrinas que conciben a la figura bajo un prisma o perfil unitario; por otro aquellas que proclaman descartan esa idea y formulan enfoques que tienen en cuenta la distinta tipología que puede presentar el enriquecimiento sin causa.

A. Las doctrinas que modelan al enriquecimiento sin causa bajo perfil unitario

Conciben a la figura del enriquecimiento sin causa como una concepción unitaria, que bajo un prisma común, atrapa todas las cuestiones que caen en su seno. Se trataría, siempre, de una construcción sistemática, unitaria, que demandaría de normas amplias y generalizadoras, sin perjuicio de algunas particularidades que en supuestos específicos puedan admitirse. Va de suyo que los requisitos de procedencia de la acción, en todos los casos, deberían ser siempre los mismos. De igual modo, sus efectos devendrían atrapados por idénticos alcances.

Dentro de esta orientación se inserta, como hemos dicho anteriormente, con matices y variantes, la mayor parte de la doctrina en el derecho comparado y nacional. Las concepciones dominantes en torno a la concepción teórica de la figura dan por sobre entendida dicha realidad, sustentada en derredor de ese perfil unitario antes señalado.

B. Doctrina que cuestiona el perfil unitario de la figura. La teoría de la diferenciación

Desarrollada en el siglo XX por autores alemanes de la talla de Wilburg y de von Caemmerer, preconiza la necesidad de agrupar los diversos supuestos de enriquecimiento sin causa a fin de poderles dar un tratamiento distinto, proclamando que cada una de estas situaciones presenta una *tipología diferente*, y que por compartir un mismo conflicto merecen coherentemente una solución similar.

Se trata, como puede verse, de una cosmovisión distinta, orientada a contrarrestar a la doctrina unitaria, que pretendía brindar una solución unívoca a todos los desplazamientos injustificados sin formular distinciones de ninguna índole.

Para apuntalar la tipología del enriquecimiento sin causa, los partidarios de esta postura señalan que en muchos casos el elemento “empobrecimiento” no tiene una existencia auténtica, ni es necesario como requisito o condición para que opere la acción, tal lo que sucedería en materia de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno. Esto ha conducido a que la doctrina alemana dominante haya eliminado el concepto de empobrecimiento como elemento constitutivo de la pretensión por enriquecimiento sin causa *en tales supuestos*.

Frente a ello y a fin de poder brindar una solución a tales enriquecimientos injustos sin empobrecimiento del actor (algunos prefieren hacer referencia a la inexistencia de daño), se recurre a la acción indemnizatoria sin necesidad de imputación subjetiva, ya que el enriquecimiento sin causa justifica su procedencia.

Adviértase que para esta concepción resulta imprescindible que se considere a la falta de causa como una nueva expresión, se trate de supuestos de enriquecimiento derivado o no de prestación.

Finalmente se señala que las diferentes especies de enriquecimiento sin causa aparecen aún más reforzadas por los diversos tipos de *condictio* o de acciones dirigidas a reclamar la restitución de un enriquecimiento injustificado. La *condictio* por prestación provoca la liquidación de las consecuencias económicas derivadas de una relación obligatoria fallida. La *condictio* por intromisión en derecho ajeno, por su parte, persigue la protección del derecho usurpado, cuestión que asume particular relevancia en los casos de actos ilícitos lucrativos.

Se trata, como puede advertirse, de una concepción que reniega del pretendido carácter unitario de la figura que subyace en las ideas dominantes en buena parte del derecho comparado, y también entre nosotros y que fueron receptadas en las declaraciones aprobadas por el Tercer y Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil.

Por nuestra parte, compartimos estas ideas que, nos parece, pueden ser aplicables al derecho argentino. Nos anticipamos a señalar que si bien consideramos agotado el modelo que concibe al enriquecimiento sin causa bajo un perfil unitario, es igualmente inaceptable su sustitución por un esquema presidido por un casuismo exagerado e inconexo, que termine por atomizar la figura. Más bien, propiciamos una solución intermedia, entre la abstracción pura y la casuística extrema, que bien puede ser llamada “topología” o formación de tipos.

La figura del enriquecimiento sin causa y la acción *in rem verso* habrán de requerir matizaciones según se trate de *condictios* por prestación y por intrusión en bienes o derechos ajenos.

Analicemos ambos supuestos.

1. “*Condictios*” por prestación. Se dan cuando el desplazamiento patrimonial (o la obtención del lucro) se produce *en virtud de una prestación o por vía de la misma*. Se trata de revertir o de dar marcha atrás los efectos del comportamiento prestacional, a fin de restituir el aumento del patrimonio obtenido a través de aquél. Adviértase que lo que se procura es neutralizar el aumento o enriquecimiento patrimonial del demandado y el correlativo empobrecimiento sufrido por el actor a raíz de la prestación.

Quedan comprendidos dentro de este supuesto: 1. La *condictio indebiti*, que tiene por objeto la restitución de las prestaciones realizadas con *animus solvendi* cuando no existe obligación al tiempo de ejecutarse el pretendido acto solutorio y de las prestaciones realizadas con *animus donandi* o de liberalidad, cuando no ha llegado a producirse la finalidad procurada con ellas. 2. La *condictio ob causam finitam*, que opera cuando el desplazamiento patrimonial es realizado con miras a una causa existente que luego se desvanece (v.gr., por cumplimiento de condición resolutoria o por anulación del negocio jurídico). 3. La *condictio causa data causa non secuta*, que se configura cuando el desplazamiento patrimonial se realiza teniendo en cuenta un acto futuro que luego no se concreta. 4. La *condictio ob turpem vel iniustam causam*, que se aplica cuando la finalidad de la prestación tenía por objeto violar una prohibición legal.

Como puede advertirse, se encuentran dentro de esta tipología las figuras genéricas del pago indebido (como, por ejemplo, el pago sin causa), los enriquecimientos derivados de contratos nulos o anulados, o resueltos por incumplimiento o por imprevisión contractual, etc..

En todos estos casos, son requisitos para que proceda la acción de enriquecimiento sin causa aquellos que la doctrina unitaria moduló clásicamente: enriquecimiento del actor, empobrecimiento del demandado, correlatividad entre enriquecimiento y empobrecimiento, ausencia de causa y subsidiariedad de la acción.

Dicho de otro modo: la denominada teoría unitaria del enriquecimiento sin causa se gestó sobre la base del paradigma de los enriquecimientos por prestación, ámbito en el cual sus postulados funcionan sin inconvenientes. Pero deviene insuficiente cuando se la pretende proyectar a la otra tipología, a los enriquecimientos por intrusión en derecho o bienes ajenos. De estos últimos nos ocupamos en el punto siguiente.

2. “*Condictio*” por intromisión o intrusión en derecho ajeno. En el enriquecimiento sin causa por intromisión en derecho ajeno nos encontramos con una situación diferente que se caracteriza de la siguiente manera: a una persona le afluyen valores patrimoniales que legalmente no le corresponden, en virtud de haber sido obtenidos *mediante una intrusión o invasión indebida en la esfera jurídica ajena* [Caemmerer, Larenz, Diez-Picazo, Basozabal Arrue, Pantaleón]. Poco importa a tal fin que la conducta del demandado sea o no antijurídica, o que haya obrado o no con culpabilidad.

Se advierte de inmediato que esta acción o *condictio* por intromisión en derecho ajeno actúa como un mecanismo complementario de la acción reivindicatoria o de la acción resarcitoria (particularmente, a la hora de dismantelar los efectos de hechos ilícitos lucrativos). En el primer caso, su importancia opera cuando la restitución de la cosa se hace imposible (v.gr., porque ha desaparecido o se ha extinguido), alcanzándose a través de ella una *s* de transformación del derecho real en un derecho al valor, si con ese valor se ha enriquecido el autor de la intrusión. En el segundo supuesto asume especial relieve en materia de *hechos ilícitos lucrativos*, que se configuran cuando el responsable obtiene un rédito económico derivado de la intrusión en derecho ajeno, aun después de haber pagado todas las indemnizaciones pertinentes.

La *condictio* por intrusión en derecho o bienes ajenos, impone que el demandado deba entregar al actor *todo* el valor obtenido por el acto de intrusión sobre un bien ajeno, aunque éste sea superior al daño sufrido por la víctima o al empobrecimiento experimentado por ella. Más todavía: este último podría llegar a no configurarse. Es, si se admite la expresión, una solución alternativa en el plano de política legislativa, a la que podrían ofrecer los *daños punitivos* del sistema anglosajón, al punto que no son pocos los autores que remarcan en ella una función preventiva-punitiva [Bazozabal Arrue]. Diez-Picazo pone un ejemplo elocuente tomado de Caemmerer: “*si un gran medio de difusión (por ejemplo, la radio o la televisión) utiliza un original cuya propiedad intelectual pertenece a determinada persona, sin licencia de ésta, puede ocurrir que con ello no le ocasione daño alguno, sino más bien que le beneficie extraordinariamente, como suele ocurrir si las ventas del libro origen del serial televisivo, como es normal, aumentan extraordinariamente. No hay daño, sino beneficio, por lo cual no cabe la acción de indemnización. Sin embargo, el enriquecimiento obtenido con la utilización indebida de una propiedad intelectual ajena es injustificado y, por ello, en virtud de la **condictio** de enriquecimiento se deberá el lucro que el autor de la intromisión obtenga*”.

Como puede advertirse, el contraste con las *condictios* por prestación es muy evidente: en tanto en éstas es necesario que haya empobrecimiento del actor y más todavía, correlatividad entre éste y el enriquecimiento del demandado, dichas exigencias no son computables en las *condictios* por intrusión, que pueden operar aun sin empobrecimiento del accionante.

Quedan comprendidos dentro de este supuesto:

1. Las intrusiones que derivan de la utilización de bienes ajenos (v.gr., simple uso de cosa ajena, la obtención de frutos de cualquier naturaleza que ésta hubiera producido, utilización de aquélla para la creación o construcción de otra diferente, etc.).

2. Las hipótesis de usurpación de propiedad intelectual e industrial.

3. Los supuestos de intrusión arbitraria en el derecho al honor, a la imagen, a la intimidad y a la identidad personal, cuestión que asume extraordinaria importancia en los casos de responsabilidad de los medios masivos de comunicación.

Quedan al margen de esta *condictio* por intromisión (y atrapados por los principios generales del enriquecimiento sin causa):

1. Los casos de enriquecimiento proveniente de *prestación* o con motivo de la misma *dentro de una relación jurídica obligatoria*.

2. Los que emergen de una mejora realizada por un tercero en patrimonio ajeno, sin el consentimiento de su titular (*condictio* por mejora).

3. Los supuestos en que la intrusión no comprende la apropiación del disfrute de un objeto, bien o facultad reservados a otra persona.

¿Cuál es el fundamento de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno? De acuerdo con una orientación (teoría de la antijuridicidad), el fundamento anidaría en el carácter objetivamente antijurídico del acto del enriquecido, siendo irrelevante que el rédito obtenido de la intrusión en derecho ajeno provenga de un obrar culpable o irreprochable. La restitución como consecuencia de la prohibición de hacer ganancias a través del patrimonio ajeno.

Conforme a otra orientación (teoría de la atribución), el fundamento estaría en la contradicción que se produce entre el acto de intrusión y la ordenación general de los bienes dispuesta por el ordenamiento jurídico.

¿Cuál es el contenido económico de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno?

El tema presenta una gran complejidad, cuya consideración en profundidad excede los límites de esta obra. Baste por el momento con señalar que conforme un criterio, quien usa o disfruta un bien ajeno, debe restituir *el valor de uso o renta de disfrute al que podría aspirar el afectado y no todas las ganancias obtenidas por aquél*. Dicho de otro modo: el titular del bien afectado sólo tendría derecho a exigir que le paguen el precio o regalía de la licencia de explotación de la cosa (o una prestación similar) y no la ganancia total del intruso. Conforme otra orientación, que nos parece más razonable, el contenido económico debe estar dado, como regla, por todas las ganancias obtenidas por quien realiza el acto de intrusión, incluidas las ganancias. De lo contrario, la figura diluye su finalidad preventiva y sancionatoria, desde el mismo momento en que podrían subsistir réditos económicos derivados de la intrusión en derecho ajeno, aun después de pagadas las indemnizaciones por daños y perjuicios y el valor de la licencia de explotación. Si aquéllos no se neutralizan y subsisten, la figura que nos ocupa sirve, en verdad, de poco.

3. *La importancia de la cuestión. Posible aplicación de la figura en el derecho argentino. Su utilidad “de lege lata” para alcanzar el desmantelamiento de los efectos de los hechos ilícitos lucrativos. Nuestra opinión.* Dado que no estamos frente a cuestiones propias del denominado “derecho natural”, la solución que se adopte dependerá, esencialmente, del marco normativo dentro del cual se la formule y, sobre todo, de cuestiones de política legislativa.

Se trata, en esencia, de dotar al sistema de elementos idóneos que permitan una reacción frente a la situación de evidente injusticia que engendra el hecho de que alguien pueda obtener y *mantener* los beneficios económicos que derivan de la intrusión en la esfera de los bienes ajenos.

Dicho objetivo puede canalizarse por tres vías diferentes:

1. Emplazando la cuestión en el terreno resarcitorio, a la luz de los principios de la responsabilidad civil. Para ello necesariamente habrá que elongar el concepto de daño y admitir que, en tales supuestos, éste está constituido no sólo por el perjuicio efectivamente sufrido por el damnificado, sino también por todo otro enriquecimiento obtenido por el responsable que deriva de la intromisión en derecho ajeno, cuando éste sea superior al menoscabo.

2. A través de la adopción de un sistema de indemnizaciones punitivas o multas civiles, próximo al de los daños punitivos del derecho anglosajón. Es la solución que en el ámbito específico del derecho del consumo prevé el nuevo art. 52 bis de la ley 24.240 (t.o. ley 26.361).

3. Mediante un profundo replanteo de la figura del enriquecimiento sin causa, para lo cual habrá que adoptar buena parte de los postulados que enarbola la doctrina de la diferenciación y proclamar que en este ámbito son innecesarios para la procedencia de la *condictio* los tradicionales requisitos de empobrecimiento del actor y de subsidiariedad de la acción.

En sistemas como el nuestro, que salvo en materia de defensa del consumidor (art. 52 bis, ley 24.240) carecen de un régimen de indemnizaciones punitivas o sancionatorias de carácter similar al que, con muy buen criterio, proponía el art. 1587 del Proyecto del Código Civil de 1998, y en el que campea como dogma el principio según el cual, en materia resarcitoria, el daño sufrido por el damnificado constituye el límite de su pretensión resarcitoria, la figura de la *condictio* por intromisión puede dar respuesta satisfactoria al problema que nos ocupa. Se nos dirá, es cierto, que se trata de una construcción doctrinaria y que no hay una normativa que expresamente resuelva esa cuestión. A ello bien podría contestarse: *en verdad, toda la teoría del enriquecimiento sin causa en el derecho argentino se ha gestado sobre la base de elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales, en defecto de una normativa específica, de carácter general, que regule sus principios*. No hay norma alguna que establezca la necesidad indispensable de correlatividad entre enriquecimiento o empobrecimiento, exigencias que pueden aparecer impuestas por la tradición y el buen sentido jurídico en los casos de enriquecimientos por prestación, mas no en los supuestos que derivan de intrusión en la esfera jurídica ajena. En la medida en que no sean notoriamente disociadas del ordenamiento jurídico vigente, las licencias interpretativas permitidas a unos pueden bien ser reclamadas por otros para formular matizaciones, que atiendan a la tipología de los enriquecimientos. La conclusión se potencia si se tiene en cuenta que por esta vía se alcanzan respuestas sensatas para el problema de los hechos ilícitos lucrativos.

8. La acción de enriquecimiento sin causa. ¿Existe “una” acción de enriquecimiento sin causa? Configurado el enriquecimiento sin causa nace contra el enriquecido una acción restitutoria que actualmente es denominada “acción de enriquecimiento sin causa” o *in rem verso*.

La conceptualización de esta figura, en términos más precisos, dependerá del criterio que se siga a la hora de modular el enriquecimiento sin causa.

Quienes participan de una cosmovisión unitaria, clásica, de la figura, definen a la acción como aquella que se *“confiere a toda persona que ha experimentado sin justa causa una disminución patrimonial a raíz del desplazamiento de un bien que ha salido de su patrimonio, contra quien se ha beneficiado injustamente por ello”* [Llambías]. Concebida de tal modo la cuestión, es menester la presencia de cinco requisitos básicos para su configuración: empobrecimiento del actor, enriquecimiento del demandado, correlatividad entre empobrecimiento y enriquecimiento, ausencia de causa y subsidiariedad.

Aquellos que, en cambio, admiten la teoría de la diferenciación y la necesidad de formular distintas tipologías para la figura del enriquecimiento sin causa deben consecuentemente proyectar tales disimilitudes al terreno de la acción de enriquecimiento sin causa. Por esa vía, se podrá afirmar que la definición que brinda la doctrina antes considerada es la correcta para la acción de enriquecimiento sin causa por prestación, que ha sido sin duda alguna el paradigma tenido en cuenta a la hora de modelar la figura. Sin embargo, la acción de enriquecimiento sin causa cuando éste deriva de intrusión en derecho ajeno tiene un sentido más amplio, desde el mismo momento en que no requiere de empobrecimiento del actor -basta con que el demandado se haya enriquecido como resultado de una intrusión en un derecho de aquél-, ni menos aún de correlatividad entre el posible empobrecimiento del demandante y el efectivo enriquecimiento que haya obtenido el demandado.

La acción de enriquecimiento sin causa por intromisión en derecho ajeno (o *condictio* por intrusión en derecho ajeno) es, de tal modo, aquella que el ordenamiento jurídico confiere a quien ha sido objeto de una intrusión en sus bienes contra aquel que a raíz de dicha conducta se ha beneficiado injustamente a raíz de ello, a fin de que éste le restituya todo el provecho económico derivado de esa situación jurídica. Son sus elementos: intrusión en derecho ajeno, enriquecimiento injustificado del actor y subsidiariedad de la acción.

Nosotros participamos de estas ideas, por lo que trataremos separadamente ambos supuestos: por un lado, la acción de enriquecimiento sin causa que deriva de prestación, a la que denominaremos *actio in rem verso*, por apego a la terminología clásica y a fin de no ser tan

disonantes con el resto de la doctrina nacional a la hora de analizar los diversos aspectos atinentes a la misma; y, por otro, aquella que deriva de intrusión en derecho ajeno a la que denominaremos *condictio por intromisión en derecho ajeno*.

Quede en claro que *ambas* son acciones de enriquecimiento sin causa, que tienen un sustrato común (el enriquecimiento sin causa), pero que difieren en cuestiones relevantes que derivan de la diferente tipología que caracteriza a los enriquecimientos derivados de prestación o con motivo de ella, de los otros que dimanen de intrusión en derecho ajeno.

9. La acción derivada de enriquecimiento sin causa por prestación o acción *in rem verso*. Analizaremos en primer lugar esta figura, que ha sido la única considerada por la mayor parte de la doctrina dominante en Europa hasta no hace mucho tiempo y por la que prevalece absolutamente entre nosotros.

a) *Caracterización*. Esta acción es la que el ordenamiento jurídico reconoce a cualquier persona que ha experimentado sin justa causa una disminución patrimonial, a raíz del desplazamiento de un bien que ha salido de su patrimonio, contra quien se ha beneficiado injustamente por ello y que tiene por finalidad compensar el desplazamiento patrimonial no justificado.

b) *Legitimación activa y pasiva*. La titularidad de la acción recae sobre el empobrecido y la legitimación pasiva, sobre el enriquecido que se ha beneficiado sin causa legítima a expensas del primero.

Se trata de una acción personal, no inherente a la persona, susceptible de ser transmitida activa y pasivamente a los herederos por vía sucesoria. Va de suyo que la acreencia puede ser, también, transmitida por acto entre vivos y la acción resultar objeto de ejercicio por los acreedores por vía subrogatoria (art. 1196 C.C.). La doctrina es unánime.

c) *Objeto de la acción*. La acción que nos ocupa forma parte de un capítulo más amplio que ha sido denominado, por cierto sector de la moderna doctrina alemana, italiana y española, como *derecho de las restituciones*. Tiene por objeto la restitución del bien o de la cosa que se ha desplazado sin causa al patrimonio de otro, o de su valor cuando el mismo no se encontrase en dicho patrimonio o no fuese individualizable. En este último supuesto, nos hallaremos ante una deuda de valor.

Igual pretensión corresponde si el reintegro del bien fuese imposible por cualquier circunstancia, por más que originariamente se haya perseguido su restitución.

d) *Importancia*. Para calibrar la importancia de la figura que nos ocupa, es menester no perder de vista cuál es el marco normativo dentro del que está inserta.

En sistemas de corte netamente *causalista*, como el francés, el español y el argentino, la acción de enriquecimiento sin causa no procede cuando el desplazamiento patrimonial tiene su razón de ser en un contrato, aunque éste resulte nulo, anulable o ineficaz. En tales supuestos, la obligación de restituir encuentra su razón de ser en la nulidad o en la ineficacia del negocio, sin necesidad de acudir a la figura del enriquecimiento sin causa y a la *actio in rem verso*, por ser ello inútil e improcedente.

Su importancia es mucho mayor en sistemas como el alemán, en los que la transmisión del dominio y de los derechos reales adopta la técnica legislativa del acto *abstracto* de enajenación y en los que se admite que alguien pueda obligarse mediante una promesa o reconocimiento abstractos. El presupuesto de hecho se divide en dos: por una parte, actúa la sola voluntad de transmitir o de obligarse para que se produzca el efecto jurídico consiguiente. El acto causal es necesario para la eficacia de la transmisión definitiva o de la obligación, pero en caso de no existir dicha base causal o de desaparecer ulteriormente (porque el contrato se anula o se resuelve), esa sola circunstancia da lugar a que entren en juego las reglas del enriquecimiento sin causa. En tal caso, únicamente se reconoce al perjudicado una acción personal de enriquecimiento dirigida a obtener la restitución de la cosa, de su valor o el importe pagado en virtud de un contrato abstracto. Más todavía: la acción de enriquecimiento puede hacerse valer contra el tercer adquirente a título gratuito (§ 822, *BGB*).

Estas particularidades explican que en sistemas causalistas como el nuestro, el campo de aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa (y su correlativa importancia) sea sensiblemente más modesto que el que tiene en sistemas como el alemán.

e) *Requisitos*. Para que se pueda ejercitar la acción por enriquecimiento sin causa es necesario que concurran los siguientes requisitos: enriquecimiento del demandado, empobrecimiento correlativo del demandante, relación causal entre enriquecimiento y empobrecimiento, ausencia de causa y carencia de otra acción (subsidiariedad), cuya consideración detenida excede los límites de este trabajo y hemos efectuado en otra obra, adonde remitimos ².

f) *Caracteres*. La *actio in rem verso* presenta los siguientes caracteres: es personal, general, tiene por objeto la restitución de un bien o de un valor, subsidiaria, transmisible y prescriptible.

g) *Efectos*. Esta acción genera una típica obligación restitutoria que tiene por acreedor al empobrecido y por deudor, al enriquecido. Persigue, de tal modo, la cesación de la alteración patrimonial injustificada y el restablecimiento en la medida de lo posible del equilibrio patrimonial preexistente alterado. La acción se orienta a obtener la restitución de la cosa o del bien cuando ello sea posible, o a lograr el reintegro de los valores económicos con los que la otra parte se enriqueció, cuando no haya mediado desplazamiento patrimonial o en aquellos casos en los que el bien ya no se encuentre en el patrimonio del enriquecido.

La acción tiene por finalidad neutralizar los efectos del empobrecimiento, en la medida en que éste no supere el enriquecimiento del demandado. Dicho de otro modo: “*No más del empobrecimiento, no más del enriquecimiento; la restitución está dada por el menor de esos topes*” [Llambías].

Por lo tanto, si enriquecimiento y empobrecimiento no coinciden, se estará siempre por lo *menor*. Si el enriquecimiento supera al empobrecimiento, el enriquecido conservará a favor suyo esa diferencia; inversamente, si es menor, la pérdida será soportada por el empobrecido.

h) *Prescripción de la acción*. Rige en esta materia el plazo de prescripción decenal que prevé el art. 4023 C.C..

i) *Principales aplicaciones de la figura*. Entre las principales aplicaciones de la figura, se aceptan pacíficamente las siguientes: La responsabilidad de las personas jurídicas en el Código de Vélez Sársfield (texto originario del art. 43 C.C.), la responsabilidad por daño involuntario consagrada en el primer párrafo del art. 907 CC, pago de deuda ajena efectuada por un tercero contra la voluntad del deudor, pago efectuado a un tercero o a persona impedida de administrar sus bienes (arts. 733, 734 CC), repetición del pago indebido, acción de empleo útil (art. 2306), especificación (art. 2569), adjunción, mezcla y confusión (arts. 2594 y 2597), entre otros ³.

10. La *condictio* por intromisión en derecho ajeno

Circunscribimos ahora nuestro enfoque a la denominada *condictio por intromisión o intrusión en derecho ajeno*. Ella opera cuando a una persona le afluyen valores patrimoniales que legalmente no le corresponden, en virtud de haber sido obtenidos mediante una intrusión o invasión indebida en la esfera jurídica ajena. Poco importa a tal fin que la conducta del demandado sea antijurídica, o que haya obrado con culpabilidad.

a) *Legitimación activa y pasiva*. La legitimación activa recae sobre el titular del derecho objeto de intrusión por tercero; la legitimación pasiva descansa en quien, a raíz de una intrusión o intromisión en derecho ajeno, se ha enriquecido sin causa.

Se trata de una acción personal, no inherente a la persona, susceptible de ser transmitida activa y pasivamente a los herederos por vía sucesoria. Va de suyo que la acreencia puede ser, también, transmitida por acto entre vivos y la acción, resultar objeto de ejercicio por los acreedores por vía subrogatoria (art. 1196 C.C.).

b) *Objeto*. Esta acción forma parte del denominado “derecho de las restituciones” y tiene por objeto reintegrar al titular de un derecho de contenido atributivo el valor económico de los beneficios obtenidos por el demandado derivados de un acto de intrusión sobre el mismo.

La acción luce orientada, de tal modo, a *desmantelar* los efectos del enriquecimiento sin causa por intrusión en derecho ajeno y se erige en una vía complementaria adecuada de los mecanismos resarcitorios, particularmente frente a los supuestos de hechos ilícitos lucrativos a los que hemos hecho referencia anteriormente.

c) *Requisitos*. Al igual que la *actio in rem verso*, la *condictio* por intromisión en derecho ajeno tiene por finalidad corregir un enriquecimiento sin causa o injusto, específicamente aquel que deriva del acto de intromisión en derecho ajeno. Sus requisitos, sin embargo, no coinciden totalmente con aquellos que rigen en la *actio in rem verso* gestada esencialmente en derredor de la idea de enriquecimientos sin causa que deriva de prestación o con motivo de ella.

Para que proceda nuestra *condictio* es menester la presencia conjunta de estos requisitos:

1. Intrusión ilegítima del demandado sobre un derecho o posición jurídica protegida del actor, de contenido atributivo.
2. Enriquecimiento del demandado.
3. Vinculación causal entre el acto de intrusión y el enriquecimiento del demandado.
4. Ausencia de otros mecanismos jurídicos que posibiliten alcanzar el mismo resultado (subsidiariedad de la acción).

No es necesario, en cambio, que haya empobrecimiento del actor, ni que éste, en caso de configurarse, sea correlativo con el enriquecimiento experimentado por el demandado.

Analicemos brevemente cada uno de estos elementos.

1. *Intromisión ilegítima del demandado sobre un derecho o posición jurídica protegida del actor*. Debe, en primer lugar, operar un acto de intromisión *ilegítima* sobre un derecho o posición jurídica protegida del actor, que otorgue a su titular posibilidades exclusivas de aprovechamiento, con exclusión de terceros dentro de su ámbito. Esto explica que quien a través de actos de intromisión ilegítima ejerce dichos poderes sin la conformidad de su titular, incurra en la situación prevista por esta *condictio* y quede obligado a restituir el valor obtenido a su titular, que es el sujeto a quien el derecho se lo tiene reservado [Basozabal Arrue].

Parece claro que están alcanzadas por la *condictio* las intrusiones indebidas sobre los derechos absolutos del actor, expresión dentro de la cual quedan comprendidos los derechos reales y también algunos personalísimos, como el derecho a la imagen y a la intimidad. En caso de que existan distintos derechos reales sobre una misma cosa (v.gr., dominio e hipoteca) habrá que determinar a quién correspondía ejercitar la facultad que el tercero se ha “apropiado” de modo indebido, a cuyos efectos tendremos que calibrar las relaciones que existen entre los titulares de esos derechos. Así, por ejemplo, en caso de uso ilegítimo de la cosa hipotecada, la *condictio* corresponderá al propietario y no al acreedor hipotecario, puesto que este último no está legitimado para usar y disfrutar la cosa, aunque sí para ejecutarla en caso de incumplimiento y para cobrar con preferencia a otros acreedores. También la intrusión arbitraria sobre ciertos derechos de la personalidad de carácter relativamente disponible, como lo son el derecho a la intimidad y a la imagen, encuentran campo fértil para la figura que nos ocupa.

Sin embargo, esto debe ser tomado con mucha relatividad y prudencia, pues en puridad conceptual nada impide que la *condictio* que nos ocupa también pueda derivar de la lesión a determinadas situaciones jurídicas de hecho, como la posesión, o de la intrusión sobre derechos de crédito, como el del arrendatario frente a quien disfruta indebidamente de una vivienda arrendada.

Concebida de tal modo la cuestión, lo relevante parecería ser lo siguiente: el derecho objeto de intrusión debe tener contenido atributivo, expresión que pone acento en el hecho de que confiera a su titular el monopolio de la explotación de las distintas situaciones y prerrogativas jurídicas que de él emergen.

La pretensión restitutoria *cabalga*, de tal modo, sobre el conflicto que existe entre la libertad de obtener unos beneficios a partir de elementos patrimoniales ajenos (sean materiales o no) por un lado, y la legítima pretensión del titular de estos últimos de excluir la actuación de

terceros sobre ellos y más todavía, para usufructuarlos económicamente en la forma que juzgue más conveniente, dentro de los límites que impone el ordenamiento jurídico.

Pero no alcanza con la intrusión a un derecho de contenido atributivo para que opere la figura que nos ocupa. Es preciso, además, que se trate de derechos disponibles por su titular, exigencia que se explica si se tiene en cuenta que el basamento de la figura parece asentarse sobre esta premisa: que el titular del derecho hubiera podido cederlo lícitamente a un tercero a cambio de un precio en el mercado. La cuestión tiene enorme importancia, por ejemplo, en los casos de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor cometidas a través de la prensa. La idea acuñada por la doctrina alemana es la siguiente: nadie puede razonablemente pretender la restitución de los beneficios obtenidos en tal caso por el medio que injuria o calumnia, desde el mismo momento en que no habría estado facultado de conceder una licencia a tal fin, por ser contraria al ordenamiento jurídico y a las buenas costumbres.

Al respecto, se ha dicho que: “*En estos casos la **condictio** no puede proporcionar una solución adecuada, dado que teniendo por función la reintegración económica de los bienes o derechos usurpados, difícilmente pueda llevarla a cabo cuando éstos carecen de un mercado lícito en el que poder ser cedidos o enajenados por un precio. Ello no impide que en tales supuestos cuenten con otros medios de protección jurídica, tanto civiles como penales, destacando entre éstos el decomiso de la ganancia, que queda así adecuadamente imitado al ámbito en el que se justifica su función, la punitiva*” [Basozabal Arrue; conf. Pantaleón].

Las mismas observaciones valdrían para bienes cuyo uso o consumo está prohibido por el ordenamiento jurídico.

En resumidas cuentas: la tutela que ofrece la figura que nos ocupa es inadecuada cuando el bien usurpado carece abstractamente de un mercado lícito en el que pueda ser objeto de transacciones a cambio de un precio. Esto lleva a distinguir entre usurpación de bienes indisponibles (en donde no hay un mercado lícito) y de bienes disponibles en cuya explotación son violados otras normas del ordenamiento jurídico. En el primer caso, la *condictio* queda descartada, desde el mismo momento en que la ley niega posibilidad de comercio lícito. En el segundo, se acumularán dos o más infracciones, la usurpación por un lado y la falsificación o la competencia desleal, por otro, en cuyo caso cada una de ellas deberá cargar con las consecuencias que el sistema jurídico les reserva. Así las cosas, quien realiza un acto de intromisión en derecho ajeno que confunde o falsifica debe responder frente al titular por el derecho usurpado y además ante el resto de la comunidad y de los competidores, por el engaño, la competencia desleal y la falsificación.

2. *Enriquecimiento del demandado*. Es preciso que el demandado, que realiza el acto de intrusión por sí o por terceros, se haya enriquecido a raíz del mismo. Ordinariamente, el enriquecimiento opera por incremento patrimonial positivo, aunque nada impida que también llegue a canalizarse por pérdidas evitadas, o por ambos al mismo tiempo. Puede, de tal modo, resultar de un aumento en el *activo* del patrimonio, por el ingreso de un bien o la valoración de uno ya existente, como la disminución en el *pasivo* del patrimonio por la cancelación *total* o *parcial* de una deuda.

No es preciso que el enriquecimiento sea actual y que subsista al tiempo de la demanda. Basta con que se haya producido en algún momento, sin que importe cualquier contingencia ulterior que a su respecto pueda producirse, solución que se justifica teniendo en cuenta que estamos en el ámbito de beneficios que derivan de la intrusión en derecho ajeno. He aquí una importante diferencia con la *actio in rem verso* que deriva de los enriquecimientos por prestación.

El enriquecimiento ordinariamente debe provenir de la conducta del propio enriquecido, pero nada impide que pueda tener su causa en la conducta de un tercero.

No es preciso que haya empobrecimiento del actor, ni consecuentemente, correlatividad entre éste y el enriquecimiento del demandado. Para la procedencia de esta acción debe bastar con este último. Es otra consecuencia lógica que deriva del desmantelamiento de la intrusión injustificada en derecho ajeno.

3. *Ausencia de otros mecanismos jurídicos que posibiliten alcanzar el mismo resultado (subsidiariedad de la acción).* ¿Rige en esta *condictio* el principio de subsidiariedad de la acción? El tema es difícil y, sobre todo, opinable.

1. Conforme un criterio, el requisito de la subsidiariedad no es procedente en este caso, ya que la *condictio* puede confluir con la *vindicatio*, sustituirla cuando ésta materialmente no sea posible e inclusive quedar excluida como tal cuando exista una causa de denegación jurídica [Basozabal Arrue].

2. Nosotros creemos, en cambio, que *-salvo previsión normativa en contrario-* ella no procede cuando el demandante disponga de otra acción *contra quien se ha enriquecido* con el acto de intrusión, que le permita remediar los efectos del empobrecimiento, obteniendo un beneficio equivalente [Llambias, Borda, Trigo Represas, Aparicio, Diez-Picazo]. Se trata de un supuesto de subsidiariedad relativa.

d) *Fundamento.* ¿Cuál es el fundamento de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno?

El tema no ha merecido mayor atención entre nosotros, realidad que contrasta fuertemente con la que se observa en el derecho comparado, sobre todo, en Alemania, España e Italia.

Dos orientaciones se disputan la primacía en esta cuestión: la teoría de la antijuridicidad y la de la atribución. Procuraremos analizarlas brevemente.

1. *La teoría de la antijuridicidad.* Conforme a ella, el fundamento de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno anida en el carácter objetivamente antijurídico que tiene el acto del enriquecido, siendo irrelevante que el lucro obtenido de la intrusión en derecho ajeno provenga de un obrar culpable o irrepachable.

Fue formulada por el jurista alemán Schulz, y constituyó la primera reacción contra la concepción tradicional que modulaba el enriquecimiento sin causa sobre el paradigma de aquellos que provienen de prestación, relegándolo al discreto plano de mera cláusula residual de equidad.

La cuestión, para este autor, gira en torno a la idea de adquisición intromisiva. Lo relevante, desde esa perspectiva, es lo siguiente: el derecho del enriquecimiento injusto por intrusión en derecho ajeno no pone su epicentro, en esta cuestión, en torno a un desplazamiento patrimonial sin causa que lo justifique, sino *en el enriquecimiento que deriva de una acción antijurídica*. Su fundamento, de tal modo, anidaría en la antijuridicidad objetiva de la intromisión. Esta última supone siempre un “tomar” o un “hacer” contrario a derecho, que impone a quien la realiza la obligación de restituir *todos* los beneficios obtenidos de su conducta. Quien percibe un rédito económico derivado de una acción antijurídica, no merece la protección para retenerlo, con independencia de que haya o no reprobabilidad subjetiva en su conducta, y debe restituirlos. La culpa no sería un requisito necesario para la procedencia de esta *condictio*, toda vez que se trataría de una obligación restitutoria, que no dependería del juicio de disvalor de la conducta del agente, sino de la violación objetiva del ordenamiento jurídico. Va de suyo que la *condictio* por intromisión en derecho ajeno se inserta en el terreno del derecho de las restituciones, como simple consecuencia de la prohibición de obtener ganancias a través de la intrusión indebida en los derechos de otro, por lo que estaría alejada en su esencia y finalidad de cualquier otro remedio resarcitorio o punitivo.

Esta doctrina fue objeto de críticas, que determinaron su reformulación por sus partidarios. No obstante ello su mérito es indudable, particularmente a la hora de independizar la *condictio* que nos ocupa de la acción de daños y perjuicios.

Se le ha reprochado que peca por exceso y también por defecto [Diez-Picazo, Basozabal Arrue]. Lo primero, por cuanto existirían intromisiones revestidas de legalidad que pueden dar lugar a la *condictio* por intromisión en derecho ajeno (v.gr., la ejecución forzosa de un bien no perteneciente al deudor ejecutado, algunos supuestos de gestión de negocios, etc.); lo segundo, porque omite brindar respuesta al problema que generan las acciones antijurídicas que no dan lugar a la obligación de restituir, tal lo que sucede en los casos de violación de un deber contractual de no hacer). También se le ha cuestionado que la restitución de la ganancia obtenida por el intruso “*no es una consecuencia lógico jurídica de la antijuridicidad como fundamento de la pretensión, más bien se trata de una petición de principios derivada del*

*enjuiciamiento valorativo de los supuestos intromisivos (...) En cualquier caso, la teoría de la antijuridicidad propone un derecho de enriquecimiento, extrañamente 'punitivo', pues impone la misma 'sanción' con independencia de que el comportamiento del intromisor sea irreprochable, culpable o doloso, e incluso castiga con mayor dureza a medida que la intromisión resulta más eficaz o provechosa” [Basozabal Arrue]. Es evidente que, por esta vía, se produce un llamativo acercamiento de la figura a la doctrina anglosajona de los *daños punitivos*, lo cual pone de relieve que, más allá de los caminos y metodologías que se sigan, la finalidad es siempre la misma: dismantelar los efectos de ilícitos lucrativos.*

2. *La teoría de la atribución.* Otra orientación, defendida por Wilburg y Caemmerer en Alemania, sostiene un enfoque diferente, conocido como teoría de la atribución. Conforme a ella el fundamento de la *condictio* anida en la contradicción que se produce entre el acto de intrusión y la ordenación general de los bienes que consagra el sistema jurídico. “*Un enriquecimiento ha de considerarse injustificado y generador de una obligación restitutoria en los casos en que contraviene el contenido atributivo que se puede detectar en el derecho lesionado*” [Diez-Picazo].

¿Qué derechos tienen dicho contenido atributivo?

En un primer momento, sólo se reconoció tal calidad a los *derechos patrimoniales absolutos* (paradigma de los cuales es el derecho de propiedad), descartándola en otras situaciones jurídicas (v.gr., interdicción de competencia desleal) y en los derechos de la personalidad (intimidación, imagen). La esencia de los derechos absolutos anida en la asignación de bienes a su titular, por lo que la no justificación de la intromisión se basa en la contradicción de ésta respecto de la ordenación jurídica de bienes y provechos que aquéllos llevan a cabo [Caemmerer, Wilburg, Diez-Picazo, Basozabal Arrue]. Quien viola dicha asignación de bienes y provechos, no puede menos que estar obligado a su restitución al beneficiario o titular de las mismas. Así concebida la cuestión, fácil resulta advertir que la tutela tradicional del derecho de propiedad, plasmada a través de las acciones reales, es complementada con una acción de enriquecimiento que protege la adjudicación exclusiva del uso, goce, disfrute y disposición del derecho a quien es su titular. Va de suyo que todo aquel que consume, utilice o explote un bien ajeno, transgrediendo los parámetros de asignación que fija el ordenamiento jurídico, atenta contra el contenido atributivo del derecho de propiedad y está obligado a restituir, con total independencia de que exista daño o reproche subjetivo u objetivo alguno en la conducta del legitimado pasivo. La obligación de restituir no dependería, en lo más mínimo, de tal modo, de la culpa del legitimado pasivo, ni de la existencia de daño.

Una posición más flexible extendió luego la tutela a la protección general de los bienes, asignando contenido atributivo a situaciones jurídicas que no encontraban dicho emplazamiento en la formulación anterior. Esta orientación pone énfasis en un dato relevante para justificar la *condictio* y para calificar de injustificado el enriquecimiento en el caso que nos ocupa obtenido por el intruso: el otorgamiento en exclusiva propiedad de los provechos o utilidades que su titular puede extraer de un bien o de una situación jurídica no ilegítima. “*Si una determinada situación jurídica resulta protegida por los efectos indirectos de las normas o por reglas de carácter contractual u obligacional, la intromisión de un tercero en esta situación jurídica y la obtención de lucros, no puede considerarse inicialmente injustificada, sino puro ejercicio de la libertad. Es, por ejemplo, la diferencia que existe de manera notoria entre la usurpación de los derechos de propiedad intelectual e industrial que atribuye al titular todo el valor del enriquecimiento obtenido por el defraudador o usurpador y la intromisión en una situación concurrencial, sin cumplir las reglas de competencia leal*” [Diez-Picazo].

e) *¿Cuál es el contenido económico de la condictio por intromisión en derecho ajeno?* El tema presenta una gran complejidad, cuya consideración en profundidad excede los límites de este trabajo. Baste por el momento con señalar que conforme un criterio, quien usa o disfruta un bien ajeno sólo debe restituir el valor de uso o renta de disfrute al que podría aspirar el afectado y no todas las ganancias obtenidas por aquél. Dicho de otro modo: el titular del bien afectado únicamente tendría derecho a exigir que le paguen el precio de la licencia o regalía de explotación del bien usurpado (o una prestación similar) y no la ganancia total del intromisor.

Conforme otra orientación, que nos parece más razonable, el contenido económico debe estar dado, como regla, por todas las ganancias obtenidas por quien realiza el acto de intrusión, incluidas las ganancias. De lo contrario, la figura diluye su finalidad preventiva y sancionatoria, desde el mismo momento en que podrían subsistir réditos económicos derivados de la intrusión en derecho ajeno, aun después de pagadas las indemnizaciones por daños y perjuicios y el valor de la licencia de explotación. Si aquéllos no se neutralizan y subsisten, la figura que nos ocupa sirve, en verdad, de poco.

La teoría de la atribución fue objeto también de críticas, algunas de las cuales motivaron reformulaciones parciales de la misma. Básicamente se le reprochó que ella no puede prescindir de la idea de acción antijurídica como fundamento de la pretensión restitutoria, desde el mismo momento en que no es posible diferenciar entre *acción antijurídica* y *adquisición en contradicción con el contenido de atribución de un derecho absoluto*. Esta última conducta es, en sí misma, objetivamente antijurídica. Amén de ello, le han censurado, con algo de razón, la poca uniformidad que ha caracterizado a sus distintas formulaciones a la hora de determinar una cuestión tan relevante como es en contenido de atribución de los derechos, habiéndose llegado a sostener que la locución “contenido de atribución” es una fórmula vacía de contenido, cuya imprecisión permite que cada cual diga lo que le parece bien a ese respecto.

Estas objeciones condujeron a distintas reformulaciones de la teoría de la atribución, que centraron su esfuerzo en precisar con mayor rigor los criterios de determinación del contenido de la atribución. Algunos pusieron énfasis -en el derecho alemán- en los derechos que el *BGB* prevé para la responsabilidad civil en materia aquiliana (art. 823 y ss.), con lo cual se alcanzaría una suerte de listado de derechos de contenido atributivo. Con ello, quiérase o no, se asiste a un retorno encubierto a la teoría de la antijuridicidad, cuyo fantasma se agita burlonamente. Para otros, la *condictio* por intromisión debe reconocerse a todos los titulares de derechos o de posiciones jurídicas que pudieren haber exigido la omisión de la intromisiva (v.gr., el comerciante que obtiene una ganancia en forma desleal debe restituirla a los competidores que hubieran podido exigir la omisión de esa acción).

La doctrina dominante considera que lo verdaderamente determinante para la procedencia de la *condictio* que analizamos es la atribución por parte del ordenamiento jurídico a los titulares de determinados derechos y posiciones jurídicas de una facultad *exclusiva* de explotación sobre el objeto de éstos. La restitución por intromisión sólo procedería, de tal modo, en ámbitos “*de protección individualizada de marcado carácter monopolístico (el propietario ostenta sobre la cosa objeto de su derecho de propiedad un auténtico monopolio de actuación) a los que sólo se tiene acceso a través del consentimiento de su titular (beneficiario de la atribución). El mero hecho de poder exigir la omisión de una conducta no otorga a nadie el monopolio sobre la misma y menos sobre los beneficios que de ella deriven*” [Basozabal Arrue].

Esto conduce a un análisis de cada derecho o posición jurídica con contenido atributivo, y a fijar dos límites, uno de máxima y otro de mínima, que permitan delimitar el ámbito de tutela que se procura a través de la *condictio*.

El límite de máxima determina la exclusión de los bienes indisponibles o cuya contractualización pueda devenir contraria a la ley y a las buenas costumbres; el de mínima, que se decline la protección frente a conductas inatacables como expresión básica de la libertad de actuación (v.gr., el propietario de un árbol no puede exigir nada a su vecino por el hecho de que éste disfrute de la sombra que arroja sobre su inmueble).

En suma, ambas teorías ponen en evidencia cosmovisiones diferentes del problema que deriva del enriquecimiento por intromisión. La teoría de la antijuridicidad, proclama que el derecho debe reaccionar drásticamente frente a la conducta antijurídica intromisiva. Su propuesta conduce a que ninguna ganancia puede ser obtenida de dicha conducta, lo cual determina que la medida de la acción esté dada por *todo* el enriquecimiento obtenido por el demandado. La teoría de la atribución, procura hacer cumplir a posteriori aquellos parámetros de atribución jurídica de bienes que no se respetaron por quien realizó el acto de intrusión. Finalidad perseguida: que se restituya al titular del bien afectado aquello que le hubiera correspondido. Lo que podrá reclamarse no es toda la ganancia obtenida por el intruso -como lo

propone la tesis de la antijuridicidad- sino la restitución del valor que éste debería haber tenido que pagar para adquirir legítimamente la facultad usurpada -canon o regalía-.

Con ello queda planteado un dilema de hierro, que es, nos parece, el que debería presidir la cuestión: determinar qué es lo que se quiere lograr con la *condictio* por intromisión: ¿La reintegración del derecho conculcado, la prevención y el dismantelamiento total de las conductas intromisivas (tesis de la antijuridicidad)? ¿O solamente la indemnización de los daños causados por éstas (tesis de la atribución)?

La respuesta a estos interrogantes conduce casi naturalmente al problema de las funciones de la *condictio* por intromisión.

f) *Funciones*. Se han deslizado diferentes cosmovisiones en torno a las funciones que cumple la *condictio* por intromisión en derecho ajeno, que conducen a enfoques disímiles en relevantes aspectos prácticos.

Afirman unos que tiene una clara función reintegradora; sostienen otros que su finalidad es preventivo-punitiva; no faltan quienes le asignan un papel indemnizatorio. Están, finalmente, aquellos que combinan de diferente modo algunas de dichas funciones.

Analicemos las distintas posiciones.

1. *La función reintegradora*. La función reintegradora de la *condictio* por intromisión es defendida por la mayor parte de la doctrina alemana actual.

Sus fundamentos son, básicamente, los siguientes:

1. La finalidad es generar un mecanismo restitutorio que permita retirar objetivamente del patrimonio del intruso el provecho obtenido por el uso, disfrute, consumo o disposición de derecho ajeno, “*para restituirlo al patrimonio del titular de éste en la medida en que hubiese sido jurídicamente adecuada para legitimar la acción intromisiva*” [Basozabal Arrue]. Dicho mecanismo es ajeno a la idea de responsabilidad civil, lo cual supone que sea irrelevante buscar la existencia de daños en el patrimonio del empobrecido y de factores de atribución subjetivos u objetivos.

2. La restitución sólo está orientada a generar una situación similar a la que hubiera existido en caso de seguirse un cauce jurídico adecuado (v.gr., en caso de usurpación de una marca, se plasmaría en el pago de la regalía correspondiente al titular de aquélla).

3. La restitución por intromisión no procura una redistribución equitativa de enriquecimiento injustificado, atendiendo a los intereses individuales y sociales en juego, ni la concreción de ciertos postulados de justicia distributiva, sino, tan sólo, aplicar unas reglas específicas en orden a la restitución de los valores económicos que habrían correspondido al titular del derecho objeto de intromisión.

4. Quien usa una cosa o un derecho ajenos, y los explota para obtener un rédito económico, no debe restituir toda la ganancia que eventualmente obtenga, sino únicamente el importe de la renta por cesión que hubiera sido suficiente para legitimar la intromisión. Sólo eso y nada más que eso. Concebida de tal modo la cuestión, el titular del bien jurídico usurpado únicamente tendría derecho de exigir el precio de la licencia por explotación de la cosa o del derecho, y no la ganancia del intruso, puesto que sólo aquélla le correspondería como valor reintegratorio. Esta última es, sin duda, la conclusión más relevante y polémica que genera el emplazamiento de la figura en el terreno de la función restitutoria pura, pues, formulada de tal modo, es evidente que brinda escasa utilidad: lo que se pretende enmarcar dentro del terreno del derecho del enriquecimiento sin causa -a través de una construcción compleja y muchas veces esforzada en sistemas normativos como el nuestro- encuentra mejor solución en el mucho más aceitado terreno del derecho de daños. El valor de la renta por cesión, en caso de intromisión indebida en derecho ajeno, es técnicamente un daño y ningún inconveniente debería haber para que sea tratado como tal y emplazado donde corresponde. Se nos podrá decir, es cierto, que un mecanismo restitutorio como el propuesto puede a veces ser más simple -en lo que hace a la configuración de sus elementos- que el que emerge del derecho de daños, en cuanto este último compele a probar los presupuestos de la responsabilidad civil, en particular, el daño, la relación causal adecuada y el factor de atribución objetivo o subjetivo. El cuestionamiento es, en verdad, falso, porque la prueba de estos extremos -facilitada muchas veces por inversiones de cargas

probatorias y por la presencia de factores objetivos de atribución- no es más compleja, ni difiere en lo esencial de aquella que debe aportarse para obtener la restitución por vía de la *condictio*. En este último caso habrá que probar la intromisión ilegítima en derecho ajeno, el enriquecimiento del demandado y el valor de la regalía o licencia que marcaría el límite de la restitución. La demostración de dichos extremos apareja problemas de prueba no menores a los que emergerían de emplazar la cuestión en materia resarcitoria.

Lo grave es que el emplazamiento de la figura dentro de estos límites más bien modestos que le asigna la función reintegradora, formulada de manera pura, no resuelve el verdadero problema que justifica la existencia de la *condictio*, y que no es otro que el desmantelamiento de los hechos ilícitos lucrativos. A sus corifeos no les preocupa que pueda subsistir un rédito a favor del intruso después de efectuada la restitución, vía el pago de la regalía o contraprestación que habría correspondido por su valor de uso. Subsistirían de tal modo, a su favor, *los frutos del árbol envenenado*, con lo cual, el valor de la figura para enervar los referidos efectos lucrativos del ilícito y, más todavía, para desalentar ese tipo de conductas, previniendo daños, es nulo.

De aceptarse hipotéticamente esta concepción, deberemos siempre estar pensando en un sistema de indemnizaciones punitivas o de multas penales que permitan alcanzar en última instancia dicho desmantelamiento. La figura devendría, de tal modo, limitada, estéril e innecesaria.

2. *La función preventivo-punitiva*. Otra doctrina -particularmente, la defendida por los partidarios de la tesis de la antijuridicidad y por algunos defensores de la tesis de la atribución, en los casos de intromisiones dolosas- proclama que la *condictio* que nos ocupa no sólo tiene una función reintegradora, sino también otra de corte preventivo-punitiva, al sostener lo siguiente:

1. Las intromisiones ilegítimas en bienes ajenos deben ser prevenidas y evitadas eficazmente por el sistema jurídico, a través de un adecuado régimen de sanciones penales, por vía del derecho de daños y, en lo que atañe a la figura que nos ocupa, mediante la imposición de un módulo restitutorio que desaliente la actitud de los intrusos eventualmente interesados en usurpar bienes ajenos.

2. La doctrina analizada anteriormente, de corte puramente restitutorio, no sólo no previene ni castiga las conductas intromisivas lucrativas, sino que, peor aún, termina fomentándolas por su falta de reacción. ¿Para qué preocuparse por obtener una licencia de marca negociando un contrato y pagando la regalía pertinente, si a través de un acto de intrusión indebida puedo alcanzar, en los hechos, efectos similares pagando luego, por vía de restitución *ex condictio* el valor de aquella regalía? Lo dicho potencia su valor argumental si se pondera que una vez afrontada esta erogación, el intromisor mantiene la ganancia obtenida por encima de dicho canon.

Esto ha llevado a algunos de los partidarios de la tesis de la atribución, que son los más firmes defensores de la doctrina de la función restitutoria pura, antes analizada, a sostener que, tratándose de intromisiones dolosas, el intromisor debe responder por todo lo obtenido mediante aquélla, incluida la ganancia, para lo cual se apoyan esforzadamente en la normativa de la gestión de negocios ajena sin mandato. En ese caso, nos dirán, la restitución de la ganancia adquiere así un marcado carácter punitivo justificado por la ley y por otras consideraciones de política jurídica. Pero, adviértase, la respuesta sigue siendo insatisfactoria: ¿por qué permitir que quien obra sin dolo delictual (por lo general, difícil de probar), pero con culpa grave, pueda enriquecerse a expensas del titular del derecho obteniendo lucros indebidos?

3. La medida de la *condictio* debe estar dada por todo el enriquecimiento obtenido por el intromisor y no sólo por el canon, regalía o contraprestación que éste debería haber pagado en condiciones normales, por vía contractual, para poder utilizar un derecho ajeno. Esta conclusión les parece escandalosa a muchos de los partidarios de la tesis de la atribución y de la función puramente preventiva de la *condictio* (de la que es hija dilecta). ¿Por qué enriquecer al titular del derecho objeto de intrusión con el beneficio que deriva de la sanción aplicada a otra persona “sin otro ‘mérito’ que el de haber sido víctima pasiva de la intromisión?” [Basozabal Arrue]. La respuesta es simple: porque él es el titular del bien jurídico objeto de intrusión cuya existencia

posibilitó la concreción de tales ganancias. Y además, porque esa solución es mucho más lógica, justa y sensata desde la perspectiva de política jurídica, que permitir que el intruso se quede con esos beneficios. Llama la atención que los partidarios de la tesis que rechazamos no se formulen la misma pregunta, en términos inversos. ¿Por qué enriquecer al intruso con el beneficio que deriva de todo *plus* económico que obtenga por encima del pago de la pretendida regalía al titular del derecho, sin “otro mérito” de parte de aquél que haber obrado de modo antijurídico, inclusive dolosamente, para obtener réditos lucrativos de su actitud?

No hay en esta controversia una cuestión de derecho natural, ni nada que se le parezca. Es un problema de derecho positivo y de política legislativa, de tono similar a la que se suscita cuando la cuestión pretende ser resuelta desde la otra perspectiva posible, que es la de las indemnizaciones o daños punitivos del derecho anglosajón.

Se trata de lograr técnicas adecuadas que permitan dismantlar los efectos de ilícitos lucrativos. La tesis de la función restitutoria pura no brinda una solución a este problema.

Se nos dirá -esa es la respuesta que suele esgrimirse- que las sanciones punitivas (como lo sería la imposición de una carga económica al intruso por encima del pago del valor de la regalía y hasta completar su ganancia o, incluso, por encima de ella) debería, en el mejor de los casos, ser objeto de regulación por el derecho penal, que es punitivo por antonomasia y sumamente igualitario, el cual se encargaría de llevar a cabo su función típica respecto de aquellas acciones que sean merecedoras de ese tratamiento [Basozabal Arrue, Pantaleón]. Nos parece, sin embargo, que tal formulación, que seguramente puede tener algún viso de razonabilidad en los opulentos países del primer mundo, donde ha sido formulada, luce en buena medida *ingenua* en los del tercer mundo, al que nosotros pertenecemos, en donde el sistema penal está colapsado. ¿Un proceso penal para la aplicación de multas al intruso en derecho ajeno? Es absurdo y terminaría donde en la actualidad concluyen casi todas las causas sin preso y de menor montaje en lo criminal: en el insalvable destino de la prescripción de la acción penal.

3. *La función indemnizatoria.* No han faltado autores que vislumbran en la figura que analizamos una función indemnizatoria. Con ello la *condictio* por intromisión se acerca llamativamente a la acción resarcitoria y al derecho de daños.

Sus partidarios exigen la presencia de un daño como requisito para que prospere la acción de enriquecimiento, lo cual ha provocado una buena dosis de confusión entre ambos institutos y entre las pretensiones restitutorias y resarcitorias.

Sin embargo, la razón de ser de esa confusión puede explicarse a la luz del debate entre las dos corrientes anteriormente analizado, que pone en evidencia un dato relevante: existe una zona gris, común para ambas acciones, en donde cada una de ellas proclamará su predominio y su terminología.

Nos explicamos:

Se afirma que cuando de la intromisión sobre bienes o derechos ajenos deriva un enriquecimiento para el intruso, éste debe pagar el canon, valor o regalía que habría correspondido al titular de aquél. Los partidarios de la tesis de la función reintegradora pura (que defienden la tesis de la atribución) nos dirán que sólo debe eso y nada más que eso. “Eso”, precisamente, puede resultar calibrado de distinta manera desde la perspectiva del enriquecimiento sin causa y de aquella que emerge del derecho de daños.

Para la primera, “eso” sería uno de los elementos de la pretensión restitutoria, emplazada en derredor de los principios del enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno. Para la tesis resarcitoria, “eso” es un daño. Y, en verdad, lo es. Es un menoscabo en el patrimonio del titular del derecho objeto de intromisión, que deriva de la lesión a un interés jurídicamente protegido y que se plasma, como mínimo, en el valor de la regalía o canon que le habría correspondido.

¿Qué necesidad tiene, para nosotros, con un sistema de responsabilidad objetiva y subjetiva tan amplio como el que actualmente tenemos, llevar la cuestión al terreno del enriquecimiento sin causa, para obtener aquello que el sistema nos reconoce de modo más explícito, pulido y aceptado, desde la perspectiva resarcitoria? La respuesta es simple: ninguna. De allí que no

pueda compartirse la tesis de la atribución, tal como se la formula, ni aquella que ve en la *condictio* por intromisión en derecho ajeno un instituto que cumple una función puramente reintegradora, circunscripta a la obtención por parte del afectado de dicho canon. Si ello es así, la *condictio* por intromisión no sirve para nada.

Pero la cuestión es esencialmente distinta si se pone énfasis donde corresponde: en toda la ganancia obtenida por el intruso, particularmente aquella que esté por encima del canon o valor de contraprestación que éste debería haber pagado en una negociación contractual para poder utilizar lícitamente ese bien ajeno.

Es en este punto donde sí puede tener interés nuestra *condictio* por intromisión en derecho ajeno. Ello por una razón muy simple: técnicamente, ese *plus*, por encima del valor del canon o de la regalía, no es *daño*. No hay perjuicio. No hay menoscabo. Pero sí hay enriquecimiento sin causa a expensas de otro. Es allí, precisamente allí y solamente allí, donde, nos parece, la *condictio* por intromisión tiene importancia como instituto alternativo, en el plano de posibles soluciones normativas, al de las indemnizaciones punitivas que propicia el sistema anglosajón.

En tal caso, es evidente que ninguna función resarcitoria cumpliría la *condictio*. El importe que se desembolse en tales circunstancias tendría corte netamente restitutorio, mirada la cuestión desde esa perspectiva.

g) *Caracteres*. La *condictio* por intromisión en derecho ajeno presenta los siguientes caracteres: es personal, general, tiene por objeto la restitución de todo el beneficio económico obtenido por el intruso, es subsidiaria, transmisible y prescriptible.

h) *Efectos*. En nuestra opinión, la *condictio* por enriquecimiento derivado de intromisión en derecho ajeno genera una obligación restitutoria que tiene por acreedor al titular del derecho o bien jurídico objeto de intromisión, y por deudor, a quien realiza el acto de intrusión. A través de ella se persigue cesación de la alteración patrimonial injustificada, para lo cual el demandado deberá entregar al actor todo el beneficio económico derivado de la intromisión.

El valor del empobrecimiento se determina a la fecha en que se produjo.

i) *Prescripción de la acción*. Rige en esta materia el plazo de prescripción decenal que prevé el art. 4023 C.C..

j) *La condictio por intromisión en derecho ajeno en el derecho argentino. Aplicaciones de la figura*. ¿Es posible proclamar que la *condictio* por intromisión en derecho ajeno tiene aplicación en el derecho argentino? ¿Son proyectables a nosotros las construcciones realizadas en el derecho alemán, italiano y español a la luz de la realidad normativa que tenemos?

Llama la atención que el tema no haya merecido prácticamente tratamiento alguno por la doctrina nacional, pese a la enorme importancia que presenta. Nuestros autores se han mantenido apegados a los esquemas tradicionales que modelan la figura del enriquecimiento sin causa y de la *actio in rem verso*, como acción subsidiaria con basamento en la equidad, dejando de lado a los supuestos encuadrables dentro de esta tipología.

Nos inclinamos por una respuesta afirmativa a los interrogantes anteriores, en la convicción de que nuestro sistema normativo da pie para ello. Se nos dirá, posiblemente, que se trata de una construcción doctrinaria que muy esforzadamente puede inferirse de los textos vigentes. A ello cabría responder que *toda* la teoría del enriquecimiento sin causa en nuestro sistema tiene un fuerte basamento doctrinario, apoyado, ciertamente, en textos legales y en distintas notas del Código Civil. La configuración de la figura, de los elementos que requiere la *actio in rem verso* concebida como acción subsidiaria de equidad y sus efectos son fruto de una elaboración doctrinaria, desde el mismo momento en que no hay norma legal alguna que regule dichos aspectos en forma expresa, ni de manera genérica, ni en supuestos particulares.

Frente a esa licencia interpretativa que se admite bajo el prisma unitario de la figura, cabe reivindicar el mismo derecho desde la perspectiva que proclama la existencia de distintas tipologías de enriquecimiento sin causa. Lo que está permitido a unos, debe también ser reconocido a los otros.

Existen supuestos en los cuales parece indudable que la figura que nos ocupa de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno, tiene un claro reconocimiento normativo; en otros

casos, en cambio, su existencia es inferible por aplicación de los principios generales que rigen en esta materia, y que emanan por inducción de aquel marco normativo.

Veamos ejemplos en los cuales la *condictio* por intromisión, sin ser denominada de ese modo, claro está, tiene un marco normativo específico.

El primer campo de aplicación importante lo encontramos en los casos de utilización indebida de bienes ajenos. Quedan comprendidos dentro de este supuesto, los casos de simple uso de una cosa ajena, de acuerdo con su destino y sin introducir en ella modificación o transformación alguna; los supuestos de ejercicio o disfrute de la obtención de frutos (naturales, civiles o industriales) que la cosa produce o hubiera podido producir; y, finalmente, los casos de utilización de una cosa para la creación o construcción de otra diferente.

Nos parece que la figura está ínsita en la normativa existente en el Código Civil argentino, que regula las relaciones entre el propietario y el poseedor de buena o mala fe (arts. 2423 y ss., 589, 590 y concs. C.C.), particularmente cuando se determina que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y se impone al poseedor de mala fe a restituir los frutos percibidos, los pendientes y aquellos que la cosa hubiere podido normalmente producir [Picasso].

Estos preceptos son reglas esenciales, básicas, del sistema y si bien no surge de ellos en términos explícitamente formales una *condictio* por intromisión en derecho ajeno que permita la restitución del valor indebidamente percibido, la esencia de la figura aparece claramente implicada, en particular a la luz del diferente trato que se da en los casos de posesión de buena y de mala fe. La regla general en caso de ejercicio injustificado del denominado *ius fruendi*, que es el que caracteriza al poseedor de mala fe, determina que deban restituirse no sólo los frutos percibidos, sino también los pendientes y los que se hubieran podido percibir, lo cual evidencia una solución normativa que tiene un paralelismo significativo con la *condictio* que nos ocupa. La idea es clara en materia de frutos percibidos y pendientes. En cambio, tratándose de frutos que la cosa hubiere podido producir, el sentido de su reconocimiento es claramente resarcitorio y no restitutorio (porque no se ha obtenido enriquecimiento alguno en lo que a dichos frutos atañe).

Conforme a ese razonamiento, la norma del art. 2423, que reconoce al poseedor de buena fe los frutos percibidos al tiempo de su posesión, tiene un marcado carácter excepcional, pues técnicamente hablando, aun con buena fe, el enriquecimiento es objetivamente injustificado. “El contenido atributivo del derecho subjetivo debe ser preservado por mucha buena fe que el autor del enriquecimiento tuviera. La regla, excepcional como hemos dicho, puede encontrar su fundamento en la dignidad de la posición del poseedor de buena fe, en su merecimiento de la tutela jurídica o en la conveniencia de otorgarla para la protección de intereses generales” [Diez-Picazo].

También, nos parece, buena parte del régimen legal vigente en materia de accesión, al que hemos hecho referencia anteriormente, evidencia claros supuestos de enriquecimiento sin causa derivado de la intromisión en derecho ajeno. Cabe insistir en lo siguiente: la ley consagra el principio de restitución del enriquecimiento en tales supuestos, con la relevante particularidad de que la buena fe no exime la restitución del valor (a diferencia de lo que sucede en materia de frutos percibidos), posiblemente porque lo que se utiliza es el valor entero de la cosa y no simplemente sus frutos. La buena fe puede eximir el pago de daños y perjuicios, pero no legitimar un enriquecimiento injustificado en estos supuestos, cuando el mismo deriva por intromisión en derecho ajeno. Esto explica que quien utiliza materiales ajenos en una obra, sobre terreno propio, deba pagar el valor de aquéllos y si es de mala fe, además, indemnizar los daños y perjuicios que pueda haber causado. Las mismas conclusiones valen para el caso de especificación, cuando se utiliza materia ajena para formar una nueva especie, supuesto en el cual el especificante, si bien hace suya la obra, debe reconocer al dueño el valor de la materia.

Existen, sin embargo, otros supuestos de suma importancia que no tienen una regulación normativa más o menos expresa, que pueden ser situados dentro del terreno de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno, por vía de una generalización inductiva de los principios que emanan de aquel marco normativo. Se propicia, de tal modo, para ellos, una metodología similar a la que se ha empleado para la elaboración de la *actio in rem verso* en su formulación clásica o unitaria.

Entre ellos mencionamos por su importancia:

1. Los casos de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno que derivan del mero uso de una cosa ajena, que no produce daño al propietario, sin transformarla, ni extraer sus frutos (v.gr., durante la ausencia del dueño de una casa, unos “ocupas” muy considerados penetran en ella y no sólo la habitan, sin producir daño alguno, sino que inclusive la mantienen en perfecto estado de higiene y conservación). En tal caso, no hay daño alguno para el propietario -a quien el inmueble le es restituido en perfecto estado no bien regresa-, pero sí se configura un supuesto de enriquecimiento sin causa derivado de la intromisión en derecho ajeno, que conduce a que se le reconozca a este último el valor que se asigne a la posibilidad de uso que en tal caso se habría obtenido.

2. Los casos de usurpación de propiedad intelectual e industrial, de tanta importancia en la actualidad.

3. Los supuestos de utilización ilegítima de derechos de la personalidad relativamente disponibles por su titular, como el derecho a la imagen o a la intimidad, cuestiones que asumen especial relieve cuando la intrusión emana de la actividad de los medios de comunicación social y se realiza con fines comerciales.

Bibliografía

- ALTERINI, Atilio A., El derecho de las obligaciones en el “IV Congreso Nacional de Derecho Civil”, J.A. Doctrina, 1970-216.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A., *El enriquecimiento sin causa*, 2ª ed., Santiago de Compostela, Comares, 1989; *idem*, “El enriquecimiento sin causa en el derecho civil español”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, año CXXIII, t. 236, 1974; *idem*, “El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Revista de Derecho Privado, 1977, pág. 845; *idem*, “El interés, el justiprecio y el enriquecimiento sin causa”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1984.
- APARICIO, Juan M., “El carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa”, en *Estudios de derecho privado*, libro homenaje al doctor Pedro León, primera parte, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1975.
- ARIAS RAMOS, José, “En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1946, t. II.
- ARIAS RAMOS, JOSÉ - ARIAS BONET, Juan A., “Derecho romano”, 18ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1997, t. II.
- AZAR, Aldo M., “Enriquecimiento sin causa”, en Vallespinos, C.G. (dir.), *Cuadernos de las obligaciones*, Córdoba, Alveroni, 2006.
- BASOZABAL ARRUE, Xavier, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, Pablo, “La obligación. Concepto, estructura y sus fuentes”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.
- BONFANTE, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, trad. de la 8ª ed. italiana por L. Bacci y A. Larrosa, 5ª ed., Madrid, Reus, 1979.
- CIFUENTES, Santos, “Aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa a situaciones y relaciones de tracto sucesivo”, L.L. 1995-C-189.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel - DIEZ-PICAZO, Luis M., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988.
- DIEZ-PICAZO, Luis M., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 4ª ed., 1995, t. III; 5ª ed., 1996, ts. I y II; *idem*, “Los principios generales del derecho en el pensamiento

- de Federico de Castro, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1984; *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos, *El enriquecimiento injustificado en el derecho industrial*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- GARRIGA, Román, “El enriquecimiento sin causa: sus caracteres y efectos”, J.A. 1949-IV-685.
- LÓPEZ CABANA, Roberto M., en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Augusto C. Belluscio (dir.) - Eduardo A. Zannoni (coord.), Buenos Aires, Astrea, 1981, t. 3, comentario al art. 784 y ss..
- LÓPEZ MESA, Marcelo, “El enriquecimiento sin causa en el derecho actual”, en *Ley, razón y justicia*, año 3, Nº 5, Córdoba, Alveroni, 2001.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 3ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1980.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Notas sobre el enriquecimiento sin causa”, en D.J., del 3/10/1979; y en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1980.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Enriquecimiento sin causa”, J.A. Doctrina, 1970-445.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1961.
- PANTALEÓN, Fernando, “La Constitución, el honor y unos abrigos”, L.L. española, año XVII, Nº 4033, ejemplar del 10/5/96.
- RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3ª ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1935.
- RIPERT, Georges - TEISSEIRE, M., “Essai d’une théorie de l’enrichissement sans cause en droit civil français”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*”, 1904.
- RUBIER, P., *La position française en matière d’enrichissement sans cause*, París, Travaux de l’Association Henri Capitant, 1948.
- SANTOS BRIZ, Jaime - GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Manuel Albaladejo (dir.), Madrid, Edersa, 1984, t. XXIV.
- TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I.
- TRIMARCHI, Pietro, *L’arricchimento senza causa*, Milán, Giuffrè, 1962.
- VALLESPINOS, Carlos G., “Fuente extracontractual de las obligaciones en particular”, en *Cuadernos de las obligaciones*, Córdoba, Alveroni, 2006.

NOTAS:

¹ La laguna normativa fue cubierta gradualmente por la doctrina y, sobre todo, por el activismo judicial, al punto que en la actualidad se admite sin discusiones que la teoría del enriquecimiento sin causa ha tenido en Francia y en los países que siguieron su modelo en este tema, una elaboración esencialmente jurisprudencial. Se cita como hito relevante el célebre *arrêt* “Boudier” de 1892, dictado por la Corte de Casación de Francia al que se atribuye el mérito de haber plasmado esta acción como principio de equidad no positivizado. En dicha causa se afirmó que la acción *in rem verso* derivada “del principio de equidad que prohíbe enriquecerse a expensas de otro, no habiendo sido reglamentada por ningún texto legal, no está en su ejercicio sometida a condición alguna, bastando para admitirla que el demandante alegue y pruebe la ventaja que él habría procurado al demandado, por un sacrificio o hecho personal suyo”.

² Ramón Daniel PIZARRO - Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, t. 4, n. 824 y ss..

³ Para un tratamiento en profundidad de estas cuestiones, remitimos a lo expuesto en la obra y lugar citados en nota anterior.

EL DERECHO DE RETENCIÓN

por MARÍA CONSTANZA GARZINO Y LUIS MOISSET DE ESPANÉS

SUMARIO: I. Introducción. a. Importancia del tema. b. Sistematización del derecho de retención. c. El derecho de retención en los Proyectos de reforma del Código Civil. 1. Anteproyecto de Juan Antonio Biliboni. 2. Proyecto de 1936. 3. Anteproyecto de 1954. 4. Ley 17.711. 5. Proyecto de Unificación de 1987. 6. Proyecto de nuevo Código civil y comercial de 1998. d. Congresos Nacionales de Derecho Civil: origen y trascendencia de los mismos. e. Congresos que debatieron el tema del derecho de retención. II. El derecho de retención en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil: ¿debe subsistir el derecho de retención o debe sustituirse por otra garantía? III. El derecho de retención en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil: el derecho de retención y los privilegios en la reforma de la ley 17.711. IV. Aportes que los Congresos Nacionales de Derecho Civil realizaron al instituto del derecho de retención en la doctrina nacional

I. Introducción

a. Importancia del tema

El derecho de retención está caracterizado en el Código Civil Argentino, en el artículo 3939 como: “... *la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de la misma cosa*”. Mucho se ha debatido respecto a la naturaleza jurídica de este instituto (*derecho personal, derecho real, sui generis o mixto, privilegio, etc.*) tanto en la doctrina a nivel internacional como en la nacional, ya que según la postura que se adopte se van a derivar diferentes características, facultades de las partes y efectos. Excede el marco de este trabajo el desarrollo de este tema en particular, y simplemente diremos que creemos que más bien “se trata de una de las atribuciones que surgen del derecho de crédito, y sólo se concede con carácter excepcional, cuando se reúnen los requisitos exigidos por la ley, a favor de un acreedor que es al mismo tiempo deudor de la obligación de restituir una cosa”¹.

Luego de haber aclarado estas cuestiones previas, debemos decir unas breves palabras respecto a la importancia del derecho de retención. El instituto nace con la *exceptio doli* de los romanos. Así el pretor concedía esta facultad al poseedor de buena fe de una cosa, que creyéndola suya, le hacía mejoras, ante la acción de reivindicación que el propietario intentara en su contra. De esta forma, el poseedor podía no devolver la cosa hasta que el dueño le pagara los gastos por el mayor valor que la misma había adquirido en virtud de esas mejoras. Posteriormente, el derecho francés se ocupó del tema y lo reglamentó pero de manera aislada y no como lo hizo nuestro codificador, como veremos en el próximo punto.

Desde antaño mucho se debatió sobre el derecho de retención y hubo quienes lo criticaron por considerarlo extorsivo. En este sentido, creemos que vale la pena reproducir la parte del discurso del Dr. Novillo Corvalán pronunciado con motivo de la apertura del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil en el año 1937, quien nos dice: “*Yo mismo he propugnado desde la cátedra y desde algunas publicaciones por la abolición de una institución arcaica como es el derecho de retención, no suprimido todavía en ningún Código, pero restringida su conservación en los más modernos...*”, y continúa: “*la retención en la vida práctica es un instrumento de extorsión en la pura doctrina un principio inconciliable con el régimen de dominio desde que no permite que éste se perfeccione con la vuelta de la cosa a su dueño a pesar de la sentencia judicial; crea una suerte de anticresis a medias cuando se trata de un inmueble, pues éste queda en poder del acreedor de las mejoras, pero ni está autorizado a percibir frutos ni a aplicarlos al pago de la deuda si los percibe; y económicamente viene a ser un valor muerto, desde que ni el dueño puede hacer nada en la cosa porque no la tiene en su poder, ni puede el retencionista someterla a una explotación, por sí o por otro, porque funcionando ella como una simple garantía, debe estarle vedado todo uso o goce...*”².

Como este autor, muchos fueron quienes se pronunciaron en contra del derecho de retención. Sin embargo, creemos que el instituto realmente es una excelente atribución, a modo

de defensa y garantía de su crédito, que el legislador concede al acreedor que posee la cosa y que a su vez es deudor de la restitución de la misma a su deudor, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la ley para poder hacer valer el derecho de retención que es, sin lugar a dudas, una herramienta eficaz que se otorga al acreedor. Sin dudas, no existe mejor prueba que la fáctica: este instituto existió desde la antigüedad y con resultados prácticos positivos, y hoy todavía existe; con esto queremos decir, que a pesar de todos los cambios sociales, económicos y culturales ocurridos con el transcurso del tiempo, el derecho de retención supo permanecer en el tiempo con vigencia y eficacia hasta la actualidad. De todo lo dicho se deriva la relevancia del tema y el motivo por el cuál fue y es tratado en distintos ámbitos de debate, como lo fue en los Congresos Nacionales de Derecho Civil en dos oportunidades.

b. Sistematización del derecho de retención

Debemos comenzar diciendo que Vélez Sársfield fue visionario al redactar nuestro Código Civil, y precisamente el derecho de retención es uno de los temas donde más se destaca esta característica. Así, el autor procuró fijar una ley que no solamente se adaptase a las necesidades históricas de ese momento- año 1869, que es la fecha en que termina la redacción del Código-, sino que proyectó una ley que contemplaba la Argentina del futuro; la originalidad del legislador puede reflejarse no solamente en el contenido de las normas, sino también en los aspectos metodológicos de su obra.

Concretamente, los códigos anteriores al argentino, en especial en Código Civil francés y los que lo tomaron como modelo, sólo trataron al derecho de retención en supuestos particulares, y nunca de la manera orgánica que Vélez le dio. La originalidad de Vélez Sársfield se presenta en el hecho de haber regulado de manera orgánica y sistemática el derecho de retención, dedicándole un título especial.

Con anterioridad la jurisprudencia y la doctrina habían debido realizar un verdadero esfuerzo para determinar si los dispositivos dispersos que se encontraban en sus ordenamientos, tenían o no elementos comunes que permitiesen extraer de ellos un principio general que hiciese aplicable esta facultad a otras situaciones análogas, no regladas.

Inspirado en las enseñanzas de Moulon y de Rauter en la Revista de Foelix ³, como así también en las ideas de Aubry y Rau, y adelantándose al Código Civil alemán, y al Código Suizo, que generalizaron lo relativo al derecho de retención, pero sin dedicarle un título especial, y a otros códigos modernos, que han agrupado las normas vinculadas a este punto en un título o capítulo que las engloba, la obra de Vélez Sársfield es el primer Código Civil que no solamente sistematiza los principios generales sobre el derecho de retención sino que además les dedica un título especial, y lo hace con tanto acierto que a lo largo de un siglo de vigencia no ha sido necesario proponer prácticamente ningún retoque a esos dispositivos, que continúan recibiendo aplicación por nuestros tribunales sin provocar mayores dificultades. Estamos hablando del Título II del Libro IV, fijando de manera estricta las condiciones necesarias para que se pueda ejercer el derecho de retención, haciendo especial hincapié en la conexidad entre el crédito existente y la cosa que se retiene.

Es notable la influencia del Código argentino sobre la legislación moderna, particularmente sobre la sistematización del derecho de retención o el contenido dado a las normas destinadas a regular esta figura. Como ejemplos podemos citar a los códigos de: Paraguay, Perú 1936 y 1984, Portugal 1967, y al proyecto colombiano de Valencia Zea.

c. El derecho de retención en los Proyectos de reforma del Código Civil

Nos ocuparemos de analizar brevemente los distintos proyectos de reforma de nuestro código en lo que respecta a nuestro tema con la finalidad de tener un panorama de la evolución

del mismo en el derecho argentino. De ellos se deriva el motivo por el cual dos congresos se ocuparon del tema para debatir las posibles reformas en un caso (Segundo Congreso) y las ya realizadas en otro (Cuarto Congreso).

c.1. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni

El presidente Alvear designó en 1926 una comisión, que tuvo como redactor a Bibiloni, a los fines de que redacte un proyecto de reforma del Código Civil. El autor, se aparta en lo referido al derecho de retención de lo regulado por Vélez Sársfield. Primero critica la ubicación del tema en el código y luego el contenido mismo expresando que lo reguló “de manera hartamente peligrosa”.

Así, el autor expresa: “*más lógico es el Código Alemán, al tratar de la retención entre los efectos generales de las obligaciones, y al excluir absolutamente la materia de los privilegios para entregarla a la ley especial de concursos...*”⁴. Luego agrega que como el Código alemán, el suizo y el austríaco siguen igual camino al regular el tema. Consecuentemente, Bibiloni modifica el tema en estudio de manera radical y adopta como modelo el Código Alemán para corregir así las imprecisiones y peligros que según él presentaba la versión de Vélez Sársfield.

Básicamente, las reformas que establece se manifiestan en las siguientes ideas: destaca la similitud del instituto con la *exceptio non adimpleti contractus*; sostiene que se pueden retener tanto cosas ajenas como propias, y además se pueden retener bienes que no son cosas, tales como derechos, créditos y prestaciones; afirma que la retención constituye un derecho real, critica al artículo 3942 en lo referido a la retención de inmuebles, y por último enumera casos específicos donde se puede ejercer este derecho. Comentando esta posición Leiva Fernández nos dice que la incorporación de estas ideas ajenas a nuestro derecho “*se justifican en el Anteproyecto de Bibiloni por la recepción del derecho alemán en el que el ius retentionis, viene de alguna manera, a estar subsumido en la excepción de incumplimiento contractual, y donde, por ello, es posible referirse a retención de prestaciones*”⁵.

c.2. Proyecto de 1936

Este proyecto es el resultado del análisis y corrección del Anteproyecto de Bibiloni por la Comisión reformadora, que en este punto contó con la especial participación de Lafaille y Tobal. La comisión dejó de lado algunas de las normas proyectadas por Bibiloni, y en otras retornó al Código de Vélez Sársfield, con algunas modificaciones, procurando mejorar el Anteproyecto y otorgar mayor coherencia a la reforma. Expresan los autores que: “*las reglas del código han sido modificadas principalmente con un doble objeto: precisar por una parte, el concepto de este derecho, su alcance y consecuencias, e impedir por la otra, que pueda ser utilizado como un medio de expoliación*”⁶.

c.3. Anteproyecto de 1954

Este anteproyecto fue elaborado por un grupo de trabajo que dirigía Jorge Joaquín Llambías. En general su contenido es similar al del Código vigente, aunque toma algunas ideas de Bibiloni. Lo destacable es que regula escasos supuestos específicos en donde se otorga el derecho de retención, importante ya que nuestro código, como hemos expresado, brinda normas generales sobre el tema en las que pueden subsumirse los casos particulares, sin necesidad de mención expresa de cada uno de ellos.

c.4. Ley 17.711

Esta ley, que reforma aspectos sustanciales de la legislación civil en el año 1968, modificó significativamente lo relativo al derecho de retención, lo que generó numerosas críticas de la doctrina. A los fines de analizar el conjunto de reformas introducidas al Código civil por la ley 17.711, la Universidad de Córdoba convocó al Cuarto Congreso Nacional, en el que se incluyó como uno de los temas a tratar el derecho de retención, particularmente en relación con los privilegios.

Algunos autores, como Llambías, han criticado las reformas porque se “*altera la naturaleza del derecho de retención convirtiéndolo en un privilegio de grado sumamente preferente...ha transformado el derecho de retención en un superprivilegio que en nada se justifica*”⁷.

Lo dicho se vincula con el agregado al artículo 3946, que fue ampliamente criticado. No nos explayaremos aquí sobre el tema que se tratará más adelante.

Por otro lado, al reformarse el artículo 3943 se establece que “el juez podrá autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente”, que si bien recepta la práctica judicial vigente, tiene una redacción imprecisa que puede llevar a cuestionamientos y que también fue criticado como veremos.

Podemos afirmar que las reformas introducidas por la ley 17.711 en materia de derecho de retención tienen significativa trascendencia.

c. 5. Proyecto de Unificación de 1987

En esta oportunidad, el proyecto estuvo a cargo de una comisión integrada por: Alegría, Aníbal Alterini, Araya, De la Vega, Fargosi, Le Pera y Piaggi. A primera vista parece cambiar todo, pues no subsiste -con la numeración originaria- ninguno de los artículos del Código. Pero apenas se leen las nuevas normas propuestas se advierte que, salvo esa innecesaria modificación del número de los artículos, no se ha cambiado nada o casi nada. La redacción es idéntica al texto vigente, con alguna modificación particular que no vale la pena detallar en el marco de este trabajo.

Sin embargo sí aludiremos a la exclusión de lo establecido en el artículo 3946 por la ley 17.711, que concede al retenedor un verdadero “privilegio”. Concretamente el proyecto regula este problema al tratar los privilegios, en el artículo 3885, expresando que el retenedor tiene privilegio especial por su crédito, cuyo asiento es la cosa retenida. Creemos que fue positiva la reforma en este sentido, ya que el artículo 3946, que concedía al retenedor un verdadero privilegio, hacía que esta norma quedase “desubicada”.

Con relación a este proyecto remitimos a lo expresado en uno de nuestros trabajos⁸.

c. 6. Proyecto de nuevo Código civil y Comercial de 1998

Este Proyecto, elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia de la Nación, tenía el propósito de reemplazar de manera total los Códigos civil y de Comercio⁹.

Las propuestas que efectuaba en materia de derecho de retención se apartaban totalmente de la normativa vigente, incluso en el lenguaje jurídico empleado e incurría en errores de técnica legislativa, que hemos analizado en un trabajo al que remitimos para no extendernos excesivamente en este ensayo¹⁰.

d. Congresos Nacionales de Derecho Civil: origen y trascendencia de los Congresos que debatieron el tema del derecho de retención

Ya hemos dicho que los Congresos Nacionales de Derecho Civil fueron fruto de la iniciativa de la Universidad Nacional de Córdoba, como actividad científica que reúne a profesores, profesionales y especialistas en derecho civil de todo el país para debatir sobre los temas que ocupan a la doctrina nacional en los distintos momentos históricos en que cada Congreso tuvo lugar.

A más de 50 años del dictado del Código Civil argentino -en 1925, sobre la base de un proyecto presentado por el Dr. Arturo Orgaz, consejero de la Facultad de Derecho- se sanciona una ordenanza convocando al Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, que se reunió en mayo de 1927¹¹. Concurrieron representantes de las cuatro universidades que en esa época contaban con facultades de derecho, a saber: Buenos Aires, La Plata, el Litoral, y Córdoba como anfitriona. Las conclusiones del debate de los distintos temas tratados se plasmaron en las Actas

de este Primer Congreso, que contienen las propuestas de modificación que debían realizarse al Código Civil argentino según los prestigiosos juristas que participaron del certamen, que fue presidido por Enrique Martínez Paz.

El Segundo Congreso es convocado en 1937 nuevamente por la Universidad Nacional de Córdoba, como consecuencia de la presentación del Proyecto de reforma del Código Civil de 1936, a los fines de debatir su contenido y la conveniencia o no de las modificaciones adoptadas en el Proyecto, lo presidió Henocho D. Aguiar.

En el año 1961 tiene lugar el Tercer Congreso; nuevamente, y como siempre, a iniciativa de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue presidido por el Dr. Pedro León¹². Vale la pena resaltar que en esta oportunidad asisten profesores de las universidades de todo el país, tanto públicas (como en los anteriores) y también privadas (que antes no existían). Su objetivo es nuevamente analizar las modificaciones necesarias al Código Civil.

Finalmente, en el año 1969, recordando el centenario de la sanción del Código Civil argentino, tiene lugar el Cuarto Congreso, presidido por el Dr. José A. Buteler, con el objetivo de analizar las reformas que la ley 17.711 le había introducido, a poco más de un año de su vigencia.

La importancia de los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil es que ellos fueron el ámbito más adecuado para tratar las reformas que el Código de Vélez necesitaba. Allí se reunieron los más prestigiosos profesores especializados en la materia para trazar las líneas que nuestro derecho civil debía seguir. Los Congresos no sólo fueron un ámbito de estudio y debate sobre lo que se había hecho y lo que debía hacerse, sino que además marcaron la filosofía de las reformas y sus actas son el reflejo de 40 años de trabajo en tal sentido.

Volviendo al estudio de nuestro tema, el derecho de retención fue objeto de tratamiento en dos oportunidades, a saber: en el Segundo Congreso donde se debatió si debía subsistir o si debía ser sustituido por otra garantía; y luego en el Cuarto Congreso, donde se planteó el conflicto entre derecho de retención y privilegios, con motivo de las reformas que había introducido la ley 17.711. A continuación nos ocuparemos de desarrollar estos temas en concreto.

II. El derecho de retención en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil: ¿debe subsistir el derecho de retención o debe sustituirse por otra garantía?

En el año 1937 tiene lugar el Segundo Congreso, en el cuál se debatieron las reformas propuestas al Código por el Proyecto de 1936. En su temario se incluyó como tema N° XVIII el derecho de retención.

Debemos recordar que Bibiloni, en su Anteproyecto, modificaba el régimen del derecho de retención, inspirado principalmente en el Código alemán, alterando sustancialmente lo regulado por Vélez Sársfield, mientras que en el Proyecto de 1936, en parte se deja de lado lo propuesto por Bibiloni y en parte se lo recepta. En este marco, los profesores debaten en el Segundo Congreso si conviene la subsistencia del derecho de retención o si sería mejor sustituirlo por otra garantía.

La idea de sustitución del instituto nace de las críticas que recibió desde sus orígenes y que Bibiloni resalta con énfasis (en ellas fundamenta sus modificaciones al tema). En el discurso inaugural ya Novillo Corvalán comienza bregando por la abolición del derecho de retención, por considerarlo extorsivo, y negativo en cuanto no permite que el propietario ejerza efectivamente su derecho de propiedad ni tampoco habilita al retenedor a usar la cosa, quitándole por lo tanto del comercio durante el tiempo que se ejerce la retención¹³.

El despacho de la comisión se refiere por un lado a si debe o no subsistir el derecho de retención, y por otro si es posible que el propietario lo sustituya por una garantía, lo que lleva a cuestionarse qué tipo de garantía se aceptaría: si una real o personal. El despacho establece que a pesar de las críticas que merece el instituto, *“no cabe preconizar la supresión lisa y llana del derecho de retención, porque sería injusta y contraria a la prohibición del enriquecimiento sin*

causa”¹⁴. Y luego de analizar si conviene reemplazarlo por un privilegio, el despacho se inclina a favor de la subsistencia del derecho de retención, expresando: “*si la relación sintagmática existe, la retención parece justificarse por el principio del cumplimiento de buena fe de los contratos, que a su vez, genera la excepción de inexecución (non adimpleti contractus)... el derecho de retención no debe ser abolido porque puede ocasionar dificultades: se necesita sólo condicionarlo al interés general; adaptar su funcionamiento a una forma menos rígida, permitiendo al acreedor conservar su garantía sin el efectivo desapoderamiento del propietario*”¹⁵. Con este argumento justifican la sustitución del derecho de retención por una garantía *real* suficiente, en concordancia con la idea de Bibiloni quien, siguiendo al Código alemán, expresamente estableció que la sustitución podía tener lugar sólo si se ofrecía una garantía real y no una personal como la fianza, que no consideraba suficiente para resguardar el derecho del retenedor.

La comisión se pronuncia en contra de la eliminación del derecho de retención, y propone su flexibilización como lo establece el proyecto de 1936.

Esto significó un gran aporte al desarrollo del tema y, dado el peso que tienen las conclusiones de los congresos, ejerció fuerte influencia en pos del mantenimiento del derecho de retención.

En la actualidad, luego de la reforma de la ley 17.711 (tema que también se trató en el Cuarto Congreso pero lo mencionamos aquí por practicidad para darle un tratamiento completo al tema), que recogió la doctrina y jurisprudencia imperante, el artículo 3943 establece expresamente: “*el juez podrá autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente*”. Así se quiere evitar los posibles abusos del retenedor, asegurando –al mismo tiempo- que se cumplan las finalidades perseguidas por la propia ley al conceder la facultad de retener, es decir asegurando el cumplimiento real de la obligación, si ella existe.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que la reforma se limita a decir: garantía suficiente. Nosotros creemos que hubiera sido preferible seguir el camino trazado por Bibiloni en su Anteproyecto, estableciendo concretamente la limitación de las garantías que pueden ofrecerse en sustitución a dos hipótesis: garantías reales (que pueden recaer sobre la misma cosa objeto de la retención, sea prenda o hipoteca, según el tipo de bien de que se trate) o depósito a la orden del juez de la suma demandada, de manera que si en el juicio se condenara al presunto deudor al cumplimiento de la obligación, el retenedor no viese desaparecer las posibilidades de hacer efectivo su crédito.

A nuestro entender los jueces no deberían admitir la sustitución por una simple garantía personal, como la fianza, porque todos sabemos que la insolvencia del fiador puede muchas veces tornar ilusorio el cumplimiento de la obligación: las garantías personales no ofrecen la seguridad suficiente que debe requerir la ley¹⁶.

III. El derecho de retención en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil: el derecho de retención y los privilegios en la reforma de la ley 17.711

Este Congreso se convoca en miras al estudio de las reformas que la ley 17.711 había introducido al Código Civil Argentino. Así, se trató como tema N° 17 al “derecho de retención y los privilegios en la reforma”.

Este tema sin lugar a dudas, había preocupado a la doctrina de manera ininterrumpida en cuanto si el derecho de retención era un privilegio, o debía serlo -como ya en 1929 pregona Acuña Anzorena¹⁷- y la reforma tomaba las riendas en el asunto.

Consideramos que vale la pena hacer una breve reseña de la evolución del tema hasta su modificación por la ley 17.711 por la trascendencia del mismo.

Frente a la primitiva redacción que dio Dalmacio Vélez Sársfield al artículo 3946, que se limitaba a decir que “el derecho de retención no impide el ejercicio de los privilegios generales”, la mayoría de la doctrina nacional interpretaba que el ejercicio de la facultad de retener no engendraba un privilegio a favor del retenedor¹⁸.

El panorama varía a partir de los párrafos que la ley 17.711 agregó a esa norma, estableciendo una preferencia del retenedor sobre los privilegios especiales, si su ejercicio había comenzado “desde antes de nacer los créditos privilegiados”, ventaja que subsistía incluso “en caso de concurso o quiebra”¹⁹, lo que motivó que Llambías afirmase que de esta manera se había creado un “superprivilegio”²⁰, afirmación corroborada en alguna manera por el rango que el artículo 265 de la Ley de Concursos 19.551, fijó al retenedor dentro de los privilegios especiales, enumerándolo en primer inciso²¹.

Los textos agregados al artículo 3946 creaban problemas teóricos de interpretación, y problemas prácticos de aplicación que no podemos debatir en este momento, pero que es menester señalar. En primer lugar, al vincular la preferencia con el “tiempo de ejercicio” se vinculaba la retención con el derecho de prenda, lo que en alguna medida permitiría sostener que la ventaja concedida al retenedor no tenía relación con la “naturaleza” del crédito, que es lo propio de los privilegios y los hace funcionar independientemente de la época de su constitución. Cabía entonces preguntarse si se trataba realmente de un “privilegio”, o si era una “preferencia” asimilable a la que conceden los derechos reales de garantía. En el terreno de la práctica, a su vez, se hacía difícil determinar con precisión el momento en que efectivamente se comenzaba a ejercer la retención, para que funcionase la preferencia temporal²².

Finalmente, no es fácil coordinar adecuadamente las previsiones del artículo 3946 del Código Civil con las del inciso 1 del artículo 265 de la Ley de Concursos.

Pareciera, sin embargo, que una exigencia metodológica exige que el estudio de los conflictos que se plantean entre las distintas preferencias que acuerdan los derechos reales de garantía, y los privilegios anexos a algunos créditos, debe efectuarse en el Título I de la Sección Segunda del Libro Cuarto, Sección destinada por nuestro codificador a la “conurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común”, y cuyo Título I es el que resuelve la colocación que debe darse tanto a los créditos privilegiados, como a los que gozan de una garantía real. Parece correcto que como lo hiciera el Proyecto de Unificación de 1987 se derogue el artículo 3946 del Código Civil, y los artículos 265 a 274 de la Ley de Concursos 19.551, para reelaborar en conjunto, de manera unificada, dentro del título que se destina a los privilegios, los conflictos que se plantean entre los distintos créditos que gozan de preferencia.

Ahora bien, volviendo al tratamiento del tema en el Cuarto Congreso, presentaron ponencias los Dres. Jorge Joaquín Llambías, Alberto D. Molinario, Luis Moisset de Espanés y Horacio S. Cáceres y Francisco Quintana Ferreyra.

La mayoría de las ponencias (salvo la de Moisset de Espanés y Cáceres) son contrarias a la reforma introducida en torno al derecho de retención y los privilegios, ya que consideran los autores: que el mismo “no debe obstar al ejercicio de los privilegios generales o especiales”²³; que “el art. 3946 importa la coexistencia de dos normas contradictorias entres sí”, por otro lado que “el derecho de retención es un derecho real de garantía y ... no puede ser nunca equiparado a un privilegio” y “que los privilegios especiales deben prevalecer al derecho de retención”²⁴; y finalmente que “el último párrafo del art. 3946 en cuanto dispone que el derecho de retención subsiste en caso de concurso o quiebra, atenta contra los principios que fundamentan la institución de la quiebra, especialmente el de la igualdad en el tratamiento de los acreedores”²⁵. Por su parte los autores a favor de la reforma instrumentada respecto al tema que tratamos entienden que la misma es “acertada, en cuanto consagra la preferencia que el derecho de retención tiene sobre los privilegios especiales, tal como lo había reconocido la doctrina y la jurisprudencia”, que “no existe contradicción entre los párrafos del art. 3946, pues... no altera en lo más mínimo el rango que a cada privilegio pudiese corresponderle de acuerdo al sistema de la ley” y por último agregan que “el art. 3946 crea un verdadero privilegio a favor del retenedor, que prevalece sobre los privilegios especiales nacidos con posterioridad al derecho de retención, resulta de particular interés determinar en qué momentos nace ese derecho”²⁶.

En igual sentido se expide Mercader: “*la reforma no ha pretendido, sin dudas, alterar el orden o graduación general de los privilegios...pero gracias a unas fórmulas de legislación muy poco afortunadas, se producen varias confusiones y se encuentra el intérprete frente a los galimatías a que aludimos antes*” y en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de retención agregan que “*el nuevo art. 3946 no convierte al derecho de retención en un privilegio. Consiste*

en una preferencia de mucha importancia con relación a ciertos créditos, que subsiste aun en caso de concurso o quiebre, pero no por eso presenta los caracteres propios del privilegio”²⁷.

En definitiva, el Cuarto Congreso de alguna manera sirvió de foro donde se debatió por primera vez la reforma introducida al derecho de retención, del cuál se derivaron posteriores planteos, críticas e interpretaciones a aquellos. Pues bien nos pareció importante extendernos en este tema, por la trascendencia del mismo y las consecuencias que de él se derivan.

IV. Aportes que los Congresos Nacionales de derecho Civil realizaron al instituto del derecho de retención en la doctrina nacional

Sin lugar a dudas, debemos comenzar diciendo que los aportes que el Segundo y el Cuarto Congreso brindaron al tema en estudio son sumamente trascendentes. Como expresamos al comenzar, los congresos tuvieron y tienen la importancia de haber sido y ser el seno de los debates sobre los problemas de derecho privado que preocupan a la doctrina nacional. Son los “laboratorios científicos” donde los profesores más prestigiosos del país se reúnen para presentar sus teorías, ideas u opiniones; donde las examinan y debaten hasta el cansancio para llegar a la conclusión que mejor se adapte al sistema legal argentino. Por otro lado, hay que destacar que estas conclusiones tienen gran validez: porque no sólo expresan la situación en la que se encuentra el derecho privado nacional en los distintos momentos históricos (en que cada congreso tuvo lugar), sino que también, sus actas y conclusiones sirven de sustento y estructura para fundamentar las modificaciones que del Código se hicieron y puedan hacerse. Indiscutiblemente, es un aporte doctrinal de avanzada que debe ser aprovechado al máximo por todos los operadores jurídicos.

En lo que respecta al derecho de retención, al ser un tema que desde su regulación, a nivel tanto nacional como internacional, generó críticas y posiciones encontradas, los Congresos sirvieron de marco para su tratamiento en el sentido de poder avanzar y justificar la existencia de este instituto así como también sus características y efectos.

Concretamente, el Segundo Congreso debatió sobre si debía o no subsistir el derecho de retención, y con un despacho favorable al que arribó la comisión se logró poner de manifiesto que la mayoría de los expertos nacionales en el tema querían y justificaban su existencia. Así se logró que el derecho de retención sobreviviera hasta la actualidad, adaptado a las circunstancias y cambios sociales, económicos y culturales, a pesar de las reformas legislativas que sobre el Código de Vélez Sársfield se realizaron.

Por otro lado, en el Cuarto Congreso se discutió nada más y nada menos que sobre el arduo tema de la relación del derecho de retención con los privilegios tras la reforma de la ley 17.711, que a pesar de presentar posiciones encontradas sobre el tema, sirvieron para interpretar la reforma en el mejor sentido posible.

NOTAS:

¹ LUIS MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones*, Buenos Aires, Zavallía, 2004, t. II, pág.135.

² *Actas del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1937, pág. 18. Las Actas de los cuatro Congresos nacionales de Derecho Civil pueden ser consultadas en la sección Biblioteca virtual, de la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: En adelante citaremos estas publicaciones por el número de Congreso.

³ La nota original de Dn. Dalmacio Vélez, al mencionar el trabajo de Rauter, cita el año 1842. Segovia, con su prolijidad habitual, al anotar el entonces art. 3941, señala: “léase 1841, tomo 8º”, y en las ediciones modernas del Código la nota al actual artículo 3939 se publica con esa corrección, que se introdujo en la edición oficial que se publicó después de la llamada “Ley de Fe de Erratas”. Impulsados por la curiosidad hemos consultado la biblioteca del Codificador, que fuera donada por sus hijos a la Universidad Nacional de Córdoba, y que se conserva, junto con los manuscritos originales del Código, en el templete que por disposición del rector Dr. Sofanor Novillo Corvalán se erigió en la Biblioteca Mayor. Allí comprobamos que Segovia tenía razón, y que el error se origina en el hecho de que al encuadernar esas revistas, en el lomo se ha puesto en letras doradas “1842” eran las correspondientes al año

1841, y viceversa (ver nuestro “Vélez Sársfield, el derecho de retención y un error de encuadernación”, Libro del Bicentenario, Córdoba, Advocatus, 2000, y en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba).

⁴ Juan Antonio BIBILONI, *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1929, II, pág. 313.

⁵ Luis LEIVA FERNÁNDEZ, *Derecho de retención*, Buenos Aires, Astrea, 1991, pág. 67.

⁶ *Reforma del Código Civil. Antecedentes. Informe. Proyecto*, Buenos Aires, Kraft, 1936, pág. 93.

(7) Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1972, t. I, págs. 903 y 904.

⁸ Ver Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Derecho de retención y el Proyecto de Unificación de 1988*, <http://www.acaderc.org.ar>

⁹ Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

¹⁰ Ver nuestro “Técnica Legislativa y retención”, *Actualidad Jurídica*, t. 92, julio 2001, p. 51.

¹¹ Ver “Primer Congreso...” en “Biblioteca virtual”, <http://www.acaderc.org.ar>.

¹² Señalamos, de paso, que Pedro León fue el único jurista que participó en los cuatro Congresos Nacionales de Derecho civil.

¹³ Ver *supra* los párrafos de su discurso que hemos transcripto.

¹⁴ “Segundo Congreso...”, Córdoba, 1937, pág. 323.

¹⁵ Obra citada, págs. 323/4.

¹⁶ Ver Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones*, Buenos Aires, Zavalía, 2004, Tomo II, pág. 149 y ss.

¹⁷ Arturo ACUÑA ANZORENA, *El derecho de retención en el Código Civil*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1929, pág. 239.

¹⁸ Ver anotaciones de ARGANARÁS, en Raymundo M. SALVAT, *Derechos reales*, 4ª ed., Buenos Aires, TEA, 1960, N° 3092-b, pág. 753, donde nos dice: “El derecho de retención no engendra privilegio alguno en favor del retenedor; el *jus preferendi* está ausente en esta figura”. En sentido similar se expiden Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil, Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1967, t. I, N° 707, p. 829; y Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho civil argentino - Obligaciones*, 2ª Edición., Perrot, Buenos Aires, 1967, N° 367 in fine, p. 284, aunque este autor matiza su opinión afirmando que “*aunque el derecho de retención no constituya en rigor un privilegio, funciona en la práctica como tal, al conceder al retenedor un recurso para ser pagado antes que otros acreedores*”. Otros autores, en cambio, consideran que el derecho de retención importa una causa legítima de preferencia (ver Lisandro SEGOVIA, *El Código civil de la República Argentina*, t. II, nota 34 al art. 3888).

