

Derecho Privado

AÑO II NÚMERO 4

Reforma del Código Civil III
Contratos

Directores: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 **Infojus**
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO II - NÚMERO 4

Derecho Privado

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA
JURÍDICO LEGAL**

Dra. María Paula Pontoriero

ISSN 2250-8015

Revista Derecho Privado

Año II - N° 4 - Marzo 2013

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Privado y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución Gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Directores

Cecilia Kandus - María Eugenia Rodríguez Pería

Luis R. J. Sáenz

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Eduardo Barbier
Alberto Bueres
Carlos Clerc
Javier Cosentino
Pablo Heredia
Carlos Hernández
Marisa Herrera
Claudio Iglesias Darriba
Héctor Iribarne
Aída Kemelmajer de Carlucci
Jorge Kielmanovich
Ángela Ester Ledesma
Luis F. P. Leiva Fernández
Gonzalo Nazar de la Vega
María Paula Pontoriero
Julio César Rivera
Claudia Sbdar
Rubén Stiglitz
Eduardo Zannoni

Editorial

En este número de la Revista de Derecho Privado continuamos con la evaluación del Proyecto de Código Civil y Comercial, elaborado por la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

En esta ocasión, el eje temático se encuentra focalizado en los cambios proyectados en la regulación de los contratos. Se trata de una de las áreas en las que la unificación de los Códigos Civil y Comercial preexistentes, se hace más evidente.

La lectura del texto normativo propuesto permite establecer que en el régimen del Proyecto se ha ganado en simplicidad, adoptando en gran medida los principios pautados en la materia por Unidroit y los desarrollos conceptuales producidos en los últimos lustros por nuestra doctrina y jurisprudencia.

Se ha establecido un régimen de consensualidad plena, eliminando la categoría de los contratos reales; se ha modificado el régimen del consentimiento; se ha introducido la regulación de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas; se ha previsto lo atinente a la etapa de negociación previa, las tratativas precontractuales y los contratos preliminares, y se ha incluido la regulación de institutos ya admitidos por nuestra jurisprudencia pero aún no reglados, como el de la Frustración de la Finalidad. A ello se suma la regulación de los contratos de consumo y la incorporación de numerosos contratos que no contaban con regulación sistemática en los Códigos cuya unificación se dispone.

Se trata de una iniciativa idónea para dotar a los destinatarios finales de herramientas jurídicas aptas para la creación y la construcción, a fin de que puedan concretar la finalidad básica del derecho privado, que es la de posibilitar a las personas la búsqueda de la mejor calidad de vida posible y la protección de los emprendimientos que para ello encaren y desarrollen.

El Proyecto contempla tanto la protección de los consumidores como la ingeniería jurídica que pueden necesitar desarrollar las grandes empresas y la interrelación entre ambos sectores, teniendo en cuenta la existencia de situaciones abusivas derivadas de una posición dominante en el mercado.

En las páginas siguientes, los distintos autores que hemos convocado en esta oportunidad proporcionan su visión experta sobre los perfiles de la regulación propuesta. Agradecemos especialmente su esfuerzo, pues sabemos que ha sido desarrollado con una vocación por una mejora sustantiva del derecho argentino.

Esperamos que los trabajos que integran este número faciliten el conocimiento del Proyecto y que promuevan su debate, para que la aplicación futura abra las puertas a una sociedad cada vez más robusta y justa.

Los directores

Índice General

Doctrina p. I

Algunos aspectos de la reforma proyectada en la Teoría General de los Contratos.
Principios, definición, clasificación y categorías contractuales
por GUSTAVO CARAMELO p. 3

Impacto del Proyecto de Reforma del Código Civil
y Comercial de la Nación sobre la regulación legal del contrato
por RICARDO LUIS ROCCA p. 31

El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial
por RUBÉN S. STIGLITZ p. 55

La resistemización de la regulación del consumo
en el Proyecto de Código Civil de 2012
por GONZALO SOZZO p. 79

Contratos bancarios en el Proyecto de Código Civil y Comercial
por EDUARDO ANTONIO BARBIER p. 109

El fideicomiso en el Proyecto de reformas al derecho privado
por JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ p. 143

Otros debates p. I6I

La familia es para siempre.
La responsabilidad solidaria de los jueces de familia
por GRACIELA DEL VALLE ARIZA p. 163

Fuentes citadas p. I83

Índice temático p. I9I

.....
Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

Doctrina

Algunos aspectos de la reforma proyectada en la Teoría General de los Contratos

Principios, definición, clasificación y categorías contractuales

por **GUSTAVO CAMELO**⁽¹⁾

I | Introducción

Una de las principales funciones que cumple el derecho privado dentro del sistema jurídico es la de establecer las reglas básicas para que las personas puedan construir proyectos de diversos tipos y alcances; y también posibilita defenderlos, cuando son injustamente afectados.

Dentro de esa rama del sistema jurídico, el derecho de los contratos proporciona un conjunto de normas y de pautas que establecen la topografía, las cotas y los límites del territorio que transitan a diario las iniciativas de individuos, asociaciones civiles, consorcios de copropietarios, empresas de diversa envergadura, etc. A diario, millones de habitantes del país celebran

(1) Abogado (UBA), Especialista en Administración de Justicia (UBA). Docente de grado y de posgrado en la Universidad Nacional de Buenos Aires y en la Universidad de Palermo. Subdirector de la Carrera de Especialización en Administración de Justicia de la Facultad de Derecho de la UBA. Se desempeña como Juez Nacional en lo Civil.

todo tipo de contratos; en las actuales circunstancias de vida, es prácticamente imposible que cualquiera de nosotros concluya una jornada sin haber celebrado al menos uno. Y es así que esos vínculos se constituyen en las sinapsis de las grandes redes de energía vital de la sociedad y de la economía, por las que circulan los más variados intereses, ligados al patrimonio y a los anhelos de los habitantes de la Argentina.

En el ámbito específico de las actividades con incidencia económica, ello es posible porque nuestro bloque de constitucionalidad federal establece un conjunto de principios que actúan como normas de habilitación —legalidad; igualdad; libertad de contratar y ejercer industria lícita, de navegar y de comerciar; tutela de la propiedad privada; etc.—, los que se despliegan por canales diversos en el plano infraconstitucional, siendo la de los Códigos de derecho común la principal vía.

De allí la importancia que tiene cualquier iniciativa en materia de regulación del marco normativo que rige la materia de los contratos y el interés que despierta la evaluación de la propuesta contenida en el Proyecto elaborado por los integrantes de la Comisión creada por el decreto PEN 191 del 23 de febrero de 2011.

Las normas proyectadas constituirán, a partir de su sanción legislativa, la principal matriz en la fragua de una mejor calidad de vida para los habitantes de la República Argentina.

2 | Metodología

El Proyecto aborda la materia de los contratos en el Libro Tercero, dedicado a los Derechos Personales, cuyo Título II contiene la regulación de los “Contratos en general”, encontrándose el Título III dedicado a los “Contratos de consumo” y el Título IV, a los “Contratos en particular”.

Ejerciendo las prerrogativas inherentes al arbitrio del autor, y dadas las limitaciones que al desarrollo impone el formato de un artículo, trataré los siguientes temas: principios generales, concepto de contrato, procedimiento de formación del consentimiento y categorías contractuales abordadas en el Proyecto; absteniéndome de ingresar en la consideración de otros contenidos, que habrán de ser recorridos por otros autores en este mismo número.

Tengo en cuenta que entre los destinatarios de este documento se encuentran los estudiantes de Derecho, por lo que efectuaré en algunos casos referencias que pueden resultar sobreabundantes para los profesionales ya formados, pero útiles u orientativas para aquéllos.

3 | Principios contractuales

3.1 | Libertad de contratación

El Proyecto enuncia en tres artículos las normas que atañen básicamente a este aspecto del principio de autonomía de la voluntad, dotando de claridad y precisión a su contenido, que no aparece así expuesto en el art. 1197 del Código actual ni en el Proyecto de 1998.

En el art. 958 se establecen las dos libertades básicas que hacen a aquél: la de contratar y la de determinar el contenido; ello dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, conceptos de textura abierta con tradición jurídica entre nosotros, por lo que su determinación en términos de relativa objetividad es posible para el intérprete, a partir de las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales que acompañaron al Código que quedaría derogado con la sanción de este Proyecto.

La libertad de contratación deriva de la libertad de negociación prevista en el art. 990, que estipula que: “Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento”, aun cuando no necesariamente las partes en un contrato transitan por un período diferenciado de elaboración previa.

Como efectivamente las partes gozan, dentro de los límites indicados, de poder jurígeno, lógico es conferirles también el de modificar ese contenido o extinguir el vínculo, según lo prevé el art. 959.

La concepción de una autonomía robusta surge en el Proyecto con evidencia del art. 960, en el que se establece que los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de las partes en los contratos, regla general que cede si una de ellas lo solicita; en circunstancias previstas por la ley —por ejemplo, mayor onerosidad sobreviniente— o cuando se

encuentre afectado de modo manifiesto el orden público y la conservación del vínculo sea posible —por ejemplo, enervación de cláusulas que prevean tasas de interés usurarias—, supuesto en el que queda habilitada la revisión de oficio.

El texto debe ser vinculado con el art. 12 del Proyecto, en el que se establece que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público, lo que guarda lógica sistémica con el orden de prelación normativa establecido en el art. 963, según el cual las normas indisponibles, sean las de una ley especial o las del Código, priman sobre las particulares del contrato y éstas sobre las normas supletorias de una ley especial, que a su vez tienen prelación sobre las normas supletorias del Código, todo lo que determina la composición del contenido normativo del contrato.

3.2 | Conservación del contrato

Se trata de un principio jurídico que opera como un mandato de optimización de la autonomía privada. Su 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 analizado.⁽²⁾

En el Proyecto, este principio aparece enunciado en el art. 1066, que establece que: “Si hay duda sobre la eficacia del contrato o sobre alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta dar varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato”; fuera de este precepto, diversas disposiciones tienen en cuenta la aplicación de este principio, como las relativas a la integración del contrato (por ejemplo, el art. 989).

3.3 | Buena fe

El principio de buena fe es vertebral en el derecho civil. Se exige en el actuar y se presume en tanto no se corrobore lo contrario.

(2) LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los Contratos*, Parte General, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 151.

En el art. 961 se enuncia para los contratos la aplicación del principio general, enunciado en el art. 9 del Proyecto, según el cual los derechos deben ser ejercidos de buena fe. La referencia normativa alude a la buena fe-confianza, buena fe-lealtad.

El principio se encuentra centalmente establecido en el art.1198 del Código de 1871, según el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, pero aquí se precisa que alcanza a todas las consecuencias que pueden considerarse comprendidas en ellos, con los alcances con los que normalmente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor. Se intenta así establecer un estándar objetivo medio cuyo contenido deberá ser necesariamente llenado por el intérprete y cincelado por la jurisprudencia, como ocurre habitualmente en estos casos.

3.4 | Principio de relatividad de efectos

En el art. 1021 del Proyecto se establece que el contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; con relación a terceros, su alcance está limitado a los supuestos previstos por la ley.

En el art. 1022 se sustituyó la expresión “los contratos no pueden perjudicar a terceros”, de la parte final del art. 1195 del Código de Vélez Sársfield por la estipulación “el contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros...”, estableciéndose que, excepto disposición legal, éstos no pueden invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido. De tal modo, es claro que para que un contrato pueda tener efectos con relación a un tercero, ellos deben ser beneficiosos para él y debe haber aceptado sus estipulaciones o hacerlo al tiempo de exigir su cumplimiento —como ocurre, por ejemplo, con el beneficiario de un seguro de vida—.

Si las estipulaciones del contrato no son inherentes a la persona o la transmisión es incompatible con la naturaleza de la obligación o está prohibida por una cláusula del contrato o por ley, la muerte de uno de los contratantes determina que los efectos con él vinculados se extiendan activa y pasivamente a los sucesores universales (arts. 1024, 2277, 2278, 2317 y conc. del Proyecto).

4 | Definición de contrato

¿Es necesario que un Código defina una categoría jurídica? La cuestión ha sido discutida por tiempo y en distintas latitudes; pero en el caso del “contrato” la definición tiene utilidad, pues permite establecer cuáles son los actos jurídicos que quedarán sujetos a la regulación contenida en este tramo del cuerpo normativo, deslindándolos con claridad de otros acuerdos, como, por ejemplo, las que suelen darse en materia de derecho de familia. La distinción resulta entonces de utilidad no sólo para los expertos sino también, y aun antes, para las personas que no lo son, destinatarios finales de la norma.

Por lo dicho, en el art. 957 del Proyecto se establece una definición del contrato, en los siguientes términos: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

La norma proyectada reproduce la prevista en el art. 899, inc. a) del Proyecto de 1998⁽³⁾ y supera claramente las objeciones que se habían formulado respecto de la definición histórica, del art. 1137 del Código redactado por Dalmacio Vélez Sársfield,⁽⁴⁾ que aludía a “personas” y no a “partes”, no acotaba técnicamente su ámbito a las relaciones patrimoniales y empleaba la poco precisa expresión “voluntad común”, comprensiva de situaciones diversas, más allá de las típicamente contractuales.

Se precisa la naturaleza de acto jurídico del contrato que, como tal, puede ser bilateral o plurilateral,⁽⁵⁾ pues requiere dos o más declaraciones de

(3) Proyecto preparado por la Comisión honoraria creada por decreto 685/1995, que en el precepto mencionado se refería, en cinco incisos, al contrato discrecional, al predispuesto, a las condiciones generales y a los contratos celebrados por adhesión. En los fundamentos del Proyecto actualmente en curso, los integrantes de la comisión señalaron que entendían que la inclusión de varias nociones de contrato en un único artículo podía generar confusiones en la práctica y en la interpretación jurisprudencial, por lo que decidieron apartarse de tal criterio.

(4) Sancionado por la ley 340, promulgada el 29 de septiembre de 1869 y vigente desde el 1 de enero de 1871.

(5) Como acto jurídico, el contrato siempre será bilateral o plurilateral, aun cuando como contrato pueda ser unilateral, en caso de generar obligaciones a cargo de sólo una de las partes que concurrieron a la generación del acto jurídico bilateral. No debe confundirse la noción de unilateralidad o bilateralidad del contrato con la del acto jurídico que lo constituye.

voluntad contrapuestas coincidentes en aspectos comunes, encuentro que genera el consentimiento, base germinal de todo desarrollo contractual.

Al hablarse de “partes”, se alude técnicamente a sectores con un interés distinto, aun cuando cada uno de ellos esté conformado por una persona o por una pluralidad de ellas —por ejemplo, los condóminos que integran la parte vendedora en una compraventa— y queda establecido que el acto jurídico de que se trate debe tener por objeto operaciones negociales de carácter patrimonial, en términos de valoración de utilidad económica, aun cuando la parte que celebra el contrato sea movida por un interés de otra naturaleza, como puede ser un impulso moral. Según se establece en el art. 1023 del Proyecto, se considera parte del contrato a quien lo otorga en nombre propio, aunque lo haga en interés ajeno; a quien es representado por un otorgante que actúa en su nombre o interés y a quien manifiesta la voluntad contractual, aunque ella sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación.

El “para” empleado denota la relevancia de la finalidad en el contrato. El contrato es finalidad; las partes contratan porque persiguen un objetivo determinado, por el que están dispuestas a sacrificar una porción de su libertad, porque es claro que la libertad de asignar recursos personales y materiales al cumplimiento de las obligaciones asumidas en un contrato conlleva la restricción de no poder emplear esos recursos en cualquier otra cosa. La estructura normativa en materia de contratos y el propio sistema judicial,⁽⁶⁾ están destinados a resguardar el cumplimiento de tales obligaciones, para reducir el riesgo asumido por el contratante y así estimular el desarrollo de Proyectos por los particulares, en la inteligencia que ellos son de provecho para la dinámica económica y el fortalecimiento de la estructura social.

5 | Formación del consentimiento

El Proyecto establece tres regímenes distintos para el perfeccionamiento del consentimiento:

I. para los contratos discrecionales, de elaboración paritaria —arts. 971 a 983—;

.....

(6) Richard Posner [*El análisis económico del derecho*, FCEM, 1998 p. 92] considera que la función principal del derecho de contratos es la de disuadir a los individuos de comportarse en forma oportunista con sus contrapartes, a fin de alentar la coordinación óptima de la actividad y evitar costosas medidas de autoprotección.

2. para los contratos en los que una de las partes adhiere a contenidos predispuestos por la otra —arts. 984 a 989—; y
3. para los contratos de consumo —arts. 1096 a 1116—; en este apartado me ocuparé del primero de ellos, abordando en primer término lo relativo a las alternativas de negociación que pueden conducir a la concreción de un contrato.

5.1 |

5.1.1. Tratativas contractuales

El contrato es un vehículo de desplazamiento y expansión de la iniciativa individual. Por ello, el Proyecto prevé que las partes son libres para promover tratativas dirigidas a su formación y para abandonarlas en cualquier momento (art. 990), lo que, claro está, deben realizar con sujeción a los principios que gobiernan la materia, entre los que se encuentra, en emplazamiento principal, el de buena fe, que en el caos de las tratativas contractuales se expresa en la intención de desarrollarlas en procura de intentar establecer un vínculo contractual y no con fines aviesos, como podría ser distraer a la contraria para que no focalice sus esfuerzos en otra opción negocial.

En el art. 991, tal deber de obrar con buena fe está previsto en forma precisa para el caso de las tratativas contractuales; la norma establece que si durante las tratativas preliminares, aun cuando no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente y establece que el incumplimiento de ese deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin que mediara culpa de su parte, en que se encontraba en un proceso de negociación serio, destinado a alcanzar la celebración de un contrato. Ese resarcimiento estará focalizado en el daño al interés negativo —gastos e inversiones hechas por la parte afectada para el desarrollo de las negociaciones, la puesta a disposición de información a la contraparte, etc.—.

El punto relativo a la circulación de información es esencial. El de la información es uno de los activos más importantes que una parte puede poner a disposición de la otra en una mesa de negociaciones. Secretos industriales; datos sobre productos por lanzarse al mercado o sobre operaciones de compra, venta o fusión de empresas; prácticas comerciales; criterios de distribución o de formación de *stock* son, entre muchos otros, datos relevantes en términos competitivos. Por ello, en el art. 992

del Proyecto, se establece que la parte que recibe información confidencial en un proceso de negociación de un contrato, tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés, quedando obligada a reparar el daño sufrido por la otra y a indemnizarla en la medida de su propio enriquecimiento, en caso de haber obtenido una ventaja indebida de la información ilegítimamente aprovechada.

En los fundamentos del Proyecto, la comisión señaló que la regulación de este aspecto de la materia quedaba sujeto a los principios generales, por tratarse de un área de gran dinámica, con un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial que no se quiso encorsetar.

5.1.2. Cartas de intención

Entre los distintos documentos que pueden generar quienes negocian un acuerdo contractual,⁽⁷⁾ el Proyecto se refiere a las denominadas “cartas de intención”; bajo ese título, en el art. 993 se refiere a “los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato...” y enuncia el principio de interpretación restrictiva que debe regir en la materia, que conduce a que, en caso de duda, se tenga por no celebrado un contrato y sólo en caso de contener la carta de intención todos los elementos de la oferta, ya mencionados, tendrá ella fuerza obligatoria.

5.1.3. Contratos preliminares

La celebración de un contrato complejo puede requerir del recorrido de instancias de acuerdo previas, de contratos preliminares, cuya finalidad es la de posibilitar el avance hacia la concreción del contrato definitivo tenido como objetivo.

Hubiera sido provechoso contar en este tema con una definición de lo que se entiende por “contrato preliminar”, para facilitar la comprensión de las normas por las personas no formadas en derecho.

En el art. 994 se establece que los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo y se determina que el plazo de vigencia de las

(7) Invitaciones a ofertar, cartas de intención, minutas, etc.

promesas previstas en este tipo de vínculos negociales es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.

De no mediar un supuesto de abuso de posición dominante, no se advierte el motivo por el que las partes no podrían convenir un plazo de vigencia de las promesas superior al año; la norma es de carácter supletorio y debe ceder ante una estipulación de autonomía, que bien puede ser interpretada como una renovación preestablecida, que no tendrá lugar en caso de manifestarse alguna de las partes en contra de su perduración al término del plazo anual inicial. Es claro que, en caso de exceder de un año, el plazo debe ser razonable para el tipo de operación de la que se trate, y no establecer una suerte de sujeción arbitraria o abusiva a un vínculo en ciernes, supuesto en el que la norma de autonomía debe considerarse privada de efectos, cobrando plena operatividad la supletoria del segundo párrafo del art. 995.

5.1.4. Promesa de contrato

Dentro de la sección de los contratos preliminares se encuentra el art. 995, que regula la promesa de celebrar un contrato, por la que se prevé que las partes —promitente y promisario— pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro, la que se sujetará al régimen de las obligaciones de hacer.

Ese tipo de contratos no puede ser celebrado con relación a aquéllos para los que se exige una forma bajo sanción de nulidad, disposición que observa una lógica sistémica porque el contrato preliminar actuaría, en tal caso, como un medio de generar una obligación donde el legislador ha querido que ella no nazca sino bajo ciertas circunstancias que aseguren la adecuada ponderación del acto por el otorgante.⁽⁸⁾

5.1.5. Contrato de opción:

Previsto en el art. 996, se trata de un contrato de naturaleza preliminar, que contiene una opción de concluir un contrato definitivo y otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. La opción aparece entonces como un derecho de ejercicio facultativo por una de las partes contratantes.

(8) Como ocurre con las donaciones de inmuebles, de cosas muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552 del Proyecto), para las que se exige el otorgamiento por escritura pública, para asegurar así la reflexión por quien va a realizar un acto de disposición a título gratuito y el “bastanteo” por el escribano, quien debe corroborar que el donante se encuentre en aparente aptitud para disponer válidamente de sus bienes.

El contrato de opción se caracteriza por incorporar una promesa unilateral, en cuya virtud el optante tiene la facultad de realizar un determinado acto jurídico, cuyo contenido vincula al promitente por la mera declaración de voluntad de aquél, siempre y cuando la opción sea ejercitada en las condiciones establecidas en el contrato.⁽⁹⁾

El contrato de opción puede ser gratuito u oneroso y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo.

Salvo estipulación en contrario, el contrato de opción no es transmisible a un tercero. Se estructura como un vínculo en el que la persona del beneficiario de la opción resulta, en principio, esencial.

5.1.6. Pacto de preferencia

En el art. 997 del Proyecto se regula el pacto de preferencia, que es aquel que genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato debe hacerlo con la otra o las otras partes.

El Proyecto establece esta posibilidad con carácter general, sacándola del acotado marco del contrato de compraventa, para el que se encuentra previsto en el art. 1368 del Código Civil actual.

Se establece en la norma que si se trata de participaciones sociales de cualquier naturaleza, de condominio, de partes en contratos asociativos o similares, el pacto puede ser recíproco.

Los derechos y obligaciones derivados del pacto son transmisibles a terceros con las modalidades que se estipulen.

Se trata de una estipulación de gran utilidad en aquéllos negocios jurídicos en los que las partes tienen interés en preservar cierta endogamia, que buscan mantener el nexo acotado a las personas inicialmente contratantes o a otras según modalidades previstas por los contratantes originarios, lo que asegura a éstos cierto control sobre las características o vinculación que deben presentar quienes vayan a incorporarse al vínculo.

(9) LASARTE, CARLOS, *Contratos, Principios de Derecho Civil III*, 13ra. ed., Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 66.

El Proyecto regula el aspecto procedimental y así se estipula en el art. 998, que el otorgante de la preferencia debe dirigir al beneficiario una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar el nuevo contrato según las estipulaciones del pacto; quedando el contrato concluido con la aceptación del o de los beneficiarios.

5.1.7. Contrato sujeto a conformidad

Se establece en el art. 999 que el contrato cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización, queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva.

A diario, se celebran contratos cuya eficacia funcional queda sujeta al contenido de una decisión que debe adoptar un sujeto distinto de quienes desarrollan la negociación, que puede ser el propietario o locador —algo habitual en la intermediación inmobiliaria— o una entidad financiera, que debe aprobar el otorgamiento de un crédito necesario para posibilitar el desarrollo de un vínculo contractual. En tales casos, las opciones son:

- a. considerar que hay ya un contrato sujeto a una condición resolutoria, la del rechazo de la propuesta negocial por el titular del derecho o el rechazo del pedido de otorgamiento de crédito, en los ejemplos dados; o
- b. considerar que el vínculo se encuentra en ciernes, en estado latente, y que sólo cobra virtualidad en caso de aceptación o aprobación. Es claro que esta última es la solución más económica, desde diversos puntos de vista, pues no sólo es la que irroga menores gastos sino también la que coloca el nivel de expectativas de la parte en términos razonables; pero es también la solución de mayor rigor técnico, porque en el ejemplo de la intermediación inmobiliaria, habitual en nuestro medio, los corredores no operan por lo general con un mandato del vendedor o locador, sino con una mera autorización surgida de una locación de servicios, que le da facultades sólo para intermediar, mas no para actuar como representantes de una de las partes frente a la otra, aun cuando luego pueda haber una ratificación, en los términos del art. 1025 del Proyecto.

5.1.8. Señal

En nuestro actual régimen, la seña puede presentar dos configuraciones distintas, pues puede ella ser confirmatoria —opción por defecto en materia comercial, se considera que lo entregado como seña constituye adelanto de precio y principio de ejecución del contrato— o penitencial —de uso habitual en las operaciones inmobiliarias, da lugar al arrepentimiento,

con pérdida de seña si quien desiste de la operación es quien la entregó o con devolución del doble si lo hace quien la recibió—.

En el art. 1059 del Proyecto, se establece el criterio según el cual la señal o arras se interpreta como confirmatoria del acto, salvo que las partes convengan la facultad de arrepentirse, en cuyo caso se sigue un régimen similar al descripto.

En el art. 1060 se establece que como señal o arras pueden entregarse dinero o cosas muebles y si lo dado es de la misma especie de lo que debe darse por el contrato, la señal se tiene como parte de la prestación para el cumplimiento; no ocurriendo ello en caso de no ser de la misma especie o de tratarse de una obligación de hacer o de no hacer.

5.2 |

5.2.1. El consentimiento paritario

Según se establece en el art. 971 del Proyecto, los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo. El sistema previsto se ajusta a los principios de Unidroit y se basa en la teoría de la recepción, que es la más seguida en el derecho comparado.

El proceso de formación del consentimiento requiere del envío de una oferta, que debe reunir los requisitos establecidos en el art. 972 —manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y las precisiones necesarias para establecer efectos en caso de ser admitida— cuya aceptación puede ser expresada por el destinatario en forma expresa o por un comportamiento conclusivo que de cuenta de la conformidad del aceptante (art. 979); si se trata de un contrato celebrado entre presentes, queda perfeccionado por la manifestación de la aceptación y si es celebrado entre ausentes, cuando ella es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta (arts. 974 y 980).

El consentimiento es producto del encuentro de voluntades coincidentes de las partes, expresado por la reunión de una oferta y una aceptación coincidentes; si ella no se verifica, el contrato no queda concluido (art. 978).

Obvio es que las voluntades que concurren a configurar el consentimiento tienen que ser jurídicamente válidas y haber sido exteriorizadas por alguna de las vías previstas en los arts. 262 a 264.

Es necesario distinguir dos supuestos diversos, según que el proceso de formación del consentimiento se inicie con una oferta formulada a persona determinada o determinable o principie por una propuesta a persona indeterminada:

- a. Cuando se trata del perfeccionado a partir de una oferta dirigida a persona determinada o determinable, el proceso de formación del consentimiento se inicia con la formulación de la oferta (art. 972) y concluye con la recepción de la aceptación (art. 983) o el desarrollo por las partes de una conducta que resulte idónea para demostrar la existencia de un acuerdo (art. 979) y, de acuerdo a lo establecido en el art. 978, de enunciar el destinatario de la oferta alguna propuesta de modificación a los términos en los que ella fue formulada, se considera que se está ante una nueva oferta o contraoferta que lleva al reinicio del ciclo de elaboración del consentimiento, el que no deberá ser formalmente recorrido de manifestar el oferente originario su aceptación a la propuesta de modificación, con lo que el contrato quedará concluido; la Comisión siguió así el sistema previsto en el Proyecto de 1998.
- b. Si el ciclo tiene inicio en una oferta dirigida a personas indeterminadas —oferta al público en general—, de acuerdo a lo establecido en el art. 973, se produce una inversión conceptual técnico-jurídica de la dirección en la que se desarrolla el establecimiento del vínculo en términos sociales y económicos habituales y, salvo que de sus términos surja clara la intención de contratar del oferente, se la considera invitación a formular ofertas.⁽¹⁰⁾ La invitación a ofertar es una declaración unilateral de voluntad del agente, dirigida a un número de personas o al público en general, invitando a los destinatarios a iniciar tratativas o a formular una oferta de concreción de un contrato, dirigida al emisor.

La norma recibe así el criterio ya establecido entre nosotros en la materia, con sustento lógico; pues si la oferta a persona indeterminada se ajustara a lo previsto en el art. 971 y la recepción de la aceptación perfeccionara el contrato, bastaría que cualquier receptor de la propuesta hiciera llegar la manifestación de su aceptación al oferente para que un contrato quedara

.....

(10) Fuera del ámbito de las relaciones de consumo, la invitación a ofertar formulada por medios publicitarios —como la que surge de la publicación de un aviso clasificado comunicando la intención de vender un bien— no obliga contractualmente a quien la emite, entendiéndose como una invitación a ofertar. En el ámbito regional, predomina la regulación de este tipo de estipulaciones por vía de leyes especiales —así, Brasil, Ecuador y Paraguay—; sólo el Código Civil peruano contiene previsiones al respecto.

perfeccionado; lo que podría forzar al emisor a establecer vínculos negociales en perjuicio de sus intereses o bien a enunciar ofertas sujetas a salvedades que no se compadecen con las prácticas habituales de nuestro medio.

5.2.2. Supuesto de acuerdo parcial

El Código introduce en este aspecto de la cuestión, por vía de lo dispuesto en el art. 982, una variación notoria y relevante respecto del régimen del Código actual; pues posibilita que, de expresar todas las partes su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares del vínculo en construcción, el contrato pueda considerarse concluido.⁽¹¹⁾

5.2.3. Innovación con relación al régimen actual

El Proyecto cambia en este tema el eje del sistema de formación del consentimiento establecido en el Código que busca reemplazar, según el cual el punto a tener en consideración para la determinación del perfeccionamiento del vínculo contractual es el de la remisión (art. 1154), mientras que en el Proyecto pasa a ser el de la recepción, que se ajusta a los usos y prácticas sociales siguiendo el criterio predominante en derecho comparado e introduciendo mayor simplicidad en el régimen de formación de los contratos.

5.2.4. Fuerza obligatoria de la oferta

De acuerdo a lo establecido en el art. 974, la oferta es obligatoria, salvo que lo contrario resulte de sus términos, naturaleza del negocio o circunstancias del caso —por ejemplo, manifestación hecha con ánimo de broma; como parte de una explicación, etc.—.

Salvo que se trate de una obligación en la que la persona del oferente sea esencial, éste o sus herederos están obligados a mantener la oferta durante el tiempo de su vigencia, a menos que, siendo revocable, la retracten, lo que se compadece con el diseño del sistema de sucesión por causa de muerte establecido en el Libro V del Proyecto.

Entre presentes, sólo puede ser aceptada inmediatamente y el Proyecto avanza en establecer lo que era criterio de la doctrina, en el sentido que

.....

(11) Este mecanismo sigue los principios de Unidroit y, detrás de su formulación, puede verse la sombra de la teoría de la *punktation*.

se considera hecha entre presentes toda oferta formulada por un medio de comunicación instantáneo, como el teléfono, la videoconferencia o el chat, aun cuando el interlocutor se encuentre a kilómetros de distancia. Lo relevante es la posibilidad de respuesta inmediata y no la distancia física.

Cuando la oferta se hace a una persona que no se encuentra ubicada en posición física de dar una respuesta inmediata, lo que puede ocurrir aun dentro de la misma ciudad con relación a alguien a quien se envía una oferta por correo, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación, cuestión que debe ser evaluada en cada caso concreto.

El Proyecto mantiene la exigencia de aceptación inmediata de la oferta formulada verbalmente, como lo preveía el art. 1151 del Código de Vélez Sársfield; pero adapta la norma diseñada a la realidad comercial actual, en la que la tecnología de comunicaciones se emplea en forma masiva y cotidiana.

En cuanto a la oferta dirigida a persona no presente, incorpora una regulación de la que carece el Código Civil actual, que sólo prevé para esos casos la formación del consentimiento por medio de agentes o de correspondencia epistolar.

Como lo dije, el régimen se vertebra en torno al sistema de la recepción, adecuando así la regulación, con realismo y criterio práctico, a los usos comerciales habituales de nuestro medio.

5.2.5. Régimen de retractación y de caducidad

La oferta dirigida a persona determinada puede ser retractada si la comunicación que da cuenta de ello es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta; lo que es especialmente posible cuando se emplean canales de comunicación de tecnología diversa. De acuerdo a lo establecido en el art. 983, se entiende que tal recepción, sea de la oferta o de la retractación, se opera cuando su destinatario la conoce o debería conocerla. La retractación no puede ser eficazmente formulada si quien la enuncia renunció a la facultad de retirarla o se obligó a permanecer en ella hasta un momento determinado.

Se hace notorio en este tema el efecto de simplificación del régimen de formación del consentimiento que se deriva de la adopción del sistema de la recepción como parámetro para establecer el punto de no retorno del proceso de construcción del vínculo contractual. En el régimen del actual Código Civil, el contrato entre ausentes queda perfeccionado con la emisión de la aceptación, por lo que el destinatario de la oferta puede haber tomado conocimiento y ponderado una propuesta enunciada en términos irrevocables, lo que lleva a la necesidad de distinguir entre ofertas revocables e irrevocables. Con el Proyecto todo se unifica en el momento de recepción de la manifestación de voluntad, tanto para el conocimiento de la oferta como para su revocación, por lo que la distinción ya no es necesaria.

Según el art. 976, la caducidad de la oferta se produce en caso de morir o incapacitarse el proponente o el destinatario antes de ser recibida la aceptación y se prevé, como ocurre en el sistema actual, que el que aceptó la oferta ignorando la causal de caducidad tiene derecho a reclamar el daño al interés negativo sufrido. Es claro que el artículo se refiere a la incapacidad de ejercicio (arts. 31 a 50), pues no se habla aquí de “inhabilidades para contratar”.

La caducidad se diferencia de la retractación en que opera de pleno derecho, mientras que ésta requiere una declaración de voluntad expresa de quien la enuncia.

6 | Clasificación de los contratos

La importancia de la clasificación de los contratos está dada porque la inclusión de una relación jurídica en una u otra de las categorías previstas permite establecer cuáles serán sus efectos

6.I | Consensualidad general

En el Proyecto todos los contratos son consensuales, por lo que quedan perfeccionados con el acuerdo de partes; se elimina la categoría de los contratos reales, que se encuentra prevista en los arts. 1140 a 1142 del Código actual. Con ello, el sistema normativo se adecua a las prácticas sociales y a lo que las personas no expertas suelen de buena fe interpretar con

relación a ellas, pues es claro que actualmente quien negocia un mutuo y desconoce su carácter de contrato real, habitualmente considera que queda perfeccionado desde que el mutuante asumía el compromiso de la entrega del dinero y no desde que éste le es efectivamente entregado.

6.2 | Categorías mencionadas en el capítulo dedicado a la clasificación de los contratos (Libro Tercero, Título II, Capítulo 2)

6.2.1. Contratos unilaterales, bilaterales y plurilaterales

Esta distinción se encuentra establecida en el art. 966. Se mantiene el criterio según el cual los contratos son unilaterales⁽¹²⁾ cuando sólo una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada,⁽¹³⁾ y bilaterales cuando las distintas partes de un contrato se obligan recíprocamente,⁽¹⁴⁾ lo que determina que se pueda también verificar la existencia de un contrato plurilateral.

La determinación acerca de si un contrato es unilateral o bilateral se hace según los términos de la relación jurídica al momento de su celebración; si da nacimiento a obligaciones recíprocas, será bilateral; y si una sola de las partes queda obligada hacia la otra, unilateral.

Puede que un contrato unilateral genere, en etapa funcional, obligaciones a cargo de la parte acreedora de la única prestación —como el pago de gastos—, pero se trata de consecuencias accidentales que no inciden en el encuadre original del contrato.⁽¹⁵⁾

.....

(12) Como contratos, insisto, pues como actos jurídicos serán siempre bilaterales. Tanto los contratos unilaterales como los bilaterales son especies del género acto jurídico bilateral.

(13) En la regulación del Proyecto, son unilaterales: la donación (art. 1542), el mandato gratuito (arts. 1319 y 1322), la fianza (arts. 1574), el depósito gratuito (art. 1356), el mutuo gratuito (art. 1525) y el comodato (art. 1533).

(14) Son contratos bilaterales en el Proyecto, entre otros, la compraventa (art. 1123); la permuta (art. 1171), el suministro (art. 1176), la locación (art. 1187), el leasing (art. 1227), el contrato de obra o de servicios (art. 1251), el transporte (art. 1280), el de consignación (art. 1335) y el de corretaje (art. 1345).

.....

(15) LORENZETTI, RICARDO L., *op. cit.*, p. 210.

En el régimen del Proyecto, son efectos propios de los contratos bilaterales:

- I. la aplicación del instituto de la Lesión (art. 332);
2. la Suspensión del Cumplimiento (art. 1031);
3. la Suspensión del Cumplimiento en caso de Pluralidad de Interesados (art. 1031, parte final);
4. la aplicación del instituto de la Tutela Preventiva —suspensión del propio cumplimiento cuando existe grave amenaza de daño para los derechos propios porque la otra parte sufrió un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia— (art. 1032);
5. la extinción por declaración unilateral de voluntad de una de las partes contratantes, en los términos establecidos en los arts. 1079, 1080, 1081 y conc.; y
6. la Resolución total o parcial por incumplimiento de la otra parte (arts. 1083, 1084 y conc.), sea con base en una cláusula resolutoria expresa (art. 1086) o en razón del procedimiento previsto para el ejercicio de la cláusula resolutoria implícita (arts. 1087, 1088 y 1089).

6.2.2. Contratos plurilaterales

Son contratos plurilaterales los que nacen de la concurrencia de la manifestación negocial de tres o más partes y en los que las prestaciones de cada una de ellas van dirigidas a la consecución de un fin común.

El concepto de contrato plurilateral cobró relevancia en nuestro país con la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales (19.550), en cuya Exposición de Motivos se hizo referencia a ellos. Nuestra doctrina subclasifica la categoría en:

- a. contratos plurilaterales con causa asociativa, en los que se verifica un interés común que lleva a las partes a cooperar entre sí a fin de satisfacerlo; los que, a su vez, se subdividen en:
 - I. contratos asociativos societarios, que son los que originan una persona jurídica distinta de los socios; y
 2. contratos asociativos no societarios, que son los que presentan una finalidad común pero no dan lugar a la constitución de una sociedad; y
- b. contratos plurilaterales con causa de cambio, menos frecuentes, pues no dan lugar al nacimiento de una sociedad ni se verifica una función común, pero presentan el nivel de complejidad propio de la pluralidad estructural, como puede

ocurrir en una transacción entre tres o más sujetos, en el juego o en un acuerdo preconcursal.⁽¹⁶⁾

El concepto de contrato plurilateral abarca supuestos diversos, como los de los Consorcios de Propiedad Horizontal (art. 2044 y ss. del Proyecto); los contratos asociativos previstos en el Libro III, Título IV, Cap. 16 (art. 1442 y ss.), que incluyen a las Agrupaciones de Colaboración (art. 1453), a la Unión Transitoria (art. 1463) y al Consorcio de Cooperación (art. 1470). También pueden presentar una estructura plurilateral los contratos de Juego (art. 1609) y el de Transacción (art. 1641), entre otros.

6.2.3. Contratos a título oneroso y a título gratuito

La distinción, existente en el actual Código Civil, se mantiene en el art. 967 del Proyecto. Ella opera sobre la base del interés que mueve a las partes a obligarse. La norma distingue entre contratos a título gratuito y contratos a título oneroso, diferenciación de gran utilidad para establecer, por ejemplo, si a un determinado vínculo contractual resultan aplicables institutos como el de la Imprevisión (art. 1091 del Proyecto); si un determinado negocio jurídico resulta de mayor o menor vulnerabilidad frente a las acciones que puedan iniciar terceros y aun desde la óptica del derecho tributario.

En los contratos a título oneroso, las contraprestaciones se hallan en relación de causalidad, por lo que el sacrificio de una parte tiene como contraprestación un beneficio que no necesariamente tiene que ir dirigido a la otra, pues puede ser concedido a favor de un tercero.⁽¹⁷⁾

Si sólo una de las partes tiene interés al celebrar el contrato, éste será gratuito; y si lo tienen todas, será oneroso. Por ello, son onerosos los contratos bilaterales; pero también pueden serlo otros, unilaterales, como la donación remuneratoria.

Por lo general, nuestro sistema resuelve las dudas que pueden existir sobre la naturaleza gratuita u onerosa de un acto, a favor de la onerosidad (por ejemplo, arts. 2135 y 2170, del Proyecto). A diferencia de lo que

(16) LORENZETTI, RICARDO L., *op. cit.*, p. 216.

(17) STIGLITZ, RUBÉN S., *Contratos Civiles y Comerciales*, Parte General, 2da. ed., Bs. As., La Ley, 2010, p. 94 y sus citas.

ocurría con el régimen del Código de Vélez, el Proyecto estableció en determinados contratos a la onerosidad como la regla y a la gratuidad como la excepción —así: mandato (art. 1322); depósito (arts. 1357 y 1360) y mutuo (arts. 1527 y 1529)—.

En el art. 1543 del Proyecto, se establece que los actos jurídicos a título gratuito son gobernados por la aplicación supletoria de la regulación del contrato de donación (Libro III, Tít. IV, Cap. 22).

En los contratos plurilaterales, la onerosidad se evalúa teniendo en consideración la finalidad común que surge de la sumatoria de las contribuciones del conjunto.