¹⁹ Después de estas reformas ya no puede dudarse que se concede una preferencia, aunque podrá sin embargo discutirse si es un verdadero privilegio, o si se funda en la voluntad de las partes y se asimila por ello más a la preferencia que concede el derecho real de prenda.

²⁰ Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Estudio de la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, J.A., 1969, p. 332 y ss. El maestro porteño criticó muy duramente la solución adoptada por la Reforma de 1968. También criticó esta reforma el Dr. Alberto D. MOLINARIO, en ponencia presentada al Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (ver “Cuarto Congreso...”, Univ. Nacional de Córdoba, t. II, 1971, pág. 737 y ss.).

²¹ En esa norma no se hace ninguna referencia a la limitación temporal, para conceder preferencia al derecho de retención sobre otros créditos privilegiados. Creemos, sin embargo, que estaba implícita la remisión a las condiciones generales establecidas en el art. 3946 C.C..

²² Por tal motivo el Dr. Luis Moisset de Espanés presentó, juntamente con el Dr. Horacio CÁCERES, una ponencia al Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (ver “Cuarto Congreso...”, t. II, p. 742), que mereció la adhesión del Prof. Adolfo N. VILLANUEVA (ver Actas, t. II, p. 742).

²³ Jorge Joaquín LLAMBIAS, “Cuarto Congreso...”, t. II, pág. 736.

²⁴ Alberto D. MOLINARIO, “Cuarto Congreso...”, t. II, pág. 738 y ss.

²⁵ Francisco QUINTANA FERREYRA, “Cuarto Congreso...”, t. II, pág. 743.

²⁶ Luis MOISSET DE ESPANÉS y Horacio S. CÁCERES, “Cuarto Congreso...”, t. II, pág. 742.

²⁷ Miguel MERCADER, “El derecho de retención y los privilegios”, en *Examen y crítica de la reforma del Código Civil, Obligaciones*, Editora Platense, 1974, t. II, págs. 266 y 271. Ver también en igual sentido Luis LEIVA FERNÁNDEZ, *Derecho de retención*, Buenos Aires, Astrea, 1991, pág. 153.

OFERTA DE CONTRATO. FUERZA OBLIGATORIA

por RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO

SUMARIO: 1. Noción. 2. Naturaleza de la oferta. 3. Requisitos. 4. Ofertas al público. 5. Remates y subastas judiciales. 6. Premio por el hallazgo (art. 2536). 7. Ley del consumidor. 8. La fuerza vinculante de la oferta. 9. La declaración del IV Congreso de Derecho Civil.

1. Noción

El consentimiento que viene del latín “*cum sentire*” significa un sentimiento común, y constituye el alma del contrato.

Para arribar a ese resultado siempre se realizan en forma gradual y concretan una serie de actos que son, como señala Castán, los “preliminares del contrato”¹.

Y esos primarios movimientos están integrados por conversaciones, tratos, acercamientos, o actos previos. De esa manera aparecen en diferentes escenas la propuesta, la oferta o la policitud².

Uno de esos primeros pasos para conseguir que se concrete un contrato es la “oferta” de una de las partes, y ese es el tema que ocupa la atención en este ensayo.

La oferta consiste en una manifestación unilateral de la voluntad que tiene como finalidad conseguir que otro acepte para concluir con el negocio³.

2. Naturaleza de la oferta

El estudio de la esencia de la propia oferta tiene un cierto grado de conceptualización, y su análisis oscila en el distinguo entre: el acto negocial, el simple acto jurídico, o bien entender que se trata de un acto prenegocial.

Si toda manifestación de voluntad que tiene como fin inmediato y directo la producción de un efecto jurídico, tiene el carácter de ser considerado un negocio jurídico, no es extraño pensar que la oferta constituye un buen ejemplo⁴.

Es posible señalar que para esta corriente de opinión el negocio está siempre fundado en la voluntad, y carece de parentesco o similitud con la tesis preceptiva. La oferta, al igual que la aceptación, tiene igual naturaleza y ambos llevan como finalidad formar el contrato.

Para algunos autores, como Mirabelli entre los juristas italianos, entienden que la oferta tiene la jerarquía menor de ser un acto jurídico no negocial. Y ello porque no alcanza a la producción inmediata de los efectos jurídicos, y tiene como logro obtener un fin esencialmente práctico y propedéutico⁵.

Y por último puedo señalar que, una idea bastante acertada en mi modesto parecer, es aquella que piensa que la oferta y, también la aceptación, son elementos formativos del contrato y por ello “actos prenegociales”.

Es que el nacimiento de la conformidad o a mejor decir el “*idem placitum consensus*” es el final del desarrollo del iter negocial, y la oferta es un escalón para arribar a ese resultado. Como enseña Santoro Passarelli, la declaración de la oferta no constituye negocio jurídico, sino un elemento del propio negocio. Agrega que dicha declaración no constituye por sí un negocio jurídico, pero sí elemento de un solo negocio y puede considerarse como un acto prenegocial⁶.

3. Requisitos

Como todo instituto jurídico la oferta debe sumar una serie de requisitos para tener ese carácter y producir los efectos correspondientes. Si bien no hay pensamiento uniforme sobre el número y sus características, se ha sostenido que dichos requisitos son los que se indican: a) ser completa o autosuficiente; b) contener la intención de obligarse y c) dirigida a persona determinada o determinable.

a. Completa o autosuficiente

La oferta debe contener todos los elementos esenciales negociales que permitan identificar al contrato que se pretende realizar, de tal modo que la aceptación por parte del destinatario perfeccione el acuerdo ⁷.

Está previsto en el art. 1148 del Cód. Civil que preceptúa: “Para que haya promesa esta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos”. Es en el segundo párrafo del artículo el que hace referencia al tema en tratamiento.

Esto constituye la autosuficiencia que exige la propuesta del contrato, aunque es posible señalar que a veces no todos los elementos esenciales se encuentran bien determinados, pues es posible, fijando cierto límites, dejar la fijación de alguno de ellos a la voluntad del aceptante o de un tercero ⁸.

Es un buen ejemplo el art. 14 de la Convención de Viena sobre el Contrato internacional de compraventa de mercaderías que señala que la propuesta contractual debe ser suficientemente precisa e indicar la intención del oferente en quedar obligado.

Lo mismo en el art. 2.2 de “Unidroit” (Principles of international Commercial Contracts) dispone: una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación” ⁹.

Entre nosotros y en el contrato de compraventa si bien el “precio” resulta ser un elemento esencial, se indica en el art. 1354 del Cód. Civil, y en el art. 458 del Cód. de Comercio que cuando la cosa es entregada al comprador el precio será el corriente en el lugar de entrega ¹⁰.

b. Intención de obligarse

La oferta suma como requisito que debe ser emitida con la firme intención de obligarse el oferente, y de esa forma resulta vinculante ¹¹.

Aclara bien Alterini: “Es de interés señalar que el propio declarante puede despojar a su propuesta del carácter vinculante que la convierte en oferta, si lo manifiesta de modo expreso, como cuando adiciona las cláusulas “sin compromiso”, “sujeta a confirmación”, u otras análogas” ¹².

Lo cierto es que la manifestación de la voluntad es un acto de exteriorización del querer interior. Esa manifestación tiene como objetivo hacer conocer la voluntad a otros individuos; por ello, como afirma Messineo: “El elemento fundamental del negocio jurídico es la declaración de voluntad, lo que presupone que existe una voluntad como sustrato de la declaración, teniendo esa declaración valor instrumental respecto a la voluntad” ¹³.

Es por ello que en las incoincidencias conscientes entre la voluntad real y la declarada nunca se producen los efectos jurídicos previstos. Así se señala que la oferta emitida sin seriedad o en sorna (*iocandi causa*), sin intención de engañar con el solo fin de realizar un juego o una broma, o con finalidad didáctica, o en hipótesis de escuela, o actuaciones teatrales, falta la intención de vincularse y el acto resulta ineficaz y por lo tanto carece de efectos jurídicos ¹⁴.

c. Dirigida a persona determinada o determinable

El art. 1148 que fuera transcripto antes dice que la oferta debe ser dirigida a “persona o personas determinadas” que, si bien pareciera una cuestión sencilla, ya que puede entenderse como que debe ser destinada a alguien que se identifica previamente, ha dado lugar a una serie de interrogantes nada simples de elucidar.

No existe ningún género de duda que, en un ejemplo demasiado explícito, si la oferta tiene como destinatario al Sr. Nicasio Zaragoza que vive en la calle Lozano N° 23 de Adrogué, Provincia de Buenos Aires, se cumple estrictamente con el precepto legal y la oferta llena el requisito no generando problemas interpretativos¹⁵.

El tema se plantea con relación a las ofertas dirigidas a personas indeterminadas o determinables que al momento de su emisión se desconocen.

En nuestra doctrina y también en la extranjera suscita dos posiciones bien definidas. Algunos autores entienden, con buenas razones, que la oferta debe tener como contenido la determinación del sujeto hacia quién se envía, y por lo tanto las meras ofertas en general o no individualizadas no integran ese concepto siendo por lo tanto meras “invitaciones a ofertar”.

Otros juristas que, aparecen en un considerable número, piensan que la indeterminación provisional no impide el efecto propio de la propuesta, y por lo tanto su aceptación hace nacer al contrato. Por ejemplo Borda dice: *“Equivale a personas determinadas las determinables por un procedimiento claro establecido en la oferta”*. Por su parte ya antes, Segovia sostenía: *“Para que la oferta obligue al promitente, no es necesario que se la formule a persona determinada, basta con que ésta sea determinable”*. Y más recientemente Aparicio considera: *“Cabe interpretar que cuando la ley prescribe que la oferta debe ser hecha a persona o personas determinadas, en puridad de concepto está exigiendo la posibilidad de determinación de su destinatario, la que existe no sólo cuando está individualizado, sino también cuando media un procedimiento que lo torna determinable”*¹⁶.

Me permito coincidir con la primera de las posturas señaladas. A mi modesto entender la “oferta” sólo es tal cuando se dirige y va hacia una persona perfectamente determinada “a priori”; diferente es la situación de las propuestas que tienen el colorido de ser meras invitaciones a ofertar, y admiten que todos puedan ante esa invitación realizar ofrecimientos¹⁷.

Esta idea está reafirmada por lo que dispone el art. 454 del Cód. de Comercio que indica: “Las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto o en una circular no obligan al que las ha hecho”.

Como dato interesante la Convención de Viena en el art. 14, contiene un criterio intermedio. No es vinculante la propuesta dirigida a personas indeterminadas sin ninguna aclaración ni invitación a aceptar, como se puede ver en el caso de las publicaciones con fines de propaganda. En cambio obligan las dirigidas a personas determinadas, o a grupos determinados, o sociedades irregulares, o grupos de negocios, etc.¹⁸.

Un caso curioso y que merece algún detenimiento es el de la comunicación mediante “mailing” ya que va dirigida a un número de personas determinadas por su nominación pero con algún grado de incertidumbre pues forman parte de un conjunto. Allí es necesario diferenciar al “mailing” con sólo carácter publicitario que no obliga, del que tiene como finalidad la propia oferta¹⁹.

De todos modos la cuestión adquiere características curiosas y que hacen a la vida de los negocios cuando aparecen situaciones jurídicas interesantes, como en los casos de las ofertas de los comerciantes al público, los remates, el premio del hallazgo, y las previsiones de la ley de consumidores.

4. Ofertas al público

Algunos autores ya clásicos en la doctrina nacional entienden que en los casos de ofrecimientos hechos por los comerciantes para la venta de la mercadería que se exhibe en escaparates, en remates públicos, a viva voz, o mediante otras formas más modernas, la indeterminación del sujeto destinatario resulta ser provisional, hasta que se produce la aceptación.

Se trata de supuestos donde existe una indeterminación casi absoluta de los sujetos aceptantes potenciales, es decir los futuros compradores. Son casos denominados “*in incertam personam*”.

Esta idea amplia sobre la validez de la oferta sin determinación del sujeto destinatario fue en principio sostenida por Segovia, y seguida por Salvat, Acuña Anzorena y Spota²⁰.

En el derecho francés también se sigue esta idea, ya que por ejemplo Ghestin considera que es válida la oferta dirigida a un número indeterminado de personas, ya que va hacia todos los interesados. Cita en apoyo, un fallo de la Corte de Casación francesa donde se indica, “*L’offre faite au public lie le pollicitant à l’égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l’offre à personne déterminée*”²¹.

Otros autores, con criterio más rígido y ajustado a la propia letra de la ley (art. 1148), entienden que la oferta siempre debe tener como objetivo un sujeto determinado y a él debe dirigirse. Estas serían -como ya expresé- meras invitaciones a ofertar, es decir “*invitatio ad offerendum*”, donde el ofertante es el adquirente de los objetos, y el aceptante el comerciante vendedor²².

5. Remates y subastas judiciales

En los remates o subastas públicas el adquirente de los objetos ofertados en venta, lo es al mejor postor. Estas ventas se realizan por iniciativa privada o por orden judicial, en lugares determinados y por personas autorizadas legalmente para su realización, como son los “martilleros públicos”.

El régimen es conocido y en el caso de las subastas se encuentra regulados en los códigos de procedimientos civiles y comerciales; es un tema mas propio del derecho comercial que del civil, y su naturaleza gira en derredor de una especie de pollicitatio o una “invitación a ofrecer”²³.

La cuestión jurídica se asimila al caso anterior y las opiniones de los autores como sus soluciones deben ser adecuadas a lo ya dicho.

6. Premio por el hallazgo (art. 2536)

También tratando de sumar ejemplos de ofertas a personas indeterminadas en su génesis, se acerca lo previsto en el art. 2536 que consagra el supuesto de recompensas por objetos extraviados y mas luego encontrados. Ello está regido en el citado artículo que dice: “... Si el dueño hubiese ofrecido recompensa por el hallazgo, el que la halló puede elegir entre el premio del hallazgo que el juez regulase y la recompensa ofrecida”²⁴.

Este es uno de los supuestos que se indica como posible ejemplo de la “declaración unilateral de la voluntad”, es decir una figura similar al contrato que produce y es fuente de las obligaciones con cierta autonomía²⁵.

La mencionada constituye una temática controvertida, pero en cuanto a su relación con la oferta al persona sin determinación originaria, considero que no es un buen ejemplo. La revocación de la promesa en principio no da lugar al resarcimiento de los daños, salvo que alguien realice gastos o erogaciones en razón de ese anuncio, pero aun si concluyó determinados actos no hay posibilidad de acercarlo al contrato²⁶.

7. Ley del consumidor

La ley 24.240 que fuera parcialmente modificada por la ley 26.361, en el art. 7 dispone: “La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados obliga a quien la emite...”. Por lo cual es posible ver una excepción legislativa a la regla prevista en el art. 1148 del Código Civil²⁷.

Implica que lo indicado por el comerciante en cuanto al tiempo de su mantenimiento, cantidad de mercadería a ser enajenada, la forma de pago, resultan ser condiciones válidas y la sola aceptación por parte del consumidor, en forma expresa o tácita, perfeccionan el contrato.

8. La fuerza vinculante de la oferta

La cualidad de hacer obligatoria a la oferta se une a un problema que viene de vieja data, y es si el ofertante debe mantenerla durante un tiempo, o bien tiene la facultad absoluta de revocarla “*ad nutum*”²⁸.

Esto claro está, cuando se trate de ofertas simples que no contienen un término previsto de vigencia, o la renuncia a su retiro.

Los códigos modernos y por la inspiración brindada en el Código Civil alemán (B.G.B.) (párrafo 145), consideran que la simple declaración de una persona crea por si misma una especie de responsabilidad consiguiente y futuro vínculo obligatorio, y su revocación sólo resulta procedente después de un cierto término²⁹.

Asimismo se ha indicado que por aplicación del principio de la buena fe y en virtud de las relaciones nacidas de la confianza, aun cuando no se hubiera señalado un término de vigencia, la oferta suma el carácter de irrevocable. De esa manera se expide el art. 16 de la Convención de Viena, que le da carácter de irrevocable a la oferta cuando suscita en el destinatario “una fundada confianza en lo irrevocable de la oferta”.

Esta cuestión se une a las reglas de interpretación que tiende a proteger a todos aquellos que tienen fe en la situación creada por el propio proponente, de acuerdo a reglas generales de hermenéutica, y conforme a comportamientos de orden objetivo y general³⁰.

El tema tiene sus aristas complejas ya que los efectos de una revocación de la oferta pueden oscilar entre pensar en un supuesto de responsabilidad precontractual, o bien considerar que la oferta es irrevocable y ante la aceptación tardía, se produce y concreta un verdadero contrato³¹.

El Código Civil argentino, siguiendo las aguas del derecho francés, establece en el art. 1150 lo siguiente: “Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado a hacerlas a permanecer en ellas hasta una época determinada”.

Es el sistema romano que a su vez siguió el derecho francés y receptó el Código Civil argentino. Esta posibilidad de amplia libertad tiene como límites: que el destinatario no haya remitido con anterioridad su aceptación, o bien que el autor de la oferta haya renunciado a la facultad de retractarse o se obligó a mantenerla por un determinado tiempo³².

En el derecho comparado algunos autores distinguen entre el “retiro” de la oferta de su “retractación”. Se indica que el retiro que se concreta mediante una declaración unilateral de la voluntad y debe realizarse con anterioridad a la recepción por parte del destinatario. En cambio la revocación ocurre siempre con posterioridad a ese tiempo, pero antes de su aceptación³³.

La diferenciación que aparece como inocente y aparentemente sin efectos, tiene su virtualidad en los supuestos de “ofertas irrevocables” ya que en tal supuesto no pueden revocarse en el tiempo que fijó el oferente, en cambio podrían ser retiradas antes de su recepción. En ese sentir la Convención de Viena (art. 15-2) declara expresamente: “la oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada”³⁴.

9. La declaración del IV Congreso de Derecho Civil

El IV Congreso de Derecho Civil sobre “La interpretación del derecho vigente”, de lege lata, y sobre el tema, propuso, “ La fuerza obligatoria de la oferta de contrato”, recomendó:... B) El segundo de los supuestos de la parte segunda del art. 1150 (renuncia sine die a la facultad de retirar la oferta) debe interpretarse en el sentido de que la oferta se mantiene en el lapso durante el cual puede esperarse la llegada a conocimiento del proponente de la aceptación remitida en tiempo y regularmente. C) Existiendo plazo, la retractación de la oferta carece de eficacia y la aceptación producida dentro de ese término sirve para formar el contrato. D) La aceptación que obsta a la revocación de la oferta (art. 1150) primera parte, es aquella que ha sido remitida al proponente conforme a lo establecido en el art. 1154 del Cód. Civil (contrato entre ausentes). F) La oferta irrevocable (art. 1150 segunda parte) subsiste, no caduca en caso de muerte o incapacidad del proponente, salvo que de la misma pueda inferirse lo contrario. G) la facultad de revocar la oferta tiene sus límites en los principios de la buena fe (art. 1198), y el ejercicio regular de los derechos (art. 1071); la responsabilidad que de la revocación podría derivarse, debe ser ampliamente acogida por la jurisprudencia”.

NOTAS:

¹ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 12ª ed., revisada y puesta al día por don Gabriel GARCÍA CANTERO, Madrid, Reus, 1978, t. III, pág. 568. Carlos CUADRADO PÉREZ, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Bologna Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, Estudia Albornotiana, pág. 33. Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, 4ª ed., Barcelona, Bosch, 1977, t. II, v. I, pág. 385 y ss.. Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, 3ª ed., Buenos Aires Perrot, 1971, t. II, pág. 147, N° 1201. Alberto G. SPOTA, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1974, v. I, pág. 260, N° 173. Jorge MOSSET ITURRASPE - Miguel A. PIEDECASAS, *Código civil comentado. Contratos parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 77. Eduardo GREGORINI CLUSELLAS *Derecho de los contratos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, v. I, pág. 433, N° 78.

² Atilio A. ALTERINI, *Contratos, civiles, comerciales, de consumo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 325, y ss.. Enseña que los contratos pueden tener una formación inmediata o una formación continuada. En el primer caso uno realiza la oferta y la parte la acepta, de esa manera el contrato queda concluido. Aclara que la formación continuada (*pas à pas*) que suele darse en los contratos discrecionales es más compleja. Juan Carlos MENÉNDEZ MATOS, *La oferta contractual*, Madrid, Aranzadi, 1998, pág. 37.

³ BORDA, *Trat. Obligaciones*, cit., t. II, pág. 147, N° 1201, define a la oferta como “Una proposición unilateral que una persona dirige a otra para celebrar un contrato”. CUADRADO PÉREZ, *Oferta, aceptación...*, cit., pág. 77 dice que es: “Una declaración unilateral de la voluntad con carácter recepticio que emite una de las partes (oferente) para proponer a otra u otras la conclusión de un contrato, en al que se contienen los elementos esenciales del mismo”. Y Atilio A. ALTERINI, *Contratos, civiles, comerciales, de consumo*, cit., pág. 268, enseña que la oferta es: “Un acto jurídico unilateral y recepticio que tiene por finalidad la formación de un contrato”. Jorge MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1978, pág. 98 y ss.. Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, t. I, pág. 283, N° 14. Marcel PLANIOL - Georges RIPERT - Paul ESMEIN, *Tratado práctico de derecho civil francés*, La Habana, Ed. Cultural, 1940, trad. Mario Díaz Cruz, con la colaboración de Eduardo Le Riverend Brusone, t. VI, pág. 170, N° 192. Philippe MALAURIE - Laurent AYNÉS, *Les obligations*, 10^{ème} ed., Paris, Cujas, 1999/ 2000, pág. 227, N° 230.

⁴ Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte general*, 3ª ed., Buenos Aires, Zavalía, 1984, vol. I, pág. 111. Emilio BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Ed. R.D.P., trad. Martín Pérez, pág. 51. Francesco GALGANO, “Il negozio giuridico”, en *Trattato de diritto civile e commerciale*, dirig. A. Cicu – F. Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Milano, Giuffrè, 1988, pág. 6. Nicola COVIELLO, *Doctrinas generales del derecho civil*, Uthea, México, 1938, trad. de Felipe de J. Tena, pág. 343. Roberto DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Reus, 1931, trad. SERRANO SUÑER y José SANTA CRUZ TEJEIRO, t. I, pág. 250. Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas (reimpresión), 1985, pág. 21. Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 68. Aurelio CANDIÁN, *Instituciones de derecho privado*, México, Uthea, 1961, trad. Blanca P.L. de Caballero, revisión de A.P. Leone, pág. 240.

⁵ Sobre el concepto de “acto jurídico no negocial”, Andreas VON TUHR, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1948, trad. Tito Rava, t. II, v. I, pág. 117. Luigi CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956, trad. Manuel Albaladejo, pág. 27, N° 10. Renato SCONAMIGLIO, *Contributto alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, Ed. Jovene, 1969, pág. 161, N° 73.

⁶ Francesco SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales del Derecho civil*, trad. A. Luna Serrano, Madrid, ed. R.D.P., 1964, pág. 258. MENÉNDEZ MATO, *La oferta de contrato*, cit., pág. 36. Paolo FRANCESCHELLI, *Il contratto in generale*, Rep. de San Marino, Magioli, 2007, pág. 86, sostiene: "... Per la precisione si tratterebbe di atti prenegoziali: atti che sarebbero quasi una via de mezo fra gli atti giuridici in stretto e i negozi giuridici...". Massimo BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2000, t. III, pág. 221, N° 102, se muestra crítico con la tesis del acto "prenegocial". Dice que, tanto la oferta como la aceptación son "dichiarazioni che integrano il contratto in formazione: sono quindi dichiarazioni contratuallli".

⁷ Juan APARICIO, *Contratos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, v. I, pág. 234, N° 206. BORDA, *Trat. Obligaciones*, cit., t. II, págs. 150-151, N° 1202. SPOTA, *Inst. Contratos*, cit., t. I, pág. 265, N° 178. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit., pág. 99.

⁸ Renato SCONAMIGLIO, en *Comentario del Codice civile*, a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, Bologna-Roma, Ed. Zanichelli, 1979, pág. 89. SPOTA, *Inst. Contratos*, cit., t. I, pág. 266, N° 178, dice "Es suficiente que la oferta contenga las cláusulas significativas o puntos esenciales con arreglo a la clase general de los negocios de que se trate o con arreglo a la voluntad cognoscible del oferente. Por ejemplo una oferta de venta debe llevar consigo la designación de las mercaderías y de un precio determinado o susceptible de determinación por algún medio (cotización en la bolsa, precio de mercado, etc)". Por su parte el art. 1349 del "Codice civile" Italiano de 1942, establece, "Determinazione dell'oggetto. Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo é non risulta che le parte vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo debe procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la terminazione è fatta dal giudice. La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e la parte non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo. Nel determinare la prestazione il terzo debe tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento".

⁹ DE CUEVILLAS MATOZZI, "El concepto de oferta contractual en el comercio internacional. Un análisis de los principios de UNIDROIT desde la perspectiva del Derecho privado español", en A.D.C. 1999-1430. El art. 14 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, dispone, "La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o a varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías, expresa o tácitamente señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlo".

¹⁰ Roberto H. BREBBIA, "La compraventa y la fijación del precio", en *Instituciones de Derecho civil*, Rosario, Iuris, t. I, pág. 348. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, cit. Parte Especial, t. II, pág. 77. Raymundo SALVAT - Arturo ACUÑA ANZORENA, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones. Contratos*, 2ª ed., Buenos Aires, TEA, 1957, t. I, p.302, N° 431. Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Contrato de compraventa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pág. 109.

¹¹ MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit., pág. 99. CASTÁN, *Derecho civil*, cit., t. III, pág. 578. Francesco GALGANO, *Diritto privato*, 7ª ed., Padova Cedam, 1992, pág. 221. APARICIO, *Contratos*, cit., t. I, pág. 238. DIEZ PICAZO, *Fundamentos*, cit., t. I, pág. 283, N° 14.

¹² ALTERINI, *Contratos*, cit., págs. 270/ 271.

¹³ Francesco MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, EJEA, Buenos Aires, trad. S. Sentís Melendo, t. II, pág. 359. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bologna Publicaciones del Real Colegio de España, "Studia Albornotiana", 1988, pág. 448. Hechos y actos jurídicos, Roberto H. BREBBIA, Buenos Aires, Astrea, 1979, t. I, pág. 195.

¹⁴ Antonio DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de derecho civil. Parte general y contratos*, Madrid, Alianza Universidad, 1977, t. I, pág. 150. Manuel GARCÍA AMIGO, *Instituciones de derecho civil*, R.D.P., Madrid 1979, pág. 679. R.H.COMPAGNUCCI DE CASO, *El neg. jurídico*, cit, pág. 133. SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales...*, cit., pág. 172. COVIELLO, *Doctrina*, cit., pág. 117, N° 401.

¹⁵ Jorge E. LAVALLE COBO, *Cód. civil y leyes complementarias anotado*, director, Augusto C. Belluscio, coordinador Eduardo Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. V, pág. 758. Francois TERRÉ - Philippe SIMLER - Ives LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 7^{ème}, Paris, Dalloz, 1999, pág. 110, N° 108, dicen, "L'offre peut être adressé à une ou plusieurs personnes déterminées". José Olegario MACHADO, *Exposición y comentario del Código civil argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, Lajouane, 1915, t. III, pág. 446. José PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho civil*, 2ª ed., Barcelona Bosch, 1978, t. II, vol. I (doctrina general del contrato), pág. 179.

¹⁶ Lisandro SEGOVIA, *El Código civil de la Rep. Argentina, su explicación y críticas bajo la forma de notas*, Buenos Aires, La Facultad, 1933 (nueva edición), t. I, pág. 315, nota 15. SALVAT - ACUÑA ANZORENA, *Trat. Fuentes de las obligaciones*, cit., t. I, pág. 62, N° 51. BORDA, *Trat. Obligaciones*, cit., t. II, pág. 150, N° 1202. SPOTA, *Instituciones. Contratos*, cit., t. I, pág. 266, N° 178, afirma, "No cabe una comprensión asaz estrecha del art. 1148. Ni todos los aspectos marginales del negocio jurídico propuesto deben estar necesariamente incluidos en la oferta contractual, ni tampoco corresponde aseverar que la persona del destinatario tenga que hallarse determinada subjetivamente". En igual criterio para el Derecho francés. Jacques GHESTIN, *La formation du contrat*, en "Traité de droit civil", 3^{ème} ed., Paris, L.G.de D.et J., 1993, pág. 265, N° 297.

¹⁷ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría*, cit., v. I, págs. 117/ 118. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit., pág. 99. Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, EJEA, 1986, trad. de, R.O. FONTANARROSA, S. SENTÍS MELENDO, y M. Volterra, con notas de Vittorio Neppi, t. I, pág. 312.

¹⁸ GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., pág. 265, N° 297. TERRÉ - SIMLER- LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., pág. 111, N° 108.

¹⁹ DIEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., T.I, pág. 290, N° 21. Gregorini Clusellas, *Der. de los contratos*, cit., v. I, pág. 440, N° 78, hace un desarrollo muy interesante de las ofertas al público por medios modernos de comunicación.

²⁰ SALVAT - ACUÑA ANZORENA, *Trat. Fuentes*, cit., t. I, pág. 62, N° 51. SPOTA, *Instituciones. Contratos*, cit., t. I, pág. 266, N° 178. En la doctrina francesa: Marcel PLANIOL - Georges RIPERT -, *Tratado de derecho civil*, Ed. La Habana 1948, trad. Díaz Cruz, t. VI, pág. N° 142. Demogue, René, t. II, N° 552 bis.

²¹ GHESTIN, *La formation du contrat*, cit, pág. 265, N° 297. *Cour de Cassation (Civil)*, Arret, 28- XI- 1968, en *Gazette Palmarie* 1969- I- 95.

²² LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, cit., v. I, pág. 117 / 118. Aparicio, *Contratos*, cit., t. I, pág. 239. ALTERINI, *Contratos*, cit., pág. 272.

²³ APARICIO, *Contratos*, cit., t. I, pág. 243, N° 219.

²⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría*, cit., v. I, pág. 118. Jorge J. LLAMBIAS - Jorge H. ALTERINI *Código civil anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, t. IV- A, pág. 336.

²⁵ Luis María BOFFI BOGGERO, “La declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones”, J.A., Buenos Aires 1942, pág. 96. Pedro CAZEAUX N.- Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., La Plata, Platense, 1994, t. IV, pág. 356, N° 2316. Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, “La promesa de recompensa y el concurso con premio”, en el libro *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, homenaje al Dr. Atilio A. ALTERINI, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 542 y ss.

²⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría*, cit., v. I, pág. 119. PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Tratado*, cit., t. VI, pág. 192, N° 143.

²⁷ ALTERINI, *Contratos*, cit., pág. 301. Gregorini CLUSELLAS, *Der. de los contratos*, cit., v. I, pág. 464, N° 82. MOSSET ITURRASPE – PIEDECASAS, *Cód. Civil anotado*, cit., pág. 82. MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., pág. 184.

²⁸ BORDA, *Trat. Obligaciones*, cit., t. II, pág. 152, N° 1204. SALVAT- ACUÑA ANZORENA, *Trat. Fuentes*, cit., t. I, pág. 63/ 64, N° 54 y 55. MACHADO, *Exposic. y coment.*, cit., t. III, pág. 447/ 448. Gregorini CLUSELLAS, *Der. de los contratos*, cit., t. I, pág. 445. PLANIOL- RIPERT- ESMEIN, *Trat.*, cit., t. VI, pág. 177, N° 131.

²⁹ ALBALADEJO, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1977, t. II, v. I, pág. 390. CASTÁN, *Derecho civil español. Der. de oblig.*, cit., t. III, pág. 569.

³⁰ DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Der. civ. patrimonial*, cit., t. I, pág. 298/ 299, N° 33. GHESTIN, *Droit civil. La formation du contrat*, cit., pág. 270, N° 303, sostiene que el ofertante debe mantener la oferta durante un tiempo necesario para que el segundo toma conocimiento, la examine, y luego responda. Y agrega, “*Force obligatoire ou libre révocation de l’offre ne sont nulle part admises de façon absolue*”.

³¹ Roberto H. ASUA GONZÁLEZ, *La culpa “in contrahendo”*, Bilbao ed. Univ. del País Vasco, 1989, pág. 25. BREBBIA, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, La Rocca, 1987, pág. 46. R.H. COMPAGNUCCI DE CASO, “Responsabilidad precontractual”, en L.L. diario 3/X/2006. Andrea TORRENTE - Piero SCHLESINGER, *Manuale de diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999, 16ª ed., pág. 483, N° 309. S Rubén TIGLITZ, La obligación precontractual d información. Deber de consejo, en L.L. 1997- B- 766. Luigi MENGONI, “Sulla natura della responsabilità precontrattuale”, en Riv. De Diritto commerciale, 1956- II- 362. Manuel O. COBAS, “Responsabilidad precontractual”, en el libro “*Derecho privado*, homenaje al Dr. Alberto J. Bueres, Buenos Aires Hammurabi, 2001.

³² LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría*, cit, t. I, pág. 114. APARICIO, *Contratos*, cit., v. I, pág. 247 y p.249, N° 221 y N° 223. SPOTA, *Inst. Contratos*, cit, t. I, pág. 273, N° 182. BORDA, *Trat. Oblig.*, cit., t. II, pág. 151, N°1204. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit., pág. 101. Si bien el “*Code civil français*”, nada dispone al respecto la doctrina sigue el principio romano, TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., pág. 113, N° 111. Henri y León MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil*, 9ª ed., Paris, Montchrestien, 1998, t. II, v. I, pág. 127. MALAURIE- AYNÈS, *Les obligations*, cit., pág. 229, N° 385, afirman que ante la existencia de un “término tácito” de mantenimiento de la oferta, la revocación genera responsabilidad precontractual o culposa. Y además que el juez no tiene facultad de decidir que la sanción por la retractación se convierta en condición de un contrato. Salvo en los casos que el oferente se comprometió a no revocar en un término expreso o fijo.

³³ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., t. I, pág. 294, N° 26, enseña que ambos términos “retiro” y “revocación” se aplican en la Convención de Viena, y que en el texto inglés se designan como “withdrawal”, y “revocation”. CUADRADO PÉREZ, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, cit., pág. 86 y ss. MÉNDEZ MATO, *La oferta de contrato*, cit., pág. 208.

³⁴ CUADRADO PÉREZ, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, cit., pág. 89. MENÉNDEZ MATO, *La oferta de contrato*, cit., págs. 208/ 209. ALTERINI, *Contratos*, cit., pág. 271. GREGORINI CLUSELLAS, *Derecho de los contratos*, cit., t. I, pág. 447. En los principios de UNIDROIT (art. 2.4.) se dispone, “La oferta no podrá revocarse cuando tiene carácter irrevocable, esto es, cuando al emitirla, el oferente se ha comprometido a mantenerla, o cuando el destinatario pudo considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha procedido de acuerdo con dicha oferta”. Por su parte el Proyecto de Código Unico de 1998, en el art. 926 propone, “Retractación de la oferta, La oferta dirigida a persona determinada puede ser retractada útilmente si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta. Igual regla se aplica a persona determinable, o al público, pero su retractación debe ser comunicada por medios de difusión similares a los empleados para emitirla”.

LA FUERZA VINCULANTE DE LA OFERTA DE CONTRATO

por NORMA JUANES

SUMARIO: I. Introducción. II. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil. III. Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. IV. La proyección de los Congresos en la doctrina y en la jurisprudencia. 1. La oferta en el contexto de las tratativas. 2. El núcleo de la cuestión: el art. 1150 C.C. V. Los proyectos de reforma del Código Civil. VI. El criterio de la Convención de Viena de 1980. VII. Estado actual de la cuestión. 1. Las ofertas al público. 2. Las nuevas modalidades de contratación y la tecnología digital. VIII. Conclusión.

I. Introducción

El consentimiento contractual es el momento clave en la vida del contrato, sencillamente porque sin él no puede haber contrato. El acuerdo de voluntades, que es el núcleo de este acto jurídico ¹, puede ser alcanzado por medio de negociaciones entre las partes, o con prescindencia de este procedimiento, cuando el contrato se celebra por adhesión a un contenido predeterminado por una de las partes. En cualquier caso, dos elementos típicos como son la oferta y la aceptación deben encontrarse, unirse e integrarse para dar origen al fenómeno del consentimiento.

Ambas declaraciones unilaterales de voluntad son recepticias, por cuanto necesariamente deben tener una dirección y un contenido, y ser comunicadas a la otra parte de tal manera, o a través de un medio tal, que asegure que esa declaración “alcance su esfera de control” ² para ser eficaz. La particularidad de la oferta radica en que esta es la declaración que determina la naturaleza del negocio a celebrar conforme a los *essentialia negotii* que, como “contenido mínimo” deberá incluir esta manifestación de voluntad ³.

El contenido de la oferta debe versar “sobre un contrato especial, con todos los elementos constitutivos de los contratos” (art. 1148 C.C.), aunque el oferente puede dejar al arbitrio del destinatario la especificación de algunos puntos que completen la reglamentación programada (art. 1153 C.C.), en cuyo caso la aceptación deberá ser algo más que un simple “sí, acepto”. Pero la facultad de incluir precisiones no comprende la posibilidad de introducir modificaciones en la oferta, so pena de importar “la propuesta de un nuevo contrato” (art. 1152 C.C.).

La cuestión relativa a la fuerza vinculante de la oferta alude, por un lado a la seriedad de la intención que anima al oferente al hacer la propuesta, y por el otro -y es el sentido con que se trata aquí el tema- a la imposibilidad de que su autor pueda retractarse de ella una vez que la ha emitido. Con esta significación se habla también de la “fuerza obligatoria” ⁴ u “obligatoriedad de la oferta” ⁵, y el tema adquiere relevancia en nuestro Derecho, atento a la vulnerabilidad de que adolece esta declaración de voluntad una vez que ha sido emitida por quien se propone celebrar un contrato. Tal como expresa la norma del art. 1150, 1ª parte, C.C.: “Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas...”. Esta facultad que el legislador ha concedido al oferente obedece a la filosofía decimonónica que ha inspirado nuestro Código Civil, que ha privilegiado la libertad contractual ya que “mediante la oferta vinculante el oferente en cierta medida se pone en manos del destinatario de la oferta por lo que se refiere a la conclusión del contrato” ⁶. Por otro lado, de acuerdo con el antecedente más destacado del pensamiento liberal, el Código civil francés, tomado como modelo por el codificador, se ha preferido asegurar el consenso fundado en la voluntad interna, real, y no exponer al oferente a tener que someterse a un vínculo no querido al tiempo en el que se perfeccione el contrato con la aceptación ⁷.

Se ha dicho que “*el consentimiento en la doctrina clásica, es una elaboración....partiendo de la base de la igualdad en sujetos libres y con intereses opuestos, hay un recorrido más o menos largo, pero siempre cuidado. El oferente sigue reflexionando porque hasta la aceptación puede retractarse*” ⁸. Precisamente, esta fragilidad que caracteriza la declaración de voluntad del oferente en nuestro derecho ha sido objeto de debate en dos Congresos nacionales que, con

diferencia de más de treinta años entre sí, lo tuvo como tema que concitó el interés de la doctrina especializada.

II. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil

El Segundo Congreso se reunió en la primera semana de noviembre de 1937, y su finalidad fue reflexionar sobre el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión reformadora creada en 1926, y que fue presentado al Poder Ejecutivo en 1936. El Proyecto propiciaba la introducción de importantes modificaciones al régimen vigente sobre formación del consentimiento, tema que fue tratado en el seno de la Comisión VI en base a las ponencias presentadas por Hipólito Montagné y José Manuel Saravia. Las deliberaciones de las que participó el distinguido jurista Héctor Lafaille, miembro de la Comisión reformadora, culminaron con la siguiente declaración: *“El régimen del consentimiento, tal como el Proyecto lo ha organizado (arts. 791 a 806), contempla las exigencias de la vida actual y provee a la mayor seguridad en las relaciones contractuales, debiendo aceptarse, en consecuencia, y en lo fundamental, las modificaciones que se introducen al Código vigente”*.

Entre las varias modificaciones que introducía el Proyecto al Código Civil de Vélez Sársfield, cabe destacar el texto del art. 794 que significaba un cambio rotundo en materia de fuerza vinculante de la oferta. Según esta norma *“La propuesta de contrato obliga a quien la formula, a no ser que lo contrario surja de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las modalidades de éste”*. El Proyecto seguía en esta materia la tendencia del pensamiento jurídico moderno, reflejado en la legislación comparada, especialmente el Código Civil alemán y el Código de Brasil tomados en consideración por los reformadores. De hecho, la fuente del citado artículo era la norma del art. 1080 del Código brasilero de 1916⁹.

La recomendación final del Congreso, por la amplitud de los términos en que fue formulada, comprendía los otros aspectos del consentimiento que fueron objeto de modificación en el Proyecto de 1936, y que fortalecen el valor vinculante de la oferta.

La posición adoptada sobre la oferta en el Proyecto comporta atribuir al oferente la obligación de mantener su propuesta, en caso de destinatario ausente, tal como la ha emitido hasta tanto *“pueda esperarse el recibo de la contestación expedida a tiempo y regularmente”* (art. 794, 2ª parte). De manera congruente, entre ausentes la aceptación *“deberá prestarse dentro del plazo en que, según las condiciones ordinarias, el proponente debió esperar la respuesta”* (art. 797, 1ª parte). Finalmente, al considerar las causales de caducidad de la oferta, se prevé que quedara sin efecto si no fuera aceptada *“en tiempo útil”* (arts. 796 inc. 3, y 798). Pero si el oferente hubiera puesto un plazo, *“la oferta caduca cuando no es aceptada, o no lo es en tiempo útil, o dentro del plazo fijado”* (art. 798), teniendo en cuenta en todo caso que el Proyecto mantiene el criterio de la expedición para determinar el momento del perfeccionamiento del contrato (art. 801).

III. Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil

En el 4º Congreso, que se desarrolló entre el 22 al 27 septiembre de 1969, la Comisión encargada de estudiar el tema *“La fuerza vinculante de la oferta de contrato”* trabajó sobre cuatro ponencias¹⁰, que coincidieron en propiciar la obligatoriedad de la oferta.

Los argumentos de la doctrina clásica que avalan el sistema de la oferta revocable mientras no medie aceptación, perciben que ese es el único criterio que garantiza la existencia del consenso. Esencialmente, esos argumentos radican en que si el oferente perdiera su facultad de revocación *“se vería gravemente comprometida su libertad frente a la otra parte, que por su lado se mantiene libre de todo vínculo”*¹¹, solución que hoy no puede sostenerse a la luz del principio de buena fe.

Bajo esa premisa, el Congreso sentó importantes criterios en orden a los aspectos más significativos relacionados con la eficacia vinculante de la oferta, a través de sus recomendaciones, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*.

En el despacho aprobado por mayoría ¹², se consignan las siguientes recomendaciones:

1. Deja sentado que en nuestro derecho, como principio, la oferta carece de eficacia vinculatoria conforme al art. 1150, norma que admite dos supuestos de excepción.

2. El primer supuesto contempla la renuncia *sine die* a la facultad de retirar la oferta. Al respecto, el Congreso declara que *“debe interpretarse en el sentido que la oferta se mantiene en el lapso durante el cual puede esperarse la llegada a conocimiento del proponente de la aceptación remitida a tiempo y regularmente”* (de *lege lata*). Y por consiguiente, se afirma que *“deberá reconocerse a la oferta poder vinculante durante el lapso en que pueda la otra parte concretar su aceptación. Excepto si se hubiese hecho reserva expresa para la retractación”* (de *lege ferenda*).

3. Para el segundo supuesto, fijación de plazo de duración, se afirma que *“existiendo plazo, la retractación de la oferta carece de eficacia y la aceptación producida dentro de ese término, sirve para formar el contrato”*, cuando esta aceptación ha sido remitida al proponente conforme lo establecido por el art. 1154 C.C. (de *lege lata*), por lo que *“producida en tiempo propio, perfecciona el contrato”* (de *lege ferenda*).

3. *“La oferta irrevocable, (art. 1150, 2º ap.) subsiste, no caduca en caso de muerte o incapacidad del proponente, salvo que de la misma pueda inferirse lo contrario”* (de *lege lata*). La recomendación de *lege ferenda* reitera esta afirmación, y agrega otra salvedad: *“... que exista una grave dificultad para poder cumplir los herederos o representantes, con las obligaciones”* ().

4. En consecuencia, la oferta caduca *“a) por el rechazo o modificación que de su contenido hiciere el destinatario; b) por vencimiento del plazo expreso fijado para su consideración; c) por el transcurso de un plazo implícito y suficiente, conforme a las circunstancias particulares del contrato, para que la aceptación pudiera haberse producido. Este plazo será de quince días. d) Si usándose un medio de comunicación directo, como el teléfono o la radio, no hubiese habido aceptación al interrumpirse las tratativas”* (de *lege ferenda*).

5. Se exige que para que haya contrato las partes *“estén de acuerdo sobre todo el contenido de la oferta. La conformidad sobre puntos aislados, no es suficiente para establecer esta vinculación jurídica”*, y por consiguiente *“constituye una nueva oferta: a) La aceptación tardía, b) la modificación del contenido de la oferta”* (de *lege ferenda*).

6. La declaración por la cual se revoca la oferta en el caso del art. 1156 *“produce efectos desde su emisión por el oferente”* (de *lege lata*).

7. En todo caso, *“la facultad de revocar la oferta tiene sus límites en los principios de buena fe (art. 1198) y en el ejercicio regular de los derechos (art. 1071)”*, y *“la responsabilidad que de la revocación podría derivarse, debe ser ampliamente acogida por la jurisprudencia”* (de *lege lata*).

IV. La proyección de los Congresos en la doctrina y en la jurisprudencia

1. La oferta en el contexto de las tratativas

Las recomendaciones de ambos Congresos, y especialmente del último, tuvieron señalada repercusión en el pensamiento jurídico nacional. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han recogido sus indicaciones y exhortaciones y, según se verá seguidamente, hay consenso acerca de la necesidad de consagrar el principio de la eficacia vinculante de la oferta, afirmando la exigencia de su mantenimiento por un lapso razonable, cuando el oferente no ha señalado específicamente un plazo determinado de vigencia.

El criterio de la “fragilidad” que adopta el Código Civil plantea una fisura en el sistema, que no se compadece con las exigencias de la seguridad del tráfico y del principio de buena fe. La admisibilidad de una oferta revocable “mientras no haya sido aceptada” genera un vínculo endeble, que sirve para atenuar al mínimo la responsabilidad del oferente (art. 1156), y prescinde del valor de confianza que puede haber despertado en el destinatario, y que debe priorizarse en el interés de la seguridad del tráfico.

La oferta marca un límite dentro del período de tratativas, pues antes de la oferta, en el camino del perfeccionamiento de un contrato negociado, las partes pueden avanzar en la elaboración progresiva del contenido, y en ese proceso pueden emitir declaraciones vinculantes y no vinculantes. Cuando se está en etapa de “meras tratativas” los intercambios son aproximaciones que, en principio, no generan un compromiso jurídico entre las partes. Puede haber propuestas, invitaciones a contratar, pero los tratos no obligan más allá de la necesidad de respetar la confianza de la contraparte en la prosecución de las negociaciones, hasta que estas fructifiquen, o directamente se terminen las conversaciones por frustración de las tratativas.

En ese trayecto, es posible que se avance con declaraciones vinculantes: una carta de intención, un acuerdo preparatorio con vistas al acuerdo definitivo, o simplemente haya un “borrador” en el que se consignen aquellos puntos de acuerdo alcanzados hasta ese momento (*punktation*). Puede que haya consenso sobre los elementos esenciales, dejando la determinación de los accesorios para más tarde, pero aun cuando el acuerdo parcial conste por escrito, en lo que se llama *minuta*, solamente se estará frente a un ejemplo de formación progresiva del contrato, pues ese documento “no tiene carácter vinculatorio para las partes, ya que el consentimiento no se ha formado sobre el contrato en su integridad, o sea sobre la totalidad de sus elementos”¹³. Y así se ha resuelto en un supuesto, que se reitera en la práctica, que “Los croquis, bosquejos y planos o el proyecto de obra realizados por un arquitecto, configuran la prueba de la existencia de tratativas contractuales previas a la celebración del contrato de locación de obra, pero si no consta en ellos firma alguna, fecha de realización, obligaciones a cargo de las partes o mínima alusión a la retribución profesional, no constituyen ‘oferta’ en los términos del art. 1148 del C.C.”¹⁴. También, en un complejo caso relacionado con la adquisición de un inmueble perteneciente al Estado, y parcialmente ocupado como depósito por una arrendataria de Ferrocarriles Nacionales interesada en adquirir la propiedad de ese predio, se decidió que “el contrato se perfecciona recién cuando el acuerdo entre las partes recae sobre todas las cláusulas en discusión, incluidas aquellas que versan sobre elementos accidentales del contrato. Hasta entonces no existe relación jurídica de naturaleza contractual, aunque pueda generarse responsabilidad *in contrahendo*”¹⁵.

Según sea el caso, variará la intensidad del compromiso. No será igual el tenor de la carga de responder si entre las partes se ha celebrado una “carta de intención” en la cual se proponen llevar adelante las negociaciones con vistas a la celebración de un contrato, que si media un acuerdo preparatorio, porque entonces se habrá ingresado en el ámbito de una obligación convencional, que genera responsabilidad contractual si no se cumple con ese deber asumido en la etapa precontractual¹⁶. En el primer caso, hay interés en las tratativas, pero no una voluntad dirigida a comprometerse de manera inmediata, sino sólo a comenzar a caminar un trayecto para concertar un eventual contrato. Puede haber dificultades para discernir cuál es el nivel del débito asumido, y para ello será necesario atender a los términos usados en el caso concreto, pero ese acuerdo inicial no se confunde con un convenio o acuerdo preparatorio¹⁷.

Entre los acuerdos preparatorios que generan responsabilidad contractual, se encuentra el contrato de opción. Se ha dicho que “en la opción contractual, entre cuyos supuestos se encuentra la estipulación en los contratos de arrendamiento de la facultad del arrendatario de prorrogarlo por un tiempo previsto en dicha convención, existe un derecho perfecto de uno de los contratantes y sometido a su voluntad, que puede o no ejercer, y que hace surgir obligaciones para una sola de las partes desde que ésta presta su consentimiento para celebrar un contrato futuro si la otra parte declara su voluntad de utilizar esa oferta contractual”¹⁸.

Si se plantearan diferencias de interpretación acerca del estado de las negociaciones, será relevante detectar cuál ha sido la naturaleza de las manifestaciones de las partes, y en su caso, cuál ha sido el nivel de compromiso de que da cuenta la carta de intención, los acuerdos

preparatorios, y aun los apuntes que puedan haber registrado el tenor y alcance de esos tratos precontractuales. A menudo, los términos utilizados por las partes indican un grado de vinculación que supera el nivel de compromiso que ellas pretendían haber alcanzado. Y así en la negociación de un contrato de franquicia, el tribunal interpretó que una “carta de intención” excedía la etapa de meras tratativas, y que se había perfeccionado un vínculo contractual¹⁹.

La importancia de dilucidar hasta dónde se ha llegado en el período de las negociaciones, cuál ha sido el nivel de compromisos alcanzados, va a proyectarse en la determinación de una posible atribución de responsabilidad precontractual. Brebbia enseña que *“en la etapa de la oferta la obligación de diligencia y lealtad que se deben las partes presenta un grado más acentuado que en el período de los tratos preliminares, a raíz del estrechamiento y la formalización de relaciones producidas por la emisión de la oferta”*²⁰.

Es así que, en caso de formación progresiva del contrato pueden sucederse marchas y contramarchas, meras invitaciones a contratar, verdaderas ofertas y contraofertas, y en ese diálogo Ghestin advierte que lo que interesa es determinar quién es el autor de la oferta aceptada por el otro, a cuyo efecto no basta atender al orden cronológico en que se han sucedido los intercambios, o a quien tomó la iniciativa de hablar primero en forma idónea, con firmeza y precisión, sino que debe concluirse que *“la oferta que forma el contrato es aquella que es el objeto de una aceptación pura y simple”*²¹.

La realidad muestra que la formación progresiva del contrato puede plantear serios problemas de interpretación, cuyo sentido debe buscarse “en su contexto general, y en los hechos subsiguientes de los interesados con relación a él”, según ha dicho la Suprema Corte de Justicia²². Es ilustrativo al respecto el caso de un abogado que hizo una oferta de contrato a la entidad financiera que absorbió el Banco al cual locaba sus servicios profesionales. La entidad negoció la continuidad de la contratación tratando de imponer nuevas condiciones contractuales, exigiéndole un compromiso de renuncia a los honorarios ya devengados, y que la entidad debía abonar por asumir las obligaciones del comitente originario. A cambio ofrecía al letrado trabajo futuro en nuevos casos con carácter de exclusividad profesional. Bajo esta condición esencial, el profesional ofreció renunciar a los honorarios que correspondían a los casos ya concluidos. Transcurridos sesenta días después de la remisión de la oferta, y ante el silencio del destinatario que, además, no encomendó caso alguno al letrado durante ese lapso, el profesional revocó la oferta realizada, dando por concluidas las negociaciones en orden a la variación de las condiciones contractuales pactadas con el locador original. La Cámara rechazó la demanda por cumplimiento de contrato, y entre sus fundamentos, dijo: “La ausencia de recepción de correspondencia epistolar por parte de la actora, luego de la retractación de la oferta realizada en tiempo y forma por el demandado, debe interpretarse como la aceptación tácita a la retractación y conclusión de las negociaciones, no pudiendo tenerse por probada la existencia del contrato -en el caso, locación de servicios prestados por un letrado a una entidad financiera- sino sólo de una oferta de contrato”. Y agregó: “El hecho de que la oferta esté materializada en un texto escrito y que tenga la apariencia de contrato perfecto no le quita su naturaleza de acto jurídico unilateral dado que, en el caso, no se acreditó la existencia de un convenio y la pretendida aceptación fue extemporánea”²³.

2. El núcleo de la cuestión: el art. 1150 C.C.

El art. 1150 C.C. prescribe que “Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada”.

Desde una posición tradicional, se afirma que *“mientras no se acoja un sistema como el que emana de los arts. 145 y 147, BGB, que establecen la fuerza vinculante de la oferta durante un tiempo útil en circunstancias normales..., se debe estar a la solución de nuestro derecho en vigor, que declara revocable la oferta si no medió aceptación o en tanto no se trate de la oferta*

*hecha por un plazo o de una oferta en la cual se renunció a ejercer el derecho de revocación (art. 1150)”*²⁴.

Aun cuando es cierto que mientras no sea revocada la oferta produce efecto, y consecuentemente el contrato se perfeccionará con la aceptación²⁵, la debilidad o flaqueza de que adolece la oferta, según el principio que enuncia el art. 1150 C.C., es lo que permanece como esencia de esa declaración de voluntad unilateral, que puede revocarse en cualquier momento, sin responsabilidad alguna del emitente. La regla asegura al oferente la total libertad para asumir el compromiso contractual si antes no ha variado su voluntad. Por excepción, podrá autolimitarse en su libertad, comprometiéndose a mantener su oferta por un plazo, o renunciando a la facultad de retirarla, en cuyo caso estamos ante la oferta irrevocable. No obstante, esta posibilidad de dar firmeza a la oferta, mediante renuncia, o por la fijación de un plazo de duración, exige una manifestación expresa, y no deja de ser un *“procedimiento de excepción”*²⁶.

La visión crítica del sistema vigente es compartida prácticamente por toda la doctrina nacional, que adhiere a una interpretación más respetuosa de los deberes de lealtad, probidad, ejercicio regular de los derechos, consagrados específicamente en los arts. 1198 y 1071 C.C..

Alterini entiende que la simple oferta, aquella que no está sujeta a término ni tiene carácter irrevocable, *“pierde vigencia cuando transcurre el tiempo razonablemente necesario para recibir la aceptación, considerando las circunstancias del caso y el medio de comunicación utilizado al emitir la oferta”*²⁷. López de Zavalía sostiene que *“salvo la hipótesis en que surja que el oferente espera una respuesta ‘urgente’, debe entenderse que ha concedido al destinatario un plazo razonable que se apreciará según las circunstancias”*²⁸. También Aparicio, al tratar sobre la vigencia de una oferta que no tiene plazo determinado al efecto, concluye lógicamente en que *“cuando no debe ser aceptada en forma inmediata, siempre tiene un plazo de duración razonable; cabe reputar como tal, el término en que ordinariamente es dable esperar se produzca la aceptación”*²⁹. Spota, que estima ventajoso el sistema vigente porque el oferente no permanece vinculado, reconoce *“que se ofende la seguridad del tráfico jurídico al no dar cierto lapso de eficacia a la propuesta. El sistema que otorga por un lapso fuerza vinculante a la oferta, tiende a amparar más la buena fe, el tráfico jurídico”*³⁰.

Comentando una interesante sentencia arbitral, Nicolau expresa que *“la manifestación de voluntad unilateral del oferente, al llegar a su destinatario, está enteramente acabada y tiene el mayor grado posible de excelencia, razón por la que genera en quien la recibe expectativas firmes y fundadas respecto del comportamiento futuro del oferente. Por eso, viola el principio de confianza y puede incurrir en responsabilidad precontractual el oferente que revoca o modifica su oferta antes de haber sido aceptada, aunque lo haga ejerciendo el derecho que le otorga el carácter no vinculante de la oferta (art. 1150 C.C.)”*³¹.

En caso más reciente, el gerente de una sociedad remitió al vendedor de un terreno una oferta en la cual constaban las condiciones de adquisición de un lote. El vendedor aceptó la oferta de compra, pero luego la sociedad obligada desistió de la compra, porque no había sido aprobada. Los propietarios del terreno interpusieron demanda por cumplimiento contractual, y la Cámara confirmó el fallo apelado que hacía lugar a la demanda, porque *“en un contrato entre ausentes -en el caso, un boleto de compraventa de inmueble- la oferta se perfecciona al tiempo de su recepción por parte del destinatario, debiendo computarse a partir de ese momento el tiempo útil para su posible aceptación”*, que en el caso había sido oportuna, por lo que ordenó al comprador elegir la hectárea que ofreció comprar, bajo apercibimiento de que si no lo hacía, lo haría el vendedor³².

Y *a contrario*, aunque congruente con el criterio de asignar una vigencia razonable, en un supuesto de una oferta para convenir extrajudicialmente honorarios de un profesional, la jurisprudencia confirmó que ella *“no puede tener, como se pretende, una duración ilimitada e irrazonable... ya que excepto en el caso en que el oferente se haya obligado a mantener la oferta por un plazo determinado, debe entenderse que ella caduca si no es aceptada dentro de un plazo razonable, por lo que no puede considerarse formado el consentimiento si la aceptación se*

produce tres años después de hecha la oferta, sin que en ese lapso haya mediado comunicación alguna entre las partes a su respecto...”³³.

A su vez, el problema que plantean la oferta en firme y la oferta irrevocable, en el marco de un sistema que prioriza la libertad del oferente, tiene que ver con las consecuencias que se siguen de una posible revocación de la oferta, pendiente el plazo, o cuando media renuncia a la facultad de revocarla. Subsistente el plazo de duración de la oferta decidido por el oferente, en el caso de la oferta en firme, su retiro o retractación es inamisible, no sólo porque significaría que la declaración carece de seriedad, sino que el declarante podría transgredir el principio de buena fe, contradecir sus propios actos, violar la confianza del destinatario, destruir sus legítimas expectativas, introduciendo la incertidumbre en la vida comercial, razones por las que esa posibilidad ha sido desestimada por la doctrina, que se ha pronunciado unánimemente desde antaño³⁴.

Más conflictivo es decidir sobre la retractación cuando media renuncia sin término de duración, hecha *sine die*³⁵. En un conocido caso, se cuestionó la eficacia de la retractación de una oferta formulada en forma irrevocable por ante escribano público, por la cual se concedía de por vida el derecho de habitación a quien se domiciliaba en el inmueble. La retractación tuvo lugar veinte días más tarde ante el mismo escribano, ocasión en la que las oferentes modificaron el derecho de habitación anteriormente otorgado, y se comprometían a conceder dicho derecho a la misma persona por el término de un año, a partir del fallecimiento de su padre, propietario del bien. Transcurrido el año, las concedentes intimaron la desocupación del inmueble. En primera instancia se rechazó esta pretensión, en base al carácter irrevocable de la primera declaración, que no podía ser modificada por aplicación de la teoría de los propios actos. Sin embargo, la Cámara hizo lugar al desalojo porque entendió que, no habiendo constancia de la aceptación, “la oferta es retractable mientras no sea aceptada, de manera que el oferente puede revocarla, retractando incluso su renuncia a la facultad de revocarla. Ello, siempre que la otra parte no hubiera aceptado tal renuncia”³⁶.

Finalmente, consecuencia de esa “*vinculatoriedad limitada de la propuesta*”³⁷ es la caducidad de la oferta por muerte o incapacidad sobreviniente de las partes; en el caso del oferente, cuando esas vicisitudes advienen antes de conocer la aceptación (art. 1149 C.C.). Ese evento es una de las causales que pueden originar responsabilidad precontractual, al igual que la retractación de la oferta ignorada por el destinatario que ya ha despachado su aceptación, que la ley sanciona sin distinción alguna en art. 1156 C.C.³⁸. El pensamiento tradicional sostiene el argumento de la necesidad de la “*coexistencia de dos voluntades concordantes*”³⁹ como fundamento de la caducidad de la oferta por esa causal. La doctrina moderna apenas si admite esta solución en el caso de la oferta pura y simple, pero afirma la autonomía o independencia de la oferta emitida con carácter irrevocable, ya que en “*esta hipótesis el proponente queda vinculado por su propia manifestación unilateral*”⁴⁰ por lo que la obligación subsiste en cabeza de los herederos.

V. Los proyectos de reforma del Código Civil

Sin discrepancias, los diversos proyectos de reforma que se han elaborado desde 1987 han recogido los criterios recomendados por el Segundo y el Cuarto Congreso, en concordancia con la tendencia que expresa la doctrina y la jurisprudencia en el tema de la fuerza obligatoria de la oferta, así como con respecto a su autonomía o independencia con relación a las vicisitudes que afectan a las partes.

El texto que proponía el Proyecto de Unificación de 1987 fue reproducido prácticamente sin variantes por el Proyecto de la Comisión de la Cámara de Diputados de 1993, que dispone en el art. 1149:

“Una oferta tendrá vigencia:

A) Cuando el oferente ha establecido un tiempo de vigencia, durante el lapso indicado.

B) Cuando ha sido formulada con carácter irrevocable pero sin indicación de plazo, durante treinta días desde su recepción.

C) Cuando ha sido dirigida a persona distante que no se encuentra en comunicación instantánea con el oferente, durante el tiempo razonablemente necesario para recibir la respuesta, considerando las circunstancias del caso y el medio de comunicación utilizado para transmitir la oferta.

Los plazos de vigencia comienzan a correr desde la fecha de recepción de la oferta”.

Por su parte, el art. 1153, 2º párr., prevé que: “... Sujeto a disposiciones especiales, la muerte, incapacidad o quiebra del oferente o del aceptante no perjudica la vigencia de la oferta o de la aceptación”.

Más acorde con los antecedentes nacionales y con la tendencia de los códigos modernos, el Proyecto de la Comisión creada por decr. 468/92 del Poder Ejecutivo, retoma la regla general sentada en el art. 794 del Proyecto de 1936, objeto de tratamiento y aprobación en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, y prescribe en el art. 860: “La propuesta de contrato obligará al proponente, a no ser que lo contrario resultare de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso”. El mismo artículo contempla el contrato entre ausentes, caso en el cual si la oferta se hiciera “... sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente quedará obligado hasta el momento en que razonablemente pudiere esperarse la recepción de la respuesta expedida por los medios usuales de comunicación” (art. 860, 3º párr.). En cambio, retoma el criterio tradicional y admite la incidencia de las vicisitudes que afectan a las personas de los contratantes, y en tema de autonomía de la oferta, el proyecto prevé que “La oferta caducará cuando, antes de la recepción de su aceptación, el proponente o el destinatario de ella fallecieren o se incapacitaren” (art. 863), sin perjuicio de que, en su caso, surja la obligación de reparar los gastos y daños experimentados por el aceptante (art. 873).

El Proyecto de 1998 reguló el tema en el art. 924, que contempla la vigencia de la oferta en diversas situaciones. En el inc. b) regula la oferta dirigida a un ausente sin sujetarla a plazo alguno, caso en el cual aquella caduca una vez que ha transcurrido “*el tiempo razonablemente necesario para recibir la aceptación, considerando el medio de comunicación utilizado al emitir la oferta y las circunstancias del caso*”, en concordancia con la propuesta de *lege ferenda* del Cuarto Congreso. Y de acuerdo con el Proyecto de 1987, fija un término para que pierda vigencia la oferta “cuando el oferente la emite como irrevocable y sin indicación de plazo, y transcurren treinta (30) días, o en el momento anterior en que recibe su rechazo” (art. 924 inc. d). Esta solución permite superar el conflicto que puede generar la oferta irrevocable, por renuncia sin término del oferente, que incluye junto a la oferta en firme el texto del art. 1150 C.C. Finalmente, en este proyecto, se afirma la autonomía de la oferta, que mantiene su fuerza obligatoria frente a la muerte, incapacidad o quiebra de alguna de las partes, “salvo que lo contrario resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso” (art. 918), criterio que se adecua mejor a las necesidades del tráfico y a las legítimas expectativas de los terceros, que merecen ser atendidas.

Cuando la oferta no es aceptada pura y simplemente, sino con alguna modificación, se entra nuevamente en período de tratativas, tanto como si es respondida directamente por una contraoferta. No es relevante el tenor de las modificaciones propuestas, pues la norma del art. 1152 C.C. no deja lugar a dudas, ya que alude a “cualquiera modificación que se introduzca en la oferta al aceptarla”. Con este mismo criterio legislaron el tema los proyectos de reforma de 1936 (art. 799) y el elaborado por la comisión del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 864). En cambio, tanto el Proyecto de 1987 (art. 1151), como el de la Comisión de Diputados de 1993 (art. 1151) y el Proyecto de 1998 (art. 929 inc. a), optaron por una fórmula que admite una aceptación con diferencias cuando éstas no “alteran sustancialmente los elementos de la oferta”⁴¹. Cuando las modificaciones no son sustanciales, “se consideran admitidas por el oferente si no manifiesta de inmediato su rechazo”⁴².

VI. El criterio de la Convención de Viena de 1980

No hay duda de que los proyectos de reforma también han tenido a la vista las normas de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, que, por imperio de la ley 22.765 (B.O., 30/11/83), integra el ordenamiento jurídico vigente. Esta Convención restringe la reglamentación del contrato internacional de compraventa de mercaderías a los aspectos vinculados con su formación y con los efectos de la convención, regulando los derechos y obligaciones de vendedor y comprador. Deja de lado todo lo atinente a la validez del contrato y a las cuestiones vinculadas con el traspaso de propiedad de las mercaderías, aunque se ocupa de la transmisión del riesgo.

En punto a la obligatoriedad de la oferta, dispone el art. 16: “1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación. 2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta”. La Convención adopta el sistema de la recepción, y la oferta es revocable si la revocación llega al destinatario antes de que este envíe su aceptación. Pero esa revocación no es factible cuando el oferente, de algún modo, le ha dado el carácter de irrevocable, sea porque ha dicho expresamente que “mantiene la oferta durante 15 días”, o porque se “compromete a no revocar la oferta”, etc., o bien porque ha creado una apariencia que genera en el destinatario la confianza de que la oferta es irrevocable. No hay norma expresa que resuelva el supuesto de una irrevocabilidad sin plazo o término, pero puede acudir al criterio de razonabilidad. Este ópera como estándar temporal que recoge el art. 18, cuyo ap. 2) condiciona la eficacia de la aceptación a que llegue, a manos del oferente, “si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente”. Además, la cuestión habrá de resolverse conforme con la buena fe, que “*es un principio general informante de la Convención en su conjunto que influye en el comportamiento que puede exigirse a los contratantes*”⁴³.

VII. Estado actual de la cuestión

1. Las ofertas al público

Una de las manifestaciones más notorias del cambio de paradigmas en materia de formación del contrato se manifiesta en la eficacia de la oferta al público, que hoy está consagrada en la ley 24.240 de defensa del consumidor (LDC).

Tradicionalmente, las ofertas al público eran consideradas meras “invitaciones a contratar”, por cuanto no estaban dirigidas a personas determinadas⁴⁴, según exige el art. 1148 C.C. De manera concordante, el art. 454 C.Com., estipula que “Las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto o en una circular no obligan al que las ha hecho”. Lo típico de la invitación es que no engendra vínculo alguno, y tampoco responsabilidades. En esa misma línea de pensamiento, la Convención de Viena previene en el art. 14, ap. 2): “Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”.

De estos mandatos legales, se deduce que esas manifestaciones no son ofertas porque adolecen de imprecisión: sea en el destinatario, sea porque no son emitidas con la seria intención de vincularse contractualmente, sea en los elementos constitutivos del negocio. Para decidir la naturaleza contractual de una declaración de voluntad, es necesario que ella verse sobre un negocio particular, ya que no existe “el contrato” como entidad desencarnada y aséptica⁴⁵, que contenga las notas tipificantes (*essentialia negotii*) que permitirán calificarlo dentro de un grupo o clase de contrato -bilateral o unilateral, gratuito u oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo, de ejecución inmediata, etc.- al que resultarán aplicables las reglas propias

del tipo legal, que completarán la disciplina jurídica que ha sido anticipada en la oferta para el supuesto concreto.

La doctrina y la jurisprudencia, después de largo debate, han admitido la validez y eficacia de las ofertas al público con destinatarios indefinidos, cuando satisface los otros requisitos propios de esa declaración de voluntad: contenido, completividad, seria intención de quedar vinculado con quien preste su aceptación⁴⁶. Y de esta índole son todos los casos que aparecen en la práctica de la vida urbana, donde gran parte de la contratación masiva opera en base a ofertas contenidas en aparatos automáticos, que expenden productos, o habilitan la utilización de servicios, que constituyen una “*oferta dirigida a cualquiera*”⁴⁷, cuya modalidad de aceptación se traduce en un comportamiento adecuado por parte de los destinatarios, que ha sido preestablecido por el oferente.

La ley 24.240 ha consagrado la obligatoriedad de las ofertas dirigidas a “consumidores potenciales indeterminados” (art. 7º LDC), y las precisiones formuladas a través de recursos publicitarios integran su contenido, por lo que “se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor” (art. 8º LDC). Bien ha dicho la jurisprudencia que “la publicidad en sí misma tiene como fin lograr convencer al público de la necesidad de adquirir un bien o un servicio, mostrando a éstos de la manera más persuasiva, poniendo de resalto sus ventajas o bondades, que junto a las campañas de promoción, constituyen un medio efectivo de atracción de clientes al establecimiento en relación no sólo al producto promocionado, sino también a los demás bienes existentes en el comercio”⁴⁸.

La revocación de la oferta al público deberá difundirse por los mismos medios utilizados al formularla. La eficacia vinculatoria de estas ofertas perdura por todo el tiempo de duración que se haya fijado, o mientras el objeto del contrato se mantenga expuesto al público, indicando en su caso la cantidad disponible para la comercialización. Al respecto, no basta la mera indicación habitual de “hasta agotar stock”, pues se ha resuelto que “La referencia ‘hasta agotar stock’ determina una contradicción en la información en detrimento de los intereses de quienes eran destinatarios del folleto, pues le permitía restringir al oferente -discrecionalmente o no- su capacidad de respuesta ante la eventual demanda”⁴⁹.

2. Las nuevas modalidades de contratación y la tecnología digital

La realidad del mundo globalizado ha desplazado de la práctica negocial a los contratos discrecionales, producto del consentimiento negocial entre las partes, procedimiento que ha quedado relegado a hipótesis excepcionales, y a la concertación de vínculos que presentan alta complejidad técnica, o elevada envergadura económica, y a minicontratos domésticos. Con la modernidad aparece el tráfico masivo de bienes, que exige el desarrollo de nuevos recursos y técnicas de concertación de negocios, que asocian la técnica de la adhesión con la formulación de condiciones generales negociales (CGN) como base del contenido contractual. Así se facilitan las relaciones masivas, estipuladas mediante la adhesión de una parte a una propuesta negocial, cuyo contenido ha sido preformulado previa y cuidadosamente por la otra, y cuyo destinatario “*no es libre de discutir, de negociar o de contribuir a la determinación del contenido del reglamento contractual. Tan solo tiene la opción de aceptar en bloque las condiciones unilateralmente elaboradas por el estipulante o no contratar*”⁵⁰, aunque, a veces, “*quien adhiere a un contrato tipo, redactado unilateralmente por la otra parte, puede aparecer como el autor de la oferta, desde el momento en que consigue la modificación de una sola estipulación del proyecto inicial...*”⁵¹.

A la par de esas modalidades de contratación, que prácticamente gobiernan todo el tráfico contractual, aparece un nuevo factor que ha modificado el panorama de manera relevante y precipitada.. Ese elemento transformador es la tecnología digital que, en el marco más amplio del *e-commerce*⁵², ha incorporado la contratación electrónica como práctica corriente que sustenta el intercambio negocial en el ámbito virtual. Este es un nuevo espacio de encuentro de manifestaciones negociales, en el que particulares entre sí, particulares con empresas, empresas

entre sí, y aún gobiernos con empresas, promueven y realizan el intercambio de productos y servicios ⁵³. La concertación del contrato por vía electrónica ha sido incluida en el régimen especial de la contratación “domiciliaria, por correspondencia y otras”, que legisla la ley 24.240, Cap. VII, arts. 32 a 35.

Hoy ambos componentes de la vida cotidiana, los modos de comercialización masiva de bienes y la tecnología digital, se combinan y se potencian, imponiendo un cambio en los paradigmas del derecho contractual, que muestra un mapa muy diferente de la práctica tradicional en la formación del contrato. En el contexto contractual contemporáneo, no sólo se prescinde de los tratos personalizados, sino que se ha producido un desplazamiento del epicentro del negocio jurídico, que ya no es la voluntad del declarante, sino que se atiende de manera preferente a la confianza del destinatario ⁵⁴.

Con una renovada perspectiva se afirma que, junto al consentimiento para los vínculos contractuales discrecionales y la técnica de la adhesión como expresión positiva de la voluntad en las relaciones masivas, aparece una nueva modalidad de contratación, propio de la creciente complejidad social, donde “*la oferta con base en la apariencia y la aceptación basada en la confianza*” ⁵⁵ generan un vínculo obligacional igualmente eficaz. Lorenzetti observa que, en la realidad contemporánea, las actividades a través de las cuales el individuo accede a variados productos y servicios se ofrecen a través de una organización empresaria que, aunque anónima y lejana, “*genera fiabilidad a través de su funcionamiento reiterado, de las marcas que lo representan simbólicamente, o del respaldo del Estado*”, y en ese contexto “*la conducta del individuo se basa en la confianza y ésta se construye en base a la apariencia que crea el sistema experto*” ⁵⁶.

Estalla así, con mayor intensidad, la presencia de la buena fe en el derecho contractual, “*elemento de la estructura misma de la noción de contrato*” ⁵⁷, que debe ser tutelada junto a las legítimas expectativas de quien tiene motivo para creer en la apariencia ⁵⁸, y ese principio cardinal sustenta decisiones paradigmáticas. Con ese foco, se condenó a una empresa de viaje por los daños causados por huracanes en un viaje de turismo, con fundamento en que “La confianza como principio de contenido ético impone a los operadores un inexcusable deber de honrar las expectativas y su quiebre implica contravención de los fundamentos de toda organización jurídica y torna inseguro el tráfico. Es que el consumidor no se encuentra obligado a indagar mas allá de lo que exige la buena fe y la diligencia razonable en torno a la apariencia creada por la empresa de turismo a través de la cual contrató” ⁵⁹.

Igualmente, en materia de contratación electrónica, se privilegia el crédito de confianza de quien accede a un sitio web, y así se confirmó la sanción impuesta a una empresa que realizó una propuesta de compra de un rodado a un particular a través de su portal en Internet y, *a posteriori*, el usuario se encontró con que la concesionaria pretendía entregarle un vehículo distinto a aquél ofrecido en el sitio, respecto del cual él había suscripto una reserva. Entre otras razones, la Cámara encontró inadmisibles la liberación por la inclusión, en los términos y condiciones del sitio web, de una cláusula según la cual la firma “no asume ninguna obligación respecto del usuario”, que además de violatoria de art. 37 de la ley 24.240, perjudica la confianza en las condiciones del servicio que se ofrece ⁶⁰.

VIII. Conclusión

Puede concluirse que las propuestas doctrinarias y legislativas sobre la eficacia vinculante de la oferta, objeto de reflexión en aquellos Congresos que congregaron a los más destacados juristas del país, se han visto hoy consolidadas en la doctrina especializada, que ha seguido trabajando para sentar criterios de interpretación concluyentes sobre el tema, acordes a los requerimientos de la seguridad del tráfico jurídico contemporáneo. Y esa persistente labor ha producido su impacto en los jueces, que de manera congruente interpretan y aplican las normas, analizando con detalle el caso concreto para dictar el mejor pronunciamiento en términos de justicia y equidad, y que han mostrado también una dinámica de constante renovación en su

accionar, necesariamente orientado hacia la exigencia de la mayor racionalidad en sus decisiones, “presupuesto ineludible de la eficiencia”⁶¹.

NOTAS:

¹ Confr. Jacques GHESTIN, “La notion de contrat”, en *Droits. Revue française de théorie juridique*, 12, Le Contrat, Paris, PUF, 1990, pág. 10; Werner FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil*, t. 2^a, trad. José M. Miquel González y Esther Gomez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pág. 709) dice que “El rasgo esencial que une a todas las clases de contratos, es que la reglamentación negocial se pone en vigor por la conformidad de los contratantes”.

² Confr. Emilio BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, 2^a ed., trad. de Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 105.

³ Juan Manuel APARICIO, *Contratos. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. I, pág. 234.

⁴ Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^a ed., Paris, L.G.D.J., 1993, pág. 270.

⁵ Rodolfo O. FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, t. II, “Doctrina General de los contratos comerciales”, Buenos Aires, Zavallía, 1998, pág. 65.

⁶ Confr. W. FLUME, ob. cit., pág. 753.

⁷ Quizá también pudo haberse percibido la objeción advertida tiempo más tarde por los autores del BGB acerca del efecto vinculante de la oferta, que W. FLUME, (ob. cit., pág. 753) recuerda en estos términos: “el destinatario de la propuesta puede aprovechar en su favor un cambio de las circunstancias que se produce en el tiempo que transcurre desde la presentación de la propuesta contractual hasta que se realice la declaración de aceptación, que él, como se dice, puede especular a costa del proponente en ese tiempo”. Los autores del BGB desecharon este riesgo, y consagraron el efecto vinculante de la oferta en el & 145. En todo caso, el autor citado estima que el efecto vinculante de la oferta “debería considerarse limitado... si es evidente para el destinatario de la oferta que después de la manifestación de la misma, han cambiado esencialmente las circunstancias...”.

⁸ Así se expresaba Hipólito Montagné en ocasión de fundamentar su ponencia sobre el “Régimen del consentimiento” presentada al Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, Actas*, I, Córdoba, 1939, pág. 227.

⁹ El texto del Código brasilero disponía: “La propuesta de contrato obliga al proponente, si lo contrario no resulta de los términos, de la naturaleza del negocio, o de las circunstancias del caso”, el que ha sido reproducido en el actual art. 427 del C.C. vigente en Brasil, según las modificaciones introducidas por ley 10.406 del 10/1/02. Esa redacción fue preferida a la del Código Civil alemán, que prescribe en el & 145: “Quien propone a otro la conclusión de un contrato está vinculado a la oferta, a no ser que haya excluido la vinculación”.

¹⁰ Los autores de las cuatro ponencias consideradas fueron: 1. Jorge Mosset Iturraspe; 2. Jorge F. Núñez; 3. Edgard A. Ferreyra, Mario A. Piantoni, Juan M. Aparicio, Carmen Díaz de Trebino, A. García Faure de Perlatti y María Nélica Moisés; 4. Federico Videla Escalada.

¹¹ Confr. Renato SCONAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, trad. Fernando Hinestrosa, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 100.

¹² Las recomendaciones siguen, en lo esencial, los puntos de ponencia presentados por Mosset Iturraspe (*lege lata*) y por Piantoni, Aparicio y otros (*lege ferenda*). Ver *Cuarto Congreso...* cit., págs. 687 a 697.

¹³ Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, ts. I y II, Buenos Aires, EJE, 1952, pág. 311. También F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., pág. 166; J.M. APARICIO, ob. cit., pág. 272.

¹⁴ Cámara C. y C. de Rosario, Sala II, 3/9/1997, autos: “C., N.T. c/ S., E.”, L.L. Litoral 1998-1, 46.

¹⁵ SCBuenos Aires, 9/11/71, autos: “González, Castleton y Shaw S.A. c/ Banco Pcia. de Buenos Aires”, E.D. 40-577.

¹⁶ Joanna SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Paris, Dalloz, 1982, pág. 207.

¹⁷ Justamente, el grado de precisión de los términos del documento dará cuenta de la firmeza de la intención de contratar. J. SCHMIDT, (ob. cit., pág. 21) expresa que “el valor jurídico probable es muy diverso, en función de las expresiones empleadas, y del contenido del conjunto de las indicaciones...” del instrumento.

¹⁸ CNCiv., Sala C, 3/12/1992, autos: “Arlan S.C.A. c/ Revestimientos La Europea S.A.”, L.L. 1993-D-417.

¹⁹ Según el tribunal: “En el caso, las primeras tratativas (acta de confidencialidad y actas de acuerdo) constituyeron los antecedentes necesarios para que los ahora litigantes sentaran en la Carta de Intención las bases fundamentales de la relación que habría de vincularlos, procurando con ello cada parte alcanzar la satisfacción de sus intereses relativos a la concreción del negocio. No es cierto que pese a que no se firmó el contrato “definitivo”, no se haya perfeccionado vínculo obligacional en tal sentido. La Carta de Intención sentó las bases de la relación contractual habida ulteriormente entre las partes, dando cuenta de su contenido y ejecución las pruebas acercadas a la causa. Tales elementos acreditan que existió consentimiento respecto a la modalidad que regiría la relación entre los contratantes” (CNCCom., 13/2/08, en autos: “Karamalikis, Juan c/ Cash Converters Sudamérica”).

²⁰ Confr. Roberto H. BREBBIA, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, La Rocca, 1987, pág. 123.

²¹ Confr. J. GHESTIN, ob. cit., pág. 267.

²² Fallos: 8:343; 257:69; 263:510; 67:214.

²³ Cámara C., C., del Trab. y de Flia. de Villa Dolores, 26/11/02, en autos: “Bid Coop. Ltda. c/ Uez, Simón A.”, L.L.C. 2003 (octubre), pág. 1164.

²⁴ Alberto G. SPOTA, *Contratos. Instituciones de derecho civil*, t. I: Parte General, actualizado por Luis F.P. Leiva Fernández, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 529. Los citados párrafos del Código Civil alemán, que también han inspirado las recomendaciones del Cuarto Congreso de 1969, ordenan que “Quien propone a otro la conclusión de un contrato, está vinculado a la oferta, a no ser que haya excluido la vinculación” (art. 145). En caso de contrato entre ausentes, el art. 147 prescribe que “... la oferta puede ser aceptada hasta el momento en que el oferente puede esperar la llegada de la respuesta en circunstancias normales”.

²⁵ Así lo entendía H. Montagné, aun cuando compartía la solución del Proyecto de 1936, por ser más progresista en cuanto sancionaba: “el carácter obligatorio de la oferta, adoptando la fórmula del art. 1080 del C.C. del Brasil” (ver *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, Actas*, I, ob. cit., pág. 232).

²⁶ Confr. Federico VIDELA ESCALADA, *Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, Actas*, t. II, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1972, pág. 692.

²⁷ Atilio A. ALTERINI, *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 273.

²⁸ Confr. F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., pág. 189.

²⁹ Juan M. APARICIO, ob. cit., pág. 252.

³⁰ A.G. SPOTA, *Contratos. Instituciones...* cit., pág. 506.

³¹ Noemí L. NICOLAU, “Una solución adecuada a una complicada cuestión: el momento perfectivo del contrato en el proceso de su formación progresiva”, en comentario al fallo del Tribunal Arbitral *ad hoc* en: “Banco B. c/ T. S.A.”, del 28/11/02; L.L. 2005-A-479.

³² CFed. de Tucumán, 3/7/03, autos: “Vallejo, Jorge y otra c/ Telecom Argentina S.A.”, D.J. 2004-1-754; LLNOA, 2004, pág. 741.

³³ CApel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 28/12/98, autos: “V., J. L. y otro c/ Darco Market S.R.L.”, L.L. Litoral del 1/1/99, pág. 862.

³⁴ Tanto el Proyecto de 1936 (art. 798), aprobado en el 2º Congreso, como las recomendaciones del 4º Congreso, dan prueba de ello.

³⁵ Con relación al conflicto que plantea una renuncia, en sí misma retractable mientras no haya sido aceptada, cuando es pura y simple por carecer de plazo, J.M. APARICIO, (ob. cit., pág. 256) advierte que hay “coincidencia en que no es dable pensar que se trate de una renuncia definitiva, que pueda vincular indefinidamente a quien la hace sin límite de tiempo”. Esto, sin perjuicio de que como dice F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, (ob. cit., pág. 187) cuando el tiempo es indeterminado, “cabe una aplicación analógica del criterio sentado por los arts. 751 y 618”.

³⁶ CNCiv., Sala I, 26/6/90, autos: “Aguila de Fernández Cabrera, Aída T. c/ Ramírez, María”.

³⁷ R. SCONAMIGLIO, ob. cit., pág. 100.

³⁸ Para R.H. BREBBIA (ob. cit., pág. 122), en estos casos particulares, “la teoría de la culpa no constituye explicación suficiente para asentar en ella la obligación de resarcir”, porque entiende que no se trata de actos abusivos o antifuncionales, y atribuye el fundamento a la eficacia que acuerda la ley a la voluntad unilateral del proponente.

³⁹ Confr. J. GHESTIN, ob. cit., pág. 280. Este autor entiende que la concepción meramente voluntarista del contrato debe ser reemplazada por una concepción más funcional, según la cual “antes que un acuerdo de voluntades, el contrato es un ‘instrumento de la vida social’, en el cual la oferta, en tanto manifestación de voluntad con consecuencias sociales, posee valor jurídico propio, desligada de su autor, de conferir a su destinatario la facultad de formar el contrato por su aceptación” (ob. cit., pág. 281).

⁴⁰ Confr. R. FONTANARROSA, ob. cit., pág. 67. También Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pág. 287; aunque entiende que “no se puede hablar de una voluntad contractual del oferente tras su fallecimiento o incapacidad sobrevenida”, estima que una excepción a esa regla es la oferta irrevocable, porque “aunque el proponente fallezca dentro del plazo de irrevocabilidad, la propuesta vincula a los herederos”.

⁴¹ Este criterio se inspira en la Convención de Viena, que dispone en el art. 19: “1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. 2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación. 3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta”.

⁴² Así enuncia la salvedad el texto del art. 1151 del Proyecto de la Comisión de Diputados de 1993, texto casi coincidente con el del Proyecto de 1987, que parece preferible a la del Proyecto de 1998, según el cual “... las otras modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante”.

⁴³ Confr. Alejandro M. GARRO - Alberto L. ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, La Rocca, 1990.

⁴⁴ Intensas reflexiones han habido sobre la determinación del destinatario de la oferta en la doctrina argentina, con motivo de la contradicción entre el texto y la nota al art. 1148 C.C. (confr. Augusto Belluscio, (dir.) - Eduardo Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, Buenos Aires, Astrea, 1984, comentario al art. 1148, & 3 y 4, págs. 759-760).

⁴⁵ Muy gráficamente afirma W. FLUME (ob. cit., pág. 705) que “no existe ‘el’ contrato, sino solamente ‘los’ contratos”.

⁴⁶ Confr. R. FONTANARROSA, ob.cit., pág. 68.

⁴⁷ Confr. W. FLUME, (ob. cit., pág.745), advierte que cierta doctrina, que el autor no comparte, “*quieren excluir estos casos del derecho de los contratos y creen que no se trata de relaciones jurídicas que se establecen por contrato, sino de relaciones jurídicas en virtud de un ‘comportamiento social típico’ o simplemente de relaciones contractuales ‘de hecho’*”.

⁴⁸ CNACAF, 31/10/06, autos: “Supermercados Ekono S.A. c/ DNCI DISP 1118/03”, que aplicó la sanción dado que “los productos publicados y ofertados en folletos propios no se encontraban en el salón de ventas del hipermercado, como así tampoco un producto similar o de calidad superior que mantuviera la oferta”. Es reiterada la jurisprudencia por infracciones de esta índole. Ver entre otros: CNPE, Sala A, 9/8/04; CNPE, Sala B, 16/12/05; CNCiv., 25/3/08; CNCiv., Sala K, 9/8/08; CNCiv., Sala F, 30/8/07; CNCiv., Sala K, 4/7/08.

⁴⁹ CNACAF, 17/2/09, autos: “Banco Santander Río c/ DNCI - Disp. 697”.

⁵⁰ Juan M. APARICIO, ob. cit., pág. 81.

⁵¹ J. GHESTIN, ob. cit., pág. 257, advierte que “*El adherente, que es a quien conviene proteger, no es siempre aquél cuya aceptación forma el contrato*”.

⁵² El uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) conforma la infraestructura de la “Sociedad de la Información” en el que se desenvuelve el *e-commerce*. El comercio electrónico implica temáticas pluridimensionales, porque compromete distintas áreas de conocimiento y de actividad, concernientes tanto al sector público como al privado. Los proyectos de comercio electrónico pueden referirse a emprendimientos comerciales, culturales, gubernamentales, etc., e implican el diseño de vínculos y negocios electrónicos, su promoción y desarrollo, la publicidad, la gestión de negocios, los sistemas de pago, logística y transportes, e incluso las cuestiones vinculadas con la protección de los derechos intelectuales.

⁵³ Una obra clásica en el tema es la de Rafael ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2001. También Ricardo L. LORENZETTI, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

⁵⁴ Confr. Miguel Federico DE LORENZO, “Autoría e imputación en el ámbito contractual. A propósito del artículo 473 del Código Civil”, L.L. 1998-C-1215; E. BETTI (ob. cit., pág. 127); oportunamente había señalado que “... en el camino de la objetivación del negocio según las exigencias del tráfico se ha llegado a reconocer el valor de negocio jurídico a formas de producirse en las cuales falta, tanto la voluntad del acto, como la conciencia de su contenido y valor... la carga de conocimiento (‘el deber saber’), en la estimación del Derecho, ocupa el puesto de la conciencia efectiva, y el haber descuidado cumplirla trae consigo una autorresponsabilidad que justifica la imputación del comportamiento concluyente, sobre la base de la confianza provocada en los demás”.

⁵⁵ Ricardo LORENZETTI, “La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza”, L.L. 2000-D-1155.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 1157.

⁵⁷ Noemí NICOLAU, “El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato”, en *Tratado de la buena fe en el derecho* (dir.: Marcos Córdoba - coord.: Lidia Garrido y Viviana Kruger), Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 323.

⁵⁸ Confr. E. BETTI, ob. cit., pág. 24, recuerda una máxima de la jurisprudencia italiana, según la cual “*La teoría de la apariencia del derecho requiere una situación por la cual, quien ha confiado razonablemente en una determinada manifestación jurídica y se ha conducido conforme a ella, tiene derecho a contar con tal manifestación, aunque no corresponde a la realidad*”.

⁵⁹ CNCom., 10/3/08, autos: “Lorenzini de Martini, Luciana y otro c/ Viajes Ati S.A.”

⁶⁰ Cámara Cont. Adm. Trib. CABA, Sala I, 5/11/03, en autos: “Deautos S.A. c/ GCBA - Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

⁶¹ Confr. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El Poder Judicial hacia el siglo XXI”, en: Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI - Roberto LÓPEZ CABANA (dir.), *Derechos y garantías en el siglo XXI*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 62.

LA FUERZA VINCULANTE DE LA OFERTA

por MARIO CÉSAR GIANFELICI

SUMARIO: I. Antecedentes. II Contenido y problemática del tema. III. Sistemas del derecho comparado. IV. Sistema del Código Civil argentino. V. Las ponencias presentadas sobre el tema ante el “IV Congreso Nacional de Derecho Civil”. VI. Recomendaciones de la Comisión. VII La oferta al público. VIII. Criterios de la legislación posterior. IX La fuerza vinculante de la oferta en los Proyectos de Reforma de última generación. X La fuerza vinculante de la oferta según los Principios de Unidroit. XI. Epílogo.

I. Antecedentes

El “Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil” (Córdoba, 1969), se reunió para analizar las recientes reformas que había introducido al Código Civil la ley 17.711. Este Congreso subsumió a las “Cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, las que habían iniciado su ciclo, paralelamente a aquéllos, en el año 1963, a instancia del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L, y por iniciativa del Dr. Roberto H. Brebbia¹.

El tema que nos ocupa, pese a integrar el temario del Congreso de referencia como tema N° 12, no alcanzó a ser tratado en la Sesión Plenaria, razón por la cual las “recomendaciones” que fueron aprobadas por la Comisión respectiva no figuran entre las “recomendaciones” de dicho Congreso, mas constan en las actas publicadas por la Universidad Nacional de Córdoba, como parte de los “antecedentes de los temas no considerados por el Congreso”². Lo cual torna más interesante el análisis de las conclusiones de los Despachos que allí se produjeron.

En la Comisión fueron presentadas cinco ponencias, a saber la de los siguientes profesores: a) Dr. Jorge Mosset Iturraspe, por la Universidad Nacional del Litoral; b) Dr. Jorge Fernando Núñez, por la Universidad Nacional de Córdoba; c) Dres. Edgar A. Ferreyra, Mario A. Piantoni, Juan Manuel Aparicio, Carmen Díaz de Trebino, Argemina García Faure de Perlatti, y Nélide Moisés, por el Instituto de Derecho Civil de Córdoba); Dr. Federico Videla Escalada, por la universidad del Salvador; y e) Dr. Horacio Oliva Vélez, por la que adhiere a la ponencia del Instituto de Derecho Civil de Córdoba, con algunas modificaciones.

En rigor, la regulación de Vélez sobre la oferta contractual no fue modificada por la Reforma del año 1968. Mas pareció justificado su tratamiento por el “IV Congreso”, por considerarse, precisamente, uno de los “silencios de la reforma”, al decir del Dr. Federico V. Escalada, entre los fundamentos de su ponencia.

II. Contenido y problemática del tema

Sabido es que la oferta contractual es una manifestación unilateral de voluntad, recepticia, dirigida a perfeccionar un contrato. Se señalan como principal requisitos el de “completividad” -referencia a un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos-; el de la intención de obligarse del proponente; discutiéndose si lo es el de la “determinación” -necesidad de estar dirigida a persona determinada- (doc. art. 1148 C.C.)³. La “oferta” constituye así, una de las manifestaciones de voluntad que concurren a formar el consentimiento, conjuntamente con la otra que se llama “aceptación” (art. 1144 C.C.).

El tema de la “fuerza vinculante de la oferta en el contrato”, pone en foco diversas cuestiones, a saber:

- En primer lugar la de su “*obligatoriedad*”, esto es, si una vez formulada la oferta el proponente debe mantenerla por cierto tiempo o si, por lo contrario, puede revocarla o

retractarla mientras no haya sido aceptada, instancia ésta en que el consentimiento queda perfeccionado.

- El problema de la “*caducidad*” y “*autonomía*” de la oferta y sus efectos.

- La cuestión de la “*responsabilidad civil precontractual*”, por la “retractación” -para el caso de admitirse su posibilidad jurídica- y por “caducidad”.

En síntesis, el de “la fuerza vinculante de la oferta en el contrato” no es más que el tema de los “efectos” que produce la oferta, particularmente la posibilidad de su ineficacia por voluntad del proponente -retractabilidad-, o de pleno derecho por caducidad y, en su caso, el deber de resarcir el daño causado a su destinatario. No debiendo confundirse con “la fuerza vinculante del contrato”, que es el efecto que se produce cuando la oferta ha sido válidamente aceptada⁴.

III. Sistemas del derecho comparado

El Derecho comparado exhibe acerca de las cuestiones planteadas, dos soluciones:

a) *Sistema tradicional o latino.*

Según este sistema, la oferta *puede ser eficazmente revocada o retractada*, una vez que ha llegado a conocimiento jurídico del destinatario, mientras que éste no la haya aceptado, salvo manifestación en contrario del oferente, cual es el caso de la oferta llamada “en firme”. Es decir que la oferta se la considera como *no obligatoria*. Se funda en que, de lo contrario, el proponente perdería su libertad de actuar frente al destinatario de la oferta, quien tendría libertad de decisión.

Consecuentemente, considera que la oferta se extingue por la muerte o incapacidad del oferente o el destinatario, si estos hechos se producen antes de la aceptación, es decir *no se la considera autónoma*⁵.

Fue el Sistema del Derecho Romano. En este derecho la oferta no producía ningún efecto vinculante, salvo regla expresa. La “promesa unilateral”, sólo producía efecto en unos pocos casos, de carácter religioso o público. Perdura en las legislaciones de estirpe latina, entre otros, el derecho francés, el Código Civil italiano de 1942 y el derecho angloamericano⁶.

Empero, el hecho de que la oferta pueda ser revocada, no impide para este sistema admitir que el proponente *este obligado* a mantenerla durante cierto tiempo, una vez llegada a conocimiento del destinatario, lapso necesario para que éste reflexione acerca de su contenido, bajo apercibimiento de incurrir en *responsabilidad civil precontractual*. Nótese que no hay contradicción entre esta postulación y la afirmada en los párrafos precedentes. Pues una cosa es que exista la *posibilidad jurídica* de revocar, esto es la posibilidad de que quede ineficaz y otra de que, además, no exista el deber jurídico de mantenerla durante cierto tiempo, cuya infracción genere responsabilidad civil.

En otras palabras, para este sistema si bien la oferta se puede revocar, es ilícito hacerlo en ciertas circunstancias, aspecto este último que es considerado como un modo de atenuar las consecuencias de aquél poder jurídico⁷. El art. 1328 del C.C. italiano de 1942 es exponente de tal criterio a establecer, tras sentar el principio de revocabilidad de la oferta que: “*Sin embargo, si el aceptante hubiera emprendido de buena fe su ejecución antes de tener noticias de la revocación, el proponente estará obligado a indemnizarlo de los gastos y pérdidas sufridas por el comienzo de ejecución del contrato...*”. Igualmente su art. 1337: “*Negociaciones y responsabilidad precontractual. Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe.*”

b) *Sistema germánico*

Según este sistema la oferta *no puede ser retractada* una vez que ha llegado a conocimiento jurídico del destinatario, salvo disposición en contrario del oferente (“oferta sin compromiso” o “sin garantía”⁸). Es decir, considera como principio que la oferta *es obligatoria*. Tal efecto

perdura durante el tiempo de su vigencia. Su fundamento radica en que la confianza que la oferta pueda suscitar en el destinatario, no resulte defraudada.

Concordantemente, según este sistema la muerte o incapacidad del oferente después de emitida la oferta, no afecta su eficacia. Es decir, que la oferta no caduca en función de tales eventos, sino que *es autónoma* respecto de las vicisitudes que pueda experimentar el proponente.

El sistema latino, reseñado en el párrafo precedente, se mantuvo como tradicional y no presentó inconvenientes hasta el siglo XVIII, época durante la cual se desarrolló la contratación mercantil entre personas ausentes. El sistema germánico, en análisis, si bien fue admitido por el derecho germánico medieval, la primera reacción legislativa derivada de los nuevos hechos se halla, según Nussbaum, en el Código prusiano de 1784 y en el Código austríaco de 1811⁹. Ha sido adoptado por el Código Civil alemán, el Código suizo de las obligaciones y el Código Civil de Portugal¹⁰.

Siendo la oferta irrevocable, no se presenta, obviamente, la cuestión de la responsabilidad civil por retractación intempestiva.

IV Sistema del Código Civil argentino

Nuestro Código civil adopta el sistema tradicional¹¹.

En efecto, el art. 1150 establece como regla de principio la revocabilidad de la oferta, es decir que la oferta *no es obligatoria*: “*Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas...*”. Pero a continuación prevé dos excepciones, en que la oferta es irrevocable: a) Supuesto en que el oferente “*hubiese renunciado a la facultad de retirarla*”; y b) Supuesto en que el oferente “*se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada*”. Si bien el segundo supuesto no ha suscitado mayores discusiones, el primero ha sido blanco de diversas interpretaciones. Asimismo, se discute sobre los efectos de la retractación en tales casos de excepción, a saber, si corresponde su ineficacia o sólo el deber de indemnizar los daños al aceptante¹².

Respecto de la caducidad, nuestro Código prevé que la oferta queda sin efecto si cualquiera de las partes fallece o pierde su capacidad, el proponente antes de haber sabido la aceptación y el destinatario de la oferta, antes de haber aceptado (art. 1149). La doctrina polemiza si esta caducidad alcanza también a las ofertas irrevocables¹³.

Finalmente, el principio de revocabilidad de la oferta se halla atenuado, por la *responsabilidad civil extracontractual* en que puede incurrir el oferente si el destinatario de la oferta la hubiese aceptado de buena fe, esto es ignorando la retractación, la muerte o la incapacidad del oferente, en la medida que hubiese realizado gastos o sufrido pérdidas (art. 1156).

V Las ponencias presentadas sobre el tema ante el “IV Congreso Nacional de Derecho Civil”

Reseñada la problemática que encierra el tema en análisis y recordado lo que al respecto dispone nuestro Código Civil, estamos en condiciones de analizar las distintas ponencias que, al respecto, fueron presentadas ante el “IV Congreso Nacional de Derecho Civil”.

De *lege lata* (I), propugno que “*se admite la falta de eficacia vinculatoria que tiene en general la oferta en nuestro derecho -principio de la revocabilidad- salvo los casos contemplados en el apartado 2º del art. 1150...*”(a).

Respecto del supuesto de “renuncia” a la facultad de retirarlas, haciendo una interpretación “conservadora de su eficacia”, postuló interpretar que ella “*se mantiene durante el lapso en el cual pueda esperarse la llegada a conocimiento del proponente de una aceptación remitida a tiempo y regularmente*”. Se separa así del criterio que considera que tal supuesto de excepción es inválido por no determinarse el tiempo de duración de la renuncia (b).

Sostuvo igualmente que la retractación de la oferta en los supuestos de excepción del art. 1150, 2º ap. “*carece de eficacia jurídica, pudiendo el aceptante demandar el cumplimiento del contrato*” (c).

Destacó que la aceptación que impide la revocación (art. 1150, 1ra. pte.), es la “*enviada al proponente*” (art. 1154) (d) y que la manifestación de revocación no es recepticia, por lo que produce efectos “*desde su emisión por el oferente*” (e).

Consideró que la “oferta irrevocable” es autónoma “*subsiste -no caduca- en caso de muerte o incapacidad del proponente, salvo que de la misma pueda inferirse lo contrario*” (f).

Finalmente, a fin de “*poner de resalta la vigencia en nuestro ordenamiento de la responsabilidad precontractual*”, propugno que la revocabilidad de la oferta “*encuentra un límite en el respeto a la buena fe -art. 1198- y en el ejercicio regular de los derecho -art. 1071-*”, responsabilidad que debe ser “*ampliamente acogida por la jurisprudencia*”, debiendo acontecer lo propio en el supuesto del art. 1156 (g, h, i).

En cambio, de *lege ferenda* (II), postuló “*soluciones acordes con las necesidades del tráfico negocial y mas respetuosas de la expectativa o confianza que una oferta despierta en su destinatario, contenga o n un plazo de duración determinado*”. En tal orden bregó por la consagración del principio de “*obligatoriedad*” -aunque “*puede contener una cláusula de libre revocabilidad*”- y el de “*autonomía de la oferta*”, esto último “*salvo que lo contrario surja de la naturaleza del contrato o de sus circunstancias*” (a, b, d, f). Considerando que “*puede fijarse en quince días el tiempo durante el cual quien emite una oferta queda obligado a mantenerse en ella, salvo que de los usos, las circunstancias del contrato o de sus mismos términos se desprenda uno distinto*” (c).

Finalmente sostuvo que “*Debe legislarse sobre caducidad de la oferta por el transcurso del tiempo: a) entre presentes, si no fuere aceptada de inmediato; entre ausentes, si no fuere aceptada dentro de un plazo determinado (quince días) o determinable (el denominado plazo útil)*”.

V.2. Ponencia del Dr. Jorge Fernando Núñez

Realizó una ponencia de *lege ferenda*. Propuso que el “*principio de fragilidad de la oferta*” debe reformarse “*receptándose el sistema de la obligatoriedad*” (1º).

Sostuvo que la oferta “*que tenga señalado un plazo para su aceptación debe ser irrevocable y producir efectos vinculantes durante y hasta el término indicado por el oferente*” (2º)

No obstante consideró que la “*simple renuncia del oferente de retirar la oferta sin determinación del término de duración de la misma, no puede producir efecto jurídico alguno*” (3º), con fundamento en el carácter temporario de las relaciones creditorias. “*La propuesta que contenga una renuncia que fije un plazo de duración*”, equivale a la “*que indique un plazo para la aceptación*” (4º).

Postuló que la oferta “*sin fijación de plazo*”, es vinculante durante “*un término que la ley determine*”, siendo aconsejable “*que la ley determine un plazo exacto*” en vez de fórmulas como las del Código Civil alemán que remite a un “*tiempo hábil*”(5º).

Consideró que el plazo de vigencia de la oferta debe ser independiente “*de que ella se haga a una persona ausente o presente*”, ya que lo que debe tenerse presente “es la complejidad del negocio jurídico” (6°)

Respecto de la caducidad concluyó que la muerte o incapacidad del oferente, durante el plazo de vigencia del oferta “*no debe impedir la perfección del contrato*”, salvo que concurren alguna de las excepciones previstas por el art. 1195 C.C. arg., 2da. pte. (7°).

Pero, no obstante, propuso que “*debe permitirse al oferente retirar su proposición, si dicha retractación llega antes o al mismo tiempo que aquélla*”, por ser “*un principio universalmente consagrado*” (8°).

Finalmente concluyó que la “*aceptación tardía y cualquier modificación que se hiciese en la oferta al aceptarla importará la propuesta de un nuevo contrato* (art. 1332 5 C.C. de Perú” (9°). Mas el proponente “*puede tener por válida la aceptación tardía... siempre que lo haga saber inmediatamente a la otra parte...* C.C. de Venezuela, art. 1137).

V.3. Ponencia presentada por los Dres. Edgar A. Ferreyra, Mario A. Piantoni, Juan Manuel Aparicio, Carmen Díaz de Trebino, Argemina García Faure de Perlatti, y Nélica Moisés

Sostuvieron que la oferta de contrato “*es una declaración de voluntad unilateral y recepticia emitida por una de las partes, con miras a la celebración de un negocio jurídico*” (1°). “*Debe ser seria y con intención de obligarse...*” y encuadrar “*en las condiciones generales de validez exigida por la ley para los actos voluntarios*” (2°). Debiendo contener todos los “*antecedentes constitutivos*” del negocio jurídico de que se trate (3°).

Respecto de los efectos postularon que “*Tiene la oferta un poder vinculante, de por sí, durante el lapso en que pueda la otra parte concretar su aceptación. Excepto, si se hubiese hecho reserva expresa para la retractación*” (4°).

Entendieron que: “*Caduca la oferta: a) por el rechazo o la modificación de que de su contenido hiciese el destinatario; b) por vencimiento del plazo expreso fijado para su consideración; c) por el transcurso de un plazo implícito y suficiente, conforme a las circunstancias particulares del negocio, para que la aceptación pudiera haberse producido. En ningún caso este plazo será inferior a diez días, ni exceder de cuarenta y cinco; d) si usándose un medio de comunicación directo, como el teléfono o la radio, no hubiese habido aceptación al interrumpirse las tratativas*” (5°).

Sin embargo, respecto de la “*autonomía*” sostuvieron que: “*La muerte o incapacidad sobreviniente de la parte que hizo la oferta, no constituye causal de caducidad; a no ser que, por las circunstancias especiales del negocio, pueda presumirse una voluntad en contrario o que exista una grave dificultad para poder cumplir los herederos o representantes con las obligaciones del contrato*” (6°).

Expresaron que para que haya contrato es menester que las partes “*estén de acuerdo sobre todo el contenido del negocio*”, debiendo constar en la formalidad (Instrumento público o privado) exigida por la ley o por la voluntad de las partes (7°).

Concluyeron que “*Constituye una nueva oferta : a) la aceptación tardía; b) la modificación del contenido de la oferta.*” (9°). No obstante consideraron que la aceptación tardía perfecciona el contrato, salvo que el proponente “*notifique en forma fehaciente al aceptante que el negocio se frustró, a raíz de tal circunstancia*” (10°).

V.4. Ponencia presentada por el Dr. Federico Videla Escalada

Este ponente presentó una propuesta de *lege ferenda*. Tras una extensa fundamentación, en la que pasa revista de las soluciones del Código Civil argentino, y las de los sistemas germánico

y latino, con especial referencia al Código Civil italiano de 1942, concluye con la conveniencia de modificar la solución del Código Civil arg., consagrando como principio el de la fuerza vinculante de la oferta de contrato.

A tal fin propuso que el Congreso recomiende modificar el art. 1150 5 C.C. en los siguientes términos: *“La oferta obliga al oferente, salvo que éste excluya expresamente su fuerza vinculante o que ello resulte de la naturaleza del negocio o de sus modalidades. La oferta hecha a una persona presente o la formulada por teléfono al destinatario de la misma sólo pueden ser aceptadas inmediatamente. La oferta hecha a persona ausente obliga a quien la formuló hasta el momento en que pueda esperarse la respuesta por los medios de comunicación ordinarios. En todo caso, el oferente puede fijar plazo a su propuesta, que será obligatorio para él”*.

V.5. Ponencia presentada por el Dr. Horacio Oliva Vélez

Adhirió expresamente a la ponencia presentada por los profesores del Instituto de Derecho Civil de Córdoba ¹⁴, excepto en cuanto a la *“extensión de los términos propuestos para el supuesto de plazo implícito determinante de la caducidad de la oferta (5,c)”*, por estimar *“que esos términos deberían reducirse, tanto en el mínimo, como en el máximo propuestos”*. Se fundó para ello en *“razones de seguridad jurídica y además porque dadas las condiciones actuales de las comunicaciones... los plazos, en los contratos entre ausentes, deben ser fundamentalmente breves”*.

VI. Recomendaciones de la Comisión

VI.1. Despacho de mayoría

Aconsejó aprobar las siguientes recomendaciones, proponiéndose como miembro informante al Dr. Edgard. A. Ferreyra:

“I. De lege lata:

a) Se admite la falta de eficacia vinculatoria que tiene la oferta en general, conforme a nuestro derecho (principio de la revocabilidad) salvo los casos contemplados en el apartado 2° del art. 1150.

b) El segundo de los supuestos del apartado 2° del art. 1150 (renuncia sine die a la facultad de retirar la oferta) debe interpretarse en el sentido que la oferta se mantiene en el lapso durante el cual puede esperarse la llegada a conocimiento de proponente de la aceptación remitida a tiempo y regularmente.

c) Existiendo plazo, la retractación de la oferta carece de eficacia y la aceptación producida dentro de ese término, sirve para formar el contrato.

d) La aceptación que obsta a la revocación de la oferta, art. 1150, la parte del 2° apartado, es aquella que ha sido remitida al proponente conforme lo establecido por el art. 1154 del C.C. (contrato entre ausentes).

e) La declaración por la cual se revoca la oferta (art. 1156) produce efectos desde su emisión por el oferente.

f) La oferta irrevocable (art. 1150, 2° ap.) subsiste, no caduca en caso de muerte o incapacidad del proponente, salvo que de la misma pueda inferirse lo contrario.

g) La facultad de revocar la oferta tiene sus límites en los principios de la buena fe (art. 1198) y el ejercicio regular de los derechos (art. 1071) la responsabilidad que de la revocación podría derivarse, debe ser ampliamente acogida por la jurisprudencia.

II. De lege ferenda:

1. La oferta es una declaración de voluntad unilateral y recepticia, emitida por una de las partes, con miras a la celebración de un contrato.

2. Deberá reconocerse a la oferta poder vinculante durante el lapso en que pueda la otra parte concretar su aceptación. Excepto, si se hubiese hecho reserva expresa para la retractación.

3. Caduca la oferta: a) por el rechazo o modificación que de su contenido hiciese el destinatario; b) por vencimiento del plazo expreso fijado para su consideración; c) por el transcurso de un plazo implícito y suficiente, conforme a las circunstancias particulares del contrato, para que la aceptación pudiera haberse producido. Este plazo será de quince días; d) Si usándose un medio de comunicación directo, como el teléfono o la radio, no hubiese habido aceptación al interrumpirse las tratativas.

4. La muerte o incapacidad sobreviviente de la parte que hizo la oferta, no constituye causal de caducidad, a no ser que por las circunstancias especiales del contrato, pueda presumirse una voluntad en contrario o que exista una grave dificultad para poder cumplir los herederos o representantes, con las obligaciones.

5. No habrá contrato mientras las partes no estén de acuerdo sobre todo el contenido de la oferta. La conformidad sobre puntos aislados, no es, suficiente para establecer esta vinculación jurídica.

6. La aceptación, producida en tiempo propio, perfecciona el contrato.

7. Constituye una nueva oferta: a) La aceptación tardía; b) la modificación del contenido de la oferta.

Dres. Edgard A. Ferreyra, Francisco A. de la Vega, Jorge, F. Núñez, Horacio Oliva Vélez, Pedro José Lella, Jorge Mosset Iturraspe, Carmen Díaz de Trebino, A. García Faure de Perlatti, Mario A. Piantoni, Avelino León Hurtado, Luis Ovsejevich, María Nélica Moisés, Juan M. Aparicio.

Suscribimos únicamente la parte de lege ferenda: Dres. Juan Carlos Rezzónico, Oscar B. Remaggi.”

VI.2. Despacho de minoría

Aconsejó aprobar el siguiente despacho:

“1) Tanto la renuncia lisa y llana -sine die- a que hace mención el art. 1150 como lo de mantenerlo por un tiempo determinado, son casos de renuncia al derecho de revocar y de allí a que a ambos casos se le aplique lo dispuesto en los arts. 868 y sgtes., específicamente lo dispuesto sobre aceptación de la renuncia.

2) La oferta es un acto jurídico unilateral recepticio.

3) Para el supuesto en que no se hubiere fijado un término para la renuncia debe aplicarse los principios de las obligaciones sin plazo.

4) Nuestro Código sigue el sistema denominado «Clásico» (arts. 1149 y 1150 primera parte), con las excepciones dadas por la posibilidad de renunciar al jus revocandi (art. 1150 segunda parte) y la obligación ex lege de indemnizar que nace del art. 1156.

5) Pactada la renuncia, la revocación violatoria es ineficaz y la aceptación perfecciona el contrato, naciendo por ende una acción por incumplimiento.

6) La aceptación que obsta a la revocación es la información del art. 1151 y ello se deduce del art. 1156.

7) Si bien de lege ferenda se puede admitir que la oferta sea irrevocable por un tiempo a determinarse, no se debe establecer la autonomía para el caso de fallecimiento o incapacidad, siguiendo lo proyectado por el Dr. Llambías en su anteproyecto, art. 1009, inc. 1.

Dr. Ignacio Colombres Garmendia

DISIDENCIA PARCIAL

En caso de renuncia sine die a la facultad de revocar la oferta, legislado en el art. 1150, ap. 2º, debe entenderse en el sentido que el oferente puede revocar la oferta antes de que haya sido aceptada. Esta revocación, sin embargo, no producirá efecto si el aceptante remitió la aceptación, aún cuando esta no haya llegado a conocimiento del oferente.

Dres. Roberto H. Brebbia - Elías Baglini Jorge F. Núñez”.

VI.3. Balance de las recomendaciones propuestas

De los despachos transcritos en el párrafo precedente, a nuestro juicio merecen destacarse especialmente las siguientes conclusiones:

I) De *lege lata*

1) La validez de la renuncia *sine die* a la facultad de retirar la oferta como supuesto de su irrevocabilidad (art. 1150, 2do. pte., 5 C.C.). En ello coinciden los Despachos de Mayoría (b) y Minoría, aunque éste considerando aplicable a tal supuesto las normas sobre aceptación de la renuncia, arts. 868 y ss., 5 C.C. (1).

2) La ineficacia de la retractación de la oferta irrevocable, no impidiendo la formación del contrato la aceptación producida dentro del plazo de vigencia de aquélla. Son coincidentes los Despachos de Mayoría, (c) y Minoría, (5).

3) La aceptación que obsta a la retractación es la que ha sido remitida al proponente, según la Mayoría (d), y la que llega a conocimiento del oferente, según la Minoría (6).

4) La revocación de la oferta produce efectos desde su emisión por el oferente, según la Mayoría (e).

5) La oferta irrevocable es autónoma, según el Despacho de la Mayoría (f), mientras que la Minoría recomendó que no se debe establecer la autonomía (7).

6) La generalización de la responsabilidad precontractual frente al supuesto de retractación de la oferta en infracción a los principios de buena fe (art. 11985 C.C.) y de ejercicio regular de los Derechos (art. 10715 C.C.). Por Mayoría (g). La Minoría destacó la obligación *ex lege* de indemnizar, prevista en el art. 1156 (4).

II. De *lege ferenda*

1) Admisión del principio de obligatoriedad de la oferta, salvo reserva expresa del proponente para la retractación. Despacho de Mayoría (2) y Despacho de Minoría (7).

2) Precisión de los supuestos de caducidad de la oferta y su plazo de vigencia. Despacho de Mayoría (3).

3) Admisión del principio de autonomía de la oferta, excepto la existencia de circunstancias especiales del contrato que permiten presumir lo contrario o de graves dificultades para cumplir los herederos o representantes con las obligaciones. Despacho de Mayoría (4). El Despacho de Minoría se manifestó contrario a la autonomía, por más que se llegue a admitir la irrevocabilidad de la oferta (7).

4) El rechazo de la teoría de la *punktation*. Despacho de Mayoría (5).

5) La determinación de supuestos de contraoferta tácitos, a saber: la aceptación tardía y la modificación al contenido de la oferta. Despacho de Mayoría (7).

Nota: cabe observar que los despachos no se pronunciaron acerca de la cuestión de la fuerza vinculante de la denominada “oferta al público”, por lo que pasamos a referirnos a su problemática.

VII. La oferta al público

Respecto de la denominada “oferta al público” u oferta dirigida a personas indeterminadas, se discute si constituye una verdadera “oferta”, o por lo contrario, una simple “invitación a contratar”¹⁵.

Su calificación como “oferta” haya un obstáculo en el requisito de la “determinación del destinatario”, exigido para ésta.

Se ha justificado la necesidad del requisito de referencia, en la dificultad que se generaría al oferente, en el supuesto de que varios destinatarios aceptasen simultáneamente la oferta, y no pudiera satisfacerlos por agotamiento del bien ofrecido. En contra del requisito de determinación del destinatario, se ha considerado que con tal exigencia muchas veces podría burlarse la buena fe del público, que ha entendido hallarse frente a una verdadera oferta¹⁶.

Para nuestro derecho común del contrato, el art. 1148 C.C., prescribe para la oferta, que ésta esté destinada “a personas determinadas”¹⁷. El art. 454 del Cód. de Comercio, expresa que “*Las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto o circular no obligan al que las ha hecho*”. Con lo que, *prima facie*, se debería tener por cierto que en nuestro ordenamiento la determinación del destinatario es un recaudo ineludible de la oferta.

No obstante, los partidarios en considerar la oferta al público, como verdadera oferta, hacen otra interpretación de los artículos de referencia. Respecto del art. 1148 se sostiene que a las “personas determinadas” se hallan equiparadas las “personas determinables” -lo que supone un procedimiento de determinación previsto en la oferta, tal “quien gane una competencia deportiva”-¹⁸; y respecto del art. 454, Cód. de Com. se observa que la norma no alude a las ofertas dirigidas a personas indeterminadas, sino genéricamente a las “ofertas indeterminadas”, siendo que la indeterminación puede recaer tanto sobre la persona del destinatario como respecto de otros elementos del contrato, como mercadería, precio, calidad, y a éste último supuesto se referiría el mentado art. 454¹⁹.

En síntesis, la doctrina nacional está dividida: algunos niegan terminantemente la validez de la oferta que no esté destinada a persona determinada; otros, haciendo una interpretación flexible, admiten que también puede estar dirigida a personas determinables; y finalmente, la postura de los comercialistas, que sostienen la validez y eficacia de la oferta al público, en tanto reúna los demás requisitos de la oferta, a saber, la intención de obligarse y las especificaciones relativas al contrato al que se refiere²⁰.

Este último es el criterio que adopta, entre otros ordenamientos, el Código Civil italiano de 1942, cuyo art. 1336, prescribe: “*Oferta al público. La oferta al público, si contuviera los extremos esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigida, vale como propuesta, salvo que otra cosa resulte de las circunstancias o de los usos*”.

VIII. Criterios de la legislación posterior

Con posterioridad al “IV Congreso Nacional de Derecho Civil”, se dictó en nuestro país una nueva legislación que modificó, para sus ámbitos respectos de aplicación, el criterio del Código Civil argentino, antes reseñado²¹. Tales son: a) La ley 22.765 (B.O. 30/3/83) que aprobó para nuestro país la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”; y b) La ley 24.240 (B.O. 15/10/93) y modificatorias -especialmente la ley 26.361 (B.O., 7/4/08)-, sobre Defensa del consumidor. Nos abocaremos, a continuación, a las modificaciones que en la materia introdujeron tales leyes.

VIII.1. La Ley 22.765 (compraventa internacional de mercaderías)

La Convención de referencia está destinada a regular sólo la formación y los derechos y obligaciones de las partes de los contratos de compraventa de mercadería (art. 4), cuando las partes tengan sus establecimiento en Estados diferentes: a) en cuanto sean Estados Contratantes, o b) “cuando las normas de acuerdo internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante” (art. 1.1) Con prescindencia de la nacionalidad de ellas y de su carácter civil o comercial o del contrato (art. 1.3). Con expresa exclusión del supuesto -entre otros enumerados-, en que las mercaderías fueren adquiridas “para uso personal, familiar o doméstico”, salvo desconocimiento de buena fe del vendedor (art. 2, texto según Fe de erratas (B.O. 27/10/88).

Establece los requisitos de la oferta, la cual debe ser: a) Completa (debe indicar las mercaderías, su cantidad y el precio o un medio para determinarlos) -art. 14.1-; b) Seria (debe indicar la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación) -art. 14.1-; c) Destinada a persona o personas determinadas (caso contrario se la considera una simple invitación a ofertar, salvo manifestación del proponente en contrario -art. 14.2-; d) Recepticia (la oferta produce efectos cuando llegue al destinatario, esto es, cuando se le comunique o se le entregue en su establecimiento o domicilio. Por lo que puede ser eficazmente retirada, aunque fuere irrevocable, si su retiro llega antes de ese momento o simultáneamente) -arts.15 y 24-.

En cuanto a los efectos, establece el principio de “no obligatoriedad”, por lo que admite que puede ser revocada si la manifestación de revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación -art. 16.1-. Por excepción no podrá revocarse si el oferente indica de algún modo que es irrevocable -tal si se señala un plazo fijo para la aceptación- o si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta tenía tal carácter y ha obrado en consecuencia -art. 16.2-. Admite que la aceptación puede ser retractada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación o simultáneamente con ella -art. 22-.

Como puede apreciarse, hasta aquí el sistema de la Convención, coincide básicamente, con el de nuestro Código civil, pese a que aquélla fue aprobada más de cien años después de la vigencia de éste.

No obstante, el sistema de la Convención se diferencia al de nuestro Código civil, en cuanto al momento perfectivo del contrato entre ausente, desde que adopta el de la *recepción* -art. 18.2-, salvo indicación de asentimiento mediante un acto de ejecución del contrato -art. 18.3-.

Igualmente, se diferencia, en cuanto la Convención adopta la teoría de la *punktion*. En efecto, si bien sienta como principio que las alteraciones que se introduzcan en la oferta al aceptarla constituyen una contraoferta, a reglón seguido expresa que si tales modificaciones no alteran sustancialmente sus elementos -como lo son los que refieren al precio, al pago, la calidad y cantidad de la mercaderías, lugar y fecha de entrega, grado de responsabilidad o a la solución de la controversia- el contrato queda perfeccionado, salvo que el oferente, “sin demora injustificada” objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido.

Finalmente, sólo prevé como supuestos de caducidad de la oferta los de su rechazo y el de la aceptación tardía, salvo voluntad del oferente en contrario, exteriorizada según las hipótesis que prevén los incs. 1 y 2 del art. 21.

VIII.2 La ley 24.240 (Defensa del consumidor)

Esta ley, recientemente modificada por la ley 26.361, constituye la base del “estatuto de los consumidores y usuarios”, por lo que sus disposiciones no alteran la totalidad del Derecho común de los contratos, sino que constituyen un Derecho especial, aplicable a una categoría de personas²², que indica en sus arts. 1 y 2.

Su novedad en la materia que nos ocupa, es haber regulado las llamadas “ofertas al público”, cuya naturaleza jurídica genera un debate en el Derecho común del contrato, según lo hemos señalado. Al respecto, su art. 7, prescribe: “Oferta. La oferta dirigida a consumidores potencialmente indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice,

debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones”.

El aporte de esta norma en la materia que nos ocupa, es el de considerar que las llamadas “ofertas al público” son *verdaderas ofertas* en cuanto reúnan los requisitos de seriedad y completividad²³. Es decir que al atribuirle tal categorización, prescinde del requisito de la “*determinación*” del destinatario exigido para la oferta por el Derecho común, a tenor de los art. 1148 C.C. y 454, Cód. de Com..

Se discute en doctrina si el que la oferta al público deba contener “la fecha precisa de comienzo y finalización, así como sus modalidades, condiciones o limitaciones”, constituye un requisito de validez de dicha oferta o simplemente se trata de un deber impuesto al proponente. Aunque respecto del plazo de vigencia, el decr. Regl. 1798/94 ha venido a atemperar su exigencia, en cuanto prescribe que “en la oferta de bienes y servicios realizada en el lugar donde los mismos se comercialicen...”, puede omitirse tal precisión, en cuyo caso obligan durante el tiempo en que se realicen. A diferencia de la oferta que se realice fuera del lugar de comercialización, la que siempre deberá contener el plazo de vigencia.

Algunos juristas piensan que el plazo de vigencia es un requisito constitutivo de la oferta al público de la L.D.C, por lo que su omisión, en su caso, determina que sólo se configure una invitación a ofertar²⁴. Según tal intelección, la L.D.C. ha venido a agravar, para las ofertas que regula, el requisito de completividad.

Otros, por lo contrario, sostienen que la expresión “debiendo” implica sólo una imposición para el oferente, que si la incumple estaría transgrediendo la ley. Se dice que la ley debe ser interpretada a favor del consumidor (art.3, L.C.D.); y haciendo otra lectura se debería admitir que bastaría con que el proponente recurriese al arbitrio de omitir algún requisito (p.ej., el número de CUIT, que manda el art. 8), para que su manifestación deje de considerarse una verdadera oferta²⁵.

La ley de Defensa del Consumidor, mas allá de considerar a la oferta al público como una verdadera oferta, no modifica el régimen de sus efectos. La equívoca expresión de su art. 7 “*obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice*”, no debe inducir al error de creer que se trata de una oferta irrevocable, pues el 2do. párr. del mismo artículo, prevé la posibilidad de revocación, con la única particularidad lógica, en cuanto a la forma, de que sea “*difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer*”. Ello no quita, claro está, que el proveedor la emita como irrevocable, como puede hacerlo cualquier oferente, a tenor de lo que autoriza el art. 1150, 2da. y 3ra. pte., C.C. Mas ello no surge de la sola indicación de su “fecha precisa...”²⁶.

IX. La fuera vinculante de la oferta en los Proyectos de Reforma de última generación

Nos referimos con esta expresión, a los sucesivos Proyectos de Reformas al Código Civil y su unificación con la legislación comercial que se sucedieron a partir del año 1987, a saber: a) Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987; b) Proyecto de la Comisión Federal de 1993; c) Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92 del Poder Ejecutivo Nacional; y d) Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998.

Estos proyectos no son enteramente coincidentes en la regulación que proponen sobre el tema que nos ocupa.

Respecto de los requisitos de la oferta, según todos los Proyectos esta puede estar dirigida tanto a persona “determinada” como a persona “determinable”. Y fijan como requisito, además del de “completividad”, el de la “intención de obligarse” del proponente (Proy. del 87 y de la Comisión Federal del 93, art. 1147; Proy. del Ejecutivo del 92, art. 859; y Proy. del 98, art. 922)

Todos establecen el sistema de la “recepción” para precisar el momento perfectivo de los contratos entre ausentes (art. 1144, Proy del 87; art. 1144, Proy. Comisión Federal del 93; art. 858, Proy. Ejecutivo del 92; y art. 915, Proy. del 98).

Pero respecto de la revocabilidad de la oferta, algunos admiten, como regla de principio, el poder que tiene el oferente de revocarla, salvo que la oferta se emita como irrevocable, (art. 1149, inc. 2º, Proy. del 87; idem, Proy. Comisión Federal del 93; art. 924, inc. d, Proy. del 98)²⁷. Por lo contrario el Proy. Ejecutivo del 92, en su art. 860 sienta como regla de principio la “obligatoriedad” de la oferta, al expresar: “*La propuesta de contrato obligará al proponente, a no ser que lo contrario resultare de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso*”²⁸. En esto, este último Proyectos, a diferencia de los citados precedentemente, acoge la solución propuesta en el ap. 2 de *lege ferenda*, por la Comisión respectiva del IV Congreso Nacional de Derecho civil.

En cambio, mientras que la oferta es concebida como “autónoma” por los Proy. del 87, art. 1152, 2do. párr.; el Proy. de la Comisión Federal del 93, art. 1153, 2º párr.; y el Proy. del 98, art. 918, caduca según el Proy. del Ejecutivo del 92, art. 863 “*cuando, antes de la recepción de su aceptación, el proponente o el destinatario de ella fallecieren o se incapacitaren*”. Recuérdese que el IV Congreso propuso en el ap. 4 de *lege ferenda* que la oferta sea regulada como “autónoma”.

Siguiendo el criterio del IV Congreso, todos los Proyectos regulan el “plazo de vigencia de la oferta”, aunque con diferencia de matices (art. 1149, Proy. Del 87; idem, Proy. Comisión Federal del 93; art. 860, Proy. del Ejecutivo del 92, y art. 924, Proy. Del 98. Dichos plazos se computan desde la “expedición de la oferta”, según los Proy. del 87 (art. 1149, últ. párr.), Proy. de la Comisión Federal del 93 (idem) y Proy. del 98 (art. 924, últ. párr.). Diversamente, se computan desde la fecha de la “recepción de la oferta”, a tenor del Proy. de Ejecutivo del 92. Pero todos conceden al oferente el poder de valerse de una aceptación tardía, lo que según el IV Congreso está equiparado a una nueva oferta (ap. 7, de *lege ferenda*).

Contrariamente a lo propuesto de *lege ferenda* por el Despacho de Mayoría de la Comisión respectiva del IV Congreso (ap. 5), todos los Proyectos adoptan la teoría de la *punktation* (Proy. del 87, art. 1151; idem Proy. de la Comisión Federal del 93; y Proy. del 98, art. 929, inc. a). Hace la excepción el Proy. del Ejecutivo del 92, art. 864, que sigue el criterio del actual art. 1152 C.C..

Finalmente, respecto de la “oferta al público”, todos los proyectos coinciden en considerarla, como regla de principio, como una mera “invitación a contratar”, salvo que de sus términos o de la circunstancias de su emisión resulte la intención del oferente de obligarse. (Proy. del 87, art. 1145, 2º párr.; Proy. de la Comisión Federal del 93, art. 1145; Proy. del Ejecutivo del 92, art. 868; y Proy. del 98, art. 923. Pero respecto del Proy. del 87, corresponde observar que concluye equiparando la oferta a persona indeterminada, en el caso que resulte la intención de obligarse del proponente, más que con la “oferta”, con la “promesa al público” -declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones-, desde que en tal supuesto remite a su art. 2291, el que prescribe: “*El que promete al público una prestación a favor de quien cumpla determinados requisitos queda obligado por su promesa desde el momento en que la hace pública*”. Confunde así la “oferta” con la “promesa”, que según ya recordamos tienen naturaleza distinta.

X. La fuerza vinculante de la oferta según los Principios de Unidroit

Se conocen como Principios para los Contratos del Comercio internacional de Unidroit, los que han sido aprobados en mayo de 1994 por el Consejo de Gobierno del Instituto para la Unificación del Derecho Privado, a fin de que sirva de instrumento para la armonización del Derecho de los contratos a los que se refiere.

Su art. 2.2 define a la oferta del siguiente modo: “*Toda propuesta de celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación*”.

Al texto se le ha criticado, particularmente, el no indicar “el papel que desempeñan los destinatarios de la oferta en su configuración”, aunque hay una referencia a ellos vía *Comentario*, en el sentido de que cuando más restringido sea el número de destinatarios y más precisión exista, más probabilidades existirán de que la manifestación se considere oferta²⁹. Con lo que no resuelve de modo expreso la cuestión del valor de las ofertas dirigidas al público en general.

Considera a la oferta como recepticia, por lo que admite que pueda ser “retirada” por el proponente siempre que la comunicación llegue al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta (art. 2.3).

En cuanto a la fuerza vinculante de la oferta sienta como regla de principio el poder del proponente de revocarla a condición de que la comunicación respectiva llegue al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación -Art. 2.4 (1)-. Por excepción no puede revocarse -Art. 2.4. (2)- “*si en ella se indica que es irrevocable, ya sea señalando un plazo fijo para su aceptación o por darlo a entender de otra manera*” (a); o “*si el destinatario pudo considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha procedido de acuerdo con dicha oferta*” (b).

Es decir que según los Principios, la regla es la revocabilidad de la oferta, salvo que resulte irrevocable por voluntad del oferente o si el destinatario la pudo considerar razonablemente como tal y actuado en función de ella. Con esta última excepción, que hace aplicación del principio de buena fe y tutela la confianza que la oferta pudo despertar en el destinatario, la solución se acerca al sistema de tipo germánico³⁰.

XI Epílogo

Nos parece que en una futura y eventual reforma de nuestra legislación, debe mantenerse el principio de la revocabilidad de la oferta. Se debe conceder al proponente el poder jurídico de impedir que se produzcan los efectos jurídicos que está llamada a desplegar, mientras no haya aceptación eficaz. Es que mientras no haya contrato debe entenderse que se mantiene la libertad de “contratar o no”, pese a la concreción de una oferta, desde que ésta “naturalmente” no es una “promesa”³¹, sino sólo un acto enderezado a la formación de un contrato, que es el dotado de fuerza vinculante. Ello sin contar la objeción más importante que se formula a la tesis de la “obligatoriedad”, de la que da cuenta la propia doctrina alemana, a saber, que el destinatario de la oferta podría beneficiarse con el cambio de las circunstancias que eventualmente se produjese desde la presentación de la oferta y hasta que se realice la aceptación³².

Los atendibles inconvenientes que la crítica apuntan al sistema latino, deben subsanarse a través de prolijas y consensuadas excepciones, entre las que no pueden faltar la propia voluntad en contrario del proponente, que Vélez recogió en el art. 1150 C.C..

Al respecto, nos parece paradójico que la doctrina autóctona muchas veces, por un lado, pregona la necesidad de adoptar el criterio de la obligatoriedad de la oferta, y por el otro insiste en restar valor a la excepción a favor de la vinculatoriedad que nuestro codificador previó en el art. 1150, 2do. párr., a saber la renuncia del oferente a la facultad de retirarla. Creemos, de *lege lata*, que esta excepción no debe ser desvirtuada ni atemperada, sino que debe ser admitida como plenamente válida. Entendemos que el temor de que, de tal modo, el deudor y sus herederos queden obligados perpetuamente, se desvanece por el régimen de la vigencia de la oferta, en cuya virtud caduca (es ineficaz de pleno derecho), por el transcurso de un cierto tiempo, entre otras causas. No es distinto a cómo funciona la oferta en un régimen de irrevocabilidad.

Consideramos que el sistema de la revocabilidad no puede juzgárselo como perimido, a estar a su recepción contemporánea por la Convención de Viena, los Principios Unidroit y la mayoría de Proyectos de Reforma de última generación, según antes lo expresamos. Ello sin

contar la solución del ordenamiento jurídico angloamericano en que el principio de revocabilidad se lleva hasta sus últimas consecuencias, al admitirse que la oferta puede ser revocada hasta la celebración del contrato, aun cuando el proponente hubiese declarado que era irrevocable, salvo que dicha manifestación satisfaga ciertos requisitos³³.

Respecto de la “autonomía”, como bien se ha dicho, es difícil resolver si la oferta debe conservar su vigencia pese a la muerte o incapacidad del proponente y del destinatario de la oferta³⁴. En apoyo de la tesis de la caducidad, se han dado diversos argumentos, entre otros, el de que los herederos suceden al difunto en sus derechos y obligaciones, mas no en las situaciones previas a la creación de ellos, y el de que los herederos, por desconocimiento de los negocios del difunto podrían tener una dificultad de hecho para revocarla a tiempo. Por lo contrario, la tesis de la autonomía se la ha fundada en la necesidad de proteger al destinatario de la declaración³⁵.

En esto compartimos el criterio de quienes piensan que, de *lege ferenda*, no hay obstáculo para admitir que la oferta conserva su vigencia pese a la muerte o incapacidad subsiguiente del oferente o del destinatario de la propuesta³⁶. Creo que tales eventos no generan distintos inconvenientes, que los que producen la muerte o incapacidad de las partes una vez perfeccionado el contrato, por lo que se los debe someter al mismo régimen. Así, la transmisibilidad de la oferta o la posibilidad de su aceptación, por muerte del oferente o su destinatario, reconocerá las mismas excepciones a que están sujetos la transmisión de los efectos del contrato a los herederos (art. 1195 C.C.). Finalmente, consideramos que las cuestiones de la “obligatoriedad” y la “autonomía” son independientes³⁷.

Respecto de las “oferta al público” u oferta destinada a personas indeterminadas (“*ad incertam personam*”), en el Derecho común del contrato, es evidente que el requisito de la determinación del destinatario continúa siendo un obstáculo para el logro de una solución doctrinaria y legislativa uniforme. Hay unanimidad en que no cabe formular sobre ellas una regla rígida o absoluta. Más se discrepa acerca de si el principio debe ser el de considerársela verdaderas ofertas, tal como lo prevé el art. 1336 del Código Civil italiano de 1942, o si por lo contrario debe partirse de calificársela como simple invitación a ofertar, salvo excepción, tal como está regulada en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

Nos parece que la “determinación del destinatario” de la oferta no debería constituir un elemento decisivo para calificársela como tal, en la medida que sea “completa” y revele la “intención de obligarse” del proponente³⁸. Tal parece ser el criterio de los Principios Unidroit, cuyo art. 2.2 sobre “definición de oferta”, prescinde aludir al requisito de la determinación de referencia³⁹; y es la solución de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, art. 2:201⁴⁰. Consideramos que no es distinta a la solución que proponen los Proyectos de Reforma nacionales de última generación, que antes reseñamos.

En el supuesto que hubiesen varios eventuales aceptantes, el contrato debe considerarse perfeccionado con el primero o los primeros que se presenten, hasta agotar la existencia del bien ofrecido⁴¹.

Eso sí, la falta de determinación del destinatario, impone contemplar como excepción la oferta de contrato *intuitus personae* (p.ej., mandato, sociedad, etc.). En tales casos, es doctrina pacífica, que la propuesta constituye una mera *invitatio ad offerendum*, desde que debe interpretarse que el oferente no ha tenido la intención de obligarse con el primero que se presente, sino que se ha reservado la potestad de elegir entre ellos o incluso de rechazarlos a todos⁴².

Finalmente, no debe confundirse la “oferta al público” con la “promesa al público” (promesa de recompensa), pese a que ambas tienen de común el estar dirigida a destinatarios indeterminados⁴³. Como muchas veces se lo ha remarcado, esta última (promesa) constituye un negocio jurídico unilateral, inmediatamente creador de obligaciones, desde que se hace pública, a favor de quien satisfaga la exigencia a la que se la subordinó. A diferencia de aquella (oferta), que por sólo constituir un fragmento de un negocio jurídico -contrato- requiere para que se produzcan obligaciones, de una nueva comunicación (aceptación)⁴⁴.

NOTAS:

¹ *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. XIX y XXI.

² *Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1969, t. II, págs. 687 y ss.

³ Si bien la regla del art. 1148 5 C.C. es tenido normalmente como referida a la “oferta”, ello no es unánimemente admitido, habiéndose sostenido que se refiere a la “promesa” y no a la “oferta” LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavallia, t. I, págs. 116 y ss-.

⁴ Igualmente, tampoco debe confundirse con el requisito de “vinculante”, que suele atribuirse a la oferta para destacar que “debe ser hecha con la intención del proponente de considerarse obligado tan pronto como el destinatario la acepta”. Entre otros, aclarando dicha distinción: FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, Buenos Aires, Zavallia, 1989, t. II, págs. 61, 62 y 65; Juan Manuel APARICIO, *Contratos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. I, pág. 247.

⁵ Christian LARROUMET, *Teoría General del contrato*, Bogotá, Temis, 1993, vol. I, págs. 186 y ss., sostiene que la revocabilidad y la caducidad de la oferta, son consecuencia de que ésta no constituye un compromiso unilateral.

⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1988, t. II, v. I, págs. 182 y ss.; FONTANARROSA, ob. cit., t. II, págs. 63 y ss.

⁷ Conf. APARICIO, ob. cit., t. I, pág. 249. FONTANARROSA, ob. cit., t. II, págs. 65 y 66. Técnicamente hablando, el poder de revocar viene concedido por una norma que impone potestades, mientras que el deber de mantener la oferta durante cierto tiempo, por una norma que impone deberes. Sobre este distingo, ver Mario GIANFELICI C., “Naturaleza jurídica del contrato y control de su contenido”, en *Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros*, año VIII, N° IX, Buenos Aires, La Ley, Sep. del 2006, párr. VI, pág. 23.

⁸ Werner FLUME, *El negocio jurídico*, trad. de José María Miguel González y Esther Gómez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pág. 752. Según este jurista, tal reserva de no vinculación significa no sólo que la oferta puede ser revocada hasta antes de que llegue la aceptación, sino más aún, que el oferente puede revocarla después de la aceptación si así lo declara sin demora al destinatario. Por ello, mediando cláusula de reserva, se considera que el contrato se perfecciona si después de llegada la aceptación el proponente no la revoca sin tardanza.

⁹ PUIG BRUTAU, ob. cit., págs. 184 y ss.

¹⁰ APARICIO, ob. cit., t. I, pág. 284.

¹¹ Entre otros: FONTANARROSA, ob. cit., t. II, ps.60 y ss.; APARICIO, ob. cit., t. I, págs. 249 y ss.; Guillermo A., BORDA, *Manual de Derecho Civil, Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2008, págs. 42 y ss..

¹² FONTANARROSA, ob. cit., t. II, pág. 67, quien se inclina por la tesis de la ineficacia, que es la solución consagrada por el art. 1329 del Código Civil italiano de 1942.

¹³ FONTANARROSA, ob. cit., t. II, pág. 67, quien, siguiendo la solución del Código Civil italiano de 1942, art. 1329, considera que en los casos de oferta irrevocable, ésta se transmite a sus herederos. En contra, BORDA, ob.cit., pág. 42, quien sostiene que el art. 1149 5 C.C. arg., “no distingue entre oferta simple o firme; en ambos casos se opera la caducidad”.

¹⁴ Ver *supra*, párr. V.3.

¹⁵ Manifestación unilateral de la voluntad, destinada a persona o personas determinadas o al público en general dirigida a entrar en tratativas contractuales o bien a que se formule una verdadera oferta. FONTANARROSA, ob. cit, t. II, pág. 60.

¹⁶ FONTANARROSA, ob. cit., t. II, pág. 67.

¹⁷ Aunque literalmente, dicho artículo alude a la “promesa” y no a la “oferta”, lo cual plantea un problema de interpretación -v. *supra*, n. 2-.

¹⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., t. I, pág. 117; Rubén STIGLITZ y Gabriel STIGLITZ, en ALTERINI-LÓPEZ CABANA (Dir.), *Reformas al Código Civil. Contratos. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 92; Guillermo A. BORDA *Manual de Derecho civil. Contratos*, actualizado por Alejandro Borda, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 40.

¹⁹ FONTANARROSA, ob. cit., t. II, pág. 68.

²⁰ APARICIO, ob. cit., t. I, pág. 240; Jorge J. LLAMBÍAS - Atilio A. ALTERINI, *Código Civil Comentado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, com. art. 1148, pág. 44.

²¹ V. *supra*, parágrafo IV.

²² Atilio Anibal ALTERINI, *Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 54.

²³ Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, contratos de consumición*, Buenos Aires, Zavallia, 1998, pág. 478, quien distingue entre oferta pública y simple publicidad; APARICIO, *Contratos*, cit., pág. 245; FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 2000, pág. 166.

²⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Fideicomiso...*, cit., págs. 478 y ss; APARICIO, ob. cit., pág. 246.

²⁵ ALTERINI, *Contratos*, cit. pág. 303.

²⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Fideicomiso...*, cit., pág. 482; APARICIO, ob. cit., t. I, pág. 250. Contra: ALTERINI, *Contratos*, ob. cit., pág. 347, quien manifiesta que a tenor del art. 7, L.D.C., el oferente “carece de derecho para retirar la oferta”.

²⁷ STIGLITZ - STIGLITZ, op. cit., pág. 107 y ss.

²⁸ *Ib.*, ps 103 y sgte.

²⁹ PERALES VISCASILLAS, en *Comentario a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Bovio, David M. (coord.), Pamplona, Aranzadi, 1999, pág. 103.

³⁰ *Ib.*, págs. 109 y ss.

³¹ FONTANARROSA, *ob. cit.*, t. II, pág. 62.

³² FLUME, *ob. cit.*, pág. 754, quien opina que en tal caso el efecto vinculante de la oferta debería considerarse limitado: siendo evidente el cambio de las circunstancias y que el oferente de haberlo conocido no habría hecho su oferta como la hizo, el destinatario no podría aceptarla eficazmente, salvo que el oferente no revoque su oferta sin demora después de la modificación de las circunstancias.

³³ PERALES VISCASILLAS, *ob. cit.*, pág. 110.

³⁴ Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I., Madrid, Civitas, 1993, págs. 285 y 286.

³⁵ *Ib.* Nuestro codificador justificó la caducidad de la oferta por muerte o incapacidad del oferente o el destinatario, prevista por el art. 1149, 5 C.C., en que “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 las que deban cumplir el contrato”.

³⁶ Tal las opiniones de Moreno Quesada y Lacruz, que trae a cita DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, t. I, pág. 286, quien no obstante se inclina por el sistema tradicional de la caducidad.

³⁷ Tal como surge, de la regulación propuesta por los Proyectos de Reforma antes aludidos. Así, según lo puntualizamos, mientras en el Proy. del 87, el Proy. de la Comisión Federal del 93, y el Proy. del 98, la oferta es autónoma, pese a no ser obligatoria, en el Proy. del Ejecutivo del 92, a la inversa, la oferta es autónoma, pese a ser irrevocable.

³⁸ FONTANARROSA, *ob. cit.*, t. II, pág. 68.

³⁹ Aunque vía *Comentario*, en dichos Principios se expresa que “cuánto más restringido sea el número de destinatarios...más probabilidades existirán de que la declaración pueda considerarse como una oferta”, como lo recuerda PERALES VISCASILLAS, *ob. cit.*, pág. 103.

⁴⁰ PERALES VISCASILLAS, *ob. cit.*, pág. 160, nota. 4, aunque tal solución la encuentra lógica desde que su ámbito de aplicación comprende incluso a los contratos de consumo. Pero, a nuestro juicio, trasunta también la posibilidad de acercar el derecho común al derecho especial de los consumidores.

⁴¹ DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, t. I, pág. 288; FONTANARROSA, *ob. cit.*, t. II, pág. 69.

⁴² FONTANARROSA, *ob. cit.*, t. II, pág. 70; APARICIO, *ob. cit.*, t. I, pág. 243.

⁴³ Confusión en la que parece haber incurrido el Proy. del 87, en su art. 1145.

⁴⁴ DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, t. I, pág. 288; APARICIO, *ob. cit.*, t. I, pág. 241, nota 59, quien recuerda que esa es la solución del Código civil italiano de 1942.

RÉGIMEN DEL CONSENTIMIENTO

por JOSÉ MARÍA GASTALDI

SUMARIO: I. Introducción. II. El consentimiento. Su ubicación en los elementos del contrato. Su concepto. III. Los “términos” del consentimiento. III.1. Aspectos generales. III.2. La oferta. III.3. La aceptación. IV. La voluntad y el consentimiento. IV.1. Teorías de la voluntad. IV.2. Consentimiento expreso y tácito. V. La configuración del consentimiento entre presentes y entre ausentes (teorías). V.1. Su caracterización. V.2. Formación del contrato entre ausentes. Teorías. V.3. Nuestro sistema. V.4. Comentario final de la Comisión del Congreso de 1937 sobre el sistema del Código Civil de Vélez Sársfield. VI. El Proyecto de 1936 y la evolución del consentimiento. VI.1. Las formas modernas de contratación. VI.2. Los medios de formación del consentimiento: desde el correo y el telégrafo hasta los medios informáticos. VI.3. El Proyecto de 1936 y algunos casos de los aspectos modernos del consentimiento. VII. Conclusiones.

I. Introducción

Es para mí un honor el haber sido convocado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba para colaborar, junto con distinguidos colegas, en el libro Homenaje a los Cuatro Congresos de Derecho Civil, celebrados en la República Argentina.

Agradezco dicha convocatoria, a la que pretendo responder satisfactoriamente, cumpliendo con las pautas que se han fijado para tan apreciado Homenaje.

Se me ha asignado el tema “Régimen del consentimiento”, que fuera tratado en el II Congreso de Derecho Civil, celebrado precisamente en la ciudad de Córdoba, en el año 1937.

En ese evento se analizó, particularmente, el Proyecto de Reformas del Código Civil de 1936, teniéndose en cuenta su antecedente, el Anteproyecto del Dr. Juan Antonio Bibiloni, asistiendo juristas muy destacados, entre ellos varios que habían intervenido en la Comisión que redactó aquel Proyecto.

Entre los temas propuestos, como N° VI se trató en Comisión y en reunión plenaria -como es de práctica- el que he mencionado, de enorme importancia y trascendencia en el derecho de los contratos, que nacen, precisamente, del consentimiento de quienes los celebran.

Después del estudio y debate, el Congreso aprobó la siguiente declaración: *“El régimen del consentimiento, tal como el Proyecto lo ha organizado (arts. 791 a 806), contempla las exigencias de la vida actual y provee a la mayor seguridad en las relaciones contractuales, debiendo aceptarse, en consecuencia, y en lo fundamental, las modificaciones que se introducen al Código vigente”*.

Conclusión categórica, orientando y aconsejando los cambios que por entonces se consideraban “de la vida actual”, con el propósito de que la relaciones contractuales adquirieran una “mayor seguridad”, tal cual se desprende claramente de la recomendación aprobada.

Han transcurrido desde entonces más de setenta años. En el correr de ellos, a partir de ese destacado antecedente -me refiero tanto al Proyecto como a la aprobación del Congreso-, se produjeron importantes modificaciones en la forma -en el sentido de manera o modo- de celebrar los contratos.

El desarrollo de los negocios y con ellos del contrato, nervio de la economía pero también de la seguridad jurídica, a nivel interno como internacional, fue incrementándose con el fenómeno de la “globalización”, al que considero origen -asimismo, curiosamente, consecuencia- de ese desarrollo, en este caso vinculado no sólo al negocio interno sino al comercio internacional y, por ende, de los mercados integrados, que obedecen incluso a factores no económicos.

Y es en ese amplio marco que se han introducido importantes cambios en las relaciones contractuales, en esos modos de contratar -en definitiva de conformarse el consentimiento-.

El consentimiento digamos clásico y ortodoxo se fue abandonando, particularmente en los contratos comerciales, porque es mayormente en ellos donde se simplifican las formas, se aceleran, elaborándose toda una gama de supuestos: contratos preparatorios y sus modalidades;

en masa y en serie; predispuestos, en sus diversas modalidades, sujetos a condiciones generales o celebrados por adhesión, influyendo también decididamente las denominadas relaciones de consumo, plasmadas en nuestro país a partir de la ley 24.240, con las recientes importantes modificaciones introducidas por la ley 26.361.

Pero se agrega algo más, producto del desarrollo de las comunicaciones, en sentido general. Al margen los medios que, como el “telex”, el “fax”, los grabadores, etc., fueron superando los vigentes a la época de sanción de nuestros códigos Civil y de Comercio, aparecen los más modernos “medios informáticos”, que se distancian de los anteriores y que no sólo obran como sistema de comunicación sino, ya en el ámbito de los contratos, como partícipes, precisamente, del consentimiento contractual, del denominado “consentimiento por medios informáticos” o aún “contratación electrónica”.

Todo ello determina, obliga en realidad, a analizar la actualidad del Proyecto de 1936 y, a la luz de los códigos vigentes y de los proyectos posteriores, sobre todo los de unificación y reforma de los códigos civil y comercial, determinar sobre la aplicación, hoy en día, de las postulaciones de aquel Proyecto o de los consejos o insinuaciones de la Comisión del citado Congreso que lo analizó.

Trataré de contemplar los aspectos que considero más sobresalientes, en tanto un desarrollo completo del consentimiento en toda su amplitud excedería la intención de este libro-homenaje injustificadamente.

Lo haré en la forma más sintética que pueda, abarcando lo que considero la esencia del régimen del consentimiento y, a grandes rasgos, su evolución hasta el estado actual ¹.

Para relacionar con el Proyecto de 1936 y con las exposiciones de la Comisión del Congreso de 1937, que aprobó por unanimidad la declaración o recomendación sobre el régimen del consentimiento, iré insertando algunos párrafos de la exposición que precedió a dicha declaración, en cotejo con las ideas que exprese y/o con los códigos vigentes y/o con los proyectos posteriores.

II. El consentimiento. Su ubicación en los elementos del contrato. Su concepto

La configuración, o formación, de un contrato tiene como base el “consentimiento contractual” y es a través de éste que nace este trascendente acto jurídico, cuyos “pilares” son la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria y el efecto relativo, enmarcados en el principio general, *standard jurídico*, de la buena fe ².

En la opinión más simple y aceptada, el consentimiento resulta de la coincidencia de las voluntades de las partes contratantes. Ello surge de la propia definición de contrato que el art. 1137 del Código Civil nos da -similar en esencia a los códigos que conceptúan la figura-, cuando pone su acento en la “declaración de voluntad común”, que es la origina el consentimiento y da vida a ese acto jurídico.

Pero no basta el discernimiento, la intención y la libertad para considerar el acto voluntario -art. 897 del Código Civil- sino que se precisa la exteriorización de esa voluntad coincidente para que el derecho la aprehenda -art. 913-.

El consentimiento, se ha dicho, quedará así formado mediante la voluntad declarada por una parte, recogida y sujeta por la declaración de la otra ³.

Como elemento esencial o requisito de los contratos, se lo considera “esencialísimo” y con la característica de ser propio de la figura contractual, pues los restantes -objeto y causa-, si bien también esenciales, se proyectan desde el acto jurídico al ser también requisitos de éstos. En cuanto a la capacidad, cabe considerarla no como un elemento sino como un presupuesto de validez del consentimiento.

Se ha caracterizado con razón al consentimiento como el “nudo” del contrato ⁴ y expresión acabada de la autonomía de la voluntad, consagrada en el art. 1197 de nuestro Código Civil, su “razón de ser” ⁵.

Se señaló, en similar sentido, en la Comisión del Congreso de 1937 -en adelante “la Comisión”- que *“el contrato es inseparable de la idea de concordancia, de acuerdo entre dos o más voluntades. Ese acuerdo es, precisamente, el consentimiento, el cual en los que a la formación se refiere, se confunde con el contrato mismo”*, agregándose que *“la voluntad es ineficaz si el sujeto de quien emana no tiene la aptitud legal requerida, al par que el acuerdo carecería de sentido si no versara sobre un objeto determinado. El acuerdo supone voluntades capaces y una materia concreta que llene su contenido; de donde resulta que el consentimiento comprende la capacidad y presupone el objeto, y es así, entre los esenciales, el elemento dominante del contrato”*⁶.

El codificador, como la mayoría de los códigos, tuvo en cuenta el singular requisito, dedicándole los arts. 1144 a 1159 del Código Civil, que contempla la formación, los componentes o términos, la contratación entre presentes y ausentes, por remisión los vicios del consentimiento e insinúa la responsabilidad en la formación del contrato o “precontractual”. El Código de Comercio sólo contiene pocas disposiciones -arts. 213 a 215-, pero su art. 207 remite a la aplicación del Civil y así se hace en la teoría y en la práctica, si bien con modalidades que suelen ser propias del comercio.

De cualquier manera, vuelvo a señalar que la práctica de la formación del acuerdo ha variado desde los códigos decimonónicos, como los nuestros, a través de las nuevas modalidades para expresar el consentimiento, lo cual ha impulsado modificaciones en los proyectos de reforma.

En la Comisión se dijo: *“Una revisión de la teoría general del contrato, tiene que comenzar, lógicamente, por la teoría del consentimiento”*.

El término “consentimiento” procede de la voz latina *consensus*, derivada a su vez de *cum* y *sentire*, sentir con otro, estar de acuerdo con otro, lo que lleva al acuerdo “común” de voluntades.

Con buen criterio la doctrina sobre el Derecho Romano definía el contrato como *“el acuerdo de dos o varias personas que se entienden para producir un efecto jurídico determinado”*⁷.

En definitiva, en concepto simple, es el acuerdo de dos o más voluntades destinado a la formación de un contrato⁸. De ello se extrae que sus requisitos son: la existencia de varias -dos o más- voluntades, la exteriorización de ellas y la coincidencia de esas voluntades.

III. Los “términos” del consentimiento

III.1. Aspectos generales

Esa “voluntad común” que configura el consentimiento está conformada por dos voluntades independientes, que se ponen de acuerdo.

Se dijo en la Comisión: *“El consentimiento requiere la unión de dos o más voluntades, que parten de intereses opuestos y libremente los concuerdan, carácter bilateral no quebrantado por alguna expresión impropia, como la del Código Civil Francés, que en el art. 1108 se refiere al ‘consentimiento de la parte que se obliga’”*.

Tradicionalmente se han mencionado los “términos” del consentimiento, en realidad los componentes del mismo, como “oferta” -propuesta, promesa- y “aceptación”, y así se individualizan en la legislación y en la práctica.

Se señaló en la Comisión que *“el consentimiento en la doctrina clásica, es una elaboración, aunque a veces el acuerdo sigue inmediatamente a la oferta”*.

Estructuralmente, para conformar el contrato una futura parte propone su celebración a la otra -oferta- y ésta la acepta -aceptación-. Claro está que en la práctica, sobre todo en los acuerdos cuya formación no es instantánea sino producto de negociaciones, muchas veces

extendidas en el tiempo, se entrecruzan propuestas y contrapropuestas, pero lo importante será siempre lo mismo: la existencia de ambas voluntades coincidentes para que nazca el contrato.

Es decir, que en el denominado *iter* contractual los eventuales contratantes intercambian lo que cada uno quiere para integrar el acuerdo, partiendo del que formula la oferta y abriéndose tres caminos: su rechazo, su aceptación o su modificación -contraoferta-. Lo primero descarta la posibilidad del contrato, lo segundo lo conforma, lo tercero obliga a continuar la negociación.

Esas tres posibilidades son contempladas en los códigos, de una u otra manera, no siendo ajeno a ello nuestro Código Civil, ni tampoco los sucesivos proyectos de reforma. Es que, si bien con variantes, siendo elemento esencial el consentimiento las legislaciones lo regulan, en forma más amplia o más restringida.

No da una definición de consentimiento nuestro código, aunque sí resulta clara su composición, pues el art. 1144 nos dice: *“El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra”*.

Al margen una suerte de error gramatical, debió decir “aceptación” en lugar de “aceptarse”, queda claro que, para conformar ese elemento y nacer el contrato en su consecuencia, deben darse voluntades “coincidentes”.

III.2. La oferta

En cuanto a su naturaleza como acto jurídico cabe ubicarla como un caso de declaración unilateral de voluntad, que tiene valor jurídico, en tanto obliga a quien la emite⁹.

Completo su concepto diciendo que tiene por finalidad la celebración de un contrato y que es dirigida por una persona a otra -luego, de aceptarse, serán “partes”-.

En la Comisión se sostuvo que debía reconocerse *“el valor de fuente a la manifestación unilateral de voluntad, generalmente llamada ‘voluntad unilateral’”* y que *“la oferta debe ser dirigida a persona determinada”*. Hoy en día no se duda de ninguna de esas afirmaciones.

Los requisitos de la oferta resultan del art. 1148 del Código Civil: *“Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos”*.

Entonces, para que una declaración de voluntad sea “oferta”: a) debe dirigirse a persona o personas determinadas -o determinables (véase nota al art. 1148)-; b) debe versar sobre un contrato especial -determinado, concreto-; c) con todos los elementos o requisitos constitutivos del contrato -así se interpreta “antecedentes”-. Simplificando, debe ser “completa” y “recepticia”, “autosuficiente”, dándose esto último por cuanto bastará la aceptación para formar el consentimiento. Se califica por todo ello como “vinculante”.

En la Comisión se sostuvo: *“Conviene mantener la regla del Código vigente, art. 1148, 2ª parte, en el sentido de que la oferta para ser considerada tal, debe contener los elementos constitutivos del contrato que se trata de formar”*.

En este marco se atribuye a la oferta valor jurídico. La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones basta para tal atribución.

Ese valor jurídico se confirma cuando se establece que la oferta puede sujetarse a un plazo -se suele hablar de un tiempo “razonable”-, como también puede retractarse mientras no sea aceptada -art. 1150- o esté pendiente el plazo -que marca su irrevocabilidad hasta que finaliza-, y caduca en el caso de muerte o incapacidad -art. 1149-.

Se expresó en la Comisión: *“Es oportuno señalar que si bien la doctrina clásica desconoce como principio, el carácter obligatorio de la oferta, no le ha negado valor en absoluto. Se lo atribuye cuando el oferente hubiera renunciado a la facultad de retirarla, o se hubiese obligado a permanecer durante un término en ella (como en el art. 1150 del Código Civil Argentino)”*.

También: *“Más progresista que el Anteproyecto del Dr. Biliboni, sanciona (art. 794) el carácter obligatorio de la oferta, adoptando la fórmula del art. 1080 del Código Civil de Brasil, que consideramos superior a la del Código Civil Alemán”*.

Por su parte, el Dr. José Manuel Saravia expresó: *“El Proyecto... consagra el principio de la fuerza obligatoria de la oferta. Acepta de esta forma, una innovación que preconiza la doctrina más autorizada, que está incorporada a las legislaciones modernas y ha sido admitida, también, por la jurisprudencia francesa...empero, omite la definición de la oferta, definición que está en el art. 1148 del Código vigente, y que resulta ahora de más substancial importancia, precisamente por el intrínseco valor jurídico que se asigna a la oferta”*.

Agregó: *“Para una mejor concordancia, frente a esta innovación, para consagrarla en mejor forma, corresponde suprimir la posibilidad de retractación a que alude el art. 802 y mantener, no obstante la muerte del oferente, la eficacia de la oferta. Creo interesante, asimismo, que se complemente la regla del art. 795 -según la cual no constituye oferta el envío de tarifas, listas de precios y otros prospectos y avisos análogos- estableciéndose la obligación de indemnizar por la negativa a concluir el contrato, cuando dicha negativa resulta injustificada o exceda los límites fijados por la buena fe. Es que la negativa a concluir un contrato puede constituir, según explica Jossierand, el ejercicio abusivo de un derecho. Y al establecerse, por la hipótesis referida, la obligación de indemnizar -solución del art. 73 del Código polaco de las Obligaciones, apoyada por las mismas razones que han conducido a conceder fuerza obligatoria a la oferta- se contribuye a facilitar la contratación”*.

Respecto a la buena fe, ya se había dicho en la Comisión que *“vigorizando el contenido ético, la doctrina moderna vuelve a proclamar, no sólo como principio de valor doctrinario, sino como una afirmación positiva de la ley, que los contratos deben ser cumplidos de buena fe (Proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y Contratos -art. 39-. La regla se establece en los Arts. 1134, C.C. Francés y 1124 C.C. italiano, C.C. del Perú, de 1936”*.

Adviértase que estas precisiones e ideas que se forjaron a través del análisis del Proyecto de 1936 sin duda en más de un caso han servido para una aplicación amplia de los modos modernos de celebración de contratos y, sobre todo, para encuadrarlos en la buena fe y, más aún, para impulsar teorías limitativas de los excesos, que fueron introducidas expresamente en el Código Civil por la ley 17.711, al margen que antes se aplicaran con base en principios generales de dicho código, en su redacción original¹⁰.

Otros aspectos particulares de las ofertas se dan en las especies -alternativas y conjuntas, al público- y en los supuestos de opción, opción contractual, prelación contractual, que escapan a la finalidad de este trabajo.

III.3. La aceptación

Respecto a la aceptación, participa de la naturaleza jurídica de la oferta, es decir que es también una declaración unilateral de voluntad. Debe también ser recepticia, pudiendo efectuarse en forma tácita o expresa -en cuanto a la tácita, más adelante la analizo con el consentimiento tácito-

Con base en los arts. 1151 y 1152 del Código Civil se ha debatido respecto a la relación oferta-aceptación, en el sentido de cómo debe ser ésta para concretar el acuerdo.

La primera norma nos dice que la oferta verbal *“no se juzgará aceptada si no lo fuese inmediatamente; o si hubiese sido hecha por medio de un agente, y éste volviese sin una aceptación expresa”*; la segunda agrega que *“cualquiera modificación que se hiciera en la oferta al aceptarla, importará la propuesto de un nuevo contrato”*.

No se da tan así en la práctica, a punto tal que cabe cuestionar la interpretación literal de las normas mencionadas. La falta de inmediatez y “cualquiera” modificación pueden no tener el efecto que se les atribuye. Esta última postura implicaría el rechazo total de la teoría de la *punktation* -se traduce como “minuta”-, en cuanto sostiene que habiendo acuerdo sobre los puntos sustanciales o esenciales del contrato el acuerdo es válido, debiendo ser integrado con elementos tácitos o, en último caso, lo integra el juez. Así, las cuestiones de menor importancia no impedirían la formación del contrato.

Aceptada en otras legislaciones, sobre todo en países germánicos, fue rechazada por el Código Civil alemán art. 154-¹¹, pero admitida por el Código Suizo de las Obligaciones -art. 2-, que permite la integración por el juez de los *“puntos secundarios...teniendo en cuenta la naturaleza del negocio”*.

Opinaba la Comisión: *“Debe incorporarse un precepto que decida la cuestión de los puntos sobre los cuales tiene que versar el acuerdo, rechazando la teoría de la punktation y de conformidad a la tesis del art. 154 del Código Civil Alemán”*.

Más adelante, en la Comisión, el Dr. José Manuel Saravia agregó: *“Respecto a la teoría de la ‘punktation’, que desde viejos códigos, como el de Prusia de 1794 y el austríaco de 1811, está ahora adviniendo a modernas legislaciones, como la suiza de las obligaciones (art. 2) y la de la República de China (art. 153), el proyecto no contiene pronunciamiento alguno. Es una actitud que, en mi opinión, debe ser rectificadas, para alejar toda posibilidad de interpretaciones encontradas. El Dr. Lafaille, tan ilustrado y prestigioso maestro de derecho civil, ha sostenido que dentro del Código vigente está la teoría de la ‘punktation’ . Sería menester, entonces, un pronunciamiento categórico sobre el punto, sancionándose -tal es mi opinión- el rechazo de la teoría, conforme la solución del Código alemán”*.

La mayoría de nuestra doctrina parece mantener la rigidez del art. 1152. No estoy de acuerdo. El art. 1198 del Código Civil, sea en su versión original como en la modificada por la ley 17.711, permite apartarse de esa rigidez, sobre todo el vigente, que alude a que la celebración, interpretación y ejecución de los contratos deben ser de *“buena fe”* y *“de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”*¹².

Por su parte, la ley de locaciones 23.091, en su art. 1º, que exige que el contrato se formalice por escrito, a falta de ello, si ha tenido principio de ejecución se considerará como plazo el mínimo fijado por la ley y el precio lo determinará el juez de acuerdo al valor y práctica de plaza.

De allí que se fortifica mi opinión de que el art. 1152 no tiene rigidez absoluta.

Respecto a los proyectos de reforma y unificación, el de 1987 -recordemos que fue sancionado en 1991 y vetado en su totalidad-, art. 1152, sostiene la solución del mismo número del código vigente, con alguna variante, en estos términos: *“...La aceptación parcial de una oferta indivisible importa su rechazo y constituye una contraoferta”*

El Proyecto de la Cámara de Diputados, 1993, conocido por la denominación de “Proyecto Federal”, que aprobó sólo esa Cámara, en su art. 1151, 2ª parte, modificaba el criterio riguroso, al proponer: *“Las modificaciones sustanciales que el destinatario introduzca a la oferta importan su rechazo y constituyen una contraoferta. Las modificaciones no sustanciales que el destinatario introduzca, se consideran admitidas por el oferente si no manifiesta de inmediato su rechazo”*.

El Proyecto del “Poder Ejecutivo”, de 1993, conocido por tal denominación porque lo elaboró una comisión por éste designada, en su art. 864 mantiene el principio del actual 1152: *“Para que el contrato se perfeccione, la aceptación deberá expresar la plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hiciera al manifestar su aceptación, no valdrá como tal sino que importará la propuesta de un nuevo contrato”*. En la nota a la norma recalca que *“mantiene la posición del art. 1152 del Cód. Civil, seguida también por los códigos alemán e italiano”*.

Finalmente, el Proyecto de 1998, al referirse a la aceptación, en su art. 929, inc. a), se pronuncia en forma similar al Proyecto Federal. Sin embargo, en su art. 916 abre una brecha al disponer: *Acuerdos parciales. Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación el contrato queda integrado, en las estipulaciones pendientes, mediante el posterior acuerdo de las partes y, en su defecto, por lo*

que resulta de la aplicación del artículo 904. En la duda el contrato se considera no concluido. No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de esos elementos, o de todos ellos”. El art. 904 se refiere a la “integración del contrato”, que se realiza con: “a) Las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas. b) Las normas supletorias. c) Los usos del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables”.

Recordemos que esos dos últimos proyectos no fueron sancionados por ninguna de las Cámaras Legislativas.

Dejando la *punctuation*, agregó que con respecto a la aceptación también es posible su retractación “antes que haya llegado al conocimiento del proponente” -art. 1155-, mientras que la caducidad será declarada ante la muerte o incapacidad del aceptante ocurrida “antes de haber aceptado”, interpretándose, conforme el art. 1154, que significa “antes de enviar la aceptación”.

IV. La voluntad y el consentimiento

IV.1. Teorías de la voluntad

Respecto a la voluntad que origina el consentimiento, en cada legislación jugarán las normas que se inclinen sea por la teoría de “voluntad real” sea por la de “voluntad declarada”, si bien puede decirse que, como en nuestro código, no hay una teoría absoluta sino que, según las circunstancias, se inclinan por una u otra o, si se prefiere, se compensan o se integran según el caso concreto.

En definitiva, el *desideratum* es desentrañar la verdadera voluntad, la voluntad real, pero como debe exteriorizarse -y la exteriorización, en el marco de la buena fe, debe coincidir y coincide habitualmente con el fuero interno-, es a través de las manifestaciones de todo tipo, no sólo lo escrito sino la conducta de las partes, etc.-, que se debe averiguar qué es lo querido por éstas. Apuntando a ello los sistemas legislativos, que a veces parecen tan opuestos al privilegiar la voluntad declarada o la real, terminan siendo similares.

Ocurre así en nuestro derecho. Si bien tradicionalmente se lo ubica en la teoría clásica de la voluntad real, no se la aplica de manera absoluta pues hay normas que permiten desentrañar un verdadero sistema compensado.

Me parece que la disposición más clara respecto a la voluntad real resulta del Código de Comercio, no del Civil, que en su art. 218 -al establecer reglas de interpretación de los contratos comerciales, pacíficamente extendidas a los civiles-, en su inc. 1º nos dice: “*Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes en el sentido literal de los términos*”, pudiendo agregar el inc. 4º: “*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*”.

En la versión original del Código Civil, se invocaba también el art. 1198, luego reformado por la ley 17.711, que establecía que “*los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que pueden considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos*”. Es decir, tomar en cuenta lo manifestado o que se entendiera tácitamente incluido.

Sabido es que se dan como ejemplo de la voluntad real los arts. 960 y 996, 1ª parte, relativos a la simulación y, también en el marco de este vicio de los actos jurídicos, los arts. 959 y 996, 2ª parte, como expresiones de la voluntad declarada. Otro ejemplo de la voluntad declarada se considera el art. 3430, supuesto del heredero aparente.

En definitiva, el código de Vélez Sársfield proponía el sistema compensado o “mixto”.

En el derecho comparado se estima como expresión de la voluntad declarada el Código Civil alemán, particularmente en sus arts. 133 y 157, pero su lectura en su literalidad -si no

contara con el apoyo de todo un sistema que privilegia aquel tipo de voluntad-, bien podría considerarse como expresión de la voluntad real, a la cual, cabe tener presente, dicho código hace concesiones en materia de vicios de la voluntad, simulación, reserva mental, etc.

Se decía en la Comisión: *“La teoría de la autonomía de la voluntad y sus aplicaciones exageradas, han sufrido un fuerte quebranto, otra vez en nombre de la seguridad, con la teoría de la declaración”; más práctica y aun más jurídica, porque permite contar sobre lo que se percibe y vuelve el cargo de los riesgos “a la parte que ha creado la apariencia”. Pero la mejor solución no puede basarse en uno de los principios con exclusión absoluta del otro. El Código Civil Alemán, tan autorizado intérprete de la teoría de la declaración, en el art. 133 gira hacia la voluntad real, lo cual parece acentuar el sistema mixto que consagra, y demuestra que no es prudente ni jurídico desdeñar aquella fuerza creadora del pensamiento de las partes”*. Esta postulación cuenta con la opinión que entiendo, cuanto menos, mayoritaria.

IV.2. Consentimiento expreso y tácito.

Desde otro ángulo, el art. 1145 del Código Civil nos coloca en una doble alternativa de expresión del consentimiento contractual, al establecerse que puede prestarse en forma expresa o en forma tácita, entendiéndose por aquella *“cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos”*, mientras que el tácito *“resultará de hechos, o de actos, que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad; o que las partes hubiesen estipulado que sus convenciones no fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades”*. El art. 1146 establece casos de presunción del consentimiento tácito.

Completan el cuadro el art. 918, que dispone que *“la expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria”*; y el art. 919, cuando considera *“manifestación de voluntad”* al silencio, en los casos que menciona en esa misma norma.

Se han discutido situaciones dudosas respecto a los “signos inequívocos”, los cuales en mi criterio deben juzgarse según las circunstancias y también los usos y costumbres -un ejemplo es la oferta de un producto a través de una máquina expendedora, para unos consentimiento tácito, para otros -me incluyo- expreso por signos inequívocos-. Mi postura se corrobora por la validez de las ofertas al público general, dentro de las condiciones que resultan de la ley, particularmente la de “defensa del consumidor”.

En cuanto a un supuesto de consentimiento tácito, se ubica, entre otros, el art. 1876, referido a la aceptación tácita del mandatario que realiza cualquier hecho en ejecución del mandato que se le ha conferido; y el art. 1877 que presume aceptado el mandato *“si el mandante entregó su poder al mandatario, y éste lo recibió sin protesta alguna”*.

V. La configuración del consentimiento entre presentes y entre ausentes (teorías)

V.1. Su caracterización

La caracterización de estas dos modalidades para concretar el consentimiento, en realidad, veremos que se concentra en la segunda. Se analiza cuándo existe el contrato entre ausentes, se lo conceptúa, se lo estudia en detalle, mientras que el acuerdo entre presentes se toma partiendo de las normas genéricas del consentimiento y, se puede decir, se lo caracteriza por oposición al de ausentes, diríamos tácitamente, en tanto la legislación y la doctrina no lo conceptúan en sí mismo.

De allí que el análisis de los dos casos, como es habitual, lo centraré en el contrato entre ausentes. Lamentablemente, no es fácil determinar normas aplicables a todos los supuestos que, no encuadrando o encuadrando en forma dudosa como contrato entre presentes, pueden ser considerados como entre ausentes.

Si quisiéramos conceptualizar el contrato entre presentes, aunque nos va a presentar dudas cuando desarrollemos la especie contraria, podemos partir del art. 1151: *“La oferta o propuesta hecha verbalmente, no se juzgará aceptada si no lo fuese inmediatamente; o si hubiera sido hecha por medio de un agente, y éste volviese sin una aceptación expresa”*. Este criterio de “inmediatez” parece caracterizar el contrato entre presentes, frente a la modalidad entre ausentes,

Nuestro Código, con los medios de comunicación existentes por entonces, determina esta última modalidad en su art. 1147: *“Entre personas ausentes el consentimiento puede manifestarse por medio de agentes o correspondencia epistolar”*.

A su vez, el Código de Comercio, en su artículo 214 establece: *“La correspondencia telegráfica se rige por las mismas disposiciones relativas a la epistolar, para la celebración de contratos y demás efectos jurídicos”*.

La primera de esas normas marca claramente el caso clásico del contrato entre ausentes, sobre todo en la época de sanción de nuestros códigos, que se presenta cuando los contratantes se encuentran en lugares distintos, viéndose así obligados a comunicarse por medios indirectos, por así llamarlos, con lo cual la situación se opone al criterio de “inmediatez” antes señalado.

De tal modo, entre oferta y aceptación transcurre un lapso de tiempo, durante el cual el oferente podrá revocar su oferta o ésta podrá caducar -por muerte o incapacidad- y a su vez el aceptante podrá retractar su aceptación, en un todo de acuerdo con los ya comentados artículos 1150, 1155 y 1149.

En cuanto al “agente”, también denominado “nuncio”, el código alude a quien simplemente lleva y/o trae una oferta o una aceptación, limitándose su actividad a transmitir la voluntad de las partes, sin tener posibilidad de negociar. Sus facultades difieren de las de un representante -por ejemplo un mandatario-, que tiene habitualmente autorización para deliberar y concretar la contratación, considerándose entonces el caso como entre presentes.

Pero la “inmediatez” no siempre coincide con la presencia y pueda haberla sin ésta, lo que ocurre al usar medios posteriores a la época de nuestros códigos -por ejemplo, comunicación telefónica o por medios informáticos-. Ello ha determinado que deban tomarse dos criterios para considerar un contrato como celebrado entre presentes o ausentes: a) la inmediatez o no de la respuesta; b) la distancia o separación física de las partes. Obliga al análisis, para determinar en qué momento y en qué lugar se configura el contrato y en su consecuencia qué legislación debe aplicarse, sea en relación a su vigencia sea en el conflicto de varias legislaciones cuando se trata de contratos internacionales, celebrados “en ausencia”, pues las normas pueden -y generalmente lo son- ser diferentes. Se presenta un problema en cuanto a la ley aplicable, en tanto el consentimiento estará penetrado de la formación entre ausentes.

V.2. Formación del contrato entre ausentes. Teorías

Es importante determinar el momento en que se considera conformado el contrato entre ausentes, tema que habitualmente es legislado en los códigos, entre ellos los nuestros. También en leyes-convenio de alcance internacional.

Varias teorías se enfrentan. El codificador las recuerda parcialmente en la nota conjunta de los arts. 1150 a 1154. Pero sus normas han ocasionado criterios encontrados en su interpretación, por lo cual se discute qué teoría es la aplicable como base. Enunciamos las cuatro clásicas:

a) Teoría de la declaración o agnición: considera formado el consentimiento desde que el aceptante, que ha decidido aceptar la oferta, de alguna manera exterioriza su voluntad, la declara, aunque no lo comunique al ofertante. Ante la dificultad de la prueba de tales actos, que

podría prestarse a engaños, esta teoría -al menos en su expresión pura- no es admitida ni doctrinaria ni legislativamente.

b) Teoría de la remisión, expedición o envío: considera formado el consentimiento en el momento en que el aceptante remite su aceptación, esto es, se desprende de ella con destino al oferente, pero no es necesario que le haya llegado.

Varios sistemas la consagran, entre ellos el nuestro, en doctrina no unánime pero sí mayoritaria.

c) Teoría de la recepción: considera formado el consentimiento desde el momento en que el ofertante recibe la aceptación, aunque no tome conocimiento de la misma.

d) Teoría de la información, conocimiento o reconocimiento: considera formado el consentimiento cuando el ofertante recibe y se informa de la aceptación, toma conocimiento de ella.

Si bien ha sido receptada en algunos códigos, esta teoría ha sido correctamente criticada como principio general por cuanto el ofertante se debe informar de la aceptación, pero, a su vez, el aceptante debería informarse de que el ofertante se informó, y así sucesivamente. De allí que ha sido criticada, crítica que recoge Vélez en la nota a los arts. 1150 a 1154 por cuanto, dice, “sería querer encontrar el fin de un círculo” (¿o debió decir “circunferencia”?) o, como se dice vulgarmente, sería un “círculo vicioso”. De cualquier manera, de admitirse esta tesis se limita al conocimiento del ofertante de la aceptación y nada más; allí se concluye el acuerdo.

V.3. Nuestro sistema

Las normas generales del Código Civil, base del sistema, son:

Artículo 1154: “*La aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente*”.

Artículo 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 la aceptación, y la otra, antes de haber aceptado*”.

Artículo 1155: “*El aceptante de la oferta puede retractar su aceptación antes que ella haya llegado al conocimiento del proponente. Si la retractare después de haber llegado al conocimiento de la otra parte, debe satisfacer a ésta las pérdidas e intereses que la retractación le causare, si el contrato no pudiese cumplirse de otra manera, estando ya aceptada la oferta*”.

Para la mayoría de la doctrina¹³, que comparto, nuestro sistema es mixto, aunque toma como base la remisión, partiendo del artículo 1154. Mi coincidencia con esta opinión deriva no sólo de esta categórica norma, que en su total contenido sólo alude a tal teoría, no mencionando allí excepciones, sino también porque en la nota a los artículos 1150 a 1154, antes transcrita, el codificador efectúa una crítica, precisamente, al sistema de la información, que aparece como excepción en los arts. 1149 y 1155 y como tal deben éstos interpretarse, por razones prácticas y también de equidad, de modo de impedir la formación del consentimiento ante las situaciones en ellos contempladas.

Decía la Comisión: “*En materia de formación del consentimiento o perfección del contrato entre ausentes, con marcado acierto mantiene la regla del art. 1154 del Código vigente, que como se sabe, consagra la teoría de la “declaración” bajo la forma de la ‘expedición’*”.

Resultaba del art. 801 del Proyecto: “*La aceptación hace perfecto el contrato desde que ella hubiere sido enviada al proponente*”.

La Comisión también le reconoce al Proyecto “*cierta preferencia por la doctrina de la información*”, pero admite que “*la doctrina opuesta cuenta entre sus tratadistas con reputados sostenedores y con alguna consagración positiva (art. 1154 Cód. Civ. Argentino)*”.

La tendencia del Proyecto de 1936, aprobada por la Comisión manteniendo la tesis del Código Civil, con el tiempo no ha sido acompañada por las legislaciones, que han elegido otro camino, reemplazando la teoría de la remisión por la de la recepción, que se viene imponiendo hace años.

En efecto, la han adoptado diversos códigos, sobre todos los modernos, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías -ratificada por nuestro país por ley 22.765- los proyectos europeos y todos los argentinos de unificación.

Comenzando por estos, el Proyecto de 1987, art. 1144, proponía: *“El contrato queda concluido cuando la aceptación es recibida por el oferente”*, que se complementa en el 1153, 1ª parte: *“Conforme lo dispuesto por el art. 1144, si las partes no se encuentran presentes ni comunicadas instantáneamente, la aceptación concluye el contrato si ella es recibida por el oferente durante el plazo de vigencia de la oferta”*.

El Proyecto de la Cámara de Diputados, 1993, reproduce, con la misma numeración los artículos del de 1987.

El Proyecto del “Poder Ejecutivo”, de 1993, en los arts. 858 y 866, sigue la misma tendencia de los dos anteriores, con diferente redacción, y lo mismo ocurre en el Proyecto de 1998 que, si bien no contiene normas similares, la teoría resulta del conjunto de normas referida a la oferta y la aceptación, dejando bien claro cual acepta en los Fundamentos del Proyecto, § 168: *“De las diversas teorías para determinar el momento en que se forma el consentimiento, parece preferible la de la recepción, que considera concluido el contrato cuando se produce una aceptación útil, y ella es recibida por el oferente (conf. Cód.Civ. del Distrito Federal mexicano, art. 1807; Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 -Ley 22.765, arts. 18.2 y 24; Proyecto de Código Único de 1987, art. 1144; Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, art. 1144; Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, art. 858). Igual criterio siguen los Principios de UNIDROIT (art. 2.6.2, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (art. 16, inc. 2º y art. 21, inc. 1º) y los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 2205)”*.

Cabe señalar que Bibiloni, en su Anteproyecto señalaba que “en el mundo de los negocios la correspondencia se entiende conocida desde su entrega en la casa o escritorio del destinatario”. El Proyecto de 1936, según vimos, cambió la solución propuesta.

Dos aclaraciones más respecto a las normas actuales:

Cuando el artículo 1149 alude a “antes de haber aceptado”, debe interpretarse “antes de haber remitido la aceptación”, pues ese es el momento en que, de acuerdo a la tesis admitida, se considera que se aceptó la oferta y se formó el contrato.

Respecto a la segunda parte del artículo 1155, es inútil y sobreabundante, porque lo cierto es que ya no cabe la retractación después de darle valor a la aceptación, pues el contrato ya se ha formado. Si no se cumple podrá exigirse el cumplimiento y, subsidiariamente, los daños y perjuicios, que es lo que dice esta norma, que no es necesaria porque ya lo establece el art. 505, inc. 3º, artículo que también autoriza a exigir el cumplimiento.

La Comisión sostuvo que *“En cuanto a la retractación de la aceptación, el art. 803 proyectado, consagra una regla justa y práctica, y mejora visiblemente el art. 1155 del Código vigente, cuya segunda parte, confusa e inútil, está bien suprimida”*

Establece el art. 803 proyectado: *“El aceptante de la oferta puede retractar su conformidad, con tal que su aviso llegue a poder del proponente, antes o junto con el de la aceptación”*. Coincido con la opinión de suprimir la controvertida segunda parte del actual art. 1155, que ha merecido encontradas interpretaciones.

Cabe destacar que el Proyecto de Unificación de 1987 propuso el reemplazo del art. 1155 por norma similar a la del Proyecto de 1936 y en disposiciones de similar contenido se pronunciaron los sucesivos proyectos de unificación, el “Proyecto Federal” de Diputados de 1993 -art. 1153 *in fine*-, el Proyecto del “Poder Ejecutivo”, del mismo año -art. 866, 2ª parte- y el Proyecto de 1998 -art. 933-.

Finalmente, respecto de los arts. 213 y 215¹⁴ del Código de Comercio y su relación con las soluciones del Código Civil, dichas normas no alteran los principios de éste, que resultan aplicables a los contratos comerciales¹⁵.

El primero de ellos es una excepción al artículo 1155 del Código Civil, que vimos que a su vez exceptiona al 1154. Cabe tener presente que el corredor no es un representante, pues si así fuera el contrato sería entre presentes y el 213 se limitaría a aplicar un principio general. Por ello, no siéndolo, lo que hace esta última norma es impedir la aplicación de la primera en ese caso.

El artículo 215 se limita a mantener el principio del 213 y el régimen del Código Civil, pues la transmisión de la aceptación a un mandatario o a un emisario (sería equivalente al “agente” o “nuncio”), implica la remisión de la aceptación.

V.4. Comentario final de la Comisión del Congreso de 1937 sobre el sistema del Código Civil de Vélez Sársfield.

Como cierre de la exposición, el relator decía: *“Salvados los reparos ligeramente señalados y las observaciones que se consignan en el trabajo, no vacilamos en expresar que el Proyecto de Reforma -conservando lo que tiene, y seguirá teniendo, un sentido de permanencia en el gran Código de Vélez Sársfield y haciéndose cargo de la evolución de la doctrina y de las exigencias de la época-, con la admisión de nuevos principios y de reglas más armónicas, con el ajuste de algunas disposiciones y la supresión de otras innecesarias, bajo una estructura que tiende a la mayor homogeneidad y a la concisión, ha mejorado el régimen del consentimiento, proveyendo a una mayor seguridad en el tráfico de las relaciones contractuales. Tales son las razones que han determinado el despacho”*.

Se dijo también por parte del Dr. Juan Manuel Saravia: *“En esta materia de la formación del contrato, el Proyecto introduce muy felices innovaciones al Código vigente. Recoge, con ellas, muchas de las soluciones preconizadas por la doctrina e incorporadas a las legislaciones modernas. En lo fundamental -y subrayo el concepto- puede ser aceptado el régimen propuesto. Es menester, empero, como ha dicho el Dr. Montagné, introducirle modificaciones en base de la supresión de algunos preceptos, de la incorporación de otros nuevos y de la redacción, en términos distintos, de algunas de las normas que se incorporan. Ha de ganar con ello la lógica fundamental de las ideas, que sin desmedro de nada puede mantenerse, y con tales modificaciones, a la vez que se facilitaría la celebración del contrato, éste respondería, en mejor forma, a las necesidades del comercio jurídico”*.

He destacado las normas del Proyecto de 1936 y lo sustancial de las conclusiones referidas al régimen del consentimiento, efectuando también un paralelo con el Código de Vélez y los Proyectos de reforma y unificación del mismo. Cabe una comparación del Proyecto con el desarrollo del consentimiento con la evolución de los tiempos, lo cual abordo a continuación.

VI. El Proyecto de 1936 y la evolución del consentimiento

Al analizar los aspectos generales del consentimiento y su importancia en el contrato, partiendo del vigente Código Civil y relacionando las conclusiones del Congreso de 1937 referidas al Proyecto de Reformas de 1936, no sólo con aquel código sino con los proyectos de reforma y unificación, fui marcando las modificaciones que proponía el Proyecto, destacadas por los expositores del caso en dicho Congreso.

A más de setenta años del Proyecto y del Congreso que lo evaluó, muchas han sido las transformaciones que se han producido en el mundo de los contratos, particularmente en la formación de éstos, originadas en el desarrollo y celeridad de los negocios -remarcados sobre todo en los contratos comerciales- y la mencionada “globalización”, que incide en aquellos y

perturba la figura clásica del contrato, entendida como la concreción de un acuerdo “negociado”, directo, concreto, entre dos partes,

Trataré de recorrerlas, en una síntesis, de lo general a algunos casos particulares, relacionando ahora lo proyectado entonces con esas transformaciones y con la tendencia registrada en los proyectos de unificación y reforma que se sucedieron a partir de 1987.

VI.1. Las formas modernas de contratación

El primer punto que he marcado alude a este tema, debiendo aclarar que el término “formas” no se refiere al medio ni a la instrumentación, sino a la manera, al modo, las nuevas formas, de expresión del consentimiento. Los vinculo con este elemento porque si bien escapan al esquema clásico de la oferta y aceptación, éstas deben estar y, aunque con tipología especial - en especial la oferta-, son aplicación de la autonomía de la voluntad, adaptada a la evolución. De allí que se denominan también como “aspectos modernos del consentimiento”.

Los diversos supuestos no se caracterizan por el medio utilizado para concretarlos sino por el modo especial de la conformación del acuerdo, de un acuerdo que se adapta a la evolución. Es decir, no se trata de creación de figuras contractuales, sino de una modificación del consentimiento en su formación.

A ello se agregan las nuevas figuras contractuales, atípicas, que con esas modernas formas excedieron el contenido de los códigos decimonónicos y aun más modernos. Pero los principios generales, la doctrina y jurisprudencia han permitido captar y regular las nuevas modalidades, en general no concretadas en textos legislativos expresos ni tipificadas en ellos.

En el Proyecto de Reformas de 1936, veremos que aparecen normas vinculadas a algunas de las formas modernas y la Comisión aludía a que *“todo el proceso evolutivo”* se concentraba en el consentimiento y su relación con el contrato, agregando que *“así, lo comprueba el largo y brillante movimiento de la doctrina, que ha dado por resultado la transformación del contrato, bajo otra concepción de los elementos que integran el consentimiento y otro modo de formación. La nueva técnica del contrato se basa en la técnica del consentimiento”*.

Y también hizo referencia, varias veces, de un modo u otro, a las formas modernas. Así, criticando la codificación en general: *“La codificación organiza los contratos nominados bajo prolija reglamentación, que sirve de ley supletoria en el silencio de las partes; pero desconoce el ‘contrato tipo’, de oferta en block o inmodificable, y celosa del postulado de la igualdad, no alcanza el contrato del gran capital, de la empresa con los particulares, a los cuales -por la separación estricta del derecho público y del derecho privado- no habría sabido proteger con recursos extraños a la esfera del puro derecho civil”*¹⁶.

Refiriendo a lo que sería la formación progresiva del consentimiento contractual, así cabe denominarla, sostuvo: *“Se cumple un proceso de formación brillante y teóricamente inobjetable. Pero el contrato resulta un instrumento lento y rígido, incompatible con el ritmo de la vida actual e insuficiente, completamente insuficiente, frente a las nuevas necesidades e ideas que la informan”*.

Agregando más adelante: *“El fecundo desenvolvimiento de la industria, la moderna organización del trabajo bajo los regímenes que informan su nueva economía, han determinado la necesidad de realizar frecuentes contratos con un sujeto plural, formado a veces por una muchedumbre de personas. Sin contar que las condiciones son comunes, sería prácticamente imposible celebrarlos por separado con cada uno de los componentes. La dificultad se presenta, por otra parte, en el acuerdo previo y total de esas voluntades, a fin de que actúen conjuntamente....la teoría del contrato por terceros, bajo los diferentes principios que la fundan, resulta insuficiente. Ha sido necesario recurrir a la teoría de la ‘voluntad colectiva’, en la cual la voluntad individual es reemplazada por la ‘voluntad de la mayoría’... que obliga a todos individualmente. Esta solución, cualesquiera sean las objeciones que puedan formularse, es la única que hace viable aquellos contratos, de imprescindible y creciente aplicación”*.

Y luego de hacer referencia al tratamiento de las diversas formas que “*el Dr. Lafaille ha comprendido en los “Aspectos modernos del consentimiento”*”, y que “*van ganando aplicación”*”, menciona la influencia del fenómeno social del “*dirigismo”*”, a punto de que Josserand -*Revue trimestrielle de Droit Civil*, t. 36, 1937, p. 2- habla del “contrato dirigido”.

He destacado estos párrafos del informe del Dr. Montagné en la Comisión del Congreso, porque me han parecido muy importantes, pues, trascendiendo el propio Proyecto que analizaban, se incursiona en las formas modernas, por entonces aplicables en menor escala, por cierto, que en la actualidad.

VI.2. Los medios de formación del consentimiento: desde el correo y el telégrafo hasta los medios informáticos

Nuestro Código Civil menciona, aludiendo a los contratos entre ausentes, la “correspondencia epistolar” -bastaría el primer término para este tipo de modalidad- y los “agentes” (art. 1147).

Por su parte, el Código de Comercio, alude a la “correspondencia telegráfica” -señalando que se rige por las mismas disposiciones que la epistolar- (art. 214) y al “mandatario o emisario” y al “mensajero” (art. 215). Podemos identificar al emisario con el mensajero y a los dos con el agente, pero es erróneo asimilar al mandatario, tomando su concepto jurídico, pues su actuación como representante es equiparable a la de la parte, no existiendo en ese caso contratación entre ausentes.

En síntesis, los códigos refirieron los medios de comunicación existentes al tiempo de su sanción y esas normas no fueron modificadas posteriormente¹⁷.

Pero los modos de formación del consentimiento se fueron, en paralelo con la evolución de los medios de comunicación, ampliando, utilizando esos nuevos medios.

Aparecen así modalidades de la correspondencia, como también el teléfono, el télex, el fax y los medios informáticos.

Cabe destacar que la Comisión alude a nuevos medios de comunicación -obviamente no a los últimos mencionados-, ponderando al Proyecto en cuanto “*legisla el contrato por teléfono considerándolo, de acuerdo con la doctrina francesa y a precedentes en la codificación entre presentes. También se refiere a la correspondencia telegráfica*”¹⁸.

Agregando más adelante el Dr. José Manuel Saravia algo más importante al decir, con referencia al art. 796, inc. 4º: “*Se alude al teléfono al hablarse de los contratos concluidos entre presentes. Vivimos en la época de la radio y de las comunicaciones inalámbricas. Una legislación moderna no puede dejar de contemplar estos poderosos, eficaces y difundidos instrumentos de comunicación. Es por ello que, en substitución del recordado inciso 4º, podría adoptarse la fórmula del Código de Polonia: “el teléfono o todo otro medio de telecomunicación”*”. Por cierto, una sugerencia de modernización del código.

Y completando la idea, el mismo expositor agregó: “*Correspondería, asimismo, suprimir el art. 792, que se refiere al contrato entre ausentes. El Proyecto ha mantenido la norma del Código actual que dice: ‘Entre ausentes el consentimiento podrá manifestarse por medio de agentes o por correspondencia epistolar’ o ‘telegráfica’, agrega el Proyecto, siguiendo una indicación del Dr. Bibiloni. Fuera de cuando el agente es un ‘representante’ son aplicables al caso las normas consignadas para los contratos entre presentes, la correspondencia epistolar o telegráfica no agota toda posible forma de comunicación entre ausentes. Caben, entre otras, como dice Demogue (Des obligations, II, n° 549) los fonogramas, signos semafóricos, etc.*”.

Cabe destacar que el Proyecto también menciona el “telegrama colacionado” en su art. 138, admitiéndolo para la transmisión de la declaración de voluntad.

Volviendo a los medios informáticos, digamos que son concretados a través de la computadora -dicho así en general y terminología corriente-, permitiendo una rápida conexión e intercomunicación, con menores costos y de gran amplitud en su aplicación, cada día mayor.

Deteniéndonos en ese medio, se ha dicho con razón que la computadora obra en dos supuestos: a) como medio de comunicación, mero instrumento de vinculación entre las voluntades ya perfeccionadas con anterioridad a su transmisión, asimilándose así a otros medios (teléfono, télex, fax, grabaciones, etc.); b) participe de la formación del contrato, además de la vinculación entre sus partes, pues “contrata” de acuerdo a “instrucciones” previas del titular de la voluntad, merced a los datos y parámetros que contiene un programa. El ordenador es, así, el “encuentro” de las voluntades contractuales”¹⁹.

La índole de este trabajo no hace posible un análisis de este medio ²⁰, al cual cabe contemplar *lege lata* -aplicando analógica y/o extensivamente las normas de nuestros códigos- y *lege ferenda* -inspirando futuras reformas-. No olvidamos el paso que significa la ley de firma digital 25.506 (B.O. 14/12/2001), pero no se trata de una normativa de regulación del documento electrónico sino de una regulación parcial de la documentación electrónica, que no avanza mayormente respecto al consentimiento informático, aunque abre caminos a su desarrollo jurídico. Destaco una norma, su art. 6, particularmente su párrafo final: “*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*”²¹.

En la época del Proyecto de 1936 se justifica que los medios informáticos no hayan sido siquiera mencionados. Pero del análisis por la Comisión he citado diversos párrafos, y otros citaré luego, en que se vislumbran modos del consentimiento que no se aplicaban por entonces.

Adviértase que muchos años transcurrieron antes de que se estudiara la influencia en el derecho y particularmente en los actos y contratos de esos medios electrónicos que, además, fueron productos de una tecnología que se desarrolló muy posteriormente a aquel Proyecto y que los juristas debieron tratar muchos años después, al emplearse en nuestro país la informática.

De allí comenzó a analizarse en reuniones jurídicas, siendo una de las más concretas las ya mencionadas -en nota- XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires, en 2001.

En esas Jornadas presentamos, con colaboradores, una ponencia que proponía en una de sus conclusiones: “*Se recomienda una reforma de la legislación argentina la que debería admitir, al menos, con igual categoría que el documento escrito, todo procedimiento -especialmente de base informática- que pueda brindar razonable seguridad jurídica respecto de las transacciones que refleja, allí donde la forma resulta necesaria para algún efecto especial de reconocimiento del acto, tal cual se propició en las Segundas Jornadas Provinciales de Junín, octubre de 1986*”.

Y dichas Jornadas recomendaron: Recomendación 11: “*Se propicia el dictado de una normativa en base a los criterios de regulación inspirados en el régimen general del comercio electrónico establecido por la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL)*”.

A la fecha, tal normativa no se ha dictado. Fue expuesta en proyectos de leyes y, particularmente, en los proyectos de unificación que, como sabemos, nunca fueron sancionados -salvo el de 1987, vetado-.

Esos proyectos avanzan así sobre los anteriores de reformas al Código Civil, propiciando en este sentido normas similares.

El tema fue incluido en la generalidad de la forma escrita. Cabe citar ese primer proyecto, 1987, que propiciaba la siguiente norma, en reemplazo del actual art. 978 del Código Civil, ubicado en las “formas de los actos jurídicos”: “*La expresión escrita puede tener lugar por instrumento público o por instrumentos particulares, salvo en los casos en que determinada forma de instrumento fuese exclusivamente dispuesta. Son instrumentos particulares los escritos pero no firmados. Son también instrumentos particulares los impresos, los registros*

visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera fuese el medio empleado, los registros de pensamientos o información. Son instrumentos privados los instrumentos particulares escritos y firmados”²².

El “Proyecto Federal” de 1993 reprodujo casi a la letra y bajo la misma numeración la norma propuesta por el de 1987.

El “Proyecto del Poder Ejecutivo” de 1993, invocando como antecedente el de 1987, en el título “De la forma de los actos jurídicos”, art. 589, proyectaba también una norma muy similar, pero reemplazaba “*pensamientos*” por “*la palabra*”, aclarando en la nota que “la disposición permite dar cabida a los modernos medios de comunicación, transmisión de la palabra y almacenamiento de datos e información (télex, fax, sistemas de computación, grabaciones, videos, etc.)” y que la sustitución de “*pensamientos*” tomó en consideración la crítica del Dr. Borda²³.

Finalmente, el Proyecto de 1998, en su capítulo de “Forma y prueba de los actos jurídicos”, art. 264, en norma muy similar al del Ejecutivo, cambiando también “*la palabra*” por “*pensamientos*” alude a los “*instrumentos particulares*”.

Todas estas postulaciones entiendo que son insuficientes y creo por ello que en estos tiempos cualquier reforma ya tiene que ser integral, respecto a los medios de formación del consentimiento, incluidos los informáticos.

Mientras tanto, tanto para solucionar los casos en que se han utilizado dichos medios u otros de las formas modernas, servirán los antecedentes citados, como las también las normas de los arts. 15 y 16 -analogía, principios generales, etc.- y, en el caso particular de los contratos, el art. 1197 -autonomía de la voluntad o poder de autodeterminación-, principio rector en materia contractual, de raigambre constitucional (Preámbulo, arts. 14, 17, 19 -éste reconocido en forma expresa por el art. 53 del Código Civil-, 28 y 33 todos de la Constitución Nacional, 1197, 910, etc., del Código Civil).

Esos principios permiten aprehender también las nuevas modalidades o maneras de contratar o, mejor aún, las “*formas modernas de prestarse el consentimiento*”, que podemos ubicar también en el amplio campo de la atipicidad, válidamente sustentada en aquellas normas generales y que en el caso permite comprender y resolver la aplicación de esas nuevas “*formas atípicas*”.

VI.3. El Proyecto de 1936 y algunos casos de los aspectos modernos del consentimiento.

Habré de referirme, como último punto, al antecedente que resulta el Proyecto de 1936 y de su análisis en el Congreso de 1937, respecto a algunos aspectos modernos del consentimiento.

En su art. 805 se proponía: “*En las ofertas al público, cuando ellas contuvieren todas las cláusulas del contrato, podrá establecerse que no se dará curso a ninguna aceptación que modificare la propuesta. Esta cláusula será nula cuando la oferta no hubiere sido totalmente formulada por escrito. La estipulación contenida en el presente artículo se juzgará implícita cuando se tratare de servicios públicos*”.

Agregando la norma siguiente: “*Para los casos del artículo precedente son de ningún valor las cláusulas ocultas, o que se hicieren saber después de la aceptación*”.

Se advierte que en estas normas subyacen las formas modernas de contratación -genéricamente, la aplicación de “*cláusulas predispuestas*”, en su varias modalidades- y también, fundamental, la protección de la parte débil del contrato, mediante la regulación de las “*ofertas al público*”.

La alusión a los servicios públicos permite suponer que la restricción aparece teniendo en cuenta que los contratos sobre ellos se consideran “*por adhesión*” y la invalidez de las cláusulas ocultas o posteriores a la aceptación también se encuentran relacionadas con los contratos predispuestos. Una interpretación en el marco de la buena fe ha servido para controlar los abusos de las posiciones dominantes.

El tratamiento en la Comisión completaba el proyecto y, no sancionado éste, sirvió igualmente para inspirar soluciones en casos no legislados expresamente.

Se dijo en ese camino: *“La multiplicidad y la obligada rapidez de las relaciones, el progreso de los servicios privados de utilidad general o pública, que requieren organizaciones rígidas y estables, han impuesto el contrato de oferta dirigida a muchas personas, con todas las cláusulas, cerrada e inmodificable, en el cual sin discusión ni examen -que por otra parte serían inútiles-, la aceptación se produce por simple ‘adhesión’. En torno de esta nueva forma contractual, la doctrina y jurisprudencia han venido preparando una construcción valiosa, tendiente sobre todo a la garantía del contratante que se presenta en notoria desigualdad no sólo por su situación económica sino también por la necesidad, casi siempre imperiosa, de celebrar el contrato. Los códigos deben acoger esa construcción en la medida indispensable”.*

Más adelante se agregaba: *“La real desigualdad de los contratantes, consecuencia en el régimen privado del desequilibrio económico y que se intensifica bajo las nuevas modalidades, ha determinado una mayor injerencia del poder público -por la ley o por la jurisprudencia-, quebrantándose la ‘intangibilidad’ del contrato. Aparte de lo que se refiere a las teorías de la incapacidad y de los vicios del consentimiento, de estructuras netamente clásicas, se ha caracterizado la tendencia hacia una protección del contratante que aparece como menos apto para su defensa, que alcance la necesidad, la ligereza y la inexperiencia, etc. (como es la fórmula del Art. 138 del Código Civil Alemán). Se da una extensión creciente a las leyes de orden público, se busca fortificar la teoría de la lesión y se vuelve al formalismo, considerado como elemento de mayor seguridad”.*

“Mientras se procura ampliar los poderes de los jueces -no tanto por un aumento taxativo de sus facultades, sino más bien por los nuevos principios o institutos de que puede valerse la jurisprudencia-, la doctrina, por otra aplicación de las teorías de la causa, del error, de la violencia; por el ‘enriquecimiento’, por el ‘abuso del derecho’, etc., ofrece una serie de soluciones que constituyen límites al exceso y mantienen al contrato, no obstante su fuerte transformación, como el instrumento progresista e insustituible en las relaciones de la vida”.

“La libertad de las partes sobrevive como regla en la creación de obligaciones; pero nuevos criterios contienen las derivaciones excesivas, tienden a proteger contra la injusticia y condicionan esa regla, teniendo en mira el interés social, en cuyo detrimento no pueden prevalecer las consecuencias del acto privado (postulado éste no desconocido, por cierto, en la doctrina clásica; pero que ha cobrado mayor importancia, por la extensión de la idea de interés social y porque una serie de disposiciones concretan su valor práctica)”.

Una opinión compartible que, por un lado, fortifica el contrato y, por el otro, limita la autonomía de la voluntad cuando aparecen excesos, una opinión, en definitiva, de apoyo indiscutible para el control de los contratos “no negociados”, opuestos a los “negociados” o “paritarios”. Un antecedente para todo el desarrollo de esas limitaciones, a partir del Proyecto de 1936 y el Congreso de Derecho Civil de 1937. También inspiración para las normas de defensa del consumidor, consolidadas en la legislación muy posteriormente (ley 24.240, B.O. 15/10/1993 y su reciente modificatoria, 26.361 (B.O. 07/04/2008), que regulan los contratos de consumo, modificando parcialmente la oferta y la aceptación, especialmente en el caso de ofertas al público en general.

A partir de esas normas, se ha debido rearmar la doctrina y práctica del consentimiento contractual, en los casos abarcados por esa regulación.

Sobre toda esa evolución, es notable la visión que tuvieron los juristas intervinientes en aquel Congreso, demostrada en su análisis del Proyecto de 1936.

VII. Conclusiones

Respecto al **régimen del consentimiento** -a ello me limitaré- con el Proyecto de Reforma de 1936 (PR) y la declaración de la Comisión que estudió el tema en el II Congreso Nacional de Derecho Civil (CCDC), celebrado en Córdoba en 1937, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

1. El PR, que tuvo como antecedente el Proyecto de Juan Antonio Bibiloni, significaba una actualización, a su época, y un reordenamiento, del Código Civil de Vélez Sársfield, pero manteniendo los principios generales del consentimiento.

2. Se destaca la importancia del consentimiento como elemento esencial y propio del contrato y sustento del mismo. La CCDC: *“El consentimiento es inseparable de la idea de concordancia...se confunde con el contrato mismo...es así, entre los esenciales, elemento dominante del contrato”*.

3. Se destaca asimismo la importancia y el concepto del consentimiento. CCDC: *“Una revisión de la teoría general del contrato tiene que comenzar, lógicamente, por la teoría del consentimiento...el consentimiento requiere la unión de dos o más voluntades, que parten de intereses opuestos y libremente los concuerdan, carácter bilateral...”*.

4. El PR no enumera los elementos esenciales del contrato y no trata la causa-fín, limitándose al consentimiento y al objeto. Tampoco se ocupa de aquélla en los actos jurídicos, aunque al definir éstos -art. 152- mantiene el requisito del “fín inmediato”. La CCDC tampoco menciona la causa entre los elementos, pero sí el objeto. Considero debió incluirse la causa como elemento, atento la evolución de la misma y su separación del objeto ya en la época del PR, aunque debe admitirse que existía, y aún existe, una posición anticausalista, que estimo minoritaria.