La relevancia de esta clasificación dentro de la economía del Proyecto está dada porque:

- a. La persona emancipada no puede, ni con autorización judicial, hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito (art. 28, inc. b) y requiere autorización judicial para disponer de ellos (art. 29);
- b. En los contratos a título gratuito, la persona del cocontratante se considera esencial, por lo que el error que recaiga sobre la persona con la cual se celebró el contrato se considerará esencial, si ella fue determinante (art. 267, inc. e);
- c. El subadquirente de buena fe y a título oneroso de un derecho real sobre una cosa mueble goza de protección frente a la acción reivindicatoria (art. 2260);
- d. Los actos a título gratuito se encuentran más expuestos a la acción por fraude prevista en el art. 338, porque para que proceda con relación a actos a título oneroso quien contrató con el deudor debe haber sabido o debido saber que el acto provocaba o agravaba la insolvencia del otorgante (art. 339);
- e. Resultan válidos los actos de disposición a título oneroso realizados por el heredero aparente a favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que aquél con quien contratan o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos (art. 2315);
- f. Quien transmite a título oneroso está obligado al saneamiento (art. 1033), que garantiza por evicción y por vicios ocultos (art. 1034);
- g. Suele haber mayores recaudos formales para el otorgamiento de actos a título gratuito;⁽¹⁸⁾

(18) Por ejemplo, deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles y las de cosas muebles registrables (art. 1552).

- h. La Teoría de la Imprevisión (art. 1091) es aplicable a los vínculos contractuales celebrados a título oneroso (art. 1564);
- i. El de los contratos a título oneroso es el territorio donde la Frustración de la Finalidad (art. 1090) despliega sus efectos con mayor amplitud;
- j. La aplicación del instituto de la Lesión (art. 332) exige realizar una evaluación concreta sobre la onerosidad de las contraprestaciones en juego.

6.2.4. Contratos conmutativos y aleatorios

Dentro de la categoría de los contratos a título oneroso, establecida en el art. 968, se encuentran los contratos conmutativos y los aleatorios; en aquéllos las obligaciones a cargo de cada una de las partes pueden ser determinadas con cierto grado de certeza cualitativa y cuantitativa, al tiempo del perfeccionamiento del consentimiento; y en éstos, las pérdidas o las ventajas para una o para todas las partes involucradas, dependen de un acontecimiento incierto.

El alea no debe ser confundida con el riesgo propio de cada contrato o con los factores de incertidumbre que pueden provenir de las oscilaciones económicas extrínsecas al vínculo.

El instituto de la imprevisión, regulado en el art. 1091 del Proyecto, se aplica básicamente a los contratos conmutativos de naturaleza fluyente y a los contratos aleatorios "...si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia".⁽¹⁹⁾

6.2.5. Contratos formales⁽²⁰⁾

El art. 969 del Proyecto delimita la categoría de los contratos formales, que son aquellos para los que la ley exige algún tipo de recaudo específico, dentro de un régimen general de libertad de formas, establecido en el art. 1015 del Código.

Tal como surge de los fundamentos que acompañaron el Proyecto, el Código enuncia la categoría de los contratos formales estableciendo una

(19) El álea propia de un contrato oneroso de renta vitalicia es el tiempo de vida de la persona tomada como parámetro para la vigencia de obligación de pago de las rentas y la parte obligada no podría invocar la extraordinaria sobrevivencia de esa persona para fundar un planteo.

(20) En este número de la Revista, podrán encontrar un artículo del Dr. Ricardo Rocca sobre las previsiones del Proyecto en materia de forma de los contratos.

división tripartita entre contratos sujetos a formas absolutas,⁽²¹⁾ cuya inobservancia priva de efectos al acto; formas relativas⁽²²⁾ y formalidades para la prueba,⁽²³⁾ cuya inobservancia no acarrea la nulidad del acto, que puede ser llevado al soporte formal requerido por la ley, y las establecidas sólo a los fines probatorios.

6.2.6. Contratos nominados e innominados

Según se establece en el art. 970 del Proyecto, también los contratos pueden ser nominados o innominados, dependiendo de la existencia de regulación legal.

No se advierte clara la razón por la que la Comisión optó por mantener la categoría de contratos nominados e innominados, cuando hubiera sido más razonable enunciar en su lugar la de contratos típicos o atípicos.

Es claro que si un determinado negocio jurídico puede ser incluido en alguno de los tipos contractuales existentes, se estará al contenido normativo que a él corresponda en todo lo que no sea objeto de regulación

(21) En el Proyecto, son contratos sujetos a formas absolutas las donaciones de inmuebles, de muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552).

(22) Corresponden a esta categoría los contratos mencionados en el art. 1017 del Código: a) los que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles cuando la transmisión no se opera por subasta judicial o administrativa; b) los que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles; c) los actos accesorios de contratos otorgados en escritura pública; y d) los demás contratos que por acuerdo de partes o disposición de la ley deben ser otorgados en escritura pública y no correspondan a la categoría formal absoluta.

Así, pueden ser incluidos en esta subdivisión los siguientes contratos del Proyecto: el leasing sobre inmuebles, buques o aeronaves (art. 1234); el contrato de agrupación de colaboración (art. 1455); el de unión transitoria (art. 1464); el de consorcio de cooperación (art. 1473); el de cesión de derechos hereditarios (arts. 1618, inc. a); el de cesión de derechos litigiosos referidos a derechos reales sobre inmuebles (art. 1618, inc. b); el de cesión de derechos derivados de actos instrumentados en escritura pública (art. 1618, inc. c) y el contrato de fideicomiso, cuando se refiere a bienes cuya transferencia debe ser instrumentada en escritura pública (art. 1669), entre otros.

(23) En el Proyecto, pueden ser incluidos en esta categoría los siguientes contratos: locación de cosa inmueble o mueble registrable o de una universalidad que incluya inmuebles o muebles registrables o de parte material de un inmueble (art. 1188); los contratos bancarios (art. 1380); el de agencia (art. 1479, último párrafo); el de fianza (art. 1579); el de cesión de derechos cuando no se refiere a actos que deben otorgarse por escritura pública (art. 1618); el de transacción (art. 1643); el de arbitraje (art. 1650) y el de fideicomiso, cuando no se refiere a bienes cuya transmisión requiera del otorgamiento de escritura pública (art. 1669).

por las partes y cuando, a pesar de tal regulación autónoma, se trate de normas indisponibles para ellas, supuesto en el que prevalece la regulación heterónoma.

Pero dado que nuestro sistema se estructura sobre la base de la libertad contractual de las personas, pueden ellas crear contratos, inventar negocios o productos financieros diseñados sobre la base de una estructura novedosa o bien polítípica. De darse tal supuesto, el Proyecto establece que esos contratos, a los que se califica como “innominados” —porque carecen de un *nomen juris*— sean regidos por el siguiente orden de prelación interno:

- a. la voluntad de las partes;
- b. las normas generales sobre contratos y obligaciones;
- c. los usos y prácticas del lugar de celebración; y
- d. las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

La calificación empleada para formular la distinción puede inducir a engaño, pues lo nominado es lo que recibe nombre y hay contratos —como el de garaje, el de hospedaje, el de publicidad, etc.— que pueden ser claramente conceptualizados a través de una denominación de aceptación social, aun cuando carecen de regulación legal específica. Por ello, parte de nuestra doctrina empleaba el criterio de regulación normativa para distinguir entre contratos típicos y atípicos,⁽²⁴⁾ según respondieran o no a algún tipo legal. Pero los integrantes de la Comisión que elaboró el Proyecto decidieron respetar la tradición jurídica derivada de lo ya dispuesto en el art. 1143 del Código derogado, distinguiendo entre contratos nominados e innominados.

Con su precisa regulación en cuanto a cuáles deben ser las normas a aplicar en el caso de los contratos innominados, el Proyecto termina con las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la forma de integrar normativamente el contenido de los contratos que no responden a alguna de los tipos previstos en la normativa vigente.

.....

(24) En su actual composición, la Corte Suprema emplea la expresión “contrato innominado” para referirse al que carece de regulación legal, ver el caso “Mosca”, 06/03/2007, Fallos 330:563, considerando 7mo. del voto mayoritario.

6.3 | Otras categorías contractuales mencionadas en el Proyecto

Fuera del Capítulo expresamente dedicado al enunciado de la clasificación de los contratos, en el Proyecto se hace mención a otras categorías de contratos, estableciendo aspectos básicos de su régimen normativo. Entre ellas, he considerado pertinente mencionar las que figuran a continuación.

6.3.1. Contratos de larga duración

El Proyecto alude también a esta categoría contractual, delimitada por el factor tiempo. Lo hace en el art. 1011, estipulando que en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar.

Se estipula también allí que las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. Por ello, la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

6.3.2. Subcontrato

Según el art. 1069 del Proyecto, el subcontrato es un nuevo contrato, mediante el cual el subcontratante crea a favor del subcontratado una nueva posición contractual derivada de la que tiene en el contrato principal; lo que puede llevarse a cabo en el marco de todos los vínculos contractuales en los que existan prestaciones pendientes y en tanto ellas no requieran prestaciones en las que sea esencial la persona del obligado (art. 1070).

Al incorporarse de tal forma a un nexo base existente, el subcontratado dispone de: las acciones emergentes del subcontrato, que puede ejercer contra el subcontratante; y de las acciones que corresponden al subcontratante contra su contraparte en el contrato base.⁽²⁵⁾ El cocontratante

.....

(25) Se trata de acciones directas, reguladas en los arts. 736 a 738 del Proyecto, y pueden ser ejercidas en la extensión en que esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones de las que sería acreedor el subcontratante.

originario mantiene contra el subcontratante las acciones emergentes del contrato principal y dispone también de las que corresponden al subcontratante contra el subcontratado, pudiendo ejercerlas en nombre e interés propio y no por vía de subrogación (art. 1072).

6.3.3. Contratos conexos

Según el art. 1073 del Proyecto, hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos resultó determinante del otro para el logro del resultado perseguido.

La vinculación causal puede estar establecida por ley, ser pactada o ser establecida por análisis interpretativo, desarrollado según las pautas establecidas en el art. 1074 del Proyecto, según el cual los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido. Consiste, pues, en considerar al conjunto de contratos del que se trate como un sistema contractual que debe guardar coherencia, por lo que su contenido debe ser analizado procurando establecer el sentido que mejor satisfaga a la obtención de la finalidad perseguida por las partes y a la satisfacción de la función económica del vínculo.

La integración sistémica de los distintos contratos conexos es tal que el Proyecto establece que, probada la conexidad, un cocontratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aun frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato.

Según la última parte del art. 1075, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.⁽²⁶⁾

7 | A modo de conclusión

Por lo visto con relación a los temas abordados, el cambio propuesto por los integrantes de la comisión redactora del Proyecto en materia de

.....

(26) El Proyecto incluye en el art. 1090 la regulación de la Frustración de la Finalidad, instituto hasta ahora aplicado entre nosotros por vía pretoriana.

contratos recoge las propuestas que desde hace tiempo se venían formulando en nuestro ámbito académico, e introduce una modulación acorde con la evolución jurisprudencial y las necesidades sociales.

Se trata de un conjunto normativo que gana en sencillez y precisión y que habrá de constituir una herramienta valiosa para la construcción de Proyectos por los integrantes de la sociedad argentina.

Impacto del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación sobre la regulación legal del contrato

por RICARDO LUIS ROCCA⁽¹⁾

I | Introducción y metodología

En el presente trabajo nos proponemos realizar un análisis de la forma de los contratos, comparando la regulación del Código Civil de Vélez Sársfield (CC) con el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión presidida por el Dr. Ricardo L. Lorenzetti.

Abordaremos el estudio partiendo de la clasificación de forma propuesta en el Proyecto de Reforma. El criterio clasificatorio que adoptaremos es el siguiente: **manifestación directa o indirecta; forma libre o impuesta; forma impuesta absoluta, forma impuesta relativa, o forma impuesta**

.....

(1) Abogado (UBA, 1994). Posgrado de Especialización en Asesoría Jurídica de Empresa del Departamento (UBA). Docente de posgrado (Universidad Notarial Argentina); del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA); en la Carrera de Actualización en Derecho Notarial Registral e Inmobiliario y en el Curso escribanos adscriptos (Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires); Adjunto de la materia Contratos Civiles y Comerciales (UBA) y Derechos Humanos (UNLZ). Es autor de numerosas publicaciones y expositor en jornadas y congresos en la materia.

como **recaudo de prueba**. La propuesta del presente trabajo será entonces analizar la forma de los contratos partiendo de cada una de las categorías enunciadas y sus efectos.

2 | Ubicación metodológica del tema

Por su naturaleza jurídica, el contrato es un acto bilateral (arts. 944 y 946 del Código Civil y 957 del Proyecto de Reforma). En tanto ello, la forma de los contratos se rige por las disposiciones que tiene al respecto la teoría general de los contratos (arts. 1180 al 1189 CC y 1015 a 1018 del Proyecto de Reforma); las disposiciones de forma de cada contrato en particular y lo reglado sobre forma en la teoría general de los actos jurídicos (arts. 973 y ss. CC y 284 y ss. del Proyecto de Reforma).

El Código Civil de Vélez Sársfield expresamente remite, en materia de forma de los contratos, a las disposiciones sobre la forma de los actos jurídicos. Así dispone el art. 1182 CC: "Lo dispuesto en cuanto a la forma de los actos jurídicos debe observarse en los contratos".

El Proyecto de Reforma no contiene tal expresa remisión, pero va de suyo la aplicación de las normas del género a la especie; y el contrato se encuentra definido como "...acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" (art. 957 del Proyecto).

A su vez, la forma de los contratos puede vincularse con dos ámbitos de la estructura del contrato: el consentimiento y la prueba. Es por ello que también algunas disposiciones referidas a estos institutos regulan la materia que estamos estudiando.

3 | Concepto

Conceptualmente la forma de los contratos es el modo en que se expresa la voluntad negocial.⁽²⁾

(2) LLAMBIAS, JORGE J. y ALTERINI, ATILO A., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, Tomo III A, p. 91

Señalábamos anteriormente que el contrato es un acto jurídico, es decir, un "...acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones jurídicas" en los términos del art. 259 del Proyecto de Reforma que, con mayor precisión terminológica, describe el concepto que propusiera Vélez en el art. 944 del Código.⁽³⁾

Conforme al Proyecto de Reforma (art. 260), el acto es voluntario cuando es ejecutado con discernimiento, intención y libertad, y se manifiesta por un hecho exterior. Este concepto es coincidente con las disposiciones de los arts. 897 y 913 CC).⁽⁴⁾

No abordaremos aquí el análisis de la manifestación de la voluntad, por ser propio del estudio del consentimiento, elemento que excede el ámbito del presente trabajo. Sin embargo, a los fines de distinguir los institutos, podemos decir que, si el consentimiento es la manifestación misma de la voluntad, la forma refiere al modo en que dicha expresión de voluntad es exteriorizada.

Tal es ese vínculo entre los institutos (consentimiento y forma) que algunos autores proponen el estudio de la forma como un presupuesto del consentimiento.⁽⁵⁾

Desde esta perspectiva, todos los contratos tienen forma, pues para que la voluntad tenga relevancia jurídica, de algún modo debe ser exteriorizada.

4 | Clasificación de la forma

La clasificatoria es una actividad doctrinaria, por lo que pueden encontrarse diferentes criterios y/o términos a la hora de proponerla. Más allá

(3) Art. 944 CC: "Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".

(4) Art. 897 CC: Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad. Art. 913 CC: Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste..

(5) Así, por ejemplo, NICOLAU, NOEMÍ L. (dir.), en *Fundamentos de Derecho Contractual*, Bs. As., La Ley, 2009.

de eso, tanto en el Código de Vélez cuanto en el Proyecto de Reforma se proponen criterios clasificatorios legales.

Como adelantáramos, abordaremos el presente estudio a partir del criterio clasificador propuesto por el Proyecto de Reforma, pues entendemos que el mismo adopta la sistemática que la doctrina venía sosteniendo.⁽⁶⁾

4.1 | Manifestación directa o indirecta

Hemos señalado anteriormente que para que el acto sea reputado voluntario debe tener forma, es decir, debe existir algún modo en que la voluntad haya sido expresada; lo que constituye la forma del acto. En efecto, la forma es el excipiente que vehiculiza la voluntad para que pueda tener efectos jurídicos.

Esta primera clasificación que analizamos (manifestación directa o indirecta) refiere a observar cuáles son los modos idóneos de manifestación de la voluntad.

Comenzaremos el estudio desde las normas del Código Civil. Al respecto, Vélez Sársfield nos propone las siguientes precisiones contenidas en el Título: “De los Hechos”:

“Art. 915: La declaración de voluntad puede ser formal o no formal, **positiva o tácita**, o inducida por una presunción de la ley.

(...) Art. 917: La **expresión positiva** de la voluntad será considerada como tal, cuando se manifieste verbalmente, o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos.

(...) Art. 978: La expresión por escrito puede tener lugar, o por instrumento público, o por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta.

(6) Creemos que este mismo criterio —aun cuando pueda variar las denominaciones— lo proponen, entre otros, Alterini, Nicolau y Mosset Iturraspe. Diferente criterio es el propuesto, por ejemplo, por los maestros Garrido y Zago.

(...) Art. 918: 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”.

Este criterio clasificador fue también abordado por Vélez Sársfield al regular el consentimiento de los contratos con el siguiente alcance:

“Art. 1145: El consentimiento puede ser **expreso o tácito**. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resultará de hechos, o de actos que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad; o que las partes hubiesen estipulado, que sus obligaciones no fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades.

Art. 1146: El consentimiento tácito se presumirá si una de las partes entregare, y la otra recibiere la cosa ofrecida o pedida; o si una de las partes hiciere lo que no hubiera hecho, o no hiciere lo que hubiera hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta u oferta”.

Es decir que, en el Código Civil de Vélez Sársfield podemos distinguir entre la manifestación positiva o expresa, por un lado, y tácita, por otro.

En la doctrina se ha propuesto clasificar entre manifestaciones directas o indirectas. Así, citando a Campagna, sostiene Mosset Iturraspe que:

“La moderna doctrina distingue la manifestación directa de la indirecta. Es directa —afirma— cuando determinada intención negocial se infiere inmediatamente de un comportamiento que, según la común experiencia, está destinado a hacer socialmente reconocible dicha intención de modo tal que cualquiera tenga al instante su exacta percepción. Es indirecta, en cambio, cuando determinada intención negocial se infiere mediatamente de un comportamiento que, considerado en sí y por sí mismo, no tiene como su destino común y normal la función de hacer socialmente reconocible dicha intención, sino revelar otra más inmediata,

pero que, sin embargo, por una ilación necesaria y unívoca permite inferir la existencia de la intención de que se trata”.⁽⁷⁾

No es uniforme la doctrina respecto de si existe una correspondencia entre la manifestación directa (propuesta por la doctrina) y expresa (prevista en el Código) por un lado; e indirecta y tácita por el otro (que es, respectivamente la que propone la doctrina que citáramos y el Código Civil).⁽⁸⁾

El Proyecto de Reforma, si bien mantiene la terminología de expresión tácita de la voluntad, entendemos que al definirla toma el concepto que la doctrina acuñó para definir la manifestación indirecta.

Así el proyectado art. 262 previene:

“Manifestación de la voluntad. Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material”.

Y el artículo 264:

“Manifestación tácita de voluntad. La manifestación tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre. Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa”.

El Proyecto de Reforma, más acorde con la tecnología contemporánea, amplía los supuestos de expresión escrita que se encontraban contemplados en el Código de Vélez Sársfield (art. 978).

En efecto, el art. 286 de la norma proyectada propone:

“Expresión escrita. La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier

(7) MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998., p. 101

(8) Así, Mosset Iturraspe señala que dicha correspondencia no es total dado que todo comportamiento declarativo es necesariamente expreso y puede ser un medio directo o indirecto. También cita a autores como Spota y Salvat, que entienden a ambos términos como concurrentes.

soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”.

Y el art. 287 del Proyecto de Reforma prevé:

“Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de la información”.

A su vez, en el art. 288 de la norma proyectada se contempla que:

“La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento”.

Podemos apreciar que la norma proyectada prevé nuevas tecnologías que pueden servir como soporte del instrumento e incorpora la firma digital que ya se encontraba regulada mediante ley 25.506.

Al categorizar al instrumento privado como un instrumento particular firmado, el Proyecto de Reforma resuelve la discusión doctrinaria suscitada en torno a los conceptos instrumento particular e instrumento privado, asumiendo la opinión doctrinaria y de proyectos anteriores que consideraban al instrumento privado como una subespecie del género instrumento particular.⁽⁹⁾

4.2 | Forma libre o forma impuesta

4.2.1. Principio de libertad de formas

Sentado el principio de que todos los contratos tienen una forma, podemos adentrarnos en el análisis de los recaudos que a dicha forma (modo

.....

(9) ALTERINI, ATILIO A., *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo, Teoría General*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, p. 486.

de expresión de la voluntad) le pueden ser exigidos. Esto es, si la ley prevé que la manifestación de la voluntad se efective de un determinado modo (forma impuesta); o si, por el contrario, lo deja librado al arbitrio de las partes (forma libre).

En este sentido, el art. 915 CC, prevé:

“La declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita o inducida por una presunción de la ley”.

A su vez, el art. 916 del mismo Código establece:

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

Por el contrario, las declaraciones no formales (forma libre) se encuentran conceptuadas en el art. 974 CC:

“Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar las formas que juzgaren convenientes”.

En la nota correspondiente al art. 916, Vélez nos aclara que:

“se llaman formales, porque sus formas son regidas por el derecho positivo, mientras que para las declaraciones no formales, las formas son dejadas a elección de las partes...”.

Nos parece más acertada la distinción que proponemos entre forma libre e impuesta que la establecida en el Código de Vélez entre formales y no formales; pues, como hemos señalado, todos los contratos tienen forma (aun los no formales). La distinción no radica entonces en la existencia o no de forma, sino en que la misma se encuentre o no disponible para las partes contratantes.

En este sentido, la definición de forma propuesta por Vélez en el art. 973, trajo todavía más perplejidad sobre el asunto.⁽¹⁰⁾ Entendemos que tal artícu-

(10) Art. 973 CC: “La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar”.

lo no define a la totalidad de la forma sino a la forma impuesta, aunque con algunas imprecisiones.⁽¹¹⁾

A nuestro entender, el Proyecto sistematiza de un modo más adecuado esta clasificación, al proponer en el art. 284:

“Libertad de formas: “Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma mas exigente que la impuesta por la ley”.

En materia específica de contratos, el Proyecto también propone la regulación de la materia en el art. 1015:

“Libertad de formas. Solo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada”.

En definitiva, tanto en el Código de Vélez cuanto en el Proyecto de unificación, se propone una clasificación entre los actos que tienen forma impuesta y los de forma libre (evitamos el término no formales para esquivar la posibilidad de una interpretación errónea del concepto en el sentido de que los no formales sean aquellos que carecen de forma).

También en ambos textos (Código Civil y Proyecto de Reforma), se mantiene el principio de libertad de formas, que no resulta sino una consecuencia más del espectro de la libertad contractual. Es decir, que el principio general en materia de contratos, es el de la libertad de forma. En mérito a ello las partes pueden adoptar, dentro de los modos de expresión disponibles, aquel que juzguen más conveniente. Este principio sólo se verá limitado en los casos en que la ley imponga una forma determinada para la expresión de la voluntad negocial.

En este sentido, se ha dicho en jurisprudencia que:

“La ley no exige una forma determinada para efectuar la rescisión extrajudicialmente, sino que por el contrario rige la libertad de forma consagrada por el art. 974 del Cód. Civil, por lo que incluso la intimación previa puede hacérsela verbalmente. Por

.....

(11) En este sentido, señala con acierto Nicolau que “esta norma expresa un error conceptual que debe ser corregido: la forma legal es el conjunto de solemnidades, no de prescripciones de la ley.”. En *op. cit.*, p. 78.

otro lado, no se requiere la utilización de palabras sacramentales, sino solamente que sea expresa y clara".⁽¹²⁾

"El Código Civil no exige formalidad especial alguna para acreditar la existencia de la encomienda profesional, pues en tales contratos rige el principio de libertad consagrado por el art. 974 del Cód. Civil, de modo que puede ser celebrado por escrito, verbalmente o, incluso, en forma tácita. En cuanto a las limitaciones establecidas en materia probatoria por el art. 1193 del Cód. Civil, las mismas quedan superadas si hubo comienzo de ejecución o cumplimiento de alguna prestación por quien invoca la existencia del contrato".⁽¹³⁾

Sin perjuicio de la vigencia del principio de libertad de formas, no puede dejar de advertirse una tendencia legislativa hacia el formalismo, que busca proveer mayor seguridad y certeza a las partes en el tráfico jurídico.

4.2.2. Modificación de contratos que tienen forma impuesta

Si las partes desean modificar un contrato que se encuentra alcanzado por una determinada exigencia de forma, la modificación debe respetar la misma forma impuesta que para el contrato originario.

Así lo prevé el art. 1016 del Proyecto de Reforma:

"Modificaciones al contrato. La formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista disposición legal en contrario".

En la legislación vigente, podemos encontrar prevista la misma situación en el art. 1 de la ley 23.091 de locaciones urbanas:

"Los contratos de locaciones urbanas, así como también sus modificaciones y prórrogas, deberán formalizarse por escri-

(12) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, Sala C, "Montenegro, Genaro c/ Cervecería Bieckert SA", 31/05/1993, La Ley 1993-D, p. 249 con nota de Jorge Mosset Iturraspe, en DJ, 1993-2, p. 963, AR/JUR/2783/1993.

(13) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala A, "Peralta Urquiza, Jorge D. c/ Conindar San Luis SA", 25/10/1996, La Ley 1997-E, p. 873, con nota de Eduardo Molina Quiroga, en La Ley 1999-B, p. 241, AR/JUR/3506/1996.

to...". Con similar alcance, lo regula el Proyecto de Reforma en su art. 1188.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que:

"El acuerdo de voluntades por el cual se deja sin efecto un contrato ha de revestir igual formalidad que la requerida para la formación del contrato primitivo".⁽¹⁴⁾

4.2.3. Insustituibilidad de la forma impuesta

El art. 977 del Código Civil de Vélez Sársfield dispone que:

"Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por otra diferente".

Allí no estamos frente a la situación en que las partes utilizan otra forma instrumental (por ejemplo, que se requiera la forma instrumento público y las partes empleen un instrumento privado para la celebración del acto); sino en cuanto a la especie del instrumento. El caso sería, por ejemplo, que la ley imponga la forma escritura pública, y las partes empleen otra forma de instrumento público diferente (por caso, un acta judicial).

La cuestión ha merecido pronunciamiento jurisprudencial, habiéndose dicho que:

"Bien se hizo en la resolución de primera instancia, por tanto, en no admitir el pedido de fijación de audiencia para instrumentar la cesión de derechos hereditarios. Adviértase que el mismo es inadmisibile pues no podría suplirse la escritura pública por otro tipo de instrumento público (como un acta judicial) porque 'En los casos en que la forma del instrumento público fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y también el acto será nulo' (art. 977 del Código Civil)".⁽¹⁵⁾

En el Proyecto de Reforma, entendemos que la situación que analizamos se encuentra contemplada en el proyectado art. 285:

(14) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala A, "Bassán de Perriard, Berta D. c/ Duro de Bassán, Beatriz", 30/06/1993, AR/JUR/568/1993.

(15) CAM. 1RA. DE APEL EN LO CIV. y COM. DE BAHÍA BLANCA, "S.M. s/ sucesión ab intestato", 16/06/2009; en *El Dial*, 18/06/2009, voto del Dr. Peralta Mariscal.

“Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto...”.

4.3 | Forma impuesta absoluta, forma impuesta relativa y forma impuesta para la prueba

En el punto anterior hemos analizado la distinción entre forma impuesta y libre. Cabe preguntarnos ahora, qué consecuencias acarrea la falta de observancia de la solemnidad impuesta.

Al respecto, cabe distinguir tres situaciones diferentes: la **forma impuesta absoluta**; la **forma impuesta relativa** y la **forma impuesta para la prueba**.

Este es el criterio que ha seguido el Proyecto, tal como se expresa en la exposición de motivos:

“En cuanto a la forma impuesta, se clasifican las formas distinguiendo entre formas absolutas, las relativas y formalidades para la prueba, en lugar de la clásica bipartición entre formas ad solemnitatem y ad probationem, que resultaba insuficiente, sobre todo a la vista de diversos negocios con forma exigida legalmente cuya no observancia no hace a la invalidez sino a la producción de sus efectos propios”.

El criterio clasificador asumido, se centra en el efecto que provoca la falta de cumplimiento de la forma impuesta. Así, en el primero de los supuestos (forma impuesta absoluta), si las partes no expresan la voluntad negocial en el modo que la ley determina, el acto se encuentra viciado de nulidad y no produce efecto alguno. En el segundo de los casos (forma impuesta relativa), la falta de observancia de la solemnidad relativa acarrea la conversión del negocio jurídico, produciendo por ende un efecto diferente del que previeron las partes. En el tercer supuesto (forma impuesta para la prueba), la manifestación de voluntad puede efectivizarse de cualquier modo, pero para facilitar su acreditación, la ley les sugiere a las partes algún modo de expresión.

En el Proyecto de Reforma, la distinción entre las dos primeras categorías de solemnidades (absoluta y relativa) se encuentra en la disposición del art. 1018:

“Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad...”.

Es decir que, en principio, la falta de cumplimiento del instrumento previsto, acarrea lo que hemos señalado como conversión del negocio jurídico (obligación de hacer); salvo que se establezca la sanción de nulidad por falta de forma.

Analizaremos a continuación cada uno de estas subespecies del contrato sujeto a forma impuesta.

4.3.1. Forma impuesta absoluta: nulidad del acto

Anticipábamos que en los casos en que la forma es impuesta en modo absoluto, la falta de acatamiento por las partes de la solemnidad que la ley exige para la celebración de ese tipo de contratos, se encuentra sancionada con la nulidad del acto.

Tal sanción sólo puede afectar al acto en los casos que la ley lo prevé. En el Proyecto de Reforma, están alcanzados por este tipo de solemnidad los contratos previstos en los arts. 1552:

“Deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias”; y 1643: “La transacción debe hacerse por escrito. Si recae sobre derechos litigiosos sólo es eficaz a partir de la presentación del instrumento firmado por los interesados ante el juez en que tramita la causa. Mientras el instrumento no sea presentado, las partes pueden desistir de ella”.

En esta materia, el Proyecto amplía lo previsto por el Código actual que, entre los supuestos de donación con recaudo de forma absoluta, no menciona las cosas muebles registrables. En efecto, el art. 1810 CC refiere que:

“Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad: 1° Las donaciones de bienes inmuebles; 2° Las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias...”.

Y continúa diciendo que: "Respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el artículo 1185...".

Ese art. 1185 es el que dispone la conversión del negocio jurídico (ver *infra*, 4.3.2.). En el Proyecto de Reforma, si bien el art. 1552 antes transcrito no enuncia que en los supuestos allí contemplados no rige la conversión dispuesta por el art. 1018; lo cierto es que del propio art. 1018 surge su inaplicabilidad a los supuestos en que el incumplimiento de la forma impuesta sea sancionado con la nulidad.

Por su parte, el recaudo de forma impuesta absoluta para la transacción sobre derechos litigiosos está previsto en el Código Civil de Vélez Sársfield en el art. 838:

"Si la transacción versare sobre derechos ya litigiosos no se podrá hacer válidamente sino presentándola al juez de la causa, firmada por los interesados. Antes que las partes se presenten al juez exponiendo la transacción que hubiesen hecho, o antes que acompañen la escritura en que ella conste, la transacción no se tendrá por concluida, y los interesados podrán desistir de ella".

La motivación de la exigencia de forma guarda en estos casos relación con la importancia del acto. En efecto, cuanto más gravoso pueda resultar el acto para alguna de las partes, mayor será el recaudo de forma y la sanción por su inobservancia. Se entiende que la presencia del escribano, su deber de asesoramiento e imparcialidad permite, con mayor grado de certeza, aceptar que la parte que asume un sacrificio patrimonial en virtud del contrato entiende adecuadamente el alcance del acto que otorga. Es por eso que se prevé la forma solemne absoluta, por ejemplo, para el supuesto de donación de bienes inmuebles.

4.3.2. Forma impuesta relativa. Conversión del negocio jurídico

4.3.2.1. La conversión

Como anticipábamos, la falta de otorgamiento del acto con las previsiones legales, cuando el recaudo de forma es impuesto en forma relativa, acarrea lo que se ha dado en llamar "conversión del negocio jurídico"

El Proyecto de Reforma regula el instituto de la conversión en el Capítulo referido a la ineficacia de los actos jurídicos en los siguientes términos:

“Artículo 384. Conversión. El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad”.

En los fundamentos del Anteproyecto, la Comisión redactora señala que:

“Se admite la conversión del acto y se propone un texto tomado del proyecto de 1998 (art. 381), a su vez muy parecido al del proyecto del PEN (art. 689). Ello supone adoptar la denominada dirección subjetiva de la conversión, que es la de los Códigos alemán (art. 40), italiano (art. 1424), portugués (art. 293) y griego (art. 182). Su configuración requiere que: (a) el acto inválido reúna los requisitos de forma y sustancia de otro acto (requisito objetivo); (b) las partes hubieran querido el otro acto de haber previsto la invalidez (requisito subjetivo). En esta dirección subjetiva se trata de reconstruir la voluntad hipotética —y no real— de las partes, de modo de poder considerar que ellas hubieran querido el negocio diverso si hubieran previsto la invalidez del celebrado”.

Continúa señalando la comisión que: “No desconocemos que existe una tesis objetiva que considera que la conversión supone una “corrección de calificación”. Pero hemos preferido la subjetiva que se configura con dos requisitos: (a) el objetivo, que tiende a establecer si con los requisitos de forma y sustancia del acto inválido es posible construir otro distinto y (b) uno subjetivo, que opera únicamente en sentido negativo: no se debe evidenciar una voluntad contraria de las partes a que opere la conversión”.

Analizando el instituto en estudio, Alterini sostiene que:

“el Código Civil incluye varias hipótesis de conversión: 1. Por lo pronto, la que resulta de los artículos 1185 a 1188 (...) 2. La donación condicionada al fallecimiento del donatario ‘será nula como contrato y valdrá sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos’ (art. 1790); 3. Un derecho real creado por contrato fuera del *numerus clausus* ‘valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer’ (art. 2502)”.⁽¹⁶⁾

.....

(16) ALTERINI, Atilio A., *op. cit.*, p. 376.

En la regulación de la forma de los actos jurídicos, el Proyecto de Reforma prevé en su art. 285, el supuesto de conversión por incumplimiento de los recaudos de forma en los siguientes términos:

“Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad”.

Y en el Título de los Contratos, en el proyectado art. 1018:

“Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones sean cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento”.

Con idéntico alcance, en jurisprudencia se ha sostenido que:

“La conversión del negocio jurídico ineficaz en otro que, satisfaga el interés práctico tenido en vista por las partes es permitido por el art. 1185 del Cód. Civil ; resulta así que, el acto ineficaz, mediante la conversión produce el efecto de legitimar a las partes para el otorgamiento, en forma, del negocio ineficaz originariamente”.⁽¹⁷⁾

4.3.2.2. Los supuestos alcanzados por la conversión

4.3.2.2.1. Supuestos en que se requiere escritura pública

En materia de contratos, el art. 1017 del Proyecto dispone:

“Escritura Pública. Deben ser otorgados por escritura pública:

- a. los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa;

(17) CÁMARA DE PAZ LETRADA DE ROSARIO, Sala II, “Pinello de Martínez, J. c/ Ferloni, C.”, 01/09/1980, AR/JUR/1827/1980.

- b. los contratos que tiene por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles;
- c. todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública;
- d. los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública”.

En el art. 1018 del Proyecto de Reforma que se transcribiera *ut supra* se prevé la obligación de hacer, que nace como consecuencia de la falta de cumplimiento de la forma impuesta relativa.

El correlato de las normas transcriptas son los arts. 1184 al 1188 CC.

El art. 1184 prevé: “Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública:

- I. Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro;
- 2. Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión;
- 3. Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones;
- 4. Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote;
- 5. Toda constitución de renta vitalicia;
- 6. La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios;
- 7. Los poderes generales o especiales que deben presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública;
- 8. Las transacciones sobre bienes inmuebles;
- 9. La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública;
- 10. Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública;
- II. Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres”.

Puede observarse una notable simplificación de los supuestos previstos en el art. 1017 del Proyecto de Reforma en comparación con los contemplados por el art. 1184 del Código Civil de Vélez. Entendemos que la re-

dación de la norma proyectada resulta más clara y evita redundancias. En efecto, en la mención genérica del inciso e) “los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública”, quedan incluidos todos los contratos que la regulación de la parte especial de los contratos requiera de la forma escritura pública para su celebración (tal, por ejemplo, el art. 2369 sobre partición de herencia, el art. 1618 inc. a) sobre cesión de derechos hereditarios; el art. 363 en materia de poderes; etcétera.

En este sentido, el Código de Vélez resultaba redundante al mencionar el recaudo de forma para determinados contratos en el art. 1184, y luego reiterar tal exigencia en la regulación particular del mismo contrato. Asimismo, existen contratos regulados en leyes especiales que cuentan con exigencias de forma y que no se enumeran en el art. 1184 del Código (*vgr.* leasing, art. 8 de la ley 25.248).

Por otro lado, el art. 1184 CC (inserto en el Capítulo “De las formas de los contratos”) menciona supuestos que no son contratos (*vgr.*, poderes).

La norma proyectada (art. 1017) prevé que el recaudo de forma escrituraria puede provenir de la ley o de la voluntad de las partes, es decir, que el agravamiento de la forma requerida también puede ser consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Esta misma situación se encuentra prevista en la última parte del art. 284 del Proyecto en materia de forma del acto jurídico: “las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley”.

En el Código de Vélez, la circunstancia se encuentra prevista en una norma poco clara; es el art. 975:

“En los casos que la expresión por escrito fuere exclusivamente ordenada o convenida, no puede ser suplida por ninguna otra prueba, aunque las partes se hayan obligado a hacerlo por escrito en un tiempo determinado, y se haya impuesto cualquier pena; el acto y la convención sobre la pena son de ningún valor”.

Por su parte, el art. 1186 CC, previene que:

“El artículo anterior no tendrá efecto cuando las partes hubiesen declarado en el instrumento particular que el contrato no valdría sin la escritura pública”.

Las normas transcriptas generan una dificultad interpretativa que ha sido señalada por la doctrina.⁽¹⁸⁾ En efecto, por un lado, el art. 975 CC sanciona al acto con una nulidad que pareciera no admitir la conversión; sin embargo, el art. 1186 indica que la conversión no sería viable solamente

“cuando las partes hubiesen declarado en el instrumento particular que el contrato no valdría sin la escritura”. Es decir que, en principio, sí es susceptible de conversión, salvo expresa disposición en contrario.

El Proyecto de Reforma, a nuestro entender, supera esta dificultad interpretativa; pues a la luz de lo dispuesto por el art. 1017 inc. d) y 284, las partes pueden prever que el contrato sea celebrado en escritura pública (aun cuando la ley no lo exija); y a mérito de la consecuencia por inobservancia de la forma prevista en el art. 1018 del Proyecto.

Ante tal circunstancia, nos encontraríamos frente a un supuesto de conversión del negocio. Entendemos que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden prever que tal conversión no sea viable; pero dicha limitación sólo podría entenderse en sentido restrictivo, es decir, cuando surja expresamente la voluntad de las partes en el sentido de que el acto no sea susceptible de conversión.

Entendemos que la interpretación propuesta anteriormente es la que surge de la previsión del art. 995 del Proyecto:

“La promesa de celebrar un contrato. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer.”

4.3.2.2.2. *Supuestos en que se requiere instrumento privado*

También es aplicable el efecto de la conversión del negocio jurídico, a los supuestos en que la ley exija la forma instrumento privado, y las partes no den cumplimiento con dicho recaudo; celebrando el contrato, por ejemplo, en forma verbal.

(18) NICOLAU, NOEMI L., *op cit*, p. 80.

En el Código de Vélez Sársfield, la situación se encontraba expresamente contemplada en el art. 1188:

“Los contratos que debiendo ser hechos por instrumento público o particular, fuesen hechos verbalmente, también quedarán concluidos para el efecto designado en el artículo anterior”.

En la norma proyectada, entendemos que no resultó necesaria tal mención particular del efecto con relación a los instrumentos privados, por cuanto la norma del art. 1018 es genérica para todo tipo de “instrumento previsto” (sea público o privado); a diferencia de lo que ocurre con el art. 1185 del Código de Vélez Sársfield que sólo menciona a “los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública...”.

En la tipificación de los contratos podemos encontrar supuestos de recaudo de forma instrumental privada. Así, por ejemplo, el art. 1 de la Ley de Locaciones Urbanas 23.091; el art. 1454 del Código Civil en materia de cesión; el art. 4 de la ley 19.550 sobre sociedades comerciales; el art. 7 de la ley 25.065 de tarjeta de crédito; el art. 6 del decreto ley 15.348/46 sobre prenda con registro; los arts. 10, 21, 25, 32 de la ley 24.240 de defensa de los consumidores, etcétera.

Del Proyecto de Reforma, podemos citar como ejemplos el art. 1188 sobre locación; el art. 1234 sobre leasing; los arts. 1380 y 1386 sobre contratos bancarios; el art. 1455 sobre agrupaciones de colaboración; el art. 1464 sobre uniones transitorias; el art. 1473 sobre consorcios de cooperación; el art. 1479 sobre agencia; el art. 1579 sobre fianza; el art. 1618 sobre cesión; el art. 1643 sobre transacción, el art. 1650 sobre arbitraje y el art. 1699 sobre fideicomiso.

4.3.2.3. Efecto de la conversión. Facultad judicial

Hemos analizado anteriormente que tanto en el Código de Vélez Sársfield cuanto en el Proyecto de Reforma, la falta de cumplimiento de la forma impuesta relativa acarrea la conversión del negocio jurídico; esto constituye, para las partes, una obligación de hacer: cumplir con la solemnidad requerida. Así surge de las disposiciones de los arts. 1185 y 1187 CC y arts. 285, 384 y 1018 del Proyecto de Reforma.

Una cuestión que ha suscitado debate doctrinario y jurisprudencial, es definir qué facultad le asiste al juez ante la circunstancia del deudor remiso

en el cumplimiento de la obligación de hacer a la que hacen referencia los arts. 1185 y 1187 CC.

El art. 1187 del Código de Vélez Sársfield dispone:

“La obligación de que habla el artículo 1185 será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses”.

A partir de ello, los criterios doctrinarios y jurisprudenciales se dividían entre quienes entendían que no podía el juez otorgar la escritura en reemplazo del deudor remiso, debiendo resolverse la cuestión en una indemnización de los daños (con fundamento en lo dispuesto por el art. 1187 CC); y los que propiciaban la facultad judicial del otorgamiento escriturario (fundándose, entre otros, en lo dispuesto por el art. 505 CC). Tal cuestión mereció la sanción del fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal *in re*: “Cazes de Francino, Amalia c/ Rodríguez Conde, Manuel s/ ordinario”, del 3 de octubre de 1951;⁽¹⁹⁾ cuyo resultado fue que: “En el supuesto de que en el juicio ordinario por escrituración de compraventa voluntaria de un inmueble proceda la condena a escriturar, puede el juez firmar la escritura si no lo hace el obligado”.