5. La CCDC sostiene que debe reconocerse *“el valor de fuente a la manifestación unilateral de voluntad, generalmente llamada “voluntad unilateral”, por entonces cuestionada, y mantenerse “la regla del Código vigente, art. 1148, 2ª parte, en el sentido de que la oferta para ser considerada tal, debe contener los elementos constitutivos del contrato que se trata de formar”*, destacando que el art. 794 PR *“sanciona el carácter obligatorio de la oferta... consagra el principio de la fuerza obligatoria...una innovación que preconiza la doctrina más autorizada...legislaciones modernas...y jurisprudencia francesa...para una mayor concordancia...corresponde suprimir la posibilidad de retractación a que alude el art. 802 y mantener la eficacia de la oferta no obstante la muerte del ofertante...”*.

6. Postula un “sistema mixto” respecto a las teorías de la voluntad declarada y voluntad real: *“la mejor solución no puede basarse en uno de los principios con exclusión absoluta del otro. El Código Civil Alemán, tan autorizado intérprete de la teoría de la declaración, en el art. 133 gira hacia la voluntad real, lo cual parece acentuar el sistema mixto que consagra, y demuestra que no es prudente ni jurídico desdeñar aquella fuerza creadora del pensamiento de las partes”*.

7. La CCDC rechaza la teoría de la *punktation*, sosteniendo que, no contemplándola el PR, *“sería menester, entonces, un pronunciamiento categórico...sancionándose el rechazo de la teoría, conforme la solución del Código alemán”*. Discutida solución, que no comparto, según analicé *ut supra*.

8. Defiende la teoría de la “expedición” en el contrato entre ausentes: *“En materia del consentimiento o perfección del contrato entre ausentes, con marcado acierto mantiene la regla del art. 1154 del Código vigente...”*. El Anteproyecto de Bibiloni se inclinaba por la teoría de la “recepción”; la doctrina y la legislación moderna también.

9. El PR eliminaba la segunda parte, destacando la CDCC: *“...el art. 803 proyectado... mejora visiblemente el art. 1155 del Código vigente, cuya segunda parte, confusa e inútil, está bien suprimida”*. Acertado criterio.

10. La CDCC sostuvo que el PR *“bajo una estructura que tiende a la mayor homogeneidad y a la concisión, ha mejorado el régimen del consentimiento, proveyendo a una mayor seguridad en el tráfico de las relaciones contractuales...introduce felices innovaciones... Recoge muchas de las soluciones preconizadas por la doctrina e incorporadas a las legislaciones modernas”*. No obstante, con criterio equilibrado, decía: *“Es menester, empero...introducirle modificaciones en base a la supresión de algunos preceptos, de la incorporación de otros nuevos y de la redacción, en términos distintos, de algunas de las normas que se incorporan...respondería, en mejor forma, a las necesidades del comercio”*

jurídico”. Los proyectos posteriores coincidieron, al margen las objeciones que determinaron su falta de sanción o su veto.

11. El PR contenía normas vinculadas a algunas de las formas modernas -lo hemos destacado en su lugar- y la Comisión aludió a que *“todo el proceso evolutivo”* se concentraba en el consentimiento y su relación con el contrato... *“la nueva técnica del contrato se basa en la técnica del consentimiento”*, criticando la codificación en general, que *“desconoce el “contrato tipo”; de oferta en block o inmodificable, y celosa del postulado de la igualdad, no alcanza el contrato del gran capital, de la empresa con los particulares...el contrato resulta un instrumento lento y rígido, incompatible con el ritmo de la vida actual e insuficiente, completamente insuficiente, frente a las nuevas necesidades e ideas que la informan”*, aludiendo a que *“el fecundo desenvolvimiento de la industria, la moderna organización del trabajo bajo los regímenes que informan su nueva economía, han determinado la necesidad de realizar frecuentes contratos con un sujeto plural...sería prácticamente imposible celebrarlos por separado con cada uno...”*. Ya por entonces reclamaba por la regulación de las “formas modernas” y aludía a nuevos medios de comunicación de ese entonces, no contemplados en el PR, mencionando *“la radio y...las comunicaciones inalámbricas”*.

12. Destaco que en el art. 805 PR, que he mencionado y comentado, subyacían las formas modernas de contratación, aludiendo la CDCC a la *“aceptación por simple adhesión”*, destacando que *“en torno de esta nueva forma contractual, la doctrina y jurisprudencia han venido procurando una construcción valiosa, tendiente sobre todo a la garantía del contratante que se presenta en notoria desigualdad...Los códigos deben acoger esa construcción en la medida indispensable...una protección del contratante que aparece como menos apto para su defensa, que alcance la necesidad, la ligereza y la inexperiencia...nuevos criterios contienen las derivaciones excesivas...”*. Todo ello fue reconocido por doctrina, jurisprudencia y legislación posterior -ejemplo es la reforma de la ley 17.711/1968 al Código Civil- y lo he comentado páginas atrás.

13. Finalmente, subrayo que la CCDC resaltaba la buena fe: *“...vigorizando el contenido ético, la doctrina moderna vuelve a proclamar, no sólo como principio de valor doctrinario, sino como una afirmación positiva de la ley, que los contratos deben ser cumplidos de buena fe”*.

En **conclusión final** cabe destacar tanto la importancia del Proyecto de Reforma de 1936 como su evaluación en las “actas” de la Comisión que lo analizó y redactó sobre la base del Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni, así como su tratamiento y aprobación, aunque con observaciones, en el Congreso de Derecho Civil de 1937, inspirador de nuevas reformas.

Ello demuestra que, a lo largo de los años, las reuniones de juristas han sido de gran utilidad para la actualización del derecho positivo y su reforma o, no prosperando ésta, para una sabia y eficaz interpretación de los principios generales del Código Civil de Vélez Sársfield, de manera de sustentar en ellos la aplicación de las formas modernas de contratación, aunque también otro tipo de soluciones vinculadas al consentimiento contractual y los límites al mismo, manteniendo vigente los pilares del contrato a partir de la autonomía de la voluntad y su fuerza obligatoria, dentro de aquellos límites y en el marco de la omnicompreensiva “buena fe”.

NOTAS:

¹ Para ampliar remito a José María GASTALDI, *Introducción al estudio del contrato*, Buenos Aires, La Ley, 2003, 4ª parte, Cap. IV, pág. 47 y ss..

² Sobre esos pilares y también sobre la buena fe me remito al trabajo citado en nota anterior, a José María GASTALDI, “El derecho de los contratos a la luz de los principios del Código Civil de Vélez Sársfield. Su adaptabilidad y perdurabilidad”, en *Libro Homenaje a Vélez Sársfield*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, págs. 139/173; y José María GASTALDI, “La buena fe en el derecho de los contratos. Su consagración desde el Código Civil de Vélez Sársfield”, en *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, Cap. XX, págs. 299/334

³ B. WINDSCHEID, *Pandectas*, t. II, §305, pág. 179 y ss..

⁴ Héctor LAFAILLE, *Derecho civil*, Buenos Aires, Ediar, 1953, t. VIII, Contratos, vol. I, pág. 69.

⁵ Marco Aurelio RISOLÍA, *Soberanía y crisis del contrato* -tesis-, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, págs. 89 y 94, que contiene una excelente recordada exposición sobre la voluntad y el contrato.

⁶ Corresponde la cita al informante y principal expositor de la Comisión, que fue el Dr. Hipólito Montagné. De su exposición tomamos la mayoría de las citas que haremos, por lo cual no volveremos a indicar su autor, salvo, en su caso, si se trata de otro jurista. Aclaremos que nuestra postura ha sido siempre la inclusión de la causa como elemento esencial, además del consentimiento y el objeto. Véase José María GASTALDI, “Causa final (una aproximación al tema de la causa)” publicado en el *Libro Homenaje al Dr. Alberto J. Bueres*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, págs. 533/560, e *Introducción al estudio de los contratos*, cit., pág. 78 y ss..

⁷ Eugène PETIT, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. de la 9ª ed. francesa por José Fernández González, con prólogo del Dr. José María Rizzi, N° 268, pág. 325, citando L. I, § 3, D., *de pactis*, II, 14-V; en p. 317, nota 2, transcribe la noción de Ulpiano: “*et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*”.

⁸ Jorge GIORGI, *Teoría de las Obligaciones en el derecho moderno*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1910, vol. III, n° 138, pág. 116, dice que es “*la manifestación recíproca del acuerdo completo de dos o más personas*” -con esto bastaría- agregando “*con el objeto de obligarse cada una a una prestación respecto de la otra u otras, o bien con el de obligarse una o sólo algunas para con la otra u otras que aceptan sin asumir ninguna obligación correlativa*”.

⁹ En otro trabajo de este libro se desarrolla la “fuerza vinculante de la oferta”, por lo cual sólo mencionaré en forma resumida algunos aspectos.

¹⁰ Véase al respecto mis trabajos citados en nota 2,

¹¹ Art. 154 C.C. Alemán: “*Mientras las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, acerca de los cuales deba recaer acuerdo común o de una sola parte, no se considerará concluido, si surgiere alguna duda. La inteligencia en puntos aislados no producirá obligación aunque se haya consignado por escrito. Si se hubiese convenido redactar el contrato proyecto, en caso de duda, no se considerará concluido hasta que se haya extendido*”. Ed. consultada: *Textos y Comentarios al Código Civil del Imperio Alemán*, trad. de Alejo García Moreno, anotada y comentada por la Redacción de la Revista de los Tribunales y de Legislación Universal, Centro Editorial De Góngora, Madrid, 1897.

¹² La doctrina y jurisprudencia han admitido con razón que si en un contrato de locación de cosas no se hubiera establecido el precio -elemento esencial-, pero el locatario entró en el uso y goce de la cosa, cabe establecer judicialmente ese requisito, no obstante ser esencial y haberse omitido (Cám. 5ª C y C. de Córdoba, 1996/5/6, “*Cenit c/Mepricord*”, L.L.C. 1996, 1271); Luis María REZZÓNICO, *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1959, t. II, p. 78 ss, particularmente jurisprudencia citada en nota 21; Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, Buenos Aires, Perrot, 1997 t. II, pág. 487, nota 639; Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los Contratos, Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, t. II, pág. 351.

¹³ Hace excepción Raymundo M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil, Fuentes de las Obligaciones*, actualizado por Arturo ACUÑA ANZORENA, Buenos Aires, TEA, 1957, t. I, N° 66, pág. 76, quien considera que la teoría base es la de la información, fundándose en el art. 1155, 1ª parte, y sosteniendo que ello es así porque hasta ese momento se puede retractar el aceptante, según dicho artículo, pero cumplida la condición del conocimiento sin que hubiera retractación, tal condición funciona retroactivamente y se considera concluido el contrato con la remisión que menciona el art. 1154.

¹⁴ Art. 213 Cód. Comercio: “*Mediando corredor en la negociación, se tendrá por perfecto el contrato luego que las partes contratantes hayan aceptado, sin reserva ni condición alguna, las propuestas del corredor. Expresada la aceptación, no puede tener lugar el arrepentimiento de las partes.* Art. 215: “*El consentimiento manifestado a un mandatario o emisario para un acto de comercio, obliga a quien lo presta, aun antes de transmitirse al que mandó al mensajero*”.

¹⁵ Conf. José María GASTALDI, *Introducción al estudio de los contratos comerciales. Su relación con los civiles*, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1ª ed. 1981, 2ª ed. 1985, 3ª ed., ampliada, 1991, pág. 43 y ss..

¹⁶ En relación a la protección de la desigualdad, de la parte débil del contrato, no debemos olvidar que el Código de Comercio, al referirse a las reglas de interpretación en su art. 218, incluye en último lugar, inc. 7, lo que se considera una pauta residual que establece: “*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 la liberación*”. Esta regla, conocida como del *favor debitoris*, transformada en *favor debilis*, ha permitido, como una suerte de principio interpretativo general, restablecer el equilibrio o proteger al “débil” en los contratos en que una de las partes tiene supremacía sino jurídica económica, que integran las formas modernas que citaremos. De más está recordar que es unánime la doctrina y jurisprudencia en cuanto a que las reglas de interpretación se aplican en general también a los contratos civiles. Véase en ampliación, José María GASTALDI, “Las X Jornadas de Derecho Civil y la regla *favor debitoris* (lo tratado y lo no tratado), E.D. 117-838 ss. y Contratos II, cap. XIV, “La interpretación de los contratos y la regla *favor debitoris*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1ª y 2ª ed. actualizada, 1994 y 1998, respectivamente, pág. 99 y ss..

¹⁷ Esto es evidente, pero Vélez Sársfield pareció intuir, en una suerte de “premonición”, el futuro de las formas, en la nota, precisamente, al art. 973, en que cita a Ortolán; destaco un par de párrafos: “*Los progresos de la civilización...espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia, y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos una civilización adelantada, se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención; no pide a la materia sino lo que es indispensable para descubrir u asegurar la voluntad...*” ¿No cabe en esas

expresiones el moderno documento informático? Parece una suerte de visión sobre lo que podría ocurrir, y ocurrió, en un futuro, por entonces muy lejano.

¹⁸ Alude sin duda al art. 796, referido a los casos en que “*la oferta quedará sin efecto...4° Cuando, formulada verbalmente en presencia de la persona a quien se dirige, no se la aceptare de inmediato. 5° Si realizada por intermediario en las condiciones del inciso anterior, éste no obtuviera una conformidad expresa. El mismo principio de los incs. 4° y 5° regirá cuando en iguales supuestos se empleare comunicación telefónica*”.

¹⁹ Luis Mauricio GAISBROIS, “La contratación informática”, Editorial de Belgrano, 1998, Ficha 110, p. 10.

²⁰ Para un análisis más amplio de los diversos aspectos de fondo y forma que representa el consentimiento por medios informáticos, remitimos a José María GASTALDI, *Introducción al estudio del contrato*, cit., p. 61/74, tomando como base para su desarrollo una exposición que realizara en el “Seminario de Introducción a la Informática Jurídica”, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 1988, y otras en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 1997, y en las Universidades de Belgrano, 1997, Lomas de Zamora, 2000), La Plata (2001), consolidando ideas en una ponencia que en colaboración fue presentada ante las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2001. En el libro citado mencionamos varios trabajos de diversos autores, importantes para el tratamiento del tema. Agregamos un trabajo posterior, un análisis completo partiendo de la ley de firma digital: María Julia FORNARI -Jorge E. LAVALLE COBO, en Augusto C. BELLUSCIO - Eduardo A. ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias*, t. 9, págs. 1324/1404.

²¹ Al margen la ley de firma digital existen ya antecedentes concretos respecto de la admisión del documento electrónico, por ej., art. 61 de la ley 19.550, según reforma ley 22.903; ley 23.314 de modificación del procedimiento tributario, ley de presupuesto, etc.

²² La calificación del instrumento informático como instrumento particular no firmado la hemos sostenido en todos los antecedentes en los que participamos y que mencionamos en la nota 20.

²³ Guillermo A. BORDA, “Una medida necesaria: el veto a la ley de unificación de la legislación civil y comercial”, E.D. 27/02/1992).

LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA Y LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL

por JUAN MANUEL APARICIO

SUMARIO: I. Generalidades. Antecedentes. II. Ambito de la figura de la imprevisión. III. Requisitos de la aplicación de la figura. Excesiva onerosidad. El acontecimiento extraordinario e imprevisible. Falta de culpa del perjudicado. IV. Efectos de la imprevisión.

I. Generalidades. Antecedentes

1. *La imprevisión y los Congresos de Derecho Civil.* En la incorporación del supuesto de la excesiva onerosidad sobrevenida a nuestra legislación, ha desempeñado un papel destacable como antecedente, la labor científica desplegada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Sin embargo, no puede olvidarse que en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil que tuvo lugar en Córdoba en el año 1937, ya se manifestó una inquietud sobre el tema. A su vez, la recomendación N° 15 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, aprobada el día 14 de octubre de 1961, fue reproducida ad pedem litterae por la Ley 17.711, cuando en el año 1968 introdujo la figura en la modificación al art. 1.198 del Código Civil. Analizar hoy el desarrollo que ha tenido en nuestro derecho la fórmula legal vigente equivale, al mismo tiempo, a poner de manifiesto el destino que le cupo a la mencionada recomendación.

2. *Cambio de circunstancias posteriores a la celebración del contrato.* Los que contratan lo hacen en el ámbito de ciertas circunstancias de hecho económicas, jurídicas y de otra índole, existentes en el momento de celebración del acuerdo, que configuran el contexto en el cual deciden manifestar su voluntad común de concluir el convenio.

Ahora bien, frecuentemente, en la vida del derecho se celebran contratos que no están destinados a agotar sus efectos en el momento de perfeccionamiento, sino que generan una relación destinada a prolongarse en el tiempo. En estos casos, cuando por hechos posteriores a la celebración del acuerdo, estando pendiente la actuación del programa contractual, sobreviene un cambio de las circunstancias originarias, cabe preguntarse: ¿puede cualquiera de las partes pretender desvincularse del convenio o que se modifiquen sus estipulaciones?.

La respuesta, por vía de principio, debe ser negativa. El contrato es, por antonomasia, un acto de previsión: cuando se ha decidido que su ejecución dure o se difiera en el tiempo, lo que las partes persiguen es asegurar que lo convenido subsista a pesar del cambio ulterior de las condiciones de hecho; como acertadamente se ha expresado, el contrato se hace “*contra ese cambio imaginable, con el designio de que él no sea conmovido ni zarandeado por los flujos y reflujos de las circunstancias*”¹. Si la obligación del deudor tuviera que seguir los vaivenes de las cambiantes circunstancias, poco y nada quedaría del contrato; se destruiría su utilidad y se introduciría la inestabilidad en la vida económica con grave trastorno de la seguridad jurídica.

Pero esta regla incontrovertible no puede ser absoluta; hay supuestos en que por un acontecimiento extraordinario que escapa a toda previsión razonable, se modifican las circunstancias existentes en el momento de celebración del convenio y se agravan considerablemente las obligaciones de una de las partes, en manera tal, que se destruye la relación de equivalencia entre las prestaciones y el contrato oneroso pierde su sentido originario². En estos casos hacer prevalecer de modo inflexible el respeto de la palabra empeñada, conduce a soluciones reñidas con los más elementales postulados de justicia.

La cuestión plantea con perfiles sobremanera nítidos y definidos, el problema más arduo y capital del derecho positivo: establecer un correcto equilibrio entre los dos valores supremos del orden jurídico: la justicia y la seguridad, expresiones que no son antitéticas sino que se complementan, en cuanto configuran las dos caras del bien común³.

3. *Derecho romano*. En el derecho romano no se acuñó ninguna regla en torno a esta situación. Como en este derecho no se admitía de modo general el principio de la eficacia vinculante de la promesa, esto es, el *pacta sunt servanda*, correlativamente, no se encuentran previsiones genéricas que subordinen la subsistencia del vínculo contractual al mantenimiento de un estado de hecho originario. En la época romana, la inquietud de admitir una conexión entre la mutación de las circunstancias primitivas y la perduración del vínculo contractual, tuvo antecedentes en la conciencia moral, al margen de las fuentes. Se encuentran referencias a tal condicionamiento, en dos de las obras más representativas de la escasa producción filosófica romana, las de Cicerón y Séneca ⁴. Estos tratamientos de la filosofía estoica, tuvieron el destino futuro de influir en la filosofía escolástica, por la afinidad de ideas de ambas concepciones. Y, a su vez, en el hecho del influjo de la filosofía escolástica sobre las fuentes canónicas, es posible rastrear los vasos comunicantes para la penetración de este pensamiento en el campo del derecho.

4. *La cláusula rebus sic stantibus. Derecho canónico y postglosadores*. Los primeros vestigios de la doctrina de la cláusula "*rebus sic stantibus*" es dable hallarlos en el Decreto de Graciano y en la *Summa Theologica* de Santo Tomás ⁵. Pero fueron los postglosadores quienes elaboraron dicha doctrina, cuyo germen se encuentra en el derecho canónico. La expusieron con un alcance amplio, orientado a evitar que las exigencias de la seguridad jurídica, representada por el principio de la estabilidad de las convenciones, quebrantasen gravemente los postulados de justicia ⁶. Baldo y Bartolo sostuvieron por primera vez, en términos genéricos, en los que a su indeterminación se suma un contenido vario y heterogéneo, que todos los contratos sucesivos o diferidos en el tiempo se entienden hechos con el pacto tácito de que subsistirán, en tanto y en cuanto las circunstancias en las cuales fueron concluidos se mantengan sin alterarse en lo fundamental ⁷. A partir de estos postglosadores, la cláusula se incorpora definitivamente en la doctrina y es repetida por todos los comentaristas del Digesto.

5. *Codificaciones germánicas*. La doctrina se difundió y generalizó en los países de Europa hasta el siglo XVII en que comenzó a caer en desuso. Sin embargo, en la escuela culta holandesa y germánica fue objeto de un ulterior desenvolvimiento con una abundante producción monográfica sobre el tema ⁸. Ello motivó que en Alemania, el principio fuera reconocido en las primeras codificaciones: el Código bávaro de 1756 ⁹ y el Landrecht prusiano de 1794 ¹⁰ amén de que fue también considerado, parcialmente, en el Código austríaco con relación al contrato preliminar ¹¹.

6. *El ocaso de la doctrina de la cláusula*. No tuvo esa fortuna en Francia: los juristas de los siglos XVII y XVIII, especialmente Domat, Cujas y Pothier, que tanta influencia tuvieron en la redacción del Código de Napoleón, no trataron la doctrina de la cláusula y el Código civil francés la omitió. Este abandono se lo ha atribuido al influjo de la escuela histórica del derecho romano que se atenía a la exégesis de los textos, a la escuelas del derecho natural con el rol preeminente que asignó a la voluntad y, finalmente, al predominio en materia económica de la concepción liberal que preconizaba desembarazar al principio de autonomía de limitaciones fundadas en la justicia conmutativa ¹².

El siglo XIX representa el ocaso universal de la cláusula "*rebus sic stantibus*"; el Código civil alemán, no obstante los precedentes germánicos mencionados, no la aceptó, aunque se mencionan en su articulado preceptos que importan una aplicación particular de ella ¹³.

7. *El renacimiento de la doctrina de la cláusula*. La Primera Guerra Mundial, de 1914, con la secuela de graves trastornos que significó en la economía de los países protagonistas del conflicto, como en la de los no beligerantes, determinó el renacimiento de la célebre cláusula bajo la nueva versión de la teoría de la imprevisión. A partir de aquel suceso es profusa la literatura jurídica que se ocupa con el tema, acicateados los escritores del siglo XX por una realidad de constantes perturbaciones, de incesante trasiego y de vertiginoso progreso que han

llevado a considerarla, por oposición a la centuria precedente, como el “mundo de la inseguridad”, tal cual continúa siendo, en sus albores, el siglo actual ¹⁴.

Esta producción jurídica ha tenido como meta encontrar el fundamento doctrinal que permita quebrar el dogma de la autonomía de la voluntad en los supuestos de excepción y autorizar a los jueces, en los casos concretos de alteración de las circunstancias por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, a intervenir para corregir los graves desequilibrios que puedan producirse en la economía del contrato, ya sea ordenando su resolución o bien permitiendo la modificación de su contenido.

8. *Divergencias sobre la conveniencia de una norma general.* La cuestión dio lugar a la polémica. Hay quienes creen que las hipótesis excepcionales producidas en los momentos de subversión económica, exigen remedios de carácter extraordinario: leyes particulares y transitorias que pongan solución a tales situaciones. Es peligroso, afirman, sentar normas generales sobre la materia y autorizar la intervención de los jueces en los contratos, ya que la fuerza obligatoria de éstos no puede dejarse librada a la discreción de aquellos. Esta opinión prevaleció en Francia, donde si bien la jurisprudencia administrativa ha consagrado la doctrina de la imprevisión a partir del caso de la Compañía de Gas de Burdeos ¹⁵ resuelto por el Consejo de Estado el 30 de marzo de 1916, la Corte de Casación le ha sido adversa, desde la sentencia del 6 de marzo de 1876 en el caso del Canal de Crappone ¹⁶.

Otro sector de la doctrina que ha terminado por prevalecer netamente, hace hincapié en la renovación de las ideas en materia contractual; además, destaca la frecuencia e importancia de los casos excepcionales en cuestión, para concluir que ellos exigen una consideración orgánica, de frente y con franqueza, mediante la elaboración de una norma general que le dé una solución justa y adecuada.

El proceso de codificación más reciente se inclina decididamente por esta última posición. Los códigos polaco de las Obligaciones, art. 269; italiano, art. 1467; griego, art. 388; y portugués, art. 437 a 439, acogen expresamente la doctrina de la imprevisión. También la recepta el Código de los Países Bajos (art. 258). En Alemania, la figura de la base del negocio elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, fue incorporada al B.G.B, en la reforma del año 2002 al § 313. Como consolidación de esta tendencia, en destacados esfuerzos de armonización de sistemas jurídicos diferentes también se prevé la figura. Tal ocurre en los Principios del derecho europeo de contratos de 1998, elaborados por la Comisión presidida por Ole Lando (art. 6.111); en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit arts. 6.2.1 a 6.2.3. y el Proyecto de Pavía de parte general del Código europeo de contratos (arts. 97.1 y 157) ¹⁷.

9. *La reforma de la ley 17.711 y la imprevisión. Segundo y Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.* La reforma de la ley 17.711 se plegó a esta tendencia al incorporar la institución al Código civil con una fórmula que reproduce, al pie de la letra, la propiciada en la recomendación N° 15 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961 ¹⁸. Se satisface, de este modo, la aspiración de “lege ferenda” de la mayor parte de los autores que habían tratado el tema en la doctrina nacional ¹⁹. Retomando lo señalado con relación a los Congreso de Derecho Civil, no puede dejarse de destacar que ya en el Segundo Congreso de Derecho Civil, en el año 1.937, una década antes que el Código Civil italiano incorporara la figura por primera vez en un cuerpo legal que reviste la jerarquía de modelo en el proceso de codificación, entre los despachos no considerados, figura uno relacionado con el tema N° XIX, la imprevisión. Con la firma de Hipólito Montagné, Pedro León, Estanislao D. Berrotarán y Alfredo Orgaz, en él se aconsejaba dar cabida en nuestra legislación civil a la doctrina de la imprevisión, de modo que equilibre los factores a que hacen referencia los fundamentos del despacho. Después de señalar en ellos la falta de antecedentes en los cuerpos de leyes de otros países y el peligro de atentar contra la estabilidad de los contratos, con carácter excepcional, se entendía necesario atender a la justicia evidente que inspira la doctrina, en cuanto procura evitar el enriquecimiento desmedido, inhumano de un contratante, a costa de la ruina o la miseria del otro, en virtud de acontecimientos extraños, inevitables, de una gravedad

extraordinaria, constitutivos de una verdadera fuerza mayor y sobrevenidos con posterioridad a la formación del contrato. En este orden de ideas, inspirándose principalmente en las decisiones del Consejo de Estado de Francia y en la Ley Faillot, promulgada en ese país el 21 de enero de 1.918, se proponía la disposición siguiente: “Cuando en virtud de haber sobrevenido acontecimientos generales y extraordinarios, que no hubieren podido ser previstos al celebrarse el contrato, las obligaciones de uno de los contratantes y la utilidad que él recibe, o la prestación del otro se encuentren en una desproporción que exceda todos los límites razonables que pudieron haber tenido en mira las partes al contratar, el Juez, puede, según las circunstancias, declarar rescindido el contrato o suspenderlo temporariamente”. Resta tan sólo recordar que en disidencia con esos fundamentos, Adelqui Carlomagno, se extendía en consideraciones para concluir que era inoportuno configurar la doctrina de la imprevisión como precepto concreto del Código. No obstante, agregaba, debía considerársela como una pauta o criterio de aplicación general que fluye de diversos artículos y algunos de sus principios básicos, en especial, del concepto general y amplio de buena fe, que va implícito en el Código²⁰.

En el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, formularon dictámenes preliminares, propiciando la incorporación del instituto, Eugenio Osvaldo Cardini, Jorge Mosset Iturraspe, Héctor Raúl Sandler, Edgard A. Ferreira y José Manuel Saravia. Por su parte, el dictamen preliminar de Marco Aurelio Risolía aconsejaba que no debía incluirse en el Código Civil norma alguna que acoja la teoría de la imprevisión u otras que favorezcan la disolución de los vínculos obligatorios, sin perjuicio de la vigencia de las normas que preservan la moralidad de los actos y la observancia de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones. Hubo también observaciones a los dictámenes preliminares. Una formulada por el Instituto de Derecho Civil de la Universidad Católica Argentina de Rosario, remitida por intermedio de la delegada María A. Leonfanti. Asimismo, otras fueron hechas por Cardini y Acdeel Salas. Los despachos de la comisión definitiva constaron de un dictamen en mayoría que aconsejaba la incorporación de la figura a nuestra legislación, con la firma de Cardini, Félix Trigo Represas, Sandler, Mosset Iturraspe, Edgard. A. Ferreira, Federico D. Quinteros, Mario J. Bendersky y Arturo Barcia López; y otro dictamen en minoría, con la disidencia de Risolía, propugnando la declaración que no debía incluirse en el Código Civil norma alguna que acogiera la teoría de la imprevisión, conforme con lo sostenido en su dictamen preliminar. Como miembro informante del dictamen en mayoría expuso Cardini y Risolía lo hizo lo propio por el despacho en minoría, señalando las razones por las cuales lo había producido. Terminaba expresando que si bien dicho dictamen contaba con el privilegio de su soledad, también tenía la conformidad de su conciencia. Intervinieron en la discusión Salas, Ferreira, César Augusto Abelenda, Sandler, Rómulo E. Vernengo Prack, Barcia López, Quinteros, Alfredo Orgaz, Alberto G. Spota, José A. Buteler, Bendersky, José M. López Olaciregui, Mosset Iturraspe, Aquiles H. Guaglianone, Roberto Brebbia, Leonfanti, Héctor Masnatta, José J. Contte y Jorge Joaquín Llambías. Sólo adhirieron al dictamen en minoría, aparte de Risolía, Abelenda, Vernengo Prack y Guaglianone. El resto de la nómina de distinguidos juristas mencionados adhirió al dictamen de la mayoría, que resultó aprobado, como Recomendación N° 15 del Congreso²¹.

10. La fórmula legal. Prescribe la segunda parte del art. 1198 reformado, que reproduce literalmente la Recomendación N° 15 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil: “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”²².

II. Ambito de la figura de la imprevisión

11. *Contratos de ejecución diferida o continuada.* La primera parte del precepto está destinada a enunciar el ámbito de aplicación de la doctrina; éste comprende, ante todo, a los contratos “de ejecución diferida o continuada”.

Debe, pues, tratarse de contratos en los que haya una distancia temporal entre su perfeccionamiento y el momento de la ejecución. Es evidente que así sea, ya que la teoría de la imprevisión supone alteraciones de las circunstancias que se producen durante la existencia de un contrato, cuya vida se prolonga en el tiempo; ello sólo puede ocurrir cuando se ha previsto una dilación de la ejecución, bien sea porque ésta debe durar un cierto tiempo (contratos de tracto sucesivo), o porque se difiere a un plazo que fijan las partes la ejecución del acto con el cual se cumple (contratos de ejecución diferida).

Quedan así aclaradas ciertas dudas de interpretación que se produjeron en el desarrollo conceptual de la teoría, al pretender fijarse el alcance de la fórmula tradicionalmente acuñada cuando se refiere a “*contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro*”. De acuerdo con la tesis que terminó por prevalecer, el art. 1.198 prescribe que no sólo están comprendidos los contratos de ejecución periódica o continuada, sino también los de ejecución instantánea, aunque diferida en el tiempo²³.

No es menester que el lapso que medie entre la celebración del contrato y su ejecución sea largo o muy prolongado. Basta que tenga la suficiente entidad como para permitir que una imprevisible y extraordinaria alteración de las circunstancias resienta la economía del contrato. Como se expresa en la relación del proyecto del Código Civil italiano²⁴, la doctrina de la imprevisión, por el contrario, es más fácilmente concebible en los contratos de breve término. En una convención a largo plazo será más difícil que las partes puedan aducir que no era previsible una mutación de las condiciones de hecho existentes en el momento de la celebración, en cuanto tales cambios son inherentes a los períodos prolongados de tiempo. En cambio, en los contratos a breve término, es más admisible que pueda haber escapado a las previsiones razonables de los contratantes, el acaecimiento de un hecho extraordinario que destruya el equilibrio contractual antes del cumplimiento de la convención.

Los contratos excluidos son los de ejecución instantánea e inmediata en los cuales el cumplimiento es contemporáneo a la celebración.

12. *Contratos onerosos conmutativos.* En segundo término, según el art. 1198 reformado, la doctrina de la imprevisión se aplica a los contratos bilaterales conmutativos y unilaterales onerosos y conmutativos. Como los contratos bilaterales son onerosos, si se reduce la enunciación a un común denominador, la imprevisión concierne a los contratos onerosos conmutativos. Como se ha indicado, los contratos onerosos, por oposición a los gratuitos, son aquéllos en que cada una de las partes se somete a un sacrificio para obtener una ventaja. A su vez, los contratos onerosos comprendidos del modo más genuino por la teoría de la imprevisión, son los conmutativos, esto es, aquellos en que la efectiva entidad del sacrificio y la de la ventaja que corresponden a cada una de las partes, son susceptibles de una apreciación inmediata y cierta en el momento en que se celebra el acuerdo.

13. *Contratos aleatorios.* A los contratos conmutativos se contraponen los aleatorios; en éstos, la susodicha relación entre ventajas y pérdidas, depende de un acontecimiento incierto. Estos contratos presuponen la asunción de riesgos contrapuestos y equivalentes. Es por ello que el riesgo reviste un doble carácter: debe ser, al mismo tiempo, jurídico y económico. Es jurídico porque interfiere en el funcionamiento del sinalagma, en el mecanismo de cambio y, por tanto, debe afectar la existencia o la entidad de una de las prestaciones previstas. Y es también económico porque afecta a una prestación de un modo unilateral y desequilibrante, en cuanto la ventaja de una de las partes entraña una correlativa pérdida de la otra. En estos contratos se subordina a un acontecimiento incierto ya sea el cumplimiento de una prestación o su entidad definitiva. Por tanto el resultado final del contrato puede entrañar una desproporción efectiva

entre sacrificios y ventajas que reconocen como causa la asunción por las partes de riesgos contrapuestos y recíprocos. No interesa a tal fin, el hecho de que el acontecimiento incierto se produzca por eventos extraordinarios e imprevisibles. En este orden de ideas, no resulta normalmente aplicable a estos contratos la figura de la imprevisión que ha sido expresamente descartada en el art. 1469 del Código Civil italiano. Empero, no existe motivo para excluirla respecto de otros desajustes se producen en situaciones diferentes a las que constituye el riesgo propio del contrato. Acertadamente dispone el art. 1198, a este respecto, que la doctrina de la imprevisión se aplica a los contratos aleatorios, cuando la prestación de alguno de los contratantes se torne excesivamente onerosa “por causas extrañas al riesgo propio del contrato”, es decir por un suceso extraordinario e imprevisible distinto del hecho que constituye el álea propia del convenio²⁵. El ejemplo al que invariablemente se acude para ilustrar la hipótesis es el del contrato oneroso de renta vitalicia: el deudor se compromete a pagar una renta periódica durante la vida de una o más personas designadas en el contrato. Hay un acontecimiento incierto que constituye el riesgo propio del contrato: la muerte de la persona o las personas en cabeza de quienes se ha constituido la renta, cuyo acaecimiento prematuro o tardío determinará los beneficios y los sacrificios reales que el convenio importe para las partes. Debe reputarse que dicho acontecimiento se verifica y se produce la extinción de la renta, aun cuando la muerte de tales personas obedezca a sucesos extraordinarios e imprevisibles, una epidemia, una inundación, el desencadenamiento de una guerra, etc. Sin embargo, una causa extraña a ese riesgo puede significar un grave desequilibrio de las prestaciones: verbigracia, una subversión general de la economía por un hecho extraordinario e imprevisible que convierta en sumamente gravosa la prestación del deudor o que torne irrisorio el beneficio del acreedor. En tales supuestos, según nuestra ley, puede hacerse valer el instituto de la imprevisión²⁶.

14. Contratos asociativos. Como se ha señalado, en los contratos onerosos cabe distinguir dos variantes de onerosidad. Una onerosidad inmediata, que se da en los contratos de cambio, donde existe un trueque de ventajas, atribuciones o prestaciones. La ventaja que cada parte recibe proviene de la otra y configura un sacrificio que incumbe a ésta. Por otro lado, una onerosidad mediata que es propia de los contratos asociativos en que las prestaciones de las partes convergen y se unen. La ventaja a que aspira cada una de las partes no le es procurada directamente por la otra, sino que ella consiste en la participación en el resultado final útil derivado de una actividad común. En estos contratos no se da la relación de reciprocidad entre las prestaciones que es propia del sinalagma en los contratos de cambio. Es por ello que se ha pensado que la figura de la imprevisión no los alcanza. Sin embargo, no cabe excluirla en los casos en que acontecimientos extraordinarios imprevisibles afecten el cumplimiento de la prestación de alguno de los participantes en relación con el resto, generando un grave desequilibrio entre el sacrificio originariamente previsto y el beneficio tenido en vista, esto es la participación en el resultado final que depare la actividad conjunta²⁷.

15. Contratos a título gratuito. Por exclusión, no están comprendidos expresamente los contratos a título gratuito dentro del ámbito de aplicación de la figura de la excesiva onerosidad superveniente. Ello se explica porque con la imprevisión se trata, fundamentalmente, de corregir desequilibrios supervenientes entre las prestaciones derivadas de un contrato, situación que no se puede dar en un contrato a título gratuito, en los cuales solamente una de las partes asume un sacrificio y la otra recibe una ventaja sin necesidad de procurar por ella ningún equivalente.

Empero, puede acaecer que una prestación prometida de este modo, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se torne excesivamente onerosa para el obligado. Para satisfacer adecuada e integralmente los postulados e justicia que están en juego, debería brindársele protección en tal supuesto. Si cuenta con ella quien celebra un contrato a título oneroso, con mayor razón merece tal amparo el que asume un compromiso sin contrapartida en favor de otro, cuando la prestación que debe cumplir se torna sumamente gravosa por un suceso excepcional que no pudo ser razonablemente previsto.

En este sentido, el Código Civil italiano en su art. 1468 completa, con acierto, el sistema, al disponer que si se tratare de un contrato en el cual una sola de las partes ha asumido

obligaciones, ésta podrá pedir una reducción de su prestación o bien una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para reconducirla a la equidad. Se ha entendido en el derecho italiano que la referencia a los contratos en los cuales una sola parte ha asumido obligaciones comprende esencialmente los contratos a título gratuito²⁸.

Una solución de este tipo es necesaria para satisfacer adecuadamente los postulados de justicia que están en juego. El que actúa con el solo interés de beneficiar a otro tiene más sobrados títulos que quien celebra un contrato a título oneroso, para merecer amparo en los supuestos en que su prestación deviene sumamente gravosa por un suceso excepcional que no pudo ser razonablemente previsto. Ello es así no obstante que la *ratio* y la esfera de la protección puedan resultar diferentes²⁹. En materia de contratos onerosos la tutela está dirigida a dar solución a inadmisibles alteraciones del sinalagma contractual que subvierten el equilibrio originario entre ventajas y sacrificios recíprocos que acordaron las partes. En los contratos a título gratuito se trata de proteger a la parte que se obligó a procurar una ventaja a otra sin ningún equivalente o contrapartida, cuando por acontecimientos posteriores ella incrementa de modo excesivo su onerosidad. La valoración de la excesiva onerosidad en el primer caso, se lleva a cabo comparando la relación de equilibrio originario con el desequilibrio superveniente. En el segundo, la valoración de la excesiva onerosidad se efectúa haciendo una comparación entre la única prestación comprometida en el momento de su asunción y el sacrificio que reviste al momento de la ejecución. La consecuencia de esa onerosidad sobrevenida se limita a la *reductio ad aequitatem*, excluida la resolución. Salas Acdeel, en los dictámenes preliminares en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, sostuvo, en coincidencia con lo expresado, que no se advierte la razón por la cual el cambio de circunstancias no puede afectar al obligado si el contrato es gratuito, “*pues resulta extraño que se agrave la situación del deudor cuando el contrato solamente atribuye ventajas al acreedor, de donde, en cierta forma, resulta castigado el espíritu altruista*”³⁰.

Desde un punto de vista de *lege ferenda*, resulta aconsejable que la falta de previsión de un remedio para los contratos a título gratuito sea subsanada en una eventual reforma del precepto. Mientras tanto, planteada concretamente la cuestión, ella puede ser resuelta adecuadamente mediante la aplicación analógica del art. 1198 en combinación con lo dispuesto por el inc. 5° del art. 800 y el art. 2284 del Código civil, precepto este último que asigna efectos al cambio de circunstancias en el contrato gratuito de comodato.

III. Requisitos de la aplicación de la figura

A. Excesiva onerosidad

16. *Noción*. El primer requisito de la figura es que en uno de los contratos referidos, la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa: es necesario que se altere profundamente la relación de equilibrio originario que existía entre las prestaciones de las partes. La ley no ha impuesto un límite cuantitativo rígido para medir el desequilibrio y la excesiva onerosidad de la prestación; se trata de una cuestión de hecho que debe ser considerada en cada caso concreto por el juez. Pero tal apreciación debe hacerse sobre la base de un criterio objetivo: la prestación debe haberse tornado excesivamente onerosa en sí misma, cualquiera fuere el deudor, con total prescindencia de las particulares condiciones económicas del obligado y de la repercusión singular que pudiese tener el acontecimiento que se invoca en su patrimonio

³¹.

Encuadrada conceptualmente la noción de excesiva onerosidad de la prestación en un plano objetivo, ella se deriva de confrontar el equilibrio inicial de las prestaciones con el desequilibrio sobrevenido y se produce cuando en tal relación se incrementa desmedidamente la onerosidad del perjudicado o se degrada considerablemente el valor de su contraprestación. Si se atribuye a la onerosidad un significado objetivo, ella no resulta del examen de una prestación en sí y por sí, sino de su relación con la contraprestación. Por tanto, no es necesario que la onerosidad de la

prestación sea de una entidad tal que pueda provocar la ruina económica del obligado, ni siquiera que el cumplimiento de la obligación le ocasione un daño grave³². En la valoración de la excesiva onerosidad se prescinde de la situación económica del perjudicado en cuanto ella se verifica a través del referido cotejo entre prestación y contraprestación.

17. *El álea normal del contrato.* ¿Cuál es el límite a partir del que es dable pensar que la onerosidad superveniente de una prestación, al alterar el equilibrio originario del contrato, se transforma en excesiva? A los fines de fijar esta frontera el Código civil italiano individualiza como excesiva, la onerosidad que sobrepasa el “álea normal del contrato”. En la tarea concreta de calificar tal exceso, deberá tenerse en consideración el tipo contractual, ya que cada uno encierra un particular régimen de repartición de riesgos; amén de ello deberá atenderse a las diversas coyunturas del mercado y a todo otro dato que permita determinar la concreta repartición de riesgos en la relación contractual de que se trate. Como se ha señalado para ilustrar esta idea, si el contrato opera en un mercado donde son habituales marcadas oscilaciones de precio - por ejemplo los negocios de bolsa- pueden entrar en el riesgo normal del contrato desequilibrios de entidad mayor que los admisible en otros tipos de transacciones³³.

18. *Modalidades de la excesiva onerosidad.* La enunciación de este requisito, que la prestación del perjudicado se vuelva excesivamente onerosa, proviene del Código civil italiano y atañe de modo directo y unilateral a la obligación del deudor. No existe duda, pues, que la excesiva onerosidad se produce cuando el cumplimiento de la prestación del afectado se vuelve considerablemente gravoso³⁴. Estos son los casos que se han denominado de “onerosidad directa”³⁵ los que se corresponden más claramente en la expresión utilizada por el precepto. Empero, también la excesiva onerosidad abarca las hipótesis en las cuales el perjuicio del afectado se deriva del envilecimiento de la contraprestación que le corresponde, la que pierde el valor que tenía en el mercado al tiempo de la celebración del contrato. Son los supuestos que se identifican como de “onerosidad indirecta”³⁶.

Para comprender ambos supuestos de modo orgánico, resulta preferible expresar, como se ha anticipado, que la excesiva onerosidad entraña una alteración del equilibrio que tenían las prestaciones del contrato oneroso al momento de su celebración. Puede, de este modo señalarse un paralelismo: así como la lesión configura un remedio para subsanar desequilibrios existentes en el momento de formación de dichos contratos, la imprevisión es un remedio para corregir desequilibrios sobrevenidos.

20. *¿Puede tornarse onerosa una prestación ya cumplida?* Como consecuencia de ese enfoque unilateral del precepto, que para mientes en la obligación del afectado para determinar el gravamen que este sufre, prescindiendo de la relación entre las prestaciones cuyo desajuste lo ocasiona, se ha concluido en el derecho italiano que solamente puede darse este requisito cuando la prestación del afectado está pendiente de cumplimiento. No puede tornarse onerosa la prestación, después que ha sido cumplida³⁷.

Cuando los autores italianos descartan de la fórmula de la imprevisión, las hipótesis en las cuales el demandante ha cumplido con su prestación, se atienen al tenor literal del art. 1467, el cual luego de referirse a que “la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”, concede el derecho de demandar la resolución del contrato a “la parte que deba tal prestación”, lo que da a entender, según estos escritores, que se trata de una prestación todavía debida, es decir, aún no ejecutada.

Con la misma rigidez podría argüirse que cuando el art. 1198 reformado se refiere a “la prestación a cargo de una de las partes”, excluye la que ha sido cumplida, en cuanto ya ha dejado de estar a cargo del obligado.

Una interpretación tan estrecha e innecesariamente limitativa, puede conducir a resultados reñidos con la equidad que no consultan el fundamento de la norma. Por eso, no es óbice que la prestación de una de las partes haya sido cumplida para que pueda ésta ampararse en la norma

del art. 1198, 2ª parte, cuando se dan las condiciones prescriptas, esto es, si la prestación pendiente ha perdido notablemente su carácter compensatorio por un acontecimiento extraordinario e imprevisible. Piénsese en el ejemplo dado del contrato de compraventa: supóngase que el precio debe pagarse a los ciento ochenta días de entregada la cosa. Si el acontecimiento extraordinario que produce el envilecimiento de la prestación dineraria, acaece dos días antes de la entrega, el vendedor podrá valerse del remedio de la imprevisión; pero carecerá de este derecho si se produce un día después de cumplida la entrega. El desequilibrio superveniente es el mismo en ambos supuestos. El tratamiento discriminatorio de ambas hipótesis está inficionado de un rígido formalismo y reñido con el fundamento de la figura. Cabe concluir que siempre que se produce un considerable desequilibrio entre las prestaciones en el período de ejecución del contrato, incluyendo los supuestos en que el perjudicado, una vez cumplida su prestación “*in natura*”, por un acontecimiento extraordinario e imprevisible posterior, se ve forzado a recibir una contraprestación depreciada, cuya entidad retributiva se ha disminuido considerablemente, procede la utilización de este remedio.

Empero, en tales supuestos la solución es más compleja para adecuarla a los principios de la buena fe, fundamento del precepto, en cuanto exige la debida ponderación de un factor que no está contemplado expresamente por la fórmula de la imprevisión: la necesidad de que no se irroge un perjuicio injustificado a la parte que adeuda la prestación pendiente. Así, en el ejemplo puesto, la resolución o modificación del contrato no serían procedentes cuando el locatario hubiese vendido, de buena fe, la cosa recibida antes de la depreciación y no hubiese utilizado el dinero obtenido en la adquisición de otros bienes de valor estable³⁸.

20. *¿Puede tornarse excesivamente onerosa la prestación pendiente del perjudicado cuando la de la contraparte ya ha sido cumplida?* Tampoco es óbice para la aplicación de la figura que pendiente la prestación del perjudicado se haya cumplido la de su contraparte. Tal situación puede darse, a la inversa, en los supuestos de onerosidad directa cuando el afectado que recibió dicha prestación, a raíz del evento perturbador, debe cumplir la suya en condiciones que la han tornado considerablemente gravosa³⁹. No ocurre lo mismo en los supuestos de onerosidad indirecta que se produce cuando se envilece la contraprestación del perjudicado, esto es, cuando la prestación dineraria, pierde considerablemente su poder adquisitivo. Si el locador ya recibió dicho importe, antes de que éste sufriera el efecto corrosivo de la depreciación, no cabría hablar de desequilibrio y deberá cumplir con su obligación pendiente, sin que haya lugar al remedio de la imprevisión⁴⁰.

B. El acontecimiento extraordinario e imprevisible

21. *Noción.* Otro de los presupuestos de la doctrina de la imprevisión es que la excesiva onerosidad de la prestación de una de las partes reconozca como causa a un acontecimiento extraordinario e imprevisible.

Acontecimiento extraordinario es todo suceso fuera de lo común, insólito, que no es normal que se verifique⁴¹. Esta noción se vincula de modo inseparable con la imprevisibilidad, porque el criterio de diferenciación entre lo ordinario y lo extraordinario radica, fundamentalmente, en el grado de probabilidad con el cual es dable prever la verificación de un suceso⁴². Por ello es dable señalar que el carácter extraordinario del acontecimiento está asociado de manera tan indisoluble con lo imprevisible que termina por ser absorbido por éste⁴³.

Es evidente que para la aplicación de la figura es insuficiente el hecho de que los contratantes no hayan previsto una determinada alteración de las circunstancias, pues lo que se requiere es que no hayan podido preverla en el momento de celebración del contrato.

Lo imprevisible debe ser apreciado de modo objetivo, con independencia de las representaciones particulares de los contratantes, teniendo en cuenta el criterio de un hombre medio y según el ramo de actividad al que pertenezca el contrato⁴⁴. No se trata de hacer una indagación puramente psicológica del pensamiento de las partes, sino de establecer cuándo la

alteración de las circunstancias pudo haber sido razonablemente imprevisible para cualquier contratante, dado un cierto tipo de negocio jurídico. Es por ello que el acontecimiento debe tener una proyección general y afectar a una categoría de deudores que en un determinado género de relación contractual sufren los desequilibrios que ocasiona el evento perturbador.

22. *Clases. Morigeración del rigor del requisito.* El acontecimiento perturbador puede ser natural o humano, político, económico o normativo. Es factible que un cambio legislativo sea la causa que determine la excesiva onerosidad en ciertas relaciones contractuales pendientes de cumplimiento. Lo cierto es que se ha ido morigerando el rigor con que se concibió este requisito. Acontecimientos extraordinarios no sólo lo constituyen hecatombes o catástrofes. Con mayor flexibilidad, en tal condición están comprendidos fenómenos menos graves, como inundaciones, desabastecimiento de bienes, granizos de grave poder destructor, innovaciones tecnológicas, etc.⁴⁵.

23. *La determinación de lo imprevisible.* Determinar cuándo un acontecimiento es imprevisible constituye también una cuestión de hecho cuya apreciación debe hacerse no sólo sobre la base del grado de certidumbre genérica con la cual resulta factible la previsión de un evento, sino teniendo en cuenta el grado concreto de especificidad con la cual resulta posible preverlo. Así, genéricamente, la mayor parte de los eventos extraordinarios resultan previsibles. Desde este punto de vista, es factible prever la existencia de algún enfrentamiento bélico en una zona conflictiva, la posibilidad de inundaciones graves, granizos de acentuado poder destructor, cambios legislativos o avances tecnológicos de trascendencia. Pero, específicamente, puede no resultar posible anticipar cuándo se producirán estos fenómenos o bien la intensidad, repercusión y duración de ellos. Por ello, aunque se registren antecedentes de algunos de estos eventos, su repetición puede configurar un suceso anormal que configure este requisito de la figura⁴⁶.

24. *La depreciación monetaria.* Párrafo aparte merece la depreciación monetaria. En la convulsionada historia de la economía de nuestro país, durante un prolongado período la inflación estuvo enquistada en su desenvolvimiento, de modo tal que los operadores en el mercado frecuentaban con ella un trato cotidiano. Dicha inflación no constituía, según una tesis tradicional, un acontecimiento imprevisible ni extraordinario. Tal ocurrió frente a una inflación que se consideró estructural porque se desenvolvía a través de niveles que podían calificarse de constantes. Pero no ocurrió lo mismo cuando dicha inflación tuvo un salto brusco e inesperado, provocado por medidas gubernamentales de emergencia que causaron profundo impacto en el campo de los negocios como ocurrió con el acontecimiento denominado el “rodrigazo”. Se trató de decisiones adoptadas por el Ministro de Economía Celestino Rodrigo el 4 de junio de 1975, que hicieron trepar la inflación hasta tres dígitos anuales. La inflación, concebida como un suceso que no escapaba a la previsión ni abandonaba el marco de lo ordinario, se transformó en un suceso extraordinario e imprevisible por su carácter súbito amén de su desmesura.

Es decir que este fenómeno de la inflación que puede ser considerado como inevitable en el desenvolvimiento económico, es susceptible de transformarse en suceso extraordinario e imprevisible cuando su medida se desborda de los cauces razonables y su tasa se desorbita. La apreciación de lo imprevisible se entrelaza íntimamente en este caso con la determinación de la onerosidad excesiva, en cuanto, cuando ésta se produce, cabe estimar que la desmedida de la depreciación escapa a la previsión de los afectados porque excede el álea normal del contrato⁴⁷.

25. *¿Cuándo debe producirse el acontecimiento?* El suceso que determina la excesiva onerosidad debe verificarse después de la celebración del contrato; si consiste en un hecho que ya existía en ese momento, aunque era desconocido por las partes, las consecuencias de la inexacta representación de la realidad por los contratantes sólo pueden ser corregidas con las disposiciones relativas a los vicios de la voluntad⁴⁸.

26. *Diferencias con el caso fortuito.* Este acontecimiento extraordinario e imprevisible reviste la misma naturaleza que el exigido en el caso fortuito; la diferencia fundamental estriba en los efectos que tiene el suceso en el cumplimiento de la obligación: mientras en el caso fortuito el acontecimiento determina la imposibilidad de cumplir con la obligación, en la imprevisión el cumplimiento es posible pero se ha tornado excesivamente oneroso en cuanto se ha subvertido la relación de equivalencia originaria entre las prestaciones de las partes.

C. Falta de culpa del perjudicado

27. *Noción.* Entre el acontecimiento extraordinario e imprevisible y la excesiva onerosidad debe mediar un nexo de causalidad en el cual no deben interferir hechos imputables a la culpa de la parte que ve transformarse su situación en más gravosa. Tal ocurre cuando el perjudicado está en mora al tiempo de producirse la alteración de las circunstancias⁴⁹ siempre que dicha mora sea la causa del agravamiento de su situación. Corresponde excluir las situaciones en que la mora es irrelevante porque desequilibrio se hubiese producido como consecuencia del acontecimiento, aunque el perjudicado no hubiese incurrido en mora⁵⁰.

IV. Efectos de la imprevisión

28. *La resolución.* En primer término, cuando se verifica el supuesto de la imprevisión, el art. 1.198, siguiendo los lineamientos del Código civil italiano, dispone que la parte perjudicada “podrá demandar” la resolución del contrato. Cuando se legisló sobre la “*sopravvenienza*” en dicho Código, se pensó que la resolución era la consecuencia normal de la figura que satisfacía plenamente el interés del afectado, pues le permitía desvincularse de un negocio cuya economía se había subvertido profundamente por causa del evento perturbador superveniente, produciendo su extinción. La resolución no es un efecto automático del cambio de circunstancias. El afectado puede demandarla, a cuyo fin debe articular la correspondiente pretensión judicial a través de una demanda o de una reconvencción. La razón de esta vía impuesta para la resolución, estriba en que ella requiere un examen detenido de una situación compleja; de allí que no quepa concebir una resolución extrajudicial, como ocurre en las hipótesis de incumplimiento, sino que la disolución del vínculo contractual siempre deba operarse mediante una sentencia que tiene, por tal motivo, una eficacia constitutiva⁵¹.

29. *Efectos de la resolución.* Ordenada la resolución, queda disuelto el vínculo contractual. En los contratos de ejecución diferida la resolución tiene de ordinario efecto retroactivo entre las partes, las que deben restituirse lo que hubiesen recibido en el cumplimiento del contrato. Sin embargo, en los contratos de ejecución periódica o continuada cesa el efecto retroactivo de la resolución en cuanto ella no alcanza a los efectos cumplidos antes de la alteración de las circunstancias. En estos contratos las varias prestaciones recíprocas que se van sucediendo en el tiempo tienen una autonomía que les permite sobrevivir a la resolución del acto.

30. *Vía para articularla.* El texto de la norma expresa que “la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato”, esto es, se requiere que el afectado articule judicialmente la pretensión de resolución. Ello significa que no es suficiente ni resulta admisible invocar la resolución como contenido de una simple defensa o excepción que se oponga a una demanda de cumplimiento, en cuanto debe hacerse valer por vía de demanda o de reconvencción⁵².

31. *La revisión de lo pactado.* La resolución no está legislada como un efecto automático y forzoso de la alteración de las circunstancias, sino que se admite que el deudor pueda evitarla, ofreciendo “mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

Con este segundo remedio, la revisión de lo pactado, se permite que continúe la vida del vínculo obligatorio; tan sólo se reajusta el contenido del contrato de modo que desaparezca la excesiva onerosidad de la prestación de una de las partes, bien sea disminuyendo su monto, o aumentando la entidad retributiva de la contraprestación.

32. *Alcance de la revisión.* Tal modificación debe ser hecha equitativamente. Se trata, por consiguiente, de una cuestión de hecho que debe ser resuelta en cada caso concreto. Sin embargo, como criterio de orientación, es dable sostener que la revisión del contrato no supone necesariamente un perfecto restablecimiento del equilibrio que existía entre las prestaciones al tiempo de celebrarse el contrato. Todo contrato a término está sujeto a un riesgo normal que impide calcular con seguridad cuáles serán las ventajas que en definitiva puede reportar el convenio a las partes, según el posible cambio de las condiciones económicas que presidieron su celebración. El legislador sólo reconoce eficacia al cambio de circunstancias cuando es producido por un acontecimiento extraordinario e imprevisible que torna excesivamente onerosa una de las prestaciones. La revisión sólo tiene por objeto eliminar ese exceso de onerosidad, sin que deba asegurarse al deudor toda la utilidad que pensaba obtener de la prestación en la situación de hecho originaria. La modificación del contenido del contrato sólo persigue expurgar al contrato de la injusticia que ha venido a comunicarle el cambio de las circunstancias. Se trata, por ende, solamente de suprimir el gravamen que pueda reputarse exorbitante o desmesurado para el deudor, quien, según las circunstancias, debe soportar el álea normal del contrato⁵³.

33. *Modo de articular la revisión.* En el contexto procesal en que articula judicialmente esta pretensión de *reductio ad aequitatem*, la parte que solicita la revisión de lo convenido debe proponer concretamente el contenido de dicho ofrecimiento. La contraparte, al contestar dicha pretensión, se opondrá a ella u ofrecerá, aunque más no sea subsidiariamente, otra adecuación con condiciones y medidas diferentes. Configurado de este modo el tema en discusión, con dicha pretensión y réplica de las partes, se derivarán los límites dentro de los cuales debe moverse el pronunciamiento judicial en virtud del básico principio de congruencia⁵⁴.

34. *La distribución de los remedios de la imprevisión.* En el sistema que ha servido de fuente a nuestra legislación, los remedios de la imprevisión han sido distribuidos entre las partes de modo simétrico: al perjudicado se le reconoce el derecho a pedir la resolución, la cual permite la liberación de ese vínculo contractual que se ha tornado económicamente opresivo mediante el drástico sacrificio de su extinción. A su vez, a la contraparte del perjudicado le confiere el derecho potestativo de evitar dicho desenlace ofreciendo la revisión del contrato, su adecuación para reconducirlo a la equidad.

Desde este punto de vista, resulta claro, por consiguiente, que el perjudicado tiene derecho a demandar la resolución y que si su contraparte no ejerce su derecho a neutralizarla, el contrato necesariamente se extingue. Y, por el contrario, si opta por la revisión se conjura dicha resolución y el contrato salva definitivamente su existencia, debiendo procederse a su adecuación.

La cuestión que cabe resolver es si debe entenderse que esa fórmula legal excluye toda posibilidad de que la adecuación del contrato sea pedida por el perjudicado. Si la eventualidad de la conservación del contrato, depende enteramente de la voluntad de la contraparte del perjudicado a cuyo exclusivo arbitrio queda supeditada la suerte final del negocio y la factibilidad de su supervivencia.

35. *La posibilidad de que el perjudicado solicite la revisión. Controversia.* En la doctrina nacional tiende a predominar la tesis que admite la existencia de acción autónoma de adecuación que puede ejercer directamente el perjudicado⁵⁵. Entre los argumentos de esta postura, se propicia la aplicación analógica de la figura de la lesión en la que al perjudicado se le reconoce el derecho de optar por la nulidad o la modificación del contrato. Se piensa,

asimismo, que cuando ley permite al perjudicado demandar la resolución, lo autoriza a lo más, por lo que estaría comprendido implícitamente lo menos, esto es, el derecho a pedir la revisión del contrato, que constituye un resultado menos oneroso y más conveniente para los intereses del tráfico. Finalmente se tiene particularmente en cuenta el principio de conservación del contrato, amén de las conveniencias y ventajas de esta solución que tiende a difundirse en el derecho comparado y que se ha sido acogida por los proyectos de reforma de nuestro Código.

La tesis que niega la legitimación del perjudicado para pedir la adecuación, hace hincapié en el texto del artículo que sólo reconoce al perjudicado la legitimación para demandar la resolución; también para mientes en el carácter excepcional del precepto y en la fuente que lo inspira. Se agrega que si la ley hubiese reconocido el derecho del perjudicado a optar por articular una acción de adecuación, el precepto lo hubiese consignado de manera expresa, como ocurre en materia de lesión⁵⁶. Esta tesis negativa la ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en un recordado fallo⁵⁷ que dejó sin efecto, por mayoría, una sentencia de sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial. El voto de la mayoría presenta singularidades que deben tenerse en cuenta para aquilatar debidamente el alcance del pronunciamiento. Estima dicho voto (considerando 5º) que la sentencia recurrida no había considerado cuestiones planteadas por el actor, al oponerse a la aplicación de la imprevisión opuesta como defensa por la parte demandada, en la contestación a la demanda, lo que implicaba una grave violación del derecho de defensa garantizado por la Constitución Nacional, suficiente para la descalificación del fallo como acto judicial. Empero, luego de esta drástica reprobación de la sentencia de la sentencia recurrida, que se basta por sí sola para el acogimiento del recurso extraordinario, el voto mayoritario de la Corte agrega (considerando 6º): “Que, desde otro punto de vista, la sentencia recurrida se aparta de la solución normativa expresamente establecida para el caso, pues el artículo 1198 del Cód. Civil, para el supuesto de la excesiva onerosidad sobreviniente, sólo faculta a la parte perjudicada a demandar la resolución del contrato, previendo la mejora equitativa, únicamente como alternativa que puede ser ofrecida por la otra parte”⁵⁸. En verdad, esa referencia a la posibilidad de articular la revisión aparece como un mero complemento de la razón básica que sirve de sustento a la procedencia del recurso, una suerte de agregado que configura un *obiter dictum*. Tal significado de las consideraciones relativas a la posibilidad del ejercicio de la acción de revisión por el perjudicado, deja de tener el carácter de una mera conjetura, si se repara que ha sido confirmado por la propia Corte. En efecto, en otro recordado fallo⁵⁹ declara inadmisibles el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja, fundado en que se había prescindido de la aplicación de los textos legales que rigen la materia (arts. 1197 y 1198 Cód. Civil), según los cuales no existiría una acción de revisión por excesiva onerosidad, sino solamente la posibilidad del afectado de ejercer una pretensión resolutoria. La Corte acoge el dictamen del procurador fiscal, en cuanto sostiene que los agravios relativos a la interpretación del art. 1198 del Cód. Civil son “inatendibles” en la vía extraordinaria, porque versan sobre una materia de derecho común reservada a los jueces de la causa. Vale decir, la controversia interpretativa sobre si el art. 1.198 admite la posibilidad de que la parte perjudicada por la imprevisión ejerza la acción de revisión, no constituye una cuestión que, por sí sola, habilite a la promoción de un recurso extraordinario.

36. *Las diferencias sustanciales entre la lesión y la imprevisión.* A fin de abordar los términos en que se ha planteado esta controversia, conviene, en primer término, destacar que, según se ha expresado, existe un cierto paralelismo entre la lesión y la imprevisión. La primera constituye un remedio para subsanar desequilibrios existentes en el momento de la celebración de un contrato. La segunda corrige desequilibrios posteriores a su formación. Empero, más allá de la simpleza esquemática de este planteo, existen sustanciales diferencias entre los supuestos de ambas figuras. En la lesión, la contraparte del lesionado desempeña un papel activo en el desequilibrio porque se requiere que éste sea el resultado de la explotación que hace de una situación de inferioridad del lesionado. En cambio, en la imprevisión, el desequilibrio se produce por factores extraños a los comportamientos de las partes. La excesiva onerosidad sobreviniente no es imputable ni a la culpa de quien la soporta ni a ninguna conducta atribuible a su contraparte. En la lesión, la ley deja librada a la opción del perjudicado pedir la nulidad que

aniquila el contrato o la revisión de su contenido que lo torna equitativo, en cuanto conduce a restablecer un perfecto equilibrio. Se protege fundamentalmente el interés del lesionado y se entiende que, con cualquiera de las alternativas de esta opción, él recibe una adecuada tutela. En el supuesto de la imprevisión, cuando el contrato entra en crisis porque se subvierte su economía por causa de acontecimientos posteriores ajenos a las partes, la ley al reglar esa situación lo hace teniendo en cuenta el interés de ambas partes. A la víctima del cambio de circunstancias, le reconoce el derecho a demandar liberación de ese vínculo que se ha tornado económicamente opresivo, mediante el ejercicio de una pretensión de resolución del contrato. A la contraparte del perjudicado, le reconoce el derecho de evitar dicha extinción solicitando la adecuación del contrato. El fundamento de esta solución primaria, expresamente establecida, radica en que la adecuación del contrato puede exigir un esfuerzo de la contraparte del perjudicado que ella no esté en condiciones de llevar a cabo y, por tanto, si se le impone dicha revisión podría irrogársele una lesión a su interés y, paradójicamente transformarlo de beneficiado por el desequilibrio, en víctima del cambio de las circunstancias. Desde este punto de vista no existe una sustancial analogía entre los supuestos de la lesión y de la imprevisión que justifique aplicar las consecuencias previstas en aquélla a hipótesis no previstas en esta última, por cuanto no se da una idéntica razón para tratar esos diferentes supuestos del mismo modo. Y habida cuenta tal diferencia, tampoco es dable colegir que la omisión en la concesión expresa de algún derecho del perjudicado en la norma que regla la imprevisión, significa su exclusión o descarte por el hecho de haber sido expresamente reconocido al regularse la lesión.

37. *La posibilidad de que no se pueda eludir la revisión, en el supuesto de excesiva onerosidad superveniente.* Mayor interés reviste el análisis sobre si es factible prever hipótesis en que al perjudicado no le quede otro camino que reclamar la adecuación del contrato. Ello puede ocurrir cuando el afectado en cumplimiento de una obligación de hacer ha realizado una actividad cuya utilidad se incorpora al patrimonio de la contraparte, y por un cambio de circunstancias, la retribución que le corresponde se envilece y pierde toda entidad retributiva. Piénsese en un contrato de locación de obra. El locador debe ejecutarla en un inmueble del locatario y el precio debe ser pagado después de su recepción. Terminada la obra, antes de su entrega, un acontecimiento posterior al contrato determina que se produzca una considerable pérdida del poder adquisitivo de la suma de dinero pactada en concepto de precio, dándose los requisitos de la figura de la imprevisión. En tal situación carece de sentido pensar que el locador puede pedir la resolución del contrato. No resulta factible la restitución de lo hecho, que ya forma parte del patrimonio del locatario. La única consecuencia viable es el cumplimiento del contrato, la recepción de la obra y la revisión de lo pactado en cuanto al precio, debiendo el locatario abonar un suplemento que compense la pérdida del poder adquisitivo de la cantidad convenida, de modo tal que el locador sólo se haga cargo del riesgo normal del contrato. Es obvio que en hipótesis como la del género, el discurrir teórico debe someterse a la imposición de las exigencias de la realidad. Es quizás por estas peculiaridades que el Código Civil italiano, al legislar sobre el “*appalto*”, ha establecido un régimen especial para el grueso de los supuestos en que se produce la excesiva onerosidad de la obligación del “*appaltatore*” en el cual prevé, como remedio exclusivo, la “*reductio ad aequitatem*”, excluyendo la resolución⁶⁰.

Incluso la revisión parcial de lo pactado puede necesariamente acompañar a la resolución, como ocurriría en el supuesto de que resuelva un contrato de obra por cambio de las circunstancias y el locador haya ejecutado parcialmente la obra cuya utilidad se ha incorporado al patrimonio del locador. Producida la resolución, el comitente deberá abonar el valor correspondiente a dicha ejecución parcial, para cuyo cálculo deberá revisarse el precio pactado en el contrato.

Otra hipótesis, con mayor grado de probabilidad de plantearse en la práctica, es la de un contrato de arrendamiento en que se produce una notable depreciación de la suma pactada en concepto de precio. Si el locador demanda la resolución, mientras dure el juicio se operará el vencimiento de otros períodos de la locación. La resolución que ordena la sentencia, no alcanzará a los efectos cumplidos antes del cambio de circunstancias. Empero, respecto de la

ocupación posterior, como es dable suponer, el locatario deberá pagar un precio cuya adecuación significará la revisión del importe pactado en el contrato.

38. *La razón de la distribución esquemática de los remedios hecha en el art. 1198.* Es decir, que resulta posible pensar en supuestos en los cuales sólo cabe reconocerle al perjudicado el derecho a reclamar la adecuación del contrato porque la resolución resulta inviable. Asimismo, la resolución del contrato no excluye la posibilidad de que la resolución, aunque más no sea parcialmente, incluya cuestiones cuyo tratamiento concierne a la adecuación. De lo señalado se infiere que no es concebible soluciones rígidas en esta materia de la procedencia de la revisión y que el art. 1198 requiere una interpretación flexible. Sentadas estas premisas corresponde dar respuesta al interrogante fundamental planteado en el tema: ¿puede el afectado por la imprevisión solicitar la revisión del contrato?

En nuestro derecho se ha entendido que contestar a esta pregunta presupone decidir si el afectado por la imprevisión le corresponde o no una acción autónoma a semejanza de lo que ocurre con el lesionado. Como ya se ha anticipado, existe una diferencia de fondo entre la lesión y la imprevisión que impide extenderle a ésta última las consecuencias de la primera. Cuando el lesionado opta por el reajuste equitativo del convenio, la revisión de lo pactado se verifica inevitablemente. En la imprevisión -inclusive en las legislaciones que reconocen al perjudicado el derecho a solicitarla- la revisión sólo procede si resulta factible y así lo entiende el juez en definitiva.

Frente a la situación que crea un contrato en crisis, cuando se da el supuesto de la imprevisión, la ley estructura un sistema dirigido a subsanar el grave desequilibrio que se ha generado a través de dos remedios que establece: uno drástico que supone la extinción del contrato y la liberación del perjudicado, y otro que permite la conservación del contrato mediante su adecuación eliminando la desmesura del desequilibrio. Al hacerlo, tiene que conciliar los intereses de las partes del contrato, sus derechos y deberes. Y para este objetivo no puede perderse de vista el fundamento de la figura que es la regla general de la buena fe, principio rector inspirador de la regulación jurídica de la imprevisión. Este principio se nutre con los criterios de probidad, corrección y solidaridad. La buena fe permite corregir omisiones legales en la solución expresa de casos concretos que pueden presentarse.

¿Cuál es el significado de la regulación del art. 1198 respecto de la legitimación para valerse de los remedios que autoriza la figura de la imprevisión? Frente a ese intolerable desequilibrio sobrevenido por acontecimientos ajenos a las partes, la norma autoriza al perjudicado a desvincularse del contrato y faculta a su contraparte a evitar la resolución ofreciendo la adecuación. La ley le brinda esta opción a quien resulta beneficiado por el cambio de circunstancias, no para que se aproveche de él o medre con el nuevo estado de cosas, sino para evitar que la revisión del contrato afecte gravemente su interés, imponiéndole un esfuerzo que, razonablemente, no esté en condiciones de llevar a cabo.

39. *La situación no prevista.* En este orden ideas, cabe admitir que puede plantearse una situación no prevista de modo expreso en el art. 1198: la resolución ocasiona un perjuicio innecesario al interés del perjudicado y su contraparte no tiene un interés suficiente para rehusar avenirse a la conservación del contrato mediante su adecuación. En este supuesto, el perjudicado puede pedir la revisión del contrato para reconducirlo a la equidad porque la negativa de la contraparte o la resistencia de hacer uso de vía, importa una flagrante desvirtuación la buena fe que sirve de fundamento a la figura. No se trata de apelar al fundamento de la norma para propiciar una solución que contradiga su tenor explícito, lo que sería inadmisibles. Sino se propugna la integración del precepto, de modo tal que comprenda una situación no prevista, según se desprende de su razón de ser, a fin de atribuirle un tratamiento coherente con el criterio en que se inspira.

La interpretación del precepto crea sobre este particular una disyuntiva: puede inspirarse en un conceptualismo estricto, una lógica formal que conduce a una conclusión simple: si la ley concede al perjudicado el derecho de demandar la resolución y a su contraparte el derecho a

evitarla, ofreciendo mejorar equitativamente las condiciones del contrato, cabe colegir que excluye la posibilidad de que el afectado por el cambio de circunstancias solicite adecuación.

La otra vía de interpretación es indagar la razón de ser de esta legitimación que expresamente formula la ley, pues ella abre la posibilidad de individualizar una situación no prevista, en casos concretos susceptibles de plantearse, los cuales requieran una solución ajustada al principio de buena fe que sirve de fundamento a la figura. Por este camino se llega a la siguiente conclusión: producida la hipótesis de crisis del contrato que representa el supuesto de la imprevisión, la vía normal para remediarla es que el perjudicado se libere y el contrato se extinga, a no ser que la contraparte evite ese desenlace ofreciendo la adecuación que permita la conservación del negocio. Se permite así que este último camino pueda prosperar, en la medida en que no perjudique el interés de dicha contraparte, cuando la revisión suponga exigirle un esfuerzo que no esté en condiciones de realizar. Ahora bien, se presenta una situación no prevista por la norma, cuando acaece algo enteramente distinto: la resolución perjudica innecesariamente el interés del perjudicado y su contraparte no tiene un interés de entidad suficiente para rehusarse a la adecuación del contrato. La fidelidad al principio rector que informa la regulación, exige una solución cuyos resultados sean concordes con el sentido que lo inspira. Lo razonable de esta solución se torna patente respecto de ciertos contratos cuya economía puede ser gravemente alterada por el cambio de circunstancias, negocios en los que, asimismo, la resolución puede configurar un resultado totalmente desastroso para el interés del afectado. Son contratos que sirven para la realización de una operación económica compleja, generalmente de larga duración, que una vez puesta en marcha se torna irreversible. Piénsese en un contrato de obra para la construcción de un importante puente, una plataforma petrolífera, una usina nuclear, el mantenimiento de un sistema informático o la eliminación de residuos tóxicos⁶¹. En los primeros dos ejemplos, se trata de tareas que comenzadas no pueden quedar a medio camino para ser retomadas por una empresa diversa. En los otros ejemplos, resulta impensable que deba desmantelarse el sistema informático para ser estructurado nuevamente de raíz, o que deba procederse a la suspensión obligada de la eliminación de los residuos tóxicos. Supóngase, asimismo, una cuantiosa operación de financiamiento a largo plazo, en el curso del cual un cambio de circunstancias torna excesivamente onerosa la posición de la parte que ha recibido el crédito. Si la única vía que se le reconoce para remediar la situación es la resolución del contrato, tal pretensión conduciría a un resultado que vendría a empeorar su situación en cuanto producida dicha extinción, debería restituir de inmediato la suma ya recibida. En todas estas hipótesis es fácil coincidir en que un mínimo de sentido común exige que esos contratos prosigan y se conserven aunque tengan que adecuarse al cambio de circunstancias. Y si esa continuación se deja librada al mero arbitrio de la parte que beneficia el cambio de circunstancias, ese incontrolable albedrío puede, inclusive, convertirse en un arma al servicio de la mala fe y el abuso.

NOTAS:

¹ Alfredo ORGAZ, *Nuevos estudios de derecho civil*, Buenos Aires, 1954, “El contrato y la doctrina de la imprevisión, N° 1, pág. 26.

² Karl LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956, pág. 98.

³ LE FUR, *Los fines del derecho*, México, 1944, pág. 19.

⁴ CICERÓN en lib. I, Cap. X, De officiis, justifica del incumplimiento de la promesa por la mutación del estado de hecho. Formula ejemplos que serían luego muy repetidos por juristas: el abogado que ha prometido su asistencia en una causa, no está obligado a cumplir su promesa si, al momento de tener que observarla, se le enferma gravemente un hijo. En la misma línea de pensamiento da el ejemplo del depósito de una espada; ésta no deberá ser entregada al depositante si éste ha devenido demente. Tampoco deberá ser restituido el dinero depositado a quien promueve una guerra contra la patria. En términos más generales, SENECA, en Lib. IV, *De beneficiis*, en el Cap. 34, señala como base del deber moral derivado de la promesa, la persistencia de una situación de hecho inmutada. El hombre sabio no cambia su determinación de voluntad a la cual ha llegado, si no sobreviene un cambio que justifique una nueva ponderación que le confiera “*libertatem de integro consulendi*”. Prosigue el desarrollo de este aforismo que los juristas italianos al tratar la cláusula *rebus sic stantibus*, repitieron con el tenor “*voluntas mutare non praesumitur*”, en el Cap. 35; el autor ilustra sus ideas con estos ejemplos: si he prometido mi asistencia legal y después resulta que la acción que tu quieres intentar está dirigida contra mi padre; si he prometido acompañarte en un viaje, y después recibo la noticia que ladrones tornan muy inseguro el camino; si he prometido asistirte legalmente,

pero después se enferma mi hijo o mi mujer experimenta los dolores del parto. En todos estos casos el “*officium*”, no me obliga a mantener la palabra dada. Véase OSTI, “La così detta clausola “*rebus sic stantibus*” nell suo sviluppo storico”, en Rivista di diritto civile, Año 1912, N° 4, pág. 8; y voz “Clausola *rebus stantibus*”, en Novissimo Digesto italiano, t. III, N° I, pág. 353

⁵ Tanto Santo Tomás como el Decreto de Graciano se refieren a casos en que el incumplimiento de la promesa no constituye *mendacium*; Santo Tomás trae a colación los ejemplos de SENECA, mientras que el Decreto de Graciano reproduce el ejemplo de la espada de CICERÓN.

⁶ Para los antecedentes históricos de la figura, ver: OSTI, “La così detta clausola *rebus sic stantibus* nel suo sviluppo storico”, en Revista di Diritto Civile, año 1912, pág. 1 y ss.; Clausola *rebus sic stantibus*, Voz en Novissimo Digesto Italiano, t. III, pág. 353; en BRACCANTI, “Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti”, Milán, 1943, pág. 15 y ss.; DE MARTINI, “L’eccessiva onerosità nell’esecuzione dei contratti”, Milán, 1950, pág. 1 y ss.; Buenos Aires, 1937, N° 15 y ss., pág. 38 y ss.; TARTAGLIA, Voz Onerosità eccessiva, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXX. N° 1, pág. 155; BOSSELLI, voz Excesiva onerosità, en Novissimo Digesto Italiano, t. VI, N° 1, pág. 332; MOSCO, Onerosità e gratuita, § 68, ps. 223 y ss.; GHESTIN- JAMIN-BILLIAU, *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, N° 267-290, pág. 310; H. L. MAZEAUD y J. CHABAS, *Leçons de Droit Civil, Obligations*, t. II-1er; N°s. 734 y ss., pág. 869; BONNECASE, *Supplément del Traité Théorique et Pratique de Droit Civil* de BAUDRY LACANTINERIE, t. III, París, 1926, N° 299, pág. 593; CARBONNIER, *Derecho Civil*, t. II, vol. II, pág. 533; STARCK-ROLAND- BOYER, *Obligations. 2. Contrat*, 1220 y ss., pág. 506.

⁷ La regla se condensó en la conocida máxima: “*Contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”.

⁸ Entre los autores que abordaron el tema y realizaron aportes dignos de señalamiento desde un punto de vista dogmático, se menciona a GROZIO, COCCEI, LEYSER, KOPP, EBERHARD, TEVENAR y WEBER. Para la consulta del pensamiento des estos juristas, véase OSTI, “La così detta clausola *rebus sic stantibus* nell suo sviluppo storico”, N°s. 1 a 18, pág. 25 quien se vale de la reseña hecha en Alemania por Pfaff; y voz “*clausola rebus sic stantibus*”, en Novissimo Digesto Italiano, t. III, N° 7, pág. 356.

⁹ § 12, del tít. IV, cap. XV...^{3a} “todos los vínculos encierran tácitamente en sí la cláusula *rebus sic stantibus*, de tal modo ellos se tornan inválidos como consecuencia de la mutación de la cosa comprometida en la obligación, pero solamente cuando se verifiquen los siguientes tres requisitos: 1° que tal mutación no obedezca a la mora o al hecho del deudor; 2° que no fuese fácil de prever; 3° que sea del tal naturaleza que si el deudor la hubiese conocido originalmente, según la opinión desinteresada y honesta de personas inteligente, no habría consentido el obligarse; resta todavía en tales circunstancias valorar, según la apreciación jurídica, si la obligación debe ser extinguida completamente, o sólo reducida en la proporción del sobrevenido cambio”.

¹⁰ Cap. V, §377: “Fuera de los casos de una efectiva imposibilidad el cumplimiento de un contrato no puede, por vía de regla, ser rehusado por cambio de las circunstancias y el § 378:” Sin embargo, si por un imprevisible cambio se ha tornado imposible la consecución del resultado final para ambas partes, expresamente declarado o resultante de la naturaleza del negocio, puede cada una de ellas rescindir el negocio que no esté aún cumplido”.

¹¹ Art. 936 “...La convención de querer sólo concluir un contrato futuro es obligatoria únicamente cuando se han establecido tanto el tiempo de la conclusión como los puntos esenciales del contrato y, además, cuando no se modifiquen las circunstancias durante la vigencia del término, no se frustre el fin expresamente determinado o resultante de las circunstancias, o no sea venida a menos la confianza de una de la otra de las partes”.

¹² GHESTIN-BILLIAU-JAMIN, *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat* N° 286, pág. 345.

¹³ Véase LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, pág. 7 y ss.

¹⁴ A. ORGAZ, op. cit., N° 2, pág. 28; BADENES GASSET, *El riesgo imprevisible*, Barcelona, 1946, ps. 15 y 21.

¹⁵ La ciudad de Burdeos había celebrado un contrato de concesión con una sociedad a la que se le encargó la producción y distribución de gas. Una cláusula de este contrato administrativo había fijado el precio de la venta de gas a los consumidores. Este precio se tornó irrisorio a raíz del aumento del precio del carbón y del alza de la mano de obra. La resolución del Consejo de Estado del 30 de marzo de 1916 condenó a la Ciudad de Burdeos a pagar un suplemento para compensar el desequilibrio. Esta decisión dictada en el campo del derecho administrativo se funda en el *desideratum* de asegurar la continuidad de un servicio público. Véase Marcel HAURIOU, “La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales”, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1926, t. XIII.

¹⁶ La sentencia de la Corte de Casación del 6 de marzo de 1876, denegó la elevación de una renta fijada en un contrato del siglo XVI por la conservación de un canal de riego, pese a ser esta suma notoriamente insuficiente. Entendió que ninguna consideración de equidad o de tiempo puede autorizar al juez a modificar las condiciones pactadas por las partes en un contrato. Expresan H., L. y J. MAZEAUD- CHABAS en este orden de ideas, “*El oficio de juez consiste en definir las obligaciones legales o convencionales que pesan sobre las partes y en compelerlas a respetarlas; en someterlas a su palabra, y no en relevarlas de ella. El legislador es el único que tiene el poder de modificar las obligaciones de las partes o el de invitar al juez a hacerlo. Resultaría sumamente peligroso dejar el contrato a la discreción del juez; al intervenir en la convención con su sentimiento personal de la equidad o del interés general, destrozaría el contrato, y pondría en peligro toda la economía, al suprimir la seguridad de las relaciones contractuales*” (*Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie générale*, II-I, N° 730, pág. 866). En un sentido coincidente Ripert desconfía de un principio general que “*al entregar el contrato al juez le permitiría sustituir su voluntad arbitraria a la de las partes, desnaturalizar el contrato con el pretexto de interpretarlo, y revisarlo con el pretexto de interpretarlo sanamente*” (*La regle moral dans les obligations civiles*, París, 1935, N° 88, pág. 166). La ley Faillot, sancionada el 21 de enero de 1918, adoptó la noción de imprevisión desenvuelta por el

Consejo de Estado y dispuso que podían ser resueltos los contratos mercantiles de fecha anterior al 1 de agosto de 1914 cuando, a raíz del estado de guerra, el cumplimiento de la obligación de una de las partes implicaba cargas o causaba un perjuicio cuya importancia excedía en mucho las previsiones que razonablemente habían podido hacerse en el momento de contratar. En análogo sentido se pronunció la ley del 22 de abril de 1949 con respecto a los contratos concluidos con anterioridad al 2 de setiembre de 1939. Sin embargo, el temor al peligro de la intervención judicial en el contrato, que tradicionalmente ha manifestado la doctrina francesa, impidió que ambas leyes autorizaran la revisión de lo pactado, como un medio de conjurar la resolución y mantener la existencia del contrato (véase PLANIOL-RIPERT, t. VI, N° 396, pág. 557; y H. L. y J. MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de Droit Civil. Obligations*, t. II-1^{er} vol., N° 737, pág. 870). La Comisión Plenaria de los trabajos preparatorios de la reforma del Código civil francés, si bien aceptó el vicio de la lesión como causa de anulación de los actos jurídicos, con una fórmula semejante a la del Código civil alemán, rechazó de manera categórica “la lesión sobreviviente”, esto es, el supuesto de imprevisión (*Travaux de la Comisión de Réforme du Code civil*, años 1945-1946, pág. 147 y ss.; y años 1947-1948, pág. 202 y ss.).

¹⁷ Es dable señalar que resultará difícil mantener en el derecho francés el tradicional rechazo a la admisión de la teoría de la imprevisión. Como bien se señala, tal reconocimiento ha pasado a constituir una necesidad, porque la figura es admitida por la mayor parte de los estados europeos, en cuanto responde a una exigencia de justicia que no puede ser desoída por el derecho positivo (GHESTIN-JAMIN-BILLIAU, *Traité de Droit Civil. Les effets de contrat*, N° 317, pág. 365). Véase al respecto, además, Catherine THIBERGE-GUELFUCCI, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1997, págs. 381/383.

¹⁸ Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, págs. 584 y 778.

¹⁹ Además de las obras citadas de Alfredo ORGAZ, *Nuevos estudios de Derecho Civil*. “El contrato y la doctrina de la imprevisión”, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1954, pág. 25 y ss.; Luis M. REZZÓNICO, *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, Perrot, 1954; Salvador FORNIELES, “La cláusula ‘rebus sic stantibus’”, J.A., 1942-IV Sec. Doct., pág. 9; Adelqui CARLOMAGNO, “La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general”, J.A., t. 53, Sec. Doct., pág. 17; Dalmiro ALSINA ATIENZA, *Efectos jurídicos de la buena fe*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1935, pág. 232; Eduardo MARTÍNEZ CARRANZA “El cambio de las circunstancias y el acto jurídico”, *Boletín del Instituto de Derecho Civil*, 1943, N°s 1-4, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, pág. 223 y ss.; Leonardo COLOMBO, “Consideraciones sobre la denominada cláusula ‘rebus sic stantibus’”, L.L., t. 98, pág. 737; SPOTA, “La teoría de la imprevisión contractual y el abuso de los derechos”, J.A., 1953-IV, pág. 30; LÓPEZ DE ZAVALÍA, “La imprevisión en los contratos”, *Revista Jurídica de Tucumán*, t. 2, 1957; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil “Obligaciones”*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, N° 214 y ss., pág. 239 y ss.; BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1965, N° 131 y ss., pág. 115 y ss.; Pedro LEÓN, “La presuposición en los actos jurídicos” en *Homenaje a Vélez Sársfield*, Córdoba Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1936, pág. 263. En contra de una norma general, Daniel OVEJERO, *Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires, Abeledo, 1935, pág. 79; y RISOLIA, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, pág. 190.

²⁰ Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, t. I. Actas, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba. Entre los despachos no considerados del Tema XIX sobre la imprevisión, se reproduce el mencionado de León, Montagné, Orgaz y Berrotarán en ps. 433/434, La disidencia de Carlomagno, a su vez, se reproduce en ps. 434/439.

²¹ Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, cit., págs. 566 a 617 y pág. 778.

²² Para la doctrina de la imprevisión, a más de las obras citadas en nota 6 puede consultarse, OSTI, “Appunti per una teoria de la soppravenienza”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1913, págs. 471/498, 647/697; ROPPO, *Il contratto*, ps. 1.015 y s.; SACCO- DE NOVA, *Il contratto*, t. II, pág. 993 y s.; CARRESI, *Il contratto*, t. II, nos. 277 y s., pág. 836; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, pág. 648 y ss.; “Eccesiva onerosità e inadempimento”, en *Revista di Diritto Commerciale* 1953-II, pág. 84 y s.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, pág. 283 y ss.; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, t. II, pág. 373 y s.; Augusto PINO, *La excesiva onerosità della prestazione*, Padova, Cedam, 1952; LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*; CARVALHO FERNANDES, “A teoria da imprevisão no Direito Civil Portugues”, *Boletim do Ministerio da Iustiza*, julio 1963, pág. 19 y ss.; VAZ SERRA, “Resolução ou modificação das circunstancias”, *Boletim do Ministerio da Iustiza*, N° 68, pág. 315, julio 1957; Joao de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 7^a ed., Coimbra, Almedina, 1993, t. II, N° 372 y ss., pág. 279; Mário Júlio DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina, 1994, N° 30.1.12, pág. 263 y ss.; Ramón BADENES GASSET, *El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Barcelona, Bosch, 1946; ROCA SASTRE -PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Obligaciones y contratos, pág. 233 y ss.; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, pág. 876 y s.; Cristina DE AMUNÁSTEGUI RODRÍGUEZ, *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia Tirant lo Blanch, 2003; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría general de los contratos, Parte general*, 3^a ed., Buenos Aires, Víctor P. de Zavallia, 1984, ps. 452 y ss.; Héctor MASNATTA, *La excesiva onerosidad sobreviviente*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968; MOSSET ITURRASPE, *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, 1977, pág. 195 y ss.; asimismo, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 370 y ss.; Lily R. - Miriam FLAH SMAYEWSKY, *Teoría de la imprevisión. Aplicación y alcance. Doctrina, Jurisprudencia*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002; Augusto Mario MORELLO - Pedro Rafael DE LA COLINA, *Ineficacia y frustración del contrato*, 2^a ed., Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot; SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, vol. III, N° 659 y ss., pág. 529; ALTERINI, *Contratos-civiles-comerciales-de consumo. Teoría general*, pág. 447 y ss.; LORENZETTI, *Teoría de los contratos. Parte general*, pág. 417 y ss.; BORDA, *Tratado de derecho civil, Obligaciones*, t. I, 1983, N° 131 y ss., pág. 134; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1973, nos. 214 y ss.; Pedro N., CAZEAUX, *Derecho de las Obligaciones*, en colaboración con TRIGO REPRESAS, t. 1, La Plata, Librería Editora Platense, 1979, pág. 529 y ss.; pág. 529 y s.; PIZARRO- VALLESPINOS,

Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, t.3, N° 634 y ss., pág. 320; LAVALLE COBO, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* (BELLUSCIO (dir.)- ZANNONI (coord), t. 5, pág. 917 y ss.

²³ BRACCIANTI, *Della eccessiva onerosità sopravveniente* N° 20, pág. 69. En la doctrina nacional, Llambías sostenía, antes de la reforma, que la sola ejecución diferida de una obligación a plazo no justificaba la aplicación de la teoría de la imprevisión; a su modo de ver, para que esto ocurriera debería tratarse de “derechos fluyentes” que “son los poderes subjetivos que requieren ser fecundados por la acción del tiempo; v.gr., el precio de la locación de cosas o los intereses del capital” “Obligaciones” (Ed. 1967), t. I, N° 223, pág. 249).

²⁴ Carlo BRACCIANTI, *Degli effetti Della eccessiva onerosità sopravveniente*, Milano, Giuffrè, 1947, N° 20 pág. 70; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, N° 7, pág. 22.

²⁵ Así se lo ha llegado a entender también en el propio derecho italiano, Véase SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, sostienen al respecto, “la esclusión del un remedio que exonere al deudor de la verificación del evento cuyo riesgo el obligado ha tomado a su exclusivo cargo, tiene un sentido; pero privar a aquel que ha tomado a su cargo un riesgo de todo remedio por la concreción de eventos dañosos conectados con riesgos ulteriores y diversosaparece como una injusticia sumaria desprovista de toda racionalidad” (t. II, pág. 703). También en este sentido ROPPO, *Il contratto*, pág. 1.032. BADENES CASSET, op. cit., pág. 127, CARVALHO FERNÁNDEZ, “A teoria da imprevisão no Direito Civil Português”, Boletim do Ministério da Justiça, julio 1963, N° 128, pág. 142 y ss.

²⁶ El Código Civil italiano, fiel a la regla sentada en el art. 1469 por la cual se excluye la aplicación de la excesiva onerosidad en los contratos aleatorios, dispone en el art. 1879, “El deudor está obligado a pagar la renta por todo el tiempo estipulado, por muy gravosa que haya llegado a ser la prestación”.

²⁷ Conf. ROPPO, *Il contratto*, pág. 1033, SACCO- DE NOVA, *Il contratto*, pág.701.

²⁸ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1.030.

²⁹ TARTAGLIA, Voz “Onerosità eccessiva”, en Enciclopedia del Diritto, t. XXX, N° 10, pág. 172.

³⁰ Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, cit., t. II, pág. 584. Conf. VAZ SERRA, “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, Boletim do Ministério da Justiça, julio 1957, N° 68, pág. 325.

³¹ BRACCIANTI, *Degli effetti Della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, pág. 81; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, pág. 23; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, t. II, pág. 375. En este sentido, Cám. Civ. y Com. de Córdoba de 1ª Nom., L.L.C. 1993-817; CNCiv., Sala D, L.L. 1990-D-290; CNCom., Sala C, L.L. 1995-C-361; CNCom., Sala C, L.L. 1984-A-323; Cám. Civ. y Com. 7ª Nom. de Córdoba, 29/6/83, La Ley online.

³² Como lo señala BOSSELLI, voz “Eccessiva onerosità”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. VI, N° 5, pág. 334, la excesiva onerosidad que se desprende del desequilibrio sobrevenido entre las prestaciones existe aun cuando el perjudicado disponga de una solvencia y recursos que le permitan soportar el gravamen que podría significar un grave o ruinoso sacrificio para otro contratante económicamente más débil.

³³ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1.024; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, t. II, pág. 715. Participan de esta idea, admitiendo, como es obvio, que la imprevisión funciona en el área del derecho comercial, fallos en los cuales se considera que debe aplicarse teniendo en cuenta la profesionalidad del comerciante y el riesgo propio de los negocios que celebra, derivado de su naturaleza especulativa, CNCom., Sala C, L.L. 2006-A-646; CNCom., Sala A, J.A. 1999-III-173 y E.D. 182-605; CNCom., Sala B, L.L. 1987-B-481 y L.L. 1984-C-178.

³⁴ Ello ocurre, por ejemplo, en una locación de obra, cuando el locador se ve constreñido a ejecutar la obra a un costo excesivo porque un agudo proceso de inflación monetaria encarece el valor de la mano de obra y de los materiales; o en el caso opuesto, de revalorización monetaria como una crisis de superproducción y escasez de dinero que trae como consecuencia una grave dificultad en el cumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero; el perjudicado en tal supuesto es el locatario, que debe pagar por la ejecución de la obra un precio que ésta ya no vale.

³⁵ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1.021

³⁶ El vendedor que debe cumplir con su obligación de entrega de la cosa cuyo precio debe pagarse con posterioridad en razón del cambio de circunstancias debe recibir una cantidad que ha perdido considerablemente su poder adquisitivo.

³⁷ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1.020; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, t. II, pág. 707; BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, pág. 89; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, t. II, pág. 383; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione di contratti* pág. 24.

³⁸ Conf. VAZ SERRA, “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, Boletim do Ministério da Justiça, N° 68, pág. 346.

³⁹ Verbigracia, en un contrato de locación de obra, el locador que recibió el precio a raíz de un fenómeno natural debe cumplir la obra en condiciones que la tornan excesivamente gravosa.

⁴⁰ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1.022

⁴¹ MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. II, pág. 375; BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, pág. 90; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzioni dei contratti*, pág. 30; VAZ SERRA, “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, Boletim do Ministério da Justiça, N° 68, pág. 361

⁴² BOSSELLI, Voz “Eccessiva onerosità”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. IV, N° 14, pág. 336 expresa que dicha enunciación importa un pleonismo.

⁴³ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1025

⁴⁴ SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, t. II, pág. 710; ROPPO, *Il contratto*, pág. 1.0925; VAZ SERRA, “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, *Boletim do Ministerio da Iustica*, Nº 68, pág. 361; MESINEO, *Doctrina general del contrato*, t. II, pág. 376; DE MARTINI, *L’ecceiva onerosità nell’esecuzione dei contratti*, pág. 30

⁴⁵ SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, t. II, pág. 71.

⁴⁶ SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, pág. 711; ROPPO, *Il contratto*, pág. 1.025; BOSELLI, Voz “Excesiva onerosità”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Nº14, pág. 336.

⁴⁷ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1.026; SACCO- DE NOVA, *Il contratto*, t. II, pág. 712.

⁴⁸ BOSELLI, voz “Eccesiva onerosità”, en *Novissimo Digesto italiano*, t. VI, Nº1, pág. 335; TARTAGLIA, voz Onerosità excesiva, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXX, Nº 5, pág. 163; BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, pág. 89; CARVALHO FERNANDES, “A teoria da imprevisão no Directo Civil Português”, *Boletim do Ministerio da Iustica* Nº 128, pág. 128; en contra, DE MARTINI, *L’ecceiva onerosità nell’esecuzione dei contratti*, pág. 30.

⁴⁹ BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, pág. 91; DE MARTINI, *L’ecceiva onerosità nell’esecuzione dei contratti*, pág. 24; MESINEO, *Doctrina general el contrato*, t. II, pág. 376; CARVALHO FERNANDES, *Boletim do Ministerio da Iustica*, Nº 128, pág. 129 y ss.

⁵⁰ Atilio A. ALTERINI, *Contratos-civiles- comerciales-de consumo*, p. 452; asimismo, “La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante”, L.L. 1980-C-1109; LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, pág. 524;

⁵¹ ROPPO, *Il contratto*, pág. 1.028; BRACCIANTI, op. cit., pág. 92; VAZ SERRA, op. cit., *Boletim* Nº 58, pág. 349.

⁵² CNCCom., Sala A, L.L. 2000-B-822; J.A. 1999-III-173, E.D. 182-605; CNCiv., Sala C, L.L. 1994-D-71; CNCCom., Sala B, L.L. 1982-C-22.

⁵³ CNCiv., Sala C; L.L. 1987-E-462, (37.733-S); CNCiv., sala D, L.L. 1984-C-293; CN Civ., sala F, 27/10/1981, LL. Online. Conf. BRACCIANTI, *Degli effetti de la eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Nº 27, pág. 94; DE MARTINI, *L’ecceiva onerosità nell’esecuzione dei contratti*, págs. 26/27; VAZ SERRA, “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, *Boletim do Ministerio da Iustica*, Nº 68, pág. 35; LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, Nº 225; LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, pág. 526; Atilio A. ALTERINI, *Contratos - civiles – comerciales - de consumo. Teoría general*, pág. 454; CASIELLO, *La teoría de la imprevisión en la reciente reforma del Código Civil*, pág. 1501. En contra, BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Parte General*, Ed. 1983135-IX, pág. 144.

⁵⁴ En contra, Tobías, quien fundándose de antecedentes del derecho italiano, sostiene que es suficiente una oferta genérica de adecuación equitativa. Expresa que se trata de un remedio en el cual conviven la naturaleza negocial y procesal. Esa oferta genérica, constituiría una propuesta que incentivaría la renegociación entre las partes y que tiene su lógica en el juicio de equidad al que la norma del art. 1198 subordina el remedio. Por otro lado, la adecuación puede recaer sobre diversos puntos según la complejidad del contrato, tales como espera, quita, rescisión parcial, por lo que la posibilidad de precisarlos en una forma concluyente en una demanda sería inviable. La exigencia de una oferta determinada sería tanto como negarle la juez una intervención integrativa, reduciéndolo a “un mero vocero del experto actuarial”. Cabe objetar que el fundamento de equidad de la adecuación, no puede tener el significado de variar los requisitos que debe observar toda pretensión en un juicio. El propósito de incentivar la renegociación en este tipo de procedimientos, no se logra con autorizar una decisión final que pueda prescindir de los carriles dentro del cual los interesados deben encauzar su discusión, prescindiendo del principio de congruencia que hunde sus raíces en garantías de la Constitución Nacional. En casos complejos en los que se considera que hacer un ofrecimiento es particularmente difícil, resulta utópico pensar que debe dejarse librado exclusivamente al criterio del juez, encontrar la fórmula salvadora.

⁵⁵ TOBIÁS, “Apuntes sobre la acción autónoma de reajuste en los términos del art. 1198 del Código Civil”, L.L. 2.003-B-185 y ss.; MORELLO, *Ineficacia y frustración del contrato*, La Plata, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2006, págs. 330 y ss.; Juan José CASIELLO, “La adecuación del contrato”, L.L.195-B-1.265; María Cristina CARNAGHI, “Imprevisibilidad, acción directa lo autónoma de reajuste para el perjudicado”, D.J. 2.004-2-1017; Atilio A. ALTERINI, *Contratos. Teoría general*, pág. 455; BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. 1, 1983, 135-XI, pág. 146; FLAHERTY, SMAYEVSKY, *Teoría de la imprevisión*, pág. 33; MOSSET ITURRASPE, “Sobre una supuesta “herejía” jurídica en torno a la acción por revisión del art. 1198 (El derecho como religión, como ciencia y como arte)”, L.L. 1983-D-805 y ss.; asimismo *Contratos*, pág. 377; LAVALLE COBO, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Belluscio (dir)- Zannoni (coord.), t. 5, pág. 937 & 47; SPOTA, “Imprevisión contractual, lesión subjetiva, ofensa a la regla moral e indexación”, L.L. 1976-D-195. LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, pág. 527; CNCiv., Sala C, L.L. 1979-555; CNCiv., Sala D, L.L. 1980-D-457; CNCiv., Sala F, L.L. 1982-C-135, E.D. 99-764.

⁵⁶ Rodolfo DE ABALLEYRA, “Una herejía jurídica. La desinterpretación del artículo 1.198 del Código Civil”, L.L. 1.983-C, pág. 935; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte General*, t. I, VIII, pág. 478 y ss.; MASNATTA, *La excesiva onerosidad sobreviniente y el contrato*, pág. 61; Alejandro, VÁZQUEZ, “Teoría de la imprevisión. Opción del afectado”, E.D. 97-847; Enrique ABATTI y Ival ROCCA (h), “Teoría de la imprevisión, novísima perspectiva que dan la ley 25.561 y los decretos 214 y 320/02. ¿Es admisible la acción directa por reajuste?”, E.D. 197, ps. 622 y ss.; CNCCom., Sala C, LL.1985-C-361; CNCCom., Sala E, LL.1989-D-240.

⁵⁷ El recaído en los autos “Kamenszein Víctor J. y otros c/ Fried de Goldring, Malka y otros”, L.L. 1992-C-491.

⁵⁸ Expresa además dicho considerando, “Esta Corte tiene reiteradamente resuelto que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, que la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley y que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos, 308, 1745 y sus citas). Conceder a uno de los contratantes una acción que la ley no le confiere, como lo sería, en el caso, la de revisión del contrato o modificación de sus cláusulas, implicaría una clara violación a esas reglas; máxime cuando no puede suponerse que haya mediado una omisión u olvido del legislador, el cual frente a las diversas opciones que le proponía la doctrina y la legislación extranjera, optó por una perfectamente clara, sin que su inconsecuencia o su falta de previsión puedan suponerse (Fallos, 307:518, considerando 10 y sus citas). Por lo demás, si en supuestos relacionados de algún modo con el examinado confirió la opción entre la invalidez y la modificación (art. 954, modificado – lo mismo que el art. 1198 – por la ley de facto 17.711), es irrazonable creer que esa exclusión haya sido movida por olvido o ligereza”.

⁵⁹ “Figuerola Roberto M. y otro c/Banco de la Nación Argentina”, D.J. 2002-3-942 y L.L. 2002-F-726.

⁶⁰ Se trata del art. 1664 del Código Civil italiano. Ver Domenico RUBINO, *Dell'appalto*, Bologna Incola Zanichelli Editore-Soc. Editora del Foro italiano, 1962, ps. 176 y ss.; Carlo GIANNATASIO, *L'appalto*, Milano, Giuffrè, 1967, N^{os} 68 y ss., pág. 115.

⁶¹ Los ejemplos son de ROPPO, *Il contratto*, pág. 1.042.

TEORIA DE LA IMPREVISIÓN

por JULIO CÉSAR CASTIGLIONE

SUMARIO: Introducción. Una situación mundial inédita. Un conflicto de valores. La imprevisión social. Una sociedad del riesgo. Conclusión.