Dicha doctrina fue luego incorporada en distintos ordenamientos procesales, por ejemplo, el art. 512 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En el art. 1018 del Proyecto de Reforma, se incorpora expresamente esta facultad judicial: “...Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación...”.

4.3.3. Forma requerida para la solemnidad y forma requerida para la prueba

En los puntos c. 1) y c. 2) anteriores hemos atendido a los supuestos en que la forma es requerida por la solemnidad del acto, es decir, para su constitución. En esos supuestos el recaudo de la forma es impuesto para el “ser”

.....

(19) “Cazes de Francino, Amalia c/ Rodríguez Conde, Manuel s/ ordinario”, en Revista Jurídica La Ley, t. 64, p. 476.

del contrato. Si se trata de un contrato que el recaudo de forma se impone en modo absoluto, la falta de cumplimiento de la solemnidad prescripta acarreará la nulidad del acto; ello obstará a la existencia del contrato y, por ende, no producirá efecto alguno. Es decir, que en este supuesto, el contrato “no será”. Si, por el contrario, se tratara de un contrato que tiene impuesta la forma en modo relativo, la falta de cumplimiento de la solemnidad prescripta, si bien obstará la producción de los efectos propios del contrato, subsistirá con otro efecto: el de obligar a las partes a cumplir con la formalidad faltante. En este caso, “será el contrato que obliga a un hacer”.

Nos resta en este ítem analizar la cuestión de la forma en relación a la prueba del contrato. En este ámbito, no estaremos en el “ser” del contrato sino en el “valer” en sentido de poder ser acreditado.

En algunos supuestos, con el fin de facilitar la prueba, el legislador les propone a las partes una forma determinada. En el Código Civil de Vélez, un claro ejemplo de este tipo de contratos es la fianza. En este sentido, el art. 2006 CC prevé: “La fianza puede contratarse en cualquiera forma: verbalmente, por escritura pública o privada; pero si fuese negada en juicio, sólo podrá ser probada por escrito”.

Vemos entonces que, cuando la prueba es requerida para la prueba, el recaudo de forma no es establecido para que el contrato “sea” tal. La fianza celebrada verbalmente será fianza. Sin embargo, para poder hacerla “valer” como tal, se le impone un recaudo de forma para la prueba.

Adelantamos que no haremos aquí un estudio de la prueba de los contratos por exceder ello el ámbito del presente trabajo; sin embargo, dada la íntima relación que existe entre ambos institutos, no podíamos dejar de hacer una breve referencia al tema. Por otro lado, aunque el recaudo de forma para la prueba no obste a la existencia o calificación del contrato —como ocurre respectivamente en los supuestos de solemnidad impuesta absoluta o relativa— no es menos cierto que, tal como señala el maestro Alterini citando a Santos B. Muñoz Sabaté: “la alternativa es probar o sucumbir”.⁽²⁰⁾

Va de suyo que, en los casos que el contratos se formalice en forma escrita, probablemente el modo más idóneo de demostrar la existencia del

(20) ALTERINI, ATILIO A., *op. cit.*, p. 477.

mismo, su contenido y alcance será el instrumento que lo contenga; pero este es un ámbito propio de la prueba.

Otros ejemplos que podemos citar de forma como recaudo para la prueba son: en materia de seguros, el art. 11 de la ley 17.418: "Prueba del contrato. El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito"; en materia de defensa de los consumidores, los arts. 10, 14, 21, 24 y 36 de la ley 24.240.

En este sentido, jurisprudencialmente se dispuso que:

"Los contratos de arrendamientos rurales instrumentados en documentos privados sin fecha cierta, no obstante la autenticidad reconocida por las partes, devienen inoponibles a los terceros y a los sucesores singulares de su autor, ya que el art. 1026, Cód. Civil comprende sólo a los herederos universales del mismo".⁽²¹⁾

"Si bien la exigencia de celebrar el contrato de apercería rural por escrito no reviste carácter *ad solemnitatem* —art. 40, ley 13.246 (Adla, VIII-85)—, la posibilidad de acreditar la existencia del acuerdo en defecto de documento escrito, se rige por las disposiciones de derecho común —arg. art. 41, texto legal citado—, incluyendo el art. 1193 del Cód. Civil, que veda la prueba testimonial de los contratos que tengan por objeto una cantidad mayor que diez mil pesos".⁽²²⁾

5 | Conclusión

Podemos apreciar que en el derecho moderno, con el ánimo de generar mayor seguridad y certeza en los negocios, existe una tendencia hacia el formalismo en el ámbito de la contratación.

(21) CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL Y DE FAMILIA DE 1ª. NOMINACIÓN DE RÍO CUARTO, "Osorio, Adhelmo c/ Baroffio, Cirilo F.", 27/10/1998, en *LLC*, 1999, p. 1521, AR/JUR/831/1998.

(22) CÁMARA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, EN LO CIVIL Y COMERCIAL, DE FAMILIA Y DEL TRABAJO DE LABOULAYE "Geronis, Eduardo J. c/ Echavarrí, Francisco", 05/12/2002, en *LLC*, agosto de 2003, p. 874, AR/JUR/5999/2002.

Esta tendencia se ve reflejada en el Proyecto de Reforma, pues en la regulación que propone de los contratos en particular, podemos apreciar una impronta formalista; sea que se trate de forma impuesta en forma absoluta (por ejemplo, incorpora la donación de bienes muebles registrables —art. 1552—); forma impuesta relativa o para la prueba; ya sea en la exigencia escritura pública o instrumento privado.

Creemos que en materia de forma de los contratos el Proyecto de Reforma, recoge coherentemente propuestas que se venían formulando tanto en la doctrina cuanto en proyectos de reforma anteriores.

El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial

por RUBÉN S. STIGLITZ⁽¹⁾

I | Introducción

I.I | Definición de “contratos por adhesión” y requisitos de las “cláusulas generales predispuestas”. Quid de las “cláusulas particulares”

Cabe señalar, como lo haremos en su momento con relación al contrato de consumo, que el Proyecto introduce las tres categorías de contratos existentes: el contrato discrecional o paritario, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales y el contrato de consumo. Hasta su presentación, normativamente no existía una definición del contrato por adhesión. Obviamente, no se halla en el Código Civil ni en

(1) Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Premio “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires” en el año 1998, por decisión unánime del Jurado a la mejor obra jurídica publicada en el bienio 1997/1998 (“Derecho de Seguros”). Integrante del equipo de “Contratos. Parte general”, designado por la “Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reformas, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la nación”. Autor de numerosos libros y artículos de doctrina —entre los que se encuentran publicaciones en revistas jurídicas nacionales y extranjeras, vinculadas con las temáticas propias del derecho privado—, ha desarrollado una relevante actividad académica tanto en el país como en el extranjero.

la Ley de Defensa del Consumidor. En esta última, se lo menciona en el art. 38 sin definirlo. Sólo se hace una referencia al control de incorporación, estableciéndose que la autoridad de aplicación deberá vigilar que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas. En el Proyecto, se ha incluido una sección que contiene seis artículos, del 984 al 989, que tratan el tema con carácter general. Los reproduciremos y añadiremos un breve comentario a cada disposición.

1.2 | Nociones generales. Caracteres

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

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

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

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

1.3 | Caracteres (continuación). Unilateralidad y rigidez

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

Otro elemento caracterizante del contrato por adhesión lo constituye la rigidez del esquema predeterminado por el empresario. Ello significa que su contraparte carece del poder de negociación consistente en contar con la posibilidad de discutir o en intentar influir en la redacción del contrato o tan siquiera de una cláusula. El tramo íntegro de las tratativas precontractuales en punto al contenido de las condiciones generales se halla suprimido.

1.4 | Caracteres (continuación). Poder de negociación. Quid de la desigualdad económica

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

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

1.5 | Estado de vulnerabilidad del adherente. Consecuencias

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

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

En primer lugar, porque no hace a la esencia del contrato por adhesión que el predisponente sea titular de un monopolio. En segundo lugar, porque esa línea de reflexión sustrae al adherente la escasa libertad de que dispone, la de contratar con quien quiere.

Lo hasta aquí expresado supone, como consecuencia, la existencia de un riesgo, que consiste en que, quien detenta el poder de negociación, aproveche tal condición para reafirmarlo a través de cláusulas que, integrando la configuración interna (contenido) del contrato, apuntalen la posición dominante de que disfruta el profesional.

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

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

Lo que queremos decir es que si el contrato por adhesión presupone desigualdad formal, destrucción de la relación de paridad, el abuso contractual lo acentúa. Ello significa que las técnicas contractuales predispuestas son (o pueden llegar a ser) constitutivamente desequilibrantes. En ese caso, la injusticia es inherente a las mismas. Su procedencia es ingénita (proviene de adentro del contrato).

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

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

No se nos oculta que ni siquiera en los dominios de la contratación discrecional es posible aludir a una autodeterminación sin límites, entendida

aquella como el poder jurídico de que dispone cada parte para autorregular sus intereses según su voluntad. Esa inteligencia cede al tiempo que comprendamos que siendo el contrato un negocio jurídico bilateral, donde constitutivamente participa otro, la resultancia, ineludiblemente, será una declaración de voluntad común, lo que presupone que cada quien porta una voluntad, simultáneamente auto y heterodeterminada. Ello significa que en la contratación paritaria, las ventajas excesivas a las que aspira una parte son controladas (desde adentro) por la contraparte. Si la correspondencia de la ventaja que pretende el primero importa un sacrificio que el segundo lo estima justificado, lo acepta. Caso contrario, si lo considera injusto o excesivo, lo rechaza. Lo expuesto presupone la existencia de controles recíprocos (situados predominantemente en etapa formativa del contrato y excepcionalmente en etapa de ejecución, cuando se intenta revisarlo) hasta alcanzar un programa de ventajas y desventajas acordadas. Pareciera ser, entonces, que la primera garantía de justicia objetiva del contrato la suministran las partes. Pues bien, ello no es factible en el contrato por adhesión, donde al quedar (por esencia) suprimida la negociación, queda eliminado el control interno.

2 | Definición legal

2.1 | Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas

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

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

En segundo lugar, se desprende de la definición la existencia de dos partes: por un lado, el predisponente que es quien redacta el documento contractual o se sirve de la redacción efectuada por un tercero. Por otro

lado, la contraparte del predisponente es el adherente que no sólo no ha participado en la creación del texto contractual sino que, tampoco, ha influido en su contenido.

Y ello se explica en que uno de los caracteres salientes de la noción del contrato por adhesión se halla constituido por el hecho de que el adherente carece de poder de negociación a tal punto que no puede redactar ni influir en la redacción de la cláusula. Dicho de otro modo, las cláusulas se presentan al adherente ya redactadas por el predisponente.

2.2 | Requisitos de los contratos por adhesión

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

“Artículo 985.- Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción deberá ser clara, completa y fácilmente inteligible. Se tendrán por no convenidas aquéllas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica o electrónica, o similares”.

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

Justamente, los contratos impresos en formularios se destacan por su inusitada extensión, traducida en un inagotable y profuso clausulado, en ocasiones ininteligible, por lo que para favorecer su edición se emplean textos redactados en pequeños caracteres. Pero, considerando que no todo el articulado se halla constituido por cláusulas potencialmente lesivas, concluimos en que sólo ellas deben ser redactadas en caracteres

notorios, ostensibles, lo suficiente como para llamar la atención del adherente/consumidor. Deben aparecer patentes, ostensibles, visibles, aparentes, palmarias, evidentes en el contexto total, fácilmente advertibles, lo que requiere una impresión en caracteres más considerables y de apariencia más visible que el resto del texto, con una tinta destacada o subrayadas, aisladas o enmarcadas. Es ineludible que se noten.

Y ello debe ser así, al punto de que la consecuencia que, como directiva de interpretación, debe aparejar el defecto de legibilidad de una cláusula restrictiva, leonina, gravosa o abusiva es la de tenerla por no escrita, lo que significa "no convenida" o, el de su inoponibilidad al adherente/consumidor. Lo expresado constituye el efecto que apareja asumir la responsabilidad de redactar unilateralmente el documento contractual: la obligación de redactar claro constituye la fuente de la responsabilidad civil en que incurre quien efectúa una defectuosa declaración.

El objeto de la referida obligación tiene por contenido redactar cláusulas claras, serias e inequívocas, idóneas para ser entendidas de por sí por el adherente. Y llena este requisito el texto redactado con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido sin lugar a dudas según el uso idiomático común o del comercio.⁽²⁾

Por lo demás, se ha enfatizado en la necesidad de un conocimiento pleno y cabal del texto contractual, al punto de que se declaran como no convenidas las cláusulas que contengan reenvíos a textos que no se faciliten previamente al adherente.

Con relación a la contratación telefónica o electrónica, la fuente ha sido el art. 80, inc. b), 2da parte del decreto ley 1/2007 vigente en España por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.⁽³⁾

(2) VON TUHR A., "Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán", Desalma, Bs. As. 1947, vol. II-22, p. 93; SALANDRA V., "Il contratto di adesione", en *Revista di Diritto Commerciali*, n° 16, 1928-I, p. 527.

(3) "...En los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos en que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor o usuario, en

2.3 | Cláusulas particulares

El Proyecto le asigna suma trascendencia a las cláusulas particulares no sólo por disciplinarlas en una disposición específica, sino porque el contenido de la misma no sólo constituye una definición sobre lo que son, sino, por lo demás, porque se reconoce en dicha disposición una directiva de interpretación que les atañe.

“Artículo 986. Cláusulas particulares. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas”.

En primer lugar, cabe señalar que, en la disposición precedente, se incorpora una frase con la que, modernamente, se denomina al clásico contrato discrecional: el negociado individualmente. Creemos que la denominación es la más acertada porque refiere a uno de los caracteres más salientes de la negociación tradicional que es la que hoy ocupa una función residual en la contratación. En efecto, hoy prevalecen los contratos por adhesión y los contratos de consumo que, predominantemente, se forman por adhesión y, excepcionalmente, se negocian individualmente. La disposición, además de definir el significado de la “cláusula particular”, incorpora una regla de interpretación proficua en su aplicación por los Tribunales y que tiene su fundamento en la preferencia que se otorga a la cláusula negociada en tanto constituye el resultado de la libre contratación por sobre la cláusula general que constituye el resultado de la predisposición contractual.

En segundo lugar, añadimos que las cláusulas particulares que tienen por fin sustituir, ampliar, suprimir o modificar una cláusula general, predominantemente, traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato. En ese caso, prevalecen por sobre la condición general que deviene derogada.

Pero sucede frecuentemente que las fórmulas empleadas, manuscritas o mecanografiadas, omiten expresar que el propósito tenido en miras al

.....
cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán los términos de la misma...”

incluirlas consiste en suprimir o modificar la cláusula predispuesta o condición general con la que se halla en estado de incompatibilidad.

De tal manera que, al momento del conflicto, el intérprete se encuentra en presencia de una cláusula predispuesta y, por tanto, impresa (desde su origen) y con una cláusula particular que la contradice o altera su alcance.

Para este supuesto, la directiva de interpretación contractual que impera consiste en que las cláusulas particulares deben considerarse como una deliberada modificación o supresión, según el caso, de la cláusula predispuesta general. Y el fundamento está dado en que la primera refleja, de ordinario, el acuerdo que fue objeto de negociación.⁽⁴⁾

En efecto, en la discrepancia entre una cláusula general y otra particular, habrá de estarse a esta última, en razón no sólo de que apunta a alterar, suprimir o aclarar el contenido de la primera, suministrándole un contenido más concluyente y concretamente adaptado al caso de que se trata, sino que es tarea relevante del intérprete no perder de vista que la cláusula manuscrita o mecanografiada se estipula al tiempo de la conclusión del contrato, mientras que la cláusula predispuesta general viene formulada (redactada) previamente por el predisponente sin consideración al negocio concreto; por ello, cabe concluir que la regla de autonomía particularmente concertada revela la auténtica y real intención de las partes de derogar, en el caso singular, la cláusula general redactada por el profesional uniformemente para sus futuros contratos.⁽⁵⁾

Constituye una aplicación de lo expuesto, el pronunciamiento en el que se decidió que "...en un contrato de prenda prevalece la cláusula

.....

(4) BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 322; SANTOS BRIZ, J., *La Contratación Privada*, n° 19, Madrid, Montecorvo, 1966, p. 227; STIGLITZ, R. S., "Reglas de interpretación de los contratos predispuestos", en *Revista jurídica La Ley*, 1987-D-1078; CÁM. NAC. CIV., Sala C, 24-XI-1976, "Ramírez de Critrelli c/ Lapetina, E.", en *Revista jurídica La Ley*, 1977-D-253; CÁM. NAC. CIV., Sala B, 29-IV-1980, "Solo Tapia de Rojas c/ Vinelli, J.", en *Revista jurídica La Ley*, 1981-C-659 (35-940-S); CÁM. NAC. CIV., Sala C, 28-II-1985, "Feldman, M. c/ Metropolitana SA", DJ, 1985-2-486.

(5) ROYO MARTÍNEZ, M., "Contratos de adhesión", en *ADC*, Madrid, 1949, t. II, p. 69; LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Sistemas de interpretación de los contratos*, n° 50, Chile, Universitarias de Valparaíso, 1971, p. 147. Las condiciones particulares revelan la verdadera voluntad de los contratantes, quienes necesariamente han entendido que al introducirlas al texto, lo hacían para hacerlas prevalecer sobre las condiciones generales.

mecanografiada —en el caso, dispuso la prórroga de jurisdicción— sobre otras que integran el formulario al que adhirió el ejecutado, porque la especificidad concedida por las partes a la primera de las cláusulas transcritas parcialmente condujo a dejar sin efecto la otra, genérica y preimpresa...”.⁽⁶⁾

3 | Directivas de interpretación de los contratos por adhesión

3.1 | Las cláusulas ambiguas

A la ya expresada previamente, la de prevalencia de las cláusulas particulares sobre las cláusulas generales predispuestas se añade la previsión contenida específicamente en el artículo 987: “Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente”.

Es preciso hacer un comentario preliminar:

La categoría de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas porta sus propias directivas de interpretación que el Proyecto las ha receptado y que se hallan incluidas en el art. 37, apartado 4 de la Ley de Defensa del Consumidor. En efecto, en esta última se establece que “...cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa...”. Por nuestra parte, entendemos que la regla que transcribimos a continuación es consistente con los criterios actuales referidos a los efectos de la ambigüedad.

Cabe señalar, una vez más, que la modalidad que adopta la formación del contrato predispuesto —la predisposición unilateral del contenido—, impide acudir a criterios subjetivos, como podría ser la indagación de la intención común de los contratantes mediante la reconstrucción del pensamiento y de los propósitos de los autores de la regla contractual.

.....

(6) CAM. NAC. COM., Sala D, “Randon Argentina SA c/ Etchart R.”, 13/2/2002, en *Revista Jurídica La Ley*, 2002-C-815; DJ: 2002-2-574.

De allí, la necesidad de que la directiva en análisis sea examinada a través de criterios predominantemente objetivos y con extremado rigor, ya que en razón de que el predisponente reserva para sí la creación del texto (documento) contractual, lo debe hacer de forma tal que el destinatario (adherente) comprenda su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio.⁽⁷⁾

Es el predisponente quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Para alcanzar esta conclusión, debemos señalar que su fundamento está dado en que es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad.⁽⁸⁾

Ésta no se refiere sólo a facilitar la legibilidad de la lectura, sino, además, a la claridad sustancial, la referida a la significación relevante, desde los aspectos fácticos, económicos y jurídicos.⁽⁹⁾

La claridad o precisión en el lenguaje son acepciones que se contraponen a la ambigüedad, y la cláusula ambigua deberá entenderse como aquella susceptible de varios sentidos o expresada sin precisión, equívocamente, confusamente, con oscuridad.

A veces, la ambigüedad se predica de la insuficiencia misma de un texto vago e impreciso, redactado genéricamente. Lo expresado en el texto puede traducirse en la necesidad de que todo sistema de interpretación requiera de un principio que satisfaga la equidad y preserve la relación de equivalencia.⁽¹⁰⁾

La regla *contra proferentem* importa una aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente.⁽¹¹⁾

.....

(7) CÁM. NAC. COM., Sala B, 15-IV-1993, "Odrizola, B. c/ Optar SA", JA, 1994-II-375.

(8) CÁM. NAC. COM., Sala C, 18-10-1982, "Parodi, A. c/ Ruta Coop. de Seg.", JA, 1984-I-499; CÁM. AP. CIV. y COM., Mercedes, Sala I, 19-III-1987, "García, C. c/ Chapartegui Hnos.", DJ, 987-2-276.

(9) CÁM. NAC. COM., Sala E, 11-IV-1983, "García, A. c/ La Buenos Aires Cía. de Seg.", ED, 105-270; CÁM. AP. MERCEDES, Sala I, 19-III-1987, "García, C. c/ Chapartegui Hnos.", DJ, 987-2-276; CÁM. NAC. COM., Sala B, 25-XI-1991, "Albert, A. c/ La Austral Cía. de Seg.", en *Revista jurídica La Ley*, 1992-E-575; DJ, 1992-2-697.

(10) DONISI, C., "Il tema d'interpretazione delle condizioni generali di polizza", *Assic.*, marzo-abril, 1979, año XLVI, fasc. 2, p. 52.

(11) CÁM. NAC. COM., Sala B, 25-XI-1991, "Albert, A. M. c/ La Austral Cía. de Seg.", en *Revista jurídica La Ley*, 1992-E-575 (38.235); DJ, 1992-2-697.

Acontece que las palabras usadas deben autoabastecerse. Ello significa que deben ser idóneas, suficientes, claras, aptas por sí para ser reconocidas por el destinatario.⁽¹²⁾

Las declaraciones deben ser comprendidas y llenan este requisito las expresadas con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido, sin lugar a dudas, según el uso idiomático común o del comercio.⁽¹³⁾

Todo ello justifica trasladar al predisponente las consecuencias que derivan de la imprecisión o vaguedad en la redacción de las cláusulas.⁽¹⁴⁾

Y las consecuencias no son otras que la eliminación de la cláusula dudosa u oscura o —lo que es lo mismo— su interpretación contraria a los intereses del predisponente.⁽¹⁵⁾

.....

(12) DANZ, E., La interpretación de los negocios jurídicos, en *RDP*, Madrid, 1955, p. 55; STIGLITZ, R. S., "Declaración emitida sin seriedad en etapa de ejecución de contrato (Pro-nunciamento del asegurador acerca del derecho del asegurado)", en *Revista jurídica La Ley*, 1981-A-12.

(13) VON TUHR, A., "Teoría general del derecho civil alemán", Bs. As., Deplma, 1948, vol. II-2, p. 93; MUÑOZ, L., "Teoría general del contrato", n° 119, Cárdenas, México, 1973, p. 176, especialmente cuando señala que la exteriorización de la voluntad ha de hacerse en forma adecuada, o sea idónea, en relación sobre todo con el contenido del contrato de que se trata, de suerte que el lenguaje deberá expresar con claridad el pensamiento del autor de la declaración conforme al significado objetivo que tenga en la vida de relación.

(14) CÁM. NAC. CIV., Sala G, 24-XI-1983, "Gadea, J. c/ Coop. Familiar de Vivienda", JA, 1984-IV-330; CÁM. NAC. COM., Sala E, 4-III-1986, "Wattman SA c/ Exim SRL", JA, 1987-I-118.

(15) CÁM. NAC. CIV., Sala D, 18-VIII-1978, "González de Cueva c/ Acepa S.C.A.", en *Revista jurídica La Ley*, 1979-A-250; CÁM. NAC. COM., Sala C, 29-V-1981, "De Atucha c/ Terrabusi de Reyes de Roa E.", ED, 94-775; CÁM. NAC. CIV., Sala D, 2-IV-1981, "Pizzolo S. A. c/ Somogy M.", ED, 93-495; CÁM. NAC. COM., Sala B, 25-XI-1991, "Albert, A. M. c/ La Austral Cía. de Seg.", en *Revista jurídica La Ley*, 1992-E-575 (38.235-S). En la dirección indicada, se tiene expresado que el empleo de contratos tipo, redactados por el empresario e impuestos a la contraparte, exige una cuidadosa redacción, de clara comprensión para el hombre corriente de negocios, que no puede ser sorprendido en la ejecución, por aplicaciones resultantes de complejas interpretaciones que no resultan de una secuencia natural de las cláusulas insertas en el contrato (CÁM. NAC. COM., Sala B, 19-III-1965, "Sigal, A. c/ Establecimientos Industriales", ED, 70-142; CÁM. NAC. CIV., Sala C, 8-VI-1976, "Salgayi, A. c/ Defilippo S.C.A.", en *Revista jurídica La Ley*, 1977-A-169; CÁM. NAC. CIV., Sala D, 17-X-1979, "Torre c/ Kanmar S.A.", ED, 85-703; CÁM. NAC. CIV., Sala G, 22-X-1981, "Durán, R. c/ Amsa S.A.", ED, 96-687; CÁM. NAC. COM., Sala E, 11-IV-1983, "García, A. c/ La Buenos Aires Cía. Arg. de Seguros", ED, 105-271; CÁM. NAC. CIV., Sala G, 24-XI-1983, "Gadea, J. c/ Cooperativa Familiar de la Vivienda", ED, 107-685).

.....

Ocurre que, al hallarse el contratante débil apartado de los mecanismos de configuración interna del contrato,⁽¹⁶⁾ obtiene una ventaja que se instala, como control judicial indirecto, y que consiste en que el riesgo contractual lo asume el predisponente. Esto implica atribuirle responsabilidad por las consecuencias que derivan de la falta de diligencia en la creación del esquema negocial cuando adolece de ambigüedad, falta de claridad u oscuridad.⁽¹⁷⁾

Entre nosotros, se tenía expresado antes de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor que "...aun cuando no se encuentre prevista en nuestra legislación la regulación de los contratos por adhesión, nada impide que las cláusulas oscuras sean interpretadas en favor del adherente, por aplicación de la regla contenida en el artículo 1198 o, desde la perspectiva inversa, en contra del contratante que redactó e impuso las condiciones del convenio...".⁽¹⁸⁾

Constituye excepción a la directiva precedentemente expuesta, la doctrina que emana del fallo donde se decidió que "...tratándose de un negocio entre empresarios, no rige el criterio de interpretar contra el predisponente las cláusulas impresas...".⁽¹⁹⁾

Sobre la cuestión, no nos pasa inadvertido que existe un conflicto entre la norma jurídica y la realidad: (a) por una parte, el empresario que adhiere normalmente es consumidor ya que, normativamente, puede serlo una

(16) CASSOTTANA, M., "Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto", en Massimo Bianca, *Le Condizioni di Contratto*, Giuffrè, Milano, 1979, t. I, pp. 126 y ss.

(17) BETTI, E., "Teoría general del negocio jurídico", en RDP, n° 45, Madrid, 1959, p. 266, para quien la directiva impone un criterio de autorresponsabilidad fundado en el deber de hablar en forma abierta e inequívoca que recae en quien asume la iniciativa de una declaración contractual. Ver CÁM. NAC. COM., Sala B, 22-VII-1970, "Fyma c/ Columbia S.A.", ED, 39-7776, donde con relación al contrato de seguro se señala que, si alguna duda plantea la póliza, corresponde estar por la obligación del asegurador, ya que éste redactó el contrato y estuvo, además, en condiciones de señalar con precisión el límite de sus obligaciones.

(18) CÁM. NAC. COM., Sala D, 19-X-1987, "Banco Liniers SA c/ Chirón, J.", JA, 1989-I-665; CÁM. NAC. CIV., Sala G, 22-X-1981, "Durán R. c/ A.M.S.A.", JA, 1983-I-242; CÁM. NAC. CIV. y COM. FED., Sala 3, 15-V-1987, "Sucesión de Natale c/ Caja Nac. de Ahorro y Seguro", JA, 1988-II-123; CÁM. NAC. COM., Sala C, 28-V-1985, "Diner's Club Argentina c/ Guido Finkelberg", JA, 1985-III-533; CÁM. 2ª Civ. y COM., Córdoba, 2-VI-1987, "Zabala, J.", JA, 1987-IV-688; CÁM. CIV. y COM. JUNÍN, 26-X-1988, "Zabaleta, D. c/ Pantepirino de Ragozzini, N.", JA, 1989-I-51.

(19) CÁM. NAC. COM., Sala B, 176/2001, "Ingral S.A. c/ Sintelar S.A.", JA, 2002-II- síntesis.

persona jurídica (art. 1 ley 24.240, modificado por ley 26.361) en cuyo caso el contrato que celebre se halla sometido a las directivas de interpretación que surgen de los arts. 3-2 y 37, especialmente este último si llegan a existir dudas sobre los alcances de la obligación; (b) por otra parte, al empresario, aunque sea adherente, no le es inherente la condición de profano o débil jurídico que requiera de protección.

De allí que el referido fallo, si bien halla su fundamento en la ley, parece una exorbitancia proteger al empresario/adherente en consideración a su vulnerabilidad.

Por lo demás, cabe apuntar que la disposición proyectada no formula distinción alguna, lo que significa que es aplicable a todos los contratos por adhesión. Como quiera que sea, el Proyecto da por finalizada toda disputa al introducir la directiva de interpretación a la que nos estamos refiriendo sin formular distingo alguno entre contratos por adhesión celebrados entre una persona física o entre personas jurídicas o entre unas y otras. Esto significa que la regla *contra proferentem* es aplicable a todos los casos.

4 | Cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. Cláusulas abiertas

4.1 | El texto legal

Cabe reconocer que el Proyecto intenta y logra suministrar al contrato por adhesión un tratamiento pleno, ingresando a la regulación de todos los temas que le son inherentes y diferenciando con rigor, la disciplina de esta categoría con la del contrato de consumo con la que, en ocasiones, se identifica y que no es otro que cuando el contrato de consumo se perfecciona por adhesión a cláusulas predisuestas. Veremos a continuación cómo en una misma norma se enuncian dos cláusulas abiertas previstas en los incs. a) y b) y una referencia a una subcategoría de cláusulas abusivas, que no son otras que las cláusulas sorprendivas.

“Artículo 988.- Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente; b) las que

importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no fuesen razonablemente previsibles”.

En primer lugar, la definición de cláusulas abusivas fue incorporada por el Proyecto al Título III, que regula los contratos de consumo, concretamente al art. 1119 que establece lo que sigue:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

En segundo lugar, el análisis de la definición lo haremos más adelante cuando analicemos el contrato de consumo. En tercer lugar, cabe señalar que el art. 988 del Proyecto al establecer dos supuestos en que las cláusulas se tendrán por no escritas, alude a dos cláusulas abiertas en las que el Proyecto opta por reproducir el texto del art. 37, incs. a) y b) de la Ley de Defensa del Consumidor. Ello significa que el Proyecto a través de la disposición examinada ingresó de lleno al control judicial de las cláusulas abusivas.

Sobre el particular, cabe señalar que si bien es cierto que existen diversos sistemas de control sobre las cláusulas abusivas, el que mejor satisface, por su plenitud, un sistema de control judicial es aquél que (a) incluye una cláusula abierta, (b) un elenco de cláusulas nulas de pleno derecho y (c) otro de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas luego de una apreciación judicial. Las dos últimas deberán ser contenido de listas que deberán incluirse en la ley especial. Como quiera que sea, la decisión de que ambos elencos de cláusulas se hallen incluidos en un Código o en una ley especial conforma una cuestión de política legislativa. En la actualidad, predomina el hecho de que los referidos elencos constituyan contenido de Códigos del consumidor o de leyes especiales, tendencia a la que se sumó el Anteproyecto.

La cláusula abierta o cláusula general se caracteriza por tratarse de una disposición legal de carácter imperativo, que tiene por objeto o por efec-

to el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran los contratos.

Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y en el principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores en tanto débiles jurídicos, y en la finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo. Es aplicable a todas las hipótesis que se le subsuman, pero específicamente a los supuestos no incluidos en el elenco de cláusulas ineficaces de pleno derecho o en el enunciado de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas judicialmente.

Operan como una red de protección en tanto impiden que se evadan de dicha calificación aquellas hipótesis no incluidas en los elencos de cláusulas calificadas como abusivas. Y dada su amplitud, presupone que las listas de cláusulas —negras o grises— sean meramente indicativas.

Vale señalar como punto de referencia, que el Código Civil de Alemania contiene una cláusula abierta como la descrita (parág. 307); un elenco de ocho categorías de cláusulas prohibidas previa apreciación judicial (parág. 308) y otro elenco de trece categorías de cláusulas prohibidas sin necesidad de apreciación judicial (parág. 309). Desde un punto de vista sistemático, el sistema implementado por los parágrafos 308 y 309 del Código Civil alemán tiene la ventaja de agrupar las cláusulas abusivas por temas.

4.2 | Cláusulas abiertas en el Proyecto

En cuanto a las dos cláusulas abiertas a las que se alude en el art. 988 del Proyecto, cabe computarlas como una mejora ostensible al texto del art. 37, incs. a) y b) de la Ley de Defensa del Consumidor. En efecto, tal como está redactado este último, cabe formular una objeción conceptual ya que aludir a las "...cláusulas que desnaturalizan las obligaciones..." y a las "...cláusulas por las que se amplían los derechos del predisponente o se restrinjan las del consumidor..." parecieran expresar lo mismo, ya que no hay modo de desnaturalizar las obligaciones o la relación obligacional que no sea ampliando significativamente los derechos del predisponente o suprimiendo sus obligaciones, o restringiendo los derechos del consumidor o ampliando sus obligaciones. En pocas palabras, provocando un desequilibrio contractual.

Tal como se halla redactado el Proyecto (art. 988, inc. a), se reproduce parcialmente lo que dispone el art. 37, inc. a) de la Ley 24.240 ya que se alude expresamente como cláusulas abusivas a aquéllas que "...desnaturalicen las obligaciones del predisponente...". Como se advierte, la Ley de Defensa del Consumidor refiere a "...las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones..." sin indicar a quién hacen referencia. En cambio, el Proyecto, con un criterio más realista y con una redacción más clara, indica inequívocamente que son cláusulas abusivas aquéllas "...que desnaturalicen las obligaciones del predisponente...".

Como quiera que sea, "...las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones..." son aquéllas que alteran o desfiguran el vínculo obligacional en tanto presupone dos centros de interés.

El art. 988, inc. b) del Proyecto establece que constituyen cláusulas abusivas: "...b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias...". Una vez más, el Proyecto ha mejorado significativamente el texto del art. 37, inc. b), tomando como fuente la previsión contenida en el art. 968, inciso d) del Anteproyecto de 1998.

La situación de desnaturalización de la relación a la que se halla obligado el predisponente refiere a tres situaciones hipotéticas:

- a. Cuando se amplían los derechos del proveedor/profesional con daño al consumidor.
- b. Cuando se modifica, en su favor y en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido en su carácter de proveedor/profesional.
- c. Cuando se amplían las obligaciones del consumidor o restringiendo o suprimiendo sus derechos.

Y de todo ello, resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocas de tal entidad (manifiesto) que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia.

Cuando la cláusula observada no se halle enunciada en un elenco de reglas nulas de pleno de derecho o en un enunciado de cláusulas presumiblemente nulas, el examen de los caracteres que perfilan el abuso

presupone en el intérprete un amplio poder discrecional en punto a la evaluación del desequilibrio significativo.⁽²⁰⁾

En cuanto a las cláusulas que amplíen los derechos del predisponente/ proveedor o restrinjan los derechos del adherente/consumidor que resulten de normas supletorias, no requieren de mayores explicaciones añadidas a las ya expuestas. Bastaría con afirmar de ellas que constituyen el fundamento del desequilibrio contractual.

Una sistematización de ellas, que, a su vez, como venimos sosteniendo, desnaturalizan las obligaciones, podría ser la que ensayamos a continuación:

- a. Cláusulas por las que se amplíen los derechos del predisponente, como por ejemplo, la cláusula que sólo a él lo faculta para rescindir unilateral e incausadamente el contrato (art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 33, inc. 2, letra g, "Codice del consumo" de Italia); o suspender su ejecución (art. 1398, Cód. Civ. de Perú); o hacer constar la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato (art. 132-1, decreto 2009-302, Francia); o conferirle el derecho exclusivo de interpretar cualquiera de las cláusulas.
- b. Cláusulas por las que se reserve el predisponente el derecho de modificar, en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido como, por ejemplo, la relativa a las características del producto o el contenido del contrato (inc. k, Anexo, Direc. 93-13- C.E.E.; art. 132-1, inc. 3, decreto 2009-302, Francia).
- c. Cláusulas por las que se reduzcan o supriman obligaciones comprometidas por el predisponente como, por ejemplo, la cláusula exonerativa de responsabilidad o limitativa de reparación (art. 37, inc. a), ley 24.240; art. 132-1, inc. 6, decreto 2009-302, Francia) en caso de muerte o daño en la persona del consumidor (art. 33, inc., 2 ap. 1, "Codice del consumo", Italia).
- d. Cláusulas por las que se amplíen (agraven) inequitativamente las cargas u obligaciones del adherente, como por ejemplo, la cláusula por la que se modifiquen las normas sobre prórroga de jurisdicción (art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 85, inc. 2, decreto ley 1/2007, España), o una cláusula por la cual se consagre la inversión de la carga de la prueba (art. 37 Ley de Defensa del Consumidor 24.240; art. 88, inc. 2, decreto ley 1/2007, España).
- e. Cláusulas por las que se supriman o reduzcan los derechos del adherente, como por ejemplo, la cláusula que limite la facultad de oponer excepciones

(20) ROMAGNOLI G., *Clausole vessatorie e contratto d'impresa*, Cedam, Roma, 1977.

(art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 1398, Cód. Civ. de Perú), o la cláusula por la que se suprima u obstaculice "...el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no prevista por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante..." (anexo sobre cláusulas abusivas correspondiente a la Directiva 93/13 de la C.E.E.; art. 132-1, inc. 12, decreto 2009-302, Francia).

4.3 | Cláusulas sorprendidas. El texto en el Proyecto: noción

En cuarto lugar, el último párrafo del art. 988 del Proyecto, el identificado con la letra c), constituye una novedad en nuestra legislación, pues hace referencia a las cláusulas sorprendidas al aludir, en la disposición, al carácter más saliente y definitorio de las mismas: la imprevisibilidad. Dice así: "... c) las que por su contenido, redacción o presentación, no fuesen razonablemente previsibles..." .

Sobre el particular, cabe señalar que las cláusulas sorprendidas constituyen una subcategoría o, si se prefiere, un desprendimiento de las cláusulas abusivas.

De allí que su examen requiera, con carácter previo, consideraciones generales y el ensayo de una noción. Las cláusulas sorprendidas participan del género de las cláusulas abusivas. Los contratos por adhesión pueden llegar a contener cláusulas excepcionales, imprevisibles según las circunstancias y la materia objeto del contrato.⁽²¹⁾

.....

(21) La reforma al Código Civil alemán (BGB) que entró en vigencia el 1 de enero del 2002 establece en su parágrafo 305 c: "No se considerarán incluidas en el contrato aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, según las circunstancias, en particular según la apariencia externa del contrato, sean tan excepcionales que la contraparte del predisponente no hubiera podido contar con ellas" (parág. 3). En España, en el año 1984 se elaboró en la Comisión General de Codificación, el "Anteproyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación". Aunque referida la disposición (art. 5) sólo a las relaciones entre comerciantes o empresarios, se estableció que: "...no se considerarán incluidas en los contratos (...) aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el contratante no hubiera podido contar razonablemente con su existencia..." .

La cláusula se habrá de calificar de sorpresiva cuando su uso no sea habitual al contratar sobre la base de cláusulas predispuestas. En ese caso, no vincula al adherente, por no integrar el contenido usual o previsible del contrato.⁽²²⁾

Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no imaginaba que integrarían el contenido del contrato.

Avanzando en esta línea, pareciera que contribuye a perfilar más nítidamente el concepto de cláusula sorpresiva, el cotejo que se efectúe entre la materia (objeto) del contrato y su contenido o marco regulatorio, con la configuración interna de la cláusula cuestionada.

Estimamos que la calificación de insólita, de inesperada, o inaudita de la referida cláusula debe ser una conclusión natural del antedicho examen comparativo, del que resulte que su incorporación al contrato importa inequidad e irrazonabilidad.

No es suficiente que la cláusula sorpresiva sea inesperada. Es preciso que se trate de una situación de acentuada inequidad (desequilibrio) y de subrayada anormalidad. Debe tratarse de una cláusula que no es normal incluir entre las cláusulas predispuestas con las que se opera; no se contaba razonablemente con su inclusión. De allí que, apriorísticamente, no pueda formularse una lista de "cláusulas sorprendentes". A lo sumo, podrán enunciarse algunas conocidas. Y a medida que sean incluidas repetidamente, dejarán de constituir una sorpresa.

En consecuencia, a partir de lo hasta aquí expuesto, podemos sistematizar el criterio para considerar sorpresiva una cláusula predispuesta:

- a. En primer lugar, se debe realizar un análisis total del *iter negocial* desde el comienzo de las negociaciones hasta la etapa formativa, lo que incluye la publicidad y, por ende, las expectativas (representación mental) normales generadas en el adherente de acuerdo con la materia introducida al "campo" contractual.⁽²³⁾

(22) GARCÍA AMIGO, M., "Ley alemana occidental sobre condiciones generales", en *RDP*, Madrid, mayo 1978, pp. 384 y ss.

(23) En ese análisis, adquiere una especial relevancia el principio de onerosidad. Debe considerarse ineludiblemente la relación ventajas-sacrificios, pues las cláusulas "sorprendentes" tienden a menoscabar el principio de la máxima reciprocidad. De allí que también sean abusivas.

- b. La cláusula sorpresiva es aquella que contradice (se halla en contraste) de modo trascendente con las expectativas legítimas y normales (razonables) que genera en el adherente un contrato de la naturaleza del concluido y que aparece insólitamente en el contenido del negocio, provocando una desnaturalización de la relación de equivalencia.⁽²⁴⁾

En Alemania, por ejemplo, a instancia de la jurisprudencia, se ha estimulado a los predisponentes para que las cláusulas de contenido inhabitual, susceptibles de sorprender, queden recogidas en los impresos de manera visible o que se haga una referencia a las mismas de manera expresa.⁽²⁵⁾

La Ley sobre Cláusulas Generales Contractuales de Austria (CPA, Consumer Protection Act de 1979) otorgaba protección al consumidor desde la formación del contrato, suministrándole el derecho a requerir la cancelación de aquellas cláusulas que tomen al consumidor por sorpresa. Respecto de las cláusulas “inesperadas” se establece que las estipulaciones inusuales en las condiciones generales de los contratos no forman parte del contrato si son desventajosas para la otra parte y no hay razones que justifiquen su existencia en dichas circunstancias (art. 864 CC).⁽²⁶⁾

4.4 | Caracteres y control sobre las cláusulas sorpresivas

Las razones por las que el ordenamiento jurídico reacciona contra esta categoría de cláusulas es porque constituyen un plus por sobre la generalidad de las cláusulas abusivas. En efecto, estas últimas se caracterizan por desnaturalizar el vínculo contractual con daño al consumidor y que no siempre, pero de ordinario, aparecen en los textos contractuales. En cambio, las cláusulas sorpresivas, además de lo expuesto, son inusuales, insólitas. Debutan, se inauguran en la hipótesis concreta, aun cuando se

(24) Se las define como aquellas que “...se hallan en contraste con las expectativas legítimas y razonables del cliente fundadas en los acuerdos individuales, por lo que no tiene porqué contar con que lo sean de otro modo, atípico o insólito...” (Ver PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 456, 462 y 463).