Introducción

Corría la década del '30, el ferrocarril hacía casi medio siglo que funcionaba en el país y la fabricación de automóviles se incrementaba cada vez más y con ello la construcción de caminos. Se planteó entonces un conflicto de transporte entre el ferrocarril y los camiones. Ocurrió que el transporte ferroviario gozaba de protección legal concedida por las autoridades nacionales para facilitar su expansión en el país a fines del siglo pasado. Pero, a comienzos de la década de 1930, comenzó la expansión de los caminos dado el aumento de los vehículos automotores. No tardaron en suscitarse roces entre ambos medios de transporte, y se produjo lo que se podría llamar una lucha por el derecho. La competencia automotriz perjudicó a la ferroviaria (ya en 1931 se estimaba en un 5% el daño causado al FC por la disminución en general de las entradas, como consecuencia de la competencia automotriz en el transporte de mercaderías) ¹. Como reacción, las empresas ferroviarias reclamaron la intervención al Estado para que se pusieran en una situación de igualdad ambos derechos, devolviendo al derecho ferroviario su libertad o regulando al derecho vial en franca y armónica igualdad y coordinación con el ferroviario ². En otras palabras, las empresas ferroviarias exigían que se respetara su *estatuto concesionario* o amenazaban recurrir a los Tribunales, amparándose en la “teoría de la imprevisión” para enervar sus deberes, extinguir algunas de sus obligaciones o anular sus gravámenes. Se basaban en el perjuicio derivado de esta inequidad. Argumentaban las empresas ferroviarias, que no cumpliendo el Estado con las obligaciones que le competían, no podían exigir a las empresas ferroviarias el correlativo cumplimiento de sus deberes.

Las empresas ferroviarias sostenían que “... *el hecho imprevisto del transporte carretero, agravado en sí, y va en ello la culpabilidad del Estado por la falta de legislación vial, ha creado la oportunidad de invocar en su amparo y ante las autoridades administrativas o judiciales, la nueva y oportuna teoría de la imprevisión*” (ob. cit., 91).

Agrega luego el abogado de los FF.CC., en su planteo judicial, “*que nuestra legislación ha previsto expresamente el caso fortuito y la culpa, pero no ha contemplado casos afines y considera que ha llegado la oportunidad de invocar, ante el silencio de la ley, los principios generales del derecho y en forma supletoria la ‘teoría de la imprevisión’*”. Así comenzaba el abogado de los FF.CC. su alegato en favor de los derechos de su defendido. Añadía, que *no existiendo los puntales básicos que sostenían la constitucionalidad del art. 188 del Código de Comercio, por inercia legislativa del Estado y progreso del tránsito automotor, se convierte de actualidad la aplicación de la teoría de la imprevisión, mediante la cual, los ferrocarriles no tienen ya obligación perentoria de conducir la carga en un mínimum de tiempo, sino cuando les sea cómodo o conveniente*”. Agregaba: “*el hecho imprevisto del camionaje ha extinguido la obligación legal del art. 188*”.

Sin nombrar esta teoría, ya las empresas habían sostenido como eximentes de responsabilidad ante los tribunales, en muchos litigios que “los retardos se producen porque son inevitables dada la complejidad del mecanismo ferroviario, y por perfecta que sea la organización, como se ven casos de imprevisión que la misma jurisprudencia los aceptaba tácita, aunque líricamente, al no darlos por probados, agregando “*que sean tan graves los sacrificios que deben realizar que importen la destrucción de la industria, ya sea por los medios técnicos a emplearse o bien por los recursos financieros que deben disponer*” (Gaceta del Foro, t. 84, pág. 129).

Una situación mundial inédita

La sociedad está pasando por una situación sin antecedentes en toda la existencia del género humano. El cambio social de los últimos 250 años, cada vez más acelerado, profundo e impensado, producido por el intenso y veloz desarrollo técnico, crea situaciones absolutamente imprevisibles incluso para el más avisado y perspicaz observador. Es curiosa la diferencia que se da en este aspecto entre la actual sociedad en relación con la llamada sociedad *tradicional* (antes de la Revolución Industrial). En ésta era más previsible el comportamiento social que el natural. En una sociedad sencilla, pequeña y poco evolucionada como era la de entonces, el cambio social era menos profundo y mucho más lento que en la sociedad moderna. Por eso no resultaba tan difícil conocer y hasta prever en forma bastante aproximada conductas próximas en el tiempo y el espacio. Se podía anticipar con cierta exactitud cómo evolucionaría la producción en determinados ramos, cómo variaría la respuesta popular a ciertas medidas de la autoridad o prever con alguna fidelidad la evolución de las modas. En cambio, no estando desarrollada la ciencia, no se tenían noticias seguras del evolucionar futuro ni aun del más próximo del acontecer físico, salvo las resultantes de las inciertas suposiciones de la experiencia popular o de algún experto que se animaba a hacer cálculos que se suponían generalmente temerarios. Se sabe cómo se ridiculizaba a los que hacían suposiciones o vaticinios que hoy sabemos eran exactos, verbigracia, que la Tierra era redonda o que todo ser vivo proviene de otro ser vivo y que no hay creación espontánea de vida, cosa que ocurrió con Pasteur. Ocorre que el comienzo del saber científico en profundidad, sólo se inicia un poco antes de la Revolución Industrial con las experiencias e investigaciones de Leonardo da Vinci y Galileo a fines del siglo XVI. Se considera al francés Augusto Comte (1798-1857), como el fundador de los estudios sociales científicos o sociología. En cambio, actualmente se prevén muchísimos aspectos del evolucionar del mundo físico, siendo su avance incesante, pero en oposición, el social se ha vuelto más complejo y esquivo en muchas situaciones. Téngase presente los cálculos tan complicados que fueron necesarios para llegar a la Luna o para despachar algunas sondas al espacio -una de ellas enviada hace unos tres años, ha pasado ya al planeta Saturno y continúa su viaje espacial enviando valiosos informes- y, sin embargo, no ha habido inconvenientes para obtenerlos. La sociedad, a su vez, ha crecido no sólo en tamaño sino en complejidad, y al hombre, que ha podido captar muchos secretos del mundo físico, le resulta aún difícil desentrañar y prever el complejo accionar social.

Un conflicto de valores

Ya los romanos sabían que el derecho debe adaptarse a los cambios de circunstancias. Una vieja máxima muy conocida por los juristas nos lo advierte. Ella insinúa que para que haya justicia en una relación que se prolonga y en la que obviamente hay cambio de sus condiciones sociales, sólo se mantendrá *rebus sic stantibus*, o sea, mientras se mantengan las circunstancias fundamentales. Es claro que la situación no es tan sencilla, dado que por otra parte, la justicia exige también *pacta sunt servanda*: los contratos deben cumplirse; de otro modo se destruiría la *seguridad*, otro valor del derecho. Si la justicia es el máximo valor jurídico para muchos, -es mi caso- no se puede negar que la seguridad es otro importante valor. El derecho es un gigante que sólo funciona bien si se mueve con esos dos valores, que son en cierto modo antitéticos o complementarios. De modo que el cambio social es un factor capaz de perturbar su normal funcionamiento al ser apto para alterar los parámetros de la justicia. Hay que andar con “pie de plomo”, para no equivocarse, porque se debe mirar a las dos partes (*audiatur et altera pars*), para ser verdaderamente justo en las decisiones jurídicas.

La imprevisión social

El cambio social era, como se dijo, frecuentemente previsible en una sociedad pequeña y estática, y sobre esa base se realizaban muchos contratos cuyo cumplimiento era diferido por ambas o por alguna parte. Pero, en el mundo actual, el cambio se ha acentuado considerablemente debido al inusitado desarrollo técnico. Además, se ha agravado por la intervención cada vez más frecuente de las autoridades que buscan en ello, réditos políticos. En consecuencia, éste no resulta sólo de las fuerzas sociales espontáneas, sino también y, se podría decir quizá más aún, fundamentalmente por la actividad humana, de un modo especial, de la dirigencia política debido al deseo de dirigir o gobernar la vida social. Ha surgido en el siglo XX, la idea de la *planificación* y por, ende, el cambiar la sociedad a la medida de los deseos políticos. En la Rusia soviética, como se sabe, se hicieron grandes esfuerzos de planificación estatal si bien no siempre exitosos. Actualmente los Estados dictan centenares y hasta miles de leyes anualmente. Estas medidas suelen afectar inevitablemente y de un modo serio a la justicia: cuando un negocio jurídico comienza en un momento y antes de su conclusión se produce una variación importante de su ámbito social o jurídico, que no pudo ser previsto normalmente por los ciudadanos porque depende frecuentemente de las conveniencias del grupo dominante. Recuerdo cuando era estudiante de derecho en Tucumán en 1949, un aviso en un diario ponía en venta un inmueble, informando irónicamente el déficit que devengaba por el congelamiento de los alquileres.

No queda duda de que la vida social se ha vuelto cada vez más compleja y el esfuerzo del hombre se ha dirigido a intervenir en ella para controlarla y construir una sociedad a la medida de los deseos de la gente. Esto hace que en muchos aspectos puedan ocurrir cambios sociales imposibles de prever con alguna exactitud, incluso para los expertos en ciencias sociales, con más razón para el hombre común, lo que afecta de un modo considerable los contratos de tracto sucesivo, muchos de ellos inevitables en un mundo tan complejo y dinámico como el actual.

Siempre ha sido difícil prevenir acontecimientos sociales. Es obvio, aun para el menos avezado social y políticamente, que ha aumentado considerablemente esta dificultad dado que en gran medida el cambio social ocurre ahora por obra de las medidas políticas y no sólo como efecto de la vida social, y los políticos suelen esconder sus intenciones hasta último momento, como medio de defender sus posiciones.

Se dictan infinidad de leyes que alteran la vida social, algunas, sobre todo las de índole económica y financiera, que salen a la luz de un modo imprevisto y toman de sorpresa -cambios de moneda, impuestos, franquicias, obligaciones, etc.- a las personas que en la ignorancia se han comprometido jurídicamente previamente en negocios muchas veces importantes. Hace poco en un libro que publiqué, sostenía que uno de los rasgos más destacados del mundo moderno es la *imprevisibilidad*: *“Lo único cierto y seguro en la nueva sociedad es que no hay nada seguro y permanente: todo parece cambiar de un modo absolutamente imprevisto. Eso se debe a que su motor es el conocimiento y éste avanza a un ritmo cada vez más intenso y de un modo totalmente impensable: los investigadores se topan con consecuencias y factores totalmente imprevistos capaces de producir consecuencias tan importantes como inesperadas. Se manejan fuerzas y poderes de gran magnitud e imposibles de conjeturar” ... “Es tan grande el desarrollo tecnológico y tan importantes su presencia en la vida diaria, que la ha cambiado fundamentalmente y la sigue modificando cada vez más”*³.

¿Está en condiciones el derecho de algún modo remediar las injusticias que puede producir esta situación? Sí, y precisamente es ésta una de las tareas fundamentales del Instituto conocido como “teoría de la imprevisión”.

Es mi propósito, dada la vastedad y profundidad de los trabajos ya existentes sobre la materia, limitarme a llamar la atención sobre la naturaleza e importancia de esta teoría en un mundo cada vez más automatizado y manejado por robots, en el que los accidentes son inevitables, pese a las cuidadosas medidas que se suelen tomar, y algunos de considerable importancia. Ellos causan daños materiales importantes y víctimas humanas y la función fundamental que cumple el derecho es buscar soluciones justas para reparar los daños y perjuicios que sin culpa suelen sufrir algunos contratantes.

Una sociedad del riesgo

Lo importante para nosotros es tomar conciencia de que nos encontramos desde hace ya bastantes años -más de un siglo- en lo que los sociólogos denominan una “*sociedad del riesgo*”. Vamos a explayarnos un poco sobre esa interesante y novedosa cuestión, dado que explican la importancia y actualidad de la “teoría de la imprevisión”.

El diccionario define el riesgo como “contingencia o proximidad de un daño, contratiempo o peligro”. Esto significa que si frente a una circunstancia concreta aparece una probabilidad de tener que soportar un perjuicio, se da una situación de riesgo. Si, por ejemplo, a raíz de haber tenido que soportar un enfriamiento muy fuerte, el médico señala la posibilidad de que se produzca una gripe, se dice que esa persona corre el riesgo de esta enfermedad, lo que le impondrá la conveniencia de tomar determinadas precauciones para evitar su producción o disminuir sus consecuencias dañinas si lo primero es imposible.

Sostiene Beck que la amenaza y “*la inseguridad son condición de la existencia humana desde siempre, en cierto modo incluso más antes que ahora. En la Edad Media, la enfermedad y la muerte prematura amenazaban a los individuos y sus familias mucho más que hoy, así como las hambrunas y epidemias amenazaban a los grupos humanos. La **semántica del riesgo**, sin embargo, vinculada desde los inicios de la Edad Moderna a la creciente importancia que han ido adquiriendo la decisión, la inseguridad y la probabilidad en el proceso de modernización, es algo diferente*”⁴.

En realidad, a mi parecer, la gran diferencia reside en el hecho de que en la sociedad antigua los riesgos eran fruto sobre todo del acontecer natural (tormentas, mareas, terremotos, huracanes, epidemias, sequías, etc.); en cambio, ahora resultan del obrar humano, o dicho de otro modo, antes eran producidos fundamentalmente por la naturaleza, eran naturales, ahora son artificiales. Además, y lo que es más importante como se verá, los riesgos producto de la modernidad, son hoy en día infinitamente más graves que los ocurridos en los tiempos anteriores.

Beck considera que “*Las dos caras del riesgo -oportunidad y peligro- se convierten en tema durante la industrialización a partir de la navegación mercante intercontinental*” (pág. 20). El riesgo es el patrón perceptivo e intelectual que moviliza a una sociedad enfrentada a la construcción de un futuro abierto, lleno de inseguridades y obstáculos, una sociedad que ya no está determinada por la religión, la tradición o la sumisión a la naturaleza y que tampoco cree en los efectos redentores de la utopía.

No interesa en este trabajo explicar los elementos, condiciones, efectos, etc., de la “teoría de la imprevisión”, que son bastante conocidos. Sólo quiero explayarme en las características de la modernidad que suscitan el *riesgo*, rasgo central que ha cambiado con la transformación de la sociedad tradicional en moderna, y sin la cual no se puede entender en profundidad esta moderna teoría. Esto, estimo, ayudará a comprender mejor la inusitada actualidad de esta teoría y el marco social en que se mueve, y por ende, valorar más profundamente las exigencias de la justicia⁵.

El riesgo en la sociedad tradicional y en la moderna

Siempre ha estado el hombre sujeto al riesgo y, al mismo tiempo, siempre lo ha querido eliminar. Ocurre que el hombre desea profundamente moverse en un clima de seguridad. Lo azaroso crea normalmente temores, ansiedad y suscita una sensación muy desagradable. Una vida riesgosa suele ser para muchos insoportable y para casi todos, normalmente ingrata. Por esta razón, los hombres han buscado siempre crear condiciones de vida y trabajo que ofrezcan la mayor certeza, de ahí que el derecho tenga como uno de sus valores básicos, la seguridad a la par de la justicia, como recién se dijo.

Por rara paradoja, en la modernidad cuando los poderes humanos sobre la naturaleza parecen haber llegado a su paroxismo, es quizá cuando mayor se da la inseguridad en algunos

aspectos de la vida humana. Esto se explica por el inmenso poder que el hombre ha adquirido por medio de las máquinas y el grado inevitable de posibles errores o descuidos en el funcionamiento de las máquinas. Se ha logrado surcar los cielos y llegar a la Luna, hay artefactos que se mueven a mayor velocidad que el sonido, se han creado fuentes de energía nuclear descomunales, la nanotecnología ha construido dispositivos de tamaño tan pequeño que ha sido posible realizar complejas operaciones en el cuerpo humano causando heridas pequeñas e incluso evitándolas totalmente. Pero sus actividades no siempre siguen los lineamientos previstos, constantemente queda alguna posibilidad de fallas y cuando se manejan máquinas y herramientas poderosas, los daños pueden ser tan grandes como imprevisibles. La caída de un Jet puede matar a casi mil personas, el hundimiento de un trasatlántico más de tres mil, una falla nuclear puede eliminar o incapacitar a un millón o más de seres humanos y lesionar en forma grave e irreversible a otros tantos. Por escrupulosos que sean los cuidados, es imposible evitar fracasos y perjuicios. Ahora bien, cuando ocurre un daño se trata obviamente de subsanarlo ¿Quién debe responder por los perjuicios que la modernidad produce o agrava? Deberá responder el que ideó la estrategia, creó la máquina, condujo el dispositivo, costeó la operación, etc., Es decir, ¿todos o sólo algunos de los que intervinieron en la operación?, son algunos de los interrogantes que se plantean cuando se analizan estas situaciones.

Al derecho le corresponde dar la respuesta y determinar la responsabilidad y el grado de las indemnizaciones. Pero lo primero es establecer la naturaleza y el grado de previsión del hecho dañino. Según si fue o no posible evitarlo, el grado de diligencia o negligencia en determinarlo y advertir a los intervinientes de su posibilidad, condiciones, etc., será la medida de la responsabilidad si es que la hubiere. De ello se ocupa la “teoría de la imprevisión”.

Conviene tener en cuenta las grandes diferencias entre el riesgo en las dos clases de sociedades, que explica el porqué es una teoría de origen moderno, o al menos, cuyos rasgos han tomado forma en la moderna sociedad.

Para comprender cabalmente cómo ha cambiado la naturaleza del riesgo en la sociedad moderna en relación con la tradicional, conviene hacer un excursus en la sociología. Según los sociólogos, aproximadamente desde la Revolución Francesa -que coincide en gran medida temporalmente con la Revolución Industrial- comienza una nueva sociedad caracterizada por la gran influencia del desarrollo industrial. La sociedad moderna, como se la designa, ha creado infinidad de máquinas, muchas de las cuales funcionan coordinadamente; de modo que una falla en una, afecta el trabajo de muchas otras produciendo importantes perjuicios. Ello ha suscitado la creación de una nueva actividad, los seguros que funcionan en base al cálculo de probabilidades de los siniestros.

Ha crecido el número de máquinas de todo tipo, vehículos, aviones, medios de transporte, etc., con la consiguiente posibilidad de accidentes, a veces muy graves y generalmente imposibles de prever ¿Cómo ha reaccionado el derecho frente a esta nueva y cada vez más diferente realidad? Una de las respuestas se sintetiza en los seguros de todo tipo, como se dijo. Pero lo que no puede dejarse de mencionar es que hay situaciones atípicas y por lo tanto imprevisibles, en las que en ocasiones el seguro se vuelve muy riesgoso o imposible. Es aquí donde la “teoría de la imprevisión” encuentra su mejor función.

En relación con esta circunstancia es importante detenerse en otra situación especial que produce la modernidad. La industria se desarrolla a un ritmo cada vez más veloz y profundo, lo que da lugar a la creación de instituciones especiales que el sociólogo Giddens califica de “*sistemas expertos*”⁶. Se trata de un conjunto integrado y coordinado de elementos -personas, objetos y vínculos entre sí-, que producen resultados o efectos sociales normalmente predecibles. Su objetivo es el cumplimiento de tareas específicas necesarias para la buena vida social, como los sistemas de comunicación terrestre, constituidos por carreteras, semáforos, estaciones de servicio, puestos de policía y de sanidad, etc., los grandes edificios de cincuenta o más pisos, que albergan a centenares y miles de personas y satisfacen diversas necesidades como agua, electricidad, abrigo, seguridad, comodidad; el conjunto de máquinas de una industria o sea las fábricas, etc..

Dada su importancia, permítaseme unas palabras más sobre la sociedad moderna. Según García Pelayo ⁷, las máquinas y artefactos que han inundado la sociedad actual “*han constituido una nueva realidad objetiva, inexistente antes y creada por el hombre. Y ella nos coacciona fuertemente aunque la gran mayoría no es consciente de ello. De modo, que el hombre liberado en gran medida de la coerción natural termina cayendo en la coerción del sistema tecnológico. Se producen unas instrumentalidades técnicas que nos constriñen, nos someten y nos obligan a utilizarlas. Se trata de una especie de ‘prótesis generalizada’ o un proceso ‘metabiológico’ que marca una nueva onda en la evolución del género humano, en el que los nuevos artefactos forman parte del organismo humano como la corteza de los crustáceos*”. Pero, a su vez, ninguno de los artefactos o instrumentalidades técnicas son utilizables si no están articulados a un sistema, es decir, se ha producido una indisoluble relación hombre-artefacto del modo actual de estar en la vida, dado que ahora el hombre está bajo la dependencia de un sistema, vive en completa subordinación a la organización técnica, sujetos a funciones técnicas y tienen que sufrir los malos efectos de cada disturbio que pueda ocurrir en su funcionamiento. Esa completa interacción de reglas y procedimientos, con gran número de personas y mecanismos destinados a transformar recursos recibidos en productos o servicios, sólo asequibles o utilizables por la acción de tales sistemas constituye la actual civilización tecnológica. Se ha llegado a un punto que el ser humano ya no debe definirse como *homo faber*, sino como *homo fabricatus* por cosas y sistemas.

En esta realidad social debe tenerse en cuenta el peligro que se cierne sobre la humanidad, no las convulsiones políticas, ni los cataclismos naturales, sino la posibilidad de que los grandes sistemas tecnológicos sufran interrupciones por accidentes, saturación o congestión que bloqueen su operatividad. Recuérdese por ejemplo que hace unos 25 o 30 años, el gran apagón de Nueva York y el pánico, accidentes y los disturbios que produjo.

El funcionamiento de estos sistemas expertos, en los que a veces se dan fallas, no produce consecuencias sociales negativas, entre otras causas porque el sistema comunicativo ha enterado de su funcionamiento a los individuos con los cuales interactúan y ellos saben como comportarse frente a estos sistemas o, en otras palabras, la sociedad está impregnada por la credibilidad basada en la experiencia establecida. No sólo es fruto de lo que se vive, sino también de un cálculo de beneficios y riesgos. Nadie puede eximirse completamente de los sistemas abstractos implicados en las instituciones modernas. En la sociedad tradicional alguien podría desinteresarse de lo que decían sacerdotes, sabios o hechiceros, pero ahora nadie puede hacer lo mismo en relación con el conocimiento experto.

Estos sistemas expertos, inevitablemente, funcionan esporádicamente con algunas fallas. Es muy difícil que en lapsos largos y en todos los sectores de las sociedades modernas existentes, en algún momento no se produzcan ciertos inconvenientes que en ocasiones pueden ser muy graves dado el inmenso poder de las máquinas que integran los sistemas. Ellos difícilmente pueden ser previsibles o subsanables, pese a todas las medidas de precaución que se hayan adoptado. Piénsese por ejemplo en las usinas nucleares y en lo que sucedió en Chernobil hace unos años.

Nos encontramos con un nuevo tipo de sociedad totalmente desconocido en los más de 40 mil años de existencia del *homo sapiens*, la llamada “*sociedad del riesgo*”. En ella, las consecuencias de los éxitos de la modernización se han convertido, a causa de su velocidad y radicalidad, en tema. El riesgo adquiere un nuevo carácter, sostiene Beck, porque parte de las condiciones de su cálculo y procesamiento institucional falla. En los últimos doscientos años en Occidente la opinión de los científicos había reemplazado a la tradición, sin embargo, los crecientes riesgos suscitados por el desarrollo técnico han contribuido a minar su autoridad y han perdido parte de su crédito ante el público ⁸.

Se plantea, entonces, la cuestión de la determinación de las culpas. Tradicionalmente muchos desastres se consideraban, dice Beck, “*azotes del destino*”. Las cosas ahora han cambiado. La historia de las instituciones políticas modernas puede considerarse a la luz de la construcción y creación de normas para solucionar los problemas de los riesgos industriales. Esta situación ha producido, en consecuencia, una importante rama jurídica tendiente a

solucionar los conflictos suscitados por ellos y el nacimiento de los “contratos de riesgo”, con el fin de encontrar soluciones justas a estas cuestiones. Se ha tratado de sistematizar y regular las consecuencias de las fallas industriales con una adecuada regulación jurídica. El hombre moderno ha tenido que asumir la realidad de que debe vivir en adelante en un ambiente de inseguridad fabricado por la propia sociedad. *“El mundo ya no puede controlar -afirma Beck-⁹, los peligros que la modernidad suscita; más exactamente, la fe en que la sociedad moderna podría controlar los peligros que genera se desvanece a causa de sus triunfos. Estos problemas surgen en la segunda mitad del siglo XX, con la aparición por primera vez en la historia de crisis ecológicas, el desmantelamiento de las seguridades del bienestar, etc.”*¹⁰.

El riesgo tiene la fuerza destructiva de la guerra y se caracteriza por su rasgo democrático, afecta tanto a ricos y poderosos como a débiles y pobres, y una sensación casi imperceptible y lenta de temor se extiende por la sociedad. El miedo parece condicionar la vida, la seguridad casi desplaza a la libertad y las leyes se endurecen, afirma Beck y se convierten en un “totalitarismo antirriesgo” aparentemente racional¹¹.

De modo que la cantidad de accidentes y su gravedad han aumentado con relación a la sociedad tradicional, pero en proporción infinitamente menor con relación a la cantidad de actividades y bienes producidos. Pero en los casos concretos no se pueden predecir ni evitar, pese a que son infinitamente pequeños con relación a lo que se produce. Y lo que nos interesa: no se pueden predecir sino en general y en abstracto (con datos estadísticos), dado que si fuera posible en cada caso se los podría evitar. Aquí el derecho viene a cumplir una gran función social, con la institución del reconocimiento de la imprevisión de muchos accidentes y el derecho a la compensación al menos pecuniaria a los perjudicados, lo que vuelve de algún modo más soportables los riesgos, que de otro modo podrían ser intolerables y crearían profundos malestares sociales.

Según Beck, una contradicción fundamental de la nueva sociedad radica en el hecho de que precisamente los éxitos industriales son los que han puesto en peligro su existencia y dado que ellos podrían no suceder se caracterizan por un alto grado de irrealidad, y en algún modo de previsibilidad concreta, dado que si ello fuera posible, el riesgo no existiría. Detengámonos por ejemplo en los viajes aéreos que han crecido de un modo importante. La posibilidad de un desastre es muy pequeña actualmente, pero un accidente al despegar o aterrizar siempre es factible ¿Cómo se mide su posibilidad? Hay personas sugestionables o temerosas que simplemente prescinden de ellos, pero obviamente el riesgo está siempre presente, por pequeño que sea. Si ocurre un accidente y mueren o sufren lesiones los pasajeros ¿Tienen los accidentados o sus parientes derecho a alguna indemnización para el caso que no hubiera seguros? Como se advierte, el enorme desarrollo industrial no ha sido inocente. Entre otras calamidades, ha producido variados y graves accidentes que suscitan en la sociedad numerosos problemas, no siendo el menor el relacionado con la justicia. Es esta preocupación la que explica y ha dado origen a la novedosa “teoría de la imprevisión”.

Conclusión

La “teoría de la imprevisión”, se puede decir, es la respuesta jurídica a la naturaleza de los nuevos tiempos sociales: de una sociedad relativamente estable y, por ende, en la que la seguridad campea, se pasa a una sociedad industrializada en rápido e intenso cambio, en la que el riesgo cada vez más grave es el compañero inevitable de sus moradores. En una sociedad en transformación cada vez más veloz y menos previsible en muchos aspectos, los dos valores jurídicos fundamentales, la justicia y la seguridad resultan gravemente amenazados y parecen tambalear. ¿Qué hacer para apuntalarlos jurídicamente de modo que la justicia permanezca vigente y garantice el derecho? ¿Cómo se puede asegurar o garantizar la igualdad del reparto si antes del cumplimiento de los contratos se producen modificaciones sociales que alteran fundamentalmente la ecuación originaria y desbalancean los intereses de las partes? Y ¿cómo proteger la seguridad introduciendo garantías no previstas por los contratantes sin afectar la justicia? Se trata de situaciones inéditas en la larga vida del derecho -más de mil años-¹².

Aunque se pueden encontrar algunos rastros de esta institución en algunas etapas de su desenvolvimiento, se puede afirmar que la “teoría de la imprevisión” es una institución jurídica moderna, como son modernas las circunstancias que la han originado. Jamás la humanidad ha estado sometida a unas condiciones sociales de riesgos tan graves, frecuentes e imprevisibles como en la modernidad. Y el derecho ha reaccionado de un modo espontáneo buscando adecuarse a estas novedosas circunstancias sociales. Ante estos riesgos sociales cada vez más graves y numerosos, suscitados por el cada vez más creciente desarrollo técnico, la “teoría de la imprevisión” ha venido a constituirse en la respuesta jurídica adecuada

Bibliografía fundamental

- CASTIGLIONE, Antonio, *El derecho ferroviario frente al derecho vial y ante la teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, La Facultad, 1935.
- CASTIGLIONE, Julio César, *Sociología*, Tucumán, El Graduado, 1996, ts. I y II.
- *La clave del poder. La importancia de la fe*, Santiago del Estero, Ediciones de la Universidad Católica de Santiago del Estero, 2000.
 - CASTIGLIONE, *Breve historia del poder*, Santiago del Estero, Ediciones de la Universidad Católica de Santiago del Estero, 2008.
- O'BRIEN, Juan Carlos, “La teoría de la imprevisión en el contrato de obra pública”, 18/10/08, en //blogs.clarín.com/producto/2008/10/14
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Colección Estado y sociedad N° 155, Barcelona, Paidós, 2008.
- *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós, 2007.
- GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1993.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Burocracia y tecnocracia y otros escritos*, Madrid, Alianza Universidad, 1974.
- *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, Madrid, 1977.

NOTAS:

¹ Antonio CASTIGLIONE, *El derecho ferroviario frente al derecho vial y ante la teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, La Facultad, 1935, pág. 79.

² Antonio CASTIGLIONE, ob. cit., pág. 88.

³ Julio César CASTIGLIONE, *Breve historia del poder*, Santiago del Estero, Ediciones de la Universidad Católica de Santiago del Estero, 2008, pág. 228.

⁴ Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Colección Estado y sociedad N° 155, Barcelona, Paidós, 2008, pág. 20.

⁵ Julio César CASTIGLIONE, *Sociología*, Tucumán, El Graduado, 1996, t. I, pág. 331.

⁶ Anthony GIDDENS, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1993, pág. 37 y ss..

⁷ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Burocracia, tecnocracia y otros escritos*, Madrid, Alianza Universidad, 1974, pág. 38.

⁸ Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo...* cit., pág. 25.

⁹ Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo...* cit., pág. 25.

¹⁰ Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo...* cit., pág. 25.

¹¹ Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo...* cit., pág. 26.

¹² Julio César CASTIGLIONE, *Breve historia...* cit., págs. 145, 163 y ss..

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. SU DEVENIR ANTE LAS CONTINGENCIAS ECONÓMICAS

por LILY R. FLAHERTY

SUMARIO: Introducción. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Proyectos de reforma. Código Civil. Conceptualización. Condiciones de admisibilidad. La teoría de la imprevisión y las contingencias económicas. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Conclusiones.

Introducción

El contrato, resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que se ha estimado por muchos como la expresión más genuina de la justicia particular por aquello de que lo libremente querido es justo, descrea ahora de ese resultado tan ingenuamente “justiciero” del contrato, y marca otras pautas para juzgar de su legitimidad. Así, advierte que muchas veces en la celebración del acuerdo no se han enfrentado dos sujetos con iguales potencias, o, en otros supuestos, una de las partes ha explotado la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obteniendo de esa forma una ventaja desproporcionada...; o, tal vez, en tantos contratos celebrados para ser cumplidos a través del tiempo, las cambiantes circunstancias sucedidas a posteriori, imprevisibles y extraordinarias, han determinado que la prestación del deudor, sin ser de cumplimiento imposible, se tornare para él excesivamente onerosa, a extremo de descalabrar por completo el equilibrio contractual.

No, ciertamente, porque en esos pretendidos contratos no hay, en verdad, una voluntad válida computable, sino viciada por la maniobra deleznable del otro; o, en el segundo supuesto, la voluntad que existió en el origen ya no se sustenta para nada en los nuevos parámetros que las cambiantes circunstancias han venido a comunicarle al acuerdo celebrado. Y claro que entonces el texto nuevo de la ley reformada, empeñada en terminar con la injusticia, decidirá que el vicio de lesión (art. 954 C.C.) ha de voltear por nulos esos acuerdos de los que se siguió una tramposa y desproporcionada ventaja patrimonial para una de las partes. O bien, en otros supuestos resolverá que ante ese quiebre de la razonabilidad del intercambio, que determinó la desaparición de la base del negocio, ya el valor “seguridad” del *pacta sunt servanda* no puede prevalecer frente al valor *justicia* que es, en verdad, el valor supremo en el campo del derecho. Y el contrato se cumplirá según lo pactado sólo mientras las cosas así permanezcan. Pues de lo contrario, el *dura lex sed lex* del *summum jus* se convertirá en la *summa iniuria*, o sea en la ausencia de todo derecho ¹.

Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

En el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de Córdoba (1961), se aprobó la recomendación 15 del tema 10, basada en la ponencia del Dr. Jorge Mosset Iturraspe: “1. Incorporar al Código Civil, a continuación del art. 1198, el siguiente texto: ‘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 extraños e imprevisibles, la parte afectada 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 álea propia del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzara los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución si el afectado hubiese obrado por culpa o estuviere en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato’”.

Salvo las expresiones “álea” -que fue modificada por “riesgo”- y “afectado” -que pasó a ser “perjudicado”-, la recomendación transcrita se convirtió en la segunda parte del art. 1198, reformado por la ley 17.711, reforma que ha cumplido cuarenta años.

Si bien estamos acostumbrados, ahora, desde los últimos diez o quince años, a enfrentarnos con proyectos de reforma del Código Civil que se divulgan casi masivamente, no era ese el estado de cosas cuando apareció la reforma que disponía la ley 17.711. Es decir, cuando fue conocido públicamente el texto de la citada ley -en ese entonces fue un decreto ley emanado de un gobierno de facto- no existía conocimiento cabal entre los juristas, los estudiosos del derecho, o los abogados operadores de la ley, sobre los proyectos o trabajos que se estuvieren elaborando encaminados a una reforma de nuestro Código Civil ².

Proyectos de reforma

Así, contemporáneamente, los sucesivos proyectos de reforma que se han dado a conocer han recogido en forma expresa la teoría de la imprevisión. El Proyecto de Unificación de 1987 fue el primero de esta etapa que se convirtió en ley, siendo vetado por el Poder Ejecutivo.

El texto propuesto dice: “En los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá pedir, por acción o como excepción, la resolución del contrato o su adecuación. Esta regla se aplicará también a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propia del contrato.

“El juez adecuará las prestaciones equitativamente a pedido de cualquiera de las partes, salvo que la economía o finalidad del contrato excluyan ese reajuste.

“En los contratos de ejecución permanente la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

En la medida en que la excesiva onerosidad resulte de la culpa del perjudicado, éste no podrá invocarla”.

La inclusión de la buena fe se traduce en la nueva formulación del art. 1197 del Proyecto, con un carácter mas adecuado al esquema que propiciamos. De ahí que el art. 1198 se refiera exclusivamente a la teoría de la imprevisión, incorporando las construcciones doctrinales y jurisprudenciales que se ponen de relieve en las notas explicativas:

“Las modificaciones introducidas permiten invocarla por vía de acción o excepción.

“Se acepta la pretensión de la adecuación del contrato, salvo que ella sea incompatible con las circunstancias de la relación jurídica que se trate.

“Expresamente se excluyen estos remedios cuando la excesiva onerosidad resulte de culpa de quien la invoca”. En cuanto a los contratos incorporados, la redacción es de mayor precisión, dado que, por una parte, no entra a clasificar entre unilaterales y bilaterales y, por otra, pone el acento en el carácter conmutativo cuando sean de ejecución diferida o permanente, reduciendo así el margen de confusión ³.

El Proyecto elaborado por la Comisión designada por el decr. 468/1992 en el art. 899 establece: “En los contratos conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes tornare excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá pedir, por demanda o reconvencción, la resolución del contrato o su adecuación”.

“Deducida una pretensión resolutoria, la otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo la adecuación equitativa de las prestaciones.

“Si se demandare la adecuación del contrato, podrá requerir la resolución y el juez decidirá la resolución o la adecuación, tomando en cuenta la equidad, la naturaleza del contrato, la factibilidad de su cumplimiento y la finalidad económica perseguida por las partes con su celebración.

“Estas reglas serán aplicables a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produjere por causas extrañas al álea propia del contrato.

“En los contratos de ejecución continuada, la resolución no alcanzará los efectos ya cumplidos.

“La excesiva onerosidad que resultare de la culpa del perjudicado, y el acontecimiento imprevisible que acaeciere después de su mora, no podrán ser invocados”.

“Esta normativa reconoce como fuentes la norma del Código Civil y conforme a lo establecido en el art. 1198 del Proyecto de Unificación:

“El artículo consagra la vigencia de la teoría de la imprevisión, es decir, mantiene el remedio introducido por la ley 17.711 para los casos de excesiva onerosidad sobreviviente. Conforme lo establecido en el art. 1198 del Proyecto de Unificación de 1987 se faculta a la parte perjudicada a demandar la resolución o la adecuación del contrato, pero se establece un sistema que permite que el demandado, frente a una acción por adecuación, reconvenga por solución y se le asigna al juez el poder de decisión al respecto, para lo cual deberá tener en consideración diversas pautas enunciadas en el texto: la equidad, la naturaleza del contrato, la factibilidad de su cumplimiento y su finalidad”⁴.

La Comisión Federal resuelve asimismo el tema en su art. 1199:

“En los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá pedir, por acción o como excepción, la resolución del contrato o su adecuación. Esta regla se aplicará también a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propia del contrato.

“El juez adecuará las prestaciones equitativamente a pedido de cualquiera de las partes, salvo que la economía o finalidad del contrato excluyan ese reajuste”.

“En los contratos de ejecución permanente la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

“En la medida en que la excesiva onerosidad resulte de la culpa del perjudicado, éste no podrá invocarla”⁵.

La Comisión reformadora creada por decr. 685/1995 reglamenta la teoría de la imprevisión en los arts. 1060 y 1061 de la siguiente manera:

Art. 1060: “Imprevisión. Si, en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, en términos que resultan irrazonables o inocuos, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir a un tribunal, por acción o como excepción la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación”.

“Igual regla se aplica al tercero a quien le ha sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas al álea propia”.

Art. 1061: “Funcionamiento. Si una parte pretende la rescisión y la otra puede impedirla ofreciendo la adecuación de las prestaciones. Si una parte pretende la adecuación del contrato la otra puede la rescisión”.

“El tribunal determina la procedencia de la rescisión parcial o total, de la adecuación tomando en cuenta la índole del contrato, los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo, y la factibilidad de su cumplimiento. La adecuación debe procurar el reajuste equitativo de las prestaciones convenidas”.

“Cuando el tribunal dispone la rescisión parcial o la adecuación debe facultar a la parte que no las requirió u ofreció para optar por rescindir totalmente el contrato. La declaración rescisoria debe ser formulada en el expediente en el que tramita el proceso, dentro de quince (15) días”.

Desaparece en esta redacción la clasificación de los contratos en bilaterales o unilaterales, circunscribiéndose solo a los conmutativos.

Como se observa, incorpora la idea de la irrazonabilidad o inequidad para caracterizar la excesiva onerosidad manteniendo el criterio de las causas ajenas a las partes, sobrevivientes y que superen el riesgo asumido.

Introduce como innovación -ya receptada por la mayoría de la jurisprudencia así como los Proyectos de Reforma anteriores- la posibilidad de obtener la adecuación de las prestaciones o la rescisión tanto por acción como por excepción.

Extiende los efectos de la norma a los terceros que queden afectados en sus derechos u obligaciones.

Otra novedad es haber descartado la mora como causal que impide invocar la teoría.

Se otorga especial importancia a la regla de la buena fe en este Proyecto, desagregando los distintos estadios en los que se desenvuelve el contrato: Deber de “buena fe durante la celebración y la ejecución del contrato (arts. 966 y 967); en la interpretación (arts. 1023 y 1024) y con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato (art. 1063), así como en la etapa previa a la celebración del contrato (art. 920)”⁶.

Es dable destacar que aun antes de la nueva formulación del art. 1198, en sus dos apartados, ya la jurisprudencia había adoptado los principios rectores de esta institución, y aun sin regulación específica, había admitido la resolución o modificación del negocio jurídico (L.L. 97-343).

Código Civil

El texto del art. 1198 del C.C., vigente establece: “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”.

Conceptualización. Condiciones de admisibilidad

a. Buena fe

La redacción de la primera parte implica la inclusión de la regla de la buena fe, que debe ser indagada por el juez en todos y cada uno de los casos, utilizando los antecedentes y fines del contrato y, en concordancia con ello, la conducta previa y posterior de los contratantes⁷.

Esta fórmula tiene un alcance muy general que excede la esfera contractual para erigirse en uno de los pilares de todo el derecho, pero su incorporación en este artículo implica su reconocimiento especial dirigido a la interpretación judicial.

Por supuesto que escapa al predicado de la buena fe obligar al deudor a ceñirse al contrato de tal manera que su cumplimiento, en las condiciones pactadas, le signifique no obtener contraprestación alguna o que ésta sea irrisoria.

No podemos prescindir en el enfoque del tema de las connotaciones que la regla presenta a la luz de los nuevos sistemas de negociación. Para ello continúa siendo significativa la opinión de De los Mozos quien sostiene que: *“Ya anteriormente a la emergencia del rigor del mercado, en nuestra época, se había ido extendiendo la función de la buena fe en el tráfico negocial moderno. De los tiempos en que apenas se reparaba en la buena fe, en su significación objetiva, para la integración de los efectos del contrato (arts. 1134 y 1135 C.C.) se ha pasado a hacer de una de ella una aplicación muy pormenorizada; en los tratos preliminares, en la pendencia de la condición, en los efectos poscontractuales y en cuanto criterio de interpretación, estimándose, por otra parte, su importancia como fuente de la integración contractual, al considerarse que impregna la entera relación jurídica surgida del contrato, aun no teniendo valor de ‘orden público’, pero sí expresando un principio que informa todo el ordenamiento social, dependiente de un contenido ético que todo el mundo reconoce y que traduce la idea de una moral social, activa y solidaria, por lo que va más allá de los confines tradicionales de las buenas costumbres y poniéndose en condiciones de hacer sombra a la ‘causa’, al menos en cierto sentido”*.

*“Todo esto se ha puesto de relieve, de forma más patente, con motivo de las actuales realidades de la contratación, donde las funciones de la buena fe, no sólo están llamadas a cumplir un papel eminente, sino también a salvaguardar la propia idea de contrato, como expresión de la ‘autonomía privada’, puesto que la buena fe no se opone a ésta, sino que viene en su ayuda, integrando la relación jurídica, no verificando un juicio formal de adecuación a la ley, como algunos han pretendido. Efectivamente, lo que sucede actualmente es que hay casos, en que la ‘autonomía privada’ no está confirmada, no pudiéndose hablar entonces, de ‘libertad contractual’ más que en sentido formal, pues bien, en estos casos, la buena fe impone, generalmente una de las partes, un deber de ‘información’ en beneficio de la otra, o concede un ‘plazo’ para que pueda manifestarse el verdadero consentimiento, o para que tenga lugar el desistimiento. Lo mismo pasa con las cláusulas abusivas en las ‘condiciones generales’ o en los ‘contratos-tipo’, puesto que el criterio de la buena fe pone de manifiesto, con mucha más facilidad, el ‘desequilibrio de prestaciones’, haciéndolo de la manera más eficaz que la ‘causa’, cuyo defecto o ilicitud lleva necesariamente a la nulidad absoluta. En cambio, acudiendo al criterio de la buena fe, tanto las partes como el juez, gozan de una mayor libertad para reestablecer el equilibrio contractual”*⁸.

En tal sentido cabe citar al Dr. Alterini quien expone: *“En la realidad negocial moderna se exige que haya comportamiento de buena fe desde que las partes entraron en conversaciones con miras a la celebración de un contrato, esto es desde antes de que haya sido emitida una oferta, en el curso de los denominados pourparlers.*

“Las partes deben actuar de buena fe durante la ejecución del contrato, el cual genera obligaciones secundarias pues las vincula con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior, a las prácticas establecidas entre las partes (introduce la idea de observancia de las pautas comerciales razonables de buena fe.), a los usos si no han sido excluidos expresamente y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte.

“El contrato también debe ser interpretado de buena fe, a cuyo fin se asigna especial relevancia a lo que ha sido común intención de las partes antes que a la literalidad de lo manifestado; al sentido que razonablemente hubiera atribuido a la manifestación de una de las partes una persona en la situación y de las condiciones de la otra; a la existencia de diferencias significativas en el poder de negociación relativo de cada una de las partes; a la relación de equivalencia de las contraprestaciones si el contrato es a título oneroso.

“Son frecuentes los denominados contratos neoclásicos, que tienen una ‘trama relacional’ en la que ‘las partes mantienen su autonomía pero son bilateralmente dependientes en un

grado significativo', e incluyen mecanismos elásticos especiales de adaptación para el caso de producirse alteraciones imprevisibles.

“Rigen también las teorías de la frustración de la finalidad del contrato, de la excesiva onerosidad, de la excesiva onerosidad sopravvenuta, de la sopravvenienza, del sconvolgimento, del change of circumstances, de la imprevisión, de la lesión sobreviniente, del bouleversement, del hardship, o del Wegfall der Geschäftsgrundlage. Los contratantes se obligan a procurar ponerse de acuerdo para adecuar el contrato a nuevas circunstancias de orden económico, técnico, comercial, etcétera, y quedan por lo tanto autorizadas a requerir su revisión periódica, mediante ‘una cláusula rebus sic stantibus perfeccionada’ (que deriva de la regla de buena fe) porque ‘pacta sunt servanda, se entiende, pero rebus sic stantibus’, y se permite a la parte que sufre una situación de inequivalencia sobreviniente ‘romper el contrato y concluir otro en condiciones diferentes con otra persona’, lo cual significa, en esencia, que ‘el contrato intangible deja lugar al contrato evolutivo’”⁹.

b. Excesiva onerosidad y acontecimiento imprevisible

La “excesiva onerosidad” requerida en la segunda parte del texto legal para acceder a la teoría en estudio debe ser evaluada con prudencia, pues se trata de una cuestión de hecho a la cual habrá que abordar con ciertas pautas destinadas a medir -básicamente- las ventajas y sacrificios recíprocos a cargo de las partes al inicio de la contratación. Porque si esa “excesiva onerosidad” o “desequilibrio de las prestaciones” o “sacrificio desproporcionado” de una de las partes es *ab initio*, la cuestión podría ampararse en la lesión o abuso del derecho, pero no en este artículo¹⁰.

Precisó muy bien el doctor Belluscio que la teoría de la imprevisión -con matices objetivos- alude a la excesiva onerosidad de las prestaciones establecidas en los contratos en relación a las obligaciones debidas por la otra parte, pero no a las que resultan de las condiciones patrimoniales del deudor, es decir, de su empobrecimiento o del aumento de sus erogaciones¹¹.

Independientemente de todas las reglas que es dable utilizar, podemos concluir diciendo que la comparación de la onerosidad de las prestaciones es intrínseca a la propia relación contractual y que allí se va a encontrar la mutación sufrida por una prestación en relación con la otra, que excede las fluctuaciones que se pueden considerar normales para ese tipo de negocios.

Esas fluctuaciones cuyos efectos han producido una “excesiva onerosidad”, deben provenir de “acontecimientos extraordinarios e impredecibles”.

Hablar de “acontecimiento” en la esfera normativa es hablar de un hecho jurídico (art. 896 C.C.), no incluyéndose el hecho o acto propio, para tomar la prestación excesivamente onerosa actuando con dolo o culpa -según la idea de Messineo-¹², cuyas connotaciones están determinadas por el art. 513 C.C..

Para que ese “acontecimiento” sea relevante, deben coincidir simultáneamente e indefectiblemente dos calidades: la extraordinariedad y la imprevisibilidad; una sola de ellas no es suficiente como antecedente.

c. La mora

El último apartado del art. 1198 condiciona la procedencia del instituto a la inexistencia de mora del peticionario perjudicado.

La fuente inmediata de la norma -ya señalada- es la recomendación 15 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que la aprobó estando aún vigente el art. 509 C.C. En su antigua redacción no preveía como principio general la mora automática y llegó con esta forma al texto legal, pero se la debe interpretar ahora relacionando la nueva redacción de ese art. 509 C.C..

El principio general fijado por el art. 513 C.C., establece que el deudor moroso responde por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que su mora no sea la causa del daño producido, tal como lo fija el art. 892 C.C..

En idéntico sentido cabe interpretar la noción de mora en el art. 1198, cuando la mora del perjudicado haya sido irrelevante para la excesiva onerosidad de la prestación a su cargo, por ser otra la causa de esa excesiva onerosidad, que se hubiera dado independientemente de la mora, o sea que no existiera relación de causalidad ¹³.

d. Resolución o revisión

La concurrencia de las circunstancias que permiten la aplicación de la teoría de la imprevisión, autoriza, según el texto de la ley, a que el perjudicado demande la resolución del contrato, y ese mismo texto ofrece la posibilidad al demandado de impedir esa resolución, ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

Existe una corriente doctrinal y jurisprudencial que interpreta exegéticamente el art. 1198 C.C., sosteniendo que “lo peculiar de la teoría de la imprevisión es que la rescisión alegada por el perjudicado puede ser sustituida a instancias de la otra parte por la revisión del convenio”, agregando que “la revisión no constituye una opción del contratante perjudicado, quien carece de acción para imponerla a la otra parte” ¹⁴.

En sentido contrario, ampliando la legitimación del perjudicado para solicitar la revisión o el ajuste del contrato, ya que la interpretación literal de la ley es como sostienen Enneccerus y Nipperdey, “*enemiga mortal de la verdadera ciencia jurídica*”, se han pronunciado J. Mosset Iturraspe, A.M. Morello, A. Tróccoli, A.G. Spota, J.J. Casiello, A.A. Alterini y R. López Cabana ¹⁶.

La postura que se adscribe a la revisión está enrolada en la doctrina que considera al juez como un servidor del bien común político y que exige la concurrencia en el contrato de la justicia correctiva ya argüida por Aristóteles, y que demanda, en rigor de verdad, el equilibrio de las prestaciones. Sin entrar ahondar en el sustrato teórico que fundamenta esta posición, podemos apoyarnos por un lado, en el espíritu de la reforma para propiciar la admisión de una acción directa de revisión por el perjudicado ¹⁷ y por el otro, porque “*ello no está prohibido, y quien puede pedir lo mas que puede también pedir lo menos, a lo cual también se agrega el argumento fundamental de que esta solución favorece el principio superior de la conservación de los contratos*” ¹⁸.

La acción de reajuste se fundamenta, además, en los principios generales de nuestra legislación civil, y guarda analogía con los arts. 656, 954, 1069, 1633, 1638, 2056, etc., C.C..

La Corte Suprema de Justicia, orientada hacia la interpretación integral o constructiva de la ley, ha precisado que la aplicación de la teoría de la imprevisión ofrece como solución la revisión judicial, para repartir equitativamente entre las partes el riesgo sobrevenido, atendiendo a lo que ellas convinieron al comienzo y eliminando las estridencias o exorbitancias de la desproporción entre las prestaciones.

Además ha considerado que la interpretación literal -nada más que resolución- “puede rematar en un supuesto de exceso ritual que no se compadece con el adecuado servicio de la justicia. Acontece que tal aplicación del art. 1198, 2° ap., puede exceder los límites que impone la bien entendida tutela que privilegian garantías de los arts. 17 y 18 de la C.N., pues no parece necesaria la frustración del negocio si económica y jurídicamente, es posible su salvación” ¹⁹.

“El principio de conservación es un mandato de optimización de la autonomía privada”.

“Ello significa que es un principio jurídico, de modo que su aplicación obliga a un juicio de ponderación tendiente a lograr su máxima satisfacción. Para lograrlo es preciso tener en cuenta que se basa en la autonomía privada, en tanto que es ley para las partes y se trata de mantenerla frente a las alternativas que producen su ineficacia. Desde este punto de vista está fundado en la seguridad jurídica y en la buena fe-lealtad”.

“La aplicación no está encaminada a mantener el contrato por sí mismo, sino a lograr que se obtenga el resultado económico previsto, manteniendo el reparto de riesgos que las partes han realizado. El juez ayuda a los contratantes a superar algunos supuestos de elaboración defectuosa del acuerdo (error-lesión), de ineficacia (nulidad), de acontecimientos externos no previstos (imprevisión), o el propósito práctico en el caso de la defensa del consumidor frente a las cláusulas abusivas”.

“El principio de conservación del contrato se utiliza en la esfera de los efectos (función), y tiene aplicaciones en el campo de la interpretación, integración y prueba”.

“En los últimos años se ha observado una generalizada aplicación del principio, pero es necesario prevenir contra su invocación automática. No siempre es bueno conservar el contrato ni lograr que este produzca sus efectos. Por el contrario, la lógica contractualista del siglo XIX era la contraria, ya que frente a eventos desquiciantes se prefería la extinción (por ej., la regulación de la imposibilidad absoluta de cumplimiento, y de los efectos del caso fortuito -arts. 888 y 513 C.C. -). El movimiento intervencionista autoriza al juez a entrar al contrato y revisarlo, mantenerlo y adaptarlo, e incluso se ha llegado a transformar esa excepción en regla: ‘primero la revisión y si no es posible, la extinción’. Pero ello no es defendible en todo tipo de contratos, ya que las partes pueden preferir desvincularse antes de mantener un vínculo antieconómico” ²⁰.

La teoría de la imprevisión y las contingencias económicas

Como se ha señalado, la incorporación al texto legal proviene del año 1968, pero su aplicación se exteriorizó especialmente al tiempo de las vicisitudes económicas sufridas en nuestro país.

Año 1975

El año 1975 trajo aparejado un fenómeno que pudo ser calificado como hecho del príncipe “que superó las oscilaciones previsibles conmoviendo las bases negociales en forma exponencial”.

Ese año marcó una época de gran distorsión inflacionaria, y entre los contratos afectados se hallaba -precisamente- los de mutuos concertados con tasa compensatoria fija, donde el acreedor recibía como devolución del préstamo importes groseramente desactualizados en relación al valor de la moneda comparados con cualquier indicador económico. Comienzan así a producirse los pronunciamientos judiciales que reconocen este desfase cuando los intereses pactados no compensaban mínimamente la depreciación del dinero ²¹.

Por estas razones se comenzó a implementar en toda contratación la incorporación de sistemas de ajuste que remitían a índices internos, restringiendo así la posibilidad de recurrir al remedio del art. 1198 C.C., actualización e índices prohibidos por ley 23.928, prohibición que subsiste pese a la derogación de tal ley.

Los fallos jurisprudenciales habían aceptado que el mutuo perfeccionado mediante la entrega de divisa extranjera, o de moneda de curso legal equivalente a una determinada cantidad de moneda extranjera, no admitía la aplicación de la norma en cuestión, ya que el pago debía ser realizado de la misma forma en la que fue recibido, puesto que de lo contrario se produciría un empobrecimiento del acreedor.

La clave a indagar era si efectivamente el mutuo fue concertado y concluido mediante la entrega de moneda extranjera. En ese caso, la onerosidad no concederá excesivas ventajas a favor de una de las partes en perjuicio de la otra. Esa onerosidad resultará de la devaluación de la moneda nacional, pero ello no produce un beneficio extra para el acreedor, que sólo ha de recibir lo convenido, aunque para lograrlo el deudor deba aportar una mayor cantidad de moneda de curso legal ²².

Si el mutuo se perfeccionó en moneda de curso legal y se utilizó la divisa extranjera como pauta de estabilización, podría ser aplicable la teoría de la imprevisión, como era opinión coincidente de la doctrina y jurisprudencia, cuando se daban las circunstancias especiales^{23 24}.

En el período previo a 1991 una primera distinción para abordar el tema era determinar si la divisa extranjera había constituido la moneda del contrato, o que se hubiera empleado la cotización de esa divisa como pauta de actualización²⁵.

Ambas modalidades, si bien válidas (para la primera bastaba con remitir al art. 617 del C.C.), a los efectos de la invocación de la imprevisión funcionaban de manera distinta: mientras en el segundo caso se puede admitir la revisión del contrato si se dan los demás requisitos del art. 1198 C.C., ello no acaece en la primera hipótesis, pues de otro modo se producirá un empobrecimiento del acreedor.

Lo que debía -en última instancia- dilucidarse era si el mecanismo pactado había excedido notoriamente la función de preservación del valor de lo debido, comparando el aumento de la cotización de la divisa elegida y su desproporción con relación a los índices destinados a medir la depreciación de la moneda de curso legal. Esta contingencia se presentó en 1981, cuando a partir del 6 de febrero de ese año se alteró la llamada “tablita cambiaria” en forma inesperada e imprevisible. Durante los meses siguientes las prestaciones fueron “excesivamente onerosas”, pero el acontecer ya no era imprevisible.

En consecuencia, la aplicación del art. 1198 en estos supuestos se subordinó -además de a las condiciones generales de procedencia- al análisis del momento del inicio de cada contrato cuestionado²⁶.

El fuero comercial fue aun más estricto en calificar la imprevisibilidad, basándose en un presunto deber de operar con mayor previsión por parte del comerciante.

Lo expuesto no se aplicaba a las compraventas de bienes en el extranjero, dado que no puede influir sobre la moneda elegida las oscilaciones de nuestro mercado como para alterar las condiciones negociales, ya que no se impondrán situaciones locales en perjuicio del productor o exportador extranjero²⁷.

La ley de convertibilidad puso fin a este debate y a esta diferenciación en tanto autorizó la contratación en todo tipo de divisa extranjera, como moneda del contrato, prohibiendo -como hemos expuesto- cláusulas de ajuste o estabilización.

La jurisprudencia fue renuente en un primer momento a considerar esa inflación como imprevisible, basada en que las inopinadas medidas gubernamentales tomadas en junio de ese año constituyeron un acontecimiento extraordinario, pero no un cambio imprevisible, haciendo hincapié -con diferentes matices- en que hubo antecedentes similares en 1958, que imponían a los contratantes obrar con cuidado y previsión.

La tendencia se fue modificando, haciendo lugar a la teoría de la imprevisión, ya que ni el hombre común, ni el comerciante, ni el especialista estaban en condiciones de representarse la gravedad de los hechos.

La Corte Suprema de Justicia permitió la apertura de un recurso, por no haberse ponderado la magnitud de la inflación de 1975²⁸.

Año 1981

El año 1981 nuevamente marca la génesis del hecho del príncipe que fundamenta la aplicación de la teoría.

“Evidentemente, lo acaecido en 1975 por los alcances generalizados que tuvo en toda la economía argentina no es asimilable al cambio en la política cambiaria oficial, pues mientras aquel se proyectó negativamente en todo los sectores económico-sociales del país, alterando y trastornando todas las expectativas de los argentinos, el cambio de política cambiaria de 1981 tiene únicamente efectos -dentro del ámbito contractual y, por lo menos, en forma inmediata- sobre los contratos celebrados en moneda extranjera cuyas obligaciones de pago aún se encontraban pendientes”²⁹.

En esta oportunidad, existe un desplazamiento en el perjuicio, que recae no sobre vendedores, locadores o acreedores, sino sobre adquirentes, locatarios o deudores, que hayan concertado negocios en divisa norteamericana.

Año 1989

Lo sucedido desde febrero 1989 merece un análisis particularizado, dada la aceleración de todos los factores en juego: políticos, económicos, sociales y aun psicológicos.

Nuestra inflación estructural, instalada en el país y en la expectativa personal de cada habitante, llevaba a conocer que en determinados periodos ella sufría altibajos importantes, que con la experiencia acumulada eran sobrellevados sin que se pudiera alegar la imprevisión.

Sin embargo, excedió cualquier previsión -aun la más diligente- el valor que llegó a cotizar la divisa extranjera desde febrero hasta mediados de este año 1989.

Esto determinó que en el Tercer Encuentro de Abogados Civilistas, desarrollado en agosto de 1989, en Santa Fe, se llegara a la siguiente conclusión: “La hiperdevaluación sucedida a partir de febrero de 1989 reviste los caracteres de extraordinaria e imprevisible, y puede dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión si se cumplen los demás requisitos”.

Como lo afirma esta conclusión, deben concurrir los demás requisitos, y nos ocupa especialmente, en este caso, si existió “excesiva onerosidad”.

Para ello es necesario comparar la prestación en moneda extranjera con el objeto del contrato, y si su valor, a la fecha del cumplimiento, creció en la misma proporción según los precios de plaza o el ajuste por índices internos.

Años 2001-2002.

La crisis de los años 2001-2002 significó un punto de inflexión de suma importancia.

La compleja realidad social llevó al dictado de una profusa legislación de emergencia, que en numerosas situaciones modificó las condiciones pactadas.

La ley 25.561 de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario sancionada el 6/1/02 implica el final de la convertibilidad y declara en el art. 1^a la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria.

Esta ley dedica el Título IV a lo que denomina “Reestructuración de las obligaciones afectadas” por el nuevo régimen en el Capítulo III, las derivadas de contratos entre particulares, no vinculadas al sistema financiero.

El art. 11 de la ley prevé: “Las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidas a normas de derecho privado, pactados en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecido cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, quedan sometidas a la siguiente regulación: 1) las prestaciones serán canceladas en pesos a la relación de cambio un peso (\$ 1) = un dólar estadounidense (US\$ 1), en concepto de pago a cuenta de la suma, que en definitiva, resulte de los procedimientos que se establecen seguidamente; 2) las partes negociarán la reestructuración de sus obligaciones recíprocas procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el art. 2° de la presente ley, durante un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días. Acordadas las nuevas condiciones, se compensarán las diferencias que, eventualmente, existan entre los pagos dados a cuenta y los valores definitivamente acordados; 3) de no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en las respectivas jurisdicciones y ocurrir ante los tribunales competentes para dirimir sus diferencias. En este caso, la parte deudora no podrá suspender los pagos a cuenta ni la acreedora negarse a recibirlos. El Poder Ejecutivo Nacional queda facultado a dictar las disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del art. 1198 del C.C., y el principio de esfuerzo compartido”.

“De esta manera se optaba por desplazar los efectos de esos contratos hacia delante, en un plazo de ciento ochenta días e imponía a las partes la negociación individual de los mismos. No obstante los límites eran evidentes, pues además de paralizarse la dinámica de los contratos, se mandaba a cancelar en moneda nacional obligaciones contraídas válidamente en moneda extranjera y se prohibía para los nuevos contratos pactar cláusulas de estabilización”.

“El decreto 214/2002 del Poder Ejecutivo profundiza la intervención del Estado porque pesifica todas las obligaciones contraídas en moneda extranjera y deroga la obligación de renegociar que imponía la ley”³⁰.

Eliminó los condicionantes del art. 11 de la ley 25.561 como resulta del art. 8°:

“Las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero, expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, se convertirán a razón de un dólar estadounidense (US\$ 1) = un peso (\$ 1), aplicándose a ellas lo dispuesto en el art. 4° del presente decreto. Si por aplicación de esta disposición, el valor resultante de la cosa, bien o prestación, fuere superior o inferior al del momento de pago, cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio. En el caso de obligaciones de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido este reajuste podrá ser solicitado anualmente, excepto que la duración del contrato fuere menor o cuando la diferencia de los valores resultare notoriamente desproporcionada de no mediar acuerdo a este respecto, la justicia decidirá sobre el particular. Este procedimiento no podrá ser requerido por la parte que se hallare en mora y ésta le resultare imputable. Los jueces llamados a entender en los conflictos que pudieran suscitarse por tales motivos, deben arbitrar medidas tendientes a preservar la continuidad de la relación contractual de modo equitativo para las partes”.

Se ha incorporado en forma expresa la posibilidad -ya admitida por la jurisprudencia anterior- de que el reajuste pueda ser solicitado por cualquiera de las partes y la que constituye una modificación de suma importancia: la facultad atribuida a los jueces, de incidir en la búsqueda de una solución más equitativa, a través del esfuerzo compartido.

La jurisprudencia de nuestros tribunales tomó diversos caminos frente a esta legislación, discriminando:

1. Mora anterior a la legislación de emergencia:

La declaran inaplicable (no se expiden sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad) y en consecuencia ordenan pago en moneda de origen³¹.

2. Mora posterior a la legislación de emergencia.

a) Declaran la inconstitucionalidad y pago en moneda de origen³².

b) Declara la inconstitucionalidad y aplica esfuerzo compartido³³.

c) Declaran la constitucionalidad y aplica esfuerzo compartido³⁴.

3. No discrimina mora anterior o posterior a la legislación de emergencia, en ambos casos, aplica esfuerzo compartido. Tampoco se expide sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad³⁵.

En este estadio es importante subrayar que la ley 25.820 sancionada en noviembre de 2003 sustituye el art. 11 de la ley 25.561, estableciendo en su primera parte:

“Las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero existentes al 6 de enero de 2002, expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, haya o no mora del deudor, se convertirán a razón de un dólar estadounidense (US\$ 1) = un peso (\$ 1), o su equivalente en otra moneda extranjera, resultando aplicable la normativa vigente en cuanto al coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) o el coeficiente de variación de salarios (CVS) o el que en el futuro los reemplace según sea el caso”.

En suma, constituye una conjugación de la doctrina del art. 11 de la ley 25.561 y el decr. 214/2002, ampliando la pesificación a las obligaciones de dar sumas de dinero, *haya o no mora del deudor*.

Con el transcurso del tiempo prácticamente la totalidad de las resoluciones judiciales se inclinaron por hacer lugar al esfuerzo compartido estableciendo que se pesificaba el crédito a \$ 1 más el 50% de la diferencia entre el valor y el precio de mercado de la divisa estadounidense³⁶.

No existía pronunciamiento de la Corte Suprema que avalara o reemplazara esa corriente jurisprudencial.

Es recién con posterioridad a la sanción de las leyes 25.798 y 26.167 que define su posición.

La ley 25.798 modificada por la ley 25.908 intenta ser una herramienta dirigida a la protección de la vivienda, al crear un sistema de refinanciación de deudas con garantía hipotecaria creando un fideicomiso que adquirirá los créditos en mora posibles de ser ejecutados y pagará con bonos a los acreedores. El requisito inicial para acceder es que el deudor sea persona física o sucesión indivisa y que la vivienda sea única y familiar, calificando como mutuos ilegibles aquellos que no superen los \$ 100.000 y que el dinero solicitado haya sido utilizado para la adquisición, mejora, construcción y/o ampliación de vivienda, o la cancelación de mutuos constituidos originalmente para cualquiera de los destinos mencionados, siempre que se haya incurrido en mora entre el 1º de enero de 2001 y 11 de septiembre de 2002.

La ley 25.798 recibió numerosas y coincidentes críticas de la doctrina, referidas tanto a su invalidez constitucional como a su notoria desprolijidad, deplorable técnica legislativa e imprevisión³⁷.

Esta tacha de inconstitucionalidad encontró eco en la justicia, que en forma prácticamente unánime así lo resolvió³⁸.

Similar criterio adoptó la jurisprudencia al interpretar la ley 26.167, sancionada en noviembre de 2006, cuyo objetivo exterioriza: “Aclárese e interprétase la aplicación del conjunto normativo de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria declarada por la ley N° 25.561 sus modificatorias, complementarias, prórrogas y aclaratorias, inclusive la ley N° 25.798 -Sistema de Refinanciación Hipotecaria-, sus modificatorias y prórrogas. Establécese un procedimiento especial, en protección de los deudores de obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en origen en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras. Requisitos. Procedimiento especial. Interpretación y aplicación del Fondo Fiduciario-ley N° 25.798. Disposiciones Generales. Vigencia”.

El texto legal reitera los requisitos de la ley 25.798 que deben reunir los mutuos para acceder al régimen y establece un procedimiento especial para la determinación de la deuda y, lo que guarda relación específica con el tema que nos ocupa es la facultad de la determinación de la deuda por el juez, establecida por el art. 6º: “En función de la conversión a pesos y el reajuste equitativo establecido en el artículo 11 de la ley N° 25.561 (conforme art. 3º de la ley N° 25.820) y en el art. 8º del decr. N° 214/02, y la actualización por el coeficiente de variación de salarios dispuesta en el art. 4º de la ley N° 25.713 (conforme art. 1º de la ley N° 25.796), la determinación de la deuda por el juez no podrá exceder el cálculo que surge de la conversión de un dólar estadounidense, o su equivalente en otra moneda extranjera, a un peso (US\$ 1 = \$ 1), más el 30% de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar estadounidense a la fecha en que se practique la liquidación. A la suma resultante deberá adicionársele un interés cuya tasa no podrá ser superior al 2,5% anual por todo concepto, desde la mora hasta su efectivo pago. Queda expresamente prohibida la capitalización de intereses”.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El 15 de marzo de 2007 la Corte Suprema de Justicia dicta el fallo que ha de resultar paradigmático³⁹.

Se trata de un mutuo hipotecario entre particulares en el cual los deudores recibieron U\$S 13.000 destinados a adquirir una vivienda única y familiar, cumpliendo el mutuo con la totalidad de requerimientos legales.

El pronunciamiento dejó sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del régimen de refinanciación hipotecaria que habían declarado el juez de Primera Instancia y confirmado la Cámara Nacional de Apelaciones.

En lo esencial dispone: “En las ejecuciones de mutuos hipotecarios celebrados entre particulares en divisa extranjera y por un monto inferior a los \$ 100.000, en los que el deudor tenga comprometida su vivienda única y familiar, el reajuste equitativo de las prestaciones al que se refiere el art. 11 de la ley 25.561 (ADLA, LXII-A, 44) no podrá exceder el cálculo que surge de la conversión de un dólar a un peso más el 30% de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar a la fecha en que se practique la liquidación, debiendo adicionarse un interés que no sea superior al 2,5% anual por todo concepto, desde la mora hasta su efectivo pago, ello por aplicación de lo previsto en el art. 6° de la ley 26.167”.

“La aplicación de las pautas establecidas en el art. 6° de la ley 26.167 a efectos de determinar el monto de la deuda resultante de un mutuo hipotecario celebrado entre particulares en divisa extranjera y por un monto inferior a los \$ 100.000 en el que el deudor tenga comprometida su vivienda única y familiar, revelan que el legislador optó por proteger en mayor medida a los deudores hipotecarios cuyos hogares estuviesen en riesgo de ser ejecutados como consecuencia de la crisis económica, y tal decisión resulta coherente con el art. 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto contempla la protección de la familia y el acceso a una vivienda digna”.

Considera que “ los acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más graves en la historia contemporánea de nuestro país, constituyen hechos públicos y notorios que fueron reconocidos por el Tribunal en oportunidad de pronunciarse en Fallos 327:4495; 328:690 y en la causa M.2771.XLI “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - decr. 1570/01 y otro s/ amparo - ley 16.986”, fallada el 27 de diciembre de 2006.

“Que tales acontecimientos condujeron a que el 6 de enero de 2002 el Congreso de la Nación, en uso de las atribuciones que le confiere el art. 76 de la Constitución Nacional, sancionara la ley 25.561 y declarara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. En ese marco delegó en el Poder Ejecutivo Nacional -hasta el 10 de diciembre de 2003- la facultad de ‘reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario...’ y lo autorizó para establecer la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, así como para dictar regulaciones cambiarias (arts. 1° inc. 4, y 2°); atribuciones que fueron prorrogadas sucesivamente hasta el 31 de diciembre de 2007 por las leyes 25.820, 25.967, 25.972 y 26.204”.

Guarda especial relación con el tema de la adecuación de los contratos y la aplicación de la teoría de la imprevisión lo expuesto en el voto de los Dres Lorenzetti y Zaffaroni: “Que la resolución del conflicto requiere una extrema prudencia para ponderar tres aspectos: En primer término, el derecho creditorio cuya fuente es un contrato, tutelado por la Carta Magna. En segundo lugar, la normativa de emergencia fundada en leyes aplicables al caso. Por último, la protección de la buena fe como orden público que permite la revisión del contrato frente a circunstancias sobrevinientes que lo desequilibran, tanto en su objeto como en su finalidad. En este sentido, debe ser considerado el especial supuesto que aquí se presenta, que requiere valorar la protección de los consumidores, como parte débil, y la de la vivienda familiar”.

“El fuerte resguardo de la posición contractual del acreedor fortalece la seguridad jurídica y es una sólida base para la economía de mercado. La historia de los precedentes de esta Corte muestra que hubo una postura demasiado amplia respecto de las restricciones admisibles (ver causa M.2771.XLI “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - decr. 1570/01 y otros s/ amparo ley 16.986” ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti), que es necesario corregir porque sus efectos institucionales han sido devastadores. La normativa de emergencia presenta numerosas objeciones en cuanto al estricto control procedimental y sustantivo de constitucionalidad que debe hacer esta Corte. Sin embargo, una hermenéutica integradora y

preservadora del ordenamiento jurídico debería evitar la declaración de inconstitucionalidad -solución extrema- si existe, como en el caso, un modo menos gravoso para solucionar la controversia”.

“En el presente caso, se trata un contrato que ha sido desquiciado por circunstancias sobrevinientes, y por consiguiente es revisable tanto por la acción basada en la imprevisión contractual, como por la frustración de su finalidad o el uso abusivo del derecho. Esta recomposición sería similar a la que ha establecido la jurisprudencia de los tribunales y el propio legislador, razón por la cual debe adoptarse una solución que permita, de una sola vez, lograr una recomposición equitativa del vínculo contractual. Esta decisión excepcionalísima y propia de un caso de gravedad institucional, es justa para las partes, porque es el resultado al que finalmente llegarán luego de dos procesos, uno de ejecución y otro de revisión”.

Y agregan:

“Desde la posición del deudor, surge con claridad que los efectos de estas medidas afectaron las bases sobre las cuales el contrato fue celebrado produciendo un desequilibrio en las relaciones de cambio. Si bien es correcto que el deudor moroso soporta el daño moratorio (art. 508 del Código Civil), intrínseco a la obligación, también lo es que puede cargar con la totalidad del perjuicio derivado del cambio económico e institucional que produce la pesificación. Ello es así sobre todo porque la ley vigente (ley 25.820), al declarar que se aplica a las obligaciones en mora, neutralizó, para este supuesto, el carácter que el Código Civil adjudicó a ese estado como elemento de traslación de los riesgos del caso fortuito (art. 513 del Código Civil). También debe tenerse en cuenta que si el perjuicio derivado del cambio de circunstancias que las partes tuvieron en cuenta al celebrar el contrato, sólo es soportado por el deudor, se consagraría una regla de reparto asimétrica. Por esta razón, el argumento de la protección de la expectativa del acreedor, si bien es ajustado a derecho, encuentra su límite en la imposibilidad relativa sobreviniente. En estos supuestos, el Código Civil prevé la acción de revisión (art. 1198 del Código Civil), mediante la cual el juez está autorizado a recomponer la reciprocidad obligacional que condujo a las partes a contratar y que fuera desquiciada por causas extraordinarias e imprevisibles. En este aspecto, la acción de reajuste prevista en la ley de emergencia (ley 25.561) no es más que una aplicación particularizada de esta regla general y por lo tanto es también constitucional al ajustarse al estándar del derecho común”.

Dicho voto da respuesta al interrogante sobre la posibilidad de invocar la teoría cuando existe una cláusula convencional expresa que lo prohíbe. Así sostienen: “Que el referido hecho ha producido una excesiva onerosidad de las prestaciones, destruyendo la relación de equivalencia, por lo cual resulta aplicable el instituto de la ‘excesiva onerosidad sobreviniente’ (art. 1198 del Código Civil), invocado en forma oportuna por la demandada, por lo que cabe examinar cuál es el criterio más adecuado para recomponer el equilibrio contractual en el presente caso. La cláusula convencional que prohíbe invocar la imprevisión es, en este excepcional caso, inoponible, toda vez que se trata de un contrato que puede ser calificado dentro de una relación de consumo fácilmente identificable, así como un supuesto de afectación de derechos fundamentales, lo cual permite su declaración de abusividad”.

En síntesis, el fallo en análisis admite la constitucionalidad del régimen de emergencia y la posibilidad de aplicar el reajuste de las prestaciones y lo que es sustancial, -reiterando- la facultad de los jueces para fijar la adecuación ⁴⁰.

Esta facultad se hace presente en la jurisprudencia de la Corte, posterior al mencionado caso “Rinaldi”.

En sincronía cabe señalar a título ejemplificativo lo resuelto en los autos: “Longobardi, Irene G. y otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio”, donde no estaba en juego la vivienda única y familiar ni se trataba de un mutuo de hasta \$ 100.000, supuesto previsto por la ley 26.167.

La opción de la Corte fue la de distribución proporcional del esfuerzo patrimonial mandando convertir a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso un dólar estadounidense, más el 50% de la brecha en el mercado libre de cambio, tipo vendedor,

del día en que corresponde efectuar el pago, salvo que la utilización del coeficiente de actualización previsto en las normas de emergencia arroje un resultado superior, con mas tasa de interés del 7,5 % anual ⁴¹.

En los autos: “Fecred S.A. c/ Mazzei, Ovaldo Daniel y otro”, el voto de la mayoría declara precedente la aplicación de la doctrina del esfuerzo compartido” para restaurar la equidad y la paridad contractual, perdida en virtud de la emergencia económica, en mutuo hipotecario por U\$S 180.000, en el que estaba en juego la vivienda única y familiar del deudor hipotecario. Por ello concluyen en condenar a los demandados -por aplicación del principio del esfuerzo compartido- a pagar a la acreedora la suma que resulte de transformar a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense, más el 40% de la brecha que exista entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio, tipo vendedor, del día en que corresponda efectuar el pago, con más una tasa de interés del 7,5% anual entre moratorios y punitivos ⁴².

Conclusiones

Lo hasta aquí reseñado permite extraer dos órdenes de conclusiones. Una referida estrictamente a las condiciones que permiten la aplicación de esta teoría.

“1. El hecho jurídico debe tener las características de: ajeno, imprevisible, inevitable y sobreviviente; 2. los efectos se deben producir en la etapa de ejecución o cumplimiento; 3. la alteración es en la base del negocio; 4. los acontecimientos extraordinarios son hechos notorios a partir de enero del 2002 y afectaron a los contratos ajustados en moneda extranjera o en pesos cuando el componente de su costo provenía de elementos importados; 5. en cada caso se debe acreditar la desproporción, pues si bien la directiva legal es recomponer el negocio sobre el esfuerzo compartido, es facultad de los jueces concretar la forma de restaurar las prestaciones y 6. debe buscarse la conservación del contrato antes que su rescisión” ⁴³.

La otra, vinculada a la tarea del juez ante el conflicto que es algo inherente a la convivencia y una de las razones de ser del derecho, como instrumento para poner final razonable a las controversias.

Se trata que los ciudadanos sepan que sus conflictos van a tener “una solución” (*la que sea*), decretada por un juez verdaderamente neutral e independiente. Y no hace mucho, el maestro Luis Diez-Picazo dijo, a mi juicio, con finura y realismo, que el derecho no es para hacer a los hombres mejores o más felices, sino para pacificar la convivencia y hacerla más llevadera.

La sociedad puede y debe esperar es que el “mundo de los juristas” no sea, en cada uno de ellos, una peripecia vital, ni una profesión, y ni siquiera una serie de bienintencionadas ilusiones, sino un “factor” de soluciones guiadas por la búsqueda de una convivencia armónica. *Soluciones* en las que la libertad y la igualdad hagan posible la justicia; éste es el género próximo del que aquéllas (la libertad y la igualdad) son las dos especies que lo integran ⁴⁴.

NOTAS:

¹ Juan José CASIELLO, en “Memorando de la reforma civil de 1968”, L.L. del 28/11/08.

² Juan José CASIELLO, ob. cit..

³ *Proyecto de Código Civil*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

⁴ *Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por decr. 468/1992*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

⁵ Orden del día N° 1322. Comisión de Legislación General. Honorable Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias, 1993.

⁶ Lily FLAH y Miriam SMAYEVSKY, *Teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, pág. 46.

⁷ Augusto M. MORELLO, “Examen y crítica de la reforma del Código Civil”, t. III, *Contratos reales. La buena fe en los contratos*, La Plata, Platense, 1974, pág. 89.

⁸ José L. DE LOS MOZOS, “La exigencia de la buena fe en el tráfico comercial moderno”, en *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje al Prof. Atilio A. Alterini*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 879.

- ⁹ Atilio A. ALTERINI, “Los pilares del contrato moderno”, L.L. 2008-C-108.
- ¹⁰ Lily FLAH y Miriam SMAYEVSKY, ob. cit., pág. 37.
- ¹¹ Augusto M. MORELLO y Antonio TRÓCCOLI, *La revisión del contrato*, La Plata, Platense, pág. 53.
- ¹² Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, vol. II, Buenos Aires, 1986, pág. 376.
- ¹³ Atilio A. ALTERINI - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 1988, pág. 97.
- ¹⁴ Jorge J. LLAMBIAS, *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, Buenos Aires, 1969, pág. 324 y ss. En el mismo sentido: Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, Parte General, Buenos Aires, Víctor de Zavallía, 1975, pág. 240.
- ¹⁵ ENNECCERUS - NIPPERDEY, *Parte general*, traducción B. Pérez González y J. Alguer, vol. VII, Barcelona, 1934, pág. 212.
- ¹⁶ Jorge MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, pág. 396; Augusto M. MORELLO - Antonio TRÓCCOLI, ob. cit., 1977, pág. 91; Alberto G. SPOTA, “Imprevisión contractual, lesión objetiva”, L.L. 1976-D-195; Juan J. CASIELLO, “Reajuste de saldos de precio”, L.L. 1978-B-1006; Atilio A. ALTERINI - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Cuestiones...*, ob. cit., pág. 93.
- ¹⁷ Jorge MOSSET ITURRASPE, *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, 1977, págs. 196 y 226.
- ¹⁸ Eliseo B. D. BERGERO, “Algunas reflexiones sobre la teoría de la imprevisión en la compraventa inmobiliaria”, L.L. 1979-A-660.
- ¹⁹ E.D. 99-55.
- ²⁰ Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, Parte General, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 151.
- ²¹ Lily FLAH y Miriam SMAYEVSKY, ob. cit., pág. 85.
- ²² L.L. 1988-E-28.
- ²³ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “El proceso ejecutivo y la facultad judicial de revisión de la cláusula de reajuste pactada en moneda extranjera”
- ²⁴ E.D. 99-569; E.D. 115-249.
- ²⁵ Jorge H. ALTERINI, “Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca”, L.L. 1987-E-873; Elena I. HIGHTON, *Hipoteca en moneda extranjera*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1989, pág. 17 y ss.; “Hipoteca en moneda extranjera (que es moneda pero no es dinero)”, J.A. 1988-IV-392.
- ²⁶ L.L. 1986-A-633; J.A. 1987-I-322.
- ²⁷ Lily FLAH y Miriam SMAYEVSKY, ob. cit., pág. 53.
- ²⁸ L.L. 1979-C- 605.
- ²⁹ Juan I. KRAUSE, “La devaluación monetaria, el hecho imprevisible”, E.D. 96-865.
- ³⁰ Lidia Noemí NICOLAU, “Las obligaciones de derecho privado no vinculados al sistema financiero, en el nuevo régimen de emergencia pública” en *Emergencia económica*, suplemento especial L.L., abril de 2002, pág. 45.
- ³¹ Autos: “Smith, J.V. vs. González, V.M. y o. s/ ej. hipotecaria”, 21/5/03, CNCiv., Sala A, suplemento especial L.L., “Revisión y renegociación de las obligaciones”, septiembre de 2003, pág. 85; y “Patiño Meyer, R. y o. c/ Prin, A. s/ ej. hipotecaria”, 18/6/03, CNCiv, Sala A, E.D. 9-9-2003, pág. 4.
- ³² Autos: “Cinto, Nélide”, 19/9/02, CNCiv, Sala G, J.A. 2002-IV-652.
- ³³ Autos: “Kaplinsky, F. vs. Mignorance, F.J. y o. s/ ej. hipotecaria”, 16/4/03, CNCiv., Sala G, J.A. 2003-III, fasc. 3, pág. 32 y “Ferrero Francia, F. vs. López, M. s/ ej hipotecaria”, 6/2/03, CNCiv., Sala A, “Revisión y renegociación de las obligaciones”, suplemento especial L.L., sep. 2003, pág. 95.
- ³⁴ Autos: “Barón, A.E. y o. vs. Movsicoff, F.A. y o.”, 1/7/03, CNCiv., Sala A (inédito).
- ³⁵ Autos: “Torrada, Silvina F.”, 27/12/02, CNCiv., Sala F, suplemento “Revisión de contratos”, febrero 2003, pág. 72.
- ³⁶ Autos: “Turolla, Sandra M. y o. vs. Mazzochini, Juan C. y o.”, 6/2/03, CNCiv., Sala F, L.L. 2003-C-831.
- ³⁷ Alejandro DRUCAROFF, “Una rectificación tardía e insuficiente”, L.L. 11/7/04.
- ³⁸ Autos: “Vanadia, Norma Alicia c/ Mac Dougall, Daniel Edgardo y otro”, CNCiv., Sala L, 2/7/08.
- ³⁹ Autos: “Rinaldi, Francisco A. y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal C. y otra”, L.L. 2007-B-415.
- ⁴⁰ Autos: “Grillo, Vicente c/ Sparano”, L.L. 2007-D-387; “Lama, Enrique Gustavo Tadeo c/ Jiménez, Alejandro R. y otro”, D.J. 2007-III-977; “Bezzi, Rubén A. y otro c/ Valentín, Sixto”, D.J. 2007- III-463; 14/8/07, el Dial AA3 FBD) “Baschi, Fernando c/ Quentin, Carlos”, 29/4/08; Souto de Ader, Teresa c/ Martorano, María Teresa.
- ⁴¹ L.L. 2008-D-43.
- ⁴² Ver también: “Alonso, Hernán Martín c/ Tersino, Miguel Angel”, C.S., 16/9/08.
- ⁴³ Marcelo Daniel INÍGUEZ, “Avances de la doctrina en materia de desequilibrio sobreviviente. Lo extraordinario puesto en tela de juicio”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-1, pág. 169.
- ⁴⁴ Ricardo DE ANGEL YÁGÜEZ, “El mundo del jurista: hechos, conceptos y soluciones”, L.L. 30/12/08.

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

por Luis MOISSET DE ESPANÉS

SUMARIO: I. Introducción. II. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil. III. La vieja jurisprudencia. IV. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. V. Jurisprudencia posterior al Tercer Congreso. VI. La ley 17.711: artículo 1198, 2ª parte. a. Elementos y condiciones de ejercicio. b. Actos en que encuentra aplicación. c. Acciones concedidas. VII. Ley de unificación civil y comercial (1987-1991). VIII. Proyecto de Código Civil de 1998. IX. Conclusión.

I. Introducción

Todos los Congresos Nacionales de Derecho Civil han centrado su preocupación en estudiar temas en los cuales el cambio social operado exigía introducir reformas al Código Civil. El Primero de ellos fue convocado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, por una ordenanza que data del 3 de julio de 1925, y en su artículo 1º expresa que persigue como finalidad “elaborar bases doctrinarias que signifiquen el aporte de las Universidades a los diversos problemas que plantea el progreso de nuestras instituciones civiles”¹; el autor del Proyecto, Arturo Orgaz, afirma en los fundamentos que el transcurso de algo más de cincuenta años desde la sanción del Código hace que algunas de sus instituciones hayan “debido fatalmente sufrir el influjo de las nuevas condiciones sociales”².

Lo que nosotros llamamos hoy teoría de la “imprevisión”, y otros denominan “lesión sobreviniente”, o “excesiva onerosidad”, es una figura relativamente moderna, ya que nace en las primeras décadas del siglo XX, con motivo de graves alteraciones económicas provocadas por la Primera Guerra Mundial, y los gravísimos procesos inflacionarios que luego de su finalización se desencadenaron en algunos países europeos, como Alemania, obligando a los juristas a aguzar su ingenio para buscar solución a las injusticias que introducían estos hechos en la relación contractual, al generar notorios desequilibrios entre las prestaciones intercambiadas.

Debemos recordar que desde fines del siglo XVIII se había acentuado el principio de la “autonomía de la voluntad”, es decir la libertad de las partes para establecer sus obligaciones y derechos y, prevalecía el concepto de que al interpretar el contrato era menester atenerse a la voluntad expresa de las partes.

Pero la evolución de las ideas no se detiene y los juristas advierten que el llevar a sus máximos extremos la aplicación del “*pacta sunt servanda*”, es decir el rígido y estricto cumplimiento de los pactos, puede originar gravísimas injusticias, en especial cuando se han producido graves cambios en las condiciones económicas que reinaban al momento de contratar.

Al concluir la Primera Guerra Mundial -reiteramos- se desataron en varios países de Europa agudos procesos inflacionarios, en especial en Alemania, donde la inflación alcanzó dimensiones impensadas.

Los jueces alemanes resolvieron numerosos casos que Boehmer, en su obra *El derecho a través de la jurisprudencia*, analiza detenidamente³; y en el terreno legislativo encontramos fórmulas que consagran la imprevisión, como la incluida en el Proyecto franco-italiano de Código de Obligaciones, la del Código Polaco de las Obligaciones⁴ y la incorporada posteriormente en los artículos 1467 a 1469 del Código italiano de 1942.

De esta forma el siglo XX inicia un camino que muchos denominan de “socialización” del derecho, que tiene principalmente en mira la protección de la parte más débil en la contratación. A veces se habla de una nueva aplicación del principio del “*favor debitoris*”, pero en realidad es más apropiado hablar de “favor o defensa del débil”, ya que muchas veces no es el deudor,

sino el acreedor, quien se encuentra en situación de inferioridad, como sucede en los contratos de seguro.

¿Qué repercusión tuvieron estos problemas en el pensamiento jurídico argentino?

II. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil

Queremos señalar aquí un antecedente que resulta verdaderamente precursor, y pone de relieve la atención con que los juristas de nuestro país han seguido la evolución socio-económica, procurando modernizar las normas vigentes para adecuarlas a los cambios que se iban produciendo.

En Argentina ese proceso de modernización comienza con la ya citada convocatoria, en 1925, del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y la designación, poco después, de una Comisión encargada de proyectar reformas al Código de Vélez, cuyos principales frutos se plasman en el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936. Es cierto que en ninguno de esos intentos aparece la teoría de la imprevisión, pero debe destacarse que en 1937 se reúne en Córdoba el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, para estudiar las virtudes y defectos del Proyecto de 1936, y ese Congreso, a propuesta del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, incluye como tema 19 el interrogante de si **¿conviene incorporar a la legislación civil algunos de los principios de la doctrina de la “imprevisión” o del “riesgo imprevisible”?**⁵.

La Comisión encargada de estudiar el tema, integrada por cinco destacados catedráticos de Derecho Civil⁶, formuló un despacho por el que recomendaba al Congreso de la Nación que diese “cabida a la doctrina de la imprevisión”⁷, aunque había cierta diferencia de fundamentos entre quienes lo suscribían, pues mientras el profesor Carlomagno propiciaba que se hiciese solamente una alusión a que surge del principio general de buena fe, cuya aplicación puede ser efectuada por los jueces con gran amplitud⁸, permitiéndoles no sólo rescindir el contrato o suspender su aplicación, sino también modificarlo⁹, los restantes miembros de la Comisión creían indispensable, por una razón de prudencia, tipificar la figura, determinando el carácter excepcional del precepto y, pese a la falta de antecedentes en los cuerpos legales vigentes a esa época, se inspiraban en las decisiones del Consejo de Estado francés, y en la Ley Failliot, para proponer la siguiente fórmula que, lamentablemente, no alcanzó a ser considerada: “*Cuando en virtud de haber sobrevenido acontecimientos generales y extraordinarios, que no hubieren podido ser previstos al celebrarse el contrato, las obligaciones de uno de los contratantes y la utilidad que él recibe, o la prestación del otro se encuentren en una desproporción que exceda todos los límites razonables que pudieron haber tenido en mira las partes al contratar, el Juez puede, según las circunstancias, declarar rescindido el contrato o suspenderlo temporalmente*”¹⁰.

Procuraban por esta vía fijar los elementos de la figura y sus condiciones de ejercicio, dando pautas orientadoras que al par que atendiesen a las razones de equidad que la inspiran, no vulnerasen de manera excesiva la seguridad jurídica que reclaman los justiciables.

No olvidemos que con anterioridad a la celebración del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil algunos autores argentinos, como Anastasi¹¹ y el propio Carlomagno¹², se habían preocupado de la teoría de la imprevisión, y hubo también una tesis doctoral sobre el tema¹³.

III. La vieja jurisprudencia

El Proyecto de 1936 quedó en las carpetas del Congreso de la Nación; posteriormente desde el Ministerio de Justicia de la Nación, y bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías, se elaboró el Anteproyecto de 1954, que incluyó una norma sobre la excesiva onerosidad sobreviniente¹⁴,

inspirada en la solución ya consagrada por el Código italiano de 1942, en sus artículos 1467 a 1469.

La doctrina nacional en varias oportunidades señaló la necesidad de que se incorporase al Código la teoría de la imprevisión, en especial para poner remedio a los efectos de la inflación que se había desatado a partir de 1946, y hubo algunos fallos que de manera más o menos explícita le dieron cabida, como uno de la Cámara Civil 2ª de la Capital, en el que se expresó que “el juez puede tomar en cuenta las nuevas circunstancias para fijar la posición de las partes equitativamente, al variar el medio económico y jurídico que condicionó consciente o inconscientemente el convenio”¹⁵. Nuestro maestro, Pedro León, recordaba siempre en sus clases un fallo inédito, vinculado con la obra del camino de las Altas Cumbres, en el cual se admitió el reclamo de variación en los costos provocado por el cambio de circunstancias que la inflación había provocado¹⁶.

IV. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

Esas circunstancias motivaron que el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que se reunió en Córdoba en octubre de 1961, incluyese como tema 10: “El cambio de las circunstancias y los efectos del contrato: la imprevisión y las teorías afines”¹⁷.

El tema despertó gran interés entre los miembros del Congreso; hubo una ponencia de Jorge Mosset Iturraspe¹⁸, y dictámenes preliminares -algunos extensamente fundados- de Eugenio Osvaldo Cardini¹⁹, Mosset Iturraspe²⁰, Héctor Raúl Sandler²¹, y Edgar A. Ferreyra, José Manuel Saravia y Marco Aurelio Risolía²². Se formularon también algunas “observaciones” a esos dictámenes preliminares²³, y un despacho de la Comisión definitiva que fue votado por amplia mayoría, convirtiéndose en la Recomendación N° 15²⁴, cuyo texto fue adoptado sin modificaciones por la ley 17.711, en 1968, como un agregado al artículo 1198²⁵.

Hubo, es cierto, un despacho en disidencia, suscripto por Risolía²⁶, que a lo largo del debate recibió la adhesión de otros tres congresales: Abelenda²⁷, Vernengo Prack²⁸ y Guaglianone²⁹. Los debates, pese a las limitaciones de tiempo que imponen estos certámenes científicos, fueron sumamente ilustrados y resulta siempre útil consultarlos.

V. Jurisprudencia posterior al Tercer Congreso

La recomendación del Tercer Congreso influyó sobre la jurisprudencia y, aún antes de que la ley 17.711 consagrara la teoría de la imprevisión que entró en vigencia el 1º de julio de 1968, fue frecuente que se la invocase ante la justicia, y si bien algunos tribunales se negaban a aplicarla³⁰, comenzaron a aparecer fallos que le daban cabida, como un medio de brindar protección al deudor frente a la excesiva onerosidad sobrevenida por circunstancias extraordinarias e imprevisibles³¹.

Luego, ya vigente, se han multiplicado los fallos en los que se la aplicaba, y los estudios doctrinarios que procuraban precisar su alcance y señalar los defectos del texto, propiciando reformas que tendiesen a mejorarlo.

VI. La ley 17.711: artículo 1198, 2ª parte

No hemos de seguir en detalle la evolución doctrinaria y jurisprudencial, sino que -por razones de brevedad, nos limitaremos a señalar los elementos constitutivos de la figura y sus condiciones de ejercicio.

a. Elementos y condiciones de ejercicio

1) *Desequilibrio*: en primer lugar, debe haber objetivamente un desequilibrio entre las prestaciones de las partes; en esto hay alguna semejanza con la figura de la *lesión* y por tal razón algunos denominan a la *imprevisión*, lesión sobreviniente.

2) *Hecho sobrevenido*: el adjetivo que agrega cierto sector de la doctrina al vocablo lesión, para referirse a la figura que estudiamos, está íntimamente vinculado con el segundo elemento; debe tratarse de un hecho que acontece con posterioridad a la celebración del acto. Originariamente las prestaciones de las partes eran equivalentes, pero un **hecho sobrevenido** quiebra ese equilibrio. Cuando la desproporción es originaria no corresponde invocar la imprevisión, sino la “lesión subjetiva”, que el derecho argentino acoge en el artículo 954³².

Además debe ser “extraño a la voluntad de las partes”³³, pues si el perjudicado fuese el autor del hecho, los efectos sólo serían imputables a su propia culpa, y no podría invocar la imprevisión; y si fuese el beneficiado quien con su actividad provocó esta alteración en el contrato, su conducta entrañaría una violación de los deberes que impone la obligación, y daría pie a una solicitud de resolución por incumplimiento.

3) *Imprevisibilidad*: el hecho que ha provocado el desequilibrio debe ser extraordinario e imprevisible³⁴. Esto hace que haya cierta semejanza entre la *imprevisión* y el caso fortuito, pero mientras en el *caso fortuito* el hecho imprevisible trae como consecuencia la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, en la imprevisión la prestación todavía puede ejecutarse; lo que sucede es que se ha tornado excesivamente gravosa para el deudor. Esto brinda otro elemento de la figura.

4) *Onerosidad excesiva*: no basta cualquier desequilibrio que haya sobrevenido de manera imprevisible entre las prestaciones de las partes, sino que ese desequilibrio debe tener cierta entidad y, si bien no torna imposible el cumplimiento de la prestación, lo torna excesivamente gravoso, para una de las partes, que no encuentra compensación en la prestación que le ha efectuado o prometido la otra; sería contrario a la buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos, reclamar el cumplimiento de una prestación que no guarda armonía con la que se brinda, para ello debe tratarse de una diferencia *evidente*.

b. Actos en que encuentra aplicación

En general se aplica a los contratos conmutativos³⁵ y, por excepción a los aleatorios, cuando la onerosidad no proviene del riesgo propio del contrato.

Se aplica a prestaciones que han sido diferidas en el tiempo, porque en los contratos en que la prestación debe efectuarse de inmediato -como una compraventa al contado- no puede presentarse el hecho imprevisible más que en el caso en que el deudor, por su culpa, no cumpla cuando debía y demore su prestación; en tal hipótesis, él deberá cargar con las consecuencias de su propia culpa³⁶.

Se trata, insistimos, de prestaciones cuyo cumplimiento ha sido diferido en el tiempo, o prestaciones sucesivas, como las que surgen de los llamados contratos de tracto sucesivo. Aquí es donde, típicamente tiene su campo de aplicación la doctrina de la imprevisión.

c. Acciones concedidas

Frente al pedido de resolución efectuado por el deudor, la otra parte puede lograr que el contrato mantenga vigencia, si ofrece una modificación de las condiciones que resulta equitativa, pues al orden jurídico le interesa, sobre todo, mantener la validez de las convenciones, y que produzcan los efectos que las partes tuvieron en vista al contratar.

Un punto que desde el primer momento ha dividido a la doctrina y la jurisprudencia nacionales es si el perjudicado sólo puede solicitar la rescisión del contrato, o si resultaría admisible que en lugar de ello reclamase modificación. Vemos así que en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, que presidimos en 1976, la Comisión encargada del estudio del Tema 2 ³⁷, en el punto 4 de su despacho interpretó que a la parte perjudicada se le concede “tanto la acción de reajuste como la de resolución”, agregando que si se ejercitase la acción de resolución “el accionado puede contrademandar por reajuste, y en caso de accionar por reajuste el accionado puede requerir la resolución”.

Quienes sostenemos esta postura estimamos que debe prevalecer por sobre todas las cosas la posibilidad de mantener vivo el contrato y permitirle que cumpla los efectos que originariamente las partes han querido, por lo que una interpretación literal del artículo 1198, que sólo permitiese al damnificado solicitar la resolución, estaría en contra del espíritu que anima a la figura. En sentido coincidente se ha dicho en algunos fallos que “la parte perjudicada por la excesiva onerosidad sobreviniente se encuentra legitimada tanto para reclamar la resolución del contrato como para limitarse a petitionar solamente la revisión o el reajuste; esta interpretación está acorde con el fundamento y finalidad del remedio legal establecido...” ³⁸, y el mismo tribunal acepta que el actor puede indistintamente accionar por resolución o reajuste del contrato, pero sostiene que el pedido de modificación no está “implícito”, subsumido en el de resolución, sino que debe ser formulado de manera expresa ³⁹. Entiende el camarista, Dr. Greco, que si el actor solamente pidió la resolución, el juez no puede de oficio ordenar la modificación, porque se vulneraría el principio de congruencia ⁴⁰.

Pero, como hemos dicho, la jurisprudencia no es pacífica, y otros tribunales han sostenido que “la norma del artículo 1198 del Código Civil permite al afectado en la prestación a su cargo por tornarse la misma excesivamente onerosa, demandar la resolución del contrato, como en forma expresa lo señala dicha disposición, sin que esté al alcance de aquél pedir la revisión” ⁴¹.

Esta posición doctrinaria entronca con aquella que, tomando como modelo la solución de la ley Failliot, fue sostenida en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.

Nada dispone el Código sobre el plazo de prescripción de la acción de resolución y poco hemos encontrado tampoco en los primeros comentaristas de la norma, salvo en Garrido y Andorno ⁴² que, de forma muy somera, remiten al plazo general de prescripción del artículo 4023, es decir 10 años, que sin duda puede parecer excesivo y en Juan Carlos Molina ⁴³, que coincide en que corresponde el plazo decenal y opina que comienza a correr “desde que se produzca el hecho generador de la excesiva onerosidad”, y prevé que ese hecho puede tener cierta prolongación temporal, lo que plantearía “alguna dificultad para establecer en qué momento la alteración sobreviniente determinará el exceso de onerosidad suficiente para autorizar la resolución” ⁴⁴. Sin embargo, en la práctica, hasta el momento no se han suscitado problemas, lo que permitiría pensar que la omisión no es demasiado grave.

Aunque hay muchos otros aspectos que deberían ser motivo de análisis, no nos extenderemos más para ajustarnos a los límites fijados para estas colaboraciones.

VII. Ley de unificación civil y comercial (1987-1991)

En 1986 la H. Cámara de Diputados de la Nación designó una Comisión para que elaborase un proyecto de unificación de la legislación civil y comercial. La Comisión, integrada por prestigiosos juristas ⁴⁵, cumplió con su cometido dentro del plazo de un año que se le había asignado, y el proyecto recibió sanción a “libro cerrado” en julio de 1987. El Senado le prestó aprobación cuatro años después, sin introducirle modificaciones ⁴⁶, y el Poder Ejecutivo vetó totalmente la ley de unificación, porque muchas de sus normas estaban en pugna con la “ley de convertibilidad”, sancionada ese mismo año, que restableció el “nominalismo” monetario y -en un primer momento- pareció detener la inflación que hoy, lamentablemente, ha renacido.

En las “Notas explicativas” con que la Comisión redactora acompañó el proyecto de unificación se hace mención a las reformas que se introducían al artículo 1198 ⁴⁷, sosteniendo: “Las modificaciones introducidas permiten invocarla por vía de acción o de excepción.

Se acepta la pretensión de adecuación del contrato, salvo que ella sea incompatible con las circunstancias de la relación jurídica de que se trate.

Expresamente se excluyen estos remedios cuando la excesiva onerosidad resulte de culpa de quien la invoca”.

Por nuestra parte acotaremos que uno de los cambios sustanciales, más que el hecho de que pueda esgrimirse por vía de acción o de excepción, consiste en que se admite expresamente que el perjudicado pueda pedir no solamente la resolución, sino también la **adecuación** del contrato.

En lo que se refiere a la exclusión del remedio si media culpa, el punto está contemplado en la normativa vigente; lo sustancial del cambio propuesto reside en que se elimina la mención a la mora, siguiendo ideas expuestas por uno de los miembros de la Comisión ⁴⁸.

En materia de redacción no parece afortunada la sustitución del giro “riesgo propio”, que es castizo y correcto, por el de “álea propio”, empleando un vocablo latino que, pese a tener cierta tradición jurídica, no está aceptado por la Real Academia, y acompañándolo de un adjetivo de género masculino (propio), cuando por el significado del vocablo (alea = suerte), parecería mas correcto utilizar el género femenino.

Lo importante, a nuestro entender, es señalar que la doctrina argentina, luego de un cuarto siglo de aplicación de la norma, coincide en la necesidad de mantener la figura y propone los retoques que deben introducirse para su mejor funcionamiento ⁴⁹.

VIII. Proyecto de Código Civil de 1998

Una Comisión designada por el Ministerio de Justicia elaboró un proyecto de reforma total del Código Civil. El mencionado proyecto coloca a la “imprevisión” dentro de un capítulo destinado a la “extinción, modificación y adecuación del contrato”, como artículo 1060 del Proyecto, norma que dispone: *“Si, en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, en términos que resultan irrazonables o inicuos, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un tribunal, por acción o como excepción, la rescisión total o parcial del contrato o su adecuación.*

Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones resultantes del contrato, y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia”.

Los “Fundamentos” del proyecto dedican el párrafo 181 a explicar la redacción que se da a la norma y justificar las novedades que en ella se introducen.