(25) ULMER, P., “Diez años de la Ley alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas”, en *ADC*, III, Madrid, 1988, t. XLI, p. 765.

(26) En Austria, la C.P.A. ha sido incorporada al Código Civil.

demuestren precedentes en textos contractuales que instrumentan otros tipos contractuales.

Las cláusulas sorprendidas no forman parte de las reglas de autonomía propias del contrato en cuestión. No se cuenta con ellas. Aparecen subrepticamente. Se trata de cláusulas que ingresan clandestinamente. Su inclusión en el contrato, justamente, presupone que el predisponente cuenta con que el adherente no las espera, por lo que su expectativa consiste en tomarlo desprevenido. Es una cláusula que exhibe una desmesurada deslealtad.

Si ello es así, la cláusula sorprendente contiene una alta dosis de inmoralidad, más allá de que, por abusiva, alcance categoría de regla, formal o materialmente ilícita.

De allí que el ordenamiento jurídico reaccione en su contra, de la misma manera que lo hace con las cláusulas abusivas, teniéndolas por no escritas, como no formando parte del contrato.

Para contrarrestar este efecto, se ha intentado, doctrinariamente, ir más allá, por ejemplo, de las formas seudolegitimantes del art. 1341 Código Civil italiano. Ya no basta, para que alcancen eficacia, con la firma específica de cada cláusula leonina. Ahora se afirma que se hace necesario llamar la atención del adherente sobre su inclusión en el texto, luego hacerlas suscribir y, finalmente, tenerlas por incorporadas por la circunstancia (siempre y cuando) de que el cliente haya tenido razonable noticia de las mismas.⁽²⁷⁾

La solución propuesta no difiere, básicamente, de la concepción legitimadora que procede del art. 1341 del Código Civil italiano. El abuso contractual en el marco de los contratos por adhesión no es factible legitimarlo con la adopción de formas solemnes (la firma de la cláusula), ni con ficciones de conocimiento, ni con presunciones de consentimiento. Lo real es que no existen fórmulas que excluyan el control judicial (de legitimidad o equidad) sobre las cláusulas abusivas en cualquiera de sus variantes.

La solución propiciada, por ejemplo, por el art. 1341 del Código Civil italiano del que, en su momento, se hizo eco el art. 969 del Proyecto del 98,

(27) ALFARO ÁGUILA REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 251 y ss.

ha sido, afortunadamente, dejada de lado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, ya que se consideró que no era factible legitimar una cláusula abusiva por ningún medio, ni aparentando una negociación individual, ni simulando una aprobación por parte del adherente/consumidor, tan fácil de lograr en una categoría contractual donde aparece nítidamente conformada la desigualdad en el poder de negociación. En efecto, el art. 1118 del Proyecto establece que "...las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aún cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor...". En esta última disposición, se advierte el rigor protectorio del sistema consagrado en el Proyecto. Por lo demás, el artículo anterior, el 1117, establece que el régimen de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo se aplica a los contratos por adhesión, por lo que el sistema protectorio se lo ha extendido a todos los supuestos imaginables.

La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil de 2012

por **GONZALO SOZZO**⁽¹⁾

El problema central que abordo en este trabajo es el diseño que el Proyecto de Código Civil de 2012 realiza de los contratos de consumo. El objetivo central es explicar este diseño a través de las opciones centrales que desarrolla el Proyecto.

Para ello, recorro las opciones que el Proyecto trata en general en tanto intento de recodificación, y luego abordo las opciones que en materia de regulación de la defensa del consumidor se realizan mostrando la interrelación existente entre el programa de este Proyecto y las decisiones que puntualmente se han seguido al regular la cuestión del consumo.

I | Las opciones de la codificación

I.1 | La constitucionalización del derecho privado

A partir de la reforma constitucional de 1994, la doctrina, jurisprudencia y la ley de derecho privado han reconocido que la primacía de la Constitu-
.....

(1) Abogado (UNL). Especialista en Derecho de Daños (UNL) y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Secretario de Ciencia y Técnica (Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, UNL). Se desempeña como Profesor en la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales (UNL) y en cursos de especialización, maestrías y seminarios de doctorado de la Universidad Federal de Rio grande do Sul (Porto Alegre, Brasil), Universidad de la República (Montevideo, Uruguay), Universidad Católica Argentina (sede Rosario), UBA y Univ. Nac. Rosario. Ha publicado numerosos artículos en revistas nacionales e internacionales, y escrito, coordinado y dirigido libros de la especialidad.

ción Nacional debe ser explotada prácticamente, dando a los derechos fundamentales una posición nuclear en el sistema de derecho privado, posición que otrora ocupara el Código Civil.

En general, se trata de una reacción al fenómeno de descodificación que a lo largo del siglo XX afectó la estructura decimonónica del sistema de derecho privado, basado en el Código Civil como piedra angular.

Este movimiento del derecho privado de aproximación hacia la Constitución conocido como “constitucionalización del derecho privado”,⁽²⁾ resulta relevante en tanto y en cuanto se extraigan consecuencias en el ámbito de las decisiones, que no podrían obtenerse sin la referida constitucionalización.⁽³⁾

Bajo esta perspectiva, lo que se destaca es cómo se produce la conexidad entre derechos fundamentales y derecho privado, es decir, cómo se transforma la técnica de resolución de los casos de derecho privado a partir de nuevas tecnologías propias del sector constitucional,⁽⁴⁾ como el juicio de ponderación, la regla de proporcionalidad o los procedimientos de cierre de cláusulas generales.

1.2 | La humanización del derecho privado

Desde hace tiempo la dogmática *ius* privatista señala la existencia de un proceso de humanización. En particular, se ha detenido en el proceso de humanización de las obligaciones.⁽⁵⁾

(2) Este proceso de constitucionalización o de acercamiento hacia la teoría de los derechos fundamentales y su sistema de decisión judicial debe ser claramente diferenciado del proceso de aproximación del derecho privado a la teoría de los derechos humanos.

(3) Suele recurrirse a la cita de normas constitucionales en las decisiones judiciales vinculadas al derecho del consumidor pero sin extraer argumentos *ius* fundamentales, que permitan explicar la decisión final. Esto es una mera constitucionalización aparente.

(4) Mucho más vinculadas con las normas con forma de principios, cláusulas generales o estándares que con las reglas.

(5) NICOLAU, NOEMÍ, “Visión humanista del derecho de las obligaciones, acerca del pago, el beneficio de competencia y el término de gracia”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n° 6, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, pp. 49/64.

Ese proceso ha sido fuertemente revitalizado en Argentina desde la Reforma Constitucional de 1994 en adelante. No sólo por las reformas introducidas, ampliando el catálogo de derechos e incorporando al bloque de constitucionalidad el núcleo de las declaraciones y convenciones de derechos humanos, sino por:

- a. la labor de las organizaciones internacionales y nacionales encargadas de difundir y defender esos derechos con un “circuito” de financiamiento internacional;
- b. la publicación de obras especializadas que se ocupaban centralmente de la constitucionalización del derecho privado;⁽⁶⁾
- c. muy destacadamente, por la aparición de una jurisprudencia que aunque puede ser calificada como heterogénea —por diversos motivos— fue marcando un camino de preponderancia argumental de los derechos humanos como guión de transformación de las líneas jurisprudenciales existentes;⁽⁷⁾
- d. el rol que en la construcción de esta jurisprudencia constitucional del derecho privado desempeñó y desempeña la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En otras palabras, puede sostenerse que existe un proceso de “humanización del derecho privado”, que consiste en el acercamiento del derecho privado a la teoría de los derechos humanos —entendida como una de las principales formas del derecho global—, su bagaje conceptual y argumental, su capital social e institucional y prácticas de funcionamiento.

1.3 | La recodificación como resistematización

Hace más de 10 años escribí un artículo que provocativamente titulé “¿Es tan importante recodificar?”⁽⁸⁾ Era provocativo pues intentaba deconstruir

(6) Lo que marca una conexión entre los procesos de humanización y constitucionalización. LORENZETTI, RICARDO, “Las normas fundamentales de derecho privado”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994.

(7) La lista no es exhaustiva: CSJN, “Ferreyra c/ VICOV S.A.”; Mosca; CSJN, “Smith”; CSJN, “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros”, 20/06/2006, JA, 2006, t. III, p. 294; CSJN, “Halabi, Ernesto c/ Estado Nacional-Poder Ejecutivo”, 24/02/2009; SC Mendoza en pleno, “Ongaro de Minni y otros en Minni, Miguel A. y otro en Gómez H. c/ Grozona p/ ord., p/ tercera, s/ casación”, 06/12/1991, JA, 1992, t. I, p. 461 y ss..

(8) SOZZO, GONZALO, “¿Es tan importante recodificar?”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 1, UNL, Nueva época, 2001.

la oposición entre quienes opinaban a favor del por entonces Proyecto de Código Civil y quienes se expresaban en contra. La tesis central de ese texto era que lo realmente relevante era asumir la necesidad de resignificar el Código en el funcionamiento del sistema abierto, y que ese objetivo no puede desarrollarse sin que el Proyecto de reformas asuma dicha tarea. De otra manera, las transformaciones operativas que un nuevo Código pudiera introducir, serían limitadas.

Un nuevo Código puede ser:

- a. un intento de modernización, como ocurrió con la codificación del siglo XIX;
- b. un intento de modernización tardía, como ocurrió con aquellos países que tuvieron un ingreso tardío a la modernidad occidental producto de la descolonización en el siglo XX o como resultado de los acuerdos derivados de las posguerras mundiales;
- c. un intento de actualización, como sucedió con los países socialistas en el siglo XX o en América Latina también en el mismo siglo;
- d. intento de resignificación del Código Civil por oposición al intento de recentralización de éste.

Entre estos diferentes programas de gobierno, el Proyecto de 2012 se inscribe decididamente en el último.

La resignificación del Código pasa por aceptar que el mismo ya no es sinónimo de sistema, en este caso, de sistema de derecho privado. Dicho de otra forma, que la ley privada como fuente se compone de una pluralidad de documentos que exceden al Código Civil y que, incluso, pueden provenir del campo del derecho público.⁽⁹⁾

Por ello, la mejor manera de definirlo es como un intento de resistemización, es decir, de reconstrucción de sistema, esta vez partiendo de la aceptación de las experiencias de descodificación, constitucionalización

(9) Aquí sólo me limito a señalar que la resignificación del Código Civil implica aceptar explícitamente que es necesario profundizar la tarea de deconstrucción de la dicotomía público-privado como tal y reconstruirla como una asociación, lo que implica desarrollar más profundamente puentes para efectuar pasajes, y reescribir la historia de algunas instituciones ya conocidas en el derecho privado como instituciones que albergan "lo público" en el derecho privado, *vgr.*, el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos; en general, obligaciones de fuente legal o el principio de buena fe.

y humanización del derecho privado. Se trata, en este sentido, de asumir una actitud reflexiva.⁽¹⁰⁾

El desafío pasa a ser en este programa crear un estilo de funcionamiento nuevo.

1.4 | El diálogo de fuentes

El Proyecto de Código hace referencia explícita al “diálogo de fuentes” en la presentación.

Esta mención se extiende luego en:

- a. una referencia a la Constitución Nacional y “los tratados en los que la república sea parte” (art. 1) como fuente de interpretación de la ley;
- b. la referencia a los “tratados de derechos humanos” como fuente de interpretación de la ley (art. 2);
- c. la remisión a “los tratados de derechos humanos”, al abordar la dignidad del consumidor; y
- d. tres normas de “prelación normativa” (arts. 963, 1094 y 1709).

Considero que se concreta en estas reglas pues, aunque no se menciona expresamente en ningún momento el diálogo de las fuentes en los textos de los artículos, las normas que refiero reconocen otras fuentes legales diferentes del Código actuando en los casos de derecho privado junto con él; se organiza un sistema para que el operador del campo legal resuelva los casos de conflictos normativos que se compone, por un lado, de órdenes de prelación normativa y, por el otro, principios de organización del diálogo (vgr. la norma más favorable al consumidor o al consumo sustentable).

El “diálogo de fuentes”⁽¹¹⁾ es una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno basado en

.....

(10) En el sentido de un derecho que acepta la existencia de un volumen basal de derecho material —en sentido weberiano— pero desarrollando luego una posición crítica —reflexividad como autocriticia—. Ambas actitudes me parecen centrales, aunque no suficientes, a la hora de construir una opción progresista en el campo del derecho privado.

(11) Un importante grado de avance, impulso y aplicaciones concretas a esta tesis dio Claudia Lima Marques, quien ha escrito diversos y muy profundos textos al respecto. Ver LIMA

la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad, o de jerarquía.

Según la postura del diálogo de fuentes, el sistema es complejo producto de la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias; por ello, unas reglas de resolución de conflictos normativos que hicieran prevalecer una por sobre otra cada vez, equivaldría a una pérdida de riqueza por disminución de la diversidad.

Por esta razón, el objetivo que se propone el diálogo de fuentes y sus reglas derivadas es poner en práctica una labor de integración de las diferentes fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto.

Para el derecho privado, que por décadas logró sus mayores avances en el campo de las leyes micro sistémicas, el diálogo de las fuentes —es decir, de los documentos legales que integran la fuente ley, en el derecho privado— es vital.

2 | Las opciones en la regulación del consumo

2.1 | La constitucionalización del derecho del consumidor

El Proyecto asume que el máximo nivel normativo en materia de regulación de las relaciones de consumo se encuentra en la Constitución Nacional, lo cual surge a todas luces de la referencia expresa a este “nivel normativo” en los fundamentos, que se traduce normativamente en el art. 1.

MARQUES, CLAUDIA, “Superacao das antinomias pelo diálogo das fontes o modelo brasileiro de coexistencia entre o Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002”, en *Revista Direito do Consumidor*, julio 2004, vol. 51, p. 34. LIMA MARQUES, CLAUDIA, “Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo Código Civil, do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas”, en *Revista Direito do Consumidor*, Janeiro, 2003, vol. 45, p. 71; LIMA MARQUES, CLAUDIA (coord.), *Diálogo das Fontes, do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, São Paulo, Rev. Dos Tribunais, 2012.

El Proyecto de Código Civil se propone revisar y poner en cuestión la división entre derecho público y derecho privado al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. Se propone, en tal sentido, la reconstrucción de la coherencia del sistema de derecho privado a partir de los derechos fundamentales.

Un aspecto escasamente advertido y que debiera ser destacado en la discusión en torno al Proyecto de Código Civil de 2012, es cómo asume que el eje del sistema del derecho privado lo constituyen las normas que conforman el “bloque de constitucionalidad”, es decir, la Constitución y los tratados de Derecho Humanos que la integran (art. 75, inc. 22).

En efecto, en primer lugar, el art. 1 del Proyecto de Código Civil de 2012 sostiene que la “interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte”; en segundo lugar, en el art. 2 se decide que “...la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta (...) las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos...”.

2.2 | La humanización del derecho del consumidor⁽¹²⁾

Lo que interesa mostrar es cómo se produce un acercamiento del derecho privado hacia los derechos humanos, su teoría y sobre todo su peso retórico, en el campo de los conflictos de consumo, y las transformaciones que para el derecho del consumidor importa este fenómeno.

Las transformaciones son dos: en un plano —que podríamos llamar interno—, el derecho del consumidor y la teoría del contrato se “apropia” de la construcción de los derechos humanos lo que impacta, a nivel retórico, es decir, acerca del modo de argumentar los casos, y luego al hacerlo, inscribe estos casos en la agenda de numerosas organizaciones que se ocupan de observar el respeto de los derechos humanos. En un segundo plano

.....

(12) Amplio en SOZZO, GONZALO, “Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3, pp. 139/166.

—que podríamos denominar externo—, esta aproximación tiene efectos para la propia construcción de la teoría de los derechos humanos.

Este proceso de acercamiento del derecho del consumidor hacia los derechos humanos reconoce diferentes canales, algunos de los cuales son propulsados por el Proyecto de Código Civil de 2012. El primer canal es la difusión en la ley y la jurisprudencia de la idea de dignidad del consumidor ya que, como se sabe, la idea de dignidad humana constituye el núcleo duro de los derechos humanos de segunda generación. En efecto, los derechos económicos, sociales y culturales constituyen un grupo de derechos “existenciales” en cuanto pretenden asegurar la existencia vital de un hombre ya constituido —por los derechos de primera generación—, procurando garantizar el logro progresivo del mayor grado de desarrollo humano. La consagración de una serie de normas legales de diferente rango que se fundan en la idea de dignidad del consumidor y la proliferación de sentencias judiciales que se apoyan en el derecho fundamental a la dignidad del consumidor, aproximan el derecho del consumidor a la racionalidad, tecnologías y prácticas de funcionamiento de los derechos humanos de segunda generación.

Este proceso es no sólo reconocido sino explícitamente potenciado en el Proyecto de Código Civil de 2012 al señalar en su art. 1097, luego de reiterar la regla general del art. 8 bis de la ley 24.240 (“los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios”), que “la dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derecho humanos”. La referencia explícita a los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional en esta norma y en el art. 2 permite dotar de contenidos concretos a la idea de dignidad, y refuerza la vinculación entre el derecho del consumidor y los derechos humanos de segunda generación que son los derechos que se apoyan en la idea de dignidad. El segundo canal es el reconocimiento de la Constitución Nacional como piedra angular del derecho del consumidor;⁽¹³⁾ finalmente el tercer canal consiste en el ajuste del objeto del contrato al derecho fundamental a la dignidad del consumidor, ya que el objeto del contrato tiene como límite en el Proyecto de Código Civil de 2012 (art. 1004 del Proyecto de Código Civil de 2012) la

.....
(13) Ver *supra*.

“dignidad de la persona humana”.⁽¹⁴⁾ Estas manifestaciones de la idea de dignidad muestra que se trata de un principio del derecho del consumidor en el cual se fundan otros derechos.⁽¹⁵⁾

2.3 | La “medioambientalización” del derecho del consumidor⁽¹⁶⁾

Otra dirección en la cual evoluciona el derecho del consumidor es hacia su vinculación con el derecho ambiental. Por muchas razones, el derecho ambiental plantea un diálogo desafiante al derecho del consumidor ya que el primero constituye un modelo regulatorio vanguardista que se asienta sobre premisas que, en muchos casos, significan una ruptura con el derecho moderno.

Esta tendencia tiene, a mi modo de ver, dos facetas. La primera es el reconocimiento en el derecho positivo del consumo sustentable como el principio del derecho del consumidor. En efecto, la reforma de la ley 26.361 realizó sólo un agregado en el art. 43 de la ley 24.240 en el inciso a), al referirse a la facultad de la autoridad de aplicación de elaborar y proponer aspectos de una política de defensa del consumidor —que era la regla vigente en la ley 24.240—, establece que una de las direcciones en las que deberá confeccionarse dicha política es “...a favor del consumo sustentable con protección del medio ambiente”. La regla es de una gran trascendencia pues se trata de una directiva de la política del consumidor que coordina el derecho del Consumidor con los postulados ambientales. La norma introducida va en la misma dirección que la del inciso final del art. 61 y en relación a ella debe analizarse. En este contexto, la regla del art. 43 tiene muchísimo valor pues deja en claro que la cuestión del consumo sustentable no es sólo una directriz que debe ser inculcada a los consumidores, sino que es responsabilidad del Estado ejecutarla y hacerla efectiva.

(14) Amplió en SOZZO, GONZALO, “Problemas en torno al objeto del contrato”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Comentarios a fallos, Sección de Jurisprudencia sobre contratos, n° 2007-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007.

(15) Amplió en SOZZO, GONZALO, “Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del Derecho del Consumidor...”, *op. cit.*, pp. 139/166.

(16) Amplió en SOZZO, GONZALO, “Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del Derecho del Consumidor...”, *ibid.*, pp. 139/166.

En otras palabras, un principio de la política de protección del consumidor es promover el consumo sustentable.⁽¹⁷⁾ En efecto, la reforma de la ley de defensa del consumidor producida por la ley 26.361 de 2008 introdujo un inciso final en el art. 60 dedicado a la educación para el consumo que reza: "e) Protección del medio ambiente y utilización eficiente de materiales".

Esta faceta ha sido profundizada por el Proyecto de Código Civil de 2012 que avanza en la línea de reconocer el principio del consumo sustentable como un principio del derecho del consumidor.⁽¹⁸⁾ Así, el Proyecto 2012 recoge expresamente este principio en el ámbito de la interpretación de las normas de relativas a la regulación de las relaciones de consumo: "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el del acceso al consumo sustentable" (art. 1094, párr. 1). Son dos reglas diferentes; por un lado, una regulación de las interpretaciones de las normas existentes en el interior del campo del derecho del consumidor. Esta regla debe ser analizada a la luz de art. 3 de la ley 24.240,⁽¹⁹⁾ y, por otro lado, una regla de aplicación, es decir, de "diálogo de fuentes".

La segunda faceta consiste en la visibilización del principio de protección ambiental desde la perspectiva del derecho del consumidor. Mas allá de la directriz del consumo sustentable,⁽²⁰⁾ el ajuste del derecho del consumidor al paradigma ambiental implica una serie de transformaciones internas de

(17) El agregado jerarquiza la cuestión de la elaboración de la política de defensa del consumidor. Sin embargo, no lo hace de manera suficiente. Es central establecer en una ubicación destacada, con claridad y la extensión necesaria cuáles son las directrices de la política de protección del consumidor. Pueden verse, en este sentido, los arts. 4 y 5 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil.

(18) El Preproyecto de Código Civil avanzaba más definidamente en la profundización del campo de interfase, vgr. al consagrar el derecho humano al agua en el art. 241.

(19) Es decir, que, en caso de existir dos interpretaciones posibles de una norma relativa a las relaciones de consumo, debe optarse por la interpretación que se ajuste y desarrolle, en la mayor medida de lo posible, la directriz del consumo sustentable.

(20) En efecto, no deben ser confundidas las cuestiones: un problema es cómo el estado y los consumidores deben orientar su "política" de consumo atendiendo a la transferencia de un volumen de bienes que permita que las generaciones futuras tengan igual o mayor nivel de opciones que la generación actual. Otra muy diferente es cómo la existencia de un acuerdo fundamental en las sociedades contemporáneas acerca de la protección del medio ambiente, pone límites "externos" a las publicidades, las prácticas comerciales, los contratos de consumo, etc.

ese derecho. Por un lado, en el ámbito de la protección contractual del consumidor la interpretación pro consumidor debe incluir el análisis de las diferentes interpretaciones posibles a la luz del efecto que cada una de ellas le genera a los bienes ambientales: la interpretación a favor del consumidor (art. 37 de la ley 24.240) debe incluir la interpretación pro bien ambiental.⁽²¹⁾ Además, en la misma línea que plantea el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, (art. 51 XIV) son cláusulas abusivas y, por tanto, se considerarán no escritas, las cláusulas contractuales que infrinjan o posibiliten la violación de normas ambientales; el deber de información al consumidor (art. 4, ley 24.240) debe incluir la información ambiental que le permita una elección racional. Finalmente, las publicidades no pueden perforar el derecho fundamental al medio ambiente sano; al mismo tiempo que debe considerarse un ejercicio abusivo de derecho la ejecución de un contrato que pueda perjudicar el medio ambiente.⁽²²⁾

Por otro lado, en el campo de los daños al consumidor, la interface que plantea la norma fundamental del art. 41 entre salud humana y ambiente (a través de la expresión “ambiente sano”) permite exportar el “principio precautorio” (sólo consagrado en el microsistema ambiental) al campo del derecho del consumidor cuando el daño ambiental directo e indirecto tengan origen en un producto.

2.4 | Hacia el programa global de la “constitución infinita”

El proceso de globalización del derecho es reconocidamente muy heterogéneo y los numerosos ejemplos de globalización del campo legal así lo muestran. No hay una globalización del derecho en particular como así tampoco hay una globalización en general. ¿Qué tienen en común

(21) Sobre la idea de que los contratos deben ser interpretados a favor del bien común – el ambiente, la cultura, etc. amplió en Sozzo, GONZALO, “Riesgos ambientales (contratos creadores de riesgos y principio de precaución”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Sección Contratos, n° 2008-2, Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 2008; Sozzo, GONZALO, “Contratos sobre bienes colectivos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Sección Contratos, n° 2008-3, Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 2008.

(22) La regla se encuentra reconocida en el artículo 14 del Proyecto de 2012 *in fine*: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general” y en el artículo 240.

los sistemas la regulación del cambio climático con las campañas de solidaridad internacional promovidas por la UNESCO sobre la base de la Convención de París de 1972 con el derecho de la OMC? En razón de este dato es que el planteo acerca de la existencia de racionalidades opuestas en las cuales pueden ser inscriptos los diferentes casos de derecho global constituye una matriz analítica muy útil.⁽²³⁾

Desde mi perspectiva, el derecho del consumidor en tanto dispositivo que procura resolver centralmente la relación del consumidor con la "opresión" que significan los tratos indignos, los riesgos y daños a la salud que pueden ocasionar los productos y los servicios y los perjuicios económicos. Es posible que constituya un núcleo de problemas que pueden ser regulados en dirección de la globalización de los mercados o en dirección alternativa hacia la globalización del derecho más humanista y cosmopolita.⁽²⁴⁾

La disyuntiva está clara, si una de las dimensiones de la globalización es la económica, que significa la globalización de la producción para permitir su "oferta" global de la mano de la acción de las empresas transnacionales, se requiere una correlativa globalización de la demanda que se obtiene a partir de la acción de los medios masivos de comunicación, las empresas de *marketing* y otros actores, mediante la globalización de la "demanda" de consumo vía la globalización de la "cultura - ideología del consumo".⁽²⁵⁾

La otra posibilidad es que la cultura del consumo incorpore un elemento reflexivo que le permita autocriticarse; en este sentido, ambos principios, el de dignidad del consumidor y el de consumo sustentable, contienen en buena medida este tipo de potencial crítico.⁽²⁶⁾

(23) SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, *A Glozalizacao e as ciencias sociais*, São Paulo, Cortez editora, 2002; SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, *La globalización del derecho*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 2002.

(24) SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, *A Glozalizacao e as ciencias sociais*, op. cit.; SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, *La globalización del derecho*; op. cit..

(25) SKLAIR, LESLIE, *Sociología del sistema global*, Barcelona, Gedisa, 1995.

(26) "Las políticas verdes están muy conectadas con el surgimiento de un movimiento de consumo crítico", SKLAIR, LESLIE, *ibid.*, p. 108. Sin embargo, desde mi perspectiva el potencial crítico de la idea de progreso que contiene la directriz del consumo sustentable no excede la del desarrollo sustentable. Para mas radicalidad, se requieren otros conceptos guía. Ver al respecto, SOZZO, GONZALO, "El principio de no retroceso en el campo de la teoría jurídica:

Como he afirmado, la tendencia a humanizar las relaciones de consumo y los contratos de consumo acerca la regulación en general del derecho del consumidor al campo de atracción de los derechos humanos. Luego, se constituye una aproximación a un determinado tipo de proceso de globalización del campo legal, la escritura de una “constitución infinita”⁽²⁷⁾ como contracara de la globalización que es guiada por los objetivos regulatorios del mercado.

2.5 | La resistematización

El Proyecto desarrolló un programa que tiene por objetivo resistematizar la regulación de la cuestión del consumo.

2.5.1. Producir una resistematización por círculos concéntricos

Para conseguir ese resultado final de resistematización, la primera tarea necesaria —que el Proyecto asume— es reorganizarlo y eso implica: una redistribución de materias entre el Código y las leyes especiales que integran el microsistema de defensa del consumidor, reservando un núcleo de reglas para el Código;⁽²⁸⁾ ciertas reformas para mejorar la ley especial; y establecer un mecanismo de acople entre ambas fuentes.

En la fundamentación del Proyecto se dice:

“...se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en a Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del

.....
el progreso como perdurabilidad para las generaciones futuras”, en Michel Prieur y Gonzalo Sozzo (dirs.), *La no regression en droit de l'environnement*; Bélgica, Bruylant, 2012.

(27) FERRARECE, ROSARIA, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, Italia, Editori Laterza, 2006.

(28) Este núcleo de reglas no se conforma sólo “transportando” reglas que ya estaban contenidas en el microsistema, en particular en la ley 24.240 y su decreto reglamentario 1798/1994 al cuerpo del Código de manera *aggiornada* (por ejemplo, la regulación del ámbito de aplicación (arts. 1092 y 1093); las cláusulas abusivas (arts. 1117 a 1122); la regulación de las ventas a distancia y fuera de los locales comerciales (arts. 1104, 1105, 1110 a 1116)), sino además introduciendo novedades (nuevos principios como el del consumo sustentable (art. 1094); una regulación de las publicidades engañosas y abusivas (art. 1101); un régimen acerca de la contratación por medios electrónicos (arts. 1106, 1107, 1108 y 1109); reglas sobre la conexidad contractual (arts. 1120 y 1122); un régimen de los contratos bancarios con consumidores (arts. 1384 a 1389); y un régimen para el tiempo compartido.

Código; y c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas...”.

Este párrafo sintetiza el “programa” de la resistemización del derecho del consumidor de manera prístina.

Esta resistemización asume que la Constitución es el centro del sistema (art. 1 del Proyecto). Se trata de un primer anillo de normas principales que enuncian los derechos fundamentales del consumidor en la relación de consumo (art. 42 CN).

2.5.2. La codificación del derecho del consumidor

El Proyecto codifica una parte del derecho del consumidor hasta ahora existente en la legislación especial (ley 24.240), procurando dotar de la estabilidad de que gozan los Códigos, a un núcleo duro de ideas e instituciones con las que se suelen regular las relaciones de consumo.

Este núcleo de derecho del consumidor codificado constituye el segundo anillo de la regulación. Contiene innovaciones respecto de instituciones contenidas y reguladas por la ley 24.240 creando un “doble régimen” que obliga al “diálogo de fuentes” intraregulación consumerista.

Las opciones existentes en el derecho comparado en relación a la conexión Código Civil y Comercial y derecho del consumidor fueron consideradas por la Comisión de reformas.⁽²⁹⁾

El Proyecto no incorpora la totalidad de las reglas de protección del consumidor, es decir, que sólo codifica parcialmente el derecho del consumidor existente hasta ahora. En los fundamentos se explica que esta opción “no ha sido seguida en la legislación comparada” y que hay dos razones que llevan a adoptar una actitud contraria que postula sólo introducir en el Código un conjunto limitado de reglas y principios referidos al consumidor. Éstas razones son, por un lado, “la dinámica constante de las relaciones de consumo”; y, por el otro, la sectorialización de la legislación consumerista en materias específicas.

(29) Vid., “Fundamentos del Anteroyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Título II.1.1.en Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal Culzoni, pp. 602 y 603.

En efecto, en el derecho comparado, la relación entre la legislación especial de protección del consumidor y el Código Civil no ha sido jamás de absorción por parte de este último. Aun en Europa, donde la proliferación de Directivas comunitarias referidas al consumo y su consecuente incorporación al derecho interno de los países miembros trae aparejada una situación de cierto desorden de los derecho nacionales en lo que respecta al consumidor, lo que ha dado impulso al trasvasamiento del derecho del consumidor a los Códigos Civiles —vgr., en Italia y Alemania— se conserva una legislación propia del consumidor que no ha sido traspolada al derecho interno. Lo realmente relevante de estos casos es la introducción en el Código Civil del consumidor como sujeto de derechos.

Hay dos modelos regulatorios. En primer lugar, el modelo de la separación entre el derecho privado y el derecho del consumidor, cada uno con su Código o ley especial —en el caso del consumidor— aunque con canales de conexión entre ambos; en segundo lugar, el modelo de incorporación parcial del derecho del consumidor al Código de derecho privado, manteniéndose los aspectos más específicos del la regulación consumerista en la legislación especial.⁽³⁰⁾ Sin embargo, cabe destacar que en cada uno de estos dos modelos existe una gran heterogeneidad⁽³¹⁾ que viene dada por dos órdenes de razones.

El primero, es el contexto normativo que rodea la relación derecho privado/derecho del consumidor, vgr., en la UE la necesidad antes referida de incorporar al derecho interno las directivas comunitarias y luego, de ordenar el derecho interno o en Argentina o Brasil la raíz constitucional del Código de defensa del consumidor (Brasil) o de la legislación especial de protección del consumidor (Argentina).

Y el segundo orden de razones es la historia de cada país respecto de la codificación y la formación del derecho del consumidor. El Proyecto de Código Civil de 2012 opta por el segundo modelo.

(30) Ver los modelos descriptos en "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, agosto de 2012, p. 521.

(31) LIMA MARQUES, CLAUDIA, "A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?", en Claudia Lima Marques (coord.), *A nova crise do contrato*, São Paulo, Brasil, Rev. Dos Tribunais, 2007, p. 17 y ss.

2.5.3. Las reformas a la ley 24.240

Como se señaló, el Proyecto 2012 —además de regular un núcleo de problemas vinculados a la relación y los contratos de consumo— no plantea derogar la ley 24.240.

Dicha normativa y las demás leyes especiales que integran el derecho del consumidor, constituyen el tercer círculo concéntrico de la regulación de defensa del consumidor.

Luego, algunas reformas de la ley 24.240 fueron consideradas necesarias.⁽³²⁾ Para ello, en el Anexo II se plantea reescribir algunas reglas de esa ley; concretamente:

- a. el art. 1 referido al ámbito de aplicación y que contiene la definición de “consumidor” y “consumidor equiparado”;
- b. el art. 8 sobre los efectos de la publicidad en relación al contrato;
- c. el art. 40 *bis* que regula el problema del “daño directo”;
- d. el art. 50 relativo a la prescripción liberatoria;
- e. el art. 52 *bis* sobre las “sanciones pecuniarias disuasivas”.

Éstas son la reorganización, la redistribución y las reformas que realiza el Proyecto, pero los interrogantes que quedan por desarrollar son cómo es el nuevo sistema y cómo se reconstruye el anterior. Para responderlos, es necesario abordar el “diálogo de fuentes”.

2.6 | Los diálogos de fuentes en el campo de la regulación del consumo

Esta idea de colocar a la Constitución Nacional como el nuevo centro del sistema de derecho privado a partir del cual generar el “diálogo de

(32) La necesidad deriva de la intención de “...dar cabida a críticas que ha hecho la doctrina a la legislación especial de consumidores y, en los aspectos generales, solucionar algunos problemas”, en “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Título III, pto. 1, p. 554. Sobre estos aspectos, ver las explicaciones del muy claro trabajo de STIGLITZ, GABRIEL, “La defensa del consumidor en el Proyecto de Código”, en *Revista jurídica La Ley*, 2012-F-793.

fuentes”⁽³³⁾ del mismo —esencial para la reconstrucción del microsistema del derecho del consumidor— es, a mi modo de ver, la principal innovación que el Proyecto introduce en el modo de funcionamiento del derecho privado y, seguramente, va a impulsar la transformación de la labor cotidiana de los operadores del campo legal (arts. 1, 2, 3 y 1097, entre otros, del Proyecto de Código Civil de 2012).

Para explicar cómo funciona el diálogo de fuentes es necesario entender cuáles son las fuentes que dialogan; cuáles son las reglas de juego del diálogo; y cuáles son los tipos de diálogo.

2.6.1. Las fuentes normativas del diálogo

2.6.1.1 Los derechos fundamentales de los consumidores

El Proyecto asume la primacía constitucional en general y, en particular, en materia de relaciones de consumo.

Por su parte, aunque la regla legal del art. 3 de la ley 24.240 no lo dice, la norma fundamental del art. 42 de la Constitución Nacional integra el microsistema de tutela del consumidor.

Esta norma fundamental constituye el punto arquimédico sobre el cual se apoya el microsistema ya que contiene los principios que lo orientan, lo cohesionan y le proporcionan una racionalidad.

Este hecho ahora es solucionado por el Proyecto, ya que en el art. 1 se establece con claridad el carácter central de la Constitución Nacional en el sistema de derecho privado al sujetar la interpretación de la ley privada a las normas constitucionales.

2.6.1.2. Un zócalo mínimo y núcleo duro de tutela

Los autores del Anteproyecto se plantearon muy especialmente la cuestión de cómo regular los contratos de consumo en el contexto de la unificación de los contratos civiles y comerciales (Título II, pto. 1).

(33) Ver la referencia explícita al “diálogo de fuentes en la nota de presentación del Preproyecto en la doctrina, LORENZETTI, RICARDO, *La decisión judicial*, Santa fe, Rubinzal Culzoni, 2006. LIMA MARQUES, CLAUDIA, *Contratos no código de defesa do consumidor*, 6ta. ed., São Paulo, Brasil, Rev. Dos Tribunais, 2011.

Luego de valorar las dos metodologías que en el derecho comparado se han seguido para regular los contratos de consumo,⁽³⁴⁾ el rango constitucional que en nuestro país poseen los derechos del consumidor, la “amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina”, se tomó la decisión de avanzar en la incorporación de los contratos de consumo al régimen general de los contratos (ver Título III).

El Anteproyecto ubica la regulación de los contratos de consumo en la parte general de los contratos y antes de la regulación de los contratos en especial, en la idea de que el derecho de los consumidores impacta sobre el tipo contrato en general y luego en algunos tipos especiales en particular. Es decir, la idea es que se trata de una especie de parte especial de la parte general de los contratos (ver Título III, pto. 1).

El Proyecto de reformas del Código Civil de 2012 optó por regular nuevamente algunos aspectos generales del derecho del consumidor —tales como la idea de relación de consumo, consumidor, interpretación de las normas de tutela del consumidor— y algunos aspectos centrales de la protección del consumidor en relación a los contratos (arts. 1092 a 1122).⁽³⁵⁾

Se trata de un zócalo de protección mínimo (ver Título III, pto.1.), una serie de “principios generales de protección del consumidor” que cumplen esta función. Es decir, que actúan como “núcleo duro de tutela”.

2.6.1.3. El microsistema

El segundo párrafo del art. 3 de la ley 24.240, primera parte, establece lo que puede ser calificado como regla fundacional del microsistema de tutela del consumidor en tanto señala que “las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo...”.

Se trata de una regla de gran importancia pues proporciona el espacio necesario para confirmar el carácter microsistémico de la tutela del consumidor.

.....

(34) La primera, incorporando al Código normas referidas a la tutela del consumidor y la segunda, manteniendo separados el régimen de los contratos civiles y comerciales por un lado, y de los contratos de consumo por otro.

(35) Lo que deja afuera, por ejemplo, es la regulación de los daños al consumidor, los aspectos institucionales de la tutela del consumidor, las cuestiones procesales, entre otras.

El señalar que la ley se integra con otras leyes dirigidas a proteger al consumidor significa que la ley 24.240 constituye el cuerpo normativo que contiene la regulación central y general del microsistema pero que, al mismo tiempo, este último no se agota con la regulación que hace aquella ley, sino que se integra con otras leyes especiales que también persiguen como finalidad política la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios.

En este contexto, debe interpretarse que la referencia expresa a los regímenes de Lealtad Comercial y Defensa de la Competencia, no es limitativa; la intención de la regla no es limitar la integración del microsistema a estos dos cuerpos normativos solamente, sino que se trata de dos casos de particular relevancia, ya que concurren indirectamente coadyuvando a la tutela de los consumidores y usuarios, lo que evidentemente ha querido ser particularmente destacado haciendo una referencia expresa.⁽³⁶⁾

En fin, este es el primer tópico sobre el cual corresponde tomar nota: en la disposición legal bajo comentario subyace la idea de que el derecho del consumidor tiene fisonomía microsistémica y es absolutamente compatible con la idea del primer párrafo del art. 1094 proyectado que también hace referencia —genéricamente— a “las normas que regulan las relaciones de consumo”, sean generales o especiales.

2.6.2. Las reglas del diálogo

2.6.2.1. Diferenciar las reglas de prelación normativa y las reglas del diálogo de fuentes

La regla de prelación normativa que corresponde a la cuestión del consumo en el Proyecto de Código Civil es el art. 1094.

Pero cabe preguntarse, ¿el artículo 963 se aplica a las relaciones causadas en los contratos de consumo? Sabiendo que dogmáticamente éstos son una categoría especial en la parte general del contrato, como lo hemos

.....
(36) La regla que comento constituye, por tanto, una descripción parcial del microsistema que debe ser debidamente completada para su cabal comprensión si se pretende un funcionamiento adecuado. Entre las demás leyes especiales que integran el microsistema se cuentan: las que regulan servicios públicos domiciliarios; las que establecen controles administrativos previos para tipos contractuales o sujetos comprendidos en esta ley; y las que regulan la publicidad que hacen determinados sujetos o que publicitan ciertos productos o servicios..

sostenido más arriba en este mismo estudio, podría pensarse que sí; sin embargo, la respuesta depende de la metodología seguida por el Proyecto.

Éste organizó la regulación del contrato dividiendo un Título II, dedicado a la parte general de los contratos, del Título III en el que se regulan los “contratos de consumo”, y en ambos Títulos estableció reglas de prelación normativa, de modo que no puede sostenerse la aplicabilidad de la regla del art. 963 —Título I— al Título II.⁽³⁷⁾

El punto es relevante pues, de otra manera, el orden de prelación normativa establecido por el art. 963 podría generar problemas de interpretación en relación al art. 3 de la ley 24.240 —que mantiene vigencia— y al art. 1094 —que son las reglas de prelación normativa propias de los contratos de consumo—⁽³⁸⁾ pero fundamentalmente, a su vez, reglas que organizan el diálogo de fuentes.

Las reglas de prelación normativa como los arts. 963 y 1709 del Proyecto de Código Civil no son determinantes a la hora de organizar el diálogo de fuente. Pueden ser empleadas como un complemento argumental pero las categorías utilizadas en las mismas no tienen la capacidad explicativa necesaria para fundar una determinada organización de las reglas que deben regir el caso. Esto es particularmente así en el “bloque” de reglas legales derivadas de los diferentes tipos de orden público, todos los cuales forman parte del “orden público constitucional”.

El “tono” de las normas que regulan el orden de prelación normativa (arts. 963, 1709 y 1094) es absolutamente diferente, lo cual obedece a la presencia de diferentes racionalidades en ambos campos —el de la teoría del contrato “clásica” y la presente en los contratos de consumo—. La norma del art. 963 establece un orden jerárquico basado en el distingo entre Código y ley especial; y normas indisponibles, normas particulares y normas

(37) Existen otras razones, en el campo de las relaciones de consumo las reglas son en general de orden público (art. 65 de la ley 24.240), con lo cual en general siempre prevalecerán por sobre el resto de las reglas.

(38) En realidad en la práctica de los casos, dado que la generalidad de las normas de la ley 24.240 e incluso las del Código Civil proyectado relativas a los contratos de consumo son de orden público dado que desarrollan derechos fundamentales (art. 42 CN.) diferentes a la libertad, los problemas que la norma del art. 963 o el art. 10.709 pueden generar son menores. No obstante sí es muy distorsivo desde la perspectiva intelectual..

supletorias. Es decir, entre un criterio de generalidad y otro basado en la idea de interés general/interés particular. Estos criterios fijados por el legislador son distorsivos del diálogo de fuentes y condicionan al intérprete (vgr. excluyendo el “diálogo de coherencia”).

En otras palabras, el diálogo de fuentes para establecer en un caso la regla aplicable debe generarse por medio de las normas que regulan el procedimiento del diálogo de fuentes en general y propio de los contratos de consumo, lo que ratifica la preocupación por mantener un alto nivel de respeto a la relativa autonomía de los microsistemas.⁽³⁹⁾

2.6.2.2. Reglas del diálogo de fuentes

Existe una tipología de diálogo de fuentes. Un “diálogo de coherencia” que lleva a la aplicación simultánea, en un mismo caso, de reglas provenientes de diferentes fuentes, por ejemplo, para regular diferentes aspectos del caso.⁽⁴⁰⁾ Es “un diálogo de aplicación simultánea”⁽⁴¹⁾ del Código Civil, la ley microsistémica y, tal vez, incluso las leyes especiales.

Es un diálogo que valoriza la reconstrucción sistémica; “diálogo de subsidiariedad” que hace prevalecer una norma por sobre otra; “diálogo de complementación” en el cual una regla o principio actúa “completando la otra” y el “diálogo de influencias recíprocas sistémicas”, es decir, de interinfluencia de la ley general hacia la especial y viceversa.⁽⁴²⁾

El diálogo de fuentes como método requiere sustituir el “orden” que prefiguran los criterios de resolución de antinomias por un orden basado en los derechos humanos fundamentales.⁽⁴³⁾

(39) Ver en “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *op. cit.*

(40) LIMA MARQUES, CLAUDIA, “O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en Claudia Lima Marques (coord.), *Diálogo das Fontes, do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 36.

(41) LIMA MARQUES, CLAUDIA, *ibid.*, p. 38.

(42) Acerca de estos subtipos, ver LIMA MARQUES, CLAUDIA, *ibid.*, p. 32.

(43) “La luz que ilumina el diálogo de fuentes en derecho privado (y debe ser) siempre la constitucional, valores dados y no escogidos por el aplicador de la ley, de ahí que el resultado del diálogo de fuentes sólo puede ser a favor del valor constitucional de protección e los consumidores” (la traducción es mía). LIMA MARQUES, CLAUDIA, *ibid.*, p. 61. Y, si se considera que los principios fundamentales encierran valores, es claro que es el “principio de protección de

Por ello las ideas de art. 963, entendidas como reglas de organización diálogo de fuentes” son insuficientes —incluso en el ámbito de los contratos paritarios—. ⁽⁴⁴⁾

Al mismo tiempo, el único vestigio de los criterios modernos de resolución de antonomias que se conserva en el diálogo de fuentes es el que indica a la Constitución Nacional como núcleo duro de derechos. Este criterio es esencial para el diálogo con otras leyes especiales que regulan otros derechos con una racionalidad diferente, *vgr.*, las leyes que regulan los derechos de las personas con capacidades diferentes.

En este contexto, donde se presentan casos en los que concurren diferentes fuentes a regular la situación problemática, el principio pro consumidor actúa como una directiva para organizar el diálogo al interior del microsistema. ⁽⁴⁵⁾

En definitiva, el art. 1094 debe ser leído de la siguiente manera:

- a. Las normas de este Código y de leyes especiales que regulan las relaciones de consumo se aplican componiendo la respuesta más favorable a la protección del consumidor;
- b. Las normas de este Código y leyes especiales que protegen al consumidor cuando concurren con leyes especiales que protegen otros derechos de los cuales es titular el mismo consumidor (*vgr.*, los derechos de los niños y niñas, de un locatario de inmueble urbano con destino a vivienda o de una persona celíaca) o de los cuales son titulares los proveedores (*vgr.*, libertad de contratación, libertad de ejercicio del comercio y la industria lícita; libertad de expresión; etc) deben ser puestas en diálogo de modo de alcanzar la solución del caso que respete y desarrolle los derechos fundamentales en juego en la mayor medida posible.

Y algo similar debería ocurrir con los contratos paritarios y con el sistema de responsabilidad civil.

.....

los consumidores” el que debe guiar el diálogo de fuentes, al menos, lo que en este artículo se denomina “diálogo intraregulación del consumidor”.

(44) Esto último, en tanto se le asigne a la regla la misión e organizar el dialogo de fuentes. Sin dudas el artículo 1094 es una regla que responde en mucho mayor medida que la regla del artículo 963 a la racionalidad del diálogo de fuentes.

(45) “Diálogo de fuentes es siempre aplicación armónica y sistemática de las leyes especiales y generales a favor de los derechos fundamentales de los valores más elevados, sociales y públicos”, en LIMA MARQUES, CLAUDIA, *ibid.*

Lo dicho no significa que una regla que establezca un orden entre normas imperativas y disponibles no deba existir; lo que sostengo es que no es una regla de organización del diálogo de fuentes. Quizá convenga diferenciar reglas de orden de prelación y reglas de organización del diálogo de fuentes.

Diferente de todo lo anterior es el problema de la interpretación de una norma del Código Civil o de las leyes especiales que protegen al consumidor; aquí no hay una concurrencia normativa para regular un caso sino una norma con diferentes interpretaciones posibles; aquí rige el principio de interpretación pro consumidor (art. 1094, párr. 2) para seleccionar, entre las interpretaciones posibles, la que corresponde aplicar en definitiva.

El *background* de estas operaciones de diálogo es doble. Por un lado, el diálogo intraregulación de las relaciones de consumo que está guiado por la directiva de progresividad maximalista: lograr componer respuestas normativas a los casos que se presenten que asegure el mayor nivel de la protección del consumidor posible. Por el otro lado, el diálogo extramicrosistema de protección del consumidor, que está guiado por la directiva desarrollista: todos los derechos fundamentales en juego deben potenciarse.

2.6.3 Los diálogos

2.6.3.1. La búsqueda del núcleo duro de tutela

Podría pensarse que el Proyecto establece expresamente este núcleo duro de protección; sin embargo, la técnica ha sido regular nuevamente algunos aspectos generales y especiales, y luego establecer el “diálogo de fuentes” y el principio de interpretación más favorable al consumidor como método para que el intérprete determine el núcleo duro.

La norma que lo establece es el art. 1094 que señala que “las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme el principio de protección del consumidor...”. La regla de “diálogo” es clara: en caso de existir una doble regulación de un problema o tema, hay que “componer” la regla procurando la respuesta normativa que más proteja al consumidor.

Varios de los aspectos generales y que hacen a la tutela del consumidor en las relaciones contractuales ya se encontraban regulados en la ley 24.240.⁽⁴⁶⁾

Al mismo tiempo, la técnica del Proyecto de 2012 ha sido no derogar estos aspectos de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240), con lo cual, de aprobarse el Proyecto de Código Civil, coexistirían en algunos temas generales de la protección del consumidor y vinculados a la protección contractual del consumidor, reglas que regulan los mismos problemas tanto en el Código Civil como en la ley 24.240.

Esta coexistencia aumenta considerablemente las posibilidades de antinomias. Sin embargo, la mirada del Proyecto al respecto no se basa en la posibilidad de conflicto. La preocupación es superadora: lograr el “diálogo” de estas fuentes.

El “piso mínimo de tutela” se determina conforme el principio de interpretación más favorable al consumidor, lo cual significa que es a través del diálogo de fuentes que el operador del campo legal debe extraer la existencia del “núcleo duro” de la regulación (ver Título II, pto. 1).

2.6.3.2. De las reglas codificadas de protección del consumidor con las reglas de tutela del consumidor ubicadas en la ley 24.240

En el campo del derecho del consumidor existen ahora tres niveles:

1. Normas fundamentales;
2. Normas codificadas;
3. Normas establecidas en las leyes especiales.

Como se explica en el Proyecto, el núcleo duro de protección ha sido trasladado al Código haciendo al mismo tiempo cambios tanto en las reglas trasladadas como en las reglas que se mantienen en el microsistema.

(46) Así pueden establecerse correlaciones temáticas: arts. 1092, 1093 PCC y arts. 1, 2 y 3 Ley de Defensa del Consumidor (LDC); arts. 1094 PCC y art. 3, ley 24.240; art. 1095 PCC y art. 37, ley 24.240; arts. 1096, 1097, 1098, 1099 PCC y art. 8 bis, ley 24.240; art. 1110 PCC y art. 4, ley 24.240; art. 1103 PCC y art. 8, ley 24.240; arts. 1104, 1105, 1108, 1109, 1110, 1111, 1112, 1113, 1114, 1115, 1116 PCC y arts. 35 y 36, ley 24.240; arts. 1117 a 1122 PCC y art. 37, ley 24.240.

El objetivo ha sido jerarquizar un núcleo duro de reglas protectorias, estabilizarlo.⁽⁴⁷⁾ Al mismo tiempo, existirán “dobles regulaciones” si el Proyecto se sanciona. Por ejemplo, en materia de publicidad, habrá disposiciones legales en el Código Civil y en la ley 24.240 y, en consecuencia, potenciales conflictos normativos.

Se trata entonces de un tipo particular de diálogo de fuentes: uno intraderecho del consumidor y otro, respectivo a Código - leyes especiales.

El operador del campo legal debe aquí nuevamente partir de las normas fundamentales, en particular del principio de protección del consumidor, procurando lograr la composición de normas que mas favorezca la protección del consumidor.

Es decir, que se trata de un diálogo de fuentes, un diálogo de complementación que requiere determinar más que el núcleo duro de la regulación (contenido en ambas reglas en conflicto); con lo cual, nunca la respuesta legal puede perforar el núcleo duro y luego “sumar” lo que en las normas se adiciona para mayor tutela del consumidor.

2.6.3.3. Integración del microsistema de protección del consumidor con el sistema del Código

Otra zona de conflicto y diálogo se da entre las reglas de la teoría general del contrato o la responsabilidad civil y el microsistema de defensa del consumidor.

Esta hipótesis es la que la dogmática *ius privatista* tuvo siempre en miras al referirse a la relación “sistema” de derecho privado y microsistema —de defensa del consumidor—.

El problema fue tratado a partir de la regla del art. 3 de la ley 24.240. Ese artículo establece una regla que manda a integrar el microsistema de protección del consumidor con el sistema general del derecho privado; esto es, con el Código Civil y el Código de Comercio.

(47) STIGLITZ, GABRIEL, *op. cit.*

Esta regla marca, en primer lugar, una apertura del microsistema hacia el sistema general y, en segundo término, un problema: la aparición de potenciales conflictos entre el sistema y el microsistema.

El Proyecto de Código Civil en su explicación asume explícitamente esta posibilidad.⁽⁴⁸⁾ Tanto éste como la ley 24.240 asumen que las reglas de solución de antinomias propias de la modernidad no son suficientes para resolver este problema del conflicto entre reglas ubicadas en el sistema y en los microsistemas.⁽⁴⁹⁾

La clave es asumir una perspectiva constitucional (art. 1 del Proyecto de Código Civil) para enfrentar estos conflictos. El Proyecto contiene ahora las reglas del sistema general del derecho privado y el núcleo duro de las reglas del microsistema.

Los derechos fundamentales en juego tienen diferente valencia en cada campo —el del sistema general y el del microsistema—, lo que condiciona el orden interno. Dicho de otra manera, los derechos se combinan de diferente manera.

Así, en los contratos de consumo se aplica un primer bloque normativo en el cual no debería existir jerarquía interna:

- las normas inspiradas en el principio de protección (orden público de protección) referidas a la teoría general del contrato;
- las normas inspiradas en el principio de igualdad sustancial referidas a la teoría general del contrato;
- las normas de orden público de coordinación del Código Civil del tipo contrato en general;
- las normas inspiradas en el principio de buena fe contractual;
- las normas indisponibles.

(48) Ver en "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *op. cit.*, p. 617.

(49) Este problema ha sido tratado por una gran cantidad de autores. Son muy conocidos los desarrollos sobre la cuestión de IRTI, NATALINO, *La edad de la descodificación*, Barcelona, España, Bosch, 1992; IRTI, NATALINO, *La cultura del diritto civile*, Torino, Italia, UTET, 1990 e IRTI, NATALINO, *L'età Della decodificazione*, 4ta. ed., Milano, Italia, Giuffrè, 1999.

Luego, un segundo bloque de normas derivadas del ejercicio el principio de libertad en la contratación.

Se afirma que después rigen:

- las normas supletorias de la ley especial de la teoría general del contrato. Cabe aclarar que, en este tipo de regulaciones, en las cuales el principio de protección juega un rol preponderante, en orden a inspirar soluciones particulares, la gran mayoría de las normas son imperativas, por lo que resulta excepcional el descubrimiento de alguna disposición de carácter dispositivo.
- las normas supletorias del Código Civil referidas a la teoría general del contrato. Son la mayoría en estas regulaciones. Aquí en general, ya el mismo legislador del microsistema prevé de antemano correcciones necesarias, *vgr.* el art. 18 de la ley 24.240, que modifica el tema de los vicios redhibitorios del Código Civil, dotando en consecuencia a un efecto del contrato de carácter imperativo.

Luego, en el primer bloque, como el orden no puede establecerse por el carácter de orden público, dado el anclaje constitucional de todo el conjunto, el orden se establece determinando el peso constitucional de cada derecho en el caso concreto.

Un segundo subproducto del “diálogo de fuentes” es el establecimiento de un fondo conceptual común (Título III, pto. 1), entendido en el sentido de que existen instituciones reguladas en el Código Civil, tales como la prescripción liberatoria, la relación causal o el consentimiento que no están reguladas en las leyes especiales que integran el microsistema de defensa del consumidor. Se trata de un segundo tipo de “diálogo de fuentes”.

2.6.3.4. El diálogo de la regulación de las relaciones de consumo con las leyes especiales

Un tercer tipo de conflicto y zona de diálogo es entre los tres niveles de la tutela del consumidor (art. 42 CN), el Código Civil referido a las relaciones de consumo y ley especial general (24.240); las leyes especiales que forman parte del microsistema de tutela del consumidor; y leyes especiales con las cuales el microsistema de vincula.

Existen diferentes tipos de leyes especiales que integran el microsistema de defensa del consumidor:

- a. ley de defensa de la competencia y lealtad comercial. Como la regla de integración del art. 3, también manda a producir una apertura del microsistema de

tutela del consumidor hacia algunas leyes especiales como la ley de defensa de la competencia y la ley de lealtad comercial

- b. leyes que regulan contratos especiales (*vgr.*, ley de leasing, tiempo compartido, transporte aéreo, contratos bancarios) o sistemas contractuales especiales (tarjeta de crédito).
- c. leyes especiales que regulan los servicios públicos domiciliarios.

La diferencia entre el microsistema y las simples leyes especiales radica en que el microsistema regula al hombre en cuanto desarrolla algún rol diferenciable. Es un fenómeno propio de la alta modernidad, caracterizada por la fragmentación de la idea de sujeto. La ley especial, en cambio, en materia contractual sirve para recoger en términos generales el fenómeno de especificación en relación con el objeto del contrato. El microsistema se comporta en relación con el sistema central, es decir, el Código, de modo diferente a la ley especial.

En otras palabras, es necesario identificar las leyes especiales que integran el microsistema y las leyes especiales que no lo integran y con las cuales éste —y sus leyes— se relacionan, *vgr.*, las leyes especiales antes mencionadas, que provienen del campo del derecho comercial.

En los tres incisos antes mencionados existen ejemplos de ambos casos. De modo que, cuando existe un conflicto y por tanto es necesario establecer un diálogo entre el microsistema. Se debe actuar desde éste —sus valores, principios y derechos fundamentales— hacia la ley especial, procurando progresar en la mayor medida posible en la protección del consumidor, de manera similar a como se hace en los conflictos entre los niveles “duros” de la tutela del consumidor (CN y CC) y la ley 24.240.

Mientras que cuando se trate de un diálogo con una ley externa al microsistema pero con la cual este entra en contacto, la reglas procedimentales son las de la ponderación de derechos fundamentales.

El tercer párrafo del art. 3 de la ley 24.240 fue introducido por la ley 26.361. Esta previsión legal constituye una regla ordenatoria que procura explicar de manera más clara la organización interna del microsistema —con leyes especiales que lo integran— y su vinculación con otras leyes especiales que no lo integran.

La regla es necesaria pues el problema que se plantea en el funcionamiento del sistema es que, permitido por la construcción caótica —no siempre libre casualmente— de los sistemas normativos en la era actual —a lo cual no escapa a el microsistema de tutela del consumidor— y por la existencia de reglas en la misma ley 24.240 que establecían aplicaciones subsidiarias, se producía el efecto final de la desprotección del consumidor al quedar postergada la vigencia de las reglas normativas que desarrollaban sus derechos fundamentales al agotamiento previo del funcionamiento de sistemas normativos específicos —de servicios públicos domiciliarios, del sistema financiero, de las agencias encargadas de controlar administrativamente ciertos tipos contractuales o sujetos—.

En este contexto, la aclaración acerca de que la regla es —como ya lo había establecido en diversos sectores la jurisprudencia— la vigencia concurrente y diferenciada del microsistema de defensa del consumidor con las leyes que específicamente regulen problemas, contratos y sujetos comprendidos por la primer normativa, es positiva.

Contratos bancarios en el Proyecto de Código Civil y Comercial

por **EDUARDO ANTONIO BARBIER**⁽¹⁾

I | Introducción

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación incorpora un capítulo dedicado a los contratos bancarios, por lo que parece oportuno ocuparnos de ello.

Con vistas a desarrollar nuestro análisis, nos proponemos contextualizar el referido capítulo, relacionándolo con la actividad bancaria y su dinámica negocial, con la regulación de los contratos en general del mismo Proyecto y con el ordenamiento vigente. Nos detendremos en el método que se ha seguido y, naturalmente, en el contenido de la regulación específica de cada una de las especies que se incorporan al citado Proyecto.

2 | Actividad y contratos bancarios

La actividad bancaria se describe como el conjunto de operaciones y relaciones jurídicas que se constituyen, transforman o extinguen en el mercado

.....

(1) Abogado. Doctor en Jurisprudencia. Becario Investigador de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bologna, Italia. Profesor Titular Contratos Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho, UBA. Gerente de Asuntos Legales del BNA. Presidente del Comité de Abogados de Bancos de la República Argentina. Ex Presidente del Comité Latinoamericano de Derecho Bancario FELABAN. Autor de: *Contratación Bancaria. Consumidores y Usuarios*. Bs. As., Astrea, 2000; *contratos bancarios. Empresas*, Bs. As., Astrea, 2002; *Litigiosidad en la Actividad Bancaria*, Bs. As., Astrea, 2008.

monetario, sujetas a los términos y condiciones convenidas entre las partes y a los que dispone la autoridad de aplicación de la ley que las regula.⁽²⁾ Se trata, entonces, de una actividad regulada y reglamentada, que se dinamiza con la contratación bancaria.

Lo que desde el punto de vista técnico son operaciones bancarias, desde la perspectiva jurídica son contratos; sin embargo, en la legislación de fondo ese postulado empíricamente verificable tiene escasa proyección concreta, en tanto los contratos bancarios han merecido una moderada captación. Así se evidencia en el Código de Comercio actual, en el que se regula un sólo contrato típicamente bancario —la cuenta corriente bancaria—, y en la legislación complementaria, en el que se regulan otros pocos —tarjeta de crédito, leasing y fideicomiso—. Se admite que estos últimos son expresiones de sistemas o redes de negocios jurídicos complejos de notable desarrollo en la actividad bancaria, pero no son excluyentes de otros ámbitos de la actividad económica en los que puede o no intervenir una entidad financiera.

Desde otra perspectiva, la actividad bancaria como actividad social y económica —que lo es—, sin permanecer ajena a las reglas de segmentación del mercado —entre la producción y el consumo— ni a las exigencias emergentes de la diversidad, no encuentra aún una formulación legal explícita que oriente su estructura jurídica negocial. Ello, sin perjuicio de admitir que el ordenamiento legal general ha derramado sobre la actividad reglas de protección al consumidor: si bien algunas de dichas reglas se han impuesto por la reglamentación del BCRA,⁽³⁾ lo cierto es que generalizadamente lo han hecho a partir de la interpretación de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) de la doctrina y la jurisprudencia.⁽⁴⁾ Así, se ha pasado de una aplicación inicialmente deficitaria de las reglas diseñadas para el mercado de consumo en general, a otra invasiva por su extensión al área de vinculación contractual paritaria.

.....

(2) Ley de Entidades Financieras, 21.526 y modificatorias.

(3) Por aplicación de lo dispuesto en el art. 36, última parte, que establece “El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley”.

(4) Para la aplicación generalizada de la LDC a la actividad bancaria se acude a la definición de consumidores, proveedores, relación de consumo y contrato de consumo enunciados en los arts. 1 y 2 de la ley 24.240 (cfe. 26.361).

3 | Enfoque desde el Proyecto

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación viene a ocuparse de la regulación de los contratos bancarios tomando nota de las “actuales circunstancias”: la del mercado bancario regulado, pero sin regulación generalizada de los instrumentos negociales preexistentes (los contratos), y la de la desarticulación entre la estructura segmentada del mercado y el sistema legal que distingue las relaciones de consumo.

Así, el Proyecto estructura una parte general de los contratos bancarios, capturando la diversidad negocial, fijando reglas mínimas para el género y para la especie “los contratos de consumo”, y regulando los aspectos básicos de los contratos neurálgicos que soportan la dinámica del sector.

Asimismo, supera aquella visión sesgada en la observación se hace desde la perspectiva del banco, para pasar a una intervención con un enfoque combinado donde convergen bancos y clientes; al tiempo que sistematiza una teoría general del contrato bancario en sintonía con el sistema obligacional y el contractual que lo precede.⁽⁵⁾

Con la metodología apuntada, el Proyecto se ocupa de los contratos bancarios en general. Lo hace, en el Capítulo 12 del Título IV, que refiere a “Los Contratos en particular”. Se enuncian las “Disposiciones generales” y, enseguida, la “Transparencia de las condiciones contractuales” (§ 1) y los “Contratos bancarios con consumidores y usuarios” (§ 2), para ocuparse seguidamente de los “Contratos en particular” (en la Sección 2) y, dentro de éstos, del “Depósito bancario” (§ 1), de la “Cuenta corriente bancaria” (§ 2), del “Préstamo y descuento bancario” (§ 3), de la “Apertura del crédito” (§ 4), del “Servicio de caja de seguridad” (§ 5) y de la “Custodia de títulos” (§ 6).

(5) En el Libro Tercero, el Proyecto trata sucesivamente los “Derechos personales”; en el Título I, las “Obligaciones en general”; en el Título II, los “Contratos en general”; en el Título IV, los “Contratos en particular” y, dentro de éstos, a los “Contratos bancarios” como especie de los géneros precedentes. Luego, en el Título V, trata las “Otras fuentes de las obligaciones” y, dentro de ellas, a la “Responsabilidad civil” que alcanza, naturalmente, los supuestos del incumplimiento obligacional —incluido el que puede darse en el ámbito bancario— y, finalmente, en el Capítulo 6 aborda los “Títulos valores”, instrumentos de notable circulación dentro de la actividad financiera

El Proyecto de Código Civil y Comercial atrapa así una de las expresiones de la realidad económica: el mercado bancario, donde confluyen y se interconectan las unidades económicas superavitarias y deficitarias del conjunto social. Aún siendo expresiones espontáneas de un intercambio natural, estas unidades se ordenan en dos dimensiones: la de la regulación y reglamentación de la actividad, y la de sus instrumentos obligacionales. De estos últimos se ocupa el Proyecto.

En el Proyecto, la sistematización descripta se articula con la estructura de la regulación de los “Contratos en general”, donde se admite la fragmentación del tipo general entre los “discrecionales” y de “consumo” —estos últimos, como expresión concreta del género “relaciones de consumo”—. Se adopta el criterio de ordenarlos a partir de una definición general de contrato y de sus principios generales,⁽⁶⁾ seguida de la regulación de los contratos de consumo.⁽⁷⁾

La coordinación de la regulación de los contratos bancarios con la estructura general del Proyecto en materia obligacional, de los Contratos en general y de consumo, es notoria. Luego, los contenidos de aquella categoría también son coherentes con los de las categoría generales.

La necesidad y el mérito de regular “una categoría de contratos” y, dentro de ella, los Contratos en particular se aleja en este punto del tratamiento que han merecido en el Proyecto el resto de los contratos extrabancarios —a los que sólo se los ha regulado en particular, dándole a cada uno de ellos un capítulo propio—. La razón la encontramos, en primer lugar, en el hecho de que, aunque en la “categoría” de contratos bancarios se verifica

.....

(6) En el Título II, el Proyecto ordena los Contratos en general: parte de la definición de contrato e incorpora luego algunos principios básicos: libertad de contratación, el efecto vinculante y la buena fe. Después del consentimiento, y como una expresión propia de éste se centra en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales: Enseguida, se ocupa de: incapacidad o inhabilidad para contratar, objeto, causa, forma, prueba, efectos, interpretación, subcontrato, contratos conexos y, por último, de la extinción, modificación y adecuación del contrato.

(7) En el Título III, el El Proyecto ordena los Contratos de Consumo: admite que influye sobre los tipos especiales, incorpora una serie de principios generales de protección mínima del consumidor, define antes la “relación de consumo”, sigue con las particularidades de la formación de consentimiento y modalidades especiales de vinculación, identifica las prácticas abusivas y la regulación de la obligación general de información, los correctivos de las disfuncionalidad estructural y de la publicidad, y concluye con reglas sobre cláusulas abusivas.

la fragmentación contractual, no hay explicitación normativa de ella en la LDC (ésta se aplica por vía interpretativa). Y, en segundo lugar, porque finalmente es el ámbito donde más difícil resulta atrapar la identificación de “relación de consumo”.

En otras palabras, sucede que, en los contratos extrabancarios, la pertenencia a una u otra categoría negocial, discrecional o de consumo, se infiere por regla general del contenido contractual. Sin embargo, ello no sucede (también por regla) en los contratos bancarios, donde el destino de la prestación puede en sí mismo estar orientado a una u otra categoría, sin que ello sea fácilmente deducible del contenido contractual.⁽⁸⁾

El aporte del Proyecto es en este punto destacable, aunque una definición específica del contrato de consumo bancario puede todavía aportar mayores atributos a su regulación.

Desde otra perspectiva, aún sin rotularla, la descripta sistematización que regula los contratos bancarios se integra con un “enfoque sistémico”, ocupándose sucesivamente de aquéllos que sostienen a las operaciones pasivas —originadas en los insumos básicos de la actividad (“el ahorro”)—, los que sostienen a las operaciones activas —destinatarias de los procesos que dinamizan la actividad (“el crédito”)— y los que sostienen las operaciones neutras o de servicios —que complementan las expresiones negociales precedentes—. Así, sin caracterizar las operaciones desde un enfoque técnico económico (impropio de un Código), éste revela el “funcionamiento sistémico” de la actividad bancaria, ínsito en la función de intermediación⁽⁹⁾ que supone una adecuada sincronización para funcionar correctamente —como un microsistema— sin que, por serlo, no le sean aplicables las reglas de carácter general.

(8) Aún admitiendo que, organizacionalmente, los bancos clasifican sus carteras (sólo las de crédito) en “consumo” y “comercial”, lo que supone cierta confusión en tanto también existe la categoría de “asimilable a consumo”, determinada en función de un límite monetario que no revela nada sobre la “finalidad” de la prestación.

(9) Explicitada en el art. 1 LEF: “Quedan comprendidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas- de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen “intermediación” habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros”.

Luego, la sincronización facilita un proceso de análisis lógico para resolver soluciones concretas de modo correcto a partir de una interpretación contextual.⁽¹⁰⁾

El funcionamiento sistémico de la actividad, que subyace en la regulación de los contratos bancarios también es fuente de interpretación.

4 | Transparencia de las condiciones contractuales

El Capítulo 12, relativo a los “Contratos bancarios”, principia con la Sección de “Disposiciones generales” con dos párrafos —el primero aplicable a todos los contratos del género bancario y, el segundo relativo, a las reglas para los “Contratos bancarios con consumidores y usuarios”, sin que, por ser propias, para la categoría descarte las anteriores—.

Ahora bien, las “Disposiciones generales” de la Sección 1 se caracterizan en el § 1 bajo la fórmula de “Transparencia de las condiciones contractuales”, con la cual se revela la incorporación explícita de un enunciado básico de la actividad que, por su sola formulación, ya supone una regla de comportamiento debido y exigible con carácter general, más allá de las especificidades que se prescriben enseguida relativas al ámbito de aplicación (art. 1378), la publicidad (art. 1379), la forma (art. 1380), el contenido (art. 1381), la información periódica (art.1382) y la rescisión (art. 1383).

“La transparencia de las condiciones contractuales” es una expresión particular de la “Transparencia bancaria”.

Los bancos están sometidos a una disciplina especial distinta, incluso del derecho común generalmente válida para la regulación de otras actividades económicas y de las empresas. En particular, en lo que concierne a su “transparencia”, relativa al cúmulo de la información que debe proveer

(10) El contexto de los contratos bancarios es la actividad bancaria. Tiene como nota caracterizante la intermediación. La circunstancia de haber regulado los contratos bancarios en un mismo capítulo refiere la conexión que existe entre operaciones activas y pasivas, enunciación que, por ejemplo, facilita la interpretación del alcance de los contratos de ahorro y de crédito en particular frente a las alternativas que plantea el cumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero.

respecto de su estructura y de su actividad, tanto al ente regulador, a otros agentes económicos y al mercado.

Por su parte, la “transparencia de las condiciones contractuales” actúan como una sinergia respecto de “la transparencia de la actividad” porque, persiguiendo aquélla el objetivo de informar al cliente sobre los elementos esenciales de la relación obligatoria y de sus implicancias, favorece al mismo tiempo el desempeño más eficiente de las entidades y los comportamientos correctos en la dinámica de la competencia.

Puntualmente, la “transparencia de las condiciones contractuales” es un principio de actuación para que los clientes bancarios conozcan las características y las condiciones contractuales de los operadores del mercado.

4.1 | Condiciones generales

Bajo este título se diseña un cuadro suficientemente determinado de principios para todos los contratos bancarios, según queden comprendidos dentro del alcance que allí se precisa.

El “Ámbito de aplicación” describe los alcances de la exigibilidad de la “transparencia” que preside como una regla genérica a toda la conducta contractual exigible a las entidades bancarias. Define, además, la extensión del ámbito espacial de la regulación en tanto las normas dispuestas en el Proyecto para los contratos bancarios se aplican a los celebrados con las entidades financieras y con otras personas según los alcances dispuestos en la regulación bancaria. De tal forma, para definir tal alcance, utiliza un criterio subjetivo remitiendo a la Ley de Entidades Financieras en cuanto dispone su aplicación a “las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas de la Nación, las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros” (art. 1).

En términos económicos, se refiere a quienes gestionan la negociación de activos y pasivos financieros, de forma institucionalizada.

La intermediación —entendida como el ejercicio de obtener recursos financieros para correlativamente prestarlos— y la “habitualidad” —consistente en la reiteración constante y prolongada de tales actos de in-

intermediación en la captación y colocación de recursos financieros— son los comportamientos típicos de las entidades bancarias.

Luego, el mismo art. 1 LEF agrega que la enumeración que precede no es excluyente de otras clases de entidades que, por realizar las actividades previstas en el art. 1, se encuentren comprendidas en esta ley.

Sucede que existen personas y entidades públicas o privadas que realizan operaciones financieras, con o sin intermediación en forma habitual, pero que por su volumen o por razones de política monetaria y crediticia, se les aplican las disposiciones de la LEF (art. 3), en cuyo caso sus operaciones también quedarán alcanzadas por las disposiciones dispuestas para los contratos bancarios.

Concluyendo, es acertado el criterio subjetivo para definir el ámbito de aplicación de las reglas dispuestas para los contratos bancarios porque éstos no existen sin aquéllos (los bancos), y los bancos se expresan comercial y jurídicamente a través de los contratos (bancarios).⁽¹¹⁾

Siguiendo con la secuencia del Proyecto, advertimos que a las notas típicas de la actividad bancaria de “intermediación” y “habitualidad”, se agrega “la publicidad” para dinamizar en forma pública la oferta y la demanda de recursos financieros.

Así, el art. 1379 del Proyecto, bajo la última caracterización: “Publicidad”, prescribe que el contrato y la vinculación de las entidades bancarias con el público debe ser anunciada según corresponda —como comercial o de consumo—, siguiendo para ello los criterios del BCRA, sin que tal caracterización postergue la que surge del contrato o de la decisión judicial que la califique. Se exige, además, “claridad” en sus anuncios sobre las condiciones económicas de los productos y servicios que ofrecen.

Atendiendo a la diversidad de la actividad bancaria, se incorpora a su práctica comercial una función facilitadora de caracterización, en sintonía

(11) Es posible que, fuera de la actividad bancaria, se celebren contratos con estructuras similares —denominados, por ejemplo, financieros— a los que se aplican las reglas generales. Los contratos bancarios merecen, en cambio, una especial regulación porque son instrumentos distintivos de los únicos agentes económicos que tienen reservada en forma exclusiva la producción de pasivos para ser utilizados como medios de pago generalizados.

con las pautas de transparencia advertidos que, en el Código, se conjugan en los principios generales de libertad para celebrar y configurar el contenido del contrato (art. 958) y su obligatoriedad (art. 959) para los contratos discrecionales, sin descuidar el principio protectorio en los celebrados por adhesión a condiciones generales (secc. 2, arts. 984 a 989) y al legislar los contratos de consumo en un título diferenciado (III, arts. 1092 a 1122).

Ahora bien, el sistema de calificación de los clientes bancarios se organizó por el BCRA,⁽¹²⁾ con la creación y regulación de una base de datos pública llamada “central de deudores del sistema financiero”.⁽¹³⁾

El criterio básico de clasificación a utilizar es la capacidad de pago de la deuda o de la garantía otorgada. La calificación dependerá de la cartera a la que el deudor corresponda; a saber, cartera comercial y cartera de consumo y vivienda.

La cartera de consumo y vivienda comprende los préstamos destinados a la adquisición de bienes de consumo personal, familiar, profesional, financiación de tarjetas de crédito, compras, construcción o refacción de vivienda propia.

La cartera comercial, por exclusión, comprende todo aquello que no es cartera de consumo y vivienda.

Sucede, sin embargo que el BCRA autoriza la calificación también atendiendo a los rangos de compromisos patrimoniales asumidos por los clientes. Esto es, las obligaciones, hasta un monto determinado por la autoridad de aplicación, pueden identificarse con carácter de consumo; las que superen ese monto, con la cartera comercial.

Una calificación más adecuada parece ser aquélla que caracteriza la pertenencia a cada cartera, de consumo o comercial, atendiendo al destino del financiamiento o a la causa de la obligación. De modo que el sector y la administración de justicia obtendrán un elemento adicional para caracterizar adecuadamente las relaciones de consumo y disipar, en consecuencia,

.....

(12) En sus com. “A” 2729 y “A” 2950, y sus respectivas modificaciones.

(13) Ahora lo hace en las com. “A” 4683; “A” 4738; “A” 4757, y “A” 4781.

las confusiones que genera la aplicación del estatuto del consumidor a aquellas relaciones jurídicas por completo extrañas a aquél.

De allí que una adecuación de las disposiciones del BCRA a la formulación del art. 1093 facilitaría la identificación precisa del contrato. Sin embargo, dado que la calificación ordenada por el art. 1379 no prevalece sobre la que surge del contrato o de la decisión judicial, también contribuiría de modo decisivo a la satisfacción de la regla de transparencia, que las partes identifiquen la categoría del negocio por su finalidad.

En otro orden, el art. 1380 exige para todos los contratos bancarios la instrumentación por escrito y la entrega de un ejemplar al cliente. No obstante la ausencia de la formalidad exigida no acarrea la nulidad del contrato, en cambio sí subsiste la obligación de otorgarlo en la forma indicada (arts. 285 y 1018). La forma escrita es un vehículo de transparencia.

Por su parte, el contrato bancario relativo a operaciones activas o pasivas (según prescribe el art. 1381) debe integrarse con las "condiciones económicas" a cargo del cliente, sin que éstas puedan determinarse remitiéndose a los usos; en su defecto, el contrato se integra con la tasa nominal mínima para las operaciones activas y máxima para las pasivas informadas por el BCRA. Se trata de incorporar otra pauta facilitadora en la interpretación del control de los contratos bancarios.

Si, en cambio, tal remisión se refiere a los otros costos, al tenerse por no escritos se hace necesaria la integración del contrato judicialmente. Se advierte que, con tal previsión, se armoniza la dinámica negocial con la naturaleza mercantil de la actividad, que no permite presumir la gratuidad de la prestación.

Para completar el proceso de transparencia estructurado en el Proyecto de modo general para los contratos bancarios, desde la difusión hasta su extinción, en el art. 1382 se postula un deber dinámico de información sobre el desenvolvimiento de las operaciones de plazo indeterminado o de un plazo mayor a un año. Se trata de proveer al cliente bancario de información relativa a la evolución de las operaciones activas y pasivas, por caso depósitos y préstamos, en lo relativo a desembolsos, amortizaciones y saldos de deuda para las primeras y de las imposiciones, devengamiento

de intereses y saldos para las segundas, discriminando por caso costos y gastos anuales.

La información indicada viene a integrar la provista por los bancos en los contratos de ejecución continuada que cuentan con reglas propias de información regular —verbigracia, cuenta corriente bancaria y tarjeta de crédito—.

De modo complementario, se prevé que la falta de oposición dentro del plazo prudencial allí indicado se entenderá como la aceptación de las operaciones informadas, salvo que se encontrasen previstos plazos distintos mayores o menores para expresar la aceptación de las cuentas que rinde el banco.

Aún reconociendo la excepcionalidad de los contratos por tiempo indeterminado en la actividad bancaria, por regla reducidos a la cuenta corriente y a la apertura de crédito, en el art. 1383, el Proyecto introduce una regla general potestativa rescisoria del cliente sin penalidades ni gastos —excepto, naturalmente, los ya devengados—, neutralizando de una vez los riesgos de indeterminación temporal que pudieren invocarse sin razón suficiente.

Sin embargo, dado que es posible la conexidad entre contratos con plazo indeterminado y otros por tiempo determinado —por caso, cajas de ahorro o cuentas corrientes entre los primeros y préstamos o servicios remunerados, entre los segundos—, con posibilidad de debitar amortizaciones, intereses, gastos y otros costos convencionalmente aprobados, subsisten para el banco la alternativa de oponerse a la extinción (art.1078, inc. c) o el planteo de las excepciones de incumplimiento previstas para los supuestos de conexidad (art.1075), siempre que la vinculación de cuentas o de contratos no haya sido incorporada subrepticamente o en condiciones abusivas.

5 | Contratos bancarios con consumidores y usuarios

Anticipamos que, en materia contractual, el Proyecto del Código Civil y Comercial está estructurado reconociendo la fragmentación del tipo general,

criterio que se proyecta de modo explícito en materia de contratos bancarios en el § 2 de las “Disposiciones generales” para los contratos con consumidores y usuarios, delimitando el ámbito de aplicación (art. 1384) y, sucesivamente, fijando reglas específicas para la categoría sobre casi los mismos tópicos dispuestos para el género negocial, en orden a la publicidad (art. 1385), la forma (art. 1386), el contenido (art. 1388), la información en los contratos (art. 1387) aunque, bajo el título de “Obligaciones precontractuales” y, de modo particular, en los de crédito (art. 1389) pero con distinta intensidad.

Sucede que la actividad bancaria siempre ha sido caracterizada como un ámbito al servicio de la sociedad que justifica la intromisión normativa para proteger el interés de los clientes desde una tutela directa que proviene del equilibrio de intereses entre las empresas del sector financiero, expuestas en los mecanismos que regulan los mercados bancarios; y desde una tutela directa que proviene del equilibrio de intereses entre empresas del sector financiero y los usuarios. La intensidad respecto de cómo se aplican los mecanismos de tutela directa varían en función del perfil del cliente o de la caracterización de vínculo obligacional que define a aquél. En nuestro ordenamiento, este mecanismo se ha hecho posible con la identificación de la relación de consumo, la identificación de consumidor como categoría jurídica y, finalmente, con la fragmentación de tipo contractual que permite aplicar distinta intensidad a la tutela. Así opera en el Proyecto.

Para hacerlo posible, el art. 1384 delimita, en primer lugar, el ámbito de una tutela intensificada al decir que “Las disposiciones relativas a los contratos de consumo [dispuestos en el Código y en la legislación especial] son aplicables a los contratos bancarios [con consumidores y usuarios] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093.⁽¹⁴⁾”

En otros términos, las reglas contenidas en el § 2 no se aplican a los contratos discrecionales, ni a los concluidos por adhesión si no vinculan a los bancos con consumidores y usuarios.

.....

(14) “Artículo 1093.- Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

De tal forma, para establecer la aplicación de las disposiciones de los contratos de consumo, se hace necesario establecer si el cliente es persona física o jurídica que adquiere o utiliza en forma gratuita u onerosa bienes o servicios (bancarios) como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La clave reposa entonces en la “finalidad” de la adquisición o utilización del bien o servicio. El derecho comparado para favorecer la determinación establece que “las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios cuando estos se relacionan con un objeto extraño a la actividad empresarial, comercial o profesional del cliente, de acuerdo a la finalidad declarada por éste y expuesta en la documentación contractual”.⁽¹⁵⁾

En este Código, una precisión del tipo puede alcanzarse siguiendo la previsión del comentado art. 1379 que exige “indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial” en la publicidad y en la propuesta negocial, y en la documentación contractual.

Pasando a las reglas específicas, respecto de la publicidad en los contratos con consumidores, se advierte inmediatamente una mayor exigencia para el proveedor bancario en relación con la fórmula general del art. 1379, última parte,⁽¹⁶⁾ en tanto el art. 1385⁽¹⁷⁾ establece que la publicidad de las operaciones bancarias debe ser clara, concisa y con un ejemplo representativo. De modo específico deben consignarse los datos que permitan apreciar las condiciones económicas de créditos e inversiones, la duración del contrato y la subordinación a otros.