IX. Conclusión

El aporte efectuado en los Congresos de Derecho Civil ha sido decisivo para la incorporación de la “imprevisión” al plexo normativo, y ha marcado rumbos a la jurisprudencia nacional sobre el tema.

Aunque con en los últimos años algunos proyectos realicen propuestas de modificación a la norma que propuso el Tercer Congreso, y sancionó la ley 17.711, es innegable que mantiene vigencia, en este tema, la línea central de pensamiento que se trazó en los Congresos Nacionales de Derecho civil, lo que constituye un significativo aporte en la evolución de nuestro pensamiento jurídico.

NOTAS:

¹ Ver *Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, Imp. Universidad Nacional de Córdoba, p. 5 (www.acaderc.org.ar/Biblioteca).

² *Actas del Primer Congreso ...*, p. 6.

³ Gustav BOEHMER, *El derecho a través de la jurisprudencia* (traducción al castellano de José Puig Brutau), Barcelona, Bosch, 1959. Ver en especial el Capítulo Quinto: La repercusión de las dos guerras mundiales, de las posguerras, y de las reformas monetarias en las relaciones de derecho privado.

⁴ “Art. 269. Cuando a causa de eventos excepcionales, como guerra, epidemia, pérdida total de cosechas u otras catástrofes naturales, la ejecución de la prestación tropiece con dificultades excesivas e implique para una de las partes una pérdida exorbitante que los contratantes no pudieron prever en el momento de perfeccionar el contrato, el Tribunal puede, si lo juzga necesario, de acuerdo con los principios de la buena fe y teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, fijar la forma de ejecución, el monto de la prestación y aun dictar la resolución”.

⁵ Ver *Actas. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, Imp. de la Universidad, 1939, pág. 9 y www.acaderc.org.ar/Biblioteca.

⁶ Hipólito Montagné, Pedro León, Estanislao D. Berrotarán, Alfredo Orgaz y Adelqui Carlomagno.

⁷ “Vuestra Comisión... os aconseja, ... la siguiente declaración: “Que la Comisión Interparlamentaria dé cabida a la doctrina de la imprevisión, de modo que equilibre los factores a que se ha hecho referencia en el curso del presente despacho” (ver *Actas Segundo Congreso...*, pág. 433).

⁸ “... debe dar cabida al instituto de la imprevisión, considerando ... que él surge a través del concepto general y amplio de buena fe...” (conclusión 2ª), y que “... la doctrina de la imprevisión no puede ni debe ser especificada y aplicada sino única y exclusivamente por la vía de la interpretación judicial, para lo cual las facultades de los jueces, por la naturaleza misma y fines esenciales del instituto en cuestión, deben ser lo suficientemente amplias, so pena de incurrirse en arbitrariedad” (conclusión 3ª), ver *Actas Segundo Congreso...*, págs. 438 y 439.

⁹ Ver *Actas Segundo Congreso*, págs. 434 *in fine*, y 435

¹⁰ Ver *Actas Segundo Congreso*, pág. 434. Debe señalarse especialmente que la mayoría de la Comisión no se atrevía a conceder a los jueces una facultad amplia de “modificación” de los contratos, y optaba por facultarlos solamente a rescindirlos, o suspenderlos temporariamente, estimando que “la suspensión puede dar tiempo a la sanción de leyes de emergencia que pongan remedio a las situaciones extremas”.

¹¹ Leonidas ANASTASI, “Las teorías de la imprevisión, de la cláusula ‘rebus sic stantibus’ y de la presuposición”, *Jurisprudencia Argentina* 29-576 y *Jurisprudencia Argentina* 31-419. En adelante citaremos esta colección jurisprudencial como J.A.

¹² Adelqui CARLOMAGNO, “La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general”, J.A. 43-17 (sec. doct.). Posteriormente volvió sobre el tema en: “La teoría de la imprevisión y la frustración en los contratos”, *Rev. Fac. de Der. y C. Sociales de Buenos Aires*, año V, N° 18, enero-abril 1950, pág. 69; y “Algo más sobre la imprevisión”, J.A. 1961 - IV - 75 (sec. doct.).

¹³ Eugenio Osvaldo CARDINI, *La teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, 1937.

¹⁴ “Art. 1025 (Anteproyecto de 1954). En los contratos de tracto sucesivo, o de ejecución diferida, si la prestación de alguna de las partes llegase a ser extremadamente onerosa, por el acaecimiento de hechos extraordinarios e imprevisibles, podrá demandar la rescisión del convenio, salvo que la otra parte se aviniere a modificar equitativamente las condiciones pactadas.

Si el contrato fuese unilateral, podrá el deudor en las circunstancias expresadas pedir una reducción de su prestación, o bien alguna modificación en el modo de efectuar el cumplimiento, que sea bastante para retornar la obligación a la equidad.

Lo dispuesto en este artículo no rige en los contratos aleatorios”.

¹⁵ Ver J.A., 1951-V-675.

¹⁶ En nuestro *Curso de Obligaciones* (Córdoba, Advocatus, 1993, t. II, pág. 133) recordamos este caso diciendo textualmente: “León, en sus clases citaba un precedente cordobés, cuando se realizó el llamado Camino de las Altas Cumbres, obra que era monumental en su época, ya que atraviesa la Sierra Grande y llega hasta Mina Clavero, al oeste de la provincia, la obra tropezó con condiciones sumamente difíciles, a raíz de lo áspero de la sierra. Para colmo sobrevino la Segunda Guerra Mundial, entonces el contratista que había obtenido la licitación para ejecutar la obra se encontró con que si cumplía las condiciones establecidas en el contrato, se arruinaría de manera total. Por ese motivo la provincia reconoció un adicional en los precios para compensar el encarecimiento extraordinario, fuera de toda previsión razonable -ése es el concepto que interesa recalcar- que habían sufrido los materiales y mano de obra”.

¹⁷ Ver *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Imprenta Universidad Nacional, Córdoba, 1962, t. I, pág. 13.

¹⁸ *Tercer Congreso ...*, t. II, pág. 566.

¹⁹ *Tercer Congreso ...*, t. II, págs. 567 a 569.

²⁰ *Tercer Congreso ...*, págs. 569 a 575.

²¹ *Tercer Congreso ...*, t. II, pág. 577.

²² *Tercer Congreso ...*, págs. 578 y 579.

²³ Observaciones de María Antonia LEONFANTI, pág. 580, Eugenio O. CARDINI, pág. 582, y Acdeel E. SALAS, pág. 584.

²⁴ “El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, RECOMIENDA: Incorporar al Código Civil, a continuación del art. 1198, el siguiente texto:

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 afectada 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 álea propia del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución si el afectado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato” (ver “Tercer Congreso...”, t. II, pág. 778).

²⁵ Código Civil argentino: “Art. 1198 (texto de acuerdo a la ley 17.711).

...

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”.

Un rápido cotejo con la Recomendación aprobada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil nos permite verificar que únicamente se ha cambiado “afectado” o “afectada”, por “perjudicado”, y “álea propia” por “riesgo propio”, es decir son textos sustancialmente idénticos.

²⁶ *Tercer Congreso ...*, t. II, pág. 585: “Declarar que no debe incluirse en el Código Civil norma general alguna que acoja la teoría de la imprevisión u otras que favorezcan la disolución de los vínculos obligatorios por intervención o arbitrio judicial, sin perjuicio de la validez que cabe acordarse a las cláusulas de garantía, de la vigencia de las normas y principios que confieren a los magistrados la posibilidad de juzgar de la moralidad de los actos y hacer observar la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y sin perjuicio por último de las soluciones especiales y transitorias que arbitre el legislador cuando sobrevengan alteraciones calamitosas para el orden civil”.

²⁷ *Tercer Congreso ...*, t. II, pág. 595.

²⁸ *Tercer Congreso ...*, t. II, pág. 598.

²⁹ *Tercer Congreso ...*, t. II, pág. 609.

³⁰ “Nuestra legislación no admite específicamente la teoría de la imprevisión. No invocándose circunstancias de fuerza mayor o hechos que hayan incidido en la voluntad de las partes al celebrar el contrato, no pueden anularse los efectos legales del mismo, que debe cumplirse como si fuese ordenado por la ley”, Cam. Comercio de la Capital, Sala C, 22/10/ 1964, El Derecho (en adelante E.D.) 10-733.

“En la vida de los negocios está ínsita la lucha de intereses y no son excepcionales las actitudes egoístas de los contratantes. Mientras se respeten la ley y los dictados de la moral los jueces no pueden, sin graves riesgos para la seguridad jurídica, computar circunstancias de ese tipo para llegar al quebrantamiento del principio de fidelidad al contrato”, Cám. Civil de la Capital, Sala D, 26/5/ 1964, E.D. 10-725.

³¹ “La cláusula *rebus sic stantibus* está implícita en todo contrato y es el razonable complemento de la tradicional *pacta sunt servanda*”, Cám. Civil de la Capital, Sala D, 26/5/1964, E.D. 10-725, y 30/12/1965, E.D. 14-99.

“El hecho que determina el funcionamiento de la teoría de la imprevisión, en sí mismo considerado, ha de reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. Por tanto, ha de ser imprevisible, inevitable, sobreviniente a la constitución de la obligación, y ajeno al deudor”, Cám. Civil de la Capital, Sala A, 29/11/964, E.D. 10-717.

“La teoría de la imprevisión se aplica no sólo a los contratos de tracto sucesivo, sino también a los de ejecución diferida”, Cám. Civil de la Capital, Sala A, 29/11/1964, E.D. 10-717; Sala D, 30/12/ 1965, E.D. 14-99.

³² Cám. Civil y C. Paraná, Sala 2ª, 19/5/1986, “Torrilla, Ramón A. c/ Carlos Mainini”, Zeus, T. 44, J-43 (caso 6518): “Los institutos de la lesión e imprevisión cumplen diferente función, se encuentran sometidos a distintos requisitos de procedencia y apuntan a corregir desequilibrios contractuales originarios, en un caso, y sobrevinientes en el otro”.

En el caso se había comprado por boleto un terreno, pagadero en 155 cuotas mensuales, actualizables trimestralmente por el índice de precios al consumidor. Se pretendió la revisión invocando conjuntamente lesión e imprevisión y se consideró inadecuada esa acumulación de acciones en razón de la diferencia de naturaleza jurídica existente entre la lesión y la imprevisión.

³³ Conf. Cám. Especial Civil y Com. Capital, Sala 2ª, 31/3/1977, “Blanchini de Iracheta, Delia c/ Hateret, S.A. y otra”, J.A., 1977-III-280: “... en principio debe tratarse de un hecho sobreviniente, *exterior a la voluntad de las partes*, que supere la aptitud normal de previsión...”.

En igual sentido la Cám. Civil Capital, Sala B, ha dicho: “El acontecimiento que viene a alterar la base económica del contrato no sólo debe ser extraordinario, imprevisible y sobreviniente, *sino también extraño a la persona del deudor*, requisito sin el cual el cambio de circunstancias no justifica la reparación judicial del perjuicio” (23/3/1977, “González, Javier y otra c/ Panangent S.A.”, J.A., 1978-I-424).

³⁴ En tal sentido se ha dicho que “es aplicable la teoría de la imprevisión en el caso de ocurrir circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, que alteren la ecuación económica financiera del contrato”, y que “debe entenderse como acontecimiento extraordinario el que no es normal que se verifique, sin que la imprevisibilidad se entienda en sentido absoluto, siendo suficiente que escape a la habitualidad y prudente previsibilidad en circunstancias semejantes, que los contratantes no hayan podido racionalmente prever” (Cám. Com. Capital, Sala C, 16/2/1977, “Lafroze, Eustaquio c/ Claudio Fernández S.A.”, J.A., 1977-III-283, y E.D. 73-626).

En el caso se consideró excesivamente oneroso para el comprador un aumento de precio que excedía al doble de lo fijado en el contrato, en un plazo inferior a cuatro meses.

³⁵ Dentro de los cuales quedan comprendidos los “unilaterales onerosos”, como el “mutuo oneroso”.

Por eso se ha resuelto con acierto que resulta inapropiada la invocación de la teoría de la imprevisión en el caso de un “pacto de alimentos a favor de un hijo mayor de edad”, porque “dicha norma no es aplicable al contrato unilateral gratuito” (Cám. Civil Capital, Sala C, 9/6/1983, “L., G. y M. de L., H.”, E.D. 107 - 226 caso 37.443).

³⁶ “No puede invocarse la teoría de la imprevisión cuando el perjuicio que alega quien pretende la nulidad o la revisión del contrato encuentra su origen en su conducta u omisión”, Cám. Civil Capital, Sala F, 6/10/1977, “Rossini, Pedro c/ Cáceres de Paglia, Marta B.”, E.D. 80-204.

³⁷ “La imprevisión contractual y los artículos 1198 y 1633 del Código Civil”.

³⁸ Cám. Civil Capital, Sala G, 13/11/1980, “Coronel, Nilda M. y otros c/ Esyma S.A.”, J.A. 1981-II-243 (caso 30.361).

³⁹ Cám. Civil Capital, Sala G, 26/12/1984, “Balmoral 100 S.R.L. c/ Mattos, Jorge A.”, J.A. 1985-III-51.

⁴⁰ Cita en su apoyo otros fallos de la misma sala, y dice no compartir la posición sustentada por la Sala A (sentencia publicada en La Ley 1980-D-145, con nota aprobatoria de Jorge Mosset Iturraspe).

⁴¹ Cám. Especial Civil y Com. de la Capital, Sala 5ª, 28/9/1984, “Cambio Excursiones Turismo Columbus S.A. c/ Vanina S.C.A.”, J.A. 1985-III-178.

⁴² Roque F. GARRIDO y Luis O. ANDORNO, *Reformas al Código Civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Zavalía, 1971, comentario al art. 1198, pág. 253: “*En cuanto al plazo de prescripción, que debería comenzar a contarse desde la producción del acontecimiento extraordinario e imprevisible- pensamos que debería ser el decenal, contemplado en el art. 4023, reformado*”.

⁴³ Juan Carlos MOLINA, *Abuso del derecho, lesión e imprevisión*, Buenos Aires, Depalma, 1959, pág. 246.

⁴⁴ Autor, obra y lugar citados en nota anterior.

⁴⁵ Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, Miguel Araya, Francisco de la Vega, Horacio Fargosi, Sergio Le Pera y Ana Piaggi.

⁴⁶ Lamentablemente al no efectuarse la necesaria revisión subsistieron dispositivos “valoristas”, que dieron pie al veto total del Poder Ejecutivo.

⁴⁷ El artículo 1198 quedaba redactado de la siguiente manera:

“En los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá pedir, por acción o como excepción, la resolución del contrato o su adecuación. Esta regla se aplicará también a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propio del contrato.

El juez adecuará las prestaciones equitativamente a pedido de cualquiera de las partes, salvo que la economía o la finalidad de las partes excluyan ese reajuste.

En los contratos de ejecución permanente la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

En la medida en que la excesiva onerosidad resulte de la culpa del perjudicado, éste no podrá invocarla”.

⁴⁸ Atilio A. ALTERINI, “La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante”, La Ley 1980-C-1109.

⁴⁹ La misma conducta se observa en los nuevos proyectos de unificación, tanto en el elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia (art. 899), como en el redactado por la Comisión designada por la Cámara de Diputados, donde el problema se trata en una norma que lleva el número 1199, y reproduce casi textualmente las previsiones del Proyecto de Unificación de 1987, con una pequeña errata pues en lugar de “álea” dice “área”.

LA IMPREVISIÓN Y LAS TEORÍAS AFINES

por ALBERTO M. SÁNCHEZ

SUMARIO: I. Introducción. II. El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. III. La recepción normativa de la teoría de la imprevisión. IV. La recepción jurisprudencial de la teoría de la imprevisión. V. Conclusiones.

I. Introducción

Con inocultable satisfacción sumo mi modesta colaboración al Homenaje a los Cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil realizados en Córdoba, en 1927, 1937, 1961 y 1969 y a sus Presidentes, Dres. Enrique Martínez Paz, Henoch D. Aguiar, Pedro León y José A. Buteler Cáceres. Basta leer estos nombres y la nómina de participantes que jerarquizaron los mismos para entrever la calidad de los debates y de las conclusiones, lo que se confirma con creces con la lectura de los temas tratados.

Como mi ámbito de especialización es el derecho público, propuse abordar un tema que tiene estrechas conexiones, sobre todo en nuestro país, con la actuación del Estado: la teoría de la imprevisión y las afines a la misma. El asombroso desarrollo y aplicación que ellas tuvieron en las décadas posteriores a los Congresos que homenajeamos nos llevan a preguntarnos acerca de las causas de tal fenómeno.

Argentina es un país enfermo de anomia. La ley es un elemento decorativo, o un corsé molesto, o una regla para los demás. Pocas veces es el cauce del accionar ciudadano. A tal punto hemos llegado que se ha impuesto la máxima “hecha la ley, hecha la trampa”, con lo cual se patentiza que los esfuerzos no son para cumplir la ley, sino para encontrar los resquicios para violarla. Por otro lado, y esto desde el plano cultural y sociológico, en nuestro país el héroe no es aquel que apuesta por el deber ser, sino el pícaro que sabe bien como obtener ventajas. No se admira la ética; se aplaude la trampa.

Si todo esto es grave, la impunidad que acompaña a la anomia es aún peor. Las causas de tal estado de cosas son muchas y no es éste el espacio para abordarlas. Basta decir acá que las principales han sido, a mi juicio, la debacle de la clase dirigente y el abandono de la educación. La primera porque, como enseña Santo Tomás, “la corrupción de lo mejor es lo peor”; la segunda, porque sólo la educación pone al hombre en el camino de la verdad y sólo la verdad nos hace libres.

La suma de estas calamidades ha provocado, sobre todo desde la segunda mitad del siglo XX, profundas crisis que han exigido de legisladores y jueces respuestas inéditas, muchas veces insuficientes por la imposibilidad fáctica de encontrar, desde el derecho, soluciones a situaciones límites que escapan a toda previsión¹. Aparece así en escena el tema que me corresponde abordar, nacido para enfrentar esas situaciones de crisis y, aun así, no pocas veces impotente para alcanzar la solución de justicia.

Resulta apasionante hoy releer aquellos debates en épocas en que la teoría de la imprevisión no estaba aún legislada y resulta mucho más interesante ver la proyección que esos debates tuvieron hacia el futuro. Será ése entonces el objetivo de estas líneas: poner nuevamente en escena aquellas intervenciones, muchas veces magistrales, de tantos insignes maestros del derecho y tratar de elucidar de qué modo su luz se proyectó hacia delante.

II. El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil sesionó en Córdoba del 9 al 14 de octubre de 1961, presidido por el Dr. Pedro León. El tema “La imprevisión y teoría afines” (Tema N° 10) fue abordado por la Comisión N° 7, integrada, entre otros, por los Dres. Marco Aurelio

Risolía, José Manuel Saravia, Eugenio Osvaldo Cardini, Jorge Mosset Iturraspe, Edgard A. Ferreyra y Héctor R. Sandler.

El tratamiento del tema se abre con una ponencia del Dr. Mosset Iturraspe: “Necesidad de perfilar en normas los principios contenidos en la ‘teoría de la imprevisión’ para su incorporación al Código Civil”. Allí, el prestigioso jurista enuncia el fundamento liminar del instituto que nos ocupa: “*Dentro del marco de un contrato conmutativo de ejecución diferida o de tracto sucesivo, sobrevienen acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que vuelven excesivamente gravosa u onerosa la prestación o prestaciones a cargo de una de las partes, creando, no una imposibilidad de cumplimiento, sino una dificultad mayor. Cuando estos extremos de hecho se dan, puede el deudor invocar el apoyo de la teoría -que proponemos se concrete en normas- para solicitar de los jueces la revisión del contrato, persiguiendo su modificación o su resolución*”².

A dicha ponencia sucedieron los diversos dictámenes. El primero de ellos correspondió a Eugenio Cardini, quien sostuvo que “*la mejor fundamentación del instituto se halla en la comprobación que tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia y en la dogmática legislativa moderna universal, constituye un verdadero “jus receptum”*” (pág. 566). Cardini recuerda bien el plexo de limitaciones que necesariamente debe reconocer la voluntad contractual: “... *esa voluntad negocial debe considerarse implícitamente delimitada por la llamada cláusula o inteligencia de los actos jurídicos “rebus sic stantibus”, o teoría de la imprevisión, o riesgo imprevisible, o simplemente imprevisión o lesión sobreviviente*” (pág. 566). Propone así, de *lege ferenda*, la siguiente formulación normativa (pág. 568):

“*Cuando, como consecuencia de un alea sobreviniente que -razonablemente- trasciende las previsiones de los contratantes, la prestación se tornare excesivamente onerosa, la víctima, patrimonialmente lesionada, podrá, según las circunstancias del caso, reclamar su reducción equitativa e incluso la anulación del acto*”.

No puedo dejar de mencionar las apreciaciones finales del dictamen de Cardini, que trasuntan el auténtico marco axiológico del tema que nos ocupa: “*Lo indudable es que cualquiera de esas soluciones son preferibles a mantener el acto jurídico gangrenado pues, en el plexo axiológico, el valor fundante “seguridad” está debajo del valor “Justicia”, que ocupa su cúspide... “pacta sunt servanda” sí, pero “bonae fidei”!*” (pág. 568).

El segundo dictamen lleva la autoría de Jorge Mosset Iturraspe. En su muy rica intervención, el reconocido civilista pasa revista a los aspectos más relevantes del instituto que nos ocupa, dejando sentado desde el inicio que “... *se trata de una teoría de excepción sólo admisible para casos muy especiales*” (pág. 569). Analiza luego los supuestos que deben concurrir para la aplicación de la teoría, mencionando el ámbito (contratos de ejecución diferida o demorada y de tracto sucesivo o ejecución continuada), la extraordinariedad del suceso y su imprevisibilidad y la gravedad de la onerosidad sobreviniente, distinguiendo claramente la teoría de la imprevisión del caso fortuito. Coincide con Cardini en que la teoría se apoya en consideraciones de justicia y equidad, encontrando el fundamento jurídico inmediato en la modificación o alteración de la base del negocio jurídico, del “subsuelo del contrato”. Cierra su dictamen con una apreciación que nos será de suma importancia para la hermenéutica que luego haremos del tema bajo tratamiento: “*El criterio liberal-individualista que inspiró la sanción del Código Civil Argentino, manifiesto en tantos preceptos, impide a nuestro criterio admitir de “lege lata” la “teoría de la imprevisión”. Propugnamos sí su admisión de “lege ferenda”, su incorporación al código con motivo de una futura reforma, en base a textos expresos, claros y concretos que eviten, en la medida de lo posible, las incertidumbres y las divergencias de interpretación*” (pág. 573).

A su turno, Sandler propone una muy interesante distinción: “*Se torna así el contrato en nudo o puente entre dos estructuras vitales de las partes intervinientes: entre la estructura vital presente, en la que el contrato como un acto vital nace, y la estructura vital futura en la que el contrato, también como acto vital, ha de cumplirse*” (pág. 575). Introduce como fundamento, al igual que sus predecesores, al principio de buena fe: “*Los contratos deben celebrarse de buena fe; y deben cumplirse de buena fe... Pero de igual manera, ninguna parte puede aprovecharse de una conducta desprovista del sentido querido. De lo contrario habría mala fe en el acto de*

formación del contrato o mala fe en el cumplimiento” (pág. 576). Finalmente, estima viable el dictado de una norma que consagre la teoría bajo estudio.

Siguió Edgard A. Ferreira, para quien *“es preciso que medie un acontecimiento extraordinario y de proyecciones generales, que determine una extrema onerosidad relativa al cumplimiento del obligado. La solución tiene que estar en la ley, confiriendo al contratante angustiosamente obligado la posibilidad de resolución; o bien, la revisión del contrato, en procura de un equitativo restablecimiento del desequilibrio de las prestaciones”* (pág. 577).

El siguiente Dictamen correspondió a José Manuel Saravia, quien propuso la incorporación al Código Civil del siguiente precepto: *“En los contratos bilaterales conmutativos de tracto sucesivo o de ejecución diferida si la prestación de una de las partes resultara excesivamente onerosa por el acaecimiento posterior de circunstancias extraordinarias o imprevisibles, extrañas al alea normal del contrato, la parte deudora de aquella prestación podrá demandar la resolución del contrato. La otra parte podrá evitar la resolución ofreciendo modificar, equitativamente, las condiciones del contrato”* (pág. 578).

A continuación, Marco A. Risolía, en dictamen a contramano de los anteriores, aconseja: *“Declarar que no debe incluirse en el Código Civil norma general alguna que acoja la teoría de la imprevisión u otras que favorezcan la disolución de los vínculos obligatorios por intervención y arbitrio judicial, sin perjuicio de la validez que debe acordarse a las cláusulas de garantía, de la vigencia de las normas y principios que confieren a los magistrados la posibilidad de juzgar de la moralidad de los actos y hacer observar la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, y sin perjuicio, por último, de las soluciones especiales y transitorias que arbitre el legislador cuando sobrevengan alteraciones calamitosas para el orden civil”* (pág. 579). Sustenta tal posición en la seguridad jurídica, la “riesgosa extensión del arbitrio judicial” y la existencia de otras soluciones para atender a la problemática planteada.

Finalizados los Dictámenes, se dio paso a las Observaciones a los mismos. La primera de ellas fue proveniente del Instituto de Derecho Civil de la UCA (Rosario) y se manifestó coincidente con los criterios mayoritariamente expuestos. Planteó una disidencia parcial respecto a que no considera que la adopción de la teoría de la imprevisión afecte la seguridad jurídica.

A continuación se expusieron las observaciones del Dr. Cardini al Dictamen del Dr. Saravia, consistentes en realidad en proponer otro texto de *lege ferenda* en similar sintonía respecto del formulado por éste.

Finalmente, las Observaciones del Dr. Acdeel Salas consistieron, principalmente, en propiciar una formulación más amplia que la consignada en el texto propuesto por Saravia.

Llegó así el turno del Despacho de la Comisión Definitiva, con la firma de Cardini, Trigo Represas, Sandler, Mosset Iturraspe, Ferreira, Quinteros, Bendersky y Barcia López, que se formuló en estos términos:

“El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil,

RECOMIENDA:

1) Incorporar al Código Civil, a continuación del art. 1198 el siguiente texto:

‘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 afectada 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 alea propia del contrato.

‘En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

‘No procederá la resolución si el afectado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

‘La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato” (pág. 583).

La disidencia correspondió al Dr. Risolía (pág. 584), conforme al texto ya transcrito.

Comenzó entonces el debate entre los miembros de la Comisión, abriendo el mismo el Dr. Cardini, quien hizo especial hincapié en que “... uno de los límites del querer es, para el sector de la doctrina que informa el despacho de la comisión, que las partes intervinientes tienen como premisa lógica de la voluntad negocial la cláusula “*rebus sic stantibus*...” (pág. 585).

Le siguió la intervención de quien dictaminó en disidencia, Risolía, quien, además de insistir en los argumentos de su despacho, citó en defensa del rechazo del instituto sub examine a los Códigos alemán y suizo, a prestigiosa doctrina francesa y jurisprudencia de la Corte de Casación de dicho país y a las reservas (“muy sugerentes”) con que la admitieron autores del prestigio de Duguít, Jeze y Hauriou en Francia, y Rafael Bielsa entre nosotros. Con cita de Ripert, resaltó que la teoría implica “... el peligro de entregar el contrato al arbitrio judicial” (pág. 589).

Esta última intervención mereció expresas referencias del Dr. Salas, quien defendió el despacho de mayoría acotando: “*El derecho canónico, inspirado en un sano principio de preservación de la moral dentro del derecho formalista de los romanos, es el que ha incorporado la cláusula “rebus sic stantibus”, origen remoto de la teoría de la imprevisión. Deseo señalar que el olvido de esta cláusula, que subsiste en el derecho de los siglos XVII y XVIII, se debe más que nada al auge de las teorías individualistas, que llevan a un respeto religioso de la palabra dada, olvidándose que ésta debe estar también atemperada por la caridad, es decir, que no debe haber respeto místico a la palabra dada, sino que debe respetarse la buena fe, lo que va a incidir en todos los contratos... no se trata de sustituir la voluntad sino de adecuarla al momento de ejecución del contrato; la voluntad deja de tener un contenido inmutable para ser una voluntad acorde con el momento social*” (pág. 590). Sugirió además dos agregados a efectuar en el texto propuesto por la mayoría.

A continuación se pronunció Ferreira, quien remarcó que “... este instituto no modifica, ni pretende alterar, el principio de la inmutabilidad de las contrataciones”, para luego expresar: “*Lo que se denomina “inadaptabilidad de los hechos”, en una ejecución normal de los negocios, puede colmar la humana previsibilidad del obligado en contratos de largo plazo; y esto es lo que reconocen leyes especiales, como por ejemplo las de concesiones de servicios públicos o contratación de obras fiscales*” (pág. 593).

El Dr. Abelenda, por su parte, tomó partido por la posición minoritaria de Risolía, reiterando el argumento central de éste (“... puede resultar peligroso otorgar a los jueces, por virtud de una norma general, la facultad de disolver los vínculos jurídicos obligatorios emergentes de los contratos”), para introducir luego una distinción muy cara al derecho administrativo: la distinción entre facultades regladas y discrecionales. Así, para Abelenda confiar el asunto al arbitrio judicial implicaría, respecto de nuestro ordenamiento jurídico, “... cambiar fundamentalmente la filosofía que lo inspira, convirtiendo en discrecionales las facultades de los jueces que de acuerdo a nuestra legislación positiva vigente deben ser regladas” (pág. 594).

Estas prevenciones fueron contestadas por el Dr. Sandler, quien especificó que “*la posibilidad del arbitrio judicial está así reducida a la apreciación de los fenómenos constituyentes de las circunstancias extraordinarias e imprevisibles, y en la ponderación del efecto denominado “excesiva onerosidad”. Son éstos conceptos nuevos en cierta medida, pero que no son más amplios ni vagos -por el contrario, lo son menos- que los conceptos de buena fe, orden público, etc., que campean a través de todo el Código Civil*” (pág. 596). Se trata, en todos estos casos, de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”, que tantos debates han generado en la doctrina nacional y foránea. Su intervención aclaró que el despacho de mayoría no buscaba la incorporación al Código Civil de la teoría de la imprevisión en general, sino de una norma concreta y acotada.

A su turno, Vernengo Crack adhirió a la moción en minoría de Risolía, acotando: “*He dicho, en otra oportunidad, que no solamente la teoría de la imprevisión sino todas estas teorías de la lesión, de la causa, etc., se deben a crisis interpretativas. Los jueces tratan de evitar, por estas especies de válvulas, lo que los contratantes han convenido*” (pág. 597).

Introdujo luego el importantísimo debate sobre las connotaciones ideológicas que este tema, como tantos otros, tiene en su misma base: “... *el concepto de las prestaciones excesivamente onerosas variará si el juez está dentro de una tendencia socialista, de una tendencia capitalista o de una tendencia comunista*” (pág. 597).

La intervención posterior del Dr. Quinteros estuvo dirigida a demostrar que la teoría de la imprevisión no atenta contra la seguridad jurídica. Así, Quinteros afirmaba: “*Se dice que si no se cumplen los contratos tal como han sido pactados, desaparece la seguridad y con ella el derecho mismo. El sofisma, señor presidente, radica en que la seguridad, como todos los valores jurídicos que integran al plexo axiológico, es un valor bilateral o bipolar como lo llama un filósofo del derecho uruguayo. Al oponer a la teoría de la imprevisión la seguridad, se piensa unilateralmente en la seguridad del acreedor, pero no en la del deudor, a quien se lo deja, como se ha dicho ‘en la seguridad de su propia inseguridad’*” (pág. 599).

El Prof. Orgaz planteó una profunda interrogación: “*¿Las leyes son para la vida o la vida es para las leyes? Si las leyes son para la vida, es evidente que ellas tienen que evolucionar en su significado y en su interpretación. Han evolucionado siempre, quiérase o no, porque la ley tiene una voluntad no estática ni muerta sino fluente y viva*” (pág. 600). Para el prestigioso delegado, “*también el contrato, que contiene la voluntad de las partes, es una ley para ellas, y esa ley no está muerta sino que está viva*” (ibidem).

La intervención del Dr. Barcia López estuvo primordialmente encaminada a reseñar el fundamento de la teoría: “*Este fundamento es muy antiguo; es el llamado: ‘vinculum fraternitatis’, que no es sólo de caridad, sino de estricta justicia, según San Ambrosio, San Juan Crisóstomo, San Agustín, y después en el Siglo XIII, Santo Tomás. Por ello prevaleció en la Edad Media esa famosa cláusula “rebus sic standes” bajo la influencia de aquella doctrina según la cual el deudor debe ser fiel a la fe jurada, a la palabra dada y el acreedor respetar la justicia, no caer en lo inicuo, fundamento de la posición en que estaban colocados los padres de la Iglesia a que hice referencia*” (pág. 601). No obstante, en razón de salvaguardar la seguridad jurídica, afirma: “*No podemos admitir como principio general la teoría de la imprevisión, sino como excepción, en circunstancias muy extraordinarias, muy graves, en condiciones muy especiales bien definidas y circumscriptas legalmente como lo propone la mayoría para evitar precisamente el arbitrio jurisprudencial, por un lado, y por otro el sumum jus, summa injuria*” (pág. 602).

El Dr. Buteler adhirió al despacho mayoritario señalando: “*Esta fórmula jurídica, la teoría de la imprevisión, recoge el supremo principio de equilibrio racional que debe regir todo trueque, todo intercambio de prestaciones, regulado por el instrumento jurídico del contrato. Recoge, pues, el supremo principio de la justicia conmutativa, que constituye uno de los fundamentos del derecho; y los términos en que está concebido el despacho en mayoría, prudentes y ponderados -repito-, concilian las exigencias de justicia con las de la seguridad jurídica*” (pág. 603).

También apoyó el pronunciamiento mayoritario el Dr. Spota, para quien “... *esta teoría tiene un profundo sentido moral que no debilita a los contratos. Muy bien lo ha dicho el doctor Orgaz: la ley se da para el hombre y no el hombre para la ley*” (pág. 604). Continúa afirmando: “*el contrato no sólo exige voluntad para firmarlo sino que también exige voluntad para cumplirlo. Es indispensable que haya esta segunda voluntad y cuando sucede un evento extraordinario, un evento totalmente imprevisible, ya no se puede decir que nos hallamos en la esfera del contrato, sino que estamos fuera del contrato*” (ibidem).

Acerca del reparo presentado por los delegados en minoría, vinculado a los riesgos de confiar en el arbitrio judicial, Bendersky sostuvo a su turno: “*Si confiamos en nuestros jueces la custodia de nuestra libertad, de nuestro buen nombre, de nuestra honra, etc., bien podemos confiarles que interpreten, en cada caso, la aplicación de una norma de la naturaleza de la que se propone incorporar a nuestro Código, y que en definitiva regula valores de tipo esencialmente patrimonial*” (pág. 606).

El Dr. López Olaciregui intentó presentar una fórmula conciliatoria de ambas posturas: “... *la interpretación de buena fe de los contratos debe tener en cuenta el cambio de circunstancias,*

cuando la omisión de ese elemento condujere a soluciones objetivamente injustas, o subjetivamente no queridas por las partes” (pág. 606).

Apoyándose en una cita de Ripert, Mosset Iturraspe resaltó que el despacho de mayoría ha acotado la teoría a una formulación precisa: “...la comisión ha limitado el campo de actuación de la teoría a un número muy estricto de contratos. Por lo demás, ha exigido condiciones objetivas que son muy severas: que el riesgo sea imprevisible, y que, además, sea extraordinario; es decir, de extraordinaria onerosidad” (pág. 607). Introduciéndose también él en el sustrato filosófico subyacente en la discusión, afirmó: “Si el doctor Risolía cree que se trata de un cambio de filosofía jurídica, porque apuntamos a lo social, es decir, a una modificación de un concepto privatista y cerrado, en cuanto al individualismo egoísta -como lo dice el doctor Lafaille-, exactamente, señor presidente, habría un cambio de filosofía jurídica” (ibídem).

Luego de la intervención de Guaglianone, en apoyo de la tesis de Risolía, Brebbia se manifestó por el despacho de la mayoría, aclarando que “la cláusula ‘rebus sic stantibus’ constituye, en realidad, aunque parezca paradójico, no una excepción sino una aplicación de dicho principio (se refiere al pacta sunt servanda)” (pág. 609).

Continuó la Prof. Leonfanti quien, si bien apoyó la moción mayoritaria, introdujo un concepto que la restringe: “... la excesiva onerosidad debe ser ‘general’, vale decir, ‘para la misma categoría de deudores’. No interpretando esto como una generalidad semejante a fuerza mayor o caso fortuito sino ‘la generalidad’ que se entiende en el contexto de este instituto: que afecte a toda una categoría de deudores” (pág. 609).

A esta intervención sucedieron las de los Dres. Masnatta, Contte y Llambías, quienes en homenaje a la brevedad no abundaron en mayores consideraciones, apoyando el despacho de Comisión.

Llegamos así a una significativa intervención de Cardini, como vocero de la Comisión, quien respondió con elocuentes palabras a las prevenciones de la minoría: “Es mucho más peligrosa la fórmula de la minoría de dejar librado a la buena fe (noción amplia, vaga e imprecisa), la regulación de todos los supuestos que juegan en la ‘sopravvenienza’. Lo propio sería dejarlo librado a la equidad, a la cual, sin embargo Vélez Sársfield ha permitido aludir en la nota al art. 2567. Lo que se quiere significar es que todas estas teorías, como el abuso del derecho; la lesión, que ha sido votada casi por unanimidad; el principio de la desvalorización monetaria que también se ha aprobado en este congreso, virtualmente por unanimidad no son más que otros tantos supuestos de la teoría de la imprevisión” (pág. 612). Y entrando en la esfera del derecho público destacó que la teoría bajo examen, “... la teoría de la imprevisión ha salvado la regularidad o la continuidad del servicio público, y ha impregnado el acto jurídico con la sabia bienhechora de la buena fe” (pág. 613). Finalmente, con alusiones que bien parecen estar referidas al momento presente, afirmó con vehemencia: “... no hay nada más peligroso que las leyes de emergencia. ¡Me permito recordar que en Europa todavía subsisten leyes de emergencia que datan de la guerra del 14! En cuanto a nuestro país, mejor no hablar de lo que ellas han significado, muy lamentablemente, por cierto, y lo que desgraciadamente aún significan!” (ibídem).

Cerró el debate el Dr. Risolía, reafirmando su posición.

El Presidente de la Comisión, Dr. Novillo Saravia (h), llama a votar el despacho de la mayoría, el que resulta aprobado (14 de octubre de 1961).

De esta manera, el III Congreso Nacional de Derecho Civil emitió la siguiente Recomendación:

RECOMENDACIÓN N° 15

El cambio de las circunstancias y los efectos del contrato:
la imprevisión y las teorías afines (Tema N° 10)

El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil,

RECOMIENDA:

Incorporar al Código Civil, a continuación del art. 1198, el siguiente texto:

“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 afectada 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 alea propia del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución si el afectado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

He creído conveniente glosar las magistrales intervenciones de los señores congresistas porque configuran un plexo doctrinario preñado de sabiduría y erudición y representan una muestra cabal de lo que puede ser un debate en el que la férrea defensa de las propias convicciones no se contraponen con la medida, el equilibrio y el respeto por la opinión adversa.

Ambos aspectos -la solvencia jurídica y la caballerosidad- dotaron a este debate de un nivel de altísima calidad intelectual y moral, cuyos frutos aún iluminan las disquisiciones sobre este arduo tema.

III. La recepción normativa de la teoría de la imprevisión

Como todos sabemos, la ley 17.711 introdujo, en 1968, importantes modificaciones al Código Civil y, más específicamente en cuanto al tema que nos ocupa, incorporó la teoría de la imprevisión con un agregado al art. 1.198. La fórmula utilizada es casi idéntica a la Recomendación del III Congreso Nacional de Derecho Civil.

La reforma implicó un verdadero cambio en la filosofía subyacente en el Código Civil, de corte individualista liberal, adoptando un enfoque basado en la dimensión social. Lo dice muy bien el principal actor de la misma, Guillermo A. Borda: *“Al cumplirse diez años de la profunda reforma producida en el Código Civil por la ley 17.711 es oportuno destacar su significado y hacer un balance de su aplicación. Detengámonos en la filosofía de la reforma. Hacia 1968 era evidente la necesidad de insuflarle al Código Civil un nuevo espíritu; su filosofía era la del siglo XIX, individualista y positivista. Era una mentalidad que se interesaba más por la seguridad que por la justicia, que había hecho del texto de la ley y de la letra de los contratos un dogma”*³. En cuanto a los aspectos particulares que demuestran dicho cambio en el sustrato filosófico del Código, el mismo Borda especifica: *“La ley 17.711 cambia la filosofía de nuestro derecho privado al incorporar la teoría del abuso del derecho, la lesión, la imprevisión, al hacer una frecuente apelación a la buena fe y la equidad para resolver los conflictos humanos y al introducir una importante reforma al art. 2513 que, siguiendo las ideas del liberalismo manchesteriano, atribuía al propietario poderes omnímodos, inclusive el de degradar o destruir la propiedad”*⁴. El nuevo texto prohíbe estas facultades inicuas y prescribe que debe hacerse un ejercicio regular de la propiedad y reconocerle su función social. Es una concepción distinta del derecho, más humana, más preocupada por una justicia auténtica, más acorde con la sensibilidad social de nuestra época”⁵.

También Borda se ocuparía, en este balance, del tema objeto de estas líneas, y me permito transcribir otro párrafo porque en él se patentiza la significativa importancia que tuvo el III Congreso Nacional de Derecho Civil: *“En materia contractual cabe destacar la importancia que ha tenido la introducción y reglamentación de la teoría de la imprevisión y de la lesión. Antes de la reforma algunos tribunales habían insinuado una tímida explicación de la teoría de la imprevisión. La ley 17.711, siguiendo la recomendación del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, la legisló expresamente, reglamentando sus condiciones de aplicación y sus efectos. Desde entonces la teoría ha tenido un amplio campo de aplicación en nuestro derecho”*

Queda claro así este cambio de filosofía que dio lugar para la incorporación de la teoría de la imprevisión y de otros institutos que sirvieron para morigerar los nocivos efectos de las recurrentes crisis vividas por nuestro país. Volveré sobre el punto en las conclusiones.

IV. La recepción jurisprudencial de la teoría de la imprevisión

Luego de la reforma, aquella “tímida explicación” que algunos tribunales habían venido introduciendo acerca de la imprevisión, se tornó en una aplicación corriente y razonada, de la cual daremos apenas sucintas muestras en algunas de las materias más importantes.

Así, se reflejó jurisprudencialmente la esencial implicación que tienen, entre sí, los principios “*pacta sunt servanda*” y “*rebus sic stantibus*”, relación que está en la base misma del instituto que analizamos, ya que si bien es cierto que los contratos se hacen para ser cumplidos, no es menos cierto que ese cumplimiento hace siempre referencia a las condiciones de tiempo, lugar y circunstancias en que nació la obligación. Se ha dicho sobre el punto, por ejemplo: “*La crisis económica que motivó la implementación de la “pesificación” según arts. 11 de la ley 25.561 -modificado por la ley 25.820- y 8° del decreto 214/02 (Adla, LXII-A, 44; LXIV-A, 38; LXII-A, 117) torna necesaria la revisión de los contratos celebrados en dólares, pues la regla del sometimiento fiel y estricto a lo acordado -“pacta sunt servanda”- está condicionada al mantenimiento de los antecedentes que las partes hayan tenido en cuenta al celebrar el contrato -“rebus sic stantibus”-, entre otros, las circunstancias de persona, tiempo, lugar, estado de la plaza, moneda y precio de los bienes o servicios (Nahuelsat S.A. c/ Grupo Uno S.A. La Ley, 2004-F, 996).*

También la jurisprudencia fue acompañando claramente el delineamiento del instituto, de conformidad con las expresiones doctrinarias volcadas en los debates y conclusiones del III Congreso.

Así, se sostuvo: “*La aplicación de la teoría de la imprevisión requiere la alegación y prueba de que el quebranto o trastorno ocasionado por el alza de precios haya superado el alea ‘normal’ del negocio y que haya sido razonablemente imprevisible*” (SCBuenos Aires, 1998/09/15.- Tidelco S.A. c/ Municipalidad de Pergamino. DJBA, 155-7553). En otro caso: “*Para la aplicación de la teoría de la imprevisión es preciso que las prestaciones sufran alteraciones de tal naturaleza que sean imprevisibles para las partes, o bien que se trate de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones. Por ello, tal instituto no puede aplicarse para corregir agravaciones sustancialmente previsibles de aquello que las partes se obligaron, ya que el principio es siempre el cumplimiento estricto de lo pactado*” (CNFed. Contenciososadministrativo, Sala II, 1999/10/08. -Gurrado, Héctor R. y otro c/ Banco de la Nación Argentina. La Ley, 2000-B, 836 (42.464-S). También: “*El hecho que determina el funcionamiento de la teoría de la imprevisión debe reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor, esto es, debe ser actual, imprevisible, inevitable, sobreviviente a la constitución de la obligación y ajeno al deudor con entidad suficiente para provocar alteraciones significativas en las relaciones jurídicas conmutativas, de carácter oneroso y de ejecución diferida o continuada que aparejan la frustración de la finalidad del contrato*” (CNCiv., Sala I, 1998/08/18. - Dorio, Juan C. c/ Degani, Bruno. JA, 2000-I-215 - E.D., 187-497). Por último: “*Para que la invocación de la teoría de la imprevisión resulte exitosa, el hecho que determina su funcionamiento debe reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. Por lo tanto, debe ser un hecho actual, imprevisible, inevitable, sobreviviente a la constitución de la obligación, ajeno al deudor, y contar con entidad para provocar alteraciones significativas en las relaciones jurídicas conmutativas, de carácter oneroso y de ejecución diferida o continuada, aparejando la frustración de la finalidad del contrato*” (CNCiv., Sala I, setiembre 30-997.- Enriquez, Hugo A. y otro c/ Berelejis, Silvio. La Ley, 1998-B, 116).

Finalmente, los pronunciamientos judiciales se han ocupado de distinguir la teoría de la imprevisión de otras afines con las que guarda alguna semejanza. Así, se ha indicado: “*La única*

afinidad que puede predicarse entre la lesión subjetiva y la teoría de la imprevisión es la desproporción entre las prestaciones. Pero, como en aquella el desequilibrio es inicial y su configuración requiere elementos subjetivos, no puede equipararse las soluciones establecidas para ambas” (CNCom., Sala A, 1998/11/18. - Pedreira, Alberto J. c/ Santín, Alberto C. y otro. La Ley, 2000-B, 822 (42.423-S) - DJ, 2000-I-513 - JA, 1999-III-173 - E.D., 182-605).

Además de estas consideraciones acerca de las generalidades del instituto que comentamos, haré una breve mención a la jurisprudencia surgida con relación a algunos aspectos particulares.

a) OBRA PÚBLICA.

“La variación de las tasas de interés no puede servir de fundamento a la aplicación de la teoría de la imprevisión -en el caso, a las prestaciones a cargo del contratista de una obra pública-, para reajustar los términos pactados, si al tiempo de la oferta ya se observaba un alza sostenida y constante de dichas tasas, manteniéndose la tendencia alcista durante la ejecución del acuerdo, pues tal circunstancia no puede calificarse como hecho sobreviviente e imprevisible cuando se recibió la oferta y se celebró el contrato... La aplicación de la teoría de la imprevisión para reajustar los términos pactado, invocada con sustento en la variación de las tasas de interés -en el caso, por el contratista de una obra pública-, es improcedente si el interesado no determinó en forma puntual las distorsiones efectivamente producidas por tal fenómeno, debiendo el hecho perturbador haber generado un quebranto que supere el alea normal, pues dicho remedio no constituye una técnica utilizable para desligarse de los malos negocios” (CNFed. Contencioso-administrativo, Sala I, 2003/05/22.- Estudio Construcciones c/ Gas del Estado. La Ley, 2003-E, 797).

“Si al suscribir el contrato, la actora conocía el desfase de las condiciones en las que había ofertado -en el caso, una inflación abrupta- que sobrevino durante la etapa genética del contrato, es decir, entre la apertura de ofertas licitatorias y la firma del acuerdo, y no en su etapa funcional, y aún así, cimentó el acuerdo de voluntades, no corresponde aplicar la regla ‘rebus sic stantibus’, pues a nadie podía pasar inadvertido que la equivalencia de las prestaciones habida al ofrecer, habría de desaparecer al tiempo de la adjudicación y de la firma del contrato, agravándose a medida que transcurriera el tiempo” (CNFed. Contencioso Administrativo, Sala II, 1999/10/08. -Gurrado, Héctor R. y otro c/ Banco de la Nación Argentina. La Ley, 2000-B, 836 (42.464-S)

“Si el contrato originariamente celebrado entre las partes y su renovación, suscripta cuando la hiperinflación ya había cesado, contenían una fórmula polinómica de corrección del precio del servicio que colocaba a la empresa prestadora del mismo a resguardo de cualquier vaivén económico y le aseguraba el mantenimiento de la ecuación económica del contrato, elementales principios jurídicos (art. 1198, Cód. Civil) impiden a ésta invocar la excesiva onerosidad sobreviviente como fundamento del alza de los precios del servicio” (CNFed. Civil y Com., Sala I, mayo 6-994. -Organización Coordinadora Argentina S.A. c/ Secretaría de Inteligencia de Estado. La Ley, 1995-E, 527 - DJ, 1995-1-1044).

B) CONTRATO DE MUTUO.

“Si el contrato de mutuo es concertado en moneda extranjera no resulta admisible la invocación de la teoría de la imprevisión, pues ello significaría hacer pesar sobre el acreedor todos los efectos del flagelo hiperinflacionario, obligándolo a recibir un capital inferior al suministrado al deudor, lo cual desnaturaliza los elementos esenciales de tal contrato y afecta su derecho de propiedad” (CNCiv., Sala I, 1998/08/18. Iorio, Juan C. c/ Degani, Bruno. JA, 2000-I-215 - E.D., 187-497).

“Corresponde considerar que el deudor asumió el caso fortuito al renunciar, en un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, la invocación de la teoría de la imprevisión, por lo que deberá soportar la excesiva onerosidad sobreviniente derivada de la crisis económica que provocó el dictado de la normativa que modificó la ley 23.928 de convertibilidad (Adla, LI-B, 1752), que no hace imposible el pago de la deuda sino sólo más onerosa” (CNCiv., Sala G,

2002/09/18. -Cinto, Nelda I. c/ Chaparro Martínez, Benigno. La Ley, 2002-F, 149 - DJ, 2002-3-379 - RCyS, 2002-954).

C) CONTRATO DE LOCACIÓN.

“Ante la crisis económica, debe ‘pesificarse’ un crédito por alquileres impagos en dólares, según arts. 11 de la ley 25.561 y 8° del decreto 214/02 (Adla LXII-A, 44; 117), aun cuando el inquilino haya renunciado a invocar la teoría de la imprevisión, si las partes acordaron que el contrato se realizaba en los términos de la ley de convertibilidad 23.928 (Adla, LI-B, 1752), derogada por la citada conversión, pues -a diferencia del mutuo hipotecario en moneda extranjera, en el que el acreedor pretende la devolución exacta de lo prestado- dicha convención importó introducir una cláusula de estabilización que asegurara determinado poder adquisitivo de la prestación” (CNCiv., Sala G, 2003/03/19. - Der Kevorkian, Carlos y otro c/ Hiérase y Cía y otros. La Ley, 2003-D, 230 - E.D., 202-399).

D) EJECUCIÓN PRENDARIA.

“Habida cuenta que la ejecución prendaria es una acción ejecutiva especial, la invocación de la teoría de la imprevisión escapa, como principio, a su reducido marco de conocimiento, dado que para su tratamiento sería menester analizar lo concerniente a la causa que subyace en la obligación prendaria, exorbitando el art. 544, inc. 4° del Cód. Procesal” (CNCom., Sala C, 2003/06/03. - Marchese, Marcelo H. c/ Argañaraz, Edinson y otro. DJ, 2003-3-483 - E.D., 203-557).

E) MORA.

“El deudor cuya mora se produjo antes de que comenzase a regir la ‘pesificación’ -arts. 11, ley 25.561, 8°, decreto 214/2002 y 1°, decreto 320/2002 (Adla, LXII-A, 44; 117; LXII-B, 1647)- no puede invocar a su favor la teoría de la imprevisión, en orden a la aplicación del citado régimen a su obligación -en el caso, crédito en dólares garantizado con prenda-, pues el estado de mora excluye expresamente dicha posibilidad -arts. 1198, párr. 4°, Cód. Civil y 8°, decreto 214/2002” (CNCom., Sala E, 2003/05/14.- Soula, Marta S. c/ Azpiazu, Miriam M y otro. La Ley, 2003-E, 364 - DJ, 2003-2/1077).

“La teoría de la imprevisión es inaplicable si el interesado obró con culpa o se encuentra en mora, a menos que ésta sea irrelevante. Ello así, pues la excesiva onerosidad sobreviniente debe haberse producido sin intervención alguna del obligado y el hecho extraordinario e imprevisible debe ser extraño a su persona” (CNCiv., Sala E, diciembre 1-995. - Noema S.A. c/ Chaparro, Felisa. La Ley, 1996-C, 781 (38738-S) - DJ, 1996-2-44).

F) PESIFICACIÓN.

“Es constitucional la ‘pesificación’ de las obligaciones en moneda extranjera según arts. 11 de la ley 25.561 y 8° del decreto 214/2002 (Adla, LXII-A, 44; 117) -en el caso, un crédito reclamado por la vía ejecutiva-, pues más allá de la ineficiente gestión gubernamental, está la realidad económica que motivó la legislación de emergencia, que consiste, a través del reajuste equitativo de las prestaciones, en la aplicación de una de las vías que prevé el Código Civil en materia de imprevisión -art. 1198 “in fine” y concordantes- con base en la equidad económica, principio general del Derecho incorporado al citado cuerpo legal en sus arts. 907 y 1069” (CCiv. y Com. Rosario, Sala I, 2003/12/15.- Fernández, Daniel N. c/ Sosa, Carina M. y otro. La Ley, 2004-E, 291, con nota de Juan José Casiello - LL Litoral, 2004-827, con nota de Juan José Casiello).

“La ‘pesificación’ de obligaciones en moneda extranjera según arts. 11 de la ley 25.561 y 8° del decreto 214/02 (Adla, LXII-A, 44; 117) no rige para los contratos aleatorios -en el caso, un seguro de renta vitalicia provisional convenida en dólares- cuando la mayor onerosidad se debe al alea propia del contrato, ya que el deudor no puede alegar ningún perjuicio por el acaecimiento del hecho previsto en aquél” (CFed. Seg. Social, Sala III, 2004/03/31. - García

Camed, José O. c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro. La Ley, 2004-C, 829, con nota de Walter F. Carnota).

“La teoría de la imprevisión es susceptible de aplicación - en el caso, para ‘pesificar’ un contrato de seguro de renta vitalicia provisional pactado en dólares- aún cuando las partes hayan pactado la subsistencia de sus obligaciones ante acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que tornen excesivamente onerosas las asumidas por una de ellas, pues tal cláusula es contraria a la moral y las buenas costumbres y, por ende, inválida” (del voto en disidencia del doctor Laclau. CFed. Seg. Social, sala II, 2004/03/31. - García Camed, José O. c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro. La Ley, 2004-C, 829, con nota de Walter F. Carnota).

“La existencia de una evidente desproporción entre los guarismos pactados y las sumas que correspondería abonar en la actualidad, convenidas en moneda nacional y, por lo tanto, excluidas de la legislación de emergencia conocida como “pesificación” -en el caso, en 5 años se produjo un incremento de la cuota acordada de un 60%- no determina, por sí sola, la procedencia del reajuste del contrato con sustento en la teoría de la imprevisión -art. 1198, párr. 2º, Cód. Civil-, siendo necesario que se aleguen probanzas determinantes que permitan al juez formar convicción sobre las pautas que habrá de tener presentes para proceder a la revisión” (CNCom., Sala A, 2003/11/20. -Zuker, Liliana c/ Banco Rio de la Plata. La Ley, 2004-A, 394).

G) CONTRATO DE TRABAJO.

“Resulta inadmisibles, a los fines del despido del trabajador agrario, y ante la laguna normativa del Régimen Nacional del Trabajo Agrario (ley 22.248 -Adla, XL-C, 2427-), la aplicación por analogía del art. 1198 del Cód. Civil, pues la fuerza mayor aludida por la norma como consecuencia de la imprevisibilidad, inevitabilidad e irresistibilidad del hecho por quien lo aduce, no es comprensiva de la reducción de la producción agrícola, de las dificultades económicas de la empleadora o la recesión del mercado, por conformar riesgos propios de la actividad empresarial” (CApel. Concordia, Sala del trabajo II, 2004/11/30. - Flores, Antonio O. c/ Haure, Guillermo. LL Litoral, 2005-779 (471-S).

H) SEGUROS.

“En un contrato de seguro de retiro entre particulares, sometido a normas de derecho privado, en donde tanto la moneda en la cual la aseguradora debía cumplir su obligación derivada de la póliza contratada, era el dólar estadounidense, el asegurador no puede ampararse en una suerte de imprevisión ante la emergencia para abstenerse de cumplir un contrato de naturaleza aleatoria, cuando la causa de la excesiva onerosidad está insita en el riesgo propio del contrato, y debió haber sido contemplada en las previsiones técnicas de quien se desenvuelve como un experto en riesgos” (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 2004/07/13. -Grabowieki, Lidia S. c/ Poder Ejecutivo Nacional. DJ, 2005-I-930 (2857-S).

I) PROCEDIMIENTO.

“Configura exceso ritual manifiesto, incompatible con la garantía de defensa en juicio, la privación al deudor de la posibilidad de alegar las modificaciones cambiarias y los remedios conducentes a paliar sus efectos -en el caso, se dispuso la cancelación de pagarés en moneda extranjera a la paridad peso dólar con más el 50% de la brecha entre ésta y la cotización libre del dólar el día hábil anterior al del pago efectivo-, con el único sustento de que la defensa de abuso de derecho y la objeción fundada en la teoría de la imprevisión constituyen materia ajena al proceso ejecutivo” (del voto del doctor Posca) CCiv. y Com., La Matanza, Sala I, 2003/05/26. -Castro, Fernando c/ Salbucci, Norma R. y otro. LLBA, 2003-861 - (Idem, 2003/06/24. - Ellemberger, Eduardo A. c/ Campos, Luis O.) LLBA, 2003-1148).

Como se advierte con la lectura de esta necesariamente sucinta reseña jurisprudencial, la aplicación de la teoría de la imprevisión no ha sido en modo alguno arbitraria ni indiscriminada; por el contrario, las más de las veces ha sido el fruto de esmerados razonamientos que han

procurado ponerse tan lejos de la suplantación de la voluntad de las partes como del abandono del principio de buena fe.

V. Conclusiones

Como hemos visto, la proyección de los debates, conclusiones y recomendaciones del III Congreso Nacional de Derecho Civil tuvo, en cuanto al instituto de la teoría de la imprevisión, una influencia decisiva. Pocas veces se advierte con tanta nitidez la huella de un Congreso jurídico en el desarrollo posterior, legislativo y jurisprudencial, de una teoría.

Contribuyó a ello, sin duda, la conciencia que los reformistas de 1968 tuvieron de la necesidad de insuflar al Código Civil otra filosofía, ajena al liberalismo individualista y cercana a la concepción social de los derechos y su orientación al bien común. Había que encontrar nuevos equilibrios, que permitieran salvar los acuerdos alcanzados, pero que al mismo tiempo no desconocieran la buena fe (que debe existir al tiempo de la celebración del contrato y durante toda su ejecución) y no se desentendieran de conceptos tales como la lesión o el abuso. Ese equilibrio también imponía la necesidad de velar por que la intervención judicial no alterara, más allá de lo estrictamente debido, las convenciones de las partes, temor éste que fuera claramente explicitado por quienes se opusieron a la recepción del instituto que analizamos, con Risolía a la cabeza.

El tiempo dio la razón a los reformistas del '68. Las recurrentes y graves crisis económicas que sufriera la Argentina desde allí plantearon, en cada caso, la necesidad de revisar los acuerdos alcanzados entre partes, las más de las veces pulverizados en su esencia por las profundas modificaciones del status quo y el consecuente surgimiento de escenarios ni siquiera imaginados por dichas partes al momento de diseñar lo que consideraban justo para su relación futura. Fueron precisamente estos institutos los que permitieron mantener los principios de justicia y equidad en relaciones quebradas por las nuevas circunstancias, no queridas, ni buscadas, ni tenidas en cuenta por las partes. ¿Podía -puede- hablarse realmente de “autonomía de la voluntad de las partes” cuando por razones ajenas a su decisión e intervención aquello que pactaron se ha transformado en otro negocio, originador de quebranto para alguna de ellas, sin existir por parte del afectado conducta alguna que justifique el daño sobreviniente?

Ninguna duda cabe, tampoco, de que un instituto como el de la teoría de la imprevisión se ha prestado -y se presta- para intentar toda suerte de abusos. El ámbito de la obra pública ha sido prolífico en este aspecto. Sin embargo, también es cierto que vale correr los riesgos. No debemos jamás olvidar que sigue siendo “lo justo” el norte de toda nuestra actividad. El derecho mismo es “lo justo”. Y, desde esta perspectiva, habrá que saludar con efusividad y esperanza toda posibilidad de superar cualquier valla que se interponga para llegar a “lo justo”.

La discusión sobre la teoría de la imprevisión está en la base misma de nuestra ciencia, en el núcleo fundamental en el que se define la primacía del valor justicia sobre otros valores también atendibles, entre ellos el de seguridad jurídica, si es que en realidad en alguna instancia ambos pudiesen colisionar.

Desde esta perspectiva, la inclusión de la teoría de la imprevisión, de la lesión y del abuso del derecho, llenó un nocivo vacío existente antes de la ley 17.711. El III Congreso Nacional de Derecho Civil fue, para ello, inspiración fecunda y, gracias a él, contamos hoy con herramientas válidas para enfrentar una realidad en la que la emergencia y la imprevisibilidad son, desde hace tiempo, el estado “natural” de las cosas.

NOTAS:

¹ “No todo puede pedirse al derecho”, nos recuerda Frías (Pedro J. FRIAS, *Breviarios*, Córdoba Ediciones del Copista, 2008, p. 27).

² Universidad Nacional de Córdoba. Instituto de Derecho Civil “Henocho D. Aguiar”. “Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil”. Tomo II. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba.

1962. p. 565. A partir de acá, las citas referentes al Congreso pertenecen al mismo volumen, por lo que sólo se citará la página en el texto mismo.

³ Guillermo A. BORDA, “Balance de la reforma a diez años”, en *10 años de vigencia de la reforma al Código Civil*, Instituto de Derecho Privado, Anuario 1978, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1980, vol. I, pág. 97.

⁴ Tuve oportunidad de analizar este tema en Alberto M. SÁNCHEZ, “La función social de la propiedad y el Código Civil Argentino”, L.L. 1992-A, pág. 586.

⁵ Guillermo A. BORDA, op. cit. pág. 98.

⁶ Guillermo A. BORDA, op. cit. pág. 107.

RESCISIÓN POR LESIÓN Y USURA EN EL DERECHO ESPAÑOL, CON ALGUNAS REFERENCIAS AL DERECHO ARGENTINO

por ELSA SABATER BAYLE

SUMARIO: 1. El sistema adoptado en la codificación española. 2. La cuestión en el derecho argentino. 3. Régimen vigente en España. 3.1. Rescisión por lesión en la Compilación catalana. 3.2 Rescisión por lesión en el Fuero Nuevo de Navarra. 3.3 La represión de la usura. 4. Recapitulación y nuevas perspectivas.

1. El sistema adoptado en la codificación española

En materia de rescisión de los contratos por lesión en el precio, el Código Civil español de 1889 siguió al Código Civil francés, así como al Proyecto de Código Civil de García Goyena de 1851¹, tanto en su línea restrictiva de la rescisión de las ventas como en cuanto a la liberalización de los tipos de intereses convencionales en los préstamos, cuyo respectivo tratamiento mantuvo por separado, si bien con diferencias palpables respecto a su predecesor inmediato. Así, conforme establece el art. 1293 CCE, sólo admitió la acción de rescisión en ciertos supuestos, los principales de los cuáles son los contratos celebrados por los representantes legales de los menores o de los ausentes sin autorización judicial, y que además generasen lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que constituyeran su objeto (art. 1291 párrafos 1º y 2º CCE). Se admite comúnmente que estas normas recogen una institución que persigue la *restitutio in integrum* de los bienes de incapaces que se ven obligados a contratar por medio de representante legal, cuyo fundamento es distinto del de la rescisión por lesión en los contratos², de manera que esta última acción -que ya había sido eliminada del ámbito de la contratación mercantil por el art. 378 del Código de Comercio de 1829 de Sáinz de Andino- quedó prácticamente erradicada de la contratación en general³.

Por lo que se refiere a los intereses del capital, las ideas de los economistas liberales⁴ influenciaron los textos que en España precedieron al Código Civil. Una primera manifestación de ello se encuentra en los arts. 1649 y 1650 del Proyecto de Código Civil de 1851, de García Goyena⁵, que mantuvo el sistema de libertad del pacto de intereses con sujeción a tasa, si bien elevó el límite máximo permitido hasta el doble del interés legal señalado anualmente por el Gobierno para los supuestos de mora del deudor. La supresión total de las tasas de intereses convencionales aparece en sucesivos textos que preceden al Código Civil, así como en la *Ley de Isabel II de 14 de marzo de 1856, por la que quedó abolida toda tasa de intereses en los préstamos*. Manifestación de ello se encuentra en el *Código Civil de España* de Navarro Amandi⁶ que dispuso en forma rotunda: *el interés convencional del capital en numerario dado en préstamo, no estará sujeto a tasa de ninguna especie*. El Anteproyecto de 1882-1888, de Peña Bernaldo⁷ sólo contenía referencias implícitas a la admisión de los intereses en el préstamo, a los que no señaló ninguna tasa. Otras disposiciones relativas a los intereses del capital se encuentran en el primer Código de comercio español de 1829, de Pedro Sainz de Andino, cuyo artículo 398 establecía una tasa de intereses del 6%, sistema que quedó sustituido en el posterior Código de comercio de 1885, ahora vigente, cuyos artículos relativos al préstamo con intereses (314 a 319) obedecen al sistema de libertad total, si bien el art. 314 exige que dicho pacto conste por escrito.

Pero el codificador español no pudo impedir una reacción doctrinal que pronto se manifestó proclive a limitar los abusos que entrañaba tanta libertad, y esta postura quedó reflejada en leyes especiales que se mantuvieron al margen del Código Civil, pues, en materia de rescisión por lesión en el precio, la *Compilación de Derecho civil de Cataluña* (Ley 40/1960, de 21 de junio) así como la de Navarra (*Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil de Navarra, aprobado por Ley 1/1973, de 1 de marzo*), actualmente en vigor (si bien con numerosas modificaciones que sin embargo no han afectado, hasta el momento presente, a la materia que nos ocupa), recogieron, aunque con distinto tratamiento, la figura romana de la rescisión por lesión en los

contratos onerosos. Y en materia de préstamos con intereses abusivos o con aprovechamiento de la situación de angustia o necesidad del prestatario, se aprobó una ley especial de ámbito estatal, la *Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908*, promovida por D. Gumersindo de Azcárate, jurista y político español preocupado por la llamada *cuestión social*, que no se inspiró en la tradición histórica española sino en legislaciones extranjeras entonces contemporáneas.

Como recapitulación a lo expuesto anteriormente, puede afirmarse en términos generales que el sistema español relativo a la represión de la lesión en los contratos, considerado en su conjunto, es fiel reflejo de las vacilaciones y cambios de toma de postura respecto a su incorporación a los textos legales, pues en el ámbito estatal, no se admite en general la rescisión de las ventas por lesión en el precio aunque si la nulidad de los préstamos usurarios (por aplicación de las disposiciones de la *Ley Azcárate contra la usura* 1908), y por el contrario, en dos regiones españolas (Cataluña en 1960 y Navarra en 1973) se recogió, (aunque con diferencias de régimen notables) la institución romana de la rescisión por lesión en el precio para determinados contratos, que se había conservado en los respectivos textos históricos, pero se silenció el problema de los intereses usurarios en los préstamos, por lo que en este aspecto, y en principio, opera Navarra y Cataluña la legislación estatal con carácter supletorio. Todo ello propicia los conflictos de leyes de ámbito interregional cuando los contratantes tengan distinta vecindad civil⁸.

2. La cuestión en el derecho argentino

El Código Civil argentino de Dalmacio Vélez Sársfield aprobado el 25 de septiembre de 1869, unos veinte años antes del Código Civil español de 1889, silenció toda referencia a la lesión en los contratos en su articulado. Pero su autor explicó, en una Nota final insertada después del régimen de los vicios del consentimiento, su expreso rechazo a la admisión de la acción para impugnar los contratos por lesión⁹. Esta Nota de Vélez Sarsfield, que dio lugar a innumerables comentarios y críticas doctrinales, analiza una serie de textos históricos españoles tales como el Fuero Real, el Fuero Juzgo, Las Partidas y la Novísima Recopilación, entre otros, así como numerosos códigos civiles extranjeros que habían adoptado anteriormente posturas encontradas en torno a la acción de impugnación de los actos jurídicos por lesión, y concluye con la decisión de *abstenernos por lo tanto de proyectar disposiciones sobre la materia*, dado que, de la comparación entre las diversas legislaciones resulta que *no han tenido un principio uniforme al establecer esa teoría*¹⁰.

El pensamiento de Vélez Sársfield reflejado en el Código Civil argentino fue tachado de individualista y liberal por la doctrina, a pesar de que en la época de promulgación del Código la libre iniciativa individual parecía ser el medio adecuado para el progreso económico; pero posteriormente se impuso el pensamiento social nacido tras la Revolución Industrial, y se produjo un movimiento doctrinal de signo opuesto, proclive a reformar el Código Civil para introducir mecanismos de impugnación de actos lesivos. Esta nueva doctrina iba a enfrentarse con la dificultad de tener que armonizar las exigencias de justicia y equidad que postulaba con la ausencia de la conmutatividad estricta propia del modelo liberal de contratación, lo que en el fondo representa un problema de definición de límites nada fácil de establecer.

La nueva doctrina tuvo profusas manifestaciones con posterioridad a la promulgación del Código Civil argentino, pero parece converger en dos puntos esenciales: propugnar la incorporación de un precepto normativo que admitiera y regulara una acción de impugnación de los contratos, o de los actos jurídicos, en caso de resultar lesivos para una de las partes, y proponer para ello un concepto de lesión basado no únicamente en aspectos objetivos (como se deducía de la Nota de Vélez Sársfield citada) sino también en elementos subjetivos tales como el aprovechamiento del estado de necesidad y otros, cuya fuente de inspiración se encontraba en el parágrafo 138 del BGB de 1900 y el art. 21 del Código suizo de las obligaciones de 1911.

La preocupación doctrinal por la necesidad de incorporar al ordenamiento argentino sistemas represivos de la lesión tuvo manifestaciones destacadas en el *Congreso de Ciencias*

Sociales de Tucumán, de 1916, en que se aprobó una recomendación para combatir la usura y propiciar la adopción de una fórmula inspirada en el texto del art. 138 del BGB; y en el Anteproyecto encomendado a Bibiloni en 1926 se presentó una propuesta influenciada por el trabajo de Horacio Morixe *Contribución al estudio de la lesión*, ambos publicados en 1929, que provocaron el interés de la doctrina mayoritaria y el regreso de la institución de la rescisión por lesión a las aulas académicas. Con posterioridad, se insistió en la conveniencia de reformar el Código para introducir fórmulas inspiradas en el art. 138 del BGB, con ocasión de los Proyecto de Reformas de 1936, y 1954 ¹¹ (cuyo redactor principal fue Jorge Joaquín Llambías) que intentaron distintas fórmulas subjetivas en coexistencia con el aspecto objetivo de la lesión.

Durante el *Tercer Congreso Nacional de Derecho Argentino*, celebrado en Córdoba los días 9 a 14 de octubre de 1961, la lesión de los actos jurídicos fue nuevamente objeto de laboriosos debates ¹² que culminaron en la *Recomendación 14*, un texto en el que se formulaba la acción de impugnación de los contratos por lesión y se regulaba una acción de nulidad (realmente, de anulabilidad, pues permitía la modificación o reajuste del acto lesivo) para los supuestos de ventajas patrimoniales *desproporcionadas* debidas al aprovechamiento de *la necesidad, penuria o inexperiencia extrema* de las personas, sujeta aun plazo de caducidad de 1 año contado a partir de la fecha en que el lesionado debiera cumplir su prestación, y de carácter irrenunciable en el momento de la celebración del acto ¹³.

Con estos precedentes, el legislador procedió a modificar el art. 954 del Código Civil argentino mediante *Ley 17.711 de 22 de abril de 1968, de reformas al Código Civil y a las Leyes 2393, 11357, 11359, 14367 y 14394*, que continuó ubicado en la misma sede correspondiente a *los actos jurídicos*. La modificación consistió en la adición de un segundo párrafo en el que quedó incorporada la acción de impugnación de los actos jurídicos por lesión, en los términos siguientes:

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. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.

El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda ¹⁴.

El texto finalmente incorporado al Código Civil se apartó del que había sido aprobado en el *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, señaladamente en tres extremos puntuales: a) incorporó la expresión *ligereza* ¹⁵ a los calificativos para designar la situación en que habría de encontrarse el demandante; b) señaló un plazo más largo, de cinco años, pero de caducidad (en lugar de prescripción, como figuraba en la Recomendación 14 del Tercer Congreso Nacional); c) estableció, con dudosa precisión, en su tercer párrafo, una presunción legal del estado de explotación, para el caso de producirse la desproporción -que había de ser *notable*- de las prestaciones; y d) suministró un criterio necesario para la valoración de la desproporción objetiva en caso de oscilaciones de los precios desde la celebración del acto lesivo hasta el momento de la restitución, consistente en tener en cuenta la situación en el momento de la celebración del acto.

Tales aspectos fueron nuevamente revisados en sucesivos Congresos de Derecho Civil. Uno de los extremos que produjo más problemas en la doctrina, y alcanzó incluso a la jurisprudencia, consistió en la correcta interpretación de la presunción legal establecida en el tercer párrafo del art. 954 CCA. Pues, como ha señalado acertadamente Luis Moisset de Espanés ¹⁶, algunos autores y ciertos fallos Jurisprudenciales interpretaron, a su juicio incorrectamente, que la

presunción comprendía los dos aspectos del elemento subjetivo del concepto de lesión -el estado de necesidad de la víctima y el aprovechamiento por parte del que produce la lesión- y sin embargo deben ser diferenciados, puesto que de lo contrario, bastaría al perjudicado la prueba de la lesión objetiva para que se cumplieran los presupuestos de la viabilidad de la acción de impugnación, lo que en el fondo supondría en la práctica un regreso a la concepción puramente objetiva de la lesión que hubiera sido contraria al espíritu y finalidad de la norma. A juicio del autor citado, la presunción formulada en el art. 954 sólo recae sobre el hecho del aprovechamiento por parte del lesionante, no sobre el estado de necesidad del lesionado, que en todo caso habría de probar el demandante.

Esta última opinión fue considerada con ocasión del *Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil Argentino* celebrado en 1969 en Córdoba, en que se propuso, no sin disidencias, suprimir el tercer párrafo del art. 954 CCA en una eventual reforma del Código, propuesta que sin embargo fue objeto de expreso rechazo en las *Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil* celebradas en la ciudad de Rosario en 1971, en que finalmente prevaleció la opinión por la cual esta presunción legal se establecía para probar únicamente el hecho del aprovechamiento, y que en todo caso el demandante habría de acreditar haber aceptado el convenio objetivamente lesivo por encontrarse en las situaciones subjetivas descritas en la norma, singularmente, debido al estado de necesidad¹⁷; no faltan sin embargo detractores de este razonamiento que consideran que ambos componentes del elemento subjetivo son inescindibles¹⁸.

Como reflexión provisional acerca de la evolución del concepto de lesión en el derecho argentino y su comparación con la que ha tenido lugar en España, cabe destacar que la opción del legislador tuvo el acierto de situar la acción de impugnación en sede general, de los actos jurídicos, lo que permite en principio aplicar el remedio más allá del ámbito estrictamente contractual, así como fuera también del marco de los contratos bilaterales del que es prototipo el de compraventa, lo que, unido a la incorporación del elemento subjetivo en el concepto de lesión, permite incluir con comodidad en el concepto amplio de esta institución los préstamos con intereses abusivos. De la fórmula escogida, omnicompreensiva de ambos negocios, cabría deducir tal vez que también en este segundo caso (préstamos usurarios) sería procedente “el reajuste” o modificación del contrato, en la línea seguida por el art. 1815 del Código Civil italiano, en su redacción anterior a la ley de 1996. El estado de la cuestión en el derecho español dista de ser tan clarificador de la problemática propia de estas instituciones y de la relación que guardan entre ellas, y por otra parte se presenta mucho más restringido, como seguidamente trataremos de exponer.

3. Régimen vigente en España

Como ya se ha expuesto anteriormente, la legislación sobre la rescisión por lesión y la usura se encuentra dispersa en normas especiales, tanto de ámbito estatal (Ley de Usura) como regional (Compilación catalana y Fuero Nuevo de Navarra, sobre rescisión por lesión en el precio en los contratos onerosos). Ello dilata sobremanera el análisis de estas instituciones, por lo que nuestra exposición versará preferentemente sobre la formulación de los elementos objetivo y subjetivo en los conceptos implicados, que definen las características principales de cada sistema.

3.1. Rescisión por lesión en la Compilación catalana

La institución romana de la rescisión por lesión *ultradimidium* quedó recogida en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, dentro del Libro IV, *de las obligaciones y contratos y de la prescripción*, primer título (*de las obligaciones y contratos*), que comprende dos capítulos, el primero de ellos dedicado a establecer su concepto y naturaleza, y el segundo a la determinación de la lesión y sus efectos¹⁹.

La Compilación catalana adopta una concepción que ha sido tachada de restrictiva y demasiado ceñida a sus orígenes romanos, pues conforme al texto de su art. 321, sólo son rescindibles las ventas de inmuebles por un precio inferior a la mitad de su justo precio, y a instancia únicamente del enajenante, salvo en el caso de tratarse de un contrato de permuta, en que ambas partes tienen esta condición²⁰. Aparentemente, la Compilación adopta una concepción puramente objetiva de la lesión, que reduce el campo de aplicación de la acción correspondiente, sobre todo si a ello se une la expresa exigencia de que se trate de contratos onerosos, en particular, ventas y permutas, así como el resto de requisitos objetivos requeridos; lo que no parece dejar campo abierto para incluir los préstamos usurarios en este sistema²¹. Pero frente a esta consideración se ha observado también que, en realidad, el abuso de la situación de necesidad de la parte lesionada (que en el caso de las ventas a bajo precio es el vendedor) se sobreentiende cuando el inmueble es enajenado por un precio inferior a la mitad de su valor, reflexión que se funda en la noción medieval del *dolo ex re ipsa*²². Ello no obstante, la Jurisprudencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado reiteradamente acerca del carácter objetivo que presenta la institución de la rescisión por lesión en la Compilación catalana²³, lo que ciertamente no sólo contradice el enfoque que de esta institución presenta, al menos literalmente, la Compilación navarra, sino también la tendencia general reflejada en los debates que precedieron a su admisión en el régimen argentino.

Tradicionalmente, la doctrina ha entendido que, en caso de que mediaran “malas artes”, la acción adecuada sería otra, la de invalidez del contrato por vicios del consentimiento, interpretación que tiende a acentuar la concepción objetiva con que se aborda el régimen de la figura en el derecho catalán²⁴, interpretación que resulta difícilmente conciliable con la expresión con que tradicionalmente se ha designado a la lesión en Cataluña (*engany de mitges*), que literalmente significa “engaño en la mitad”. Esta consideración, así como la expresa terminología que utiliza el legislador, conducen a la necesaria distinción entre dos acciones que aunque sean diversas no se identifican, la de anulabilidad y la de rescisión propiamente dicha, en contraste con la formulación adoptada en el Código Civil argentino, en que la impugnación de los actos por lesión aparece contemplada como una acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, si bien con un efecto propio, el de la posibilidad de optar por “el reajuste” o complemento del precio. No cabe duda de que la dificultad de distinguir ambas acciones ha provocado vacilaciones en el legislador²⁵.

En el derecho español considerado en su conjunto, la caracterización como una acción para pedir la ineficacia de un acto válido en sí mismo (nota que, en sentido estricto, distingue el concepto de rescisión del de nulidad, aun cuando ambas nociones conduzcan a la ineficacia del acto o negocio) plantea problemas de coexistencia con otras acciones de invalidez posibles, que se han querido resolver considerando la acción rescisoria por lesión como un remedio subsidiario respecto a aquéllas, como expresamente establece la Ley 504 del Fuero Nuevo de Navarra (si bien con el desacuerdo de parte de la doctrina, que considera ambas acciones como alternativas).

En el régimen de Cataluña, se han mantenido posturas encontradas a este respecto: así, según F. Badosa Coll, *La acción de rescisión que recoge la Compilación catalana no está subordinada a la acción de anulabilidad, sino que puede ejercerse alternativamente con ella*²⁶ pero en opinión de Manuel Albaladejo García²⁷ el silencio de la Compilación debe ser suplido mediante la aplicación del art. 1294 CC, que dispone: *la acción rescisoria es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio*; explicación que sin embargo tiene el inconveniente de que el art. 1294 CCE difícilmente pudo referirse a la institución que años después consagraron las Compilaciones catalana y navarra, y contempla por el contrario algunos supuestos de *restitutio in integrum* de bienes de incapaces. En este sentido, explica Martín Casals²⁸, que la dicción literal del texto del art. 321.1, inciso final, de la Compilación catalana (*serán rescindibles... aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez*) deriva que la acción rescisoria se dará en su caso, con total independencia de la que procedería en caso de existir en el contrato algún vicio de la voluntad.

El ejercicio de la acción por el vendedor, que caduca a los 4 años, conforme señala la norma del art. 322 de la Compilación, genera para el comprador una obligación que ha sido calificada por la doctrina como una facultad alternativa o más simplemente, una obligación facultativa, pues consiste en elegir entre restituir el bien o pagar el complemento del precio, si bien esta construcción doctrinal puede causar resultados injustos en cuanto a la atribución de los riesgos al vendedor²⁹.

En contraste con las restricciones que, en la legislación y en la doctrina, presenta la acción de rescisión por lesión *ultradimidium*, la jurisprudencia ha mostrado una postura razonablemente abierta en torno a la impugnación de contratos aleatorios. En este sentido, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 18 de septiembre 2006 [RJ 2006\8118]³⁰ declaró procedente la rescisión del contrato por entender que, a pesar de que el art. 321 de la Compilación catalana excluye de su ámbito los contratos en que la contraprestación haya sido determinada por el carácter aleatorio o litigioso de lo que se adquiere, no existen razones jurídicas válidas para negar la existencia de la lesión en los contratos aleatorios en que sea posible valorar el riesgo y la proporcionalidad de las prestaciones, del mismo modo que, según la sentencia, es plenamente factible apreciar elementos aleatorios en contratos conmutativos como el de compraventa y en base a ello negar la rescisión (supuesto, este último, abordado por la STSJ de Cataluña de 7 de junio 1990 [RJ 1992\2576]). Esta línea interpretativa, que apunta a la ampliación del ámbito de aplicación del precepto catalán, coincide en sus planteamientos con las recomendaciones favorables que había formulado sobre esta cuestión la doctrina argentina³¹, ha sido también admitida para el derecho navarro.

3.2 Rescisión por lesión en el Fuero Nuevo de Navarra

En cuanto al derecho de Navarra, el Fuero Nuevo de 1973 recogió la institución histórica de la rescisión por lesión en el precio, si bien con nueva formulación respecto al los precedentes históricos, tanto de Derecho romano como de Derecho histórico navarro, consistente en la incorporación del elemento subjetivo a la noción tradicional de la lesión. El sistema adoptado en Navarra presenta caracteres remarcables, pues se aleja tanto del sistema del Código Civil (que no recoge la acción de rescisión por lesión en el precio, como hemos expuesto antes) como del que años antes había seguido la Compilación catalana (que posiblemente contemple la figura con menor amplitud y extensión que en Navarra). Se trata de una regulación extensa que amplía el ámbito de la institución rescisoria, pues concede la acción al adquirente además de al enajenante de los bienes; incluye en su ámbito a los contratos onerosos y conmutativos en que se den los requisitos objetivos y subjetivos de la acción; permite rescindir contratos que versen sobre muebles y no solo sobre inmuebles; y dota a la acción rescisoria de plazos de prescripción muy largos, de 10 y 30 años según la cuantía de la lesión. Por su excesiva duración, este último extremo desentona notablemente con las legislaciones que han acogido la institución.

Respecto al elemento objetivo de la lesión, la Ley 499 del Fuero Nuevo³² tiene la particularidad de distinguir dos tipos en función de su cuantía: la lesión enorme y la enormísima. La primera consiste en una desproporción de la mitad del valor de la prestación recibida a cambio, mientras que en la segunda, la desproporción ha de ser de dos tercios de dicho valor. El Fuero Nuevo de 1973 y su precedente inmediato, la *Recopilación Privada* de 1971, eliminaron otras dos clases de lesión que habían aparecido recogidas en la *Novísima Recopilación de las Leyes de Navarra* (lesión ingente y lesión exuberante o ingentísima), por carecer de relevancia práctica la distinción, al tener, en dicho texto histórico, los mismos plazos de prescripción. Este sistema actual hace pensar en cuales puedan ser las diferencias entre la lesión enorme y la enormísima, respecto a sus requisitos y sus efectos, cuestión que ha dado lugar a algunas discrepancias en la doctrina, así como averiguar si la clasificación conduce a resultados prácticos, pues es evidente que desde el punto de vista estrictamente cuantitativo, toda lesión enormísima (en dos tercios) engloba una lesión enorme (en la mitad).

La cuestión no surge ya por la diferencia de los plazos prescriptivos, que están claramente determinados en la Ley 33 FN, sino por los presupuestos necesarios para que se produzca una u

otra clase de lesión, dado que el elemento subjetivo (al que haremos referencia más adelante) aparece previsto en el primer párrafo de la Ley 499, que únicamente se refiere a la lesión enorme o en la mitad, por lo que se ha dudado acerca de si se exige también en caso de lesión en más de dos tercios (o lesión enormísima) del valor de la prestación.

Un problema que ha destacado la doctrina a propósito de la cuantía de la lesión en derecho navarro versa sobre la sustitución de histórica alusión al “justo precio” como referente para medir la cuantía de la desproporción, por otra de nuevo cuño, consistente en el “valor de la prestación”, lo que ha llevado a afirmar que con esta última formulación se amplía la cuantía exigida para poder rescindir, pues la compra o venta de una cosa con desproporción en la mitad del justo precio significaba en realidad que, si el precio o valor de mercado es de 10, había lesión para el vendedor si recibió a cambio menos de 5, y para el comprador, si pagó más de 15; pero si la referencia se centra en el “valor de la prestación”, la cuantía de la lesión se eleva, pues habrá lesión para el comprador cuando éste reciba una cosa que vale la mitad de lo que haya pagado por ella, es decir, cuando haya pagado el doble de lo que vale, y no solo una mitad más³³. Así entendida, esta elevación de la cuantía de la lesión enorme, comparada con la noción romana de lesión *ultradimidium* o la que se basó en el justo precio, propia de la época medieval³⁴, en realidad restringe el ámbito de aplicación de la acción rescisoria, pues exige una desproporción de cuantía mayor que en el sistema tradicional (lesión del doble del precio justo o valor).

Por lo que se refiere al elemento subjetivo, la formulación del Fuero Nuevo se caracteriza por incorporar un componente del concepto de lesión que no aparecía en los textos históricos: el requisito subjetivo de la *apremiante necesidad* o la *inexperiencia*. No se refiere el legislador a la noción de *ligereza* (que quedó finalmente recogida en el art. 954 del CCA reformado en 1968) pues este calificativo, aplicable a quienes contratan bajo estados psíquicos delicados, y dentro de un sistema que no hace referencia al lado activo del elemento subjetivo, esto es, al requisito del *aprovechamiento* de esta situación por parte del lesionante, en realidad queda probablemente englobado en las acciones de invalidez (nulidad en los casos de mayor gravedad, anulabilidad por vicio del consentimiento en los casos más leves), de conformidad con lo dispuesto con carácter general en la Ley 19 FN. La doctrina observa que estas expresiones, extrañas a la tradición navarra, coinciden con las que aparecen en otros ordenamientos extranjeros, en particular el parágrafo 138 del BGB y el art. 21 del Código suizo de las obligaciones; sin embargo, aunque las Notas a la Recopilación Privada mencionan la Compilación catalana entre los textos precedentes, silencian toda referencia a los Códigos con los que, sin embargo, la nueva formulación guarda mayor afinidad³⁵.

Esta acogida, para el derecho navarro, de los criterios que anteriormente influenciaron a otros Códigos civiles, como es el caso de la reforma del art. 954 del Código Civil argentino, rompe en cierta medida la armonía del sistema navarro, por distintas razones. En primer lugar, porque el legislador ha recogido el lado pasivo del elemento subjetivo (la situación de *apremiante necesidad* o la *inexperiencia*) del lesionado, pero ha omitido la referencia al lado activo del mismo, el *aprovechamiento* de este estado por parte de quien produce la lesión, elemento que sin embargo define con mayor precisión el moderno concepto de lesión; y por otra parte, por no existir en el resto de Leyes de la Compilación navarra una norma que delimite o concrete estas situaciones, lo que lleva a proponer, para concretar los conceptos que emplea el legislador, la aplicación de la copiosa Jurisprudencia relativa al significado que estas expresiones cobran en el texto del art. 1 de la Ley Azcárate de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, con las que el texto de la ley 499 FN guarda evidente semejanza gramatical³⁶. En segundo lugar, la referencia al elemento subjetivo en la Ley 499 FN dentro de su primer párrafo, que solo menciona la lesión enorme, ha suscitado la duda sobre si en tal caso puede prescindirse de dicho elemento, como ha sostenido en ocasiones la doctrina³⁷ así como la escasa Jurisprudencia que existe en la materia³⁸, si bien se trata a nuestro juicio de una interpretación que debe rechazarse, pues es contradictoria con el régimen de la renuncia a la acción, contenido en la Ley 505 FN. Esta norma dispone que *no será válida la renuncia determinada por apremiante necesidad o inexperiencia*, por lo que, si este requisito se exigiera únicamente para la lesión enorme y no para la enormísima, habría que concluir que la Ley 505 solo permite

renunciar a la acción rescisoria por lesión enormísima y no por lesión enorme, lo cual resulta inaceptable³⁹.

La jurisprudencia ha tenido en cuenta la exigencia del elemento subjetivo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 31 de enero de 2000 [AC 2002\95], como requisito para la procedencia de la acción: *para la prosperabilidad de la acción de rescisión por lesión enorme se exige la concurrencia de varios elementos esenciales, de carácter objetivo y subjetivo: perjuicio de más de la mitad del valor de la prestación, consecuencia de un contrato oneroso, y aceptación del negocio por apremiante necesidad o inexperiencia*⁴⁰.

Como hemos advertido antes, el régimen navarro se extiende largamente sobre los aspectos puntuales de la institución, y aborda expresamente temas anteriormente debatidos por la doctrina, tales como la naturaleza de la acción⁴¹, la renuncia a la acción⁴², la exclusión de ciertos contratos de su ámbito de aplicación⁴³, la exclusión de los contratos celebrados por profesionales o por peritos⁴⁴, entre otros. Pero otra de sus singularidades radica en incluir una norma para resolver los posibles conflictos de leyes que pueda plantear el ámbito de aplicación de este régimen rescisorio que no permite el Código Civil español, tal como la establecida en los dos primeros párrafos de la Ley 500, cuyo texto es el siguiente:

Siendo navarros todos los contratantes, procederá la rescisión por lesión sea cual fuere el lugar en que se hallare el objeto y el del otorgamiento del contrato. Siendo navarro tan sólo alguno de los contratantes, procederá la rescisión cuando el contrato deba someterse a la ley navarra.

Se trata de una norma procedente de la Ley 514 de la Recopilación Privada de 1971, cuando todavía no se había regulado el sistema conflictual de los contratos en el Código Civil; sin embargo, la incorporación del art. 10.5 mediante reforma del Título Preliminar operada por el *Decreto 1836/1974 de 31 de mayo*, algo posterior a la entrada en vigor del Fuero Nuevo (aprobado por *Ley 1/1973 de 1 de marzo*) suscita el problema de la coexistencia de dos sistemas conflictuales alternativos y no totalmente coincidentes, que obliga a establecer una selección⁴⁵. El problema se agudiza en el supuesto concreto de que se trate de contratantes navarros (o al menos uno de ellos), sobre inmuebles situados en territorio de derecho común (o de derecho catalán), pues en tal caso, la solución que ofrece el Fuero Nuevo (*sea cual fuere el lugar en que se hallaren*), basada en el criterio de la ley personal, se aleja sustancialmente de la que adopta el art. 10.5 del Código Civil (*a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos*), que a su vez da prevalencia a la ley territorial; cuestión que, a nuestro juicio, debe resolverse en el sentido de considerar preferente la norma estatal sobre la autonómica en este punto⁴⁶.

3.3 La represión de la usura

La represión de la usura en el derecho español desde la perspectiva civil cuenta con una larga tradición histórica, pese al breve intervalo temporal de libertad que media entre 1856 (fecha de la Ley de Isabel II que abolió la tasa de interés) y 1908 (fecha en que se promulgó la Ley de represión de la usura). Aunque no faltan autores que conciben la usura con cierta amplitud, como situaciones de explotación o abuso de la debilidad de las personas, los textos legales históricos y contemporáneos suelen centrarse en los préstamos y otras operaciones equivalentes (entre las que destacan las ventas con pacto de retro como prototipo de los negocios usurarios).

El sistema de absoluta libertad en materia de intereses de los préstamos propició los abusos que dieron lugar a la promulgación de la *Ley de Represión de la Usura de 23 de Julio de 1908*, también conocida como “Ley Azcárate contra la usura”. Su principal impulsor, D. Gumersindo de Azcárate, propuso poner fin a la situación social creada por el pensamiento liberal en este aspecto y atraer al Derecho español soluciones tomadas de legislaciones extranjeras que habían tratado de combatirla tanto desde el punto de vista penal como civil, si bien la ley española contiene normas que se refieren preferentemente las consecuencias civiles de la usura⁴⁷.

En el Discurso que precedió a la correspondiente Proposición de Ley en el Congreso de los Diputados, se citan como precedentes de la nueva norma las leyes austríacas de 19 de junio de 1877 y 28 de mayo de 1881, las leyes alemanas de 24 de mayo de 1880 y 19 de junio de 1893, y británica de 8 de agosto de 1900⁴⁸. El sistema que proponían estas leyes se basaba en el arbitrio judicial para la apreciación de las circunstancias objetivas y subjetivas que definen el interés usurario⁴⁹, en contraste con el que se había aplicado en España históricamente, que sujetaba los intereses convencionales a tasas legales (sistema de libertad tasada). Su impulsor definió el interés usurario mediante la utilización de expresiones generales, tanto para el componente objetivo como el subjetivo de la usura. Así, se define objetivamente como interés *notablemente superior al normal del dinero, o manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso*; y desde el punto de vista subjetivo, se exige que existan *motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales* (art. 1 de la ley). Se incluye además en la definición de interés usurario que ofrece el primer artículo de la ley el *contrato leonino*, así como el contrato *en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias*.

La tarea encomendada por el legislador al juzgador provocó una copiosa jurisprudencia cuyas líneas generales son difíciles de establecer⁵⁰, aunque algo definidas en ciertos extremos, tales como la aplicabilidad de la Ley Azcárate a los préstamos mercantiles (a partir de la STS de 13 de febrero de 1941), o la independencia de las circunstancias objetivas respecto de las subjetivas para la apreciación de la usura (STS de 24 de marzo de 1942⁵¹); y, aunque la ley pretendía trasponer a nuestro derecho criterios de determinación del abuso basados en la apreciación, caso por caso, de los tribunales, el sistema procesal español no fue proclive a tal indefinición de las tasas de intereses que hasta entonces se encontraban más o menos definidas legalmente, por lo que las Sentencias discreparon largamente acerca de cual fuera el porcentaje de intereses admisible en cada época y cada situación⁵². Mayor discrepancia ha provocado la definición del concepto de “operaciones encubridoras” que aparece en el art. 9 de la ley, pues la jurisprudencia no ha distinguido suficientemente, a nuestro juicio, entre la posibilidad de considerar como usurarias convenciones distintas del préstamo, aún entendido éste en sentido amplio, y los intereses abusivos derivados de préstamos disimulados bajo la apariencia de otro tipo de convenciones (muy particularmente, la compraventa con pacto de retro⁵³).

La acción para invalidar las operaciones usurarias, directas o encubiertas, se configuró desde el principio como una acción de nulidad, si bien con singularidades notables que hacen necesario su estudio en profundidad. Ya durante la época de promulgación de la ley de usura se debatió en la doctrina el problema de la indeterminación de esta acción, pues podría ser considerada como de anulabilidad por vicios del consentimiento (en cuyo caso, le correspondía el plazo de 4 años), o como de nulidad absoluta o de pleno derecho por ilicitud de causa (en cuyo caso sus condiciones de ejercicio serían muy distintas, en cuanto a la legitimación activa, la aplicación de oficio, y la ausencia de plazo de caducidad)⁵⁴.

La relación posible entre la regulación navarra de la rescisión por lesión en el precio, que incorpora como hemos visto un elemento subjetivo -cuya definición se aproxima mucho al texto del art. 1 de la ley Azcárate contra la usura- ha llevado a un sector doctrinal a buscar semejanzas entre ambas instituciones⁵⁵. Según Andreu Ramí, X., la usura fue objeto de represión penal inicialmente pero en el BGB se incorporó al ordenamiento civil para establecer la sanción de nulidad; para este autor, tal solución subyace tanto en la formulación del artículo primero de la ley de represión de la usura de 1908, como después, en la que corresponde a la Ley 499 del Fuero Nuevo de Navarra que define la rescisión por lesión en el precio; de ello deduce el autor que, si bien ninguna de tales normas hace referencias al art. 138 del BGB, ambas lo tuvieron en cuenta a la hora de definir las respectivas instituciones⁵⁶. De aceptarse esta tesis, la consecuencia para el régimen de Navarra podría tener importantes repercusiones en cuanto al carácter subsidiario de la acción de rescisión por lesión, pues en lugar de ello pasaría a ser una norma de represión de operaciones usurarias en coexistencia con otra estatal (la Ley Azcárate), y en consecuencia ésta quedaría desplazada a la categoría de derecho supletorio⁵⁷; pero esta

argumentación no pasa de ser una mera hipótesis doctrinal y minoritaria que por el momento no ha merecido consideración alguna en la Jurisprudencia.

En la doctrina mayoritaria parece haber prevalecido la opinión que en su día formulaba Martín Casals, a propósito del concepto de rescisión por lesión que presenta la Compilación catalana, en el sentido de considerar que ésta se basa en un elemento puramente objetivo, la desproporción o falta de equivalencia de las prestaciones, y la usura en cambio, en el aprovechamiento de las circunstancias subjetivas en que se encuentre el perjudicado, por lo que concluye afirmando que *ambas instituciones se excluyen mutuamente*⁵⁸. Ahora bien, ese razonamiento no es válido para un sistema que exige el elemento subjetivo, como es el caso del Fuero Nuevo de Navarra.

4. Recapitulación y nuevas perspectivas

Llegado el momento de cerrar este trabajo, solo resta observar que la noción amplia de lesión que presenta el Código Civil argentino, tomada de los ordenamientos germánicos, no llegó a tener acogida de manera uniforme en el derecho civil español. La legislación de protección de los consumidores y usuarios, a impulso de las múltiples Directivas comunitarias que tratan de armonizar el derecho europeo de contratos en dicho ámbito, ha retomado la línea tuitiva a través de las normas reguladoras de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y otras muchas que han sido refundidas recientemente⁵⁹, y que en opinión de algunos autores⁶⁰ convergen con las normas de represión de la usura en la finalidad de protección al contratante débil.

Nuevas perspectivas se dejan ya entrever en los múltiples trabajos de armonización del Derecho europeo de contratos que se han venido publicando, algunos de los cuáles recogen el “remedio” de la rescisión por lesión con un carácter general⁶¹. Nada hace pensar en estos momentos en el regreso a la concepción estricta de la lesión que tradicionalmente rechazaron los ordenamientos germánicos.

NOTAS:

¹ En el artículo 1164 del Proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA, se redujo la rescisión por lesión a tres supuestos: restitución de bienes enajenados por tutores o curadores; rescisión por fraude de acreedores; y casos puntualmente señalados en la Ley. La razón de esta restricción se basaba, según explicó el propio GARCÍA GOYENA en la *perplejidad* que suscitó en la mente de la Comisión encargada de elaborar el proyecto la gran diversidad y contradicción que se observaba en los ordenamientos que habían acogido la institución, en cuanto a su admisión o rechazo y otros extremos puntuales tales como el de la concesión de la acción solo al enajenante o también al transmitente, la cuantía de la lesión, los plazos de ejercicio...

F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit. reimpresión de la edición de Madrid 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza 1974, pág. 619.

² En este sentido, M. MARTÍN CASALS, en VV.AA. (Dir. Manuel ALBALADEJO GARCÍA), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXX, (arts. 277 al final de la Compilación de Cataluña), Madrid, Edersa, 1987, pág. 497.

³ En el derecho español, la rescisión por lesión se recoge en la partición de herencia (arts. 1073 a 1081 CCE); la Jurisprudencia ha admitido en ocasiones la rescisión por lesión en la liquidación del patrimonio común en el régimen económico del matrimonio; *Vid.* al respecto J. M. CUTILLAS TORNS, “*Aplicabilidad y pertinencia de la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte a la liquidación de la sociedad de gananciales practicada en convenio regulador aprobado judicialmente en base a separación o divorcio promovido por los cónyuges*”, en *Revista General del Derecho*, Nº 630, 1997, págs. 1761-1794; J.M. BADENAS CARPIO, “Disposición de bienes comunes por un solo cónyuge y rescisión por lesión: comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 1994”, en *La Ley*, Nº 3, 1995, págs. 822-833; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, “Sociedad de gananciales: ‘capítulos de separación’. División del caudal. Rescisión por lesión”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, Nº 3, 1983, págs. 755-764.

⁴ Es clásica, en este contexto, la obra de Jeremías BENTHAM, *Défense de l’usure ou lettres sur les inconvénients des lois qui fixent le taux de l’intérêt* (trad. al francés de la 4ª edición inglesa), Paris 1828, que lleva una introducción

con una *Mémoire sur les prêts d'argent* de TURGOT. En estas obras se recoge una revisión crítica de las concepciones escolásticas a propósito del interés del dinero.

⁵ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, cit., pág. 862 ss.

⁶ NAVARRO AMANDI, *Código Civil de España*, t. II, Madrid 1880.

⁷ Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *el Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965.

⁸ A este respecto, en la reforma de Título Preliminar del Código Civil español operada en 1974, se añadió un texto, el art. 10.5 CC, que estableció las reglas de conflicto para las obligaciones contractuales; pero su aplicación no ha sido pacífica toda vez que ni ha recogido las posturas jurisprudenciales existentes, ni tampoco la disposiciones que al respecto contiene la Compilación navarra de 1973 en su Ley 500, como se verá más adelante. *Vid.* sobre estas cuestiones, L. PUIG FERRIOL, “La rescisión por lesión en el Derecho interregional”, *Revista de Derecho Privado*, septiembre 1975, págs. 699-715.

⁹ Vélez Sársfield ubicó esta nota final inmediatamente después de legislar sobre los vicios de la voluntad (error, dolo y violencia), porque ésta es la ubicación que se había dado a las normas sobre lesión en el Código Civil francés (en este sentido, L. MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión en los actos jurídicos*, Córdoba, Argentina, 1979, pág. 135, nota 6).

¹⁰ A parecida conclusión había llegado años antes Florencio GARCÍA GOYENA (citado *supra*) con ocasión del Proyecto de Código Civil de 1851, cuyo art. 1164 suprimió la rescisión por lesión para los contratos en general.

¹¹ La fórmula adoptada por el Proyecto de Reforma del CCA de 1954 gozó de la aceptación de importantes juristas. Su texto era el siguiente: *art. 159: si mediara desproporción evidente entre la prestación de una de las partes y la contraprestación correspondiente, el acto podría anularse cuando la lesión hubiese sido determinada por la explotación de la desgracia, ligereza o inexperiencia del lesionado. También podrá anularse el acto cuando el daño resultante de la inequivalencia de las prestaciones excediera la mitad del valor prometido o entregado por el lesionado, salvo que éste hubiera tenido la intención de beneficiar a la otra parte. La lesión se computará al tiempo de la celebración del acto y deberá perdurar al promoverse la demanda. No podrán anularse por lesión los contratos aleatorios.* (Citado por Guillermo A. BORDA “Observaciones a los dictámenes preliminares”, *Recomendación 14. Tercer congreso de Derecho Civil Argentino*, t. II, pág. 535).

¹² La propuesta de introducir en el Código Civil argentino una norma para permitir la impugnación de los actos jurídicos por lesión fue presentada en el Tema 12 del Congreso y debatida por los juristas Eugenio Osvaldo CARDINI, Edgardo SAUX ACOSTA, Eduardo MARTÍNEZ CARRANZA, Jorge MOSSET ITURRASPE, Héctor R. SÁNDLER, Luis MOISSET DE ESPANÉS, y Horacio A. OLIVA VÉLEZ. Sus propuestas, no totalmente coincidentes en todos los aspectos puntuales de la institución, fueron objeto de consideración por los juristas Guillermo A. BORDA, Eugenio O. CARDINI, Jorge A. CARRANZA, y Edgardo SAUX ACOSTA, y por la Comisión del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, Universidad Católica Argentina.

Las discusiones y debates jurídicos en torno al Tema 12 del Tercer Congreso, y la Recomendación 14, ocupan amplio espacio en las Actas del Congreso; y han sido recientemente publicados por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, en su página web.

¹³ Su texto es el siguiente: *Podrá demandarse la nulidad o la modificación de todo acto jurídico bilateral oneroso, en el cual alguien aprovechando la necesidad, penuria o inexperiencia extrema de otro, se hiciera prometer u otorgar para sí o un tercero, ventajas patrimoniales en evidente desproporción a su prestación.*

La lesión deberá subsistir al momento de deducirse la acción, cuyo plazo de caducidad será de un año, contando desde la fecha en que deba ser cumplida la prestación a cargo del lesionado. La acción será irrenunciable al momento de la celebración del acto.

Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil..., cit., pág. 777.

¹⁴ *Código Civil argentino y legislación complementaria*, cuadragésimo segunda edición (supervisada por Roberto Ernesto Greco), ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

¹⁵ Esta expresión pretende designar las situaciones de debilidad mental entendidas como estados psíquicos y patológicos, y se distingue de la “inexperiencia” en que en ésta se produce una simple carencia de conocimiento, pero no una anomalía psíquica (L. MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión en los actos jurídicos..., cit.*, págs. 192 y 193; y “La ‘lesión’ en el art. 954 del Código Civil argentino”, *Anuario de Derecho Civil* Tomo XXIX, Fascículo I, Enero-Marzo 1976, pág. 105).

En nuestra opinión, la “ligereza” del art. 954 CCA es comparable con la expresión que se emplea en el art. 1 de la española Ley Azcárate de Represión de la Usura (limitación de las facultades mentales), norma que también distingue estas situaciones de las que provienen de la inexperiencia.

¹⁶ “La ‘lesión’ y el nuevo art. 954”, Córdoba, Argentina, 1976, págs. 99 y 100; en donde el autor expone en detalle las posturas doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

¹⁷ Las Actas de las *Quintas Jornadas* citadas no han sido publicadas, si bien existen dos tomos mimeografiados impresos por el Instituto de Derecho civil de Rosario, que contienen la mayor parte de las ponencias. Lamentablemente el despacho de comisión sobre el art. 954 que regula la lesión, Tema 9 *del Cuarto Congreso* citado, fue omitido de las correspondientes Actas. *Vid.* Luis MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión y el nuevo artículo 954*, cit., págs. 102 y 103.

¹⁸ En este sentido, Guillermo A. BORDA, *Manual de Derecho Civil, Parte General*, 14ª edición actualizada, Buenos Aires, Perrot, 1989, escribe al respecto: *cuando la ley ha dispuesto que debe presumirse la explotación en caso de notable desproporción de las contraprestaciones, es obvio que se refiere a todo el elemento subjetivo de la lesión.*

A nuestro juicio, en los sistemas legales que exigen expresamente la concurrencia de circunstancias subjetivas para que se produzca la lesión, la presunción legal de existencia de dichas circunstancias subjetivas quizá sea una reiteración innecesaria que puede resultar incluso contraproducente (debido a la posible inversión de la carga de la prueba de hechos negativos y psicológicos). En cambio en sistemas en que la lesión se cifra en circunstancias solamente objetivas (como es el caso de la Compilación catalana, a la que más adelante aludiremos), la doctrina ha llegado a presumir la existencia del dolo en la persona del lesionante, a través de la histórica figura del *dolo ex re ipsa*.

¹⁹ La versión actual no ha sufrido modificaciones desde que se promulgó la Compilación, por *Ley estatal 40/1960 de 21 de julio*, si bien ha sido objeto de una refundición que ha tenido lugar por *Decreto Legislativo 1/1984 de 19 de julio*, de la Generalitat de Cataluña. Entre las normas que todavía se conservan en vigor en su redacción originaria, figuran las relativas a las obligaciones y contratos, sede en que el legislador ubicó la figura de la rescisión por lesión en el precio.

En el actual proceso de elaboración del Código Civil catalán, que lleva ya aprobados los Libros Primero, Tercero (personas jurídicas) Cuarto (sucesiones) y Quinto (derechos reales), se ha pospuesto para más adelante el Libro Sexto que tratará de las obligaciones, pues se trata de una materia cuya regulación mediante ley autonómica presenta mayor complejidad, desde el punto de vista de las *bases para las obligaciones contractuales* a que se refiere el art. 149.1.8 *in fine* de la Constitución Española.

Pueden consultarse los textos legales relativos a los Libros ya aprobados por ley catalana, del futuro Código Civil catalán, en la página preparada por la Universidad de Girona, <http://civil.udg.es/NORMACIVIL/catalunya.htm>

²⁰ M. ALBALADEJO GARCÍA, “Estudio sintético de la rescisión por lesión en más de la mitad en los derechos catalán y navarro”, *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1976, pág. 984.

²¹ En este sentido, Miquel MARTÍN CASALS, (en VV.AA. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales ... cit.*, t. XXX., cit., pág. 490), tras considerar los posibles elementos subjetivos de la rescisión por lesión, llega a la conclusión de que esta institución se excluye mutuamente con la usura, y para corroborar su opinión trae a colación la prohibición de rescindir por lesión la compraventa a carta de gracia en la Compilación catalana, contenida en el art. 321 *in fine* ya que a su juicio la existencia de esa lesión, o incluso de una lesión menor, la convertirá en usuraria.

²² En este sentido, F. BADOSA COLL, (“Rescisión por lesión.- Carácter de la acción de rescisión por lesión en la Compilación catalana.- Ejercicio de la acción de rescisión por lesión por uno de los coherederos del enajenante. Sentencia de 5 de abril de 1968”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-marzo 1969, pág. 86), observa que, en la Compilación catalana, la rescisión por lesión tiene un fundamento subjetivo (la situación de necesidad que se sobreentiende en quien vende sus inmuebles a un precio tan desproporcionadamente bajo), aunque los requisitos establecidos por el legislador sean puramente objetivos. Para este autor, *en realidad, el fundamento de la rescisión se halla en la tesis subjetiva, pero formulada de modo diverso a como la formula la tesis tradicional*.

Para M. MARTÍN CASALS, en cambio, el modelo que adopta la Compilación catalana es puramente objetivo: *con la limitación del ámbito de aplicación a los inmuebles y con la configuración asimétrica de la institución, es decir, sólo en beneficio del enajenante, la institución de la lesión ultra dimidium. se convierte en un mecanismo de protección del propietario de inmuebles a fin de evitar su descapitalización, e independientemente de que el consentimiento del propietario haya sido plenamente libre o no. La institución retorna así, probablemente, a sus orígenes romanos* (op. cit., pág. 498).

²³ La STSJ Cataluña de 20 de octubre de 1995 [RJ 1995\9977], dictada a propósito de una compraventa de inmuebles que se considera en la Sentencia contrato mercantil y por ello no rescindible por lesión, pues lo prohíbe el art. 344 del Código de Comercio, declaró que: *la presunción de vicio de la voluntad en esta materia es rechazada por la doctrina catalana ampliamente mayoritaria, y también por la jurisprudencia anterior y posterior a la Compilación de Cataluña que confiere un fundamento objetivo a la rescisión por lesión (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 noviembre 1935 [RJ 1935\2187], 3 diciembre 1981 [RJ 1981\5042] y 18 marzo 1982 [RJ 1982\1385]).*

La STSJ Cataluña de 25 de mayo de 2000 [RJ 2000\7442] declaró, en relación a la rescisión por lesión contemplada en el art. 321 de la Compilación catalana que: *esta institución en sede del vigente Derecho civil catalán tiene hoy una naturaleza jurídica objetiva, como ya puso de manifiesto la sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1992, 2580) y repitieron las de 22 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10201) y 20 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 9977),...* Reitera esta declaración la STSJ Cataluña de de 31 de enero de 2005 [RJ 2005\1140].

(V. texto completo de estas resoluciones en www.Westlaw.es)

²⁴ Manuel ALBALADEJO GARCÍA, (“Estudio sintético de la rescisión por lesión en más de la mitad en los derechos catalán y navarro”, *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1976, pág. 984 nota 14) cita, en esta línea interpretativa, a MARTÍ RAMOS “La rescisión de los contratos por lesión enorme en Cataluña”, *Anuario de Derecho Civil*, 1959, págs. 1278 ss.; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU, “La lesión ‘ultra dimidium’ y las alteraciones del valor de la moneda”, en *Estudios de Derecho Privado*, t. I, 1948, pág. 260; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *Derecho Civil*, III, 11ª ed., 1974, pág. 595; FAUS Y CONDOMINES, *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, 1962, págs. 369 y 370; GARCÍA VALLÉS, *La rescisión por ‘laesio ultra dimidium’*, 1962, pág. 80 ss.

²⁵ Los distintos países no han adoptado una postura uniforme en cuanto a la consideración de la rescisión como una categoría de ineficacia o de invalidez. Así, en Italia la doctrina mayoritaria a propósito del negocio jurídico, ha distinguido tradicionalmente la invalidez, debida a causas intrínsecas del negocio, de la ineficacia en sentido estricto, que comprendería la rescisión así como la revocación y la resolución de los negocios jurídicos. La doctrina francesa, sin embargo, sitúa la rescisión como un caso particular de nulidad relativa o anulabilidad. La doctrina alemana incluye la rescisión dentro de los supuestos de nulidad absoluta por tratarse de negocio inmoral. La doctrina

española sigue en este punto a la italiana y diferencia las acciones de anulabilidad por vicio del consentimiento de la acción de rescisión; esta última se considera un supuesto de ineficacia de negocios válidos que por causas extrínsecas no deben producir efectos (Diego ESPÍN CÁNOVAS, “Algunos aspectos de la rescisión por causa de lesión”, *Revista de Derecho Privado*, 1988, págs. 212 y 213).

Por su parte, la impugnación de los préstamos usurarios se configura en España como un supuesto de invalidez, si bien de especiales características (V. *infra*).

²⁶ “Rescisión por lesión...”, cit., págs. 97 y ss.

²⁷ Op. cit., pág. 985.

²⁸ Op. cit., pág. 542.

²⁹ *Vid.*, a propósito de estas cuestiones que plantea la lesión, E. ROCA TRÍAS, “Problemas de ‘l’engany a mitges’”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Abril-Junio 1967, págs. 286 y 297.

³⁰ Dictada a propósito de un contrato de renta vitalicia en el que una señora de 79 años con una expectativa de vida de 9,48 años, cedió, con reserva del derecho de uso, la propiedad de su vivienda valorada a la sazón en 77.440 euros, a cambio de una renta vitalicia de 35.000 pesetas mensuales actualizables anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo.

³¹ L. MOISSSET DE ESPANÉS, *La lesión en los actos jurídicos...*, cit., págs. 214; *La lesión y el nuevo art. 954*, cit., págs. 109 ss. Para el derecho catalán, *vid.* E. ROCA TRÍAS, “Rescisión por lesión. Plazo. La rescisión de los contratos aleatorios”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 4, 1964, págs. 1219 a 1228.

³² Ley 499 FN: *Quien haya sufrido lesión enorme, a causa de un contrato oneroso que hubiere aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia, podrá pedir la rescisión del mismo.*

Se entenderá por lesión el perjuicio de más de la mitad del valor de la prestación, estimada al tiempo del contrato. Si el perjuicio excediere de los dos tercios de aquel valor, la lesión se entenderá enormísima.

³³ Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, “La rescisión por lesión en el Derecho navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, Nº 3, enero-junio 1987, pág. 19. El autor explica que este cambio de criterio respecto a los textos navarros tradicionales procede del texto del art. 151 del Proyecto de Apéndice de Derecho de Navarra al Código Civil, presentado por la Diputación de Navarra en 1945, cuyo texto es el siguiente: *La compraventa podrá rescindirse cuando exista lesión enorme o enormísima en el precio. Hay lesión enorme cuando se vende por menos de la mitad o por más del doble de su justo precio. Y lesión enormísima cuando se vende por menos del tercio o por más del tripo de su justo valor.* Este texto aparece citado en la Nota a la Ley 513 de la Recopilación Privada de 1971, que constituye antecedente inmediato de la Ley 499 del Fuero Nuevo de 1973.

³⁴ Luis de MOLINA lo expresó con estas palabras: *si el justo precio de un bien fuera sólo 10 y se comprase por 4 ó 4,5, esa compra se habría efectuado por debajo de la mitad del justo precio, que es 5; ahora bien, en caso de venderse el bien por encima de la mitad del justo precio, quisieron algunos que sólo se considerase tal cuando se vendiese por encima del doble del justo precio, como sucedería cuando, siendo el precio justo riguroso 10, se vendiera a más de 20. Sin embargo, la opinión común es la contraria, es decir, que basta con que se venda por encima de la mitad del justo precio, como sería, en el ejemplo anterior, por encima de 15. (...). Esta opinión ... se defiende en la glosa...y a ella se une Panormitano, ... la misma opinión de la glosa es aceptada por Soto, Antonio Gómez, Covarrubias, Gutiérrez, y muchos otros, siendo la admitida hoy en la legislación de Castilla y en la portuguesa.* LUIS DE MOLINA, *La teoría del justo precio*, Ed. Preparada por Francisco G. Camacho, Editora Nacional, Madrid 1981, págs. 180 y 181.

³⁵ Xavier ANDREU RAMI, analiza minuciosamente todos los textos que en Navarra han precedido a la Recopilación Privada y concluye que, aunque en algunos puede haber referencias al elemento subjetivo del engaño o la situación de necesidad, se mencionan a la hora de regular la renuncia a la acción, y sin embargo en el texto de la Ley 499 FN aparecen nitidamente expresados, por lo que se pregunta el autor de donde provienen estos elementos, y concluye que posiblemente el legislador los tomó de la ley de represión de la usura de 1908 (“El fundamento de la rescisión por lesión en la Compilación del Derecho civil de Navarra” *Revista Jurídica de Cataluña*, 1974, pág. 173 a 175).

³⁶ En este sentido ANDREU RAMI, *op. cit.*, págs. 648 ss.

³⁷ Wenceslao DIEZ ARGAL, *Rescisión por lesión en el Fuero Nuevo de Navarra*, Pamplona 1984, págs. 44 y 99.

³⁸ P.ej., Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de junio de 1994 [RJ 1994\6561], fundamento de Derecho Octavo: *parece claro que el FNN define objetivamente la rescisión por lesión (en especial Ley 501) y no se recoge el requisito subjetivo del engaño con el que históricamente se configuró la institución en Navarra (Novísima Recopilación de Navarra 2, 37, 1), en Castilla (Partida V, Título V, Leyes 12 y 57) y en Cataluña [STS de 25 noviembre 1935 (RJ 1935\2187)]; por lo que la prueba del elemento subjetivo de apremiante necesidad o inexperiencia debe referirse exclusivamente a los supuestos de la lesión enorme y no a los que, como en el presente caso, han de calificarse como lesión enormísima, y tal como ya con anterioridad a la promulgación del Código Civil interpretaba el Tribunal Supremo en relación con la funcionalidad de la lesión en el derecho de Castilla (STS de 26 abril 1875).*

La misma doctrina sigue la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 19 de enero de 2000 [Ac 2000\449], Fundamento de Derecho cuarto, si bien en un pronunciamiento que posiblemente es solo *obiter dicta*.

³⁹ He mantenido esta opinión en E. SABATER BAYLE, comentario a la Ley 499 del Fuero Nuevo de Navarra, en VVAA (Dir. E. RUBIO TORRANO) *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor (Navarra) 2002, pág. 1694.

⁴⁰ Según dicha Sentencia, la “apremiante necesidad” consiste en *una situación en la que el actor se ve obligado a contratar impulsado por la necesidad de evitar un perjuicio grave para él o un tercero, o bien por la*

carencia de los bienes precisos para sobrevivir. El término 'inexperiencia' -ley 499 del FN- supone en cambio, una falta de conocimiento sobre la cuestión contractual, que implicará el desconocimiento de lo que es objeto del negocio.

⁴¹ La Ley 504 dispone expresamente que se trata de una acción personal y transmisible a los herederos, así como que *no tendrá lugar cuando sean procedentes las acciones de saneamiento por vicios o defectos de la cosa, o la de nulidad del contrato*. La concurrencia de acciones que tiene el lesionado se proyecta dentro y fuera del ámbito del Derecho navarro, pero la doctrina sostiene que la Ley 504 no aborda este segundo problema, sino únicamente el de la posible coexistencia con acciones de saneamiento por evicción o vicios ocultos, y de nulidad, contempladas en otras partes del Fuero Nuevo; y, dentro de este marco, se ha afirmado que la incorporación del elemento subjetivo a los presupuestos de ejercicio de acción rescisoria aproxima esta acción a la de anulabilidad por vicios del consentimiento hasta el extremo de permitir que el perjudicado escoja alternativamente entre una y otra acción (Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit., págs. 22 y 23).

⁴² A este respecto, la doctrina ha destacado que la renuncia a la acción es una verdadera *cláusula de estilo* en Navarra, pues lo que realmente dispone la Ley 505 FN (de difícil interpretación), es que la validez de la renuncia a la acción requiere que haya desaparecido la situación subjetiva que llevó al perjudicado a aceptar el contrato, por lo que el sistema invalida automáticamente las renunciaciones hechas bajo estado de necesidad o inexperiencia (renunciaciones *simultáneas*) y solo permite las realizadas cuando haya cesado la causa que dio lugar a la aceptación (renunciaciones *posteriores*). (V. mi comentario a la Ley 505, en VV.AA., Dir. Rubio Torrano, *Comentarios al Fuero Nuevo...*, cit., págs. 1719 a 1724).

⁴³ En particular, respecto a los contratos aleatorios, su exclusión por el texto de la Ley 503 FN no ha impedido a la Jurisprudencia aplicar la rescisión a los de renta vitalicia cuando las condiciones eran tan onerosas que eliminaban el *aleas* o riesgo de pérdidas consustancial a esta clase de contratos. En este sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala Civil y Penal, de 30 de junio 1994 [RJ 1994\6561].

⁴⁴ La exclusión de contratos celebrados por profesionales o peritos, que contiene la Ley 500 FN en su último párrafo (*en ningún caso podrá pedir la rescisión por lesión quien, profesional o habitualmente, se dedique al tráfico de las cosas objeto del contrato o fuere perito en ellas*) apunta a eliminar del ámbito rescisorio los contratos entre comerciantes, cuestión más propia del Derecho mercantil, aunque el texto abarque además a otros expertos que no necesariamente tengan dicha condición que les somete a un Derecho especial. Tanto éstos como los “peritos” quedan excluidos por no concurrir en ellos el requisito subjetivo de la *inexperiencia*, pero la Ley 500 resuelve la duda que se había planteado acerca de si podían acogerse al remedio de la rescisión en caso de haber contratado por *apremiante necesidad*. En caso de contratar un profesional o perito con un particular que no reúna dicha condición, se plantea además la cuestión sobre si el no profesional, o no perito, puede rescindir, pregunta que a nuestro juicio debe resolverse negativamente en caso de que el contrato pueda calificarse de mercantil en el sentido del Código de comercio. La situación (contrato entre comerciante y no comerciante), sin embargo, parece remitirnos a la normativa estatal y autonómica en materia de protección de los consumidores.

⁴⁵ Pues dos sistemas conflictuales distintos no pueden coexistir en un único territorio con soberanía.

⁴⁶ Abona esta postura el texto del art. 149.1.8 *in fine* de la Constitución Española, al atribuir las *normas para resolver los conflictos de leyes* a la competencia legislativa exclusiva del Estado. (En este sentido, Pedro DE PABLO CONTRERAS y Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Curso de Derecho Civil navarro* I, 1ª ed., Pamplona, EUNSA, 1990, pág. 289).

⁴⁷ Un vestigio del espíritu sancionador de las normas de represión de la usura se encuentra en el art. 5 que dispone: *A todo prestamista a quien, conforme a los preceptos de esta Ley, se anulen tres o más contratos de préstamos hechos con posterioridad a la promulgación de la misma, se le impondrá como corrección disciplinaria una multa de 500 a 5.000 pesetas, según la gravedad del abuso y el grado de reincidencia del prestamista*. El precepto dio lugar a una enmienda por el Diputado Sr. Picón, quien proponía sustituir la palabra “corrección” por “pena” (lo que hubiera dejado claro el carácter penal del art. 5 de la ley); la palabra “corrección disciplinaria” en cambio, constituye una sanción de difícil caracterización..

Un estudio detenido del debate parlamentario de la ley de usura en el Congreso y en el Senado puede consultarse en I. SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, Aranzadi, 1986, págs.136 a 185.

⁴⁸ V. una traducción española de estas leyes en Antonio RODRÍGUEZ MARTÍN, *Represión de la usura, Comentarios a la Ley de 23 de julio de 1908, Reglamento de las casas de préstamos y establecimientos similares de 23 de septiembre de 1908*, 2ª ed., Madrid 1923, págs. 28 a 33; el autor añade además en su obra la Ley sueca de 1902.

Vid. también una versión resumida en C. FERNANDO VIZCARRO, *El préstamo usurario*, Barcelona 1963, págs. 183 a 189. Y Xavier ANDREU RAMÍ, “El fundamento de la rescisión por lesión en las Compilaciones del Derecho civil de Navarra y Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXIII, Nº 3, julio-septiembre 1974, pág. 653.

⁴⁹ El art. 2 de la Ley de Represión de la Usura dispuso en su versión originaria que *Los Tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes*, frase que fue después interpretada en el sentido de incluir en la norma al Tribunal Supremo, lo que para algunos autores suponía convertir el recurso de casación en una tercera instancia. Este artículo, junto con otros de índole procesal (arts. 8, 12 y 13) ha quedado derogado por la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

⁵⁰ Uno de los primeros intentos se encuentra en mi tesis doctoral, “La aplicación de cláusulas de estabilización al contrato de préstamo con interés”, leída en Pamplona en 1984 y luego publicada por la Editorial Aranzadi en Pamplona en el año 1986 (a excepción del capítulo histórico, que ha quedado inédito, y con algunas variaciones), con el título *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización* (ya citado antes). Una parte del capítulo histórico

de la tesis aparece recogida por Carlos VILAGRASSA ALCAIDE, *La deuda de intereses*, Barcelona EUB, 2002, págs. 32 y ss.

⁵¹ Esta sentencia estableció en su séptimo Considerando que en el texto del art. 1 de la ley las circunstancias objetivas relativas al concepto de interés usurario se separan de las circunstancias subjetivas por la partícula disyuntiva “o” (y no de la copulativa “y”) lo que no permite entender que deben darse todas ellas conjuntamente para proceder a la declaración de nulidad del préstamo. Esta opinión parece haber prevalecido posteriormente en la jurisprudencia, aunque sin llegar a alcanzar la unanimidad.

⁵² Me he ocupado de este problema, tanto en tesis doctoral y monografía antes citada (págs. 206 y ss.) como en otro trabajo que versa sobre los intereses de los préstamos bancarios. *Vid.* E. SABATER BAYLE, “Los contratos usurarios en la reciente Jurisprudencia”, *Rev. Aranzadi Civil*, Nº 1, 1994, págs. 5 a 30. (www.Westlaw.es, [BIB 1994\146])

⁵³ Art. 9 de la Ley de Represión de la Usura: *Lo dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido.*

⁵⁴ Estas consideraciones han dado lugar a un debate que perdura en nuestros días y en el que no podemos extendernos en esta ocasión. *Vid.* al respecto, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, “La nulidad de los préstamos usurarios”, *ADC* 1995, págs.33-49, donde sustancialmente defiende la tesis de que la acción de nulidad por usura es una acción de nulidad radical, no sujeta a plazo de prescripción, si bien la acción para exigir la restitución que de ella deriva prescribe a los 15 años (plazo general de las acciones personales); Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y M^a Ángeles PARRA LUCAN, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Madrid, 2005, en especial págs. 311 a 316, que sostienen que se trata de una nulidad atípica que genera un efecto no querido por el legislador (la restitución total del capital del préstamo) por lo que proponen interpretar que ello no debe tener lugar antes de que llegue el término de restitución, lo que en el fondo conduce al efecto práctico de la nulidad parcial.

Estos y otros trabajos ponen de relieve las dificultades interpretativas que plantea la nulidad de los contratos usurarios en nuestro Derecho en general, y especialmente en el supuesto específico del art. 3 de la Ley de usura. Muy particularmente, no se encuentra prevista en Derecho español una norma que expresamente admita la nulidad parcial (solo de la cláusula relativa a los intereses con mantenimiento del contrato principal), ni tampoco la posibilidad de exigir la reducción de los mismos al tipo legal, como se ha hecho en Italia.

Vid. una exposición sucinta de estas posturas doctrinales en E. SABATER BAYLE, “La invalidez de los negocios usurarios”, en *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, Nº 1, 2006, (ejemplar dedicado a Coloquios) que puede consultarse en la dirección:

www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=264

⁵⁵ En este sentido, Gabriel GARCÍA CANTERO, revisión a la obra de José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral*, 11^a ed., Madrid, 1974, t. III, págs. 605 y 606.

⁵⁶ Xavier ANDREU RAMÍ, “El fundamento de la rescisión por lesión...”, *cit.*, pág. 658.

⁵⁷ Pueden encontrarse referencias a esta hipótesis en E. SABATER BAYLE, comentario a la Ley 499, en *VV.AA. Comentarios al Fuero Nuevo...*, *cit.*, págs. 1695 y 1696, en el que se analiza una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (STSJ Navarra de 26 octubre 1999 [RJ 1999\9743]); en ella se discutió si era rescindible por lesión un préstamo sin intereses garantizado con la transmisión de la propiedad de una finca en garantía fiduciaria y el Tribunal aplicó la Ley 478 FN, que prohíbe rescindir por lesión enorme las retroventas en función de garantía (que el tribunal considera en este caso análogas a la transmisión de la propiedad fiduciaria).

⁵⁸ “Artículo 321”, *op. cit.*, pág. 490.

⁵⁹ *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. (B.O.E. Nº 287, de 30 noviembre 2007, pág. 4981. Este texto no ha refundido sin embargo todas las disposiciones anteriores, por ejemplo, la ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (reformada por ley 39/2002, de 28 de octubre y otras disposiciones) que continúa en vigor.

⁶⁰ Gabriel GARCÍA CANTERO, “Préstamo, usura y protección de los consumidores”, *Actualidad Civil*, Nº 3, enero de 1989.

⁶¹ En este sentido, el *Proyecto Pavía de Código Europeo de Contratos*, arts. 33 y 156. La rescisión del contrato se da, según este texto, en caso de prestaciones *manifestamente desproporcionadas*, que no se cuantifican en el texto, y se exige además el componente subjetivo de la lesión consistente en la situación de peligro o necesidad, la falta de capacidad de entender y querer, la inexperiencia, o la subordinación económica o moral, y el aprovechamiento de estas circunstancias por parte del lesionante.

V. ALONSO PÉREZ, M^a.T., *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía* (coord. GARCÍA CANTERO, G), Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza 2005, pág. 803.

En los PECL, en cambio, la inmoralidad de los contratos como causa de ineficacia aparece formulada en el art. 15:101: Contratos contrarios a principios fundamentales, en términos muy amplios que no mencionan expresamente la lesión: *El contrato será ineficaz en la medida en que sea contrario a los principios reconocidos como fundamentales en la legislación de los Estados miembros de la Unión Europea*

(*V. Principios de Derecho Contractual Europeo, Parte III*, edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, y Fernando Martínez Sanz, editada por el Consejo General del Notariado, Madrid 2007, pág. 309).

LA LESIÓN OBJETIVA SUBJETIVA: PERFILES ACTUALES Y PROSPECTIVA

por JOSÉ W. TOBIAS

SUMARIO: I. Introducción. II. La evolución histórica de la lesión. III. Perfiles actuales. IV. Prospectiva.

I. Introducción

Son muy conocidas las razones por las que el Codificador omitió legislar sobre la variante entonces conocida de la lesión (la objetiva o enorme): las expresó Vélez en una de las más largas notas del Código¹.

Es también conocida la evolución de la doctrina y jurisprudencia² anterior a la consagración de la lesión en su variante subjetiva por la ley 17.711 (iniciada por el Código Civil alemán a principios del Siglo pasado) y el espaldarazo que para su incorporación fue la Recomendación del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba 1961) – suscripta por los más prestigiosos civilistas de ese entonces – recogiendo el despacho de la Comisión nombrada para dictaminar sobre el tema nº 12 (“*La lesión como causa de impugnación del contrato*”)³. Similar importancia debe atribuirse a la obra “*La lesión en los actos jurídicos*” del jurista cordobés Luis Moisset de Espanés (Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1965)⁴.

Con la perspectiva de los 40 años transcurridos desde la entrada en vigencia de la ley 17.711, resulta de interés considerar la actual situación doctrinaria y jurisprudencial del instituto -y por ende sus perfiles actuales- además de evaluar las perspectivas de su supervivencia normativa.

A propósito de ello, en una importante obra publicada en la mitad del Siglo pasado⁵, el jurista italiano Mirabelli iniciaba el estudio de la lesión con esta particular afirmación: “*Non si sa como sia nata, non si sa cosa sia, non si sa cosa si sia a fare*” y luego de un meditado y profundo estudio concluía con la misma afirmación: “*Non si sa como sia nata, non si sa cosa sia, non si sa cosa si sia a fare*”⁶.

Las pesimistas afirmaciones del comienzo y el final del libro no deben considerarse excesivamente exageradas. Nada menos que la determinación de la esencia y naturaleza de la lesión -de relevante importancia para resolver aspectos no contemplados expresamente por los textos legales o para dilucidar cuestiones de significado dudoso- ha sido y es también hoy objeto de controversias y debates.

En nuestro derecho se sostienen todas las tesis: otorgando preeminencia al elemento objetivo, se concluye fundando el instituto, sea en el objeto⁷ o si se admite la doctrina objetiva de la causa, en la causa misma⁸; quienes ubican el centro de la lesión en los estados de inferioridad -considerando que la inequivalencia es sólo un elemento secundario indicativo de la influencia de aquellos estados sobre el contenido del negocio- lo caracterizan como un vicio de la voluntad, análogo a los tradicionales o autónomo de ellos⁹ o como un vicio del consentimiento¹⁰; quienes, en cambio, ponen de resalto el comportamiento del lesionado, tienden a considerar la lesión como la sanción civil de un acto ilícito¹¹. Otros autores no otorgan a la lesión una configuración tan neta remitiéndose al genérico principio de la buena fe¹² o al de la equidad o entendiéndola como una aplicación particular del ejercicio abusivo de los derechos o negando la preponderancia de un elemento sobre otro o atribuyendo indistintamente la invalidez a un vicio de la causa y de la voluntad o, aún, propiciando que el fundamento del instituto radicaría en el daño causado al lesionado por el acto lesivo¹³.

II. La evolución histórica de la lesión

La evolución histórica de la lesión -que podría resultar de importancia para arribar a conclusiones firmes sobre su naturaleza- no aporta respuestas decisivas: el instituto ha experimentado sucesivos vaivenes y contradicciones a lo largo del tiempo. He hecho el análisis en otra oportunidad¹⁴ -al que corresponde remitirse- así que aquí será suficiente reiterar algunas referencias suficientemente indicativas, que parecen dar la razón a una de las afirmaciones de Mirabelli: “no se sabe cómo ha nacido”.

a) Los textos legales en los que aparece contemplada la lesión en su variante objetiva, son dos rescriptos de los emperadores Diocleciano y Maximino¹⁵. Al cabo de los estudios realizados, se han expuesto serios argumentos tendientes a demostrar que los textos fueron interpolados¹⁶.

No obstante, resulta complejo determinar con certeza los textos originales y las causas o circunstancias que dieron lugar a su sanción y que podrían resultar de interés para la ubicación de la *ratio* histórica del instituto y, por ello, una guía útil para la interpretación del derecho actual.

Quienes atribuyen a Diocleciano el mérito de la reforma -minimizando el papel de los compiladores- consideran que el nacimiento de la ley deriva de una necesidad de política legislativa tendiente a regular los fuertes desequilibrios económicos y sociales de la época clásica, lo que supone otorgarle una naturaleza meramente objetiva.

Los que excluyen el origen clásico -considerando el texto de procedencia justiniana- encuentran su origen en razones más teóricas, en la que pudieron tener influencia los principios filosóficos de la religión cristiana a través de los Padres de la Iglesia con su doctrina del justo precio: así entendida, la lesión constituiría una aplicación particular de la indicada doctrina.

No falta una opinión que conduciría a sostener el fundamento subjetivo de la lesión: el primer Rescripto es respuesta a una consulta formulada por un tal Lupus en razón de un contrato celebrado en condiciones desventajosas por su padre, quien era “probablemente” un anciano y lo habría otorgado debido a particular situación de inferioridad. Se especula que los compiladores justinianos habrían generalizado el remedio evitando una referencia explícita al vicio de la voluntad.

b) Luego, los glosadores recurrieron a una noción -*dolus re ipsa*- del que resultaba que el dolo se encontraba en la naturaleza del acto. Con esta explicación parecían condensarse en una sola fórmula tres elementos: el vicio de la voluntad de la víctima, la actitud inmoral del lesionante y la desproporción entre las prestaciones. La existencia de los dos primeros resultaba de la sola existencia de la desproporción.

Paralelamente, debatieron el valor de la renuncia a ejercer la acción formulada simultáneamente con la celebración del acto. Se sostuvo en esa hipótesis que el acto debía entenderse válido cuando el cocontratante “conocía” que el valor de su prestación era superior a la otra y no el caso contrario. Extendieron también la lesión a otros actos jurídicos, comprendiendo incluso a la donación: se admitía en ese caso la acción de rescisión si se demostraba que el donante “ignoraba” el valor de la cosa donada. De ese modo, la lesión parece alterar su base y dirección desplazándose hacia un vicio de la voluntad, no muy distinto del error.

c) Los canonistas atribuyeron al instituto un fundamento teórico filosófico partiendo de la teoría del justo precio. En base a la consideración de la inmoralidad de la inequivalencia patrimonial cuando ella reviste una cierta entidad, el paso lógico siguiente es centralizar el fundamento en la actividad inmoral del lesionante, que aparece contrariando un precepto de justicia divina y por ende pecando. Así, el centro de atención se traslada desde el vicio de la voluntad del lesionado al comportamiento ilícito del lesionante.

d) En las labores preparatorias del Código Civil francés, se reitera esa confusión de ideas y se sostienen todos los criterios: vicio objetivo, vicio de la voluntad, inmoralidad del lesionante, vicio de la causa.

e) Con la sanción del Código Civil alemán, se incorpora la exigencia que la inequivalencia resulte de la explotación de ciertos estados de inferioridad. En rigor, la *fatispeccie* constituye la derivación de un nuevo concepto penal de la usura, cuyo origen -a su vez- se encuentra en la

concepción de la doctrina cristiana que la usura es un delito y es, por lo tanto, prohibida. En esa línea de ideas, la usura no constituye tanto una desproporcionada productividad del dinero, sino una conducta de aprovechamiento del usurero: la novedad es que la actitud de aprovechamiento puede presentarse en el contrato de mutuo y en cualquier otro en que se hayan logrado ventajas desproporcionadas como consecuencia de ese comportamiento.

Con la adopción de este criterio -en que el eje central es la conducta inmoral del lesionante- quedan comprendidos múltiples hechos tradicionalmente absorbidos por la lesión. Pero la nueva variante es de distinto origen y responde a razones conceptualmente diversas.

III. Perfiles actuales

a. Debates y controversias. Las diferencias acerca de la naturaleza y esencia misma de la lesión y los vaivenes de su evolución histórica repercuten, aunque sea parcialmente, en la interpretación de los aspectos particulares. No creo que pueda decirse que “no se sabe lo que la lesión es” aunque sí, como se verá en seguida, que todo -o casi todo- se discute alrededor de ella.

a.1. Ambito de la lesión. Habría que comenzar por una cuestión central: el ámbito de aplicación. El texto legal requiere que “una de las partes...” explote el estado de inferioridad de la otra obteniendo por medio de ello una cierta ventaja patrimonial. Surge así -casi espontánea- la afirmación que la lesión se aplica a los negocios jurídicos patrimoniales bilaterales. A la vez, si la lesión requiere una cierta inequivalencia entre las prestaciones, en los unilaterales con efectos obligatorios hay una sola prestación y ninguna en los demás. Por otra parte, la exigencia de la inequivalencia descartaría su aplicación a los bilaterales gratuitos, pues en ellos el sacrificio de una parte no tiene su contraprestación en un beneficio para ella. De ahí que la generalidad de la doctrina considere que la lesión es aplicable a los actos jurídicos bilaterales onerosos¹⁷.

He propuesto por mi parte un criterio más amplio¹⁸. La lesión es también aplicable a los negocios jurídicos unilaterales onerosos con efectos obligatorios¹⁹; rige asimismo en los negocios mixtos *cum donacione* (con componentes en parte gratuitos y en parte onerosos) pues ninguna razón permite justificar la tutela cuando el negocio es oneroso y no en el caso en que, en las mismas circunstancias y condiciones, se ha manifestado donar la diferencia de valor y, en presencia de un complejo de negocios unidos por un nexo, la determinación del elemento objetivo no se debe apreciar aisladamente en cada uno de los negocios sino hacerse de un modo unitario en el complejo de actos²⁰.

a.2. El elemento objetivo. Varias controversias suscita el significado y alcance del elemento objetivo de la lesión tal como está regulado en el art. 954.

Así, un extendido criterio entiende que la inequivalencia o desproporción debe darse entre las prestaciones (entendidas como el objeto de las obligaciones)²¹. Otros -más ampliamente- estimamos que ella debe darse entre las ventajas y sacrificios correlativos, siendo suficiente que la inequivalencia surja de la comparación entre las ventajas y sacrificios patrimoniales, es decir, entre las posiciones patrimoniales de las partes, aunque no se produzca entre las prestaciones de las obligaciones²². El art. 954 da respaldo a esta opinión (el elemento objetivo se configura cuando una de las partes “*obtuviera una ventaja patrimonial evidente y sin justificación*” pudiendo suceder que las prestaciones recíprocas sean de valor equivalente y que su ruptura se produzca como consecuencia de una cláusula accesoria o como el lugar de pago o el plazo de cumplimiento. La proporción entre las prestaciones no oculta en ese caso la evidente desproporción entre las posiciones patrimoniales de las partes.

En otro orden, para aludir a la magnitud de la desproporción, el texto requiere que ella sea “*evidente*”. Hay quienes consideran que la palabra es sinónima de “*notable*”, empleada a continuación en el párrafo que consagra una presunción²³. Sin embargo, se trata de adjetivos distintos: en el lenguaje de nuestro pueblo, el vocablo “*notable*” indica una desproporción más acentuada que cuando ella es evidente; de ahí que se trate de cuestiones distintas: una es la

configuración del elemento objetivo (en que es suficiente la evidente desproporción) y otra distinta la presunción de la configuración de los elementos subjetivos (en que se requiere una desproporción más marcada)²⁴.

El real significado de la presunción también es controvertido. Según el texto legal, cuando la desproporción es notable, se presume “*tal explotación*”. Hay quienes consideran -invocando para ello el argumento gramatical- que lo que se presume es la explotación, debiendo siempre el accionante probar el estado de inferioridad²⁵. Sin embargo, la presunción comprende ambos elementos subjetivos pues no se explota en abstracto, sino “algo”, que es uno de los estados de inferioridad (tratándose, por ello de aspectos inescindibles): es poco razonable presumir una aptitud reprochable de una persona frente a la situación de inferioridad de la otra, sin que la presunción abarque esta última situación²⁶.

Otro aspecto de las controversias se relaciona con la necesidad que la inequivalencia subsista al promoverse la demanda. Se ha propiciado su supresión²⁷ y justificado la exigencia legal con la consideración que el interés es la medida de la acción y la desaparición de la inequivalencia excluye el interés jurídico del lesionado²⁸. Pero desde el inicio se propiciaron excepciones que se reflejaron en una recomendación de las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971): se sostuvo allí que “*son excepciones el restablecimiento del equilibrio por obra del lesionado o por culpa del lesionante*” (v.gr., el lesionado adquiere un bien a mayor valor que el real y como consecuencia de su obrar diligente desaparece el desequilibrio y el adquirente a precio vil con su obrar negligente hace caer el valor del bien con la misma consecuencia).

Más ampliamente, he propuesto un criterio interpretativo del párrafo en el sentido que la exigencia allí contenida no regirá cuando, habiendo desaparecido la inequivalencia, subsiste el daño experimentado por el lesionado. Ello no sucederá cuando éste ha enajenado el bien por el nuevo valor que elimina el desequilibrio inicial ni cuando, subsistiendo el bien en el patrimonio, se produce el aumento de valores con el mismo resultado. En cambio, si el aumento de valores se produce luego de consumido el bien o después que haya perecido por una causa ajena, subsistirá el daño y el lesionado goza de la acción²⁹.

En otro orden, ¿en qué medida debe quedar modificada la inequivalencia para que quede impedida la acción? ¿Deberá haber desaparecido por entero o bastará que haya desaparecido lo suficiente para que no pueda considerarse “*evidente*”?

La cuestión -discutida en la doctrina italiana³⁰- resulta dudosa. Argumentos para pronunciarse en el segundo sentido pueden ser estos: si la inequivalencia disminuye hasta un punto que se posible afirmar que ha dejado de ser “*evidente*” (aunque subsista en una medida menor), la acción deberá negarse pues se ha producido una alteración que excluye aquel elemento de la lesión. Pero la opinión contraria resulta más ajustada a la esencia del instituto: si éste es una respuesta del orden jurídico a un obrar ilícito, no podrá decirse que las consecuencias del incumplimiento hayan quedado eliminadas mientras no haya quedado restablecido íntegramente el daño experimentado por el lesionado.

a.3. El elemento subjetivo de los estados de inferioridad. Una primera discusión se relaciona con la naturaleza de la enunciación. Un sector importante de la doctrina -sobre todo, los comentaristas iniciales del texto legal- considera que los supuestos enumerados agotan los supuestos posibles³¹. La doctrina más amplia³², que le atribuye una calidad meramente enunciativa -comprensiva de todo estado de inferioridad-, es la de recibo, la que prima en las tendencias legislativas actuales³³ y la que adopta el Proyecto de Código Civil de 1998³⁴.

De los estados enunciados por la norma, el que más controversias suscita es el de la “*ligereza*”. Un primer punto de vista se atiene al significado gramatical y concluye que es todo obrar irreflexivo³⁵. Se le cuestiona -con razón- que el obrar irreflexivo, con frecuencia, es un obrar poco diligente y por ende culposo, siendo que el accionar de esa naturaleza, en nuestro derecho, es fuente de responsabilidad y no de invocación de facultades o derechos; de ahí que se lo vincule con el obrar irreflexivo originado en una disminución o deficiencia de las facultades mentales³⁶.

Descartado que la expresión deba asimilarse a un obrar culposo o negligente, más atinado es entender que la expresión se refiere al obrar irreflexivo originado en una disminución o deficiencia de las facultades mentales o a cualquier otro supuesto (estados depresivos, inferioridad física que incide en una adecuada evaluación, etc.) que permita concluir que ha impedido valorar adecuadamente las consecuencias del negocio³⁷.

a.4. El elemento subjetivo de la explotación. Quienes no ubican este elemento como el central, el que concurre a establecer la esencia y naturaleza misma de la lesión (*supra* N° I), tiende a considerar que el mero conocimiento del estado de inferioridad es suficiente para que se configure la explotación (sin que sean necesario algún tipo de comportamiento activo): se puede explotar obteniendo un lucro desmedido por la sola circunstancia de estar interiorizado del estado de inferioridad³⁸.

Ha de señalarse, sin embargo, que “*explotar*” es “*un enérgico verbo que implica mucho más que conocer y que en el lenguaje de nuestro pueblo, denota incluso algo más intenso que aprovechar*”³⁹. En ese orden de ideas, es razonable vincular la expresión con el tipo delictivo del art. 175 bis del Código Penal y considerar que “*explota*” quien se hace dar o prometer aprovechándose de un estado de inferioridad. La expresión, por ende, comprende el aprovechamiento (la intención de lograr ventajas) y el hacerse dar o prometer (la acción o comportamiento típico)⁴⁰.

Dentro del ámbito de la conducta del lesionado, el Proyecto de Reformas del Código Civil de 1998 contempla la ampliación del tipo de comportamiento abarcando, también, la “*actuación por sorpresa*”. Así resulta de los “*fundamentos*”, aunque no con claridad del texto propuesto⁴¹.

a.5. Las acciones. Lo relacionado con las acciones, es también motivo de debates. El artículo otorga a la víctima, a su opción, la acción de nulidad o de reajuste. Piensan algunos que si el demandado se opone a la acción, ofreciendo el reajuste en subsidio, la acción solo debería continuar como de nulidad⁴². En realidad -como se ha observado⁴³- la buena solución surge del texto legal: la opción del demandado es transformar la naturaleza de la acción (“... *pero la primera de estas acciones -alude a la acción de nulidad- se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda*”) y ejercida ella, nada le impide contestar la acción transformada pidiendo su rechazo.

Otra cuestión de interés es ésta: en el caso que el Tribunal deba proceder a un reajuste ¿cuándo quedará cumplido el criterio legal del “reajuste equitativo”? ¿será suficiente que quede eliminada la evidente inequivalencia⁴⁴? ¿o será necesario que quede restablecido íntegramente el equilibrio de ventajas y sacrificios corresponsivos?⁴⁵

El artículo limita la legitimación procesal al “*lesionado y sus herederos*”. No obstante, una tendencia interpretativa tiende a “expandir” la legitimación ampliándola a los sucesores universales, por vía de subrogación a los acreedores del lesionado y al síndico de la quiebra del lesionado⁴⁶.

Otros varios temas se suscitan con relación a los titulares de la acción: en el ámbito del derecho mercantil, se considera con razón que el comerciante, por ser tal, no puede invocar la inexperiencia, pues la tiene en grado suficiente para recurrir al asesoramiento cuando el negocio no le es habitual o cuando no cuenta para aquél con los conocimientos necesarios⁴⁷. Pero esa opinión no es generalizada⁴⁸. En otro orden, se coincide en general que el Estado no puede ser víctima de un acto lesivo, aunque en calidad de excepción un autor lo admite cuando el cocontratante es una empresa multinacional de gran poder económico⁴⁹.

Hasta aquí se ha hecho una enunciación -por fuerza escueta y parcial- de algunos de los debates que suscitan aspectos particulares de la lesión. El panorama podría ampliarse a otras varias cuestiones. Así, por ejemplo, coincidiéndose en las críticas al inicio del cómputo de la prescripción -la celebración del acto- se difiere en la solución de *lege ferenda*: la fecha en que debe ser cumplida la prestación a cargo del lesionado⁵⁰ o cuando cesa la situación de inferioridad de la víctima o la de una de esas situaciones, la que acaezca primero⁵¹. Se discute asimismo -a mi juicio sin razón- si a la acción de nulidad por lesión se puede acumular la acción

de resarcimiento de los daños causados (que no se reponen con la declaración de invalidez): tratándose de un hecho ilícito, la respuesta afirmativa es la que se impone⁵².

b. La tendencia al “ensanchamiento” del Instituto. Dentro del marco de los debates de que se ha dado cuenta, es advertible no obstante -tanto en la interpretación del derecho vigente como en las propuestas de *lege ferenda*- una perceptible tendencia -sobre todo en la doctrina más reciente- a la expansión del instituto.

Las manifestaciones de ello son numerosas: en el ámbito de aplicación de la lesión (comprendida de los negocios jurídicos unilaterales onerosos con efectos obligatorios); en su vigencia en los negocios mixtos *cum donatione*; en la valoración de la evidente inequivalencia a través de las ventajas y sacrificios correspondientes y no necesariamente entre las prestaciones; en la falta de necesidad que la inequivalencia subsista al momento de la demanda cuando subsiste el daño experimentado por el lesionado; en la consideración que cuando la inequivalencia es notable se presumen ambos elementos subjetivos; en el carácter enunciativo de los estados de inferioridad enumerados por el texto legal; en el significado no restrictivo a atribuirse a la “ligereza”; en la ampliación de la conducta del victimario a la actuación por “sorpresa” en el Proyecto de Código Civil de 1998; en la consideración que los términos “evidente” y “notable” no son sinónimos, etc..

Para arribar a una conclusión acerca de los perfiles actuales de la lesión -y. por ende, para pronunciarse acerca de lo que la lesión es- puede por lo tanto decirse que “se sabe lo que es”: a pesar de las controversias, se asiste a una justificable y renovada interpretación de este vicio a través de la cual se persigue conciliar más adecuadamente el principio de la autonomía negocial con la justicia negocial.

IV. Prospectiva

a. Nuevas vías de revisión judicial del contenido contractual. Resta considerar la última de las afirmaciones de Mirabelli: “*non si sa cosa si sia a fare*” y debe anticiparse que hoy debe atribuírsele alguna significación.

Desde líneas de pensamiento distintas -en efecto- se esbozan tendencias que, de prosperar y extenderse, pueden conducir a una especie de declinación y eclipse del vicio de la lesión.

Sucede que paralelamente a una relectura de los vicios tradicionales -tendiente a un ensanchamiento de su contenido y ámbito de actuación que posibilite transitar la teoría de los vicios desde “*una concepción individualista a una finalidad mucho más fecunda y acorde con su teleología*” (aquí se ha considerado el vicio de lesión pero el fenómeno es extensible a los restantes)⁵³- sobrevienen intervenciones legislativas y contribuciones doctrinarias que contemplan una ampliación de las tradicionales técnicas de protección de la voluntad. Estos desarrollos se centran en la noción de inequidad contractual y procuran la apertura de nuevas vías de revisión judicial al contenido de los contratos que posibiliten el control de los abusos.

a.1. La gross disparity ¿una vuelta a la lesión objetiva? Una manifestación de ello -en uno de los extremos- puede encontrarse en un sector como el del comercio internacional que -paradójicamente- se ha atenido tradicionalmente a la “santidad del contrato” más que a preocupaciones de justicia contractual.

Me refiero al art. 3.10 de los Principios de Unidroit, que establece una particular regla en materia de desequilibrio contractual. Según este artículo: “*Excesiva desproporción: (1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato. (2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato a la cláusula en*

cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. (3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del Artículo 3.13 (2)”⁵⁴.

Los presupuestos de la anulación del contrato o la cláusula son: i) al momento de la celebración, el contrato o una de sus cláusulas deben conducir a una ventaja excesiva para una de las partes; ii) tal ventaja debe comportar un desequilibrio entre ventajas y sacrificios y ser injustificado.

Para la valoración de esos presupuestos el artículo enuncia dos especies de factores: i) de naturaleza subjetiva: relativos a situaciones de debilidad en que se encuentra la parte de la que se sacó ventajas; ii) de naturaleza objetiva: como lo son la naturaleza y finalidad del contrato.

Ahora bien, de los factores subjetivos enunciados, es posible prescindir en los casos en que la ventaja excesiva resulta injustificada en consideración a la “*naturaleza*” y “*finalidad*” del contrato. En tales supuestos se ha considerado suficiente la prueba de la *gross disparity*, computando las prácticas comerciales, su finalidad y la generalidad de los contratos de ese tipo concluidos por partes con igual poder contractual⁵⁵. Si esa consideración fuera exacta, habrá que concluir que el art. 3.10 de los Principios de Unidroit atribuye relevancia particular al solo desequilibrio de las posiciones patrimoniales de las partes prescindiendo de los factores subjetivos de la explotación o aprovechamiento del contratante débil. *Se trataría de un proceso de objetivación de la tutela contra el excesivo desequilibrio de las condiciones del contrato que, en cierta medida, comportaría un retorno a la vieja lesión objetiva*. Una tendencia, en definitiva que busca ampliar la intervención judicial atribuyendo singular relevancia al elemento objetivo prescindiendo de los subjetivos.

Debe precisarse que esta línea de ideas se manifiesta, también, en el plano de la jurisprudencia de algunos países a través de la invocación de cláusulas generales -como la de la buena fe- o por medio del empleo indirecto de algunas instituciones de la disciplina tradicional del contrato⁵⁶. Asimismo, en los *consumer contracts*⁵⁷.

b. El abuso de posición dominante o el abuso de la dependencia económica. Paradojalmente, en el otro extremo -aunque imbuida del mismo criterio de la protección del contratante débil (y por ende de la limitación de la autonomía negocial)- se desarrolla otra línea de pensamiento que actúa en el sentido inverso: la acentuación de los factores subjetivos y la ausencia de la exigencia de un determinado desequilibrio negocial.

Una manifestación de ello puede encontrarse en el “abuso de circunstancias” prescripto por el art. 44 del Código Civil holandés, que hace hincapié central en la faceta subjetiva del aprovechamiento del estado de inferioridad. Ese mismo cuerpo legal, incluso, posibilita un mayor margen de apreciación judicial a través del amplio rol atribuido al principio de la buena fe expresado con terminología angloamericana (razón y equidad). En base al artículo 6:248 -que es aplicación de ese principio- es posible privar de efectos jurídicos a reglas contractuales cuando ellas, a la luz de las circunstancias concretas, resulten incompatibles con la “razón y la equidad”⁵⁸.

En parecida corriente, el Proyecto de Código Civil de 1998 (art. 397) – un antecedente local puede encontrarse en el Proyecto de Reformas del decreto 468/92 (art. 504) -propicia la incorporación normativa del “*abuso de posición dominante*”. La operatividad de la figura, según la propuesta, no se circunscribe a los daños y perjuicios sino que sus efectos se extienden, según las circunstancias, a la “*reposición al estado de hecho anterior*” (art. 396 por remisión art. 397 Pr.) y ello, en materia negocial no puede entenderse sino como configurando un supuesto de invalidez (arg. art. 387 Pr.)⁵⁹.

He analizado la propuesta en otra oportunidad⁶⁰. Sin perjuicio de remitirse a lo entonces expresado, aquí será suficiente decir:

i) La regulación en el capítulo IV (Del ejercicio de los derechos) del Título II (De los actos jurídicos) de la Sección I (de los hechos y actos jurídicos) del Libro II, permite considerar que el

vicio es concebido como una forma particular del ejercicio abusivo de los derechos o, en todo caso, de comportamientos contrarios a la buena fe⁶¹.

ii) Un aspecto central es la caracterización a darse al abuso de posición dominante ¿habrá que entender -atendiendo a la unidad sistémica del ordenamiento jurídico- que aquél se configura cuando concurren los requisitos que establece la ley 25.156 de defensa de la competencia para caracterizarlo? ¿o habrá que considerar que adquiere un significado autónomo del comportamiento concurrencial en el mercado, refiriéndose al abuso de la posición dominante en la relación individual, sea por la posición dominante en el mercado o por cualquier otra circunstancia ajena a éste? No obstante lo dudoso de la cuestión⁶² bien puede considerarse que es la segunda la respuesta que ha de darse. Es de relevancia a esos fines el antecedente de la evolución del “*abuso de dependencia económica*” en el derecho italiano: el instituto -según una opinión de doctrina de ese país- se “traslada” de la disciplina de la libre competencia (o concurrencia en el mercado) a la protección del contratante débil en la relación individual, sin que para su configuración se requiera evaluar la posición del abusador en el mercado⁶³.

iii) En la regulación de la figura se prescinde de considerar la incidencia del abuso en el equilibrio entre las posiciones patrimoniales de las partes del negocio. No se requiere la existencia de una “*evidente ventaja patrimonial*”, ni un “*beneficio inequitativo*”, ni una “*ventaja excesiva*” ni una *gross disparity*. *Se trataría de un proceso de subjetivización de la tutela contra los abusos de quien posee un poder contractual superior con despreocupación de establecer con alguna precisión la incidencia de ese abuso en el equilibrio de las ventajas y sacrificios correspondientes.*

c. *Conclusión.* La existencia de las corrientes enunciadas, hace difícil vaticinar el futuro de la lesión, lo que parece dar razón a la última de las afirmaciones de Mirabelli (*non si sa cosa si sia a fare*). Es posible, en cambio, expresar un punto de vista acerca de lo que es deseable que sea.

A mi juicio, las razones que condujeron al III Congreso Nacional de Derecho Civil a recomendar la incorporación de la lesión a nuestro derecho positivo en su variante objetiva subjetiva y el beneplácito con que ello fue recibido por el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, mantienen plena vigencia y hacen inconveniente la incorporación legislativa de las figuras señaladas en b).

El abuso de posición dominante absorbería, por su extensión, gran cantidad de hipótesis subsumibles en el vicio de lesión (despojándolo de casi toda vigencia efectiva), numerosos supuestos subsumibles en los vicios de la voluntad tradicionales y abarcaría casos de temor reverencial que en el ordenamiento vigente no constituyen causa de invalidez del negocio. La ausencia de toda referencia a la incidencia en el equilibrio negocial, por otra parte, importaría establecer límites excesivos a la autonomía negocial y abrir un extenso campo a la discrecionalidad judicial.

A su vez, la sola “*ventaja excesiva*” que subestima o prescinde de los factores subjetivos que condujeron a la celebración del negocio, posibilitaría privar de efectos a vínculos contractuales que se celebraron en condiciones de paridad y comportaría, también, un excesivo intervencionismo estatal en el ámbito de la autonomía negocial.

Como se dijo, la solución debe encontrarse en un nuevo análisis de los vicios de la voluntad tradicionales -en el caso, el de la lesión- que posibiliten un sensible ensanchamiento de su cometido y funciones. Sin dejar de recordar la importancia de la presunción de la existencia de los elementos subjetivos que consagra el artículo 954 cuando la inequivalencia adquiere una determinada magnitud: esta solución original -y trascendente- de la legislación argentina⁶⁴ posibilita aligerar la prueba de la víctima, imponiendo al demandado la prueba de la inexistencia de la explotación de un estado de inferioridad.

NOTAS:

¹ Es la comúnmente citada como nota al artículo 943: se hace allí una larga y puntillosa enumeración de la diversidad del tratamiento en las diversas legislaciones. Pero es evidente que los matices y variantes de regulación en las diversas legislaciones, son insuficientes para desestimar un instituto. Las verdaderas razones están expresadas en el párrafo final de la nota: “Finalmente, 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 las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”.

² En la jurisprudencia, se había operado una reacción contraria a la validez de los contratos en que se presentaba una chocante inequivalencia entre las prestaciones (CCiv.2ª Cap. L.L. 43-243; CNCiv., Sala B, L.L. 68,420; íd. Sala A, L.L. 83-511; íd. Sala C, L.L. 74-376; íd. Sala D, L.L. 88-104; Cám. Paz, L.L. 74-821; CNCiv., Sala A, L.L. 122-198). Ni en la doctrina ni en los fallos los argumentos eran uniformes: se afirmaba que lo vedado por la nota al art. 943 era la lesión objetiva, más no la subjetiva que quedaba subsumida en la prohibición del art. 953 (A. SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Depalma, t. I-II, pág. 363); o que el vicio de lesión no había sido configurado como tal por el Código Civil, de modo que no funcionaba por su sola individualidad sino por resultar un acto contrario a las buenas costumbres (J. LLAMBIAS, su voto en CNCiv., Sala A, L.L. 122-199) o que las notas no son un texto legal y no obligan al intérprete y que el art. 953 autorizaba la interpretación que ubicaba a la lesión como incompatible con las buenas costumbres (G. BORDA, su voto en CNCiv., Sala A, L.L. 93-543).

³ El despacho decía: “Podrá demandarse la nulidad o la modificación de todo acto jurídico bilateral oneroso, en el cual alguien aprovechando la necesidad, penuria o inexperiencia extremas de otro, se hiciera prometer u otorgar para sí o un tercero, ventajas patrimoniales -en evidente desproporción a su prestación. La lesión deberá subsistir al momento de deducirse la acción, cuyo plazo de caducidad será de un año, contado desde la fecha en que deba ser cumplida la prestación a cargo del lesionado. La parte contra la cual se pida la nulidad, podrá evitarla si ofrece modificar el acto de modo tal que el juez considere equitativo, por haber desaparecido la notoria desproporción entre las prestaciones”. Lo suscribieron Alberto G. Spota, Héctor R. Sandler, Horacio Oliva Vélez, Jorge Carranza, Jorge Mosset Iturraspe, Luis Moisset de Espanés, Federico D. Quinteros, Eduardo Martínez Carranza, Eugenio O. Cardini, María Antonia Leonfanti, Héctor Masnatta, Arturo Barcia López. En el curso del debate, se hizo un agregado al penúltimo párrafo: “la acción será irrenunciable al momento de la celebración del acto”.

⁴ Antes, también, H. MORIXE, *Contribución al estudio de la lesión*, Buenos Aires, 1927.

⁵ G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, 2ª ed., Riveduta ed aggiornata, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1962.

⁶ Autor citado en la nota anterior, págs. 1 y 413.

⁷ A. SPOTA, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. I-II, pág. 365, la considera un vicio del objeto fin del acto jurídico, noción a la que otorga un amplísimo alcance. Comparten ese punto de vista R. WOLKOWICKZ, *El derecho civil y la usura*, Buenos Aires, Zeus, 1975, pág. 52; J. VENINI, “Recapitulando sobre la lesión”, J.A. 1977-I-78.

⁸ J. CARRANZA, *El vicio de la lesión en la reforma del Código Civil*, en *Examen y crítica de la reforma del Código Civil, Parte General*, La Plata, Platense, pág. 295.

⁹ J. MOSSET ITURRASPE, J., *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, pág. 190; J. LÓPEZ OLACIREGUIL, “Efectos de la ley con relación al tiempo, abuso del derecho y lesión subjetiva”, *Rev. Colegio de Abogados de La Plata*, N° 21, pág. 86; J. MOLINA, *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969, pág. 127 y ss.; S. CIFUENTES, *Negocio jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, pág. 586 y s.

¹⁰ J. ZAGO, en S. CIFUENTES, *Negocio jurídico*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, pág. 473.

¹¹ L. MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión en los actos jurídicos*, Buenos Aires, V. P. de Zavallia, pág. 239 y ss. En sentido parecido: J. W. TOBIAS, “Esencia y fundamento de la lesión objetiva subjetiva” en *Estudios de la Parte General del Derecho Civil*, Buenos Aires, La Ley, pág. 373 y ss., por considerar que la invalidez del negocio es resultado de la explotación que deviene de un hecho externo al acto mismo; que éste no se encuentra viciado ni en su formación ni en su objeto ni en su causa y que resulta inválido en cuanto representa el resultado de una acción ilícita realizada por una de las partes.

¹² L. VALENTE, “Perfiles actuales de la lesión”, L.L. 2001-F-1285.

¹³ Sobre las distintas tesis y las citas, J. W. TOBIAS, “Esencia y fundamento...”, cit., pág. 374 y ss.

¹⁴ J. W. TOBIAS, “Esencia y fundamento...” cit., pág. 373 y ss.

¹⁵ De su contenido, confuso, puede concluirse: 1) la posibilidad de anular la venta de una cosa (*rem*) o más bien de un inmueble (*fundum*) que se ha vendido a precio inferior al justo; 2) la existencia de un fundamento de equidad; 3) la posibilidad de mantener la validez del contrato si el adquirente paga un suplemento de precio; 4) el instituto sólo tiene aplicación si el precio abonado es inferior a la mitad del valor a la cosa vendida (A. PICCIRILLO, *voz Rescissione (diritto Romano) en Novissimo Digesto Italiano*, Unione Tipografica, Editrice Torinese, 1957).

¹⁶ Sobre el tema, J. W. TOBIAS, “Esencia y fundamento...” cit., pág. 375 y ss.

¹⁷ L. MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión y el nuevo artículo 954*, pág. 114; J.C. MOLINA, *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Astrea, 1969, pág. 165; J. CARRANZA, *Examen y crítica de la reforma*, pág. 297; A. DI CIO, “La lesión subjetiva en el art. 954 del Código Civil”, E.D. 40-709; Recomendación por mayoría de las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, transcritas en L. MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión y el nuevo artículo 954*, pág. 241; E. ZANNONI, *Código Civil anotado y leyes complementarias*, bajo la dirección de A.C. Belluscio, Astrea, t. IV, pág. 375; P. RAFFO BENEGAS, *Código Civil Anotado*, Dir. J.J. Llamblás, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II-B, pág. 110. La recomendación N° 14 del 3º Congreso Nacional de Derecho Civil

(Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, pág. 222); F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte General*, Buenos Aires, V. P. de Zavalía, pág. 389.

¹⁸ J. TOBIAS, “Ambito de la lesión objetiva subjetiva (su aplicación a los negocios jurídicos unilaterales y a los bilaterales gratuitos)”, en *Estudios de la Parte General del Derecho Civil*, pág. 401 y ss.

¹⁹ El criterio fue receptado por la mayoría de la Comisión N° 1 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999) y el Proyecto de 1998 que, en los fundamentos, señala que, para considerar la lesión en la Parte General, atendió a la corriente doctrinaria que considera aplicable la lesión a actos no contractuales.

²⁰ Comparte esa opinión, J. RIVERA, “La lesión en el Proyecto de Reformas de 1998”, L.L. 999-F-1299, nota 26.

²¹ L. MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión y el nuevo artículo 954*, pág. 209; R. BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, pág. 235; S. CIFUENTES, *Negocio jurídico*, pág. 606 y ss..

²² J. TOBIAS, “Algunas precisiones acerca del elemento objetivo...”, cit., pág. 424 y ss.

²³ J. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II, pág. 781.

²⁴ A. BORDA, “Los vicios del consentimiento y en especial el vicio de lesión (Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de 1998)”, L.L. 1999-E-1319; F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte General*, pág. 395; R. BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, t. II, pág. 241. Se ha propuesto, incluso, tasar el elemento objetivo (S. CIFUENTES, “La lesión subjetiva en el Proyecto de Código Civil”, J.A. 999-E-1319). Pero ese criterio está en retirada en los congresos y legislaciones más recientes y es más acertado reconocer un cierto margen de discrecionalidad judicial a través de una pauta legal, que bien podría aludir a una “*chocante inequivalencia*” (sobre el tema, J. TOBIAS, “Algunas precisiones acerca del elemento objetivo...”, cit., pág. 423).

²⁵ J. ZAGO, en S. CIFUENTES, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 478; L. MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión y el nuevo art. 954*, pág. 100; R. BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, t. II, pág. 242. En la jurisprudencia, CNCiv., Sala E., E.D. 110-162; id. Sala B, E.D. 94-750; id. Sala D, E.D. 100-373. Es la solución de los Proyectos de Reforma de 1998 (art. 327.) y de la Comisión creada por Decreto 468/92 (art. 639).

²⁶ S. CIFUENTES, *Negocio jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, pág. 610 y ss.; A. BORDA, “Los vicios del consentimiento y en especial el vicio de lesión”, L.L. 1999-E-1319; ZANNONI, E., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, pág. 336; G. BORDA, “La Reforma del Código Civil, lesión”, E.D. 29-729; J. CARRANZA, “El vicio de la lesión en la Reforma del Código Civil”, E.D. 26-846; F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte General*, pág. 395. En la jurisprudencia, CNCiv., Sala C, JA 982-IV-519; id., Sala I, ED 149-206; id. Sala E, L.L. 1992-E-471; CNCiv. y Com. Mercedes, JA 983-II-87.

²⁷ Ponencia de los doctores L. Moisset de Espanés y H. Cáceres en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil.

²⁸ J. MOLINA, *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la Reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Astrea, pág. 156 y ss.; S. CIFUENTES, *Negocio jurídico*, pág. 617.

²⁹ J. TOBIAS, “Algunas precisiones acerca del elemento objetivo...”, cit., pág. 427 y ss. El criterio fue recogido por la Comisión N° 1 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999).

³⁰ Por la necesidad que haya desaparecido todo el daño: G. MIRABELLI, *La rescissione del contrato*, pág. 225; y por la negativa R. SCOGNOMIGLIO, *Contratti in generale*, 2ª ed., Milano, pág. 259.

³¹ L. MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión y el nuevo artículo 954*, pág. 89; J. CARRANZA, “El vicio de la lesión” en *Examen y crítica de la Reforma del Código Civil*, t. 1 pág. 300, A. DI CIO, “La lesión subjetiva en el art. 954 del Código Civil”, E.D. 40-708; R. BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, t. 2, pág. 244; CNCiv., Sala A, L.L. 1985-C-486.

³² E. ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, pág. 321; G. BORDA, “La Reforma del Código Civil. La lesión”, E.D. 29-730.

³³ Algunos supuestos (Principios de Unidroit, Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, *Restatement of contracts*) recordados por J. RIVERA en, “La lesión del el Proyecto de Código Civil de 1998”, L.L. 1999-F-1295 y s.

³⁴ El Proyecto agrega: “La condición económica, social o cultural que condujo a la incompreensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad o el sometimiento de la otra a un poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza” (art. 327). Sobre las críticas a la inclusión de la “*avanzada edad*”, J. TOBIAS, “Algunas observaciones a la Parte General del Proyecto de Código Civil de 1998”, L.L. 2000-B-1130. De cualquier modo, la ampliación de supuestos no evita la discusión actual acerca del carácter taxativo o enumerativo de la enumeración. Más conveniente *-de lege ferenda-* es la adopción de una fórmula genérica, como podría ser “*el estado de inferioridad*”, con la enumeración de algunos supuestos -los más comunes- con el agregado indicado u otro semejante.

³⁵ *Diccionario de la Real Academia Española*, 21ª ed.; “1. Ligereza: presteza agilidad, 2. Levedad o poco peso de algo, 3 Inconsistencia, volubilidad, inestabilidad, 4 Hecho o acto de alguna importancia, pero irreflexivo y poco meditado”.

³⁶ R. BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, t. 2, pág. 247 y s.; L. MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión y el nuevo artículo 954*, pág. 38; L. VALENTE, *Perfiles actuales de la lesión*, L.L. 2001-F-1282; J. CARRANZA, *El vicio de lesión en la Reforma del Código Civil*, E.D. 26-835.

³⁷ S. CIFUENTES, *Negocio jurídico*, pág. 604; G. BORDA, “Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos”, L.L. 1985-D-985.

³⁸ J. CARRANZA, “El vicio de la lesión” en *la Reforma del Código Civil en Examen y crítica de la Reforma del Código Civil*, pág. 304.

³⁹ F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte General*, pág. 384.

⁴⁰ Sobre el tema, J. TOBIAS, “*Esencia y fundamento de la lesión objetiva.*” cit., pág. 388 y ss.

⁴¹ Se señala en los “*fundamentos*” (Nº 48) “*por lo demás, la conducta del victimario no se reduce a la explotación, sino que se amplía a la actuación por sorpresa ...*”. Sin embargo, en el texto (art. 327), ella no está contemplada como elemento de la lesión -describiendo uno de los comportamientos del lesionado- sino como circunstancia que sumada a la notable desproporción, hace presumir la explotación. La Comisión Nº 1 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil no consideró conveniente “*la incorporación expresa en la norma del factor sorpresa como supuesto subjetivo de la lesión*”.

⁴² J. GARIBOTTO, *Teoría general del acto jurídico*, Buenos Aires, Depalma, pág. 208; J. MOSSET ITURRASPE, *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, 1978, pág. 194.

⁴³ L. MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión y el nuevo artículo 954*, pág. 203 y s.

⁴⁴ Según la fórmula recomendada por el III Congreso Nacional de Derecho Civil, a propósito de la modificación propuesta por el demandado, ella debería ser de tal modo que el Juez la considerara equitativa “*por haber desaparecido la notoria desproporción entre las prestaciones*”.

⁴⁵ F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte General*, pág. 396 y ss. considera que la redacción no sugiere ninguna de las dos cosas, sino la de dejar una “*amplitud al juez para que prudentemente señale la cantidad*”.

⁴⁶ Conclusiones de la Comisión Nº 2 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. La referencia a los “*sucesores universales*” importa una relativa ampliación de los legitimados -respecto de los “*herederos*”- siempre que se considere -como lo hace parte de la doctrina y un plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (E.D. 105-524)- que el art. 3576 bis del Código Civil ha incorporado una sucesora universal no heredera, merced al derecho reconocido a la nuera viuda sin hijos en la sucesión de los suegros y siempre que se entienda -como lo hace parte de la doctrina- el legatario de cuota -que no es heredero- es un sucesor universal.

⁴⁷ J. RIVERA, J., “La lesión” en *Estudios de homenaje a Guillermo A. Borda*, Buenos Aires, La Ley, pág. 327; CNCom., E.D. 101-717; íd. Sala C, L.L. 1995-E-279 con nota crítica de XANTOS.

⁴⁸ G. BORDA, “Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos”, L.L. 1985-D-986; S. CIFUENTES, *Negocio jurídico*, pág. 593; R. BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, t. 2, pág. 254.

⁴⁹ L. MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión y el nuevo artículo 954*, pág. 156.

⁵⁰ Era la Recomendación del III Congreso Nacional de Derecho Civil que la ley 17.711 no recogió.

⁵¹ Todas esas propuestas en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

⁵² Por la negativa, L. MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión en los actos jurídicos*, pág. 181; J. MOLINA, *Abuso del derecho, lesión e imprevisión*, pág. 162. Por la afirmativa, R. BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, t. 2, pág. 262.

⁵³ J. TOBIAS - I. GOLDENBERG - M. DE LORENZO, *Reformas al Código Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 147 y s. También J. TOBIAS - M. DE LORENZO, “El dolo en el derecho civil (apuntes para una noción en eclipse)”, L.L. 2001-C-1102; J. TOBIAS, “Abuso de posición dominante”, en *Estudios de la Parte General del Derecho Civil*, pág. 435 y ss.

⁵⁴ Señala M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi UNIDROIT, Contratto e Impresa*, Europa, 1997 (art. Tomado del CD de la Revista) que se arribó a ese texto reuniendo en una única disposición dos normas que en el proyecto inicial se titulaban “*Unequal bargaining power*” y “*gross unfairness*” (art. 8). La primera contemplaba los abusos resultantes del aprovechamiento de una superior fuerza contractual y la segunda cuando “*at the time of the making of the contract there is an unconscionable disparity between the obligations of the parties or other unconscionable contract terms which grossly upsets the contract equilibrium*”. Una parte de los miembros del grupo se opuso al artículo 8, arribándose a una solución de compromiso. Como se dice luego en el texto, se puede llegar a la anulación computando factores solamente objetivos.

⁵⁵ M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio...* cit.. La autora (nota 130) cita la igual opinión de Bonell, *Un codice internazionale del diritto dei contratti*, pág. 128 y la contraria de Drobing (para quien los factores objetivos y subjetivos deben valorarse acumulativamente).

⁵⁶ M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio...* cit.. Señala la autora algunos fallos de los jueces alemanes que admitieron la aplicación del primer párrafo del art. 138 del Código Civil de ese país en el caso de una enorme desproporción entre las prestaciones; una corriente tendiente a desviar algunos casos del segundo párrafo al primero fundándola en que el desequilibrio del contrato hacía presumir la situación de aprovechamiento y, más recientemente, una sentencia del BVerg que, a partir de la premisa que la interpretación y aplicación de la cláusula del primer párr. del art. 138 debía hacerse en base al precepto constitucional del libre desarrollo de la personalidad, admitió la interpretación correctora del juez en el caso de un contrato que preveía la asunción de obligaciones desproporcionadas, siendo que las partes se encontraban en una situación de estructural disparidad. En el Derecho Angloamericano, en algunos casos viciados de inequidad sustancial de particular evidencia, se ha admitido la relevancia de la mera inequivalencia prescindiendo del elemento subjetivo (sobre la *unconscionability*, J. TOBIAS - I. GOLDENBERG, “Abuso de posición dominante” en *Estudios de la Parte General del Derecho Civil*, pág. 447 y s).

⁵⁷ El art. 3 (1) de la Directiva de la Comunidad Europea sobre términos injustos en los contratos con consumidores, establece que un término contractual que no fue negociado en forma individual será considerado injusto, y por ello no obligatorio para el consumidor, si de manera contraria a los requerimientos de la buena fe, causara una grave desproporción entre los derechos de las partes y las obligaciones que surgen del contrato siempre

en detrimento del consumidor. En algunos aspectos se asemeja a ese texto de la directiva, el art. 4:110 de los *Principles of European Contracts*; esta norma, no obstante no se aplica “*to de adequacy in value of one party's obligations compared to the value of the obligations of the other party*”.

⁵⁸ M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio...* cit.

⁵⁹ **Art. 395:** “Buena fe. Los actos jurídicos deben ser celebrados y ejecutados con buena fe y lealtad. La parte que obra de mala fe debe resarcir el daño causado”. **Art. 396:** “Abuso del derecho. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines que ella tuvo en mira el reconocerlos, o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres. El tribunal debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado de3 hecho anterior y fijar una indemnización”. **Art. 397:** “Posición dominante. Lo dispuesto en los dos (2) artículos anteriores se aplica cuando se abusare de una posición dominante”.

⁶⁰ J. TOBIAS - I. GOLDENBERG, *Abuso de posición dominante en Estudios de la Parte General del Derecho Civil*, pág. 433 y ss.

⁶¹ El encuadre es observable: el abuso se configuraría en ocasiones, no a través de una forma de ejercicio de un derecho subjetivo, sino a través de comportamientos desleales – negativa a comprar o vender – que constituirían comportamientos prohibidos y por ende ilícitos. Parecidas consideraciones pueden formularse respecto de la buena fe: el art. 395 alude a la buena fe y lealtad en la celebración y ejecución de los actos jurídicos y no al comportamiento en el mercado por efectos de comportamientos anticoncurrenciales como los enunciados (sobre el tema J. TOBIAS - I. GOLDENBERG, “Abuso de posición dominante” cit., pág. 450).

⁶² Los fundamentos del Proyecto no aportan datos. Sí lo hacen las notas del Proyecto de Reformas del decreto 468/92. Se dice allí que “*no se define la posición dominante pues la noción ya está consagrada en la ley 22.262 (art. 2) ... Pero se considera conveniente establecer una regla general en un código que contemple todas las relaciones patrimoniales - mercantiles y no mercantiles – ámbito más amplio que la ley de defensa de la competencia; y a la vez, determinar efectos que no están previstos en la ley 22.262, que se limita a la acción de daños*”. El silencio en los “fundamentos” del Proyecto de 1998 bien puede significar que se ha querido “trasladar” la figura al abuso de la posición dominante en la relación individual.

⁶³ Sobre el tema J. TOBIAS - I. GOLDENBERG, “Abuso de posición dominante” cit., pág. 433 y ss.

⁶⁴ La consagra también el posterior Código Civil de Quebec (art. 1406).

EL PACTO COMISORIO. SU CONSIDERACIÓN EN EL IV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL, EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LOS PROYECTOS DE REFORMA

por JULIO SÁNCHEZ TORRES Y GUILLERMO P. TINTI

SUMARIO: 1. El tema. 2. La labor del IVº Congreso. 3. Noción actual del Pacto Comisorio 4. Antecedentes y fundamento. 5. Ámbito de aplicación. 6. Facultad resolutoria implícita. 7. La dinámica resolutoria. 8. Facultad resolutoria expresa. 9. Contratos de tracto sucesivo. 10. Incumplimiento. 11. Daños y perjuicios. 12. Límites a la facultad resolutoria. 13. *Ius variandi*. 14. Resolución judicial. 15. El pacto comisorio en los proyectos de reforma al Código Civil

1. El tema

Como aporte al Libro Homenaje que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba realiza hacia los Congresos Nacionales de Derecho Civil, estudiaremos la figura del pacto comisorio que, más allá de haber sido analizada con profundidad en diversas obras específicas referidas a esta materia, lo cierto es que su aplicación práctica sigue motivando reflexiones serias y variadas por parte de la jurisprudencia. De allí que haya sido objeto de análisis por parte de los juristas que se reunieron en Córdoba, para celebrar el IV Congreso de Derecho Civil, como también fue objeto de estudio en los distintos proyectos de reformas al Código Civil.

Estas consideraciones nos parecieron decisivas para inclinarnos por la elección de este tema, al cual nos referiremos a continuación.

Digamos que el Congreso ya se había expedido, en la Comisión que analizó el tema de la mora en la reforma, expresando que el párrafo 1º del artículo 509, que prevé la mora automática en las obligaciones a plazo, se refiere a aquéllas que tienen plazo expreso, ya sea cierto o incierto. El punto no es de menor importancia para el instituto de pacto comisorio, atendiendo la innegable vinculación entre esos institutos. La Comisión Nº 7, a cuyo cargo estuvo el estudio del tema Nº 9º “El Pacto Comisorio en la Reforma”, luego de oír las ponencias, abrir el debate y la discusión, elaboró conclusiones acerca de la facultad comisorio que no han perdido importancia aún habiendo transcurrido cuarenta años de aquel evento. Veamos a continuación algunos de los principales aportes.

2. La labor del IV Congreso

La consideración de la figura del pacto comisorio en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil consistió en un notable análisis crítico de la nueva redacción del artículo 1204, con valiosas sugerencias de *lege lata* y de *lege ferenda*. La calidad de los ponentes y de las discusiones que allí se presentaron nos mueven a realizar la síntesis que se expone a continuación, intentando reflejar con la mayor fidelidad posible el gran nivel y la importancia de la discusión científica suscitada.

Entre las ponencias tratadas (presentada por los Dres. Edgar A. Ferreyra, Mario A. Piantoni, Juan Manuel Aparicio, Carmen D. de Trebino, Argemina G. F. de Perlatti, Nélica Moisés (Instituto de Derecho Civil de Cba.) y Dr. Héctor Cámara (Univ. Nac. de Córdoba) se coincidió en destacar:

1. La Reforma introducida por la Ley 17.711 es acertada, en cuanto importa armonizar la solución del Código Civil con la del Código de Comercio, constituyendo un valioso aporte para conseguir la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, propiciada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y otras reuniones científicas.

2. El nuevo artículo 1204, C. Civil, constituye una reforma importante mejorando la solución legal, pero debe ser revisado contemplando el problema más ajustadamente desde el punto de vista formal y material, así como también ajustar al mismo los otros dispositivos del cuerpo legislativo.

3. El artículo 1204, del C. Civil actual, abandonando la fórmula arcaica del viejo texto negando al pacto comisorio *legis* -con múltiples excepciones dentro del cuerpo legal, llegándose a afirmar que aquella regla constituía una norma excepcional es plausible, ... recibió una solución más justa y conveniente adoptada por todas las codificaciones contemporáneas

En las recomendaciones, el IVº Congreso Nacional de Derecho Civil expuso que correspondía:

I. Interpretar que el art. 1204 al aludir a “contratos con prestaciones recíprocas” ha excedido el ámbito de la expresión “contratos bilaterales” a los que se refiere el art 1138, para comprender, también, a los contratos con prestaciones correlativas.

Disidencia de los doctores Jorge Mosset Iturraspe y Luis A. Quilici: Interpretar que el art. 1204 del C.C., al expresar “Contratos con prestaciones recíprocas” se ha referido a los contratos bilaterales definidos en el art. 1138.

II. Que la norma es criticable en el primer párrafo cuando utiliza las voces “obligaciones” y “compromiso”. Se resuelven los contratos y se incumplen las prestaciones. Es aconsejable la modificación en ese sentido en una eventual reforma de este mismo texto.

III. El segundo párrafo debe interpretarse con el siguiente alcance:

a) Que el contratante no incumpliente dispone de una acción judicial autónoma por resolución o cumplimiento que puede ejercitar antes de recurrir al mecanismo de la resolución extrajudicial;

b) Que el mecanismo de la resolución extrajudicial que instituye este apartado determina que, ejercitado por el contratante no incumpliente el derecho que le acuerda esta norma, en caso de incumplimiento del deudor, la resolución se produzca de pleno derecho, a menos que aquél haya dejado a salvo su derecho a demandar el cumplimiento del contrato, en el acto del requerimiento mismo;

c) Para ejercitar la resolución extrajudicial es necesario que el contratante incumpliente esté constituido en mora. El requerimiento de cumplimiento no constituye en mora en los casos en que es necesaria la interpelación.

IV. El apartado tercero debe entenderse en el sentido de que el contratante no incumpliente que obtiene la resolución del contrato en el caso previsto en esta norma -Pacto comisorio expreso- tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios como en los supuestos de los apartados segundo y último.

V. El último apartado debe interpretarse en el sentido de que comprende, tanto la acción judicial emergente del pacto comisorio expreso como del pacto comisorio tácito y que el acreedor que opta por la acción de cumplimiento puede, en el mismo proceso, optar por la de resolución, ya que los presupuestos de hecho y de derecho que condicionan ambas acciones son idénticas.

3. Noción actual del pacto comisorio

Reseñada la actividad de discusión y la recomendación del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, pasamos a estudiar la dinámica actual del instituto del pacto comisorio. En tal sentido digamos que se llama pacto comisorio a la cláusula convencional que permite a los

contratantes reclamar la resolución del contrato cuando una de ellas no ha cumplido con las obligaciones a su cargo.

Importa, en consecuencia, una regla contractual que adjudica a las partes una potestad resolutoria para el caso del incumplimiento de la contraria.

Dicha cláusula puede aparecer como elemento natural del contrato, operando como pacto tácito que otorga una facultad resolutoria implícita, o como elemento accidental, operando como pacto expreso y acordando una facultad resolutoria expresa.

Enseña Jorge Mosset Iturraspe que “*el pacto comisorio autoriza quien ejecutó o estuvo dispuesto a cumplir las obligaciones a su cargo, a tornar ineficaz el vínculo nacido del contrato (resolución), a desvincularse de él, ante la inejecución del deudor*”¹. Autores como Santoro Passarelli y Messineo son de opinión que la resolución se dirige estrictamente no contra el negocio sino contra el vínculo jurídico al que éste ha dado vida².

4. Antecedentes y fundamento

En el derecho romano el principio era que cuando las partes pactaban la *lex commisorio* podían pedir la resolución. Este principio pasó a nuestro Código Civil.

El art. 1204 -antes de la reforma de la Ley 17.711- disponía que si no hubiere pacto expreso que autorice a una de las partes a disolver el contrato si la otra no lo cumpliere, el contrato no podrá disolverse y sólo podrá pedirse su cumplimiento.

Antes, el derecho canónico, con el propósito de asegurar más enérgicamente el respeto por los compromisos contraídos, había autorizado a pedir la resolución en caso de incumplimiento. La utilidad de este recurso resulta en nuestros días evidente. La agilidad de los negocios, la fluidez del tráfico comercial, exigen un procedimiento rápido y expeditivo. Es natural que si una de las partes no cumple, pueda la otra bien demandar el cumplimiento, bien desligarse de sus obligaciones. Es antieconómico obligarla a seguir un juicio por cumplimiento, cuyo resultado será una sentencia que frecuentemente no podrá hacerse efectiva. Por ello la legislación moderna se inclina decididamente a admitir que todo contrato, salvo estipulación contraria, contiene un pacto comisorio tácito que autoriza, en caso de incumplimiento, a solicitar la resolución del contrato. Era también el principio adoptado por el Código de Comercio (art. 216)³.

Aun cuando las excepciones a la regla del art. 1204 eran numerosas, era ya indispensable reformar la regla misma, no sólo para evitar los graves inconvenientes derivados de ella (que era, sin duda lo esencial), sino también porque nuestro régimen legal, con su principio general cribado de excepciones, era confuso y sólo un especialista podía saber en qué casos el pacto comisorio se reputaba tácitamente incluido en el contrato y en cuáles casos no lo estaba. Ya el Código de Comercio había establecido el pacto comisorio para todos los contratos. La disposición que así lo establecía, el art. 216, fue reformada por el decreto-ley 4777/63, con el objeto de precisar los alcances y el funcionamiento del pacto. Esta norma, inspirada en el art. 1454 del Código Civil italiano, fue adoptada por la ley 17.711, que dispuso sustituir el anterior art. 1204 por el actual.

Con esta disposición, el régimen de los contratos civiles y comerciales ha quedado, en esta materia, unificado. Frente al incumplimiento, la otra parte puede, cualquiera sea el contrato, tenerlo por resuelto, en las condiciones fijadas por la ley, que serán objeto de nuestro análisis posterior⁴.

La solución es acertada y permite la rápida liquidación de situaciones contractuales perjudicadas por el incumplimiento de una de las partes. Evita la generación de perjuicios adicionales a quien se ha visto afectado por la conducta de su contraparte, permitiéndole abandonar una relación que le es perjudicial y antieconómica.

5. Ámbito de aplicación

Las disposiciones relativas al pacto comisorio (art. 1203 y 1204 C.C.) son aplicables a los contratos en los que haya prestaciones recíprocas. La ley ha acertado en la expresión, eludiendo hablar de contratos bilaterales, con el consiguiente problema de si los llamados contratos unilaterales imperfectos están o no comprendidos en la norma⁵. Dejando de lado las inútiles sutilezas de aquella clasificación, la ley ha optado por la noción clara de prestaciones recíprocas.

Y resulta obvio que si una sola de las partes se ha obligado (por ejemplo, en la donación) el acreedor no tendrá ningún interés en pedir la resolución, pues él no está obligado a nada⁶.

6. Facultad resolutoria implícita

En esta especie, se trata de un incumplimiento no habiendo convenido las partes un pacto comisorio en forma expresa. La facultad de resolver se encuentra implícita, como cláusula natural del contrato. En concreto: El artículo 1204 del Código Civil considera implícita la facultad resolutoria en los contratos con prestaciones recíprocas, frente al incumplimiento de una de las partes⁷.

7. La dinámica resolutoria

Ocurrido el incumplimiento, la otra parte debe requerir el cumplimiento 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 cumplimentada, quedarán resueltas sin más las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios (art. 1204, 2º párrafo).

a) El requerimiento: Cuando el pacto comisorio no ha sido pactado expresamente, es necesario el requerimiento; es decir, se brinda al deudor una ocasión más de cumplir. Vencido el plazo fijado en el requerimiento, la obligación se resuelve sin más, es decir, por el mero cumplimiento del plazo y sin necesidad de otra actividad ulterior del acreedor.

Pero aquí hay que hacer una observación. El acreedor tiene el derecho de optar entre el cumplimiento y la resolución. Por consiguiente, es posible que requiera el cumplimiento con ánimo de exigirlo y no de resolver el contrato. Por lo tanto, la expresión “sin más” contenida en la ley, de modo alguno significa que la resolución se produce automáticamente, aún en contra de la voluntad del acreedor. Creemos que esta conclusión, que obedece a una lógica elemental, está ratificada por el último párrafo del art. 1204, según el cual puede pedirse la resolución aunque se hubiera demandado el cumplimiento. Lo que en otras palabras significa que quien demanda el cumplimiento puede requerir luego la resolución. Si la ley dice que puede, ello significa que conserva también la otra posibilidad, es decir, la de reclamar el cumplimiento. Una interpretación distinta llevaría a la absurda conclusión de que no se puede demandar el cumplimiento, lo que es contrario a la esencia de los contratos, que se otorgan para ser cumplidos.

Distinto sería si hace el requerimiento bajo apercibimiento de resolver el contrato: en tal caso el vencimiento del término produce la extinción ipso jure de las obligaciones recíprocas, y el acreedor ya de derecho a reclamar el cumplimiento.

La ley no establece ningún requisito formal para el requerimiento que por lo tanto, podrá hacerse incluso verbalmente. Pero será siempre aconsejable hacerlo por un medio fehaciente, para evitar luego los inconvenientes de la dificultad de la prueba⁸.

Cabe preguntarse si para hacer el requerimiento es necesario que el deudor haya sido previamente constituido en mora. En caso de obligaciones a plazo en que la mora es automática

ninguna duda cabe de que, vencido el plazo, puede hacerse el requerimiento. Pero la duda puede presentarse en caso de que sea necesaria la interpelación. Pensamos que no es indispensable la interpelación previa y que el requerimiento del art. 1204 basta para colocar en mora al deudor.

b) El plazo: El plazo concedido al deudor no debe ser menor de quince días, salvo que los usos o un pacto expreso, fijen uno menor (art. 1204, 2º párrafo). Creemos que también la naturaleza y circunstancias del contrato pueden justificar un término más breve.

Pero puede ocurrir que la obligación pueda cumplirse no ya en quince días, pero sí en veinte o treinta ¿Está obligado el acreedor a conceder este plazo?. La pauta que ha de seguirse en esta hipótesis es la siguiente: el término que debe fijarse es el que razonablemente permita al deudor cumplir, siempre que la extensión del plazo más allá de los quince días no perjudique el interés del acreedor.

Una vez fijado el término, no puede ser abreviado por el acreedor, pues el deudor tiene derecho a que se le respete lo que ya le ha sido concedido, aunque fuere más de los quince días fijados en la ley.

En cambio, no hay inconveniente en que el acreedor extienda el plazo ya que esta extensión supone un beneficio para el deudor que el acreedor tiene derecho a conceder.

Si el plazo ha sido esencial, es obvio que el requerimiento de pago carece de sentido. En tal supuesto, el acreedor, sin más, podrá reclamar los daños y perjuicios.

No será necesario esperar los quince días si ante el requerimiento de pago, el deudor contesta que no pagará, cualquiera sea la razón invocada para no cumplir. En ese caso, el acreedor podrá tener por resuelto el contrato desde el momento en que reciba la comunicación del deudor.

¿Qué ocurre si la intimación tiene un plazo menor? ¿Debe considerársela inválida?. Pensamos que sería una sanción excesiva; a nuestro juicio, la intimación debe ser tenida por válida, aunque el deudor tendrá siempre el plazo de ley.

8. Facultad resolutoria expresa

Puede ocurrir que las partes hayan previsto expresamente en el contrato el pacto comisorio. En este caso, se trata de una cláusula accidental y la facultad de resolver es expresa.

El art. 1204, tercer párrafo, dispone que en este 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.

a) Diferencia con el pacto comisorio tácito: La diferencia con el pacto comisorio tácito es, pues, importante. Si el pacto no hubiere sido previsto en el contrato, éste igualmente puede resolverse, pero la parte interesada en la resolución debe darle al deudor una última oportunidad de cumplir; si el pacto fuera expreso, el cumplidor se limita a comunicar al incumplidor su voluntad de resolver. Adviértase que la ley dice que en este caso la resolución se produce de pleno derecho, pero no desde el momento del incumplimiento o de la mora, sino desde que se comunica al incumplidor la voluntad de resolver. La solución es lógica. La resolución no podrá ser automática, pues el acreedor puede tener interés en exigir el cumplimiento.

Bien entendido que la comunicación sólo tiene efecto si previamente el deudor ha quedado constituido en mora⁹.

b) Comunicación de la voluntad de resolver: Plantea cuestiones en cuanto a la forma y a la oportunidad.

El art. 1204 dispone que la comunicación de la voluntad de resolver debe hacerse en forma fehaciente. No hay, por lo tanto, ningún requisito formal expreso. Pero la ley quiere que sea fehaciente, es decir, inequívoca. Cualquier duda de si la comunicación ha sido hecha o no, debe resolverse en el sentido de que no lo fue, ya que pudiendo utilizar el interesado una forma que

no arroje dudas (telegrama, sea o no colacionado, notificación por el escribano, etc.) ha empleado un medio menos seguro.

¿Es legalmente suficiente la comunicación verbal? La ley no establece requisitos formales, pero exige que la comunicación sea fehaciente, característica de que carece la comunicación verbal. En principio, por consiguiente, la respuesta debe ser negativa. Pero éste no es un principio rígido. Supongamos que el que se propuso resolver tenga una prueba escrita emanada de la otra parte (una carta, un telegrama) de la que resulta que la comunicación ha sido hecha; más aún, puede ocurrir que en el juicio, la otra parte confiese haber recibido la comunicación verbal. En estos casos, es indudablemente válida.

Con respecto a su oportunidad, la ley no establece tiempo de caducidad para el ejercicio del derecho de declarar resuelto el contrato. Por consiguiente, debe rechazarse la opinión de quienes piensan que debe ser ejercido dentro de un plazo prudencia, pues de lo contrario hay que presumir la renuncia a ejercer el derecho. De aceptarse esta opinión, los derechos de las partes quedarían envueltos en la mayor incertidumbre, pues no se podría saber a ciencia cierta, si el término prudencial ha transcurrido o no; ello conspira contra el propósito de la ley de establecer con toda claridad los derechos de las partes. Sin contar con que la renuncia de los derechos no se presume¹⁰.

9. Contratos de tracto sucesivo

El art. 1204, primer párrafo, dispone que en los contratos en que se hubiera cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan hecho quedarán firmes y producirán en cuanto a ellas, los efectos correspondientes. La ley se refiere aquí a los contratos de tracto sucesivo o de prestaciones susceptibles de ser divisibles, como por ejemplo, la locación, el mutuo, etc. En tal caso la resolución retroactiva no tiene sentido, porque ya no puede borrarse el beneficio que el locatario o el prestatario ha tenido durante el tiempo que ha gozado de la cosa o el dinero. En tales casos, la resolución produce sus efectos *ex nunc*, es decir, sólo para el futuro.

10. Incumplimiento

Constituye la circunstancia fáctica que habilita el ejercicio de la facultad resolutoria. Puede ser total o parcial, pero en todo caso debe revestir cierta gravedad. Examinamos algunas hipótesis especiales:

a) Por caso fortuito. Supongamos que el incumplimiento se deba a un caso fortuito. ¿Funciona en tal caso el pacto comisorio?. Es indudable que sí. El art. 888 dispone que la obligación queda extinguida cuando la prestación viene a ser física o legalmente imposible de cumplir. Si la obligación del deudor cesa, es obvio que también el acreedor debe sentirse desobligado. En otras palabras, la obligación quedará resuelta, pero el deudor no estará obligado al pago de los daños y perjuicios (art. 513).

b) Derivado del incumplimiento de quien pretende resolver el contrato. Algunas prestaciones requieren el concurso de la otra parte. Así, por ejemplo, un constructor se compromete a terminar la obra en un tiempo dado, pero el dueño ha asumido el compromiso de proporcionar los materiales. Es claro que si el incumplimiento (o la demora en cumplir) del constructor tiene esta causa, el dueño de la obra no puede hacer jugar el art. 1204 para pedir la resolución. Por el contrario, es el constructor el que puede reclamar la resolución (art. 1644). Esta solución es aplicable a cualquier contrato en el cual las prestaciones de una de las partes están condicionadas a la colaboración de la otra.

11. Daños y perjuicios

Independientemente del derecho a la resolución del contrato, la parte que ha cumplido tiene derecho a la indemnización de los daños y perjuicios (art. 1204). Es una simple aplicación de los principios relativos a la culpa en el incumplimiento.

A modo de conclusión podemos decir, que si bien la facultad de resolver un contrato es en general útil desde el punto de vista económico porque brinda un instrumento de coerción contra el mal cumplidor y buena desde el ángulo moral, porque defiende eficazmente el contratante de buena fe, hay casos en que su ejercicio resulta abusivo, situación esta que debe evitarse pues de esta manera se atenta contra la moral y las buenas costumbres de manera alarmante.

12. Límites a la facultad resolutoria

La facultad de resolver encuentra determinados límites, entre ellos:

a) El abuso del derecho (C.C. art. 1071), que impide la resolución del contrato en forma abusiva, en razón de un incumplimiento menor o de detalle. La validez del ejercicio deberá medirse conforme la entidad y la duración de la relación, debiendo evitarse, v.gr., resoluciones de compraventas de largo plazo por el incumplimiento de una de las cuotas finales estando pagadas las anteriores, o resoluciones de un contrato de locación de obra cumplidas las prestaciones nucleares por incumplimientos accesorios y de detalle, etc..

b) Las disposiciones legales, por caso el art. 1203 *in fine*, que prohíbe la resolución en el contrato de prenda, o los arts. 7 y 8 de la ley 14.005, que prohíbe la resolución de contratos de compraventa de inmuebles a plazo cuando el comprador ya ha pagado más del 25% del precio o ha realizado mejoras equivalentes al 50% del mismo.

13. *Ius variandi*

Hacia su parte final el artículo 1204 C.C. trae las siguientes reglas, referidas a lo que se llama "*ius variandi*" o derecho de mudar la pretensión¹¹.

a) Si una de las partes ha demandado el cumplimiento, luego puede variar su pretensión, reclamando la resolución del contrato.

Esta solución se justifica por sí misma, dado que una parte puede haber juzgado razonable exigir el cumplimiento de un contrato que luego se ha tornado (desde su óptica) antieconómico o perjudicial. De este modo, antes del cumplimiento siempre puede ejercerse la facultad resolutoria, y la promoción de una acción por cumplimiento no priva al accionante de esa potestad.

b) Si, por el contrario, ha demandado (o comunicado extrajudicialmente, por analogía de situación) la resolución, no puede luego reclamar el cumplimiento.

Ello también es lógico, por aplicación de la teoría de los actos propios (que impediría a quien pretendía extinguir el vínculo exigir luego las prestaciones inherentes al mismo) y por hallarse el deudor relevado del cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la voluntad de su contraparte quedando así autorizada a no realizar más actos tendientes al cumplimiento (y pudiendo incluso disponer del objeto contractual respecto de terceros), y obligada a practicar los actos restitutorios e indemnizatorios derivados de la resolución.

14. Resolución judicial

Si bien se ha discutido en doctrina, entendemos que las partes pueden optar por no ejercer los mecanismos de resolución extrajudicial, promoviendo en forma directa una acción cuyo objeto consista en la resolución del contrato. Así se ha dicho que *“No existe impedimento legal para que la parte cumplidora, en vez de emplear los mecanismos extrajudiciales de resolución ... encare una acción judicial tendiente a que se decrete esa resolución (art. 1204 in fine del Cód. Civil)”*¹².

La diferencia con las acciones promovidas cuando el contrato se resolvió extrajudicialmente es que en éstas no se plantea la resolución, sino que se busca obtener la satisfacción de sus consecuencias (restitución de las prestaciones, indemnizaciones, etc.).

Esta facultad podrá ejercerse tanto con motivo de una facultad resolutoria expresa como de una implícita.

15. El pacto comisorio en los proyectos de reforma al Código Civil

1. El Proyecto de forma al Código Civil del año 1987 contempló en los arts. 1203 y 1204 de este Proyecto el pacto comisorio y la cláusula de resolución tácita de los contratos.

El primero de estos dispositivos define al pacto comisorio y de manera más prolija regula los efectos que suceden cuando una de las partes del negocio jurídico comunique a la otra su voluntad de resolver.

En los dos primeros párrafos del art. 1203 proyectado se contempla el pacto comisorio expreso y se prescribe también los efectos que debe atribuirse en caso de silencio. Asimismo, entre los efectos se contempla la restitución de lo recibido o su valor.

El art. 1204 de este proyecto contiene concretamente la cláusula de resolver tácita, regulándose entre sus disposiciones que la resolución puede ocurrir también por frustración del fin del contrato, siempre que hubiere sido conocido por ambas partes; que la frustración derive de causa ajena a quien la invoca. También se puede resolver el contrato por imposibilidad definitiva o temporaria del cumplimiento.

Por último, se proyecta la declaración de la resolución por incumplimiento de tres maneras disímiles: a) simple declaración de la parte que considera a la otra que no ha respetado la palabra dada (incumplimiento); b) por el otorgamiento de un plazo a la otra parte del negocio para que pueda cumplir y c) por la vía judicial, donde se solicita por demanda la resolución del contrato¹³.

2. La Unificación de la Legislación Civil y Comercial (Proyecto de 1993), al igual que el anterior intento de modificación del Código Civil decide respetar la numeración del ordenamiento sustancial. Así, el art. 1204 de ese proyecto es casi reiteración del art. 1204 del C. Civil. Las modificaciones introducidas en el proyecto no son de fondo, sino de forma, imperceptibles en una lectura rápida. Verbigracia, se reemplazó la expresión “contratos con prestaciones recíprocas” por “contratos bilaterales”; también se reemplazó los vocablos “daños y perjuicios”, sencillamente por la voz “daño”. Se sustituyó el giro “cumplimiento del contrato” por “cumplimiento de las obligaciones contractuales”

En este sentido, el primero de los proyectos aludidos arriba fue más profundo en su regulación de la figura, además de expresar más claramente y de manera más detallada los efectos que suceden a partir de ocurrir la resolución del contrato. A ello se agrega haber contemplado la resolución del negocio por frustración del fin como por la imposibilidad definitiva o temporaria del cumplimiento, aspectos que no aparecen en este proyecto.

3. El Proyecto de Reformas al Código Civil que redactara la comisión designada por decreto 468/92, refiere al pacto comisorio en los arts. 901, 902 y 903 de ese Proyecto.

Por el primero de ellos se buscó mejorar la definición del pacto comisorio, regulándose de manera cierta desde cuando se produce la resolución del contrato. Así, la segunda parte del

dispositivo proyectado dice: “La resolución tendrá efecto desde que la parte cumplidora comunique a la otra, en forma fehaciente, su voluntad de resolver el contrato”.

A su turno, el art. 902 de reformas al Código Civil contempla la facultad implícita de resolver los contratos bilaterales cuando uno de ellos no cumpliera con lo convenido. Allí se dice cuándo el acreedor puede requerir el cumplimiento, dejándose claro que si la prestación no se hubiere cumplido dentro del plazo, podrá aquél a su elección, optar entre resolver el contrato o exigir el cumplimiento, y en cualquiera de ambos casos con más la reparación de los daños. Se dispone en el tercer párrafo del artículo mencionado entre otras cosas que el acreedor puede demandar judicialmente desde el momento del incumplimiento de la otra parte. Por último, se pone un límite para el incumplidor si éste quisiera cumplir con la prestación de manera tardía; este límite está dado por la fecha de notificación de la demanda de resolución.

El art. 903 del Proyecto se refiere a las prestaciones que hubieren sido cumplidas, diciéndose que ellas quedarán firmes y producirán los efectos correspondientes. Este dispositivo finaliza indicando que un incumplimiento de escasa importancia con relación al valor del objeto del acto, no da lugar al expediente de la resolución del negocio jurídico.

4. El Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio del año 1999, reguló lo atinente al pacto comisorio en diversos artículos. Así, en el art. 1052 se alude a la cláusula resolutoria expresa y en el siguiente a la cláusula resolutoria implícita, la cual queda sujeta a lo dispuesto en los arts. 1054 y 1055 de este Proyecto.

Por el primero de ellos se exige que para que proceda la resolución del negocio, es menester que el incumplimiento sea importante o significativo, lo que no quiere decir que deba ser total. También se admite este mecanismo cuando de un incumplimiento parcial se tratare, el cual se caracteriza por privar de una parte sustancial de lo que razonablemente tenía derecho a esperar la contraria. Además, para que proceda la resolución, quien ha incumplido debe estar en mora.

El art. 1055 del Proyecto se refiere al requerimiento que debe realizar la parte cumplidora para que se produzca la extinción total o parcial del contrato, atento la cláusula resolutoria implícita. Se prescribe que dicho requerimiento no será necesario si hubiere vencido un plazo esencial para el cumplimiento o, si el incumplidor hizo saber su decisión de no cumplir o si el cumplimiento o interpelación fueren imposibles.

Por último, el art. 1056 del cuerpo proyecto contempla la resolución por ministerio de ley, expresándose en dicho dispositivo que no es necesario el requerimiento cuando la propia ley autoriza a la parte para declarar unilateralmente la extinción del contrato.

Para finalizar, puede indicarse que en este Proyecto se contempla que la extinción del negocio jurídico pueda ser declarada extrajudicialmente o en sede judicial y la demanda puede ser articulada aún sin haberse efectuado el requerimiento.

NOTAS:

¹ Jorge MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 439. El jurista santafesino cita en este capítulo del libro al IV Congreso Nacional de Derecho Civil y la ponencia de Héctor Cámara.

² Idem op. cit. en la nota anterior. Anteo E. RAMELLA, *La resolución por incumplimiento*, Buenos Aires, Astrea, 1975.

³ Edgar A. FERREIRA, *Principales efectos de la contratación civil*, Buenos Aires, Abaco, 1978, pág. 267.

⁴ Guillermo BORDA, “La reforma del Código Civil: El pacto comisorio”, E.D. 31-987.

⁵ Isaac HALPERIN, *Resolución de los contratos bilaterales*, Buenos Aires, Depalma, 1965 pág. 28.

⁶ SCBA, 30/06/1970, ED 34-603.

⁷ Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los contratos, Parte General*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 660..

⁸ Alberto G. SPOTA, *Instituciones de derecho civil, Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1975, vol. III, pág. 489.

⁹ Ver CNCiv., Sala D, 27/02/973, ED 51-563

¹⁰ Roque F. GARRIDO - Jorge Alberto ZAGO, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Universidad, 1985, t. I, pág. 348.

¹¹ Ricardo Luis LORENZETTI, op. cit., pág. 664.

¹² Atilio Aníbal ALTERINI, *Contratos. Civiles -Comerciales- De consumo. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 514.

ADQUIRENTE POR BOLETO DE COMPRAVENTA Y ACREEDOR EMBARGANTE

(Balance del conflicto en la doctrina y jurisprudencia argentina)

por CARLOS A. HERNÁNDEZ Y GONZALO SOZZO

SUMARIO: I. La evolución en la tutela del adquirente por boleto. Las normas constitucionales, las leyes especiales, la reforma del 68' y el IV Congreso de Derecho Civil. II. La doctrina judicial en materia de oponibilidad del boleto de compraventa al acreedor embargante. III. La pérdida de centralidad de los códigos y el peso argumental del derecho fundamental a la vivienda aun luego de la ley 24.522. IV. Requisitos para la oponibilidad del boleto con destino a vivienda frente al embargante y roles de la posesión. V. Naturaleza jurídica del derecho del adquirente por boleto de compraventa de inmueble. VI. Boleto de compraventa, posesión y tercerías. VII. El adquirente por boleto y el conflicto frente a terceros. Relevancia de la posesión.

I. La evolución en la tutela del adquirente por boleto. Las normas constitucionales, las leyes especiales, la reforma del 68' y el IV Congreso de Derecho Civil

El problema del boleto de compraventa se remonta en nuestro país a las primeras décadas del S. XX. La figura ha preocupado a la Teoría del Contrato durante todo el siglo pasado. Esta preocupación resulta del tráfico negocial que fue adoptando como modalidad de realización de la compraventa de inmuebles al “boleto de compraventa”, que difiere sustancialmente de la imaginada por el Código Civil.

En su trayectoria, la figura ha logrado un paulatino reconocimiento por el derecho positivo, con el propósito de brindar algún tipo de protección al adquirente, en especial, de una vivienda familiar, al amparo de la cláusula constitucional emergente del artículo 14 bis.

En esa evolución aparecen algunos hitos claramente identificables ¹ que pueden ser subsumidos en etapas. En tal sentido, cabe recordar inicialmente el control de los primeros sistemas de comercialización por parte de la jurisprudencia ², lo que plasmó luego en la ley 14.005 ³, cuya finalidad esencial se dirigía a limitar el poder de configuración del contenido contractual por el vendedor y a lograr un sistema de oponibilidad del boleto frente a terceros. El microsistema así conformado, se proyectó hacia otros fenómenos contiguos ⁴, receptados también en normas especiales, tal el caso de la ley 19724.

Hasta aquí, en esta primera etapa, el reconocimiento del boleto de compraventa y los intentos de protección del adquirente solo tuvieron lugar en la periferia del Código Civil, en el ámbito de las leyes especiales.

La “consolidación” de algunos de los criterios protectores emergentes de los regímenes especiales en el Código Civil, se materializó en la reforma del 68', mediante la incorporación del artículo 1185 bis y el agregado al artículo 2355 ⁵. De este modo, la tutela del adquirente por boleto, obtuvo una mayor generalización ⁶, que procuraba dar respuesta -aunque más no sea parcial- al problema del déficit habitacional que aún hoy padecemos ⁷. Por ello no sorprende que en el despacho mayoritario del IV Congreso Nacional de Derecho Civil -realizado en Córdoba en el año 1969- primara una interpretación parcialmente favorable del art. 1185 bis, en miras de una postura superadora de los conflictos hermenéuticos que presentaba ⁸.

Luego de este período, la cuestión del boleto de compraventa pasa a integrar el núcleo de la regulación del Derecho Privado -Código Civil-, ocupando un espacio central en el sistema ius privatista ⁹.

Otra instancia de “consolidación” legislativa, puede reconocerse en la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor, y más recientemente en la reforma incorporada mediante la Ley 26.361, cuya virtud más destacada radica en el esfuerzo por integrar las normas que conforman el estatuto de defensa del consumidor ¹⁰, en cuanto el segundo párrafo del nuevo artículo 3 dispone que *“Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales*

*aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”*¹¹. Lo establecido, presenta particular interés, habida cuenta de la pluralidad de normas que conciernen al campo inmobiliario.

Finalmente corresponde señalar, dentro de esta batería de reglas de protección del adquirente por boleto de compraventa, a las normas provinciales que permiten la inscripción registral de los mismos¹², y que han dado lugar, unánimemente, a sostener la prioridad del adquirente, si inscribió el instrumento privado antes que el acreedor embargante hiciera lo propio, con sustento en el principio *‘prior tempore potior iure’*¹³, lo que lo legitima a triunfar en la correspondiente tercería de mejor derecho.

II. La doctrina judicial en materia de oponibilidad del boleto de compraventa al acreedor embargante

La jurisprudencia posterior a la ley 17.771 consideró que la norma del artículo 1185 bis de oponibilidad del boleto al concurso o quiebra del vendedor, actuaba como una excepción al principio de la inoponibilidad del contrato de compraventa no registrado (art. 2505 C.C.), y que, por tanto, debía ser interpretada restrictivamente. En consecuencia, no podía aplicarse más allá de su ámbito de funcionamiento expresamente reconocido (el del concurso o quiebra del vendedor). Pese a ello, fue abriéndose paso, una posición contraria, que entiende que el boleto de compraventa resulta oponible aún en la ejecución individual del vendedor.

En esta última tendencia ocupan un lugar fundacional, las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, que reseñamos a continuación.

De modo introductorio, resulta obligado destacar la síntesis que estos fallos formulan del problema que nos ocupa, especialmente en los votos de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci. Así, en autos “Coviram Ltda.”¹⁴, que constituye un verdadero ‘leading case’ por su expansión hacia otras jurisdicciones, se dijo que, para hacer prevalecer el derecho del adquirente por boleto de compraventa es necesario la concurrencia de los siguientes recaudos: 1) Fecha cierta. Por ella, el boleto debe ser anterior al embargo; la certeza, debe estar dada por la inscripción registral del boleto *“o por la traba de una cautelar que lo presupone”*, o en su defecto, mediante *“certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo”*; en este punto juega un rol relevante la posesión, pues si esta última es pacífica y pública constituye *“un elemento trascendente para acreditar tal certidumbre fáctica”*; 2) Adquisición de buena fe; 3) Pago del 25% del precio antes de la traba del embargo; 4) *“Que el tercerista haya adquirido de quien es el titular registral o que esté en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes*; 5) Que el inmueble tenga destino de vivienda¹⁵.

La relevancia dogmática de esta sentencia reside en haber actualizado los criterios que el tribunal había fijado en la causa *“Ongaro de Mini”* -pronunciada en el año 1991-, a las nuevas normas que trae la ley 24.552 del año 1995, más allá de dejar en lo restante, las pautas de aquel plenario. La sentencia posee una claridad y precisión conceptual, presentes tanto a nivel de las explicaciones como de las decisiones que va tomando, que la coloca en un lugar destacadísimo.

Por lo señalado, conviene comenzar recordando lo resuelto por el mismo Tribunal en la causa *“Ongaro de Minni y otros en Minni, Miguel A. y otro en Gómez H. c/ Grozona p/ ord., p/ tercería, s/ casación”*¹⁶. En este caso se estableció que *“si el boleto ha tenido acceso registral, el embargante posterior no puede pretender mejor derecho que el adquirente, pues lo cierto es que su prioridad surge de un registro que, al mismo tiempo, le está publicitando la nueva situación jurídica que tiene el inmueble”* (...) *“ un adquirente de buena fe, mediante boleto inscripto, tendrá mejor derecho que un embargante posterior, por aplicación del principio prior in tempore prior in iure”* (...) *igual solución corresponde cuando el adquirente por boleto*

ha iniciado un juicio por escrituración y se ha anotado cualquier cautelar que informe sobre este juicio (anotación de litis, prohibición de contratar, etc.)”.

En virtud de ello se sostuvo que si no han mediado estas condiciones previas -aún no habiendo sido inscripto el boleto-, en base a los artículos 150 de la ley 19551 y 1185 bis del C.C., prevalece el derecho del adquirente, frente al acreedor embargante. Ello en razón de que: *“Si el adquirente por boleto con destino a vivienda puede oponer su derecho en la quiebra, a fortiori está facultado para hacerlo en la ejecución individual” (...) la norma del artículo 1185 bis pese a ser una norma especial con un ámbito de aplicación particular (el concurso o quiebra del vendedor) “es de singular importancia para interpretar el sistema legal. La solución contraria es absolutamente disvaliosa, llevando a un verdadero despropósito, pues obliga al adquirente a petitionar la quiebra del vendedor como única alternativa para poder oponer su derecho al resto de los acreedores” (...) tengo el convencimiento de que la distinción entre, el mero adquirente del inmueble y aquel que le da destino vivienda personal, tiene base constitucional, desde que el art. 14 bis del ordenamiento fundamental del estado, asegura a los habitantes el derecho a una vivienda digna” (...) “La interpretación histórica de los artículos 1185 bis del Cód. Civil y 150 de la Ley de concursos lleva al mismo resultado. Como dije en mi voto registrado en LS, 195-49, todos los plenarios dictados en la materia han tenido como preocupación última la escasez de vivienda”.*

Como se ve, para justificar la aplicación de la regla a aquellos casos en los cuales no existe un concurso o quiebra del vendedor por boleto de compraventa, la sentencia recurrió a la cita constitucional, referida al derecho económico social que garantiza el acceso a la vivienda digna (art. 14 bis C.N.), demostrando el peso ius fundamental de la idea de tutela de la vivienda familiar, al extenderlo mas allá del presupuesto de hecho de la regla del artículo 1185 bis.

En ese marco, se estableció que quien adquiere un inmueble con destino a vivienda mediante boleto de compraventa triunfa en el conflicto frente al acreedor embargante cuando plantea una tercería de mejor derecho si se dan los siguientes recaudos: 1) Fecha cierta o certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo. *“Esta certidumbre fáctica muchas veces se alcanza a través de la posesión pública y pacífica”.* A lo transcrito en este sentido cabe agregar que en el voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci se pone el acento en la innecesariedad de la posesión, *“No obstante, al aprobar que el inmueble se destina a vivienda personal del adquirente se facilita cuando existe posesión y se dificulta notoriamente cuando no se ejerce este poder sobre la cosa”;* 2) *“Quien invoca a su favor los derechos emergentes del boleto debe haber adquirido del titular registral o estar en condiciones de subrogarse en los derechos de la persona a quien el titular registral transmitió;* 3) Pago el 25% del precio antes de la traba del embargo. 4) Buena fe del adquirente, que significa haber celebrado e instrumentado el boleto *“sin connivencia con el promitente”* con la intención de defraudar a los acreedores.

En cuanto a la exigencia del destino de vivienda que establecía el artículo 150 de la ley N° 19.551, modificando el artículo 1185 bis del C.C. según ley N° 17.771, la Dra Kemelmajer de Carlucci señaló que *“En mi opinión, la ruptura de la regla del ius parit y restricción de los términos de los arts. 1185 bis C.C. a los del art. 150 L.C. tiene base constitucional y, por ende, cuando la ley exige destino de vivienda, está ciñéndose a la vivienda personal del adquirente, tal como explícito a lo largo de mi voto”.*

Ambos precedentes conforman el test que la jurisprudencia argentina, generalmente acepta, para que un adquirente por boleto de compraventa pueda triunfar en una tercería de mejor derecho frente al acreedor embargante.

En tal sentido, esta línea de razonamiento judicial ha sido admitida parcialmente por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en los autos *“Club Personal Bco. Río Negro y Neuquén Bahía Blanca en Gaucci, Roberto c/ Graetz, Rodolfo”*¹⁷. La sentencia sostuvo que *“Como ya lo expresara esta Suprema Corte en anteriores pronunciamientos (causas Ac. 33.251, sent. del 24/6/86; Ac. 37.368, sent. del 29/3/88 y Ac. 40.500, sent. del 7/7/89), si bien el art. 1185 bis se refiere al caso de concurso o quiebra del vendedor autorizando a oponer el boleto al conjunto de acreedores que conforman la masa, no se advierte razón alguna que impida que lo mismo pueda ocurrir frente al acreedor embargante*

en un proceso ejecutivo. Las mismas razones tuitivas y éticas que llevaron a la incorporación de este precepto deben observarse y atenderse para extender su aplicación al presente caso (doct. art. 16, Cód. Civil), pues la misma naturaleza de la cuestión impone esta conclusión y no es razón suficiente para excluir de la tutela la circunstancia de que la norma no se haya referido explícitamente al caso que se da en autos desde que éste debe entenderse implícitamente incorporado en la tésis del precepto”, agregando que “El amparo que confiere el art. 1185 bis resulta, como digo, oponible al acreedor embargante en tanto queden acreditados los extremos de la norma y el crédito del comprador sea anterior al del embargante” y que “Conságrase así un mejor derecho a ser pagado con preferencia al embargante y ese pago debe ser entendido en el concepto dado por el art. 725 del Cód. Civil”. También ponderó que “...el juez de primera instancia tuvo por acreditado que el crédito del tercerista es de fecha anterior al del embargante, el pago total del precio convenido, la fecha cierta del instrumento, conclusiones éstas que no fueron impugnadas en autos; no habiendo sido objeto de cuestionamiento alguno la buena fe del adquirente. Por tanto se encuentran reunidos los requisitos exigidos para la aplicación al presente caso del art. 1185 bis del Cód. Civil”.

Pensamos que al aplicar por vía analógica el artículo 1185 bis al supuesto de ejecución individual que un acreedor embargante pretende del inmueble del vendedor, recurre a reglas vinculadas a la resolución de antinomias clásicas, que no responde a la realidad de un sistema de derecho privado pluricéntrico y descodificado. En cambio si se focaliza el conflicto desde el lente de la Constitución Nacional, y se razona a partir de ella, el “juego” de las reglas queda automáticamente reordenado a partir de los principios fundamentales, que dan sustento a la hermenéutica judicial.

También otros tribunales se hicieron eco de la doctrina judicial de los fallos antes mencionados. Así la Cámara Nacional Comercial, en autos “Banco del Buen Ayre S.A. c/ Ontiveros, Guillermo J. y otro”¹⁸. Cabe recordar que en este caso, la sentencia hizo lugar a la tercería y declaró que el adquirente posee un derecho preferente frente al Banco del Buen Ayre S.A. -acreedor embargante-, a quien le impuso las costas del juicio por resultar parte sustancialmente vencida¹⁹.

El magistrado preopinante sostuvo que en lo que refiere a la fecha cierta como requisito de la oponibilidad del boleto a terceros por aplicación del art. 1034 del C.C. “*me remito a los fundamentos vertidos por el Dr. Pliner quien expresó en su voto: ‘adhiero con entera convicción a la tesis de que la enumeración de los supuestos enunciados en el art. 1035 Cciv., en virtud del cual un instrumento privado adquiere fecha cierta frente a terceros o sucesores singulares, no constituye una lista cerrada o limitativa, que impida el reconocimiento judicial en otros eventos en que la certidumbre fáctica se impone fuertemente a la conciencia de los jueces y, el negarlo importaría hacer prevalecer el formalismo hueco negatorio de la justicia frente a la verdad real evidente’*”. Luego agrega que “*La fecha cierta del contrato preliminar no es un requisito exigible, es obvio que el referido “derecho a poseer” adquirido de buena fe con anterioridad a la inscripción registral de esos créditos privilegiados o quirografarios, deberá ser acreditado por elementos de convicción suficientes, reduciéndose el problema a una cuestión de prueba. (...) Coincido con el a quo, que en el caso los elementos de juicio aportados al proceso resultan contundentes y confiables, lo que permite formar la certeza necesaria para el conocimiento de la verdad’*”. Por último cita la doctrina del caso “*Ongaro de Mini*”. Y concluye al respecto que “*Todo lo expuesto trae como conclusión ineludible la improcedencia de la tercería de dominio, fundada, como su propio nombre lo indica, en el derecho real de propiedad, que resulta inexistente en el caso. Si el boleto mismo no es no es un título de dominio sólo le será transmitido al comprador mediante la escritura respectiva y su consiguiente inscripción registral, el adquirente no puede invocar calidad de propietario ni pretender oponer su derecho por la vía de la tercería de dominio’*(...) *El tercerista ha demostrado que la posesión adquirida por el titular del boleto es anterior a la fecha de inscripción del embargo en el registro inmobiliario, por lo que corresponde resolver sobre la base de la buena fe y priorizando la posesión’*”. Lo adecuado, sostiene el magistrado es la tercería de mejor derecho; y el tercerista triunfa frente al acreedor embargante si acredita los

extremos expuestos en “Coviram Ltda.”, por aplicación extensiva de las disposiciones de la LCQ a las ejecuciones individuales.

En síntesis la sentencia sienta la idea de que para la preferencia del adquirente por boleto frente al acreedor embargante se requiere: fecha cierta o un alto nivel de certidumbre sobre su existencia anterior al embargo; publicidad registral (cuando se inscribe el boleto como promesa de venta en los registros de la propiedad) o posesoria; buena fe y pago del 25% del *precio*.

Otro de los miembros de la Sala, el Dr. Peirano, en su voto agrega que *“en este tipo de situaciones es de trascendental relevancia merituar exhaustivamente todas y cada una de las circunstancias que rodean la litis, pues una decisión como la que aquí adhiero -confirmatoria de la de primera instancia- resulta de carácter excepcional. Porque no puede ignorarse la estructura jurídica de nuestro régimen civil concerniente a la transmisión de dominio de inmuebles, para lo que se exige escritura pública e inscripción registral como elementos necesarios para adquirir la propiedad...”*.

Estas últimas observaciones son sumamente relevantes pues plantean la idea de la necesidad de no perder de vista la adecuación de la doctrina judicial emergente de los precedentes “Ongaro de Mini” y “Coviram Ltda.”, al caso concreto. En este orden de ideas nosotros plantearemos más adelante, de que modo el dato de tratarse de una vivienda resulta un argumento fundamental para la decisión a adoptar, como también la indagación de los elementos fácticos del caso. El magistrado debe atender cuidadosamente a la actuación del adquirente y la verosimilitud del planteo que realiza.

También la C. Apel. C.C. Santa Fe, en autos “Atienza A.L. c/ Romero Gracilazo, M.C. y Manufactura textil del Sud S.A.”²⁰, señaló sobre el tema que estamos considerando que: *“En estos autos los actores vinieron a deducir demanda de tercería de posesión (...)” con lo cual pretendían el levantamiento de un embargo trabado sobre un inmueble.” Fundan la acción en su calidad de cesionarios (...) destacando que desde la suscripción del respectivo contrato de cesión se encuentran en posesión del bien”*. La sentencia de primera instancia hizo lugar al levantamiento del embargo. La demandada interpuso contra esa sentencia recurso de apelación. La Alzada sostuvo que *“El título (a que se refiere el art. 2355 del C.C.) es la regla ordinaria de la posesión y se toma en el concepto de causa fuente o causa eficiente, generadora de la adquisición del derecho que ha dado origen y base a la posesión, con prescindencia del instrumento en que ese acto jurídico o derecho consta. Así el boleto de compraventa -y el contrato de cesión, art. 1435 del C.C.- constituye un título suficiente para adquirir la posesión, aunque falta el instrumento público que la ley exige para la transmisión de dominio. Es de allí que dentro de la hermenéutica actual de nuestro ordenamiento civil, la posesión adquirida por tradición y en cumplimiento de un título suficiente, constituye un derecho jurídicamente protegido, con independencia del dominio (art. 2355 y 1185 bis). Esa es la razón por la que el actor puede repeler válidamente la acción persecutoria del apelante, seguida en contra del titular del dominio del inmueble”*. Además, en relación a los recaudos se sostuvo *“La apelante elaboró un agravio a partir de la expresión no tan feliz de la a-quo que sostuvo que tratándose de una tercería de posesión, para que esta pueda sustentar la pretensión del tercerista debe reunir en principio los recaudos a los cuales las normas condicionarían la usucapión. Sin hesitar puedo sostener que no se infiere de ese acierto que la juez haya incluido entre tales recaudos el requisito temporal propio de la prescripción adquisitiva y tan ajeno a la materia jurídica en consideración aquí. Por el contrario, se infiere claramente de esa construcción gramatical que la exigencia jurisdiccional graba en torno de la acreditación de ‘animus domine’”*.

Esta sentencia contextualiza en la provincia de Santa Fe en la cual, como se verá más adelante, existe además de una tercería de dominio y otra de mejor derecho, una tercería de posesión. El debate se centra en la existencia del carácter de poseedor del adquirente por boleto y sienta diferentes conclusiones: a) Se requiere el animus domini en el adquirente, como dato propio de la posesión; b) *“El boleto de compraventa -y el contrato de cesión, art. 1435 del C.C.- constituyen un título suficiente para adquirir la posesión”*.

III. La pérdida de centralidad de los códigos y el peso argumental del derecho fundamental a la vivienda aun luego de la ley 24.522

El problema del derecho del adquirente por boleto de compraventa de un inmueble destinado a vivienda, debe ser “pensado” constitucionalmente, dando cuenta así del hecho de que el orden establecido por los sistemas codificados ha sido fuertemente afectado por fenómenos como la descodificación y la constitucionalización.

Es que los códigos han perdido la centralidad que tenían²¹. En ese sentido se ha dicho, que *“Frente al denso y cotidiano multiplicarse de las leyes especiales, los Códigos Civiles asumen una función diferente. Representan no ya el derecho exclusivo y unitario de las relaciones privadas, sino el derecho común, es decir, la disciplina de los supuestos de hecho más amplios y generales”*²².

Por lo demás, el Código Civil ha perdido parte de su vocación de universalidad, o lo que es lo mismo, su pretensión totalizante. A su vez, también se ha desprendido de la centralidad en relación con la Constitución. Es notable la incorporación de temas de Derecho Privado en el seno mismo de la Constitución, por lo cual los operadores jurídicos deben prestarle especial atención, en la argumentación de los casos de Derecho Privado.

En este tema que nos ocupa de la oponibilidad del adquirente por boleto, creemos que pese a la reforma de la ley 24.522, que quitó el destino de vivienda como un requisito para dicha oponibilidad, el hecho de que el inmueble sea destinado a vivienda personal continúa siendo sumamente relevante desde el punto de vista argumental; en otras palabras, a los fines de decidir el caso continúa siendo esencial el hecho de que el inmueble haya sido destinado a vivienda personal del adquirente pues la circunstancia de que se encuentre en juego en el caso la realización o no de un derecho fundamental como es el de la vivienda digna (art. 14 bis C.N.) dota a la argumentación del adquirente por boleto de un peso ius fundamental que no puede dejar de ser tenido en cuenta al momento de ceder el caso a través del juicio de ponderación, y es lo que justifica la oponibilidad del boleto de compraventa mas allá de la aplicación analógica del artículo 1185 bis del Código Civil.

Dicho de otro modo: estos son casos que deben ser decididos mediante el mecanismo del juicio de ponderación, por tanto, el derecho fundamental a la vivienda familiar debe ser considerado en su real dimensión al tiempo de llevar adelante dicho procedimiento argumental.

En el plano propositivo, y atendiendo a la raigambre constitucional del derecho a la vivienda digna, pensamos que resulta aconsejable propender a una política legislativa que aborde la problemática relativa a la protección del adquirente por boleto como medio para facilitar el acceso a la vivienda.

IV. Requisitos para la oponibilidad del boleto con destino a vivienda frente al embargante y roles de la posesión

Debe reconocerse la existencia de una mutación en las funciones que se asignan a la posesión en relación a la tercería entablada por el adquirente de un boleto de compraventa, la que debe ser tenida en cuenta por el operador del campo jurídico que se disponga a actuar en este sector.

Observadas desde la teoría contractual las acciones de tercerías, son mecanismos procesales que permiten hacer efectivos los efectos extraordinarios del contrato instrumentado en un boleto de compraventa, cual es la oponibilidad.

En el *leading case* antes citado “Minni, Miguel y otros en Gómez, H. c/ Grzona, Juan C.”, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sostuvo literalmente que: *“El adquirente de un inmueble con destino de vivienda, mediando boleto, tenga o no posesión, haya o no inscripto dicho instrumento, triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad, si se*

cumplen los siguientes recaudos: A. Que el boleto tenga fecha cierta o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo. La posesión pública y pacífica es un elemento trascendente para acreditar tal certidumbre fáctica. B. Que el tercerista haya adquirido de quien es el titular registral o que esté en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre sucesivos adquirentes. C. Que el tercerista sea de buena fe y haya pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo”²³.

Estos recaudos son extraídos de las normas que establecen los requisitos para la oponibilidad del boleto de compraventa al concurso o quiebra del vendedor (art. 1185 bis C.C. y art. 150 L. 19.551). Estas normas procuran, asegurar que el concursado no extraiga bienes del concurso mediante boletos de compraventa otorgados sólo con ese fin. Es así que dichos recaudos se orientan a asegurar la buena fe del adquirente por boleto, plasmando una idea que era sostenida por la doctrina antes de la reforma de la ley 17.711. En este orden de ideas el Profesor Ricardo Prono sostuvo que *“Antes de la reforma introducida por la ley 17711 se exigía por los jueces civiles el pago total del precio y, generalmente también, la posesión del inmueble, para poder escriturar en el concurso -civil- del vendedor. El IV Congreso de Derecho Civil de Córdoba (1969) recomendó interpretar el art. 1185 bis exigiendo independientemente de la buena fe, la fecha cierta y la entrega de la posesión anterior al período de sospecha (...) Incluso el anteproyecto de la ley 19551 (art. 152) estatuyó como condicio iuris para determinar la buena fe del adquirente, la posesión y la fecha cierta”²⁴.*

Creemos que esta circunstancia no debe perderse de vista: la posesión apunta a asegurar la buena fe del adquirente. Este es un primer valor que tiene la posesión por parte del adquirente por boleto²⁵.

Estos recaudos en la provincia de Santa Fe han sido exigidos como suficientes para entablar y triunfar en una tercería de posesión, con lo cual correctamente se ha adaptado dicha solución (de un código que sigue el esquema del Procesal Nacional en materia de tercerías), a la realidad normativa santafesina, configurándose así la posición dominante dentro de las diferentes líneas existentes en la provincia²⁶. Va de suyo que para este tipo de tercerías, la posesión resulta ser un dato esencial. No puede triunfar en una tercería de posesión quien no acredita revestir dicho carácter. En este contexto normativo de las tercerías, la posesión del inmueble constituye un requisito más que se suma a los anteriormente mencionados.

Por lo demás, no atender a la posesión, y en consecuencia, dar *“...preferencia a los derechos del embargante, importaría consagrar una solución contraria a las reglas de la buena fe y una injusticia para quien adquirió legítimamente por boleto de compraventa un determinado inmueble”²⁷.*

De tal modo, la posesión constituye un elemento de flexibilización del recaudo de la fecha cierta; en otros términos, lo que la doctrina “Ongaro de Mini” y “Coviram Ltda.”, acepta, es que no existiendo fecha cierta, el adquirente puede procurar convencer al juez sobre la certidumbre fáctica de la existencia del boleto con anterioridad al embargo, y ello constituye un elemento inmejorable al efecto.

La consecuencia (o el punto de partida, según quiera verse) de esta última cuestión es la equiparación de la eficacia publicitaria de la posesión (publicidad registral) y la inscripción registral (publicidad registral).

Si bien es cierto que la inscripción registral es el mecanismo de publicidad declarativa de los derechos reales, la afirmación es parcialmente correcta. En efecto, nuestro Codificador se planteó al tiempo de tener que legislar sobre los derechos reales, el problema de la publicidad a terceros. Vélez Sársfield resolvió el tema recurriendo a la teoría del título y del modo, que no sólo tiene implicancias a nivel de la adquisición de los derechos reales, sino además para su publicidad; allí, sentó como único modo la tradición.

La tradición es algo más que la mera entrega, ya que implica la recepción voluntaria. La tradición se encuentra ligada a la posesión, pues a partir de que la primera tiene lugar comienza la segunda para el adquirente.

La tradición y posesión consecuente, cumple -considerada desde este punto de vista- la función de hacer publicidad frente a los terceros. Lo que ocurrió, y por ello los legisladores de la

ley 17.711 introdujeron la inscripción registral como mecanismo publicitario generalizado a todos los derechos reales, es que se juzgó que la tradición debía ser complementada con algún otro mecanismo que coadyuve a la realización de la antedicha función.

El correcto entendimiento del sistema de adquisición y publicidad de los derechos reales debería llevar a sostener que la inscripción registral es un mecanismo de publicidad declarativa de los derechos reales, y que el otro es la tradición.

V. Naturaleza jurídica del derecho del adquirente por boleto de compraventa de inmueble

En los debates sobre la oponibilidad del boleto de compraventa inmobiliaria no puede soslayarse la consideración del tema de la naturaleza jurídica de dicho negocio²⁸, toda vez que el mismo se encuentra directamente vinculado a la elección de la tercería a entablar.

Aunque la reforma de la ley 17.711 no esclareció expresamente el tema, es evidente que contribuyó a ello, toda vez que además de la incorporación del artículo 1185 bis, el agregado al segundo párrafo del artículo 2355 C.C., establece que: “*Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa*”.

Esta normativa ha generado una profusa actividad dogmática, tanto en doctrina como en jurisprudencia. A continuación habremos de pasar revista a las posiciones más destacadas.

Así, en primer lugar, se encuentran las denominadas tesis formalistas. Estas posturas debilitan la potencialidad jurídica del boleto de compraventa. Para esta tesis el boleto de compraventa constituye un contrato preliminar. Así, Fernando López de Zavalía afirma que el boleto de compraventa tiene una naturaleza jurídica bifronte: por un lado, es una compraventa nula por defecto de forma, y por el otro, es un contrato preliminar bilateral válido²⁹. Para ello parte de considerar que el contrato de compraventa es formal *ad-solemnitatem* (solemne relativo). En su línea argumental invocan literalmente los artículos 1185 y 1187 del Código Civil y el artículo 150 de la ley 19551 (hoy reformada por la ley 24.522). En conclusión: se atribuye la naturaleza de un contrato preliminar de promesa bilateral, en el cual las partes se obligan a celebrar un nuevo contrato. Ello acarrea los siguientes efectos: entablada una demanda por escrituración, e incumplida la condena, el juez no puede otorgarla, pues se trata de una obligación de hacer donde se requiere especialmente de la actividad del sujeto deudor, dado que este debe consentir nuevamente. La acción se resuelve en daños y perjuicios (art. 1187 C.C.). Tampoco pueden reclamarse las obligaciones de la compraventa, que surgen con la escrituración.

En el otro polo, se sitúan las tesis no formalistas³⁰. Esta segunda postura (mayoritaria en doctrina y jurisprudencia), que fortalece el boleto, no diferencia etapas. El consentimiento es uno solo, referido a la finalidad de cambio en el dominio de una cosa; los demás, son actos complementarios para concretar esa finalidad. El boleto es un contrato de compraventa completo y perfecto, y contiene la “promesa de escriturar”. En cuanto a la forma, el contrato es formal *ad probationem* para unos y no formal para otros. El requisito de escritura pública hace a la transmisión y prueba del derecho real de dominio, pero no al contrato de compraventa. La línea Argumental es la siguiente: 1) “*Las partes han efectivamente comprado y vendido y no prometido comprar y vender*”; la compraventa tiene efectos obligacionales (art. 1323 C.C.); la distinción entre promesa bilateral -boleto- y contrato carece de sentido. 2) La compraventa tiene carácter consensual. 3) La posesión por boleto es legítima (artículo 2355). En conclusión: se trata de un contrato de compraventa perfecto. Se exige un solo consentimiento que en el boleto está dado sobre los elementos esenciales particulares. En cuanto a los efectos: puede demandarse judicialmente solo la escrituración y en caso de incumplimiento, puede otorgarla el juez, dado que el consentimiento ya ha sido prestado para que nazca la obligación de hacer del artículo 1187. Es asimismo viable demandar el cumplimiento de las obligaciones de la compraventa directamente.

Finalmente, la que puede ser calificada como tesis intermedia³¹, intentó también reforzar el boleto señalando que es un contrato cuyo objeto es la obligación de otorgar escritura pública.

Con esta apreciación se lo ubica como uno de los supuestos en que se da lugar a una venta forzosa (art. 1324, in.2 C.C.), porque hay una convención que obliga a celebrarla. En cuanto al carácter formal del contrato indican que es formal *ad solemnitatem*. No es *ad probationem*, pues en este caso la falta de forma podría ser suplida por otros medios de prueba con eficacia superior como por ej. la confesión que en el caso no puede admitirse. En conclusión se trata de un contrato perfecto, no de compraventa, por el cual las partes se obligan a hacer una escritura pública. El boleto es un contrato previo respecto de la compraventa, pero que existe un solo consentimiento por el cual el vendedor se coloca en la situación de una venta forzosa. En torno a los efectos puede demandarse judicialmente no solo la escrituración, sino también, en caso de incumplimiento de la condena judicial, puede solicitarse que el juez la otorgue dado que el consentimiento ya ha sido prestado.

Sobre este debate se ha dicho en criterio que compartimos que el mismo “...*ha perdido gran parte de su importancia a partir de la jurisprudencia plenaria de las Cámaras Civiles de la Capital Federal que convalidara la posibilidad de la escrituración por el juez, solución ésta que, al ser seguida en forma casi unánime por los tribunales de nuestro país, alcanzó el carácter de una verdadera costumbre judicial*”³².

VI. Boleto de compraventa, posesión y tercerías

Como se dijo, la naturaleza que se asigne al derecho del adquirente poseedor por boleto de compraventa, resulta relevante desde el punto de vista práctico -y por ello ha generado una profusa discusión en la jurisprudencia- pues la postura que se tome en torno a ella condiciona el tipo de “tercería” que debe entablar el poseer por boleto para hacer valer su derecho a la oponibilidad frente al tercero.

En nuestro país los ordenamientos procesales, en general, establecen dos tipos de tercerías: de mejor derecho y de dominio.

Con dicho marco de posibilidades se ha planteado la discusión en torno del derecho que tiene el adquirente por boleto de compraventa. En efecto, para algunos tribunales, únicamente tiene legitimación para entablar tercerías de mejor derecho³³. Otros, en cambio (como se observa en algunos de los fallos del punto II), tomando partido por la posición dogmática que entiende que el adquirente por boleto -luego del agregado efectuado por la Ley 17.771 al art. 2355 C.C.-, detenta un derecho real, le conceden legitimación para iniciar tercerías de dominio.

Al respecto recordamos que la posesión consiste en el *corpus* más *animus domini* (art. 2351 C.C.), es decir, en la detentación material de la cosa y el animo de ejercer sobre la misma un derecho real. El Código Civil clasifica la posesión a partir de art. 2355 C.C., el cual principia por distinguir posesión legítima e ilegítima; es legítima cuando se posee en virtud del ejercicio de un derecho real (art. 2355 C.C.); luego, la posesión ilegítima puede ser de buena fe o de mala fe y, a su vez, esta última se divide en viciosa y no viciosa.

La situación problemática se presenta en torno a los adquirentes por boleto de compraventa. El legislador ha tratado de protegerlos, siempre que se haya hecho tradición de la cosa y medie buena fe, frente a terceros adquirentes de la misma cosa, y a los acreedores del vendedor.

Antes de la Ley 17.711, la dogmática iusprivatista se interrogaba: ¿El poseedor por boleto a quien se ha hecho la tradición, es un poseedor o un mero tenedor?; si se lo consideraba un poseedor: ¿se trataba de un poseedor legítimo o ilegítimo?

Después de la reforma al artículo 2355 el problema se circunscribe a su interpretación, y a la siguiente pregunta: ¿Qué significa ser un poseedor legítimo para el adquirente por boleto? Al respecto hay diferentes posturas: a) Para algunos, supone ser titular de un derecho real de dominio imperfecto³⁴, desde que aún necesita del otorgamiento de la escritura pública y de la registración para integrarse o perfeccionarse; b) Para otros³⁵, es titular de un derecho real de posesión: parten de considerar que el agregado quiso señalar que se trata de una posesión legítima, se trataría de un caso especial de posesión legítima, de excepción al artículo 2355 original; c) Hay quienes la denominan posesión legítima impropia: la propia sería la que

consiste en el ejercicio de un derecho real ³⁶; d) Conforme Mosset Iturraspe, es otra especie de posesión legítima ³⁷; e) No faltan quienes sostienen que es una posesión ilegítima, aunque de buena fe ³⁸ y que lo que el agregado califica de legítima es la adquisición de la posesión y no la posesión en sí misma, *“aserto que implica que este verdadero poseedor no ha accedido a su situación por vías antijurídicas, razón por la cual, puede hacerse oír en justicia”* ³⁹; f) Finalmente, López de Zavalía señala que se la considera como si fuera legítima.

La consecuencia más importante del encuadre legal como derecho real, radica en que el adquirente es titular de las acciones reales. En cambio, para quienes no identifican derecho real y posesión legítima, el poseedor por boleto, solo tiene a su disposición acciones posesorias. En nuestra opinión, el adquirente por boleto es titular de las acciones o remedios posesorios (arts. 2469 y concordantes).

Además de ello, mediando buena fe, tiene el derecho de usar y gozar de la cosa, percibiendo los frutos, *“a título de dueño”*; tiene asimismo, el derecho de disponer de la cosa, aunque se aclara que *“en los límites del art. 3270 del Código Civil”*.

VII. El adquirente por boleto y el conflicto frente a terceros. relevancia de la posesión

1. La elaboración doctrinaria, jurisprudencial y legal en torno del boleto de compraventa, se ha orientado hacia la adopción de reglas de solución de conflictos derivados de la oponibilidad del boleto; entre ellos, el conflicto con los acreedores del vendedor.

En lo que respecta a la oponibilidad frente al concurso o la quiebra el artículo 146 párrafo 2 de la ley 24.522 dispone que *“los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el 25% del precio. El juez deberá disponer en estos casos, cualquiera sea el destino del inmueble, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuere a plazo, deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio”*. La reforma introduce una modificación importante para reforzar el derecho del adquirente por boleto, porque es oponible cualquiera sea el destino del bien. La solución de la ley se asienta en la evolución jurisprudencial anterior y es clara en lo referente a las situaciones concursales.

La oponibilidad del boleto de compraventa a terceros embargantes o frente a la quiebra o concurso del enajenante es un problema cuya solución requiere equilibrar dos aspectos: por un lado, la protección del adquirente, que ha confiado en obtener un bien, y no una indemnización. Por otro, hay que prever que un boleto así protegido y directamente oponible, puede ser una herramienta para que el deudor “fabrique” boletos en perjuicio de sus acreedores.

Hay situaciones que resultan particularmente problemáticas. Así, en un proceso judicial si un acreedor del titular registral embarga el inmueble del adquirente por boleto y pretende ejecutarlo en la subasta judicial, ¿prevalece su derecho o el del ejecutado?

La doctrina y jurisprudencia han dicho: 1) Si existe una medida cautelar trabada y registrada con anterioridad a la posesión: triunfa la cautelar. 2) Se ha señalado que en las ejecuciones individuales es de aplicación analógica el régimen del artículo 1185 bis del Código Civil, ya que si lo puede oponer a la quiebra o el concurso, con mayor razón puede hacérselo frente a un embargante. Para evitar los posibles fraudes, pueden tomarse recaudos, como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, señalando que un embargo trabado sobre un inmueble o el proceso concursal abierto con anterioridad a la enajenación mediando boleto de compraventa es oponible al adquirente. No obstante ello, el adquirente de un inmueble mediando boleto, triunfa, si se cumplen los siguientes recaudos: a) El boleto tiene fecha cierta o existe certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo o a la apertura del concurso, por ejemplo, si el boleto tiene publicidad (registral o posesoria); b) El tercerista o peticionante en el concurso ha adquirido de quien es el titular registral o está en condiciones de subrogarse en su

posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes; c) El tercerista o peticionante en el concurso es de buena fe y ha pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo o a la apertura del proceso universal.

La regla de los artículos 1185 bis y del 150 de la ley 19.551 intentaba resolver el problema de la oponibilidad estableciendo que se debe proteger al adquirente, si el inmueble tenía destino de vivienda. Las posturas interpretativas de ellas, se dividían entre quienes sostenían que bastaba con que el inmueble tuviera un destino objetivo de vivienda; y quienes requerían que efectivamente el adquirente por boleto (y no otra persona) lo empleara con ese fin. Luego el art. 146 de la ley 24.522, eliminó el recaudo. Sobre el particular pensamos que, establecer como recaudo legal el destino vivienda, no solucionaba la cuestión, sino que desplazaba el problema (como efectivamente ocurrió) a otro plano, pues la interpretación de dicha norma dependía de la finalidad que se había tenido al establecerla. Asimismo creemos -como ya se dijo- que pese a que art. 146 de la nueva ley concursal quita el recaudo del destino del inmueble, la solución sigue obligando a decidir la oponibilidad del boleto a favor del adquirente que se hizo de su vivienda familiar y así lo acredite, por imperio del art. 14 bis de a C.N.

Se descubre de este modo la tercer función de la posesión: vincular el boleto con la protección de la vivienda familiar. En efecto, la prueba de la posesión es un dato fundamental para poder acreditar que el inmueble se emplea como vivienda familiar.

2. Finalmente creemos que predicar la oponibilidad del boleto más allá del concurso o quiebra del vendedor, exclusivamente, sobre la base de la aplicación analógica de la norma especial antes referida, constituye un criterio inadecuado, por cuanto supone “...*restringir la oponibilidad del boleto, y consecuentemente la protección del adquirente frente a los acreedores embargantes, sólo a los casos de inmuebles destinados a vivienda en los cuales los compradores hubieran abonado una parte sustancial del precio*”⁴⁰. En concordancia con la tesis que defendemos, consideramos acertada la solución consagrada en el Proyecto de la Comisión Federal en cuanto ha decidido incorporar una norma especial que dispone en lo pertinente que “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1185 bis, si el boleto tiene fecha cierta y el adquirente es de buena fe, aquél es oponible incluso a terceros interesados de buena fe, siempre que tenga alguna de las publicidades suficientes referidas en el art. 3169*” (art. 1189). La solución proyectada, procura conformar un régimen integral aplicable a los diferentes conflictos a que da lugar el boleto de compraventa frente a terceros, revalorizando la publicidad posesoria al conferirle rango equivalente a la publicidad registral.

Abrirse a la posesión como fundamento de la preeminencia del adquirente por boleto, resulta coherente con la perspectiva del ciudadano común para quien los estados de hecho tienen una función exteriorizadora que impresiona sus sentidos de manera más simple y directa que la publicidad registral⁴¹. Asimismo, esta solución atiende a quienes, por insuficiencia de recursos económicos, se ven obligados a diferir el cumplimiento de los recaudos exigidos para la transferencia dominial.

Por lo demás, aunque pudiera sostenerse la superioridad técnica de la publicidad registral por sobre la publicidad posesoria, “...*atento a la mayor precisión y certeza de aquélla, postura que ha sido receptada tanto en el Anteproyecto de Babiloni, tanto en el Proyecto de 1936 (29)*”⁴², no puede negarse lo dicho por Jorge Alterini en cuanto a que “*las falencias de la tradición como instrumento publicitario se desvanecen si se mira no ya a la entrega de la cosa (tradición) sino a la relación con la cosa sobreviniente a esa entrega (posesión, tenencia, yuxtaposición), puesto que la consiguiente relación de hecho es vehículo para exteriorizar el contacto con la cosa e inferir la existencia del derecho real sobre ella; y al prolongarse en el tiempo esa exteriorización tendría visos de permanencia. Por eso hablamos más que de publicidad traditiva, de publicidad posesoria con la pretensión de señalar que más que en la tradición la publicidad está canalizada por la respectiva relación de hecho que posibilita, de las cuales la posesión es la más significativa*”⁴³.

Por ello, no nos parece conveniente la posición sostenida por el Proyecto de Código Civil de 1998, que al suprimir cualquier referencia a la posesión adquirida mediante boleto de compraventa, hizo primar un criterio técnico-jurídico que por sí solo no resulta de gran significación ⁴⁴, pero que conjugado con otras disposiciones proyectadas, parecen colocar al adquirente por boleto frente a los terceros en una situación más desventajosa que en la actualidad ⁴⁵. Así, el Proyecto de 1998 propone en el art. 699 las siguientes pautas de preferencia: a) El acreedor de buena fe y a título oneroso que recibió la tradición de la cosa y obtuvo emplazamiento registral, prevalece con independencia de la fecha de su título (inc. 1); b) Si ninguno de los acreedores a título oneroso obtuvo emplazamiento registral, prevalece el derecho del acreedor de buena fe que recibió la tradición de la cosa, con independencia de la fecha su título (inc. 2); c) No mediando tradición de la cosa prevalece el acreedor cuyo título fue otorgado con la formalidad correspondiente, o en su defecto, el que dispone del instrumento privado de fecha anterior (inc. 3); d) En ningún caso, estas reglas afectan a titulares de derechos reales o de situaciones jurídicas registradas que no se ejerzan por la posesión (último párrafo).

Del mencionado texto consideramos que emerge una clara revalorización de la publicidad registral. Si bien la remisión que se efectúa al proyectado art. 1843 permite armonizar los conflictos que puedan derivarse de diferentes emplazamientos publicitarios, al consagrar esta última que “en la colisión entre la oponibilidad otorgada por la publicidad registral y por la posesoria, prevalece la primera en el tiempo si ha sido de buena fe” (último párrafo), tal solución no se aplica cuando se pretende oponer una publicidad posesoria anterior frente a titulares de derechos reales o situaciones jurídicas reales que no se ejerzan por la posesión, tales como acreedores hipotecarios y embargantes.

La excepción planteada cobra importancia toda vez que limita el juego armónico y coordinado de los emplazamientos publicitarios -registrales y posesorios-, a los conflictos entre adquirentes, excluyéndolo por tanto de las colisiones entre adquirentes y acreedores del vendedor. En la nota de elevación se destaca que la norma procura la tutela del crédito. No compartimos tal afirmación, toda vez que la mayoría de las causas judiciales sobre el boleto de compraventa tienen por objeto dirimir el conflicto entre adquirentes y acreedores embargantes del vendedor, a quienes de sancionarse la norma proyectada no se les tutelarán su crédito, ni siquiera en los casos en los cuales la adquisición tenga por finalidad satisfacer una necesidad de vivienda. Creemos por lo demás que la solución resulta incoherente con el carácter de “acreedor de dominio” que se reconoce al adquirente por boleto en el caso de quiebra del vendedor, criterio no alterado por el Proyecto. Todo lo expuesto nos lleva a pensar que debería suprimirse la excepción que criticamos, con lo cual el Proyecto de 1998 se acercaría a la norma del Proyecto de la denominada Comisión Federal, cuyo contenido fue refrendado por gran parte de la doctrina nacional.

Sobre el particular, confiamos en que la recientemente creada comisión reformadora de la legislación civil y comercial revierta estos criterios, y responda más fielmente a la experiencia doctrinaria y judicial reseñada en este estudio.

NOTAS:

¹ En este recorrido seguimos a Luis O. ANDORNO - Mónica L. FRESNEDA SAIEG, David F. ESBORRAZ, - Carlos A. HERNÁNDEZ, “Boleto de compraventa y posesión: reformas proyectadas”, J.A. 1995-III, pág. 925.

² CNCiv., Sala 2ª, 26/12/41, “Beinat, Nicolás c/ Franchi, Antonio”.

³ Que fuera promulgada el 12 de octubre de 1950.

⁴ Algunos incluyen como otro hito de la evolución a la sanción del Decreto Ley N° 9032 de 1963 que fuera luego ratificado por ley 16478 de 1964 referido a la propiedad horizontal; vid, vgr., PIANTONI, Mario, “Artículo 1185 bis del Código Civil, en *Estudios de derecho privado en homenaje al Doctor Pedro León*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1976, pág. 453 y sgtes. En la evolución de las leyes, el profesor de la Universidad de Roma Natalino IRTI señala que “*Se pueden distinguir tres fases históricas. En la primera la norma general es todavía el derecho del mayor número de casos y la norma especial se restringe a la regulación de los casos provistos de datos diferenciadores. En la segunda, extendiéndose los criterios de la norma especial a otras normas especiales y ensanchándose la franja de destinatarios de ésta, la norma general se degrada a derecho*

residual o del menor número de casos. En la tercera y última, los criterios de regulación, introducidos por la norma especial, revisten también a la hipótesis más amplia y llegan a ser el contenido de una nueva norma general respecto a la que puede reabrirse el ciclo ahora trazado” (La edad de la decodificación, Barcelona, Bosch, 1992, pág. 52).

⁵ A lo que puede agregarse la sustitución del artículo 2505 del C.C.

⁶ Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, t. I, pág. 398 y ss. y *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, t. I, pág. 57 y ss.

⁷ El déficit habitacional sigue presentándose como un problema grave en nuestro país, medido en términos de cantidad de viviendas, cantidad de personas que las ocupan y calidad de las mismas, conforme resulta del Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda del año 2001. Ver <http://www.indec.mecon.ar/>

⁸ El despacho mayoritario de comisión dictaminó que “I. Para hacer procedente la escritura traslativa del dominio debe exigirse, conforme al art. 1185 bis y sistema actual: 1º) Pago del 25% del precio; 2º) Fecha cierta del boleto; 3º) Buena fe del comprador y, 4º) Posesión. En caso de quiebra, debe ser anterior al período de sospecha. II. Debe derogarse el art. 1185 bis y legislarse la situación que regula dicha norma, en forma tal que contemple la interpretación realizada precedentemente, adicionándole el requisito de su anotación preventiva en los registros”. En sentido coincidente, las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Universidad Nacional de Rosario en el año 1971 recomendaron la necesidad de “...reemplazar los arts. 1185 bis y 2355 última parte, por un régimen eficaz de protección a los adquirentes por boleto de compraventa, el que debe contemplar las variadas situaciones que pueden presentarse sujetándose a un adecuado régimen de publicidad” (Tema VI “El régimen jurídico del boleto de compraventa”, conclusión 2.

⁹ Aunque en el campo de las leyes especiales el progresivo reconocimiento de la cuestión del boleto de compraventa siguió teniendo lugar; así, por ejemplo ocurrió con la ley 19551 de 1972 cuyo art. 150 vuelve sobre el problema de los boletos de compraventa, esta vez para tratar la oponibilidad de los mismos en los procesos de ejecución colectiva.

¹⁰ Sobre la incidencia de la reforma de la ley 26.361 a las operaciones inmobiliarias puede verse a Carlos A. HERNÁNDEZ - Sandra A. FRUSTAGLI, “Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual”, en Suplemento especial de J.A. del 28 de mayo de 2008, “Régimen de defensa del consumidor. Análisis de su reforma”, pág. 7.

¹¹ Antes de la reforma, este criterio era defendido por nuestra doctrina. Así, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Protección jurídica de la vivienda familiar”, Mendoza, publicación de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, Serie Cuadernos, Sección Derecho N° 51, 1991, pág. 2 y Luis O. ANDORNO - Mónica L. FRESNEDA SAIEG, David F. ESBORRAZ, - Carlos A. HERNÁNDEZ, “Boleto de compraventa y posesión: ...”, cit., pág. 925. Una aplicación de esta misma regla antes de la reforma puede verse en materia de cláusulas abusiva en Carlos A. HERNÁNDEZ - David F. ESBORRAZ, “Las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria”, en *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, El Derecho, 2006, pág. 36.

¹² Que había sido una antigua postulación de la dogmática ius privatista; vid. vgr, las II Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 1985, conclusiones Tema VI (“Boleto de compraventa”) conclusión 5: “Que, dadas las modalidades del tráfico inmobiliario de nuestro país, se considera necesaria la ampliación del régimen de publicidad, haciéndolo extensivo a los boletos de compraventa a fin de asegurar debidamente los derechos de los interesados”.-

¹³ La regla acuerda “...prioridad cronológica como título legítimo preferente en diversas instituciones”. Ver Guillermo CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, revisada, actualizada y ampliada por Luis ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Buenos Aires, Heliasta, 1979, t. V, pág. 418.

¹⁴ 30/5/96, publicado en J.A. T. 1997-I, pág. 83 y sgtes.

¹⁵ La sentencia reconoce que “El criterio del destino (...) ha tenido, legislativamente un giro de ciento ochenta grados, cual es que el artículo 146 párr. 2 Ley de concursos 24522 (antes art. 150 de la ley 19551) que admite la oponibilidad del boleto a la quiebra cualquiera sea su destino”.

¹⁶ SCMendoza, 06/12/91, J.A. 1992-I, pág. 461 y sgtes.

¹⁷ 9/2/93, L.L. T. 1994-C, pág. 208 y ss, con nota de Juan L. MIQUEL, La sentencia sostuvo que “Como ya lo expresara esta Suprema Corte en anteriores pronunciamientos (causas Ac. 33.251, sent. del 24/6/86; Ac. 37.368, sent. del 29/3/88 y Ac. 40.500, sent. del 7/7/89), si bien el art. 1185 bis se refiere al caso de concurso o quiebra del vendedor autorizando a oponer el boleto de conjunto de acreedores que conforman la masa, no se advierte razón alguna que impida que lo mismo pueda ocurrir frente al acreedor embargante en un proceso ejecutivo. Las mismas razones tuitivas y éticas que llevaron a la incorporación de este precepto deben observarse y atenderse para extender su aplicación al presente caso (doct. art. 16, Cód. Civil), pues la misma naturaleza de la cuestión impone esta conclusión y no es razón suficiente para excluir de la tutela la circunstancia de que la norma no se haya referido explícitamente al caso que se da en autos desde que éste debe entenderse implícitamente incorporado en la tésis del precepto”, agregando que “El amparo que confiere el art. 1185 bis resulta, como digo, oponible al acreedor embargante en tanto queden acreditados los extremos de la norma y el crédito del comprador sea anterior al del embargante” y que “Conságrase así un mejor derecho a ser pagado con preferencia al embargante (art. 97, Cód. de Proced. Civil, párr. 1º, “in fine” y ese pago debe ser entendido en el concepto dado por el art. 725 del Cód. Civil”. También ponderó que “...el juez de primera instancia tuvo por acreditado que el crédito del tercerista es de fecha anterior al del embargante, el pago total del precio convenido, la fecha cierta del instrumento, conclusiones éstas que no fueron impugnadas en autos; no habiendo sido objeto de cuestionamiento alguno la buena fe del adquirente. Por tanto se encuentran reunidos los requisitos exigidos para la aplicación al presente caso del art. 1185 bis del Cód. Civil”.

¹⁸ Sala A, 8/3/2002, publicado en J.A. 2002-II-fascículo N° 1, del 03 de julio de 2002, págs. 58 y ss.

¹⁹ Tal como surge del segundo voto, los hechos que dieron origen al caso fueron los siguientes: “a) El 23/6/1994 se firmó el boleto de compraventa, abonándose la suma de \$ 35.000 sobre un total de \$ 68.000, pagándose totalmente el saldo restante en cuotas, la última de ellas, en el mes de junio de 1998 -instrumentadas en 48 pagarés de \$ 600-; b) que el día siguiente de tal acto jurídico la actora tomó posesión efectiva del inmueble para vivienda, la que fue pública, pacífica e ininterrumpida; c) que el embargo es de fecha 7/4/1998; d) que por cartas documento de fecha s 4/6/1998 y 24/8/1998 se intimó al vendedor a escriturar, quien recién contestó la segunda; e) que al tomar conocimiento del embargo y de que el enajenante, en el juicio ejecutivo, hoy a las resultas de esta tercería, nada denunció sobre el particular allí, se cursa carta documento con fecha 28/9/1998 y se inicia causa criminal y f) se impetra, en fecha 3/3/1999, juicio por escrituración”. El fallo de primera instancia sigue la línea de la doctrina judicial sentada “en un precedente de esta sala (...) Yazilli, María del C. S/ Tercería de mejor derecho en Ocariz, R.E. v. Mázquez Julio C. S/Efec”, C. Cam. Com. Sala A, LL 16/02/2000, fallo 9848).- Precisó que está demostrado que el comprador interpeló al vendedor mediante carta documento a fin de que se le escriturara el inmueble, promoviendo demanda por escrituración en marzo de 1999 y que además promovió la causa penal por defraudación. En tales condiciones, el comprador tiene un mejor derecho a ser pagado con preferencia al acreedor embargante -art. 97 párr. 1 CPCCN.- y ese pago debe ser entendido en el concepto dado por el art. 725 Cciv”.

²⁰ Sala 1 - 15/5/95, publicado en Rev. Jurisprudencia Santafesina, Ed. Panamericana, N° 22, pág. 127.

²¹ Conf. N. IRTI, *La edad de la descodificación*, op. cit., pág. 98. y Ricardo LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995.

²² N. IRTI, *La edad de la descodificación*, op. cit. pág. 22.

²³ Voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, op. cit.

²⁴ “El destino del inmueble en los boletos de compraventas oponibles al concurso”, en Rev. del Col. de Abogados de Santa Fe, pág. 281 y ss.

²⁵ También resulta fundamental (cuando no existe fecha cierta en el boleto) acreditar la posesión continua pública y pacífica del inmueble. Para ello puede recurrirse a pruebas documentales, testimoniales y constataciones judiciales. Puede existir numerosa prueba documental a través de la cual se acreditan actos posesorios -los cuales conforme la doctrina del Código Civil constituye la forma de acreditar el hecho de la posesión (Art. 2384 C.C.) como son: la fijación del asiento principal de los negocios del actor; el pago de los impuestos, tasas, contribuciones fiscales y servicios. Todo ello proporcionará certidumbre fáctica de la existencia del boleto anterior al embargo y ello en virtud de que la posesión pública y pacífica es un elemento trascendente para acreditar tal certidumbre fáctica. He aquí una segunda función que se ha asignado a la posesión.

²⁶ Juzg. de 1ª Inst. de Distr. Civ. y C. 15ª Nom. Rosario (S.F.), 8/6/95, “Silva, Rubén A. c/ Roberto y Secco de Quartucci, Elsie s/ Tercería”, Zeuz, 1ª Instancia, N° 1996-IV, pág. 172 y ss.

²⁷ Juzg. de 1ª Inst. de Distr. Civ. y C. 15ª Nom. Rosario (S.F.), 8/6/95, “Silva, Rubén A. c/ Roberto y Secco de Quartucci, Elsie s/ tercería”.

²⁸ Luis O. ANDORNO - Mónica L. FRESNEDA SAIEG, David F. ESBORRAZ, - Carlos A. HERNÁNDEZ, “Boleto de compraventa y posesión: ...”, cit., pág. 926.

²⁹ *Teoría de los contratos. Parte General*, Buenos Aires, Zavalía, 1991, pág. 200 y ss.

³⁰ Augusto M. MORELLO, *El boleto*, Platense, La Plata, t. I, pág. 43; Guillermo BORDA,, *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, op. cit., pág. 374 y ss.; Jorge J. LLAMBIAS, Atilio ALTERINI, *Código Civil anotado. Doctrina-Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, ps. 104 y ss.; Roberto H. BREBBIA y Luis O. ANDORNO en su ponencia presentada a las “Primeras Jornadas Mendocinas de Derecho Civil”, Mendoza, 1983; Noemí L. NICOLAU, *El adquirente por boleto frente a los acreedores del enajenante*, t. 1978, Juris, pág. 3 y ss, y Luis O. ANDORNO - Mónica L. FRESNEDA SAIEG; David F. ESBORRAZ - Carlos A. HERNÁNDEZ, “Boleto de compraventa y posesión: ...”, cit., pág. 926.

³¹ Edmundo GATTI y Jorge ALTERINI, “Régimen jurídico del boleto de compraventa,” LL 143 (julio/sept.), 1971, pág. 1146.

³² Luis O. ANDORNO - Mónica L. FRESNEDA SAIEG, David F. ESBORRAZ, - Carlos A. HERNÁNDEZ, “Boleto de compraventa y posesión: ...”, cit., pág. 926.

³³ V. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, su voto en autos “Ongaro de Minni...”, pág 469, pto 3.

³⁴ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor”, L.L 131, pág. 1274 y “Derechos reales: la posesión. Eficacia del boleto de compraventa. Defensas posesorias en materia de inmuebles y extensión a la tenencia”, E.D. T. 25, pág. 833; Guillermo BORDA, “La posesión adquirida por boleto de compraventa y la quiebra del vendedor”, E.D. T. 96, pág. 500.

³⁵ Alberto SPOTA, “Artículo 2355 del Código Civil (reforma ley 17711) y posesión legítima del comprador de buena fe con boleto de compraventa inmobiliaria”, E.D. T. 98, pág. 821.

³⁶ M. ADROGUÉ, “Reforma civil: cosa y posesión”, L.L. T. 138, pág. 1412.

³⁷ *Compraventa Inmobiliaria*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991.

³⁸Elena HIGHTON - Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI - Marina MARIANI DE VIDAL, “El poseedor en virtud de boleto de compraventa”, L.L. T. 141, pág. 941.

³⁹ Voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, Suprema Corte de Justicia de Mendoza en pleno 6/12/91, autos “Minni, Miguel A. y otro en Gómez, H. c/ Grzona, Juan C.”, op. cit., pág. 473. A esta tesis parece adherir

⁴⁰ Jorge H. ALTERINI, “La tutela del adquirente por boleto de compraventa fuera del ámbito específico del art. 1185 bis del Código Civil”, E .D. diario del 9/9/93, pág. 2. En el mismo sentido Luis O. ANDORNO - Mónica L. FRESNEDA SAIEG - David F. ESBORRAZ - Carlos A. HERNÁNDEZ, “Boleto de compraventa y posesión: ...”, cit, pág. 928.

⁴¹Jorge H. ALTERINI, “La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral (con una armonización entre la tradición y la inscripción registral)”, Santa Fe, en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral, N° 120, 3ª serie, 1978, ps. 29 y ss.,

⁴²Luis O. ANDORNO - Mónica L. FRESNEDA SAIEG - David F. ESBORRAZ - Carlos A. HERNÁNDEZ, “Boleto de compraventa y posesión: ...”, cit, pág. 929.

⁴³ Conf. voto en el fallo “Todros v. Todros Fraser”, C. Nac. Civ., sala C, 21/11/78, ED 83-298 y ss.

⁴⁴ Jorge ALTERINI, *Código Civil anotado*, dirigido por Jorge Joaquín Llambías, T. IV-A (Derechos Reales), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, pág. 87.

⁴⁵ Carlos A. HERNÁNDEZ, en *Reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil de 1998 en materia contractual*”, trabajo conjunto con Sandra A. FRUSTAGLI, Mónica L. FRESNEDA SAIEG Y Noemí L. NICOLAU, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año II, N° VI (noviembre-diciembre 2000), pág. 52 y ss.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL BOLETO DE COMPRAVENTA

por MARCELO URBANO SALERNO

SUMARIO: 1. Marco institucional. 2. Antecedentes patrios. 3. Naturaleza del boleto. 4. Actos preliminares. 5. La reserva. 6. El título. 7. Los sujetos. 8. El inmueble. 9. Publicidad. 10. Reflexiones finales.

1. Marco Institucional

Facilitar y agilizar el acceso a la vivienda propia es uno de los objetivos prioritarios del Estado, a fin de cumplir las amplias garantías de la Constitución Nacional, desde su génesis (arts. 14, 17 y 20), complementadas en el año 1957 (art. 14 bis) y en la posterior reforma de 1994 con una plétora de tratados. Esas garantías persiguen hacer realidad el ideal de un hogar digno para todos los pobladores del país ¹. Entre las atribuciones que tiene el Congreso, la Carta Política le asigna “disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional” y su “colonización” (art. 75 incs. 5 y 18). Recordar dichos preceptos constitucionales es oportuno: sientan las bases para solucionar el déficit habitacional existente en nuestro país, que a esta altura exige de una eficaz política de gobierno.

Dentro de ese marco jurídico de superior jerarquía, el derecho privado contempla la regulación de los múltiples problemas que se crean en las relaciones para acceder al dominio inmobiliario mediante herramientas adecuadas. Uno de los problemas puntuales que suscitan mayor atención se refiere al boleto de compraventa, utilizado para formalizar un acuerdo de voluntades con la finalidad de transmitir la propiedad. De ahí que el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba durante el mes de septiembre de 1969, lo incluyera dentro del temario a considerar, dando lugar a la presentación de interesantes ponencias, algunas de las cuales serán mencionadas en este trabajo ².

Resulta oportuno, pues, volver sobre este asunto, procurando emplazarlo dentro del sistema vigente.

2. Antecedentes patrios

La figura en cuestión, apropiada para acceder al dominio, se impuso en el tráfico cotidiano por diversas razones, principalmente debido a su sencillez. A partir de comienzos del siglo XX los repertorios de fallos dan cuenta de varios casos judiciales donde se plantearon conflictos en torno a los efectos de dicho documento, en particular respecto de la obligación de elevarlo a escritura pública ³. Simboliza una terminología típicamente argentina, según dan cuenta los lingüistas ⁴. Podría afirmarse que es una creación nativa; Jauffret-Spinosi sostiene que “*el contrato como toda otra noción, concepto o categoría jurídica, nace y se integra dentro del sistema jurídico que le ha sido dado, pulido, transformado al transcurrir del tiempo y de la historia*” ⁵.

Al parecer esa nomenclatura se remonta a la época de Rosas, cuando la ley del 9 de noviembre de 1839 reguló la distribución del “*ager publicus*” mediante boletos negociables de premios ⁶, de los que se ocuparon los autores de su tiempo, como Avellaneda ⁷ y Sarmiento ⁸. Sin embargo, el Código Civil en su versión de 1869 eludió emplear ese término, aunque ello no obstó a que ese instituto surgiera de su texto mediante una hermenéutica forense y pretoriana. En algunos escritos de Vélez Sársfield, el codificador mencionó a la promesa de venta como un contrato imperfecto por carecer de escritura ⁹. Su pensamiento, volcado en notas dispersas del Código, era partidario de la libre circulación de las propiedades (nota art. 2502), y al desenvolvimiento de la riqueza dando vida a los intereses económicos (nota al art. 3724). En un comentario periodístico publicado en el año 1855 relativo a los bienes raíces propició “darles hoy la celeridad que a los muebles por su transmisión y venta” ¹⁰, pero más tarde cuando actuó

en función de legislador impuso la escritura pública como requisito para transferir el dominio de los inmuebles (véase nota al art. 2663 *in fine*).

3. Naturaleza del boleto

Después de una lenta evolución doctrinaria, ahora existe una “*cummunis opinio*” que atribuye al boleto la categoría de contrato, siempre que éste reúna todos los elementos esenciales (arts. 1137, 1144 y 1169 C.C.). Tras su incorporación expresa al Código Civil en el año 1968 por la ley 17.711, los arduos debates que se prologaron durante dos décadas, parecen haber sido superados a través de una jurisprudencia realista. En la actualidad, el criterio imperante sobre su naturaleza es reconocerle el carácter de una promesa bilateral vinculante, fuente de obligaciones ¹¹.

Es algo más que una promesa unilateral u oferta, la que exige su aceptación por la persona recipiendaria. Si ambas partes se comprometen recíprocamente, estarán unidas por un sinalagma, voz de origen griego que significa contrato; el Código Francés lo enuncia con claridad: la promesa de venta vale venta (art. 1589).

Las principales obligaciones que nacen de ese acto jurídico son: a) *de dar*, pago del precio por el *comprador* y entrega de la posesión del inmueble por el *vendedor*; y b) *de hacer*: ambas partes deberán suscribir la escritura traslativa de dominio. Aun cuando las obligaciones de *dar* hubiesen sido cumplidas, el incumplimiento de la *de hacer* puede frustrar el contrato, a menos que se opte por exigir la escritura mediante una acción judicial. Esta es la vía elegida habitualmente, porque además de lograr el título -a veces suscripto por el juez- se obtiene la inscripción en el Registro.

Sin embargo, el tema lejos de estar agotado, siempre plantea divergencias interpretativas en torno a otras cuestiones que no son secundarias. ¿Qué alcance tienen los papeles firmados bajo esa denominación, carentes de los elementos esenciales? Una respuesta concreta se impone para evitar conflictos. Las nuevas modalidades de negociación en la etapa precontractual, siembran dudas acerca de su efecto vinculante, posibilitando lecturas equívocas.

De ahí entonces que el régimen jurídico de dicho instituto siempre sea de actualidad, tal como lo evidencia la nutrida bibliografía específica dedicada al tema ¹².

4. Actos preliminares

Una operación inmobiliaria va precedida por un período de gestación mediante negociaciones más o menos complejas.

La negociación se llevará a cabo de buena fe, en un nivel de igualdad, buscando satisfacer a ambas partes, aunque no se llegue a concretar el acuerdo.

Los actos preliminares tendientes a establecer un nexo obligacional, suelen documentarse sin que tengan efectos vinculantes, porque si lo tuvieran, entonces se habría celebrado un contrato paritario. Respecto del acuerdo pactado, éste podría calificarse de boleto cuando reúne todos los elementos, cuyas prestaciones serán exigibles, por más que los otorgantes lo denominen provisorio, y al momento de escriturar sustituyan su texto por otro, incluso modificando sus cláusulas. La autonomía de la voluntad permite sucesivos cambios para perfeccionar el negocio inmobiliario, ajustándolo a la realidad económica y a las exigencias técnico registrales

Conforme los intereses en juego y las particularidades propias del caso, el acto jurídico a celebrar se irá modelando para convenir las cláusulas a las que estará sometido, relativas a la seña, los plazos para el cumplimiento de las prestaciones, hechos condicionantes, penalidades, pacto comisorio, reajuste de los valores, financiación destinada a solventar el precio pactado, garantías, entre otras. No existen patrones uniformes en la materia donde rige una amplitud de

criterio basada en la libertad de contratar; dependerá del contexto económico si el precio convendrá pagarlo de contado o fraccionado en sucesivas entregas, para facilitar su cancelación.

A su turno, el propietario que desea enajenar un bien tiene distintos medios a su alcance. Uno de ellos consiste en hacer una oferta irrevocable a persona determinada durante un plazo cierto, lo cual si es aceptada enhebra el consentimiento ¹³.

Llegado el acuerdo, una vez firme, éste se instrumentará en un boleto de compraventa a la medida o estándar (v.gr. formularios prerredactados), como suele ocurrir en la práctica, calificación que merece el documento donde se manifiesta por escrito el consentimiento de los celebrantes, cualquiera sea el destino dado al inmueble (vivienda, industria, comercio, oficina, etc.).

5. La reserva

Existen personas que no desean asumir compromisos, sin antes tener un tiempo para reflexionar; durante ese lapso elaboran la decisión de aceptar la oferta o de formular una contraoferta. Si quien desea comprar un inmueble -generalmente a través de un agente o "broker"- llegase a realizar la operación de inmediato, podría perder otra oportunidad. De manera que frente a ese eventual riesgo, es posible convenir con el enajenante que éste suspenda durante un plazo cualquier gestión con terceros, a la espera de una respuesta del interesado en comprar. A ese efecto, en la práctica, este último entrega una suma de dinero -ya sea al vendedor o al agente- a fin de obtener una preferencia para la adquisición, figura designada como "reserva de seña".

Ha sido Gastaldi uno de los juristas que investigó esa figura ¹⁴, a cuyas conclusiones poco cabe añadir. De ahí que merezcan ser comentados algunos de sus aspectos para esclarecer la función que cumple en la etapa de formación del contrato, el cual -en caso de no perfeccionarse- obligará a devolver el importe recibido. En una reserva, sin más o pura, el interesado en la compra se asegura una prioridad, impidiendo que se pueda preferir a otro adquirente mientras transcurre el tiempo dentro del cual podrá ejercer su opción. No se trata, pues, de un pacto de inenajenabilidad objeto de una prohibición legal (art. 1364 C.C.), sino de una espera destinada a cotejar valores, recoger informes (v.gr. sobre las condiciones de dominio) y conseguir la financiación. Vencido el plazo, si fallase el proyecto, cada parte recobra su libertad de acción.

La expresión usual agrega el vocablo "seña", término que constituye un enigma a descifrar, al ser accesorio de la preferencia pactada. Admitamos que es una expresión vulgar, impuesta sin rigor jurídico pero convincente, aunque carece de virtualidad para exigir las obligaciones nacidas de una compraventa todavía en gestación. Suele documentarse en un papel informal -a veces un simple recibo- brindando tranquilidad a quien entrega el dinero que podrá recuperar.

Risolía sostiene que la estipulación de las arras penitenciales goza de claridad cuando *"por esa vía se asegura la perfección de un contrato no concluido o la ejecución puntual de un contrato que no suponga la ejecución instantánea"* ¹⁵. Asimismo, adviértase que la seña integra las cláusulas contractuales, sin que pueda ser pactada en forma autónoma, pues cumple la función de permitir el arrepentimiento de cualquiera de las partes respecto del boleto. Desde esta perspectiva el vínculo se torna frágil e inestable hasta que tenga principio de ejecución alguna de las prestaciones.

El instituto de "reserva de seña" tiene una eficacia relativa, ciñéndolo a una hermenéutica estricta (arts. 218, incs. 6º y 7º Cód. Com.), porque para asignarle el carácter de un vínculo contractual debería encontrar cabida dentro de una de las cláusulas del boleto. Entonces este último pasaría a hallarse sujeto a una condición y, probablemente significaría que falta entregar una suma adicional para reforzar el importe ya pagado. Resulta ser el inicio de una operación que en ciertos casos deriva en escrituración directa de la compraventa. Más conveniente es emplear el vocablo "reserva" a secas, o denominarlo "reserva de compra" ¹⁶.

6. El título

A fin de calificar una relación jurídica debe tenerse en cuenta la forma y la prueba del acto correspondiente para ponderar la plenitud de sus efectos (art. 1191 C.C.). Como el contrato carece de la formalidad legal requerida, vale decir, falta el instrumento público, recibe la calificación de “solemne relativo”, teniendo una cierta eficacia. Dicha calificación se ajusta al boleto de compraventa que se otorga en documento privado¹⁷. Es un simple papel firmado por las partes, generalmente impreso en un formulario extraído del archivo de una computadora, destinado a ser el antecedente de la operación. En este último caso, la transferencia de dominio del inmueble queda pendiente hasta tanto se extienda la escritura pública y ésta sea inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 2505 C.C.).

La primera cuestión a determinar versa sobre el boleto: ¿es un “título”, o confiere “título” sobre el bien adquirido?

Respecto de los bienes muebles, la posesión vale título, según lo enuncia un antiguo aforismo francés que aún mantiene vigencia para los que carecen de inscripción registral¹⁸. Aquí el vocablo título significa el fundamento jurídico del derecho a poseer una cosa, la potestad que ejerce una persona respecto de un bien material de la especie mobiliaria. Ningún papel se debe exhibir para justificar ese derecho.

En cambio, dicho enunciado es inaplicable cuando se trata de un bien raíz, porque la palabra título entonces se aplica al instrumento público donde consta en forma fehaciente la propiedad sobre esa cosa, de cuyo contenido surge además la causa de su adquisición. La escritura pública de compra es por excelencia un título al reunir todos los requisitos legales necesarios para acreditar que el dueño obtuvo la transmisión del dominio (arts. 2505 y 2609 C.C. y arts. 2 y 3 ley 17.801). Esa forma impregnada de solemnidad, vale como medio de prueba (art. 976 C.C.); incluso así está reconocido por el consenso de la población, arraigado en la práctica negocial, al que se le asigna máximo valor.

Para responder a la pregunta anterior resulta necesario comparar dicho documento con el instrumento público, estableciendo sus diferencias, ya que no son equivalentes. Adelanto que si mediante el boleto se recibe la posesión del inmueble, dicha posesión será legítima (art. 2355 C.C., segundo párrafo agregado por la ley 17.711 el cual mereció variadas interpretaciones). Con ese alcance exclusivo, dicho acto será “título suficiente” para la tradición del bien (art. 2602 C.C.), pero en sentido estricto el único título es el instrumento público, ya que la disposición citada es anterior a la reforma hecha por la ley 17.711. El boleto adolece de virtualidad para transmitir el dominio, aunque prueba la celebración de un contrato¹⁹.

Cuando un título es perfecto, confiere a una persona el señorío sobre un bien y acredita la relación real existente (sirve de medio de prueba, en especial para ejercer la acción reivindicatoria). Puede decirse que allí consta la adquisición del derecho real de dominio -el *animus*-, a punto que a su vez se lo asimila a un inmueble “por su carácter representativo” (art. 3217 C.C.). Advierte el codificador que “el título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República” (art. 10 C.C.). Va de suyo que será necesario ponderar su bondad, pues podría ser imperfecto, trayendo como consecuencia que opere la garantía de evicción (arts. 2089 y 2092 C.C.).

Las cláusulas usuales pactadas en un boleto deben incluir los elementos esenciales del respectivo contrato, además de otras previsiones accesorias. La lectura permitirá apreciar quienes son los **sujetos** (infra N° 7) intervinientes como parte vendedora y parte compradora, el **objeto** (infra N° 8) claramente identificado respecto de la cosa y del precio; un requisito fundamental es que los celebrantes habrán de obligarse a elevar el boleto a escritura pública, que deviene indispensable para que la compraventa genere plenos efectos²⁰. La preceptiva del art. 1184 inc. 1° C.C. es imposible de soslayar.

Nuestro sistema se apoya en la seguridad que brinda el instrumento público al que le atribuye plena fe de su contenido, tanto entre las partes como ante los terceros, reputándose auténticas las firmas y hechos pasados en presencia del oficial público, quien es un fedatario. Constituye un pilar donde descansa todo el orden jurídico, encerrando una verdad objetiva mientras no se declare judicialmente su falsedad. En cuanto al contenido, el escribano lee el

texto pasado al protocolo para que las partes -después de haber oído esa lectura- se informen debidamente del acto y estampen su rúbrica al pie. Por lo visto, la formalidad notarial tiene una fuerza que permite operar con certeza bajo la garantía de la ley.

El documento privado no brinda esa seguridad, carece de fecha cierta, las firmas pueden ser apócrifas; ni la entrega de la posesión, ni el pago del precio -aunque fuese parcial- ofrecen certeza de haber sido realizados. Es un acto sin ningún protocolo, paso necesario a fin de acceder al crédito, que obra como antesala del título y, en consecuencia, está aguardando ser convertido en instrumento público.

Pretender que un boleto de compraventa alcance la jerarquía de una escritura es negar la estructura del sistema, y asignarle la plena fe que le falta por definición. En síntesis: es insuficiente.

Pese a ello, una corriente doctrinaria exalta los efectos del boleto sosteniendo que si el vendedor entregó la posesión, entonces el comprador pasa a tener el dominio imperfecto del inmueble. Según los juristas que postulan ese criterio el Código Civil, después de la reforma del año 1968, habría incorporado un nuevo supuesto de dominio menos pleno, junto al revocable, al fiduciario y al desmembrado (arts. 2507 y 2661 C.C.). Más allá de las normas vigentes que no consagran ese nuevo supuesto en forma expresa -lo cual de por sí obsta a seguir dicho criterio- esa doctrina margina a los terceros de buena fe que se guían por la publicidad inmobiliaria, pudiendo menoscabar los derechos crediticios de estos últimos, sobre todo cuando existen privilegios y gravámenes. Prevalece la matricula registral oponible “*erga omnes*”, porque sólo el dominio pleno es absoluto ²¹.

7. Los sujetos

Quienes otorgan la escritura pública pasada ante el escribano deben justificar su identidad exhibiendo documento idóneo, según el nuevo art. 1002 C.C. incorporado por la ley 26.140 que abrogó la denominada “fe de conocimiento”. Ello significa que el comprador y el vendedor serán identificados debidamente, lo cual se extiende a su estado civil, máxime si el último se encuentra unido en matrimonio a los fines previstos por el art. 1227 C.C. para el asentimiento conyugal. Esa individualización corresponde efectuarla respecto del carácter en que actúan las personas celebrantes del acto notarial (v. gr. si lo hacen como mandatarios con poder suficiente, herederos, representando a una persona jurídica, en comisión, etc.).

Habrà que verificar cuidadosamente la personería invocada, mediante la documentación fehaciente que la acredite, conforme lo dispone el art. 1003 C.C. Cabe extremar las precauciones a fin de evitar nulidades y conflictos futuros, respetando las formalidades propias del caso (art. 1184 inc. 7º y art. 1181 inc. 7º C.C.). En este punto el notario obrará con rigor, investigando si el mandato se encuentra vigente.

Vale decir, la escritura satisface todos los requisitos que garanticen la seriedad de la operación; “solo por este medio puede transferirse el dominio de los bienes raíces”, escribió Vélez en la nota al art. 2663 C.C. En cambio, el boleto carece de ese mérito y los datos que contiene pueden ser incompletos o falsos. Por lo general, no se efectúa un estudio de títulos antes de firmarlo para evitar costos duplicados con los de la escritura; aunque a veces se obtengan certificados del Registro de la Propiedad, ello tampoco asegura que el enajenante esté legitimado a vender.

Otros problemas suelen suscitarse en torno a este tema, algunos de los cuales serán examinados a continuación.

Puede ocurrir que el vendedor no sea el titular del dominio, hecho que oculta a la otra parte. De modo que se trata de un supuesto de venta de cosa ajena, nula, si el bien comprometido se declara como propio. Risolía -jurista a quien sigo en este punto- sostiene que luego de celebrar ese contrato, el vendedor actuando de buena fe podría llegar a ser dueño del bien raíz por cualquier acto que sirva de causa a esa adquisición, ya que el dominio a nombre del enajenante es un requisito exigido al momento de ser transmitido ²². En esta hipótesis, queda zanjada la

aparente contradicción entre los arts. 1177 y 1329 C.C. Pero, la venta no será inscripta a favor del comprador si la escritura fue suscripta por quien carece de titularidad en la matrícula obrante en el folio real.

Cuando existe sustitución de la persona del vendedor mediante un ardid o engaño, el boleto que celebra el sustituto con un comprador carece de validez, como tampoco la tendrá la escritura pública que luego se otorgue. Entramos en el ámbito de las transmisiones a “*non domino*”, si después el inmueble se enajena por un precio a un tercero de buena fe. En tal situación cabe preguntar si este último puede ampararse bajo la regla del art. 1051 C.C.

Si quien compra manifiesta que lo hace “en comisión” por cuenta de otro, a designar después de celebrado el boleto en un plazo de caducidad, se da un supuesto de representación indirecta²³. Deberá indicar el nombre del adquirente dentro de ese lapso, pues de lo contrario se lo reputa comprador, asumiendo en forma personal todas las obligaciones pactadas. Es una manera de simplificar la operación, evitando una doble transferencia en un contrato de formación sucesiva. Sobre esa representación ficticia u oculta, se ciernen sospechas de que existiría una maniobra tendiente a especular, para percibir un beneficio entre el precio establecido en el boleto y el dinero que recibirá del comprador. A punto tal que en muchos remates judiciales o subastas, los jueces prohíben la compra “en comisión”.

A fin de estar facultado a suscribir dicho instrumento, la doctrina se ha dividido entre los autores que exigen en caso de mandato que éste haya sido otorgado en escritura pública y quienes piensan que basta otorgarla en documento privado. El tema merecería ser previsto por el legislador.

8. El inmueble

Este punto es sumamente delicado, ya que es el núcleo del negocio y de su efectiva realización. En el boleto se suele dar una mínima precisión sobre el bien raíz objeto del contrato, ya que en la premura por cerrar la venta generalmente el comprador omite tener a la vista un certificado de dominio. Pero, aún cuando lo hubiese obtenido tampoco requiere un estudio sobre los antecedentes dominiales y la bondad del título que invoca el enajenante. En otra palabras: al inmueble le hace falta una precisa identificación, con los datos pertinentes, según título, plano y catastro²⁴, detallando medidas y superficies.

Todo ello sin perjuicio de la garantía legal de evicción, una vez inscripta la escritura traslativa de dominio.

De modo que la intervención notarial -impuesta por la ley- resulta necesaria a fin de verificar todos los datos indispensables para la transmisión del dominio y que la escritura pueda ser debidamente inscripta en el Registro de la Propiedad. Es una de las funciones que cumple el escribano, quien debería coordinar su actividad con las partes -eventualmente con el comisionista- una vez que es llamado a confeccionar la escritura después de suscripto el boleto

Asimismo, el punto merece ser analizado desde otra perspectiva.

La adquisición de inmuebles recién construidos a estrenar y los lotes de terreno, destinados a la vivienda personal, fueron incluidos en el año 2004 dentro del régimen de la defensa del consumidor (ley 24.240 art. 1º inc. c). Evidentemente, la misma normativa reguló a todas las operaciones inmobiliarias de “viviendas nuevas” sin un concepto unitario. Nada justificó darles un régimen excepcional dirigido a la contratación masiva que no siempre se presenta en dichos supuestos, superponiéndose a lo previsto por el legislador en la ley 23.073 para las “viviendas económicas” adquiridas “bajo ofertas de adhesión”, cuya finalidad básica fue la de regularizar esos casos de excepción.

Proteger a los adquirentes de dichos bienes raíces obedeció a una técnica legislativa errónea, desde que esa protección abarcaba todas las ofertas dirigidas a personas indeterminadas -cualquiera fuese el valor de la propiedad- mediante avisos clasificados, carteles, publicidad en medios de comunicación y callejera. Era necesario acotar el ámbito de esa protección brindada al comprador. Las críticas dirigidas a esa normativa -incluso durante el debate parlamentario²⁵-

dieron finalmente su fruto: la ley 26.361 sancionada en el 2008 suprimió el inciso c) del art. 1° de la ley 24.240 y ahora solo ampara “la adquisición de derechos en tiempo compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”. En los supuestos mencionados, si se hubieses celebrado un boleto de compraventa, dicho acto se encuentra sujeto a la tutela del consumidor (como ocurre con las unidades que integran los barrios privados).

De todos modos, al margen de la tutela especial dada a los “consumidores”, los boletos de los inmuebles sin esa protección disponen de los remedios establecidos por el Código Civil. Como tienen categoría contractual esos remedios procuran evitar el ejercicio abusivo de los derechos, incluida la cláusula penal; la explotación de la necesidad, ligereza e inexperiencia de una de las partes -vicio de lesión-; el cambio de circunstancias -teoría de la imprevisión-. Además, la hermenéutica está orientada hacia la buena fe y el *favor debitoris*.

9. Publicidad

Una de las finalidades perseguidas con la escritura notarial es dar a publicidad al contrato, además de la inscripción registral del dominio adquirido por esa causa ²⁶. Corresponde al diseño de una figura triangular: 1) contrato de enajenación; 2) acto solemne de transferencia del dominio; 3) inscripción registral. En cambio, solo tienen conocimiento del boleto quienes lo suscriben, permaneciendo en el ámbito privado sin trascender hacia los terceros; es posible que sea destruido en oportunidad de suscribir la escritura correspondiente por distintas razones, porque en esta última se cambia total o parcialmente el texto, ajustando la redacción a la terminología y estilo adecuados. En definitiva el documento privado no tiene efecto “*erga omnes*” propio del derecho real del dominio.

En el párrafo anterior se evoca la tesis tradicional que marca la diferencia, del punto de vista jerárquico, entre el título inscripto y el simple convenio de venta. Sin embargo, esa tesis ha sido objetada utilizando el argumento de que la posesión en sí misma sirve de publicidad a la manera que la concebían los antiguos romanos. Ese argumento tiene una importancia relativa, como se verá; incluso porque para despejar incertidumbre, algunos boletos deben ser inscriptos (ley 14.005, art. 4° -venta de lotes en mensualidades- y ley 19.724, art. 12 -prehorizontalidad -). Además, una relación de hecho sobre una cosa carece del alcance que tiene el Registro de la Propiedad Inmueble para el conocimiento de terceros.

Vale señalar que la declaración manifestada en documento privado resulta insuficiente para probar que se recibió la posesión del bien raíz y, si ello fuese así, tampoco acredita la fecha de su entrega; la sola declaración del tradente carece de valor probatorio (art. 2378 C.C.). De manera que lo manifestado por las partes interesadas no puede destruir la presunción legal que emana de una escritura pública (art. 2790 C.C.), a menos de proporcionar elementos de juicio que en forma fehaciente demuestren la pérdida del “corpus” por el titular del dominio y su posterior adquisición por el comprador mediante boleto (arts. 2383 y 2401 C.C.). Añádese a ello que la posesión podría ser falsa, viciosa, e incluso clandestina, despojada de eficacia.

Menos rigor tiene el argumento bajo análisis, por haber perdido vigencia en la civilización moderna, donde los habitantes de un país se concentran en grandes urbes y tienen sus viviendas en complejos edilicios, despersonalizando a los ocupantes de casas, departamentos y moradas precarias. Por esas y otras razones, debió imponerse la inscripción registral de los títulos cien años después de sancionado el Código Civil (ley 17.711 y ley 17.801), ante la imposibilidad de que las personas -en general los vecinos- pudieran tener un claro conocimiento del carácter de los ocupantes de una vivienda próxima a sus domicilios. Sin perjuicio de lo cual, el conocimiento se torna más difícil aún si se tratase de un *constituto* posesorio o de una posesión ficta.

Verdad es que en materia de concurso de acreedores, el boleto es oponible a esto últimos cuando se pagó el 25 % del precio, ya que la ley 24.522 así lo dispone cualquiera sea el destino del inmueble (antes reservado exclusivamente a las viviendas) al regular el efecto de las “promesas del contrato” (art. 146 segundo párrafo). Solo para esa hipótesis se autoriza oponer

dicho documento ante esos terceros. Resulta significativo que la norma citada no imponga como requisito que el comprador por boleto se encuentre en posesión del bien, omisión que mereció la crítica correspondiente en su momento.

La liberalidad del legislador en punto a los créditos oponibles en los concursos, no ha sido seguida respecto del llamado “bien de familia”, porque un inmueble adquirido mediante boleto carece de la protección brindada por ese instituto. Tan es así que si el dueño tuviese una deuda, dicho bien puede ser gravado por una medida cautelar y luego subastado. Pero, además, el crédito emergente del boleto es susceptible de embargo por un acreedor del adquirente. Al faltar la escritura y la inscripción registral, el comprador por boleto no goza del beneficio de la inembargabilidad, encontrándose desprotegido.

10. Reflexiones finales

El Código Civil es una “obra fundamental”, al decir de Héctor Tizón en una declaración periodística, agregando que es *“una ley de fondo para que sirviera a un pueblo que aspira a vivir a tono con la cultura superior del siglo”*. Afianzó la paz social en épocas difíciles y resguardó las libertades constitucionales. Su texto -dotado de flexibilidad- permitió adecuar el boleto de compraventa a nuestro orden jurídico.

Ocupar un inmueble no basta para adjudicar un derecho sobre la cosa, menos aun si pertenece al dominio público. Un dato de la realidad nacional es que -dada la escasez de viviendas- un sector de la población habita en asentamientos precarios sin papeles, en parcelas marginadas del catastro y sin posesión legítima alguna. Urge solucionar este inquietante problema que pone en evidencia lagunas en el sistema del derecho privado y torna líricas las garantías constitucionales enunciadas al comienzo de este trabajo. Pero ello no significa que sea necesario reformar el actual régimen inmobiliario, ni los medios existentes para acceder a la propiedad.

Súmase a este panorama la condición incierta de muchos adquirentes quienes todavía no obtuvieron la escritura pública. La sola posesión legítima de un inmueble no brinda plena seguridad jurídica ²⁷, ni permite acceder al crédito para los productores que explotan la tierra. Si se pretende utilizar el boleto como prueba de la compra, al menos habrá que darle autenticidad a las firmas estampadas al pie, postulando la creación de su registro para tornarlo oponible a terceros durante un lapso razonable.

Sea que el comprador tenga la posesión del bien raíz, o que ésta no le haya sido entregada, la misma se expone al riesgo de un remate judicial dictada en un juicio promovido por un acreedor del enajenante. Solo a partir del momento que obtenga el título, y éste sea inscripto en el Registro respectivo, se librá de dicho riesgo. El ordenamiento hacen un equilibrio entre el interés del comprador y el interés de los terceros, donde la matrícula registral obra como punto de inflexión.

Los desarrollos precedentes sirven para demostrar la supervivencia de una arraigada práctica contractual en nuestro medio, donde un efímero documento expresa la manifestación de las partes y, llegado el caso de incumplir alguna de las obligaciones asumidas, servirá de prueba instrumental para esgrimirla en un juicio de escrituración.

Frente la crisis financiera internacional que golpea, se suscitan interrogantes sobre la suerte del contrato, figura clave de las operaciones de mercado. Sin poder formular vaticinios sobre su futuro -al que se encuentra ligado el boleto-, ahora los negocios se cierran a corto plazo, y su financiación mediante créditos no resulta factible. Pareciera cada vez más lejano el acceso a la vivienda propia, quedando sin hogar numerosas familias, también golpeadas por el desempleo. Es un dato doloroso de la realidad.

Transcurrieron cuarenta años desde que juristas de todo el país se reunieron en la ciudad de Córdoba en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. Las ponencias, debates y conclusiones efectuadas en dicho Congreso permitieron dar claridad a los artículos del Código centenario y sus numerosas reformas. El régimen del boleto de compraventa fue una innovación

beneficiosa cuyo perfil se fue delineando a partir de entonces, para adaptarlo a las exigencias de los negocios inmobiliarios.

NOTAS:

¹ Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Estado de derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2008, pág. 470.

² Universidad Nacional de Córdoba, “Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. Celebración del Centenario del Código Civil”, Córdoba, 1971, tomo II, págs. 698/728, ponencias sobre “El régimen jurídico del boleto de compraventa (art. 1185 bis - último apartado)”, el tema no alcanzó a ser tratado en el Congreso; las ponencias que puntualmente se refieren a las cuestiones desarrolladas en este trabajo pertenecen a Jorge Bustamante Alsina y Fernando J. López de Zavalia. Varios años después, el debate se suscitó en las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil celebradas en junio de 1983 en la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, siendo miembro informante Jorge Mosset Iturraspe; los despachos y el informe fueron publicados en la Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes (Bs. As.) -dirigida entonces por Oscar Francisco Luchetti- N° 2, año 1986, págs. 71/81 y 113/118.

³ La evolución jurisprudencial en los tribunales porteños culminó en 1951 con el célebre plenario de la Cámara Civil “in re”, “Cazes de Francisco, Amalia c/ Rodríguez Conde, Manuel”, La Ley 64-476; el camarista Miguel Sánchez de Bustamante sostuvo entonces que la promesa de venta era asimilable a la venta misma. Anteriormente, en 1918 se había dictado el plenario “Baño, Máximo c/ Spinedi, Enrique”, publicado en Jurisprudencia Argentina, tomo 1 pág. 222 con nota de Héctor LAFAILLE.

⁴ ACADEMIA ARGENTINA DE LETRAS, *Diccionario del habla de los argentinos*, La Nación, 2ª ed., Buenos Aires, 2008, estudio preliminar de Pedro Luis Barcia, pág. 163.

⁵ Camille JAUFFRET-SPINOSI “Rapport de synthèse”, en *Travaux de L'association Henri Capitant, Journées Brésiliennes*, “Le Contrat”, Societé de Législation Comparée, París, 2008, pág. 2.

⁶ Miguel Ángel CARCANO *Evolución histórica del régimen de la tierra pública. 1810-1916*, 3ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1972, págs. 63/64 y 74. Andrés M. CARRETERO, *La propiedad de la tierra en la época de Rosas*, Buenos Aires, El Coloquio, 1972, págs. 28/35.

⁷ N. AVELLANEDA *Estudio sobre las leyes de tierras públicas*, Buenos Aires, La Facultad, 1915, noticia preliminar de Ricardo Rojas, págs. 118, 123 y 208.

⁸ D. F., SARMIENTO, “Bosquejo de la biografía de D. Dalmacio Vélez Sársfield”, en *Obras*, Buenos Aires, A. Belín Sarmiento, 1899, t. XXVII, pág. 359.

⁹ Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, *Escritos Jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, págs. 94, 99 y 243. José María ALVAREZ *Instituciones de Derecho Real de España, adicionadas con varios apéndices, párrafos y notas por Dalmacio Vélez*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1834; en la pág. 358, el autor guatemalteco enuncia la siguiente definición del pacto o promesa: “es un contrato por el cual una persona promete a otra que le ha de dar o hacer alguna cosa, en que convienen con intención de obligatorio”; esta definición no mereció ningún comentario del codificador; en la pág. 399 consta una nota al pie de Vélez, donde apunta que según las Leyes de Indias las ventas de bienes raíces debían pasar ante los escribanos públicos.

¹⁰ Abelardo LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1987, t. II, pág. 199, transcribe parte del texto publicado en el diario El Nacional.

¹¹ Augusto C. BELLUSCIO director, Eduardo A. ZANNONI, coordinador, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1998, tomo 6, págs. 834/841 trae un resumen de las dos tesis asumidas por los intérpretes, llegando a la conclusión que ambas arriban a las mismas soluciones prácticas. Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Responsabilidad civil y otros estudios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, págs. 111/112. Domingo C. CURA GRASSI, “La confusa cuestión que gira en derredor del término boleto de compraventa”, La Ley, 1989-B, 1165; este autor predica que el boleto es un verdadero, único y definitivo contrato de compraventa. José María GASTALDI, *Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, vol. II, págs. 155/156. Leonardo Rafael GREGORINI, “Forma del acto jurídico y del contrato”, en Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS, *Derecho de los contratos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, tomo 2, pág. 808. Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte General*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 305/306. Jorge MOSSET ITURRASPE, en Alberto J. BUERES director y Elena I. HIGHTON (coordinadora), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, tomo 3B, pág. 677. Raymundo J. SALVAT (director), *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuente de las Obligaciones*, 2ª ed. actualizada por ACUÑA ANZORENA Arturo, Buenos Aires, TEA, 1950, tomo I, N° 336 págs. 246/247, N° 611 pág. 411, y N° 615 pág. 413. Entiendo superada la discusión al respecto luego de la reforma hecha por la ley 17.711, obviando hacer su reseña ahora, sin dejar de valorar los argumentos expuestos a favor o en contra.

¹² Natalio Pedro ETCHEGARAY, *Boleto de compraventa*, Buenos Aires, Astrea, 1993. Martha FAZIO DE BELLO, *Teoría y Técnica del boleto de compraventa*, Buenos Aires, Abaco, 1984. Augusto M. MORELLO, *El boleto de compraventa inmobiliario*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981; la 4ª ed. acaba de salir con la colaboración de Pedro DE LA COLINA, La Plata, Librería Editora Platense, 2008. Emma A. ROCCO, *Boleto de compraventa*, Buenos Aires, Astrea, 1999.

¹³ Marie Laure MATHIEU-IZORCHE, “L’irrevocabilité de l’offre de contrat”, en Recueil Dalloz del 19/II/2009, N° 7/7368, págs. 440/447

¹⁴ José María GASTALDI, opus. cit., volumen II, págs. 46/57.

¹⁵ Marco Aurelio RISOLÍA, *Significación y funcionamiento de las arras en el Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, pág. 36.

¹⁶ María T. ACQUARONE, *Los emprendimientos inmobiliarios*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005, págs. 245/248, utiliza la expresión “reserva de compra”.

¹⁷ Atilio Aníbal ALTERINI *Contratos. Civiles. Comerciales. De consumo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, págs. 237, 244, 329 y 408; Universidad Católica Argentina.

¹⁸ Marcelo Urbano SALERNO, “La influencia del *droit coutumier*”, en *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Educa, Buenos Aires, 2003, pág. 153.

¹⁹ Conclusión de las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes: “El boleto de compraventa inmobiliaria por instrumento privado, no es título suficiente al dominio, art. 2609 y conc. del Código Civil”, *Revista cit. en nota 2*, pág. 113.

²⁰ Marcelo Urbano SALERNO, *Negocios inmobiliarios*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pág. 31. *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Educa, 2007, págs. 153/154.

²¹ Universidad Nacional de Córdoba, *Actas del Congreso* citado en la nota 2, tomo II. La ponencia de Jorge Bustamante Alsina versa sobre el dominio imperfecto que genera el boleto como contrato, cuando el comprador es de buena fe y el adquirente ejerce una posesión legítima del inmueble; sería una nueva categoría diversa al art. 2661 C.C. (págs. 698/671). De esta tesis participó en una nota posterior BORDA Guillermo A., “La posesión adquirida por boleto de compraventa y la quiebra del vendedor”, *El Derecho* Tº 96, págs. 500/502; aclaro que BORDA no asistió al IV Congreso Nacional de Derecho Civil. A su turno, Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA escribió en su ponencia: “El boleto de compraventa no puede tener una fuerza superior a la escritura pública” (pág. 704). En las recordadas Jornadas Bonaerenses de Mercedes, Jorge MOSSET ITURRASPE, expresó en su informe “aclaramos, para no sembrar el espanto entre los escribanos, que este boleto no es título suficiente de dominio”, *Revista citada* pág. 113; Santos CIFUENTES, “Reflexiones generales sobre la evicción en el Código de Vélez Sársfield y en los proyectos de reforma”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba, 2000, t. II, págs. 68/69 sostiene que las obligaciones nacidas de boletos de compraventa “no implican transmisión y no hay por ello garantía de evicción”.

²² Marco Aurelio RISOLÍA, *La venta de la cosa ajena*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, págs. 16 y 18.

²³ Guido ALPA y Mario BESSONE, *Elementi di Diritto Civile*, Milán, Giuffrè, 1990, pág. 299; Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS, op. cit., t. 2, pág. 741.

²⁴ El 20 de diciembre de 2006, el Congreso sancionó la ley 26.209 regulando el Catastro Nacional, ley complementaria del Código Civil. En forma específica se ocupa del certificado catastral que debe ser presentado ante el Registro Público de la Propiedad Inmueble de cada jurisdicción, debiendo mediar una correspondencia entre la nomenclatura respectiva y la matrícula del dominio.

²⁵ El tema fue analizado en las Primeras Jornadas de Derecho Privado Patrimonial. Derecho del Consumidor, organizadas en el mes de noviembre de 2007 por la Universidad Católica Argentina.

²⁶ Agathe Elsa SCHMIDT DA SILVA, *Compromisso de compra e venda no direito brasileiro*, San Pablo, Saraiva, 1989, 2ª ed., págs. 38 y 81, las promesas efectuadas mediante instrumento particular en Brasil pueden ser anotadas en el Registro Inmobiliario (ley 6766 del 19 de diciembre de 1979). El nuevo Código Civil brasileño que entró en vigencia en el año 2003 establece que el contrato preliminar, vale decir, la convención despojada de forma, debe ser inscripta en el Registro competente (arts. 462/463).

²⁷ Marcelo Urbano SALERNO, “Calidad institucional y seguridad jurídica: pilares de la constitución civil”, en *Anales de la Academia de Ciencias de Buenos Aires*, Buenos Aires, 2007, tomo XLI (1), págs. 449/463; y “En torno a la calidad institucional. A propósito de la Constitución de la sociedad civil”, en Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, *Calidad institucional o decadencia republicana*, Buenos Aires, Lajouane, 2007, págs. 109/121.