.....

(15) La terminología empleada para la caracterización deriva de la Directiva Comunitaria 87/102.

(16) “Los bancos deben informar en sus anuncios, en forma clara, la tasa de interés, gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos”.

(17) “Art. 1385.- Publicidad. Los anuncios del banco deben contener en forma clara, concisa y con un ejemplo representativo, información sobre las operaciones que se proponen. En particular deben especificar: a) los montos mínimos y máximos de las operaciones individualmente consideradas; b) la tasa de interés y si es fija o variable; c) las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación; d) el costo financiero total en las operaciones de crédito; e) la existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos relativos a tales servicios; f) la duración propuesta del contrato”.

De las expresiones relativas a la publicidad orientada a los consumidores como medio para difundir la adquisición o productos o servicios bancarios, la alcanzada por este artículo es la referida a los anuncios de las "operaciones que se proponen". Es en tales supuestos donde se exige informar en forma clara y concisa, y con un ejemplo representativo.

El ejemplo representativo, por caso, con la indicación de cuánto debe pagar de cuota el tomador de un crédito por cada cierta cantidad de dinero, constituye un elemento de información fácilmente accesible para el gran público y el no profesional.

El art. 1385 se complementa con otras exigencias. La relativa a los "montos máximos y mínimos de las operaciones consideradas individualmente" facilita una proyección sobre las posibilidades potenciales del interesado (inc. a), sin que quepa disociarlas de su capacidad de repago; otro tanto sucede con la información sobre la duración del contrato (inc. f): se le permite al cliente tanto apreciar con mayor rigor, por ejemplo, el alcance de endeudamiento vinculado a otras variables de su desarrollo personal o laboral, como ponderar el impacto en su economía doméstica.

La información sobre la exigencia de contraer compromisos adicionales por la accesoriedad funcional prevista para acceder a la operación que se propone (inc. e) da certeza sobre el real alcance del compromiso patrimonial que debe asumir el cliente.

Finalmente, la información relativa a la tasa de interés y a si es fija o variable (inc. b); las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación (inc. c); y el costo financiero total en las operaciones de crédito (inc. d) contribuyen a la representación consiente del consumidor de la ventaja o esfuerzo patrimonial que implica acceder a la operación que se propone.

De su lado, en cuanto a la "forma", el art. 1386 prescribe que el contrato bancario con consumidores y usuarios debe instrumentarse por escrito con recaudos adicionales.

Relativo a los deberes de información dispuestos con carácter general en el art. 1382, bajo la denominación de "obligaciones precontractuales", en el art. 1387 se agrega la obligación del banco de proveer información sobre

otras ofertas de crédito existentes en el mercado y sobre la información negativa que obstaculiza el acceso del consumidor al crédito.

La obligación de proveer información suficiente para confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema no debe conducir a la “comparación de bienes o servicios de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor” (art. 1101, inc. b), de modo que la remisión a la información provista por el BCRA puede satisfacer la exigencia de este art. 1387, en condiciones de objetividad suficiente.

La previsión descripta —que, inicialmente, supone una carga operativa adicional para las entidades bancarias— también posibilita la adquisición consiente y deliberada por parte del cliente.

Integrando el deber de información, el art. 1387 admite que la denegación del crédito fundada en la información negativa del consumidor, reflejada en una base de datos, es lícita y adecuada a las buenas prácticas de la entidad bancaria en la administración de los recursos financieros que obtiene del público. En consecuencia, nada obsta a su utilización ya que no hay razón para que el consumidor acceda a la información negativa para, en su caso, facilitarle su regularización y, consecuentemente, el acceso al mercado del crédito, lo que contribuye también a las mejores prácticas en la etapa precontractual.

Simultáneamente, se establece que el consumidor bancario no debe ninguna suma que no esté expresamente convenida en el contrato, como así tampoco por servicios no prestados efectivamente o que no estuviesen incorporados en el costo financiero total (art. 1388). Se trata de una fórmula adecuada para esclarecer suficientemente al consumidor que se manifiesta coherente con la imposibilidad de declarar la abusividad de las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o servicio procurado (art. 1121, inc. a) para lo cual es menester contar con una base sólida de determinación y valuación del costo de la prestación que da el banco.

Finalizando el § 2 del Proyecto, centrado en las “Disposiciones específicas” para los contratos bancarios con consumidores, se establece que, en los contratos de crédito, la información relativa a la caracterización del contrato, las partes, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso son esenciales.

Se trata de condiciones esenciales para el saber del consumidor, en tanto le permite conocer las reglas aplicables del contrato, según sea nominado o innominado (art. 970) y la determinación del objeto contractual (art. 1003). También exige identificar claramente los legitimados activos y pasivos de las obligaciones asociadas a la prestación, y el nivel de endeudamiento que asume el cliente y su costo. Finalmente, tanto los requisitos o exigencias para acceder a la prestación efectiva —concretamente, al desembolso y al reembolso—, como la identificación precisa de las partes del contrato, significan una utilidad práctica relevante en un sector económico en el que las transmisiones de activos entre entidades es frecuente. También lo son las precalificaciones crediticias: el consumidor es advertido que, como regla general, el pago anterior al vencimiento del plazo —esto es, el ejercicio del derecho al reembolso anticipado— no da derecho a exigir descuentos (art. 872).

6 | Contratos bancarios en particular

En la Sección 2 del Capítulo 12, los “Contratos bancarios”, se tratan los “Contratos en particular”. En párrafos sucesivos el Código se ocupa de las expresiones jurídicas prevalecientes en la actividad que soportan las operaciones pasivas, activas y neutras, en una secuencia lógica que permite, según la caracterización que la precede, atrapar los contenidos mínimos de cada contrato y los efectos que se programan desde el Código. La sistematización del Proyecto sigue con la división del tipo general: discrecionales (con o sin adhesión) y de consumo.

Luego la tipificación particular ofrece tanto una función facilitadora e integradora, como una de control.

7 | Contratos relativos a operaciones pasivas

En el Proyecto, los depósitos bancarios han sido agrupados en el § 1 de la Sección 2 de los “Contratos en particular”, ocupándose sucesivamente del género “Depósitos en dinero”, luego de las dos modalidades clásicas asociadas al tiempo de la custodia —a la vista y a plazo— y, finalmente, de la cuenta corriente bancaria.

7.1 | Depósito en dinero

En línea con la función de la actividad bancaria centrada inicial y sustancialmente en la intermediación de recursos monetarios, el Proyecto define el depósito bancario en dinero en el art. 1390.⁽¹⁸⁾ En el depósito en dinero, el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien debe restituirlo en la moneda de la misma especie. La formulación da certeza en tanto lo distingue de otros contratos nominados —el depósito irregular (art. 1367) y el mutuo (art. 1525)— dado que, aun guardando notables similitudes con éstos, reconoce también marcadas diferencias. En el depósito irregular que se presume oneroso, el depositante debe la remuneración y, si se pacta la gratuidad, debe reembolsar al depositario los gastos razonables en que éste incurra para la custodia y restitución (art. 1357). Por el contrario, en el depósito bancario la regla es que la remuneración la debe el depositario.

En el depósito, el plazo está fijado a favor del depositante, mientras que en el mutuo, el plazo está fijado a favor del mutuuario. Por su parte, en los depósitos a plazo y/o remunerados, el plazo también está fijado a favor del depositante ya que, como se verá al comentar el art. 1392, éste puede exigir la inmediata devolución resignando la remuneración. En cambio, en el mutuo, si se ha fijado plazo, éste está a favor del mutuuario (depositario), quien puede oponerse a la restitución hasta el vencimiento.

La tipicidad y autonomía del depósito bancario son notorias, más aun cuando el art. 765 del Proyecto establece la obligación de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda —determinada o determinable— al momento de constitución de la obligación. Si, por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal. En cambio, en el depósito bancario subsiste la obligación de restituir en la moneda de la misma especie depositada, en concordancia con lo dispuesto en el art. 766.

(18) "Artículo 1390.- Depósito en dinero. Hay depósito en dinero cuando el depositante transfiere la propiedad del banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto".

De la formulación genérica del depósito en dinero del art. 1390 resulta que éste debe ser restituido “a simple requerimiento del depositante” o “al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto”, de modo que allí quedan individualizadas las modalidades de “depósitos a la vista” y “depósitos a plazo” .

7.2 | Depósito a la vista

La obligación nuclear del banco se corresponde con la del depósito bancario (art. 1390); esto es, la devolución del dinero recibido en el mismo tipo de moneda de la imposición, a simple requerimiento del depositante.

Por regla, estos depósitos —en cualquiera de sus variantes— se identifican con cuentas que reciben múltiples imposiciones y extracciones e, incluso, con débitos. Ello, con vistas a atender compromisos del depositante y ordenados por ellos: de allí la previsión del art. 1391 que establece la obligatoriedad de expresar, en documentos materiales o electrónicos, los movimientos y saldos reflejados fielmente. Adicionalmente, la entidad bancaria queda autorizada a dejar sin efectos las constancias realizadas por ella misma que no correspondan a esa cuenta, adoptando un recurso para resolver cuestiones de orden práctico.

La entrega del depósito realizado por dos o más personas puede ser cumplida con cualquiera de ellas (aun en caso de muerte de alguna de ellas), excepto que se haya convenido lo contrario, receptando de esta forma la modalidad más difundida en el sistema bancario de “las cuentas a la orden recíproca”.

7.3 | Depósito a plazo

El depósito a plazo, también denominado “a término”, está asociado a una finalidad lucrativa; de allí, que el depositante tenga derecho a su remuneración. Subsiste, sin embargo, la disponibilidad inmediata resignando el pago de los intereses, si solicita su restitución antes del plazo convenido o sin dar el preaviso previsto (art. 1392).

En consecuencia, lo que las partes incorporan de modo explícito al contrato de depósito irregular es el plazo para la restitución o, si se quiere,

“el preaviso convenido anticipadamente” . En otros términos, en los depósitos a plazo fijo el reembolso queda diferido hasta el vencimiento del plazo pactado o hasta el requerimiento explícito del depositante —quien resigna, en ese supuesto, la retribución—.

Siguiendo los lineamientos de la ley 20.663, el art. 1392 establece que el banco debe extender un certificado transferible por endoso, excepto que se haya pactado lo contrario, en cuyo caso la transmisión sólo puede realizarse a través del contrato de cesión de derechos.

Se ha modificado el criterio tradicional según el cual el depósito intransferible constituye la forma generalizada en la que sólo el o los titulares pueden retirar los fondos al vencimiento. Eso facilita la negociabilidad de la inversión.

En cuanto a los documentos que se utilicen para la extracción, deben reunir las características propias de un recibo, que puede estar inserto en el mismo formulario.

7.4 | Cuenta corriente bancaria

El art. 1393 define a la cuenta corriente bancaria como el contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, a los créditos y débitos —de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista— y, en su caso, a prestar un servicio de caja de tal modo, la cuenta corriente: reconocida especie del depósito bancario, en ella se registran deudas y créditos recíprocos entre el banco y el titular que se compensan dando lugar a un saldo exigible por una u otra parte, según su signo.

Así, en el contrato de cuenta corriente bancaria se combinan relaciones jurídicas que surgen de relaciones plurales, con especial referencia a las que el banco, con los límites estipulados, realiza por cuenta y orden del cliente.

A ellos se refiere, luego, el art. 1394 que admite la prestación de diversos servicios relacionados con la cuenta autorizados convencionalmente por las reglamentaciones o los usos.

Del art. 1393 se destaca la circunstancia que el “servicio de caja” que deben prestar los bancos ya no podrá ser identificado indefectiblemente con el contrato de cheque. De tal forma que, aún sin la incorporación de aquel servicio, no existirá desnaturalización de la cuenta corriente bancaria. El banco, si el servicio de cheques se encuentra incluido en el contrato, debe entregar los formularios correspondientes al cuentacorrentista (ver art. 1397).

Se contempla como acreditaciones a los depósitos, remesas de dinero, créditos otorgados por el banco y, como débitos, a los retiros que realice el cuentacorrentista, los pagos o remesas que realice el banco por instrucciones de aquél, y otros con la posibilidad de realizarse en descubierto —esto es, atendidos transitoriamente con recursos del banco sin provisión previa del cuentacorrentista. (ver art. 1395)—.⁽¹⁹⁾

Se asientan en la cuenta, una vez hechos efectivos, los créditos o títulos valores recibidos al cobro por el banco. Si el banco lo asienta antes en la cuenta, puede excluir de la cuenta su valor mientras no haya percibido efectivamente el cobro (art. 1402).

Los saldos podrán surgir por los depósitos y remesas de dinero efectuados por el cuentacorrentista —o a instancias de éste— y los créditos otorgados por el banco para que el cuentacorrentista disponga de ellos por este medio, detallando los créditos y débitos.

Se contempla la compensación de saldos, en el caso de cierre de más de una cuenta del titular y hasta su concurrencia (art. 1405). El saldo deudor de la cuenta corriente puede ser garantizado con hipoteca, prenda, fianza o cualquier otra clase de garantía (art. 1407).

En relación a la remuneración por el saldo se establece que el saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses que se capitalizan mensualmente, excepto lo dispuesto en la reglamentación, en la convención o de los usos.

(19) Según el artículo 791 del actual Código de Comercio, existían dos maneras de abastecer la cuenta corriente bancaria: por “adelantos de dinero” efectuados por la entidad (“a descubierto”), o con fondos depositados por el cliente. Con la previsión del inc. a) del art. 1395 se reconoce la expansión de otras fuentes para nutrir de recursos monetarios a la cuenta.

El saldo acreedor de la cuenta corriente genera intereses capitalizables en los períodos según lo convenido por las partes, y a la tasa que libremente pacten (art. 1398).⁽²⁰⁾

La determinación del saldo deudor y su estructura son aspectos que merecen vincularse, aunque no se tratan sucesivamente en el proyecto (arts. 1393, 1403 y 1406, respectivamente) ya que, siguiendo una secuencia lógica, el primer aspecto está sustancialmente vinculado al funcionamiento de la cuenta y, el segundo, a una consecuencia derivada de su cierre.

La determinación del saldo de la cuenta corriente es diario de acuerdo a la definición que nos ofrece el Proyecto en el art. 1393; no obstante, las compensaciones entre créditos y débitos son instantáneas.

Ahora bien, la determinación diaria del saldo representa una posición deudora, acreedora o neutra del cuentacorrentista respecto del banco. Ese saldo, en función del signo, puede ser exigido por éste o por aquél, de acuerdo a los términos del contrato, relativos a cubrir o disponer el saldo.

El saldo deudor del cuentacorrentista puede además habilitar su ejecución; es allí, entonces, que se relacionan la determinación del saldo (art. 1393), la notificación del mismo (art. 1403), el cierre de la cuenta (art. 1404) y el procedimiento para la ejecución del saldo deudor (art. 1406).

Establece el art. 1403:

“Excepto que resulten plazos distintos de las reglamentaciones, de la convención o de los usos: a) el banco debe remitir al cuentacorrentista dentro de los ocho días de finalizado cada mes, un extracto de los movimientos de cuenta y los saldos que resultan de cada crédito y débito; b) el resumen se presume aceptado si el cuentacorrentista no lo observa dentro de los diez días de

.....

(20) El régimen del art. 795 del Código de Comercio derogado establecía que en la cuenta corriente bancaria los intereses se capitalizarán por trimestre, salvo estipulación expresa en contrario. Por su parte, los art. 1941 de la Ley de Unificación de 1987, como del Proyecto de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados; el art. 1443 de la Comisión del decreto-ley 468/92 y el art. 1322 del Proyecto de Código Civil de la Comisión del Decreto 685/85 disponían la capitalización mensual de los intereses, salvo que lo contrario resulte de la convención, las reglamentaciones o los usos.

su recepción o alega no haberlo recibido, pero deja transcurrir treinta días desde el vencimiento del plazo en que el banco debe enviarlo, sin reclamarlo”.

Con esta normativa, en forma precisa se impone a la entidad el envío al cuentacorrentista —dentro de los ocho días de finalizado cada mes— de un extracto de la cuenta en el cual deben indicarse los movimientos de la misma y saldos.⁽²¹⁾

En cuanto a la aceptación, conforme el art. 1403, se presume en dos supuestos: a) ante la falta de observación por parte del cliente dentro de los 10 días de su recepción, o b) si alegara no haberlo recibido, pero hubiera dejado transcurrir 30 días desde el vencimiento del plazo que el banco debió enviarlo sin haberlo reclamado.

Ahora, la actuación del cuentacorrentista cobra eficacia (sea que observe o no el resumen). Así, si se acepta el resumen, igual puede el cuentacorrentista observarlo por errores de cálculo y registración (acción de recificación) dentro del plazo de caducidad de 1 año de recibido (art. 862) pero, si lo aceptó, ya no puede plantear la observación sobre cuestiones sustanciales acerca de la procedencia o no de partidas incluidas (acción de revisión) (art. 2566). En cambio, si lo observó, sí puede plantear la acción de revisión dentro del plazo de dos años (art. 2562, inc. a), computados desde que se conoció o pudo conocer el vicio del acto.

Determinado el saldo deudor, es posible demandar su pago o procurarlo mediante su ejecución, siguiendo las pautas del art. 1406.

.....

(21) Tanto en el Proyecto de Unificación de 1987, como en el de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados, se regulaban en sentido similar estos aspectos, excepto en relación a la frecuencia del envío del resumen y al plazo para hacerlo (se estableció dentro de los diez primeros días de cada trimestre calendario).

El Proyecto de Reformas de la Comisión designada por decreto 468/92 trató la cuestión con diferencias también en cuanto a los plazos (dentro de los primeros 5 días de cada mes calendario) y el de la Comisión del Decreto 685/95 (dentro de los primeros 10 días de finalizado cada mes).

El Código de Comercio derogado lo redujo a 8 días manteniendo el plazo trimestral (art. 793 del ordenamiento citado).

.....

Resulta pertinente considerar que la reducción del plazo se encuentra vinculada a los medios informáticos y tecnológicos que en la actualidad se disponen.

Si el banco está autorizado a operar en la República puede emitir un título con eficacia ejecutiva, producido el cierre de la cuenta, en los supuestos del art. 1404, e informado el cuentacorrentista.

El documento debe ser firmado por dos personas, apoderadas del banco mediante escritura pública.⁽²²⁾

El mismo debe señalar: el día de cierre de la cuenta, el saldo a dicha fecha y el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista.

En caso que la emisión o utilización del referido título fuere indebida, el banco resulta responsable por el perjuicio causado.

Se crea así un título con eficacia ejecutiva, autónomo, que se basta a sí mismo y que debe ser emitido en ocasión de la clausura de la cuenta corriente, que es cuando debe determinarse el saldo.

Con esta disposición, la cuenta corriente bancaria puede ser legítimamente utilizada para ejecutar los saldos deudores que resulten de otras relaciones que el banco se encuentre autorizado a debitar por haberlo convenido así con el cliente, siempre que no se contraríen otras disposiciones legales o reglamentarias.

Por otra parte, se establece un régimen de responsabilidad para los bancos en caso de emisión o utilización indebida del título. O sea que el empleo del título habrá de resultar conforme con los fines previstos por el legislador al crear dicho instrumento.

En relación a la legitimación pasiva se establece la responsabilidad solidaria de "los titulares" (art. 1399).

La disposición del crédito en la cuenta pertenece a todas las personas a cuyo nombre se abrió, sean éstas a la orden recíproca o indistinta, por lo que, como principio general, los cotitulares son acreedores del banco.

.....

(22) El título en cuestión ya no debe ser "otorgado" por el "gerente y el contador del banco", que es lo que ocurría por lo dispuesto en el art. 793 del Código de Comercio derogado.

Recíprocamente, son deudores solidarios por lo que la acción de restitución que tiene el banco puede ser exigida, en su totalidad, a cualquiera de los titulares de la cuenta toda vez que se trata de una obligación disyuntiva que, al tener origen contractual, está sujeta al régimen legal de la solidaridad.

La responsabilidad solidaria de los clientes frente al banco encuentra fundamento en la diversidad de los recursos que integran la cuenta, los que en buena medida, si no son provistos por el cliente, lo son por el banco y benefician a todos los titulares —y, por eso, también todos ellos deben responder (art. 1399)—.

Cuestión distinta a la solidaridad pasiva es la regla del art. 1400. Se trata de un supuesto diverso al del artículo precedente. En el art. 1400 se establece, salvo prueba en contrario, la división de la propiedad entre los cuentacorrentistas, por tanto oponible frente a terceros (vgr. embargantes), regla que cede frente a la solidaridad cambiaria que pueda resultar del modo utilizado en el libramiento de cheques.⁽²³⁾

8 | Contratos relativos a operaciones activas

El Proyecto regula los contratos bancarios relativos a las operaciones activas, en dos párrafos, el 3 y el 4: en el primero de ellos, el préstamo y el descuento bancario; en el siguiente, la apertura de crédito, describiendo desde el método mismo la distinción estructural que existe entre dos categorías de asistencia crediticia, la de la “disposición” (en el préstamo y el descuento) y la de la “disponibilidad” (en la apertura de crédito).

La disposición del crédito consiste en la entrega del dinero o en el compromiso de entrega para atender una necesidad presente. La disponibilidad es la posibilidad de utilizar el crédito en una entrega futura, para la eventualidad que el tomador lo requiera.

(23) El librador es garante del pago. Toda cláusula por la cual se exonere de esta garantía se tendrá por no escrita (art. 11, ley 24.452).

El crédito y la apertura de crédito atienden finalidades económicas distintas. La diferencia se sintetiza en la “obligación de entregar” y la “obligación de mantener a disposición”.

8.1 | Préstamo

El préstamo bancario se define en el art. 1408 como el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses convenidos.⁽²⁴⁾

En el préstamo bancario el banco se obliga a entregarle al cliente prestatario una suma de dinero, obligándose éste a su devolución y al pago de los intereses convenidos. La fórmula alcanza a una amplísima variedad de modalidades de financiamiento bancario —por caso, préstamos cambiarios, créditos para el consumo, créditos para inversión, créditos en cuenta, créditos de firma y créditos con garantías—.

En el préstamo bancario la entrega se refiere a una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses convenidos.

Por su amplitud y la libertad de contratación consagrada en el art. 958, las cuestiones relativas a las condiciones, plazos e intereses quedan sujetas a los términos de la convención en tanto se trata de un contrato nominado (art. 970). Ello, sin perjuicio de su integración en los términos del art. 964.

Tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero, resultan aplicables las disposiciones relativas a las mismas, en particular lo dispuesto en los arts. 765 y 766, este último en desarmonía con el anterior, pero aplicable al préstamo bancario para sostener el funcionamiento sistémico de los contratos bancarios en tanto, si los depósitos deben restituirse en la moneda de la imposición, lo mismo debe aplicarse al préstamo bancario.

(24) Siguiendo la clasificación de los contratos en general, donde se prescinde de la diferencia entre consensuales y reales del art. 1140 CC vigente, el préstamo bancario queda ahora descrito prescindiendo de aquella distinción, aspecto que exige mayor cuidado para la determinación de sus efectos.

8.2 | Descuento

El descuento bancario, por su parte, se define en el art. 1409 como el contrato en el que el titular de un crédito contra terceros se obliga a cederlo a un banco y, a éste, a anticiparle el importe del crédito, con deducción de los intereses.

El banco tiene derecho a la restitución de las sumas anticipadas, aunque el descuento tenga lugar mediante endoso de letras de cambio, pagarés o cheques y haya ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivados del título.

De la definición del art. 1409 resulta que el banco otorga un préstamo cobrando anticipadamente los intereses, y el cliente le transfiere un crédito suyo contra un tercero, permitiéndole al banco recuperar directamente la suma entregada. En su defecto, el deudor debe devolver el anticipo, en tanto el banco tiene el derecho a la restitución, aunque el descuento haya operado mediante el modo de letra de cambio, pagaré o cheque, y ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivadas del título, sin resultado positivo.

Se trata de una operación de crédito con acumulación de, al menos, dos deudores —el descontado y el tercero—, a los que se pueden agregar endosantes si antes los títulos fueron negociados, o bien los aceptantes de las letras.

Sucede que la secuencia lógica del contrato opera a partir de la cesión pro solvendo del crédito que da fundamento al pago del anticipo, donde el cliente sólo quedará librado cuando dicho crédito sea satisfecho por el deudor cedido o por el cliente descontado.

8.3 | Apertura de crédito

En la apertura de crédito el banco se obliga, a cambio de una remuneración, a mantener a disposición de otra persona un crédito de dinero, dentro del límite acordado y por un tiempo fijo o indeterminado; si no se expresa la duración de la disponibilidad, se considera de plazo indeterminado (art. 1410).

Se trata de un contrato definitivo que habilita al cliente a disponer de recursos dinerarios que serán provistos por el banco a requerimiento de aquél en las condiciones previstas al tiempo de la celebración del contrato.

El monto de dinero disponible se encuentra dentro del límite previsto en el contrato, siendo en consecuencia determinada la suma, aunque determinable la efectivamente utilizable por el cliente según su requerimiento.

La disponibilidad puede acordarse por un tiempo fijo durante el cual el banco se obliga a favor de su cliente y éste puede solicitar el o los desembolsos hasta el límite acordado; o bien sin indicación de tiempo preciso o con indicación que lo es por tiempo indeterminado. De la redacción del art. 1410 se desprende que nada obsta a que la extensión del plazo de utilización de la disponibilidad pueda armonizarse con las condiciones de los reembolsos.

Dos precisiones incorpora el Proyecto en torno a la apertura del crédito —que le agregaron certeza a la dinámica comercial de amplísima difusión en la actividad—; precisiones éstas relativas a la extensión temporal y a la extensión material de la disponibilidad, que se proponen relacionadas.

La disponibilidad se extiende hasta el límite monetario acordado; representa el límite de la obligación del banco acreditante que se concreta por caso con la entrega del dinero o, incluso, con acreditación en cuenta del acreditado —por ejemplo, atendiendo descubiertos en cuenta corriente—. La disponibilidad puede ser simple en cuyo caso, con la utilización de los fondos, se agota para el acreditado la disponibilidad y cesa en consecuencia la obligación del banco, aun ante el supuesto que el plazo convencionalmente previsto para su utilización no hubiese llegado a su término. Puede, en cambio, presentarse el caso que el acreditado efectúe reembolsos durante la vigencia del contrato, reponiendo con ellos la suma disponible a su favor. En tal supuesto, la posibilidad de reutilización se extiende hasta el vencimiento del plazo de vigencia del contrato o, cuando el plazo es indeterminado, hasta el preaviso de vencimiento, permitiendo de tal forma sincronizar la vigencia de la disponibilidad con la obligación de reembolsar a cargo del acreditado.

Respecto de la disponibilidad material, el art. 1412 prescribe con acierto que la disponibilidad no puede ser invocada por terceros, no es embargable, ni puede ser utilizada para compensar cualquier otra obligación del acreditado. La disposición es categórica: la disponibilidad tiene efectos limitados y necesarios. La disponibilidad constituye un derecho patrimonial del acreditado, por lo que podría sostenerse que puede ser invocada por los terceros con un interés legítimo (los acreedores, por ejemplo); ser objeto de medidas cautelares o de ejecución o, incluso, ser utilizada para compensar cualquier otra obligación del acreditado. Sin embargo, el art. 1411 es categórico: nada de eso puede suceder ya que la disponibilidad no se convierte en una acreditación si no es decidida por la declaración de voluntad del acreditado, en tanto aquella concreta incorporación al patrimonio del acreditado está sujeta a una condición suspensiva (art. 343) e, incluso, sólo a él le están autorizadas medidas conservatorias (art. 347).

9 | Contratos relativos a servicios bancarios

En párrafos sucesivos, 5 y 6, el Proyecto se ocupa de los contratos que soportan jurídicamente a las operaciones neutras así caracterizadas porque no pertenecen a la categoría de las pasivas o activas.

Regula el servicio de caja de seguridad en los arts. 1413 a 1417 (§ 5) y la custodia de títulos en los arts. 1418 a 1420 (§ 6), admitiendo que este último puede derivar hacia una operación pasiva con notas típicas, según veremos.

9.1 | Servicio de caja de seguridad

En lo referente al servicio de caja de seguridad, el art. 1413⁽²⁵⁾ establece bajo el título "Obligaciones a cargo de las partes" las de conceder el uso de locales idóneos, custodiar estos locales y tutelar la integridad de la caja.

.....

(25) "Artículo 1413.- Obligaciones a cargo de las partes. El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario. No responde por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas".

La caracterización del contrato a partir del deber de responder, constituye un recurso único en el Proyecto, y se profundiza en seguida al fijar los alcances de la responsabilidad (art. 1414) y los parámetros que contribuyen al ejercicio de la imputación (art. 1415, relativo a la “prueba de contenido”).

Respecto de la responsabilidad en el contrato de caja de seguridad, es inválida la cláusula que exime de responsabilidad al banco, siendo válida la que la limita e informa al cliente sin desnaturalizar el contrato (art. 1414).

Se puede pactar una cláusula de limitación parcial y razonable. La limitación no es oponible en los contratos de consumo.

La cláusula de exoneración de responsabilidad del contrato carece, en consecuencia, de validez, ya que ella importa el incumplimiento de una obligación esencial (la custodia) a cargo del banco. Esta prestación es única y se traduce en una guarda tendiente a impedir que la caja sea abierta por quien no está autorizado a hacerlo.

La prueba de contenido de la caja de seguridad contribuye, por su parte, a la determinación de la causalidad a nivel de autoría y a la determinación del daño. El art. 1415 establece que la prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio.

Sucede que, ante el incumplimiento de este tipo de obligación, para liberarse, el banco deberá demostrar la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor.

No obstante, dada la hipótesis de que la caja de seguridad sea violada y se sustraigan los bienes allí guardados, es precisa la verificación del contenido y, sucesivamente, la determinación de su valor.

De tal modo, al cliente le queda acreditar la existencia misma de los bienes depositados en la caja, asignándoles un valor. El tema constituye una

.....

En el Proyecto de Código Civil de la Comisión del decreto 685/95, el art. 1300 definía en términos similares que “en el servicio de cajas de seguridad el prestador responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, por la integridad de las cajas y por el contenido de ellas, pero puede convenir con el usuario la limitación de su responsabilidad a un monto máximo. No responde por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas”.

cuestión central para que las controversias que se derivan del siniestro no se vean agravadas por pretensiones resarcitorias sin respaldo.

En el caso de los daños derivados del siniestro ocurrido en el marco de un contrato de caja de seguridad, una previsión como la del art. 1415 relativa a “cualquier medio de prueba” no significa que la presunción pueda considerarse comprendida, lo que no inhibe la formación de un proceso lógico en el que aquéllas se relacionen adecuadamente.

Lo señalado, sin embargo, no significa que el actor no deba invocar y probar de modo suficiente la “fuente” de los bienes ingresados en la caja; probada la preexistencia de los bienes, la cuestión a dilucidar se facilitará notablemente pues quedará reducida a formar o no convicción en el juez de que dichos bienes ingresaron en el cofre violado.

Por ende, la necesidad de recurrir a las presunciones se reduce significativamente (utilizando otros medios de prueba) a elaborar una secuencia lógica que permita concluir que dicha guarda ha efectivamente acaecido. Esta secuencia es coherente con la fórmula del art. 1415 dado que nadie puede probar que le ha asignado un destino a ciertos bienes (en el caso, su guarda) sin antes haberlos poseído.

La regulación del servicio de caja de seguridad se integra con los arts. 1416 —que admite la pluralidad de usuarios— y el 1417 —que prescribe un procedimiento pautado y razonable para la apertura y retiro de los efectos dado los supuestos que no se cuente con la participación del titular usuario del servicio (extinción del contrato por vencimiento de plazo, resolución por incumplimiento del usuario y otros supuestos convencionales)—.

9.2 | La custodia de títulos

La custodia de títulos se define a partir de las obligaciones de las partes (ambas). Así se indica que el banco que asume a cambio de una remuneración la custodia de títulos en administración debe proceder a su guarda, gestionar el cobro de los intereses o los dividendos y los reembolsos del capital por cuenta del depositante y, en general, proveer la tutela de los derechos inherentes a los títulos.

Del art. 1418 surge que la custodia de títulos se extiende al depósito y a la administración de títulos, salvo que convencionalmente se limite al depósito simple.

La custodia de títulos en administración por parte del banco implica una guarda activa.

No obstante su caracterización como un depósito regular, debe ponderarse la evolución del negocio tradicional que ha sustituido la obligación fundamental de restituir la cosa por la de custodiarla en forma activa. Se trata, entonces, de guardar la cosa pero, a la vez, de liberar al cliente de los riesgos de la custodia y de las preocupaciones de una administración.

Se integra, de tal forma, la obligación fundamental de custodia con la complementaria de administración —que intensifica a la principal pero no la desnaturaliza—, por lo que no debe asimilarse este contrato a la locación de servicios. De modo que el banco queda inhibido de utilizar para su uso propio los valores que se le han confiado, salvo el supuesto del depósito irregular.

A propósito, conviene precisar que la custodia de títulos genera la obligación de administrarlos. Puede ser también al sólo efecto de custodia —denominado simple— y, en ese caso, las obligaciones del depositario se limitan a la conservación, la que se agota en la integridad material de los títulos depositados.

Para hacer efectiva la custodia activa, el art. 1419 prescribe que la omisión de instrucciones del depositante no libera al banco del ejercicio de los derechos emergentes de los títulos; ello siempre que sea material y jurídicamente posible, y siempre que convencionalmente no se hubiese restringido la actuación del banco para tal ejercicio.

La ubicación metodológica del contrato de depósito de títulos nos ha llevado a conjeturar que ello es coherente con su pertenencia a la categoría de operaciones neutras o de servicios.

Esta conjetura es compatible con la definición que ofrece el art. 1418. Sin embargo, del art. 1420 resulta que en el depósito de títulos valores es válida la autorización al banco para disponerlos, restituyendo otros del mismo género, cantidad y calidad o su equivalente en dinero si aquella restitución

no fuera posible. El depósito de títulos valores aparece como una variante de la custodia de títulos ya que no soslaya las notas típicas de la custodia y administración. Sin embargo, la autorización de disponer de ellos con la obligación de restituir otros equivalentes del género y calidad, prevista en este art. 1420, lo alejan de la aproximación al depósito regular para acercarlo al depósito irregular, si no se disponen; y al comodato y al mutuo, si aquella disposición sucede.

El contrato tiene por objeto mediato títulos valores —esto es, documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna—, por lo que no es necesario que se trate liminarmente de títulos homogéneos. Sin embargo, la prerrogativa de ser utilizados por el banco disponiendo de ellos no parece viable, a menos que se trate de títulos valores similares cuyas características de homogeneidad los hagan jurídicamente fungibles, única forma posible de restituir títulos del mismo género, calidad y cantidad. El objeto mediato del contrato —en rigor, su contenido— es decisivo para habilitar la prerrogativa concedida al banco.

El artículo es amplio en cuanto no contempla la remuneración a cargo de quien pesa. Es posible concebir a ésta como una prestación destinada a favorecer al depositante con la custodia, conservación y administración de los títulos, de modo que el banco debe devolver los mismos al cliente —quien continúa siendo propietario de los mismos—; o bien puede resultar una prestación en beneficio del banco, quien puede disponer de los títulos, en cuyo caso podrá concluirse que la remuneración, por la utilización, es a su cargo.

10 | Conclusión

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, se anuncia en lo pertinente que los contratos bancarios tienen una importancia relevante en todos los campos y, por esta razón, se ha decidido desarrollar un capítulo en el Proyecto para tratar de modo sistemático y profundo esta temática.

En sí misma, esta formulación parte del presupuesto indicado inicialmente: que la actividad bancaria se nutre sustancialmente de la técnica contractual para movilizar sus operaciones tipificantes, admitiendo que allí

convive la diversidad de las expresiones negociales, contratos paritarios y de consumo.

Luego, para alcanzar el propósito anunciado, se ha seguido un método compatible con el régimen general de los contratos que parte de una formulación general donde se suceden los principios aplicables al género, los principios propios de los contratos discrecionales y los aplicables a los de consumo —inscriptos en su propio género, las relaciones de consumo—.

La metodología seguida es coherente con la teoría general del contrato, y correcta su adecuación a la práctica bancaria. Trasunta, además, su funcionamiento sistémico, del cual puede extraerse una valoración adicional para dar solución al caso concreto sin conmovir el interés general. Más aún, la revelación de ese funcionamiento sistémico permite interpretar adecuadamente su articulación con el régimen general de las obligaciones.

El contenido de la regulación de cada uno de los contratos constituye una función facilitadora e integradora pero, finalmente, satisface una función de control que se expande en la relación de los bancos con los consumidores.

El fideicomiso en el Proyecto de reformas al derecho privado

por JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ⁽¹⁾

I | La reforma al derecho privado argentino

Nuestro país se encuentra en proceso de revisión de sus normas codificadas de derecho privado, los Códigos Civil y Comercial, desde hace muchos años.

Los Anteproyectos de Juan Antonio Bibiloni, el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1936, el Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina, el Proyecto de Código Civil de 1987, el Proyecto de la Comisión Federal de 1993, el Proyecto del Ejecutivo de 1993, y el Proyecto de 1998⁽²⁾ son el legado del trabajo incansable de la doctrina par

(1) Abogado (Universidad Nacional de Córdoba, 1984). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC, 2007). Profesor Titular de la Cátedra de grado "Derecho Privado VII" y en "Garantías Negociales", de posgrado en la Carrera de Especialización Derecho de los Negocios, ambas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y de la Cátedra de "Derecho Civil II" de la Facultad de Derecho de la (Universidad Católica de Córdoba). Es autor de numerosos libros y artículos en torno a las temáticas del Derecho Privado.

(2) El Anteproyecto de Código Civil elaborado por Juan Antonio Bibiloni tuvo su origen en el decreto 12.542, del 2 de julio de 1926, del Departamento de Justicia, a cargo de Sagarna, por el cual el Presidente de la Nación, Alvear, resolvió designar una comisión compuesta por siete jurisperitos para estudiar el Código Civil y aconsejar las reformas y coordinación con otras leyes que juzgaren pertinentes (art. 1). Luego de la ampliación dispuesta por el decreto 13.156, la Comisión estaría formada por un Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la

adaptar la legislación deminonónica a los tiempos en que cada trabajo fue realizado.

.....

Nación (Roberto Repetto), un Vocal de la cada una de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil de la Capital (Julián V. Pera, Vocal de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a quien sucedió Gastón F. Tobal, y Raymundo M. Salvat, Vocal de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a quien sucedió César Tezanos Pinto); un Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (Héctor Lafaille); un profesor de Derecho Civil de la Universidad de la Plata (Juan Carlos Rébora); un profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba (Enrique Martínez Paz); un profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Litoral (José A. Gervasoni); un miembro de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Buenos Aires (Juan Antonio Bibiloni) y un Delegado del Colegio de Abogados de la Capital Federal (Rodolfo Rivarola). La Comisión encargó la redacción de un Anteproyecto a Juan Antonio Bibiloni, quien lo entregó en menos de seis años.

El denominado "Proyecto de Reformas" de 1936 fue presentado al Poder Ejecutivo el 1 de octubre de 1936, y fue redactado por encargo del Ejecutivo según el decreto 12.542, del 2 de julio de 1926, citado en nota 1. Suscribieron al Proyecto Roberto Repetto, Rodolfo Rivarola, Héctor Lafaille, Enrique Martínez Paz, Gastón Federico Tobal, actuando como secretario Ricardo E. Rey.

El siguiente Anteproyecto de Código Civil fue elaborado entre los años 1950 y 1954 por el Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia de la Nación. Su redacción fue realizada por Jorge J. Llambías, quien desempeñaba la dirección del Instituto, con la colaboración de Roberto Ponssa, Jorge A. Mazzinghi, Jorge E. Bargalló Cirio y Ricardo J. Alberdi. Texto publicado por Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil y Comparado, 1968.

Luego, la Cámara de Diputados de la Nación resolvió, durante el período ordinario de 1986, constituir una Comisión llamada de "Unificación Legislativa Civil y Comercial" para proponer un proyecto que condujera al propósito indicado. La Comisión fue integrada por los diputados Baglini, Fappiano, Furque, Gonzalez Cabañas, Natale, Spina y Camisar, quien la presidió. Por Resolución RP N° 988/1986 de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, se designó a los juristas Dres. Héctor Alegria, Atilio Alterini, Jorge Alterini, Miguel Araya, Francisco De la Vega, Horacio Fargosi, Sergio Le Pera y Ana Piaggi, quienes elaboraron un Proyecto de Reforma parcial del Código. El Proyecto tuvo media sanción, por Diputados, el 15 de Julio de 1987, recibiendo sanción definitiva, por el Senado, el 27 de noviembre de 1991, ley 24.032. Por decreto 2719, del 23 de diciembre de 1991, el Poder Ejecutivo Nacional vetó totalmente la ley.

En el caso del Proyecto de la Comisión Federal de 1993, la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación creó, en su seno, una subcomisión de "Juristas de reconocida capacidad y prestigio en la disciplina del derecho privado, encargada de proyectar las reformas necesarias a tal derecho, entre ellas la unificación de la legislación civil y comercial", según da cuenta el Informe de elevación del Proyecto de la Comisión de Legislación General a la H. C. de Diputados. La constitución de la Comisión tuvo su origen en una resolución de la Cámara del 5 de Septiembre de 1992 (Orden del Día N° 503/92), fue denominada "Comisión Federal" y quedó conformada por los doctores Héctor Alegria, Jorge H. Alterini, Miguel Araya, María Artieda De Dure, Alberto M. Azpeitia, Enrique C. Banchio, Alberto Bueres, Osvaldo Camisar, Marcos Cordoba, Rafael Manovil, Luis Moisset De Espanes, Jorge Mosset Iturraspe, Juan Carlos Palmero, Ana Isabel Piaggi,

Aquellos esfuerzos no fueron refrendados por los órganos legislativos, pero, cada uno, constituye antecedentes de valía para el estudio del derecho privado y la comprensión de las diferentes visiones, que en cada época, se presentaban sobre el sistema y las instituciones particulares.

En 2012, fue elevado por el Poder Ejecutivo Nacional para su tratamiento legislativo. El Proyecto tiene su base, con algunas reformas no menores, en el que denominaremos Anteproyecto de Código Civil y Comercial —utilizando la nomenclatura que la comisión redactora usa en los fundamentos que lo acompañan— el que fue redactado por una Comisión integrada por Ricardo L. Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, designada por decreto presidencial 191/2011.⁽³⁾

Efraín H. Richard, Néstor Solari, Félix Trigo Represas y Ernesto Wayar. El 26 de abril de 1993, la Comisión de Legislación General recibió el “Código Único Civil y Comercial”, propuesto por la Comisión Federal, figurando en el Orden del Día N° 1322 de la Cámara de Diputados de la Nación (impreso el día 28 de julio de 1993), habiendo recibido media sanción, a libro cerrado, en los últimos días de octubre de ese año. El Proyecto no fue tratado en el Senado.

Producido el veto de la ley 24.032, que aprobó el Proyecto de Código Civil de 1987, el propio Poder Ejecutivo, en los considerandos del decreto de veto, manifestó su intención de continuar con el proceso de reformas al derecho privado, expresando su decisión de designar una comisión de destacados juristas que lleven a cabo un análisis profundo y pormenorizado de las normas e instituciones civiles y comerciales que estimen prudente modificar, proponiendo las reformas que se consideren necesarias introducir al ordenamiento vigente. (decreto 2719/1991, publicado en el Boletín Oficial de la Nación del jueves 2 de enero de 1992, 1ra. Sección). Fue así que, por decreto presidencial 468/92, el Poder Ejecutivo designó a los doctores Augusto C. Belluscio, Salvador M. Bergel, Aída Kemelmajer De Carlucci, Sergio Le Pera, Julio C. Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni, a efectos de elaborar un proyecto de reformas del Código (conocido como “Proyecto del Poder Ejecutivo”). El 26 de marzo de 1993, la Comisión elevó al Ministro de Justicia la tarea realizada, que tuvo entrada en la Cámara de Senadores de la Nación en el mismo año. El Proyecto apareció en el diario de Asuntos Entrados en el Senado el 13 de agosto de 1993. Para la elaboración de este trabajo se utiliza el texto editado en Buenos Aires, la primera quincena de agosto de 1993 por Editorial Astrea.

Por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/1995, se designó una Comisión Honoraria a los fines de estudiar las reformas necesarias al derecho privado. El Proyecto de Código Civil unificado por el Código de Comercio, elaborado por dicha Comisión fue presentado al Ministro de Justicia de la Nación el 18 de diciembre de 1998 y tuvo tratamiento legislativo. Suscribieron a éste, Héctor Alegría, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio C. Rivera y Horacio Roitman. A los fines de este trabajo, utilizamos el texto publicado en Buenos Aires, por Abeledo Perrot, en 1999.

(3) Publicado en BO 28/02/2011. Su art. 4 dispuso: “La Comisión deberá elevar un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación en el plazo de TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días corridos, a partir de la fecha de su constitución. Dicho plazo podrá ser ampliado a pedido de la Comisión”.

La Comisión, con la notable colaboración de su Secretario Miguel Federico de Lorenzo, convocó a numerosos juristas y profesores a contribuir en la confección del Anteproyecto.⁽⁴⁾

El producto presentado es una nueva instancia en el mentado proceso de reformas. Ahora es tiempo del debate, serio y abierto, de un Anteproyecto que se adentra en temas nucleares del sistema jurídico de derecho privado argentino para los próximos años.

2 | La propuesta en materia de fideicomiso. El grupo de trabajo. El camino seguido para la propuesta

En aquel contexto de convocatoria, fuimos generosamente invitados, con el Dr. Claudio Kiper, para dar nuestra opinión sobre reformas necesarias en materia de fideicomiso y proponer un texto, tarea a la que se agregó luego Martín Paolantonio quien hizo valiosas sugerencias en materia de fideicomiso financiero.

(4) La Comisión agradeció la colaboración de las siguientes personas: Abreut de Begher, Liliana; Alegría, Héctor; Alferillo, Pacual; Alterini, Atilio A.; Ameal, Oscar; Andino, Marcela; Barbier, Eduardo; Basset, Úrsula; Belluscio, Augusto C.; Bergel, Salvador D.; Bertoldi de Fourcade, María V.; Bono, Gustavo; Borda, Alejandro; Boretto, Mauricio; Bueres, Alberto J.; Cafferatta, Néstor; Chechile, Ana M.; Chyrikins, Héctor; Cifuentes, Santos; Compagnucci de Caso, Rubén; Córdoba, Marcos; D’Alessio, Carlos; de Hoz, Marcelo; Di Lella, Pedro; Dreyzin, Adriana; Duprat, Carolina; Etcheverry, Raúl; Fargosi, Horacio; Ferrer, Francisco; Ferreyra de de la Rúa, María A.; Flah, Lily; Fowler Newton, Enrique; Galdós, Jorge M.; Gómez Alonso de Díaz Cordero, María L.; Gómez Leo, Osvaldo; Gonzalez del Solar, Nicolás; Grosman, Cecilia; Gurfinkel de Wendy, Lilian; Heredia, Pablo; Hernández, Carlos; Herrera, Marisa; Iñiguez, Marcelo; Kiper, Claudio; Kraut, Alfredo; Lamm, Eleonora; Leiva Fernández, Luis F.; Liber, Martín; Lloveras, Nora; Manóvil, Rafael; Mariani de Vidal, Marina; Marquez, José Fernando; Martorell, Eduardo; Marzorati, Osvaldo; Mathus Escorihuela, Miguel; Medina, Graciela; Messina, Graciela; Mayo, Jorge A.; Minyevsky, Nelly; Molina de Juan, Mariel; Molina Quiroga, Eduardo; Mosset Iturraspe, Jorge; Müller, Enrique; Najurieta, María S.; Nicolau, Noemí; Nissen, Ricardo; Orelle, José María; Paolantonio, Martín; Parellada, Ariel; Parellada, Carlos; Pellegrini, María Victoria; Picasso, Sebastián; Pizarro, Ramón D.; Puerta de Chacón, Alicia; Richard, Efraín H.; Rivera, Julio C.; Roitman, Horacio; Rossi, Hugo E.; Ruiz de Erenchun, Alberto; Sagarna, Fernando A.; Saux, Edgardo; Seguí, Adela; Silvestre, Norma; Smayevsky, Miriam; Sozzo, Gonzalo; Stiglitz, Gabriel; Stiglitz, Rubén; Tanzi, Silvia; Tobias, José W.; Uzal, María E.; Vallespinos, Gustavo; Vergara, Leandro; Viggiola de Molina Quiroga, Lidia; Vitolo, Daniel R.; Wayar, Ernesto; White, Ricardo y Wierzba, Sandra, y a los profesores extranjeros Abed, Sheila; Benjamin, Antonio y Lima Marques, Claudia.

En el grupo de trabajo entendimos que el régimen actual del fideicomiso, regulado por la ley 24.441, con escasos 17 años de vigencia, no debía ser reformado de manera sustancial, pues, en general, se mostró eficiente en su aplicación por los operadores del derecho.

El Proyecto de 1998 también había tomado como base la ley vigente, dándole una mejor sistematización, modificando o aclarando aspectos puntuales que habían sido motivo de discusiones desde el año 1995 —fecha de sanción del régimen del fideicomiso— hasta la presentación de aquel Proyecto.

Fue por ello, y dentro de una directiva general que propuso seguir el texto del Proyecto de 1998 a fin de dar cierta uniformidad a los textos que propusiera cada grupo de trabajo, que adoptamos dicho Proyecto, introduciéndole los cambios que consideramos merecían realizarse.

A ese fin, consultamos las críticas realizadas por la doctrina al texto vigente y los problemas judiciales que ha generado su aplicación. En este camino, cursamos preguntas a reconocidos especialistas en la materia, quienes expresaron sus posiciones sobre las cuestiones planteadas⁽⁵⁾ y se consultaron las principales resoluciones judiciales dictadas desde la vigencia de la figura. Por su parte, la Comisión reformadora nos hizo llegar sus posiciones sobre los aspectos que se proponía reformar.

Realizada esta tarea, llegamos a la conclusión de que el régimen vigente no merece cambios profundos, pues se ha mostrado eficiente y no ha generado grandes problemas de interpretación y aplicación.⁽⁶⁾

(5) Los aspectos que, en primera instancia, se consultaron fueron: 1. ¿Es conveniente mantener la posibilidad de cuatro intervinientes (las partes; fiduciante y fiduciario; el beneficiario y el fideicomisario) o es preferible eliminar trabajar con tres figuras: fiduciante, fiduciario y beneficiario (transitorio o residual)? 2. ¿Es conveniente eliminar la remisión que hace la ley a las normas del dominio fiduciario y regular la propiedad fiduciaria dentro del régimen del fideicomiso? 3. ¿Es conveniente fijar una forma solemne al contrato de fideicomiso? 4. ¿Es conveniente exigir la registración del contrato en el Registro Público de Comercio? 5. ¿Es necesario aclarar que las universalidades pueden ser objeto de fideicomiso? 6. ¿Se debe prohibir expresamente que el fiduciario sea beneficiario y/o fideicomisario? En caso de que así sea, ¿se deben hacer excepciones a la regla cuando el propio beneficiario es una entidad financiera autorizada? 7. ¿Se debe derogar la limitación a la cuantía indemnizatoria para el caso de daños causados por cosas riesgosas o viciosas e imposibilidad de aseguramiento? 8. ¿Se debe prohibir en forma expresa la cláusula de no enajenación en el fideicomiso? 9. ¿Debe derogarse la no concursabilidad del fideicomiso? 10. ¿Se debe modificar la legítima para favorecer el fideicomiso testamentario? 11. ¿Es necesario aclarar que puede haber fideicomiso de garantía?

(6) Ver KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWSKI, SILVIO, "El fideicomiso en el proyecto de Código", en *Revista Jurídica La Ley*, n° 160, año LXXVI, 27/08/2012, p. 1: "...señalamos que el nuevo régimen

Por ello, propusimos mantener la sistematización y el texto del Proyecto de 1998, sin perjuicio de mejoras en aspectos de redacción que entendimos debían ser realizadas, y la modificación de aspectos que la doctrina, autoral y judicial, marcaron como necesarios.

3 | Las principales propuestas del Proyecto

Repasaremos los aspectos del régimen legal del fideicomiso que se proponen modificar en aspectos sustanciales. En ciertas reglas, se proponen modificaciones de redacción que no transforman la solución vigente.

El Proyecto elevado al Congreso sólo introdujo un cambio a la propuesta de la Comisión, que marcaremos.

3.1 | La sistematización de la materia. La incorporación del dominio fiduciario como un Capítulo, dentro del Título IV del Libro Tercero

Este Proyecto sigue la sistematización de la materia realizada por el de 1998, que dio una nueva estructura a la reglamentación vigente, en cierto modo desorganizada.

La materia se inserta como materia contractual y se presenta en el Capítulo 30 (“Contrato de fideicomiso”), dividido en ocho secciones,⁽⁷⁾ y en el Capítulo 31 (“Dominio fiduciario”), ambos del Título IV (“De los contratos en particular”), del Libro Tercero (“Derechos personales”).⁽⁸⁾

.....
propuesto no es una discontinuidad del existente, de tal suerte que la potencialidad de la reforma no generará inseguridad en los operadores (...) Pensamos que —por el contrario— potenciará su utilización”.

(7) Sección 1ra. Disposiciones Generales; Sección 2da. Sujetos; Sección 3ra. Efectos; Sección 4ta. Fideicomiso Financiero; Sección 5ta. Certificados de participación y títulos de deuda; Sección 6ta. Asambleas de tenedores de títulos representativos de deuda o certificados de participación; Sección 7ma. Extinción del fideicomiso; Sección 8va. Fideicomiso testamentario.

(8) Una posibilidad distinta de ubicación hubiese sido reconocer a los patrimonios separados como un instituto independiente, a la manera del Código Civil de la provincia canadiense de Quebec, que regula a la fiducia junto con las fundaciones, en el Título Sexto (“De ciertos

La reglamentación del dominio fiduciario dentro del Título correspondiente a la regulación de los contratos en particular es la innovación metodológica de orden más relevante y que puede generar mayor controversia en este aspecto de la reforma propuesta, pues extrae la materia del lugar considerado natural, como es el ámbito de los derechos reales.

En este aspecto en particular, desde mis trabajos de doctrina, propugné la total desvinculación del régimen de la propiedad fiduciaria de la reglamentación del dominio, y aun la supresión del dominio fiduciario, por considerar que la relación del fiduciario con los bienes bajo su titularidad no condice con la conformación del derecho de dominio y las facultades propias del dueño. Postura que no compartió la Comisión.⁽⁹⁾

3.2. | Propuestas en materia de disposiciones generales del contrato de fideicomiso

3.2.1. Definición

La que sigue el Proyecto⁽¹⁰⁾ aclara que se trata de un contrato consensual (aspecto que la definición dada por la ley vigente pone en duda), y mantiene la existencia de cuatro posiciones en el negocio (a diferencia de otras legislaciones que prevén sólo tres, pudiendo haber beneficiario durante la vigencia del negocio o residual, nuestro fideicomisario).

3.2.2. Plazo y condición (art. 1668)

Se aporta la solución de que si se fija un plazo mayor a 30 años, el contrato no es nulo, sino que se reduce al plazo máximo, lo que impide articulaciones de nulidad fundadas en una interpretación distinta del supuesto.⁽¹¹⁾

patrimonios de afectación”), del Libro Cuarto (“De los Bienes”). Sin embargo, el Proyecto reconoce personalidad jurídica a las Fundaciones, de acuerdo a la tradición jurídica argentina, y la regula, precisamente en el Título II (“Persona Jurídica”), del Libro Primero (“Parte General”).

(9) MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO, *Fideicomiso*, Bs. As., La Ley, 2008, especialmente, p. 81 y ss.

(10) Art. 1666: “Definición: Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamado fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”.

(11) REGGIARDO, ROBERTO S., “El Fideicomiso en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa*, año III, n° 5, octubre de 2012,

Además, se determina que, si no hay fideicomisario designado, los bienes existentes al finalizar el plazo o cumplirse la condición deben ser entregados al fiduciante o sus herederos. Se aclara la situación ante la omisión de nombramiento de fideicomisario.

3.2.3. Forma (art. 1669)

La forma que debe cumplirse al constituir un fideicomiso ha sido materia de discusiones.

El primer aspecto a considerar fue si es necesario reformar el régimen de libertad de formas, imponiendo el instrumento público para la constitución de todos los fideicomisos. El grupo entendió conveniente dejar a la voluntad de los constituyentes la forma a adoptar (salvo cuando se deban transmitir bienes que impongan una formalidad especial), del modo en que se regula en la actualidad, postura que avaló la Comisión.⁽¹²⁾

Como punto novedoso, en el art. 1669 se agrega la previsión de que si se incorporan bienes que impongan la documentación mediante instrumento público, debe transcribirse en este documento el contrato de fideicomiso —aspecto que en la actualidad no se regula y que, en general, no se realiza—. De este modo, se le otorgan mayores seguridades a quienes contratan luego sobre esos bienes.

Tanto el grupo de trabajo como la Comisión entendimos que no era conveniente en la actualidad imponer la registración de los contratos, en razón de que este requisito iría contra la dinámica de su utilización, sin perjuicio de comprender las entendibles razones de quienes proponen lo contrario.⁽¹³⁾

.....
p. 240, comparte la propuesta y agrega que debió aclararse que el plazo máximo regirá en caso de que no se hubiese fijado plazo en el acto constitutivo.

(12) KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWWSKI, SILVIO, *op. cit.*, aclaran que el régimen actual, aunque no se impone una forma determinada, la naturaleza de las cláusulas exigidas implican que el contrato debe ser otorgado por escrito. El texto propuesto ratifica esta forma mínima.

(13) Por la registración de los contratos de fideicomiso se pronunciaron MOISSET DE ESPANES, LUIS, "Aspectos registrales del fideicomiso (Ley 24.441)", en *JA*, 1995 III, p. 725; JUNYET BAS, FRANCISCO y MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Bases para una reforma del régimen del fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción*, La Ley, 2007-C, p. 782; REGGIARDO, ROBERTO S., *op. cit.*, p. 243.

3.2.4. Objeto

Uno de los temas que genera controversias en el régimen actual es si las universalidades pueden ser incorporadas al patrimonio fiduciario. Buena parte de la doctrina se pronuncia en contra, fundados en el texto legal vigente.⁽¹⁴⁾

Por mi parte, opino que dicho texto no obsta a la posibilidad de que universalidades sean objeto del contrato o del testamento, con los límites legales que existieren (fundamentalmente la prohibición de pactar sobre herencias futuras), fundado en el texto amplio del art. 1444 del Código Civil.⁽¹⁵⁾

El Proyecto se pronuncia por la posición que comparto, permitiendo que todos los bienes —incluso las universalidades— puedan ser objeto del fideicomiso, con la salvedad de la prohibición de pactos sobre herencias futuras —que subsiste—.

3.3 | Sujetos del fideicomiso

3.3.1. Fiduciario-Beneficiario

El último párrafo del art. 1673 del Proyecto toma partido en el tema harto discutido sobre si el fiduciario puede ser beneficiario. La doctrina se ha dividido y era necesaria una definición legal.⁽¹⁶⁾

El artículo expresa: “El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato”.

Se determinan reglas de conductas —de manera general— para evitar conflicto de intereses, de modo de dar al intérprete pautas amplias para evaluar la conducta del fiduciario.

3.3.2. Pauta de actuación. Fiduciarios plurales (art. 1674)

Se mantiene el estándar de la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza que en él se deposita,

.....

(14) Ver los argumentos de esta posición en MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Editorial B. de F., Montevideo, Bs. As., 2009, p. 55.

(15) Ver KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWSKI, SILVIO, *op. cit.*

(16) En contra de la propuesta, ver REGGIARDO, ROBERTO S., *op. cit.*, p. 245.

como regla para interpretar la actuación del fiduciario, fórmula que no ha generado problemas en su aplicación.

Como novedad, el Proyecto incorpora la regla de la solidaridad de los fiduciarios que actúan en forma simultánea, cualquiera sea la forma en que dividan sus funciones, a fin de otorgar mayores garantías a beneficiarios y quienes contraten con el fideicomiso.

3.3.3. Rendición de cuentas (art. 1676)

Se aclara que la rendición de cuentas (cuya periodicidad —no mayor a un año— se mantiene) puede ser solicitada por el beneficiario, el fiduciante o el fideicomisario, aspecto en el que la ley vigente limita a los beneficiarios (art. 7, ley 24.441).

3.3.4. Cese del fiduciario (art. 1678)

Las causales de cesación del fiduciario previstas en el art. 9 de la ley 24.441 se mantienen, adaptadas a las disposiciones correspondientes del Proyecto (por ejemplo, la declaración de capacidad restringida impide la continuación).

3.3.5. Sustitución del fiduciario (art. 1679)

El régimen de reemplazo del fiduciario se aclara en algunos aspectos. Se prevé que en caso de muerte del fiduciario, no es necesaria la intervención del juez de la sucesión para la transferencia de bienes, tema sobre el cual aún subsisten muchas dudas.⁽¹⁷⁾

Se determina que ante el cese del fiduciario cualquier interesado puede solicitar el nombramiento del sustituto, por vía judicial y el procedimiento más breve previsto en la ley procesal aplicable, y que cualquier interesado (aun un acreedor del fideicomiso) puede solicitar la designación de un fiduciario provisorio o el dictado de medidas de protección del patrimonio.

También se aclara que en este caso es forma suficiente para rogar la inscripción de los bienes registrables a nombre del nuevo fiduciario el instrumento judicial, notarial o privado en los que conste la designación de

(17) Se pronuncia por la necesidad de incorporar los bienes en el sucesorio del fiduciario VACCARELLI, H., "Aspectos registrales. Contrato de fideicomiso", en *Revista del Notariado*, Número extraordinario, Bs. As., 1995, p. 101; por la posición del Proyecto, MOISSET DE ESPANES, LUIS, *op. cit.*

nuevo fiduciario, sin necesidad del otorgamiento de un instrumento de transferencia de los bienes, aspecto que hoy es discutido y genera algunos problemas de aplicación.

3.3.6. Fideicomiso en garantía

El Proyecto regula el fideicomiso con fines de garantía, cuya validez fue puesta en duda por parte de la doctrina.⁽¹⁸⁾ Otorga facultades al fiduciario para aplicar las sumas de dinero obtenidas por su gestión al pago del crédito y, respecto a los demás bienes que constituyen la garantía, para su aplicación deberá estarse a las disposiciones contractuales y, en su ausencia, le otorga libertad de elección entre las vías privada o judicial, debiendo optar por aquella por la que se obtenga el mayor valor posible de los bienes.

El estándar de conducta impuesto al fiduciario en garantía tiende a evitar las posibles colusiones —remarcadas por alguna doctrina al impugnar la figura— en el procedimiento de liquidación de los bienes puestos en garantía.

3.3.7. Aceptación del beneficiario y del fideicomisario.

Facultades de accionar por fraude (art. 1681)

Se determinan reglas para la incorporación al negocio de beneficiario y fideicomisario, de manera expresa o tácita, otorgando al fiduciario la posibilidad de accionar judicialmente para lograr la aceptación.

Se aclara que cualquiera puede pedir el cumplimiento del contrato y la revocación de actos del fiduciario realizados en fraude de sus intereses.

3.4 | Efectos del fideicomiso

3.4.1. Carácter de la propiedad de los bienes.

Requisitos de oponibilidad (arts. 1682, 1683 y 1684)

Se determina que sobre los bienes transmitidos se constituye una propiedad fiduciaria, regulada por las disposiciones de este Capítulo y por las pertinentes a cada bien, según su naturaleza. De este modo, se trata de

.....

(18) PERALTA MARISCAL, LEOPOLDO L., "¿Fideicomiso de garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!", en *Revista Jurídica La Ley*, 2000-D, p. 975, y PERALTA MARISCAL, LEOPOLDO L., "Fideicomiso sí; de garantía no", en *Revista Jurídica La Ley*, 2001-B, p. 978.

articular un régimen particular de los bienes fideicomitidos, desvinculándolos un tanto del régimen de dominio fiduciario (aplicable sólo a las cosas incorporadas al patrimonio).⁽¹⁹⁾ La naturaleza de los bienes transmitidos determina los requisitos a llenar para que sea oponible a terceros, solución que se encuentra vigente en la actualidad.

Se mantiene el principio de que los frutos y productos de los bienes fideicomitidos se incorporan al patrimonio (salvo pacto en contrario) y el de subrogación real de los bienes que reemplazan a los originarios.

3.4.2. Patrimonio separado. Seguro (arts. 1685, 1686, 1687)

El principio de separación patrimonial —efecto nuclear de la figura— de los bienes fideicomitidos, en relación a los de titularidad de las partes intervinientes en el negocio, es ratificado de manera simple y directa.

Los bienes fideicomitidos no responden por las deudas del fiduciario, beneficiario o fideicomisario, ni las deudas del fideicomiso se encuentran garantizadas por los bienes de ninguno de los participantes en el negocio, salvo compromiso expreso de éstos. Ello sin perjuicio de la responsabilidad del fiduciario (entendemos de cualquiera de los participantes) por aplicación de los principios generales del deber de responder.

Se deroga la solución de limitación de responsabilidad del patrimonio al valor de la cosa fideicomitada, prevista en el art. 14 de la ley vigente, impugnada por inconstitucional.⁽²⁰⁾

En cambio, se ratifica que el fiduciario responde, con los bienes del fideicomiso, por los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso e impone la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra ese riesgo, difiriendo a la reglamentación la cuantía o el

(19) El art. 11 de la ley 24.441 remite, primero, al Título del Dominio Fiduciario, y luego a las disposiciones de la ley. Ello ha llevado a cierta doctrina a aplicar *in totum* aquella regulación, provocando no pocos problemas de interpretación. Tratamos la cuestión en: MÁRQUEZ, JOSÉ F. (comp.), "Sobre las facultades de administración y disposición del fiduciario", en *Revista Jurídica La Ley*, 2007-D, p. 1007.

(20) Ver, PIZARRO, RAMÓN D., "La responsabilidad objetiva del fiduciario por los daños causados por el riesgo o vicio de cosas fideicomitidas", en *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Santa Fe, UNLFCJS, 2005. Es dable destacar que en 16 años de vigencia de la ley, no se han publicado antecedentes jurisprudenciales vinculados a esta cuestión.

monto del seguro o, en su defecto, a un criterio de razonabilidad. Si no ha contratado seguro o resulte irrazonable la cobertura tomada, el fiduciario es responsable en forma personal por dichos daños.⁽²¹⁾

En el caso de insuficiencia del patrimonio, se delega la solución a las disposiciones contractuales pertinentes y, en su defecto, se dispone que procede la liquidación del patrimonio por vía judicial, quien deberá fijar el procedimiento de liquidación sobre las bases de las normas concursales, en cuanto sean pertinentes. En este aspecto, se modifica el criterio de la ley actual de que la liquidación se realiza por el fiduciario, criticado por la doctrina.⁽²²⁾

3.4.3. Actos de disposición y gravámenes (art. 1688)

Se mantiene el criterio de amplia disponibilidad de los bienes por parte del fiduciario, siempre que lo requieran los fines del fideicomiso. Fórmula amplia, que otorga discrecionalidad al fiduciario, pero también posibilidad de control a los terceros con quienes contrata. Las limitaciones deben inscribirse, cuando se trata de bienes registrables.

El anteproyecto ratifica que se puede prever limitaciones a las facultades de disposición, incluso incluir la prohibición de disponer (criterio éste no compartido por parte de la doctrina con la redacción actual).⁽²³⁾

3.4.4. Acciones (art. 1689)

El artículo aclara que el fiduciario puede accionar en contra de los mismos participantes (la ley actual refiere sólo al beneficiario —art. 18—), o de

(21) Nos pronunciamos por la solución expresa del Anteproyecto en MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO, *Fideicomiso*, op. cit., p. 108.

(22) JUNYET BAS, FRANCISCO y BORETTO, MAURICIO, *Reformas al Derecho Privado Patrimonial en el Proyecto De Código Civil Unificado en el Código de Comercio*, Bs. As., Errepar, 2012, p. 253. Se pronuncia por la inconstitucionalidad de la norma que impide la concursabilidad del fideicomiso en el régimen actual y proponen diversas reglas de aplicación de la normativa concursal a la liquidación del fideicomiso ante su insuficiencia patrimonial, plenamente aplicables en caso de que se sancione la propuesta de reforma en este aspecto. En igual sentido, ver KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWSKI, SILVIO, op. cit.

(23) Ver KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWSKI, SILVIO, *Tratado de Fideicomiso*, Bs. As., Lexis Nexis/Depalma, 2003, p. 234. Nos pronunciamos por la validez de la cláusula de no enajenación en "Sobre las facultades de administración y disposición del fiduciario", op. cit.

terceros, en el cumplimiento de su encargo y que fiduciante, beneficiario o fideicomisario están legitimados a reemplazarlo, previa autorización judicial, si el fiduciario no accionare sin motivo suficiente

3.5 | Fideicomiso financiero

En materia de fideicomiso financiero, el grupo había mantenido la regulación propuesta por el Proyecto de 1998, el cual no se apartaba del texto vigente.

Más tarde, recibimos las sugerencias de Martín E. Paolantonio acerca de diversos aspectos de esta clase de fideicomiso, las que, en buena parte, se volcaron en el texto que propusimos.

3.5.1. Definición. Oferta al público de los títulos valores (arts. 1690 y 1691)

La definición propuesta amplía la posibilidad de los títulos valores emitidos con garantía del patrimonio fiduciario, apartándose de la tipificación actual (que prevé la emisión de títulos de deuda y certificados de participación), en consonancia con lo dispuesto en el art. 1820 del Proyecto.⁽²⁴⁾

Se destaca que los títulos valores pueden ofrecerse al público, bajo la normativa pertinente aplicable. Con ello, se diferencian los fideicomisos financieros públicos de los privados.

3.5.2. Certificados de participación y títulos de deuda (arts. 1693 y 1694)

Se mantiene la regulación actual, prevista en los arts. 21 y 22 de la ley 24.441. Se aclara que los títulos representativos de deuda son títulos ejecutivos.

(24) Reza el artículo 1820: "...Libertad de creación. Cualquier persona puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija. Se comprende en esta facultad la denominación del tipo o clase de título, su forma de circulación con arreglo a las leyes generales, sus garantías, rescates, plazos, su calidad de convertible o no en otra clase de título, derechos de los terceros titulares y demás regulaciones que hacen a la configuración de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente. Sólo pueden emitirse títulos valores abstractos no regulados por la ley cuando se destinan a ofertas públicas, con el cumplimiento de los recaudos de la legislación específica; y también cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de contralor de los mercados de valores..."

3.5.3. Asambleas de tenedores de títulos (arts. 1695 y 1696)

El régimen legal actual prevé la reunión de tenedores de títulos sólo para el supuesto de insolvencia del patrimonio fideicomitado.

El Proyecto amplía esta posibilidad a cualquier tipo de resolución colectiva en los fideicomisos financieros públicos, la que deberá decidirse en asamblea, a la que se le aplicarán las reglas sobre convocatoria, quórum, funcionamiento y mayorías de las sociedades anónimas, salvo en caso de insolvencia, en el que regirán las reglas de las asambleas extraordinarias del mismo tipo societario y se exige una mayoría de tres cuartas partes de los títulos emitidos y en circulación. Se aclara que las mayorías se computan sobre valor nominal del conjunto de títulos valores y que para el cómputo de mayorías no se consideran los títulos subordinados.

3.6 | Sobre la extinción del fideicomiso (arts. 1697 y 1698)

Causales y efectos. Se mantienen las causales de la ley vigente (aclarándose que en los fideicomisos financieros no es posible la revocación luego de haberse iniciado la oferta pública de los títulos) y los efectos propios de la extinción para esta figura, como es la entrega de los bienes remanentes al fideicomisario.

3.7 | Sobre el fideicomiso testamentario (arts. 1699 y 1700)

3.7.1. Mejora a favor de herederos discapacitados

Se realiza una remisión al régimen de mejoras a personas discapacitadas⁽²⁵⁾ y a la constitución de fideicomiso testamentario.⁽²⁶⁾ De acuerdo a

(25) "Artículo 2448.- Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de UN TERCIO (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".

(26) "Artículo 2493.- Fideicomiso testamentario. El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones

dichas reglas, el fideicomiso podrá ser un vehículo de protección especial de herederos particularmente vulnerables, único caso en el cual podrá vulnerarse la legítima de los herederos forzosos.⁽²⁷⁾

3.7.2. Sustitución fideicomisaria (art. 1700)

Se ratifica la prohibición de sustituciones fideicomisarias, prevista en los arts. 3723 y 3732 del Código Civil vigente.

3.8 | Sobre el dominio fiduciario

3.8.1. Ubicación

El Anteproyecto toma una decisión arriesgada, al situar a la regulación del dominio fiduciario como un Capítulo (el 31, siguiente al que reglamenta el fideicomiso).

Adelantamos que dicha ubicación tiene su razón en que el dominio fiduciario puede tener su causa sólo en un fideicomiso (contractual o testamentario), por lo que reglamentarlo a continuación de su causa le otorga el contexto necesario para su mejor interpretación.

3.8.2. Normas aplicables y excepciones. Facultades. Irretroactividad

Se determina que el dominio fiduciario “hace excepción” en relación al régimen de dominio y, en particular, al del dominio imperfecto, en cuanto es posible incluir las limitaciones a las facultades de disposición del propietario (art. 1703), mas se ratifica el carácter de dueño, reconociéndosele facultades de dueño perfecto —en tanto se adecúe al régimen del fideicomiso— (art. 1704).

Los actos realizados por el fiduciario, dentro de dicho régimen, son irrevocables en contra del adquirente de buena fe y a título oneroso y, produci-

.....
al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8° Capítulo 30, Título IV del Libro III . La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448”.

(27) Con la reglamentación actual, se ha intentado interpretar que la constitución del fideicomiso constituye un vehículo posible de protección de herederos incapaces o, incluso, del patrimonio familiar. Sin embargo, la existencia de una porción legítima de ningún modo disponible invalida estas interpretaciones (ver para estas posiciones, los importantes trabajos recogidos en AA. VV., “Fideicomiso testamentario”, en *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial, 22/09/1999).

da la extinción, el fiduciario pasa a tener la cosa como poseedor a nombre del dueño perfecto, sin perjuicio del cumplimiento de las formalidades pertinentes (arts. 1705 y 1706).

No coincidimos con el carácter otorgado al titular fiduciario, en razón de entender que no es dueño de la cosa, sino que se trata de un administrador de cosa ajena, con un régimen especial de facultades tendientes al cumplimiento de los fines perseguidos con la figura, mas la legislación (en este caso, el Proyecto) no nos da la razón. Sin embargo, entendemos la solución persiguiendo la seguridad jurídica de quienes contratan con el fiduciario.

4 | Conclusiones

El Proyecto de Código Civil y Comercial, constituye un jalón más del largo proceso de reformas al derecho privado, en cuya tarea tanto ha trabajado la doctrina autoral y judicial argentina.

La propuesta en materia de fideicomiso persigue aclarar los aspectos dudosos que la legislación actual presenta, sin un cambio radical o profundo de las normas vigentes, en el entendimiento de que la figura ha funcionado de manera eficiente en sus ya dieciséis años de utilización en el país.



Otros debates

La familia es para siempre⁽¹⁾

La responsabilidad solidaria de los jueces de familia

por **GRACIELA DEL VALLE ARIZA**⁽²⁾

I | Introducción

Según las declaraciones de las “II Jornadas de Derecho Procesal Argentino”, realizadas en agosto de 1991, uno de los argumentos principales rezaba: “...la figura del juez ideal ha trazado un arco que va desde el juez boca de la ley, al juez teleólogo, para concluir con el juez con responsabilidad social”.⁽³⁾

Asimismo, en el texto de las conclusiones del “XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal” que se realizó en Paraná, Entre Ríos, en junio del 2003 puede leerse: “Para garantizar el acceso real a la justicia, al que se oponen

(1) El presente trabajo fue expuesto en el “XV Congreso Internacional de Derecho Familiar” celebrado en México en octubre de 2008, que abordó como una de sus temáticas centrales la Prospectiva Jurídica del Derecho Familiar y el Derecho Procesal Familiar, en el siglo XXI (Legislaciones Mundiales, Internacionales, Regionales, Federales y Locales).

(2) Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones a Distancia de la Universidad Blas Pascal. Adscripta de la Cátedra “A” de Derecho Civil V (Familia y Sucesiones). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

(3) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Ética de los jueces. Análisis pragmático”, en *Serie Ética Judicial*, n° 10, México, SCJN, 2006, pp. 42/72.

las desigualdades económicas, se deben implementar sistemas de asistencia jurídica integral”.

Se deduce de estas dos citas, la intención de los jueces de participar activamente en la devaluada e injustificada situación a la que han sido arrojados los excluidos, es decir, los ciudadanos que más por causas ajenas que propias no pueden hacer valer su dignidad humana y jurídica; dura realidad que hiere de muerte el ideal constitucionalista de libertad, igualdad y fraternidad. En el seno de esta inmoral tragedia social es que hace su aparición en escena la impostergable y necesaria responsabilidad solidaria de los jueces de familia —amén de la misma responsabilidad de todos los demás, en sus circunstanciales roles— toda vez que la familia se reconoce como la base misma de la sociedad, unidad vital y central a la que hay que proteger y fortalecer para dar la gran batalla contra la irredenta pobreza.

En diferentes reuniones de jueces, éstos aceptan que hay una responsabilidad con los demás congéneres y que “...dicho compromiso implica tratar a cada persona como un igual, más que tratar a cada persona igual”.⁽⁴⁾

Siempre valdrá la pena recordar el principio de la Declaración de los Derechos Humanos, sobre que todos tenemos el deber de ser solidarios, sabiendo el desasosiego, la consternación y el aplazamiento que “las desigualdades producen en sus víctimas”.⁽⁵⁾

Respecto de esta formulación, lo primero que podemos destacar es que tenemos que hacer algo por los demás, constituyéndose ésta entonces en la gran pregunta ética de la vida: ¿qué hago por los demás?

Propone M. Alegre:

“...ni la constitucionalización de los derechos socioeconómicos ni su operatividad judicial conspiran contra el valor de la democracia: por el contrario, mi llamamiento al activismo judicial se hace en nombre de la democracia, en razón de que ese activismo estaría orientado a fortalecer la capacidad de los excluidos

(4) ALEGRE MARCELO y ROBERTO GARGARELLA, *El Derecho a la Igualdad*, Bs. As., Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 5.

(5) ALEGRE MARCELO y ROBERTO GARGARELLA, *Ibid*, p. 73.

para ejercer sus derechos ciudadanos, lo que robustecería el valor del procedimiento mayoritario".⁽⁶⁾

En el presente trabajo desarrollaré la tesis sobre la conveniencia y necesidad de que la responsabilidad judicial sea solidaria en el marco del derecho de familia desde una perspectiva de inclusión social. En la primera parte intentaré poner de manifiesto aquellos aspectos centrales de la diferencia conceptual entre solidaridad egoísta y solidaridad altruista. En la segunda se desarrollarán los argumentos que dan fundamento la idea de que la responsabilidad judicial sea solidaria. En la tercera parte me ocuparé de la cuestión en la jurisprudencia y de cómo han resuelto los jueces en los distintos casos de derechos de familia desde una perspectiva de inclusión social. En todas las declaraciones hechas por los jueces —en distintos foros— se manifiesta la intención de pensar en las personas vulnerables, no obstante, de que en los códigos de ética para los jueces no figura una norma que motive esta actitud de solidaridad en la búsqueda de las garantías de la igualdad constitucional. Como dice Gargarella:⁽⁷⁾ especialmente, entiendo que debemos pensar acerca de cuál es el sentido de mantener un orden legal, y cuáles son nuestros deberes inmediatos hacia los que están peor dentro de ese orden jurídico, haciendo respetar sus derechos.

En el "...derecho de familia de inclusión social estudiamos aquellos casos de sujetos que están pasando por circunstancias que no están bajo su propio control".⁽⁸⁾

El deber de los poderes del Estado es asegurar la universalidad del Derecho Familiar de Inclusión Social porque, según la estrategia pública anunciada, "...la inclusión social empieza por la posibilidad de ser incluido en un proyecto familiar". Ante el 41% de pobreza en América Latina, Klisberg nos alerta que "...es hora de sincerarlo y de ponerlo en el debate público, ya que en la exclusión social la víctima silenciosa es la familia", por

.....
(6) ALEGRE MARCELO y ROBERTO GARGARELLA, *Ibid*, p. 153.

(7) GARGARELLA, ROBERTO, "El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema", en *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, n° 4, 2007.

(8) GARGARELLA, ROBERTO (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999.

eso aquí hablamos de la responsabilidad de los jueces de familia ante los sujetos vulnerables o excluidos de esta sociedad. La pobreza suscita malestar y conflictos que incluso pueden llegar a desarticular a las familias y como consecuencia de esta situación la sociedad podría pagar altísimos costos por este debilitamiento.

Analicemos las siguientes conclusiones:

- “Leyes fundamentales han proclamado a la familia como base de la sociedad, entre ellas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.
- “La familia es fundamental para la formación afectiva, espiritual y emocional de los jóvenes”.
- “La familia es también la más efectiva unidad preventiva del delito: si forma éticamente a los jóvenes a través del ejemplo, los apoya y tutela, podrá mejorar la estadística que señala que dos tercios de los delincuentes jóvenes vienen de familias desarticuladas”.
- “La combinación de un alto desempleo juvenil y familias desarticuladas, se halla en la base de las alarmantes tendencias al ascenso de la criminalidad juvenil en la región, que equivocadamente suele discutirse sólo como un tema policial”.
- “Los jóvenes latinoamericanos captan, claramente, el valor de la familia. Un estudio de la CEPAL (2004) llega a la conclusión de que a diferencia de la desconfianza generalizada que manifiestan frente a otras instituciones, la familia se mantiene como un entorno afectivo, y modelo de referencia fundamental para los jóvenes”.

Los “desaventajados” son responsabilidad tanto para quien ocupa un cargo político, como para quien ocupa un cargo de juez. La desatención por parte del alguno de estos poderes a estos sectores conllevaría a parte del fracaso de la sociedad democrática y del estado de derecho.

A lo que hago referencia es a la importancia de considerar al derecho de familia desde una perspectiva de inclusión social, es decir, al derecho de familia como forma de integración familiar y social, y para que a través los sectores más vulnerables consigan los recursos personales, sociales o económicos suficientes para desarrollar una vida independiente en familia. Construir un derecho de familia desde una perspectiva de inclusión social es necesario para que la acción del Poder Judicial sea claramente intervencionista para garantizar la dignidad, igualdad de

oportunidades y servicios básicos para todos los ciudadanos. No estamos hablando de errores estadísticos, sino de seres humanos. De un asunto humano.

El derecho de familia de inclusión familiar y social permite el mantenimiento del status familiar y el arraigo social mediante la obtención de servicios sociales del Estado. Así los ancianos podrán seguir viviendo en su casa, los discapacitados tendrán lo que necesitan cuando la causa del mismo radique en la falta de acceso a la justicia para lograr su bienestar y autonomía personal.⁽⁹⁾

Hablo de derecho de familia para la inclusión familiar y social porque la complicación "...de obtener un empleo digno, las dificultades para satisfacer las necesidades básicas, el hacinamiento, la necesidad de que los niños trabajen, la deserción escolar y otras dimensiones de la pobreza tensan al máximo a las familias".⁽¹⁰⁾

La finalidad de esta ponencia es alentar a los jueces de familia a que garanticen el acceso universal al derecho familiar de inclusión social y eviten que la familia se debilite, porque al respecto cabe destacar que desde su Preámbulo, la Convención de los Derechos del Niño reconoce a la familia como "...grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños...", comprometiéndolo luego a todos los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, incluyendo particularmente en ese concepto el respeto por las relaciones familiares (art. 8). "...En similar orientación se inscribe la reciente ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que incluyó en el derecho a la identidad de sus sujetos (art. 11), los derechos a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley y a crecer y desarrollarse en su familia de origen...".⁽¹¹⁾

(9) BELLUSCIO, AUGUSTO, "Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", en *Revista jurídica argentina La Ley*, t. 1995-A, p. 936.

(10) KLIKSBERG, BERNARDO, "La familia en peligro", 2007. Ver texto en www.observatoriodelosderechoshumanos.org

(11) Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, "E. A. K. s/ recurso de casación", 27/11/2006.

“En el diseño legislativo, la relación de la familia con el Estado en el ámbito de los servicios, estructura y funciones de la familia evolucionan de una época histórica a otra, bajo la influencia de la organización social, cultural y económica. Han cambiado sus dimensiones, su estructura interna, sus relaciones con el Estado, respecto al cual la familia se coloca a veces como destinataria de medidas de asistencia, apoyo, ayuda, menos a menudo como sujeto que brinda cuidado y asistencia a los ancianos y discapacitados”.⁽¹²⁾

La familia es tratada en el Código Civil como una comunidad de producción, de trabajo, de bienes y de consumo, dirigida, sin embargo, a mantener a través del matrimonio el patrimonio producido, en una comunidad que es lugar económico de consumo, pero también de división de gastos y maximización de recursos.

El Estado debe estar presente para asegurar la igualdad de oportunidades. Hay que garantizar un piso mínimo de ingresos a las familias; pero, a partir de allí, trabajar por la consecución de otros derechos que permitan el desarrollo familiar.⁽¹³⁾

Promover las instituciones tutelares, en derecho de familia desde una visión con de inclusión social en la legislación, supone maximizar los valores comunitarios de solidaridad y fraternidad a los que aspira nuestro ordenamiento jurídico.”...El individuo es libre de elegir un plan de vida en lugar de otro, pero la ley puede a su vez favorecer y promover el plan de vida que mejor expresa la aspiración de crear y mantener una comunidad cuyos miembros tienen un deber de cuidarse y socorrerse mutuamente”.⁽¹⁴⁾

(12) SPALLAROSSA, MARÍA ROSA, *Famiglia e servizi. Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie*, Milano, Giuffrè Editore, 2001.

(13) FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE, *Estudios de derecho de familia. La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia*, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, t. I.

(14) FERRERES, VÍCTOR, “El principio de igualdad y el derecho a no casarse”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 42, sept-oct.1994.p.172: “La idea de que los individuos tienen deberes más allá del contrato es un principio subyacente a nuestra Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Así, un sistema de Seguridad Social, un sistema público de enseñanza, un sistema de responsabilidad extracontractual, constituyen ejemplos de la aspiración de nuestro Derecho a crear una comunidad cuyos miembros tengan deberes de cuidado

Entonces, es necesario para seguir con el desarrollo de mi tesis partir de preguntarnos: Quién es mi prójimo. Como explica A. Shökel, para el judaísmo tradicional el prójimo era el hermano del pueblo; los demás israelitas no eran prójimos. Pero aún dentro del sistema socio—religioso del judaísmo, ese prójimo debía reunir algunas condiciones especiales para poder acercarse a uno, no debía estar impuro legalmente para que no hiciera impuro a nadie. Otro ejemplo es el samaritano que se acerca al herido —es el prototipo de la persona odiada, rechazada que resulta incómoda porque su sola presencia ponía en riesgo la pureza legal— sirve a Jesús como modelo de lo que significa ser prójimo. El samaritano actuó contra la ley y podría ser motivo de acusación del piadoso doctor de la ley, pero su acción supera en mucho a la Ley misma porque ha actuado con amor, con compasión, con generosidad, con desinterés y sobre todo, con misericordia (con solidaridad).

Como observa Eduardo Galeano en el poema “El hambre”, el prójimo no es tu competidor, no es tu enemigo. “El sistema que no da de comer, tampoco da de amar; a muchos condena al hambre de pan y a muchos más condena al hambre de abrazos”. El sentido de la existencia del hombre no es sólo comer, sino sobre todo garantizar su desarrollo espiritual, capacidad simbólica y creatividad.

2 | Solidaridad egoísta y solidaridad altruista

La distinción motiva tanto a un jurista convencional como al operador jurídico que, acostumbrado a vérselas con las normas del derecho civil —en el campo ajustado y absoluto en donde desarrolla su tarea cotidiana— ha observado que algunas normas como el art. 43 de la Ley de Donación de Sangre,⁽¹⁵⁾ introduce claramente la noción de solidaridad altruista: acto voluntario y desinteresado para un necesitado.

El texto reza: art. 43. “La donación de sangre o sus componentes es un acto de disposición voluntaria, solidaria o altruista, mediante el cual una

.....
recíproco, más allá de las obligaciones que asuman contractualmente como medio necesario para obtener los correspondientes beneficios”.

(15) Ley 22.990. Sanción y promulgación: 20/11/1983. Publicación: BO 02/12/1983.

persona acepta su extracción para fines exclusivamente médicos, no estando sujeta a remuneración o comercialización posterior, ni cobro alguno”.

Se evidencia que el legislador trata la palabra solidaridad, en distintos ámbitos, con diversa acepción.

Es así que en el análisis del concepto, distinguimos entre la solidaridad como principio ético —y entonces en la vida privada implica una virtud—, de la solidaridad como principio jurídico. Es en esta dimensión jurídica que hablamos de solidaridad egoísta, propia del derecho privado, y de solidaridad altruista, que deberá darse en los proyectos y acciones de las políticas públicas del Estado social y democrático de derecho.

Esta solidaridad altruista del derecho público emerge del seno mismo de la sociedad que demanda del aparato jurídico una concepción más progresista, menos individualista del derecho mismo, de modo que no sea éste un instrumento de mantenimiento del *status quo*, sino que incida y sume en la transformación de la sociedad y su estructura de clases.⁽¹⁶⁾

En el Estado social y democrático de derecho y más aún en un “Estado ético”,⁽¹⁷⁾ la solidaridad es valor jurídico y fundamento de los demás derechos, asume los intereses de los demás como propios, sin quebrar su propia identidad (defensa del principio de tolerancia y diferencia), redefiniendo la clásica estratificación social de ciudadanos ricos y pobres —siempre en vigencia— por “marginados o integrados”.

En las antípodas de este ideario están la práctica de políticas neoconservadoras individualistas, ultraliberales, que culminan en la deslegitimación del derecho y el Estado, de modo que el mejor gobierno es el que menos gobierna, sacralizando al dios mercado que se lo presenta hipócritamente

(16) GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 3, 1986, pp. 17/34.

(17) DRI, RUBÉN R. “La filosofía del Estado ético. La concepción hegeliana del Estado”, en Atilio Borón (comp.), *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Bs. As., CLACSO, 2000. “El Estado ético: es el Estado como plena realización de los seres humanos mediante una dialéctica que incorpora por vía de superación todos los logros de la historia, desde el derecho, pasando por la moral individual, para culminar en la eticidad, matriz de los valores más altos de la humanidad, expresados en el arte, la religión y la filosofía”. Ver texto en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/moderna/cap8.pdf>

como natural, con una mano invisible que controla la ley de la oferta y de la demanda y terminaría en la irracional y ausente teoría del derrame.

En el derecho privado la función que la solidaridad cumple es reforzar, aumentar y asegurar las garantías del acreedor y del tráfico jurídico —que en su vertiente pasiva se refiere a la solidaridad de los deudores— cumpliendo, esencialmente, una función de garantía al reforzar la posición del acreedor. Se garantiza al acreedor en la medida en que todos los deudores asumen la total responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos.

En el arcano alegórico de los abogados civilistas hablar de solidaridad —cuando confeccionan distintos documentos para sus clientes— éstos tienen muy en claro el cuidado que hay que tener con ser responsable solidariamente, dado que la finalidad económica y jurídica de la solidaridad en la Teoría de las Obligaciones, en sus formas pasiva y activa, tiene relevancia en la praxis jurisdiccional. Así que varios codeudores respondan por la totalidad de un crédito es verdaderamente una garantía para el acreedor. En cambio en el sentido activo facilita a cualesquiera de los acreedores a cobrar el total de la deuda, lo que determina mayor confianza entre las partes acreedoras. El Código Civil en su art. 699 define que “...la obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores”.

Los ejemplos de solidaridad que nos procura Pizarro son: 1) la solidaridad en los delitos (arts. 935, 108, 166), 2) en el mandato, 3) los albaceas nombrados por el testador para actuar de común acuerdo, 4) en el comodato existiendo varios comodatarios, 5) los condóminos responden solidariamente por las cargas reales, y 6) en materia de accidentes del trabajo responden los que contraten o subcontraten.⁽¹⁸⁾

El estado social y democrático de derecho definirá la solidaridad como un deber general, exento por ello de contraprestación, cuyo obligado principal son los poderes públicos y los ciudadanos y cuyo beneficiario es siempre la comunidad.⁽¹⁹⁾

(18) PIZARRO DANIEL, en AA.VV, Alberto Bueres (dir), *Código Comentado*, Bs. As., Hammurabi, 1998, t. II, p. 668.

(19) VIDAL GIL, ERNESTO J., “Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho X*, 1993, pp. 89/110.

La estructura heredada del derecho civil y del paradigma del derecho privado, que presupone la igual condición de las partes y somete su ejercicio a la reciprocidad y correlatividad en la atribución de derechos y deberes es inadecuada para regular los deberes y funciones positivas del Estado,⁽²⁰⁾ al que se le exige políticas de discriminación inversa:

“...porque su finalidad no es la de realizar un intercambio entre iguales, sino transferir recursos, adscribir bienes y adjudicar, reconocer y tutelar derechos a sujetos que por su status personal (menores e incapaces), sociales (marginados, parados, inmigrantes, enfermos) o por su propia definición quedarían al margen del ámbito jurídico.

(...) porque carece de sentido aplicar a esta solidaridad el instrumento propio de la llamada justicia conmutativa que exige simetría, igualdad de trato, vinculación genética y funcional entre las prestaciones de uno y otro obligados, y presume que ambos obligados son sujetos de derecho y se encuentran en una ficticia situación de igualdad por lo que el resultado no puede ser más que el de la igualdad entre lo que se da y lo que se recibe. La justicia distributiva por el contrario regula las relaciones de derecho público, parte de la desigualdad de condiciones, se extiende igualmente a aquéllos que por no cumplir las exigencias del ordenamiento no pueden ser considerados sujetos de derechos y tiende a un resultado más equitativo porque así lo exige el principio y valor superior de la igualdad y la solidaridad”.⁽²¹⁾

Cuando fracasan las políticas sociales, aparece el espectro acusador de la exclusión, estigma vergonzante que sume a millones de personas a la degradación humana, lo que provoca daños psicológicos de difícil reversión, pérdida de autestima, aislamiento, desconfianza, caída libre de las ilusiones y sueños personales. La Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires (UBA) realizó un estudio sobre qué pasa con las

(20) Ver conferencia de ERNESTO, ABRIL, “Estado de Derecho: Ciudadanía y Derechos Sociales”. Seminario: *La exigibilidad de los derechos sociales. Nuevos retos para el derecho del siglo XXI*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, “Bartolomé de Las Casas” de la Universidad Carlos III, abril 2008.

(21) VIDAL GIL, ERNESTO J., *op.cit.*

personas cuando están desocupadas por períodos prolongados, entrevistando a desocupados argentinos, la conclusión fue que un porcentaje importante de ellos empiezan “a destruirse a sí mismos y a su familia”.⁽²²⁾

El centro de gravedad psíquico de las personas es su “pulsión por la vida”, que se va vaciando lentamente con la depresión crónica del excluido, que aún con la esperanza que alguien lo ayude, ve cómo la resignación al desamparo se va apoderando de él, perdiendo fuerzas y capacidad de lucha.⁽²³⁾

3 | Responsabilidad solidaria

El ser humano vive y se desarrolla en sociedad.

Aristóteles dice que la sociedad es un hecho natural y el Estado, como organización política resultante de la asociación de individuos, familias y pueblo, se origina para resolver las necesidades básicas de la vida.

En el Siglo XV Ibn Khaldun sostiene que “...la sociedad humana nace por necesidad, pues ningún ser humano puede vivir a menos que se una a sus compañeros, ya que él no puede, sin ayuda, hacer las numerosísimas herramientas que necesita”.⁽²⁴⁾

Amartya Sen va a completar diciendo que no es suficiente con atender las necesidades: “...sin duda la gente tiene ‘necesidades’, pero también tiene

(22) KLIKSBERG BERNARDO Y SEN, AMARTYA, *Primero la Gente*, España, Ediciones Deusto S.A. 2008, p. 282.

“Si se ponen en marcha políticas culturales activas, con un respaldo público fuerte, orientadas a amplios sectores desfavorecidos, la cultura puede ser un camino hacia la inclusión totalmente reforzante de los otros caminos. Lo que puede hacer la cultura en devolución de la autestima de grupos marginados es de mucha relevancia. Los seres humanos pueden perder todo, pero son portadores de cultura. Incluir activamente en las políticas culturales a los grupos marginales excluidos como, entre otros, los indígenas, es un camino para devolverles la autestima colectiva. El respeto y la movilización de su cultura valorizará a las personas y al grupo”.

(23) Dr. Carlos Mario Aslán en entrevista con Luisa Kremer, programa televisivo Psicoanálisis y actualidad en canal Metro, 2008.

(24) MARTINDALE, DON, *La teoría sociológica*, trad.de Francisco Juarez Moreno, Madrid, Ed. Aguilar, 1979, pp. 153/154.

valores y, en especial, la capacidad de razonar, de evaluar, de actuar y de participar. Visualizar a las personas solamente en función de sus necesidades podría transmitir una visión bastante limitada de la humanidad".⁽²⁵⁾

Conformadas las instituciones, de ellas se dice que "son un tipo particular de modelo normativo"; se espera generalmente la conformidad de las mismas, "...y cuando no se presta tal conformidad, se provoca la indignación moral de aquellas personas implicadas en el mismo sistema social general. (...) Los miembros de la sociedad son la pluralidad de individuos en interacción implicados en el sistema y actuando conforme a éste".⁽²⁶⁾

La palabra solidario, desde un punto de vista moral hace referencia a un acto "voluntario, desinteresado y hacia un necesitado". Una responsabilidad solidaria irá más allá de la obligación legal y formal de realizar bien el trabajo asignado —cosa que ya es muy importante— le agregará una decisión y compromiso personal de ofrecer lo mejor de uno, sintiéndose parte importante del trabajo comunitario. Entonces al prójimo se lo valorará más por su interioridad, entonces sí se lo podrá ver y tratar como a un igual. Sin embargo, en la sociedad todavía perduran diferencias entre los "iguales", por lo que habrá que reconocer a dos grupos: uno que logra ejercer sus derechos constitucionales y otro que no lo logra en la misma medida que el primero. Es sobre este segundo grupo que una responsabilidad solidaria —máxime en un funcionario que decide sobre temas socio-familiares, como el juez de familia— se debe hacer hincapié, con una mirada preferencial. El todo son los dos grupos, y el grupo postergado también se merece, por pertenecer al todo, poder ejercer también los mismos e iguales derechos constitucionales, como un igual, siendo la resultante un todo más justo, que incluso dará más garantías al primer grupo. Es así que decidir y ejecutar una opción preferencial hacia los más vulnerables y débiles, es la mejor estrategia para recuperar ésta, nuestra dividida sociedad.

En similar sentido se percibe la siguiente manifestación de Julia Barragán:

"...el cultivo constante de las virtudes de honradez y altruismo no sólo es capaz de lograr un cambio positivo en las propias con-

.....

(25) AMARTYA, SEN y KLIKSBURG, BERNARDO, *op. cit.*, p. 54.

(26) MARTINDALE, DON, *op.cit.*, pp. 576/577.

ductas individuales, sino que al mismo tiempo tiene el poder de promover una transformación virtuosa de la totalidad del escenario social (...) Obviamente, el diagnosticar, evaluar y estimular de manera constante esta actitud moral requiere de un gran esfuerzo teórico y político, así como también de costos que deberán ser calculados cuidadosamente”.

Respeto al Código Civil, el legislador ha impuesto normas de derecho de familia en forma de valores, y uno de esos valores es la solidaridad, por lo que la “voluntad obligante” ya no se sitúa sólo en el campo de la moral individual, sino que impone positivamente al juez para que haga cumplir “las promesas” e imperios que redactó el legislador.⁽²⁷⁾

Entonces, se le pedirá al juez que no vea a los otros seres humanos como individuos funcionantes o funcionales a un grupo social determinado, sino que los vea como personas individuales nutridas de valores humanos que deben ser reconocidos. Cuando éste tenga frente a él una persona vulnerable socialmente, el juez no debería ver sólo las carencias de las persona, sino más bien lo mucho que tiene en potencialidad de valor humano.

Para promover esta concepción de la responsabilidad solidaria nos comprometemos a ver las “desventajas sociales inmerecidas moralmente” y que pueden ser vinculadas a una causa socioestructural:

“...la falta de educación es una de las causas, ya que las condiciones de acceso a la educación dependen del modo en que la sociedad decide organizarse. La estructura social siempre impactará en la extensión y gravedad de cualquier desventaja. Nuestra responsabilidad central como sociedad comprometida con la igualdad estructural de oportunidades es evitar que la estructura social opere en sí misma como causa de desigualdad”.⁽²⁸⁾

Es en el ámbito de la doctrina donde encontramos interesantes aportaciones para un análisis de los rasgos de la responsabilidad judicial: la

(27) GARAPÓN, ANTOINE, *Juez y Democracia*, 1ªed., trad. de Manuel Escrivá de Romaní, Madrid, Flor del Viento ediciones.,1997.

(28) GROSMAN, LUCAS S., “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina” en AA.VV., Roberto Gargarella y Marcelo Alegre(coords.), *El Derecho a la Igualdad*, Lexis Nexis, 1997, p. 220.

afirmación de Aída Kemelmajer de Carlucci “...es ético que el juez asuma un rol docente” esto ha de ser visto concatenado con otro de los rasgos de la responsabilidad judicial que es la de incrementar los horizontes de “confianza social”.⁽²⁹⁾ Al respecto se afirma que más allá de los lineamientos clásicos de los estudios tradicionales,

“...la estructura de la institución judicial puede ser considerada como un cuerpo de arreglos, restricciones e incentivos, cuya finalidad explícita es la de resolver contenciosos, mientras que implícitamente su función se dirige a incrementar los niveles de confianza social, para disminuir los costos de transacción. Si aceptamos este punto de vista, los jueces cumplirían con esta función, es decir, la de ser promotores de la confianza colectiva mediante el cumplimiento de tareas, que pueden ser analizadas en dos niveles. Por un lado está el nivel que considera a las tareas como productoras de soluciones a controversias entre intereses divergentes, por el otro, el nivel que las analiza como ‘eventos públicos’ generadores de espacios de confianza”.⁽³⁰⁾

4 | Jurisprudencia en la ética de la urgencia

Ante el pedido de amparo presentado por la madre de una joven discapacitada de 25 años de edad, con discapacidad motora, mental, visceral y sensorial, con un estado de mínima conciencia por un traumatismo craneoencefálico severo, que la obliga a desplazarse con andador con asistencia parcial, en el dictamen de la Procuradorade la Corte Suprema⁽³¹⁾

.....

(29) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *op cit.* p.35.

(30) BARRAGÁN, JULIA “Decisiones judiciales y desempeño institucional” en AA.VV, Jorge Ma-lem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comp), *La función judicial*, Barcelona, ed. Gedisa, 2003, p. 193.

(31) Véase: M. 2648. XLI, Recurso de Hecho María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial. “Al relatar los antecedentes de la causa, refiere el rechazo del primer amparo, circunstancia que afirma, la forzó en ese momento a continuar el trámite administrativo. Narra que se interpuso queja ante el señor Gobernador, amparo por mora debido al persistente silencio y que, ante la amenaza de realizar una denuncia penal por violación de los deberes de funcionario público, se expidió la obra social (IOSPER), lo que se puede comprobar de las copias agregadas en autos. Expresa que la resolución del

reparamos: corresponde recordar, en primer término, que V. E. tiene dicho que el derecho a la salud —máxime cuando se trata de enfermedades graves— está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual, los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (ver doctrina de Fallos: 323:3229).

En un *paper* de Roberto Gargarella intitulado “Derechos de Cartón” realizado sobre la decisión de un juez de otorgar derechos de educación a los hijos de los cartoneros, luego de que el poder judicial embargara los fondos (sobrantes) de la ciudad de Buenos Aires, con el objeto de atender las necesidades educativas de los hijos de algunos de los miembros más desaventajados de la sociedad —los “cartoneros”—, el autor señala:

“Por un lado, si un funcionario público tolera la violación flagrante de derechos no es mesurado, sino cómplice. Por otro lado, no sólo no rechazamos, sino que habitualmente reclamamos —de modo absolutamente razonable— el activismo judicial en una multiplicidad de casos cotidianos. Veríamos como insólito —como algo absurdo— que un juez no se movilizara para evitar una discriminación racial, o para levantar la censura de un programa político, por temor a convertirse en un juez activista”.

El fallo del juez Martín Alesi de Rawson del 20 de febrero de 2008, nos recuerda que es deber de los jueces erradicar la violencia y reflexiona:⁽³²⁾

.....

mes de mayo de 2005, no dio cobertura alguna a la afiliada de las prestaciones que necesitaba, a sabiendas que su tratamiento había sido interrumpido en febrero de 2005. Añade que en mayo del mismo año, el conflicto requería en forma urgente de la intervención de la justicia, y así fue que se interpuso esta acción de amparo ante el Juez Correccional N° 1, que hizo lugar al pedido de la medida cautelar, posibilitándole reanudar su rehabilitación en la forma prescripta por sus médicos”.

(32) Denuncia de violencia familiar. La resolución fija una audiencia a la que deberán concurrir además de las partes, el Sr. Secretario de Familia y Promoción Social y el Sr. Director General de Inspecciones de la Municipalidad de Rawson. Fueron convocados en virtud de que el denunciado es empleado municipal (dependiente de la Dirección de tránsito local). “Que en el orden local, el Hble. Consejo Deliberante de nuestra ciudad ha sancionado distintas ordenanzas de aplicación al caso concreto: la Ordenanza N° 2120 (estatuto de los empleados mu-

“...el art. 7 de la Convención obliga a velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se abstengan de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer (inc. a); a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (inc. b); y en particular, a incluir en su legislación interna no sólo normas penales y civiles, sino también administrativas, además de adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso (inc. c)”.

También consideró importante resaltar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció, en el informe n° 54/01 caso 12.051: “Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil” (16 de abril de 2001), la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial en casos de violencia doméstica. La Comisión determinó que la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia, que va más allá de la obligación de procesar y condenar; también incluye la de “prevenir estas prácticas degradantes” (párr. 56). En este caso, la Comisión agregó además que la falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones de su ex marido. Advirtió también que esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. “Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer”.

Persigue el mismo resultado el fallo donde una abuela intenta desalojar a sus nietos y los magistrados de la Cámara de Apelaciones no hacen lugar a la demanda de la abuela y además comunican a la Oficina de Derechos Humanos del Superior Tribunal de Justicia.⁽³³⁾ La ley provincial 9053, de Pro-

nicipales) en su artículo 13 obliga al empleado a “observar en su tarea una conducta decorosa y digna de confianza que su estado oficial exige” (inc. b). A su vez, la Ordenanza N° 5681 tiene como finalidad establecer los principios que deben guiar la acción del funcionario público municipal, tales como la probidad, honestidad, eficiencia, idoneidad y responsabilidad.”

(33) Cám. Civ. y Com de Córdoba de Primera Nominación, “Zalkind Ester c/ Castro Damián Santiago y Otro s/ Desalojo”, 05/07/2005. expte. n° 19.937/36”. “3) Poner en conocimiento del Señor Juez de Menores en Turno y a la Oficina de Derechos Humanos y Justicia del Poder Judicial de Córdoba la presente resolución por la situación de riesgo a que está expuesta la menor y a sus efectos, a cuyo fin acompaña de la presente [...] Que, por

tección Judicial del Niño y el Adolescente, recuerda que la familia, la comunidad y el Estado Provincial "...son responsables y garantes del desarrollo físico, psicológico, moral, espiritual y social de los niños y adolescentes menores de edad, conforme lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño y la Constitución Provincial..." (art. 1), lo que no hace sino ratificar las disposiciones del derecho privado y las internacionales incorporadas en la reforma de 1994 de la Constitución Nacional en su art. 75, inc. 22.

En una sentencia más reciente un juez federal argentino hizo lugar al amparo colectivo presentado por el Defensor del Pueblo reclamando el aumento del haber jubilatorio mínimo.⁽³⁴⁾

5 | Consideraciones finales para tener en cuenta y proseguir el debate

Se ha intitulado derecho de familia de inclusión social al sistema jurídico-político que tiene por estrategia recuperar la unidad, dignidad e igualdad de todas las familias, de sus miembros, aprovechando su conformación natural, su raigambre genética y su vigor afectivo y solidario, de modo que se desarrolle una sociedad a su imagen y semejanza.

Así como Dworkin se pregunta si los jueces deben ser filósofos, nosotros nos hemos preguntado: ¿deben los jueces ser solidarios? Mucho se ha abundado en la justificación de que la responsabilidad judicial debe ser solidaria, un paso más allá de la muy importante pero mera obligación legal y formal del trabajo asignado, con lo cual con este salto de calidad y humanidad se podrá ir avanzando en el ideal del derecho de familia de inclusión social.

Los jueces tienen en sus manos y a su cargo el deber de modificar las realidades históricas de marginación de los grupos postergados de la

.....
otro lado, el art. 367 CC impone igual deber alimentario, comprensivo de la 'vivienda', a los abuelos y abuelas y demás ascendientes. Es claro que ante tales disposiciones, la pretensión de la abuela paterna de desalojar del inmueble a su nieta menor de edad y a la madre de ésta, luce como una acto verdaderamente repugnante y violatorio de los deberes básicos de asistencia familiar".

(34) Fallo del juez Alberto Ize, año 2008.

sociedad:⁽³⁵⁾ “Los jueces no deben reemplazar a los ciudadanos en la resolución de conflictos morales básicos, sino que, en cualquier caso, deben ponerse a su servicio para asegurar que la decisión que se tome sea el resultado de un auténtico proceso de reflexión colectiva”.⁽³⁶⁾

Los jueces deben cumplir con sus “deberes institucionales”.⁽³⁷⁾ Quien accede a un cargo público, como los jueces, “...se compromete a respetar las reglas inherentes a dicho cargo (...) Asumir el compromiso de desempeñar el cargo de juez, implica aceptar todos los deberes que son consustanciales al mismo”.⁽³⁸⁾ Se trata de deberes jurídicos que hacen al “cargo o función”.

El juez de familia —por el tipo de personas y problemas que llegan a su estrado— debe comprender con mayor sensibilidad la vulnerabilidad de la psiquis humana, ya que es garante de los derechos fundamentales incorporados en los Tratados de Derechos Humanos.

Conviene recordar, igualmente, que los menores y/o discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente

.....

(35) Ver para el desarrollo de esta discusión, por ejemplo, Cámara en lo Civil, Com., Flia., Contnc. Adm. de Deán Funes, Córdoba, “L. M. d. C. Solicita implementación de medidas autosatisfactivas”, donde la Auto Interlocutorio 1 bis de 17/03/2000 se preocupa por la decisión en autorizar a un menor de edad a viajar al exterior con su madre decidiendo en forma de medidas autosatisfactivas. Dice la resolución: “Por último, como la doctrina lo señala: ‘El proceso de familia exhibe ciertas notas típicas diferenciales que lo caracterizan y que interactúan influyéndose recíprocamente, entre ellas y en un plano principal, el encubramiento del juez, asentado decisivamente como un verdadero “activista”, “acompañante”, tras la búsqueda de soluciones más justas y equitativas, que contemplen los intereses sociales superiores comprometidos en la decisión de los conflictos familiares. El Estado a través del órgano jurisdiccional competente, está plenamente facultado para proceder a la autorización judicial supletoria, teniendo en cuenta la protección y formación integral de la menor y el interés familiar, más aun cuando el progenitor soslayó el cumplimiento de todas las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad, desatendiendo los intereses de la menor”. Ver “Medidas Cautelares”, en *Revista de Derecho Procesal*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, t. I, p.166.

(36) NINO,EZEQUIEL, “Efecto o Intención: cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación”, en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (comps.), *El derecho a la igualdad*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007, p. 246.

(37) Ver MALEM, JORGE, *Estudios de Ética Jurídica*, México, Fontamara, 1996.

Al hablar de “deberes institucionales” se hace “referencia a requerimientos morales, y también jurídicos, que están íntimamente relacionados con ciertas posiciones, oficios, funciones o papeles que una persona puede llegar a desempeñar.

.....
(38) MALEM, JORGE, *Íbid.*

obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su interés, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos (ver doctrina de Fallos: 322:2701; 324:122; 327:2413).⁽³⁹⁾

(39) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S., M. F. c. Instituto de Obra Social del Ejército", 18/06/2008.

Fuentes ciudades

Índice de fuentes citadas

- AA. VV., “Fideicomiso testamentario”, en *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial, 22/09/1999.
- ALEGRE, MARCELO y GARGARELLA, ROBERTO (coords.), *El derecho a la igualdad*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007.
- ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998.
- BARRAGÁN, JULIA, “Decisiones judiciales y des-empeño institucional”, en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- BELLUSCIO, AUGUSTO, “Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia”, en *Revista jurídica argentina La Ley*, t. 1995-A.
- BETTI, E., “Teoría general del negocio jurídico”, en *RDP*, n° 45, Madrid, 1959.
- BROSETA PONT, M., *Manual de derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1971.
- BUERES, ALBERTO (dir.), *Código comentado, Hammurabi*, 1998, t. II.
- CASSOTANA, M., “Il problema dell’interpretazione delle condizioni generali di contratto”, en Massimo Bianca, *Le Condizioni di Contratto*, t. I, Giuffré, Milano, 1979, pp. 126 y ss.
- COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.
- DANZ, E., *La interpretación de los negocios jurídicos*, en *RDP*, Madrid, 1955.
- DRI, RUBÉN R., “La filosofía del Estado ético. La concepción hegeliana del Estado”, en Atilio Borón (comp.), *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Bs. As., CLACSO, 2000.
- ERNESTO, ABRIL: “Estado de derecho: ciudadanía y derechos sociales”, en *Seminario: La exigibilidad de los derechos sociales. Nuevos retos para el derecho del siglo XXI*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas” de la Universidad Carlos III, abril de 2008.
- FAZZIO DE BELLO, MARTA E., *Teoría y técnica del boleto de compraventa*, Bs. As., Abaco de Rodolfo Depalma, 1984.
- FERRARECE, ROSARIA, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, Italia, Editori Laterza, 2006.
- FERRERES, VÍCTOR, “El principio de igualdad y el derecho a no casarse”, en *Revista española de derecho constitucional*, n° 42, sept.-oct., 1994.
- FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE, *Estudios de derecho de familia. La Constitución de 1978 y el derecho de familia*, Barcelona, Bosch, t. I, 1981.
- GARAPÓN, ANTOINE, *Juez y democracia*, Ira. ed., trad. de Manuel Escrivá de Romaní, Madrid, Flor del Viento, 1997.
- GARCÍA AMIGO, M., “Ley alemana occidental sobre condiciones generales”, en *RDP*, Madrid, mayo 1978.
- GARGARELLA, ROBERTO (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, Barcelona, 1999.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- GARGARELLA, ROBERTO; “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”, en *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, n° 4, 2007.
- GARRIDO, ROQUE F. y ZAGO, JORGE A., *Contratos civiles y comerciales*, Parte General, Bs. As., Ed. Universidad, 1998.
- GATTI, EDMUNDO y ALTERINI, JORGE H., *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, Bs. As., La Ley, 1981.
- GROSMAN, LUCAS S., “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad*, Lexis Nexis, 1997.
- IRTI, NATALINO, *La cultura del diritto civile*, Torino, Italia, UTET, 1990.
- IRTI, NATALINO, *La edad de la descodificación*, Barcelona, España, Bosch, 1992.
- JUNYET BAS, FRANCISCO y BORETTO, MAURICIO, *Reformas al derecho privado patrimonial en el Proyecto de Código Civil Unificado en el Código de Comercio*, Bs. As., Errepar, 2012.
- JUNYET BAS, FRANCISCO y MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Bases para una reforma del régimen del fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción*, Bs. As., La Ley, 2007-C.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Ética de los jueces. Análisis pragmático”, en *Serie Ética Judicial*, n° 10, México, SCJN, 2006.
- KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWski, SILVIO, “El fideicomiso en el proyecto de Código”, en *Revista Jurídica La Ley*, n° 160, año LXXVI, 27/08/2012.
- KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWski, SILVIO, *Tratado de fideicomiso*, Bs. As., Lexis Nexis/Depalma, 2003.
- KLIKSBERG BERNARDO y SEN, AMARTYA, *Primero la gente*, España, Ediciones Deusto SA, 2008.
- KLIKSBERG, BERNARDO, “La familia en peligro”, s/d, 2007. Ver texto en: www.observatoriodelosderechoshumanos.org
- LASARTE, CARLOS, *Contratos, Principios de Derecho Civil III*, 13ra. ed., Madrid, Marcial Pons, 2010.
- LIMA MARQUES, CLAUDIA, “A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?”, en Claudia Lima Marques (coord.), *A nova crise do contrato*, São Paulo, Brasil, Rev. Dos Tribunais, 2007.
- LIMA MARQUES, CLAUDIA, *Contratos no código de defesa do consumidor*, 6ta. ed., São Paulo, Brasil, Rev. Dos Tribunais, 2011.
- LIMA MARQUES, CLAUDIA (coord.), *Diálogo das Fontes, do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, São Paulo, Rev. Dos Tribunais, 2012.
- LIMA MARQUES, CLAUDIA (coord.), “Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo Código Civil, do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas”, en *Revista Direito do Consumidor*, Janeiro, 2003, vol. 45.
- LIMA MARQUES, CLAUDIA, “O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en Claudia Lima Marques (coord.), *Diálogo das Fontes, do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, São Paulo, Rev. Dos Tribunais, 2012.
- LIMA MARQUES, CLAUDIA, “Superacao das antinomias pelo diálogo das fontes o modelo brasileiro de coexistencia entre o Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002”, en *Revista Direito do Consumidor*, julio 2004, vol. 51.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Sistemas de interpretación de los contratos*, n° 50, Chile, Universitarias de Valparaíso, 1971.
- LORENZETTI, RICARDO, *La decisión judicial*, Santa fe, Rubinzal Culzoni, 2006.
- LORENZETTI, RICARDO, “Las normas fundamentales de derecho privado”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 1994.
- LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los Contratos*, Parte General, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004.
- LLAMBIÁS, JORGE J. y ALTERINI, ATILO A., *Código Civil Anotado*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, t. III A.
- MALEM, JORGE, *Estudios de Ética Jurídica*, México, Fontamara, 1996.
- MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO, *Fideicomiso*, Bs. As., La Ley, 2008.
- MÁRQUEZ, JOSÉ F. (comp.), “Sobre las facultades de administración y disposición del fiduciario”, en *Revista jurídica La Ley*, 2007-D.
- MARTINDALE, DON, *La teoría sociológica*, trad. de Francisco Juárez Moreno, Madrid, Aguilar, 1979.
- MAURINO, GUSTAVO, “Pobreza y Discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad*, Bs. As., Lexis Nexis-ACIJ, 2007.
- MOISSET DE ESPANES, LUIS, “Aspectos registrales del fideicomiso (Ley 24.441)”, en *JA*, 1995 III.
- MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Editorial B. de F., Montevideo, Bs. As., 2009.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998.
- MUGUILLO, ROBERTO, *Prenda con Registro*, Bs. As., Astrea, 2001.
- MUÑOZ, L., “Teoría general del contrato”, n° 119, Cárdenas, México, 1973.
- NICOLAU, NOEMÍ L., *Fundamentos de derecho contractual. Teoría general del contrato*, Bs. As., La Ley, 2009.
- NICOLAU, NOEMÍ, “Visión humanista del derecho de las obligaciones, acerca del pago, el beneficio de competencia y el término de gracia”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n° 6, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- NINO, EZEQUIEL, “Efecto o intención: cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007.
- NISSEN, RICARDO, *Ley de Sociedades Comerciales*, Bs. As., Abaco de Rodolfo Depalma, 1993.
- PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999.
- PERALTA MARISCAL, LEOPOLDO L., “¿Fideicomiso de garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2000-D.
- PERALTA MARISCAL, LEOPOLDO L., “Fideicomiso sí; de garantía no”, en *Revista jurídica La Ley*, 2001-B.
- PIZARRO, RAMÓN D., “La responsabilidad objetiva del fiduciario por los daños causados por el riesgo o vicio de cosas fideicomitidas”, en *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Santa Fe, UNLFCJS, 2005.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- POSNER, RICHARD, *El análisis económico del derecho*, FCEM, 1998.
- REGGIARDO, ROBERTO S., “El Fideicomiso en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa*, año III, n° 5, octubre de 2012.
- ROMAGNOLI, G., *Clausole vessatorie e contratto d’impresa*, Cedam, Roma, 1977.
- ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión”, en *ADC*, Madrid, 1949, t. II.
- SALANDRA, V., “*Il contratto di adesione*”, en *Revista di Diritto Commerciali*, n° 16, 1928-I.
- SANTOS BRIZ, J., *La Contratación Privada*, n° 19, Madrid, Montecorvo, 1966.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, *A Glozalizacao e as ciencias sociais*, São Paulo, Cortez, 2002.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, *La globalización del derecho*, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 2002.
- SKLAIR, LESLIE, *Sociología del sistema global*, Barcelona, Gedisa, 1995.
- SOZZO, GONZALO, “Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3.
- SOZZO, GONZALO, “Contratos sobre bienes colectivos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Sección Contratos, n° 2003-3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.
- SOZZO, GONZALO, “El principio de no retroceso en el campo de la teoría jurídica: el progreso como perdurabilidad para las generaciones futuras”, en Michel Prieur y Gonzalo Sozzo (dirs.), *La no regression en droit de l’environnement*, Bélgica, Bruylant, 2012.
- SOZZO, GONZALO, “¿Es tan importante recodificar?”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 1, UNL, Nueva Época, 2001.
- SOZZO, GONZALO, “Problemas en torno al objeto del contrato”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Comentarios a fallos, Sección de Jurisprudencia sobre contratos, n° 2007-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007.
- SOZZO, GONZALO, “Riesgos ambientales (contratos creadores de riesgos y principio de precaución)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Sección Contratos, n° 2008-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.
- SPALLAROSSA, MARÍA ROSA, *Famiglia e servizi. Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie*, Milano, Giuffrè Editore, 2001.
- STIGLITZ, GABRIEL, “La defensa del consumidor en el Proyecto de Código”, en *Revista jurídica La Ley*, 2012-F-793.
- STIGLITZ, RUBÉN S., “Declaración emitida sin seriedad en etapa de ejecución de contrato (Pronunciamiento del asegurador acerca del derecho del asegurado)”, en *Revista jurídica La Ley*, 1981-A-12.
- STIGLITZ, RUBÉN S., *Contratos Civiles y Comerciales*, Parte General, 2da. ed., Bs. As., La Ley, 2010.
- STIGLITZ, RUBEN S., *Derecho de seguros*, Abeledo Perrot.
- ULMER, P., “Diez años de la Ley alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas”, en *ADC*, III, Madrid, 1988, t. XLI.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

VACCARELLI, H., “Aspectos registrales. Contrato de fideicomiso”, en *Revista del Notariado*, Número extraordinario, Bs. As., 1995.

VIDAL GIL, ERNESTO J., “Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho X*, 1993.

VON TUHR, A., *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, Bs. As., Depalma, 1947, vol. II-22.

VON TUHR, A., *Teoría general del derecho civil alemán*, Bs. As., Depalma, 1948, vol. II-2.

WAYAR, ERNESTO, *Tarjeta de crédito y defensa del consumidor*, Bs. As., Astrea, 2000.

Índice Temático

A

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

P. 5, 26, 39, 48, 49, 105

libertad de contratación P. 5, 26, 39,
56, 100, 105, 112, 133

B

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

P. 4, 81, 85

BUENA FE P. 6, 65, 70, 82, 104

C

CONSENTIMIENTO P. 4, 8, 9, 11, 15, 16,
17, 18, 19, 24, 32, 33, 35, 76, 105, 112

consentimiento paritario P. 15

CONTRATOS P. 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10,

11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29,
31, 32, 33, 35, 37, 38, 39, 40, 43, 46, 47, 48, 50, 52, 53, 54, 55,
56, 57, 60, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 73, 75, 76, 77, 79, 87,
88, 89, 91, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 104, 106, 107, 109, 110,
111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 125,
132, 133, 136, 137, 140, 141, 148, 149, 150

abuso contractual P. 58, 76

cartas de intención P. 11

concepto de contrato P. 4, 21, 22

conservación del contrato P. 6

contrato de opción P. 12

contrato plurilateral P. 20, 21, 22

contrato preliminar P. 11, 12

contratos a título gratuito P. 22, 23

contratos a título oneroso P. 22, 24

contratos bilaterales P. 20, 21, 22

contratos conexos P. 28

contrato sujeto a conformidad P. 14

contrato unilateral P. 20

conversión P. 42, 43, 44, 45, 46, 49, 50

forma impuesta P. 31, 37, 38, 39, 40, 41, 42,
43, 44, 47, 50, 54

pacto de preferencia P. 13

principio de libertad de formas P. 37

seña P. 14, 15

CONTRATOS BANCARIOS P. 25, 50,

91, 106, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 120, 121,
123, 132, 133, 140

apertura de crédito P. 119, 132, 133, 134

cuenta corriente P. 110, 119, 124, 127,
128, 129, 131, 135

cuenta corriente bancaria P. 110, 119,
124, 127, 128, 129, 131

depósito en dinero P. 125

descuento bancario P. 111, 132, 134

préstamo bancario P. 133

servicio de caja de seguridad P. 111, 136

CONTRATOS POR ADHESIÓN P. 56, 57,

60, 62, 64, 67, 68, 73, 76, 77

cláusulas abusivas P. 56, 68, 69, 70,
71, 73, 75, 76, 77, 84, 89, 91, 112

cláusulas ambiguas P. 64

cláusulas particulares P. 55, 62, 63, 64

cláusulas predispuestas P. 55, 56, 59,
60, 64, 68, 74

cláusulas sorpresivas P. 68, 73, 75, 76

regla contra proferentem P. 65, 68

D

DEFENSA DE LA COMPETENCIA P. 97

DERECHO AMBIENTAL P. 87

ÍNDICE TEMÁTICO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR P. 70, 96
consumo sustentable P. 83, 85, 87, 88, 90, 91
contrato de consumo P. 55, 68, 69,
77, 98, 110, 113
Ley de Defensa del Consumidor P. 56,
64, 67, 69, 70, 71, 72, 102, 110
protección al consumidor P. 75, 110
relación de consumo P. 92, 96,
110, 112, 113, 120
tutela del consumidor P. 95, 96,
102, 103, 105, 106, 107

F

FIDEICOMISO P. 25, 50, 110,
143, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157,
158, 159
dominio fiduciario P. 147, 148, 149, 154, 158
fideicomiso financiero P. 148
fideicomiso testamentario P. 148, 157,
158

I

IMPREVISIÓN P. 24
instituto de la imprevisión P. 24

L

LEALTAD COMERCIAL P. 97

O

ORDEN DE PRELACIÓN NORMATIVA.
Véase PRELACIÓN NORMATIVA

P

PRELACIÓN NORMATIVA P. 6, 83, 97, 98
**PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN** P. 31
recodificación P. 79, 81

R

REGULACIÓN DEL CONSUMO. *Véase*
DERECHOS DEL CONSUMIDOR

T

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. *Véase*
IMPREVISIÓN

Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en marzo de 2013.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar

