Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso
Directores

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

Tomo IV

Libro Tercero

Artículos 1251 a 1881

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso
Directores

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

Tomo IV

Libro Tercero
Artículos 1251 a 1881

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

AUTORIDADES

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN
Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
Dr. Julio Alak

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA
Lic. María Florencia Carignano

DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA
Dra. María Paula Pontoriero

Caramelo, Gustavo
Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Gustavo Caramelo ; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015.
v. 4, 672 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-3720-33-8

1. Derecho Civil. 2. Derecho Comercial. I. Sebastián Picasso II. Herrera, Marisa III. Título
CDD 346

Fecha de catalogación: 17/07/2015

ISBN Obra completa: 978-987-3720-29-1
ISBN Tomo 4: 978-987-3720-33-8
Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

1ra. edición - diciembre 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras
Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin
Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

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

Infojus agradece el asesoramiento técnico brindado por la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión Registral, Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos (DNRUA), Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble; la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa; la Dirección Nacional de Relaciones con el Poder Legislativo; y el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS).

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. 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.

DIRECTORES

MARISA HERRERA

GUSTAVO CARAMELO

SEBASTIÁN PICASSO

DIRECCIÓN EDITORIAL

JULIÁN ÁLVAREZ

COORDINADORAS GENERALES

MARÍA PAULA PONTORIERO

LAURA PEREIRAS

COORDINADORES

NATALIA DE LA TORRE
Tomo I, II y VI

FIORELLA VIGO
Tomo I, II y VI

CECILIA KANDUS
Tomo III, IV y VI

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PERÍA
Tomo III y IV

LUIS R. J. SÁENZ
Tomo III y IV

FEDERICO CARESTIA
Tomo III y IV

FEDERICO CAUSSE
Tomo V

CHRISTIAN PETTIS
Tomo V

Infojus agradece el asesoramiento técnico brindado
por la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión Registral,
Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes
a Guarda con fines Adoptivos (DNRUA),
Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble;
la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa;
la Dirección Nacional de Relaciones con el Poder Legislativo;
y el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad
en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS).

COMENTARIOS
A LOS ARTÍCULOS DEL TOMO

MARÍA VICTORIA PEREIRA
Arts. 1251 a 1279

FLORENCIA INÉS CÓRDOBA
Arts. 1280 a 1318

MARÍA PAULA PONTORIERO
Arts. 1319 a 1334

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PERÍA
Arts. 1335 a 1355

GRACIELA LOMBARDI
Arts. 1356 a 1377
Arts. 1574 a 1608

GUSTAVO CARAMELO
Arts. 1378 a 1428

VERÓNICA SANDLER OBREGÓN
Art. 1429
Arts. 1649 a 1665

CECILIA KANDUS
Arts. 1430 a 1441

ALEJANDRA TÉVEZ
Arts. 1442 a 1478

HÉCTOR CHOMER, JORGE SILVIO SÍCOLI
y LUCAS RAMÍREZ BOSCO
Arts. 1479 a 1501

HÉCTOR CHOMER y JORGE SILVIO SÍCOLI
Arts. 1502 a 1524

SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI
Arts. 1525 a 1541

ESTEBAN OTERO
Arts. 1542 a 1573

GUILLERMINA COLOMER IRIARTE
Arts. 1609 a 1613
Arts. 1641 a 1648

MARCELA VIANO CARLOMAGNO
Arts. 1614 a 1640

SEBASTIÁN VARNI
Arts. 1666 a 1700

FEDERICO CAUSSE
Arts. 1701 a 1707

SEBASTÍAN PICASSO y LUIS R. J. SAÉNZ
Arts. 1708 a 1756

LUIS R. J. SAÉNZ
Arts. 1757 a 1780

EDUARDO MAC DONNELL
Arts. 1781 a 1793

EDUARDO CIVITATE
Arts. 1794 a 1814

JAVIER COSENTINO
Arts. 1815 a 1881

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

INTRODUCCIÓN AL LIBRO TERCERO (SEGUNDA PARTE)

MARISA HERRERA, SEBASTIÁN PICASSO
y GUSTAVO CARAMELO

En este tomo se continúa el análisis de la regulación de los contratos en particular, establecida en el Título IV del Código, iniciado en el Tomo III de esta obra.

Se comenta aquí la regulación de los contratos de obra y servicios, separados en su régimen de la locación de cosas, lo que constituye una mejora notoria con relación al régimen del Código Civil. Se continúa con la de contrato de transporte; el mandato; el contrato de consignación; el de corretaje; el depósito, en sus distintas variantes. Se ingresa luego en los contratos bancarios, cuya regulación constituye un avance notorio en términos de ordenamiento sistémico y de protección de los derechos de los consumidores, pues contiene una regulación general, que incluye la de los contratos bancarios con consumidores, para transitar luego por la regulación de seis contratos en particular. La labor de análisis continúa luego con la de la regulación del contrato de factoraje; con los contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio y con el régimen normativo de la cuenta corriente; sigue la consideración de los contratos asociativos y los contratos de distribución; el mutuo; el comodato; la donación; la fianza; el contrato oneroso de renta vitalicia; el contrato de juego y de apuesta; la cesión de derechos, incorporando la regulación de la cesión de deudas y la de posición contractual; la transacción como contrato; el contrato de arbitraje y el de fideicomiso, con una regulación mejorada del dominio fiduciario. Se trata de un conjunto de herramientas jurídicas idóneas para el desarrollo de proyectos que a menudo han de trascender lo estrictamente particular, para proyectar beneficios en la sociedad.

Tras ello se ingresa en el comentario de las normas contenidas en el Título V, dedicado a otras fuentes de las obligaciones, regulación que comienza con la de la responsabilidad civil, de enorme importancia en la sociedad moderna. En este núcleo normativo del derecho de daños se prevén las funciones preventiva y resarcitoria. Se unifican los regímenes de la responsabilidad contractual y extracontractual, contemplando la previsibilidad en materia contractual como una nota diferencial insoslayable del sistema. Se desarrolla la regulación del daño resarcible, la responsabilidad directa, la generada por el hecho de terceros y la derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades; así como la responsabilidad colectiva y anónima y la determinable en supuestos especiales, como la de las personas jurídicas, los establecimientos educativos, los profesionales liberales, entre

otros. Finalmente, se analiza la regulación de las acciones de responsabilidad y la relación entre las acciones civil y penal, basada en el principio de la independencia entre ambas.

Luego, el lector encontrará los comentarios correspondientes al régimen regulatorio de la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa y la declaración unilateral de voluntad, comprensiva de la promesa pública de recompensa, el concurso público y las garantías unilaterales.

El Código atiende a la dinámica del mercado y regula el régimen legal de los títulos valores, que comprende los cartulares, los títulos al portador, los títulos valores a la orden, los nominativos endosables, los nominativos no endosables, los valores no cartulares, entre otros supuestos. La regulación siguió en esto en gran medida al Proyecto de 1998 e incorporó las reglas jurídicas básicas más aceptadas, con la finalidad tanto de promover la circulación amplia de dichos títulos como la seguridad pública.

Como podrá advertir quien aborde la lectura de los comentarios que aquí acercamos, se trata de una regulación moderna, que responde a los criterios predominantes en la doctrina y la jurisprudencia argentinas, desarrollada teniendo en consideración tanto las exigencias de la vida social y del mercado como criterios adecuados de justicia.

ÍNDICE GENERAL

Página

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado..... 1

LIBRO TERCERO. DERECHOS PERSONALES

TÍTULO IV - Contratos en particular

CAPÍTULO 6 - Obra y servicios

Comentarios de María Victoria Pereira

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBRAS Y A LOS SERVICIOS

Artículo 1251.- Definición 1
Artículo 1252.- Calificación del contrato 3
Artículo 1253.- Medios utilizados..... 5
Artículo 1254.- Cooperación de terceros 6
Artículo 1255.- Precio..... 7
Artículo 1256.- Obligaciones del contratista y del prestador..... 9
Artículo 1257.- Obligaciones del comitente 10
Artículo 1258.- Riesgos de la contratación..... 12
Artículo 1259.- Muerte del comitente 13
Artículo 1260.- Muerte del contratista o prestador..... 13
Artículo 1261.- Desistimiento unilateral 15

SECCIÓN 2ª - DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LAS OBRAS

Artículo 1262.- Sistemas de contratación..... 15
Artículo 1263.- Retribución..... 16
Artículo 1264.- Variaciones del proyecto convenido..... 18
Artículo 1265.- Diferencias de retribución surgidas de modificaciones autorizadas..... 18
Artículo 1266.- Obra por pieza o medida 20
Artículo 1267.- Imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa 21
Artículo 1268.- Destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega 21
Artículo 1269.- Derecho a verificar..... 23
Artículo 1270.- Aceptación de la obra..... 23
Artículo 1271.- Vicios o defectos y diferencias en la calidad..... 24
Artículo 1272.- Plazos de garantía 25
Artículo 1273.- Obra en ruina o impropia para su destino 27
Artículo 1274.- Extensión de la responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino 27
Artículo 1275.- Plazo de caducidad 29

Página

Artículo 1276.- Nulidad de la cláusula de exclusión o limitación de la responsabilidad 30
Artículo 1277.- Responsabilidades complementarias 30

SECCIÓN 3ª - NORMAS ESPECIALES PARA LOS SERVICIOS

Artículo 1278.- Normas aplicables 31
Artículo 1279.- Servicios continuados 32

CAPÍTULO 7 - Transporte

Comentarios de Florencia Inés Córdoba

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1280.- Definición 33
Artículo 1281.- Ámbito de aplicación 34
Artículo 1282.- Transporte gratuito 34
Artículo 1283.- Oferta al público 35
Artículo 1284.- Plazo 35
Artículo 1285.- Pérdida total o parcial del flete por retraso 36
Artículo 1286.- Responsabilidad del transportista 36
Artículo 1287.- Transporte sucesivo o combinado 36

SECCIÓN 2ª - TRANSPORTE DE PERSONAS

Artículo 1288.- Comienzo y fin del transporte 37
Artículo 1289.- Obligaciones del transportista 37
Artículo 1290.- Obligaciones del pasajero 38
Artículo 1291.- Extensión de la responsabilidad 39
Artículo 1292.- Cláusulas limitativas de la responsabilidad 39
Artículo 1293.- Responsabilidad por el equipaje 40
Artículo 1294.- Cosas de valor 40
Artículo 1295.- Interrupción del transporte sucesivo 40

SECCIÓN 3ª - TRANSPORTE DE COSAS

Artículo 1296.- Obligaciones del cargador 40
Artículo 1297.- Responsabilidad del cargador 41
Artículo 1298.- Carta de porte 41
Artículo 1299.- Segundo ejemplar 42
Artículo 1300.- Guía 42
Artículo 1301.- Inoponibilidad 43
Artículo 1302.- Disposición de la carga 43
Artículo 1303.- Portador del segundo ejemplar 43
Artículo 1304.- Derechos del destinatario 44
Artículo 1305.- Puesta a disposición 44
Artículo 1306.- Entrega 45
Artículo 1307.- Impedimentos y retardo en la ejecución del transporte 45
Artículo 1308.- Impedimentos para la entrega 46
Artículo 1309.- Responsabilidad del transportista frente al cargador 46
Artículo 1310.- Responsabilidad por culpa 47
Artículo 1311.- Cálculo del daño 47
Artículo 1312.- Pérdida natural 47

Página

Artículo 1313.- Limitación de la responsabilidad. Prohibición 48
Artículo 1314.- Comprobación de las cosas antes de la entrega..... 48
Artículo 1315.- Efectos de la recepción de las cosas transportadas..... 48
Artículo 1316.- Culpa del cargador o de un tercero 49
Artículo 1317.- Transporte con reexpedición de las cosas 49
Artículo 1318.- Representación en el transporte sucesivo..... 50

CAPÍTULO 8 - Mandato
Comentarios de María Paula Pontoriero

Artículo 1319.- Definición 50
Artículo 1320.- Representación..... 53
Artículo 1321.- Mandato sin representación..... 55
Artículo 1322.- Onerosidad 55
Artículo 1323.- Capacidad..... 56
Artículo 1324.- Obligaciones del mandatario..... 57
Artículo 1325.- Conflicto de intereses 60
Artículo 1326.- Mandato a varias personas..... 60
Artículo 1327.- Sustitución del mandato 61
Artículo 1328.- Obligaciones del mandante 62
Artículo 1329.- Extinción del mandato 63
Artículo 1330.- Mandato irrevocable 64
Artículo 1331.- Revocación 65
Artículo 1332.- Renuncia..... 65
Artículo 1333.- Muerte o incapacidad del mandatario y del mandante..... 66
Artículo 1334.- Rendición de cuentas..... 67

CAPÍTULO 9- Contrato de consignación
Comentarios de María Eugenia Rodríguez Pería

Artículo 1335.- Definición 67
Artículo 1336.- Indivisibilidad..... 69
Artículo 1337.- Efectos..... 70
Artículo 1338.- Obligaciones del consignatario 70
Artículo 1339.- Plazos otorgados por el consignatario 71
Artículo 1340.- Crédito otorgado por el consignatario 72
Artículo 1341.- Prohibición 72
Artículo 1342.- Retribución del consignatario 73
Artículo 1343.- Comisión de garantía..... 73
Artículo 1344.- Obligación de pagar el precio 74

CAPÍTULO 10 - Corretaje

Artículo 1345.- Definición 75
Artículo 1346.- Conclusión del contrato de corretaje. Sujetos..... 76
Artículo 1347.- Obligaciones del corredor..... 77
Artículo 1348.- Prohibición 80
Artículo 1349.- Garantía y representación..... 80
Artículo 1350.- Comisión 81
Artículo 1351.- Intervención de uno o de varios corredores 81

Página

Artículo 1352.- Supuestos específicos de obligación de pagar la comisión 82
Artículo 1353.- Supuestos específicos en los que la comisión no se debe 82
Artículo 1354.- Gastos 83
Artículo 1355.- Normas especiales 83

CAPÍTULO 11 - Depósito

Comentarios de Graciela Lombardi

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1356.- Definición 84
Artículo 1357.- Presunción de onerosidad 84
Artículo 1358.- Obligación del depositario 85
Artículo 1359.- Plazo 85
Artículo 1360.- Depósito oneroso 85
Artículo 1361.- Lugar de restitución 86
Artículo 1362.- Modalidad de la custodia 86
Artículo 1363.- Persona a quien debe restituirse la cosa 87
Artículo 1364.- Pérdida de la cosa 87
Artículo 1365.- Prueba del dominio 88
Artículo 1366.- Herederos 88

SECCIÓN 2ª - DEPÓSITO IRREGULAR

Artículo 1367.- Efectos 89

SECCIÓN 3ª - DEPÓSITO NECESARIO

Artículo 1368.- Definición 90
Artículo 1369.- Depósito en hoteles 90
Artículo 1370.- Responsabilidad 91
Artículo 1371.- Eximentes de responsabilidad 91
Artículo 1372.- Cosas de valor 92
Artículo 1373.- Negativa a recibir 92
Artículo 1374.- Cláusulas que reducen la responsabilidad 93
Artículo 1375.- Establecimientos y locales asimilables 94

SECCIÓN 4ª - CASAS DE DEPÓSITO

Artículo 1376.- Responsabilidad 95
Artículo 1377.- Deberes 95

CAPÍTULO 12 - Contratos bancarios

Comentarios de Gustavo Caramelo

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1378.- Aplicación 96
Artículo 1379.- Publicidad 98
Artículo 1380.- Forma. 100
Artículo 1381.- Contenido 101
Artículo 1382.- Información periódica 103
Artículo 1383.- Rescisión 104

Página

Artículo 1384.- Aplicación ... 105
Artículo 1385.- Publicidad ... 106
Artículo 1386.- Forma ... 107
Artículo 1387.- Obligaciones precontractuales ... 108
Artículo 1388.- Contenido ... 109
Artículo 1389.- Información en contratos de crédito ... 110

SECCIÓN 2ª - CONTRATOS EN PARTICULAR

Artículo 1390.- Depósito en dinero ... 111
Artículo 1391.- Depósito a la vista ... 112
Artículo 1392.- Depósito a plazo ... 113
Artículo 1393.- Definición ... 115
Artículo 1394.- Otros servicios ... 115
Artículo 1395.- Créditos y débitos ... 115
Artículo 1396.- Instrumentación ... 117
Artículo 1397.- Servicio de cheques ... 118
Artículo 1398.- Intereses. ... 118
Artículo 1399.- Solidaridad ... 119
Artículo 1400.- Propiedad de los fondos ... 119
Artículo 1401.- Reglas subsidiarias ... 120
Artículo 1402.- Créditos o valores contra terceros ... 121
Artículo 1403.- Resúmenes ... 121
Artículo 1404.- Cierre de cuenta ... 122
Artículo 1405.- Compensación de saldos ... 124
Artículo 1406.- Ejecución de saldo ... 124
Artículo 1407.- Garantías ... 125
Artículo 1408.- Préstamo bancario ... 126
Artículo 1409.- Descuento bancario ... 127
Artículo 1410.- Definición ... 128
Artículo 1411.- Disponibilidad ... 128
Artículo 1412.- Carácter de la disponibilidad ... 129
Artículo 1413.- Obligaciones a cargo de las partes ... 129
Artículo 1414.- Límites ... 131
Artículo 1415.- Prueba de contenido ... 131
Artículo 1416.- Pluralidad de usuarios ... 132
Artículo 1417.- Retiro de los efectos ... 132
Artículo 1418.- Obligaciones a cargo de las partes ... 134
Artículo 1419.- Omisión de instrucciones ... 135
Artículo 1420.- Disposición. Autorización otorgada al banco ... 135

CAPÍTULO 13 - Contrato de factoraje

Artículo 1421.- Definición ... 136
Artículo 1422.- Otros servicios ... 136
Artículo 1423.- Créditos que puede ceder el factoreado ... 136
Artículo 1424.- Contrato. Elementos que debe incluir ... 138
Artículo 1425.- Efecto del contrato ... 138
Artículo 1426.- Garantía y aforos ... 139

Página

Artículo 1427.- Imposibilidad del cobro del derecho de crédito cedido 140
Artículo 1428.- Notificación al deudor cedido 140

CAPÍTULO 14 - Contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio

Comentarios de Verónica Sandler Obregón

Artículo 1429.- Normas aplicables 141

CAPÍTULO 15 - Cuenta corriente

Comentarios de Cecilia Kandus

Artículo 1430.- Definición 142
Artículo 1431.- Contenido 147
Artículo 1432.- Plazos 149
Artículo 1433.- Intereses, comisiones y gastos 150
Artículo 1434.- Garantías de créditos incorporados 152
Artículo 1435.- Cláusula "salvo encaje" 152
Artículo 1436.- Embargo 153
Artículo 1437.- Ineficacia 155
Artículo 1438.- Resúmenes de cuenta. Aprobación 155
Artículo 1439.- Garantías 156
Artículo 1440.- Cobro ejecutivo del saldo 156
Artículo 1441.- Extinción del contrato 157

CAPÍTULO 16- Contratos asociativos

Comentarios de Alejandra Tévez

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1442.- Normas aplicables 159
Artículo 1443.- Nulidad. 161
Artículo 1444.- Forma 162
Artículo 1445.- Actuación en nombre común o de las partes 162
Artículo 1446.- Libertad de contenidos 163
Artículo 1447.- Efectos entre partes 163

SECCIÓN 2ª - NEGOCIO EN PARTICIPACIÓN

Artículo 1448.- Definición 163
Artículo 1449.- Gestor. Actuación y responsabilidad 164
Artículo 1450.- Partícipe 165
Artículo 1451.- Derechos de información y rendición de cuentas 165
Artículo 1452.- Limitación de las pérdidas 165

SECCIÓN 3ª - AGRUPACIONES DE COLABORACIÓN

Artículo 1453.- Definición 166
Artículo 1454.- Ausencia de finalidad lucrativa 166
Artículo 1455.- Contrato. Forma y contenido. 167
Artículo 1456.- Resoluciones 169
Artículo 1457.- Dirección y administración 170
Artículo 1458.- Fondo común operativo 171

Página

Artículo 1459.- Obligaciones. Solidaridad 171
Artículo 1460.- Estados de situación 172
Artículo 1461.- Extinción 173
Artículo 1462.- Resolución parcial no voluntaria de vínculo 174

SECCIÓN 4ª - UNIONES TRANSITORIAS

Artículo 1463.- Definición 174
Artículo 1464.- Contrato. Forma y contenido 175
Artículo 1465.- Representante 177
Artículo 1466.- Inscripción registral 177
Artículo 1467.- Obligaciones. No solidaridad 177
Artículo 1468.- Acuerdos 178
Artículo 1469.- Quiebra, muerte o incapacidad 178

SECCIÓN 5ª - CONSORCIOS DE COOPERACIÓN

Artículo 1470.- Definición 179
Artículo 1471.- Exclusión de función de dirección o control 179
Artículo 1472.- Participación en los resultados 180
Artículo 1473.- Forma 180
Artículo 1474.- Contenido 181
Artículo 1475.- Reglas contables 183
Artículo 1476.- Obligaciones y responsabilidad del representante 183
Artículo 1477.- Responsabilidad de los participantes 184
Artículo 1478.- Extinción del contrato 184

CAPÍTULO 17 - Agencia

Comentarios de Héctor Chomer, Jorge Silvio Sícoli y Lucas Ramírez Bosco

Artículo 1479.- Definición y forma 185
Artículo 1480.- Exclusividad 187
Artículo 1481.- Relación con varios empresarios 188
Artículo 1482.- Garantía del agente 189
Artículo 1483.- Obligaciones del agente 190
Artículo 1484.- Obligaciones del empresario 192
Artículo 1485.- Representación del agente 194
Artículo 1486.- Remuneración 195
Artículo 1487.- Base para el cálculo 195
Artículo 1488.- Devengamiento de la comisión 195
Artículo 1489.- Remuneración sujeta a ejecución del contrato 195
Artículo 1490.- Gastos 197
Artículo 1491.- Plazo 197
Artículo 1492.- Preaviso 197
Artículo 1493.- Omisión de preaviso 198
Artículo 1494.- Resolución. Otras causales 198
Artículo 1495.- Manera en que opera la resolución 198
Artículo 1496.- Fusión o escisión 202
Artículo 1497.- Compensación por clientela 203
Artículo 1498.- Compensación por clientela. Excepciones 203

Página

Artículo 1499.- Cláusula de no competencia 204
Artículo 1500.- Subagencia 205
Artículo 1501.- Casos excluidos 205

CAPÍTULO 18 - Concesión

Artículo 1502.- Definición 206

Comentarios de Héctor Chomer y Jorge Silvio Sícoli

Artículo 1503.- Exclusividad. Mercaderías 208
Artículo 1504.- Obligaciones del concedente 209
Artículo 1505.- Obligaciones del concesionario 211
Artículo 1506.- Plazos 213
Artículo 1507.- Retribución. Gastos. 215
Artículo 1508.- Rescisión de contratos por tiempo indeterminado 216
Artículo 1509.- Resolución del contrato de concesión. Causales 217
Artículo 1510.- Subconcesionarios. Cesión del contrato 217
Artículo 1511.- Aplicación a otros contratos 218

CAPÍTULO 19 - Franquicia

Artículo 1512.- Concepto 220
Artículo 1513.- Definiciones 220
Artículo 1514.- Obligaciones del franquiciante 223
Artículo 1515.- Obligaciones del franquiciado 225
Artículo 1516.- Plazo 226
Artículo 1517.- Cláusulas de exclusividad 228
Artículo 1518.- Otras cláusulas 229
Artículo 1519.- Cláusulas nulas 230
Artículo 1520.- Responsabilidad 231
Artículo 1521.- Responsabilidad por defectos en el sistema 232
Artículo 1522.- Extinción del contrato 234
Artículo 1523.- Derecho de la competencia 236
Artículo 1524.- Casos comprendidos 236

CAPÍTULO 20 - Mutuo

Comentarios de Sergio Sebastián Barocelli

Artículo 1525.- Concepto 237
Artículo 1526.- Obligación del mutuante 239
Artículo 1527.- Onerosidad 240
Artículo 1528.- Plazo y lugar de restitución 243
Artículo 1529.- Incumplimiento del mutuario 244
Artículo 1530.- Mala calidad o vicio de la cosa 245
Artículo 1531.- Aplicación de las reglas de este Capítulo 246
Artículo 1532.- Normas supletorias 247

CAPÍTULO 21 - Comodato

Artículo 1533.- Concepto 248
Artículo 1534.- Préstamo de cosas fungibles 250
Artículo 1535.- Prohibiciones 251
Artículo 1536.- Obligaciones del comodatario 252

Página

Artículo 1537.- Cosa hurtada o perdida 254
Artículo 1538.- Gastos 255
Artículo 1539.- Restitución anticipada 256
Artículo 1540.- Obligaciones del comodante 257
Artículo 1541.- Extinción del comodato 259

CAPÍTULO 22- Donación

Comentarios de Esteban Otero

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1542.- Concepto 260
Artículo 1543.- Aplicación subsidiaria 262
Artículo 1544.- Actos mixtos 263
Artículo 1545.- Aceptación 264
Artículo 1546.- Donación bajo condición 265
Artículo 1547.- Oferta conjunta 266
Artículo 1548.- Capacidad para donar 267
Artículo 1549.- Capacidad para aceptar donaciones 268
Artículo 1550.- Tutores y curadores 269
Artículo 1551.- Objeto 270
Artículo 1552.- Forma 271
Artículo 1553.- Donaciones al Estado 272
Artículo 1554.- Donación manual 272

SECCIÓN 2ª - EFECTOS

Artículo 1555.- Entrega 273
Artículo 1556.- Garantía por evicción 274
Artículo 1557.- Alcance de la garantía 275
Artículo 1558.- Vicios ocultos 276
Artículo 1559.- Obligación de alimentos 277

SECCIÓN 3ª - ALGUNAS DONACIONES EN PARTICULAR

Artículo 1560.- Donaciones mutuas 278
Artículo 1561.- Donaciones remuneratorias 279
Artículo 1562.- Donaciones con cargos 280
Artículo 1563.- Responsabilidad del donatario por los cargos 282
Artículo 1564.- Alcance de la onerosidad 283
Artículo 1565.- Donaciones inoficiosas 284

SECCIÓN 4ª - REVERSIÓN Y REVOCACIÓN

Artículo 1566.- Pacto de reversión 285
Artículo 1567.- Efectos 287
Artículo 1568.- Renuncia 287
Artículo 1569.- Revocación 288
Artículo 1570.- Incumplimiento de los cargos. 289
Artículo 1571.- Ingratitud 291
Artículo 1572.- Negación de alimentos 293
Artículo 1573.- Legitimación activa 293

Página

CAPÍTULO 23 - Fianza

Comentarios de Graciela Lombardi

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1574.- Concepto 295
Artículo 1575.- Extensión de las obligaciones del fiador 296
Artículo 1576.- Incapacidad del deudor 297
Artículo 1577.- Obligaciones que pueden ser afianzadas 297
Artículo 1578.- Fianza general 297
Artículo 1579.- Forma 298
Artículo 1580.- Extensión de la fianza 299
Artículo 1581.- Cartas de recomendación o patrocinio 299
Artículo 1582.- Compromiso de mantener una determinada situación 300

SECCIÓN 2ª - EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

Artículo 1583.- Beneficio de excusión 301
Artículo 1584.- Excepciones al beneficio de excusión 301
Artículo 1585.- Beneficio de excusión en caso de coobligados 302
Artículo 1586.- Subsistencia del plazo 302
Artículo 1587.- Defensas 303
Artículo 1588.- Efectos de la sentencia 304
Artículo 1589.- Beneficio de división 304
Artículo 1590.- Fianza solidaria 305
Artículo 1591.- Principal pagador 305

SECCIÓN 3ª - EFECTOS ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR

Artículo 1592.- Subrogación 306
Artículo 1593.- Aviso. Defensas 306
Artículo 1594.- Derechos del fiador 307

SECCIÓN 4ª - EFECTOS ENTRE LOS COFIADORES

Artículo 1595.- Subrogación 308

SECCIÓN 5ª - EXTINCIÓN DE LA FIANZA

Artículo 1596.- Causales de extinción 308
Artículo 1597.- Novación 309
Artículo 1598.- Evicción 310

CAPÍTULO 24 - Contrato oneroso de renta vitalicia

Artículo 1599.- Concepto 310
Artículo 1600.- Reglas subsidiarias 311
Artículo 1601.- Forma 311
Artículo 1602.- Renta. Periodicidad del pago 312
Artículo 1603.- Pluralidad de beneficiarios 312
Artículo 1604.- Acción del constituyente o sus herederos 313
Artículo 1605.- Acción del tercero beneficiario 314
Artículo 1606.- Extinción de la renta 314
Artículo 1607.- Resolución por falta de garantía 315
Artículo 1608.- Resolución por enfermedad coetánea a la celebración 315

Página

CAPÍTULO 25 - Contratos de juego y de apuesta
Comentarios de Guillermina Colomer Iriarte

Artículo 1609.- Concepto 316
Artículo 1610.- Facultades del juez 317
Artículo 1611.- Juego y apuesta de puro azar 318
Artículo 1612.- Oferta pública 319
Artículo 1613.- Juegos y apuestas regulados por el Estado 320

CAPÍTULO 26 - Cesión de derechos

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES
Comentarios de Marcela Viano Carlomagno

Artículo 1614.- Definición 321
Artículo 1615.- Cesión en garantía 322
Artículo 1616.- Derechos que pueden ser cedidos 323
Artículo 1617.- Prohibición 323
Artículo 1618.- Forma 324
Artículo 1619.- Obligaciones del cedente. 325
Artículo 1620.- Efectos respecto de terceros 326
Artículo 1621.- Actos anteriores a la notificación de la cesión 327
Artículo 1622.- Concurrencia de cesionarios 327
Artículo 1623.- Concurso o quiebra del cedente 328
Artículo 1624.- Actos conservatorios 328
Artículo 1625.- Cesión de crédito prendario 328
Artículo 1626.- Cesiones realizadas el mismo día 329
Artículo 1627.- Cesión parcial. 329
Artículo 1628.- Garantía por evicción 330
Artículo 1629.- Cesión de derecho inexistente. 330
Artículo 1630.- Garantía de la solvencia del deudor 331
Artículo 1631.- Reglas subsidiarias 332

SECCIÓN 2ª - CESIÓN DE DEUDAS

Artículo 1632.- Cesión de deuda 332
Artículo 1633.- Asunción de deuda 333
Artículo 1634.- Conformidad para la liberación del deudor. 333
Artículo 1635.- Promesa de liberación 334

CAPÍTULO 27 - Cesión de la posición contractual

Artículo 1636.- Transmisión 334
Artículo 1637.- Efectos 335
Artículo 1638.- Defensas 335
Artículo 1639.- Garantía 336
Artículo 1640.- Garantías de terceros 336

CAPÍTULO 28 - Transacción
Comentarios de Guillermina Colomer Iriarte

Artículo 1641.- Concepto 337
Artículo 1642.- Caracteres y efectos 338
Artículo 1643.- Forma 339

Página

Artículo 1644.- Prohibiciones 340
Artículo 1645.- Nulidad de la obligación transada 341
Artículo 1646.- Sujetos 342
Artículo 1647.- Nulidad 342
Artículo 1648.- Errores aritméticos 343

CAPÍTULO 29 - Contrato de arbitraje

Comentarios de Verónica Sandler Obregón

Artículo 1649.- Definición 344
Artículo 1650.- Forma 348
Artículo 1651.- Controversias excluidas 350
Artículo 1652.- Clases de arbitraje 353
Artículo 1653.- Autonomía 354
Artículo 1654.- Competencia 355
Artículo 1655.- Dictado de medidas previas 355
Artículo 1656.- Efectos. Revisión de los laudos arbitrales 357
Artículo 1657.- Arbitraje institucional 359
Artículo 1658.- Cláusulas facultativas 360
Artículo 1659.- Designación de los árbitros 361
Artículo 1660.- Calidades de los árbitros 363
Artículo 1661.- Nulidad 363
Artículo 1662.- Obligaciones de los árbitros 364
Artículo 1663.- Recusación de los árbitros 366
Artículo 1664.- Retribución de los árbitros 367
Artículo 1665.- Extinción de la competencia de los árbitros 367

CAPÍTULO 30 - Contrato de fideicomiso

Comentarios de Sebastián Varni

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1666.- Definición 368
Artículo 1667.- Contenido 370
Artículo 1668.- Plazo. Condición 371
Artículo 1669.- Forma 372
Artículo 1670.- Objeto 373

SECCIÓN 2ª - SUJETOS

Artículo 1671.- Beneficiario 374
Artículo 1672.- Fideicomisario 375
Artículo 1673.- Fiduciario 375
Artículo 1674.- Pauta de actuación. Solidaridad 376
Artículo 1675.- Rendición de cuentas. 378
Artículo 1676.- Dispensas prohibidas 379
Artículo 1677.- Reembolso de gastos. Retribución 380
Artículo 1678.- Cese del fiduciario 381
Artículo 1679.- Sustitución del fiduciario 383
Artículo 1680.- Fideicomiso en garantía 385
Artículo 1681.- Aceptación del beneficiario y del fideicomisario. Fraude 386

Página

SECCIÓN 3ª - EFECTOS

Artículo 1682.- Propiedad fiduciaria 388
Artículo 1683.- Efectos frente a terceros 388
Artículo 1684.- Registración. Bienes incorporados 389
Artículo 1685.- Patrimonio separado. Seguro 390
Artículo 1686.- Acción por acreedores 391
Artículo 1687.- Deudas. Liquidación 393
Artículo 1688.- Actos de disposición y gravámenes 395
Artículo 1689.- Acciones 396

SECCIÓN 4ª - FIDEICOMISO FINANCIERO

Artículo 1690.- Definición 397
Artículo 1691.- Títulos valores. Ofertas al público 399
Artículo 1692.- Contenido del contrato de fideicomiso financiero 399

SECCIÓN 5ª - CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN Y TÍTULOS DE DEUDA

Artículo 1693.- Emisión y caracteres. Certificados globales 400
Artículo 1694.- Clases. Series 400

SECCIÓN 6ª - ASAMBLEAS DE TENEDORES DE TÍTULOS REPRESENTATIVOS DE DEUDA O CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN

Artículo 1695.- Asambleas 401
Artículo 1696.- Cómputo 402

SECCIÓN 7ª - EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

Artículo 1697.- Causales 403
Artículo 1698.- Efectos 403

SECCIÓN 8ª - FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

Artículo 1699.- Reglas aplicables. 405
Artículo 1700.- Nulidad 407

CAPÍTULO 31 - Dominio fiduciario

Comentarios de Federico Causse

Artículo 1701.- Dominio fiduciario. Definición 407
Artículo 1702.- Normas aplicable 408
Artículo 1703.- Excepciones a la normativa general 410
Artículo 1704.- Facultades 411
Artículo 1705.- Irretroactividad 411
Artículo 1706.- Readquisición del dominio perfecto 411
Artículo 1707.- Efectos. 412

TÍTULO V - Otras fuentes de las obligaciones

CAPÍTULO 1 - Responsabilidad civil

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Comentarios de Sebastían Picasso y Luis R. J. Saénz

Artículo 1708.- Funciones de la responsabilidad 412
Artículo 1709.- Prelación normativa 414

Página

SECCIÓN 2ª - FUNCIÓN PREVENTIVA Y PUNICIÓN EXCESIVA

Artículo 1710.- Deber de prevención del daño ... 416
Artículo 1711.- Acción preventiva ... 418
Artículo 1712.- Legitimación ... 420
Artículo 1713.- Sentencia ... 421
Artículo 1714.- Punición excesiva ... 422
Artículo 1715.- Facultades del juez ... 422

SECCIÓN 3ª - FUNCIÓN RESARCITORIA

Artículo 1716.- Deber de reparar ... 423
Artículo 1717.- Antijuridicidad ... 426
Artículo 1718.- Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho ... 427
Artículo 1719.- Asunción de riesgos ... 429
Artículo 1720.- Consentimiento del damnificado ... 430
Artículo 1721.- Factores de atribución ... 431
Artículo 1722.- Factor objetivo ... 433
Artículo 1723.- Responsabilidad objetiva ... 434
Artículo 1724.- Factores subjetivos ... 435
Artículo 1725.- Valoración de la conducta ... 436
Artículo 1726.- Relación causal ... 437
Artículo 1727.- Tipos de consecuencias ... 437
Artículo 1728.- Previsibilidad contractual ... 438
Artículo 1729.- Hecho del damnificado ... 440
Artículo 1730.- Caso fortuito. Fuerza mayor ... 441
Artículo 1731.- Hecho de un tercero ... 442
Artículo 1732.- Imposibilidad de cumplimiento ... 443
Artículo 1733.- Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento ... 445
Artículo 1734.- Prueba de los factores de atribución y de las eximentes ... 447
Artículo 1735.- Facultades judiciales ... 448
Artículo 1736.- Prueba de la relación de causalidad ... 449

SECCIÓN 4ª - DAÑO RESARCIBLE

Artículo 1737.- Concepto de daño ... 450
Artículo 1738.- Indemnización ... 452
Artículo 1739.- Requisitos ... 455
Artículo 1740.- Reparación plena ... 457
Artículo 1741.- Indemnización de las consecuencias no patrimoniales ... 460
Artículo 1742.- Atenuación de la responsabilidad ... 462
Artículo 1743.- Dispensa anticipada de la responsabilidad ... 463
Artículo 1744.- Prueba del daño ... 464
Artículo 1745.- Indemnización por fallecimiento ... 465
Artículo 1746.- Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica ... 467
Artículo 1747.- Acumulabilidad del daño moratorio ... 468
Artículo 1748.- Curso de los intereses ... 471

SECCIÓN 5ª - RESPONSABILIDAD DIRECTA

Artículo 1749.- Sujetos responsables ... 472
Artículo 1750.- Daños causados por actos involuntarios ... 473
Artículo 1751.- Pluralidad de responsables ... 475

Página

Artículo 1752.- Encubrimiento 477

SECCIÓN 6ª - RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE TERCEROS

Artículo 1753.- Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente 478
Artículo 1754.- Hecho de los hijos 482
Artículo 1755.- Cesación de la responsabilidad paterna 483
Artículo 1756.- Otras personas encargadas. 486

SECCIÓN 7ª - RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA INTERVENCIÓN DE COSAS Y DE CIERTAS ACTIVIDADES
Comentarios de Luis R. J. Saénz

Artículo 1757.- Hecho de las cosas y actividades riesgosas 487
Artículo 1758.- Sujetos responsables 490
Artículo 1759.- Daño causado por animales 492

SECCIÓN 8ª - RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y ANÓNIMA

Artículo 1760.- Cosa suspendida o arrojada 493
Artículo 1761.- Autor anónimo 495
Artículo 1762.- Actividad peligrosa de un grupo 498

SECCIÓN 9ª - SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD

Artículo 1763.- Responsabilidad de la persona jurídica 500
Artículo 1764.- Inaplicabilidad de normas 501
Artículo 1765.- Responsabilidad del Estado. 501
Artículo 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público 501
Artículo 1767.- Responsabilidad de los establecimientos educativos 502
Artículo 1768.- Profesionales liberales 504
Artículo 1769.- Accidentes de tránsito 506
Artículo 1770.- Protección de la vida privada. 508
Artículo 1771.- Acusación calumniosa 511

SECCIÓN 10ª - EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

Artículo 1772.- Daños causados a cosas o bienes. Sujetos legitimados 512
Artículo 1773.- Acción contra el responsable directo e indirecto. 513

SECCIÓN 11ª - ACCIONES CIVIL Y PENAL

Artículo 1774.- Independencia. 514
Artículo 1775.- Suspensión del dictado de la sentencia civil 515
Artículo 1776.- Condena penal 516
Artículo 1777.- Inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal 517
Artículo 1778.- Excusas absolutorias. 519
Artículo 1779.- Impedimento de reparación del daño 519
Artículo 1780.- Sentencia penal posterior 520

CAPÍTULO 2 - Gestión de negocios
Comentarios de Eduardo Mac Donnell

Artículo 1781.- Definición 522
Artículo 1782.- Obligaciones del gestor 525
Artículo 1783.- Conclusión de la gestión 528

Página

Artículo 1784.- Obligación frente a terceros. 530
Artículo 1785.- Gestión conducida útilmente 531
Artículo 1786.- Responsabilidad del gestor por culpa 535
Artículo 1787.- Responsabilidad del gestor por caso fortuito 536
Artículo 1788.- Responsabilidad solidaria 538
Artículo 1789.- Ratificación 539
Artículo 1790.- Aplicación de normas del mandato 541

CAPÍTULO 3 - Empleo útil

Artículo 1791.- Caracterización 542
Artículo 1792.- Gastos funerarios 544
Artículo 1793.- Obligados al reembolso 546

CAPÍTULO 4 - Enriquecimiento sin causa
Comentarios de Eduardo Civitate

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1794.- Caracterización 547
Artículo 1795.- Improcedencia de la acción 549

SECCIÓN 2ª - PAGO INDEBIDO

Artículo 1796.- Casos 550
Artículo 1797.- Irrelevancia del error 550
Artículo 1798.- Alcances de la repetición 550
Artículo 1799.- Situaciones especiales 550

CAPÍTULO 5 - Declaración unilateral de voluntad

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1800.- Regla general 554
Artículo 1801.- Reconocimiento y promesa de pago 556
Artículo 1802.- Cartas de crédito 557

SECCIÓN 2ª - PROMESA PÚBLICA DE RECOMPENSA

Artículo 1803.- Obligatoriedad 558
Artículo 1804.- Plazo expreso o tácito 559
Artículo 1805.- Revocación 560
Artículo 1806.- Atribución de la recompensa. Cooperación de varias personas 561

SECCIÓN 3ª - CONCURSO PÚBLICO

Artículo 1807.- Concurso público 562
Artículo 1808.- Destinatarios 564
Artículo 1809.- Decisión del jurado 565

SECCIÓN 4ª - GARANTÍAS UNILATERALES

Artículo 1810.- Garantías unilaterales 565
Artículo 1811.- Sujetos 568
Artículo 1812.- Forma 568
Artículo 1813.- Cesión de garantía. 569
Artículo 1814.- Irrevocabilidad 570

Página

CAPÍTULO 6 - Títulos valores
Comentarios de Javier Cosentino

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1815.- Concepto 570
Artículo 1816.- Autonomía..... 577
Artículo 1817.- Pago liberatorio 579
Artículo 1818.- Accesorios. 581
Artículo 1819.- Titularidad 582
Artículo 1820.- Libertad de creación 583
Artículo 1821.- Defensas oponibles. 584
Artículo 1822.- Medidas precautorias..... 588
Artículo 1823.- Firmas falsas y otros supuestos 589
Artículo 1824.- Incumplimiento del asentimiento conyugal 589
Artículo 1825.- Representación inexistente o insuficiente 590
Artículo 1826.- Responsabilidad 591
Artículo 1827.- Novación 593
Artículo 1828.- Títulos representativos de mercaderías..... 593
Artículo 1829.- Cuotapartes de fondos comunes de inversión. 594

SECCIÓN 2ª - TÍTULOS VALORES CARTULARES

Artículo 1830.- Necesidad. 595
Artículo 1831.- Literalidad. 595
Artículo 1832.- Alteraciones 595
Artículo 1833.- Requisitos. Contenido mínimo 597
Artículo 1834.- Aplicación subsidiaria 598
Artículo 1835.- Títulos impropios y documentos de legitimación 599
Artículo 1836.- Desmaterialización e ingreso en sistemas de anotaciones en cuenta..... 600
Artículo 1837.- Concepto 601
Artículo 1838.- Tipificación. 601
Artículo 1839.- Endoso 603
Artículo 1840.- Condición y endoso parcial 605
Artículo 1841.- Tiempo del endoso. 605
Artículo 1842.- Legitimación 606
Artículo 1843.- Endoso en blanco..... 606
Artículo 1844.- Endoso en procuración 607
Artículo 1845.- Endoso en garantía 608
Artículo 1846.- Responsabilidad 609
Artículo 1847.- Régimen. 609
Artículo 1848.- Reglas aplicables 609
Artículo 1849.- Régimen 609

SECCIÓN 3ª - TÍTULOS VALORES NO CARTULARES

Artículo 1850.- Régimen 611
Artículo 1851.- Comprobantes de saldos 614

Página

SECCIÓN 4ª - DETERIORO, SUSTRACCIÓN, PÉRDIDA
Y DESTRUCCIÓN DE TÍTULOS VALORES O DE SUS REGISTROS

Artículo 1852.- Ámbito de aplicación. Jurisdicción ... 616
Artículo 1853.- Sustitución por deterioro ... 618
Artículo 1854.- Obligaciones de terceros ... 618
Artículo 1855.- Denuncia ... 619
Artículo 1856.- Suspensión de efectos. ... 619
Artículo 1857.- Publicación. ... 621
Artículo 1858.- Títulos con cotización pública ... 621
Artículo 1859.- Partes interesadas ... 622
Artículo 1860.- Observaciones ... 623
Artículo 1861.- Certificado provisorio ... 623
Artículo 1862.- Denegación. Acciones ... 624
Artículo 1863.- Depósito o entrega de las prestaciones ... 624
Artículo 1864.- Ejercicio de derechos de contenido no dinerario ... 625
Artículo 1865.- Títulos valores definitivos ... 625
Artículo 1866.- Presentación del portador ... 625
Artículo 1867.- Adquirente en bolsa o caja de valores ... 626
Artículo 1868.- Desestimación de oposición ... 627
Artículo 1869.- Títulos valores nominativos no endosables ... 628
Artículo 1870.- Cupones separables ... 628
Artículo 1871.- Denuncia ... 629
Artículo 1872.- Notificación ... 629
Artículo 1873.- Publicación. Pago anterior ... 629
Artículo 1874.- Duplicado. Cumplimiento ... 629
Artículo 1875.- Oposición ... 630
Artículo 1876.- Denuncia ... 632
Artículo 1877.- Publicaciones ... 633
Artículo 1878.- Trámite ... 633
Artículo 1879.- Nuevo libro ... 633
Artículo 1880.- Ejercicio de derechos ... 633
Artículo 1881.- Medidas especiales. ... 633

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO

LIBRO TERCERO[•]
DERECHOS PERSONALES

TÍTULO IV
Contratos en particular

CAPÍTULO 6[*]
Obra y servicios

SECCIÓN 1ª
Disposiciones comunes a las obras y a los servicios

ARTÍCULO 1251.- ***Definición.*** *Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución.*

El contrato es gratuito si las partes así lo pactan o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar.

Remisiones: ver comentario al art. 1252 CCyC.

1. Introducción

El contrato de obra y servicio se encuentra regulado en el Libro Tercero de Derechos Personales, Título IV de Contratos en Particular, Capítulo Sexto, en un total de 29 artículos y con una mejor técnica legislativa que la contenida en el Código de Vélez Sarsfield donde se regulaba la "Locación de obras y servicios" bajo el Capítulo "De la locación de servicios", último Capítulo integrante del Título "De la locación", siguiendo el criterio de los códigos decimonónicos.

En función de los usos y de la evolución doctrinaria, en el nuevo texto se abandona el término "locación de obras y de servicios", eliminándose así la alusión al género "locación".

(•) El presente tomo comprende el análisis de los Títulos IV y V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial de la Nación.

(*) Comentarios a los arts. 1251 a 1279 elaborados por María Victoria Pereira.

Es preciso destacar que la doctrina moderna, a fin de diferenciar los distintos contratos, ya sustraía del término locación al contrato de obra o contrato de empresa, y que esta es la denominación empleada por otras legislaciones, tales como los códigos brasilero, portugués, peruano, boliviano, mexicano, venezolano, entre otros.

También, y en adhesión al lenguaje actual en la materia, se incorporan otros términos para denominar a las partes involucradas en el contrato, se dejan de lado los de "locador" y "locatario" para emplear los de "contratista" y "comitente".

Conforme la metodología empleada en reformas anteriores, el Capítulo Sexto cuenta con tres Secciones: en la primera, se contemplan las disposiciones comunes a las obras y los servicios; en la segunda, las disposiciones especiales para las obras; y en la tercera, aquellas disposiciones especiales correspondientes a los servicios.

Cabe señalar, finalmente, que a esta figura le serán aplicables las normas relativas a los contratos de consumo, en tanto el contrato encuadre en la definición establecida por el art. 1093 CCyC.

2. Interpretación

2.1. Definición: partes. Características del contrato

El artículo en estudio brinda una innovadora definición del contrato de obra o de servicios y lo define como aquel en que una persona —el contratista, o el prestador de servicios—, actuando independientemente, se obliga a favor de otra —comitente— a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución. Dicho contrato es gratuito si las partes así lo pactan, o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar.

En cuanto a quiénes resultan ser las partes del contrato, con una terminología renovada, se indica que estas son el contratista o prestador de servicios y el comitente y se hace mención expresa a que aquel actúa en forma independiente al obligarse a favor de este.

El obrar independiente del contratista o prestador de servicios constituye un elemento distintivo fundamental que permite la división entre el servicio autónomo y el dependiente. De este último supuesto y de la regulación específica de esa materia, se hace mención en el art. 1252 CCyC, párr. 2, a cuyo comentario es necesario remitir.

Un punto novedoso es que el CCyC establece que el contrato puede ser gratuito, es decir, que la realización de la obra material o intelectual o la provisión de un servicio puede ser retribuida o no al contratista o prestador de servicios.

Según el régimen previsto en el Código de Vélez Sarsfield, la presunción de onerosidad era característica de este tipo de contrato, y sigue siendo la regla; pero lo significativo es que las partes puedan acordar la gratuidad, y en tal caso, esta tendrá su origen en el ejercicio de su autonomía privada.

También la norma establece que la gratuidad puede surgir de las circunstancias del caso, cuando pueda presumirse la intención de beneficiar.

2.2. Objeto del contrato

En cuanto al objeto, expresamente se establece que puede constituir en la provisión de un servicio o en la realización de una obra y que esta puede ser material o intelectual.

Con esta última incorporación de la obra intelectual, se zanjó la cuestión atinente a la aplicación de esta normativa a las producciones intelectuales. En consecuencia, estas reglas pasan a integrar la normativa que tutela y protege a la propiedad intelectual.

Así lo ha expresado en los "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" (en adelante, los "Fundamentos"), la Comisión Redactora (detallando el método y los principios inspiradores), de manera tal que la obra material se encuentra regulada en la Sección 2ª de este Capítulo 6 y la obra intelectual se rige por la ley especial 11.723 y, subsidiariamente, por las disposiciones comunes.

> **ARTÍCULO 1252.-** ***Calificación del contrato.*** *Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega.*
>
> *Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral.*
>
> *Las disposiciones de este Capítulo se integran con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios u obras especialmente regulados.*

1. Introducción

Este artículo resulta verdaderamente innovador en tanto contempla dos cuestiones fundamentales en materia contractual no previstas en el régimen anterior:

a. la calificación del contrato ante los casos de duda, estipulándose expresamente qué se entiende por cada contrato, y
b. la integración de las normas contenidas en el Capítulo 6 (en sus tres secciones), con la normativa específica e integrante de otros regímenes específicos, tales como la Ley de Propiedad Intelectual y todas aquellas leyes que, en forma distinta, regulan los diferentes ejercicios profesionales.

Finalmente, en el segundo párrafo se refiere específicamente a los servicios prestados en relación de dependencia y a la normativa aplicable, que no es la propia de este ámbito privado, sino del derecho laboral (art. 23 LCT).

2. Interpretación

2.1. Calificación

La necesidad de recurrir a la calificación se presenta cuando las partes disienten en cuanto al tipo de vínculo que las une y el problema aparece en forma contemporánea, es decir, que la calificación debe interpretarse en el presente.

La norma, al plantear el tema de la calificación del contrato ante el caso de duda, recepta la necesidad de brindar algunos criterios que conduzcan a la distinción de ambos contratos, dado los innumerables problemas que, con el régimen anterior se suscitaron, y que, mayormente, fueron esclarecidos por la jurisprudencia y el aporte doctrinario.

De allí que, en los "Fundamentos", se contempla un acápite referido al "*distingo entre obras y servicios*" y se suministran pautas para diferenciarlos, sea que se trate de un contrato de obra o de uno de servicios. Asimismo, cabe apuntar que resulta necesaria la calificación del contrato dado que las consecuencias son diferentes en uno y otro supuesto.

2.2. Contrato de servicios

La norma establece que se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independientemente de su eficacia.

En primer término, es preciso señalar que, conforme lo previsto en el art. 773 CCyC, la obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes.

De manera tal que la pauta de distinción que caracteriza al contrato de servicios no puede dejar de correlacionarse con lo dispuesto en el art. 774 CCyC que, en materia de obligaciones de hacer, define los supuestos de prestación de servicio.

Es así que la prestación de un servicio puede consistir en:

a. realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito;
b. procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia;
c. proporcionar al acreedor el resultado eficaz prometido.

En los "Fundamentos", se indica que el servicio es un hacer con un valor específico y no un dar. En tanto que, desde el punto de vista económico, el servicio es todo lo que brinda una función intangible al adquirente, que no incluye un producto.

Se caracteriza al servicio como una actividad intangible que involucra una obligación de hacer y, desde el punto de vista del receptor, dicha actividad se agota con el consumo inicial y desaparece. Este dato ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia para justificar la inversión de la carga de la prueba en los casos en los cuales los contratos no fueron celebrados por escrito, y quien prestó el servicio se encontraba con dificultades probatorias para acreditarlo; así también, se la ha aplicado para deslindar esta figura del contrato de trabajo (art. 23 LCT).

Es así que se recurre al "criterio del fin" en orden a la distinción entre los contratos de obra y de servicios, tratándose de este último cuando la actividad del deudor es el fin en sí mismo con independencia de que esta resulte eficaz.

2.3. Contrato de obra

La norma establece que se entiende que hay contrato de obra cuando se promete un resultado eficaz reproducible o susceptible de entrega.

En orden al criterio del fin expuesto en este tipo de contrato, la actividad del deudor es un medio para alcanzar el objeto reproducible y susceptible de entrega.

En los "Fundamentos", se expone que la obra consiste en un trabajo determinado. Se indica que en el contrato de obra se contrata la utilidad de la persona y no a la persona en cuanto es útil, de allí que esta no resulte relevante y sea sustituible, salvo en los casos en los que el contrato haya tenido el carácter *intuitu personae* (art. 1024 CCyC).

A diferencia del servicio que es intangible y desaparece al primer consumo, la obra debe contar con la posibilidad de ser reproducida con independencia de su autor.

Asimismo, conforme la definición contenida en el art. 1251 CCyC la obra puede ser material —y se regula en la Sección 2ª de este Capítulo— o intelectual —regulada por la ley 11.723 y en subsidio por este capítulo — y, en tal sentido, dicha ley prescribe que obra es toda producción científica, literaria, artística, didáctica, cualquiera fuere el medio de reproducción (art. 1º); también son obras los comentarios, críticas (art. 10); los discursos políticos, conferencias sobre temas intelectuales (art. 27); artículos no firmados, colaboraciones anónimas, reportajes, dibujos, grabados, informaciones en general que tengan

un carácter original (art. 28); el retrato de una persona (art. 31); la representación teatral (art. 51) y la interpretación musical (art. 56).

2.4. Servicio en relación de dependencia

El segundo párrafo del art. 1252 CCyC viene a ratificar que, a diferencia de los servicios autónomos, aquellos prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral, ya que el trabajo dependiente se encuentra regulado en la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 y sus modificatorias. Tal es así que, al fundarse esta previsión normativa, se indica que para saber cuándo un servicio es dependiente o no se debe recurrir a las normas de la Ley de Contrato de Trabajo.

Los conceptos de "contrato de trabajo" y de "relación de trabajo" se encuentran contemplados en los arts. 21 y 22 de la ley 20.744, en su Título II —Del Contrato de Trabajo en General—.

En el art. 21 de la ley 20.744 se establece que habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de esta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.

En cuanto a la relación de trabajo, el art. 22 de la ley 20.744 sostiene que habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de esta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le de origen.

2.5. Integración

En el tercer párrafo de este artículo se contempla el supuesto de la integración que, en primer término, es preciso distinguir de interpretación. ¿Cuándo se interpreta un contrato? Cuando se trata de conocer y establecer los derechos y las obligaciones de los sujetos intervinientes. Es una actividad que conduce al pasado al ejercer una tarea de reconstrucción de lo acordado primigeniamente entre las partes.

¿Cuándo se integra un contrato? Cuando la cuestión se vincula con la extensión de las obligaciones no previstas. La integración conduce al futuro.

Expresamente, en el último párrafo de este artículo, se establece que las disposiciones del Capítulo 6 se integran con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios u obras especialmente regulados. Es decir, que las normas contenidas en este capítulo (en sus tres secciones) no derogan los regímenes legales específicos de cada materia (tal como el contemplado en la Ley de Propiedad Intelectual), pero serán de aplicación para el caso de ausencia de previsión legal específica (art. 963 CCyC).

ARTÍCULO 1253.- ***Medios utilizados.*** ***A falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra, el contratista o prestador de los servicios elige libremente los medios de ejecución del contrato.***

1. Introducción

En este artículo, se establece la regla a seguir en cuanto a los medios a adoptar cuando no hay convenio sobre el modo de ejecución de la obra, regulándose la cuestión con una mejor técnica legislativa y un lenguaje simple.

En el Código anterior solo se preveía la falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra y se establecían, en forma poco clara, dos soluciones diferentes para los supuestos de ausencia de pacto y de disconformidad entre las partes.

Tales diferencias se dejan de lado en la nueva redacción y se incluye en la previsión normativa al contratista y también al prestador de los servicios, por lo que también se aplica la regla en los casos de servicio autónomo.

2. Interpretación

En la norma en cuestión se establece cuáles serán los medios a utilizar a falta de convenio sobre el modo de ejecución de la obra.

En tales casos, tanto el contratista como el prestador autónomo tienen discrecionalidad técnica, es decir, libertad para elegir los medios que utilizarán para la ejecución del contrato conforme con la ciencia y los conocimientos que ponen en juego en cada prestación.

Este artículo debe ser interpretado en forma armónica con lo dispuesto en el art. 1256, inc. a, CCyC, que establece, entre las obligaciones del contratista o prestador de servicios, que deberá ejecutar el contrato conforme a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondiente a la actividad desarrollada.

Es decir que la discrecionalidad técnica prevista en este artículo, y que configura la regla a seguir a falta de instrucciones precisas por parte del comitente para la realización de la obra o la prestación del servicio, encuentra su límite y marco en los conocimientos propios de cada actividad en función del arte, la ciencia y la técnica.

ARTÍCULO 1254.- ***Cooperación de terceros.*** ***El contratista o prestador de servicios puede valerse de terceros para ejecutar el servicio, excepto que de lo estipulado o de la índole de la obligación resulte que fue elegido por sus cualidades para realizarlo personalmente en todo o en parte. En cualquier caso, conserva la dirección y la responsabilidad de la ejecución.***

1. Introducción

En este artículo, al igual que como era previsto en la normativa anterior, se contempla la posibilidad de que el contratista o el prestador de los servicios requiera la cooperación de terceros para ejecutar el servicio o realizar la obra, salvo en los casos en que la obligación sea contratada *intuitu personae*, es decir, atendiendo a las condiciones personales insustituibles del profesional.

Asimismo, se establece por regla general que, ya sea en el caso en que se requiera la cooperación de terceros como en los supuestos de obligaciones contratadas *intuitu personae*, la dirección y la responsabilidad en la ejecución del servicio o de la obra es del contratista o prestador de los servicios.

2. Interpretación

2.1. Utilización de terceros: supuestos de excepción

En orden a la ejecución de un servicio o de una obra, pueden concretarse distintas situaciones:

a. que, según la índole de la obligación, el contratista o prestador de los servicios haya sido elegido por sus cualidades y condiciones para realizarlo personalmente en todo o en parte;

b. que las partes hayan estipulado que el contratista o prestador de los servicios fue elegido para su ejecución por sus cualidades y condiciones personales;

c. que el contratista o prestador de los servicios se valga para su realización de terceros (u otras personas), en los casos que no se configuren los supuestos previstos en los apartados a) y b).

En los supuestos previstos en los acápites a) y b) se trata de obligaciones contratadas *intuitu personae*, es decir, atendiendo a las condiciones personales insustituibles del profesional, por lo que este no podrá solicitar la cooperación de terceros.

Sí podrá hacerlo cuando no se configuren estos casos, por lo que podrá valerse de otras personas para la ejecución de la obra o del servicio, es decir, recurrir al recurso de la llamada "tercerización".

2.2. Obligaciones de hacer: utilización de terceros

También en materia de obligaciones de hacer existen previsiones sobre la utilización de terceros. De allí que, en este punto, deberá remitirse a lo previsto en el art. 776 CCyC, que contempla el caso de incorporación de terceros en materia de obligaciones de hacer.

Allí se prevé que la prestación puede ser ejecutada por persona distinta del deudor, a no ser que de la convención, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias resulte que este fue elegido por sus cualidades para realizarla personalmente. Esta elección se presume en los contratos que suponen una confianza especial.

2.3. Responsabilidad del contratista o prestador de los servicios

La regla general que prescribe la norma en estudio es que el contratista o prestador de los servicios conserva la dirección y la responsabilidad de la ejecución en todos los casos contemplados en la norma, es decir, trátese o no de contratos celebrados a título personal respecto del contratista o prestador de los servicios.

Este principio general también era contemplado en la legislación anterior, en cuanto a que el principal también respondía por el trabajo de dependientes.

Cabe aclarar que la norma establece como principio la posibilidad de que, a fin de ejecutar obras o servicios, pueda valerse de otras personas o terceros; una situación que no se configura en los casos de cesión, por lo que se trata de dos supuestos diferentes.

En el Capítulo 27 de este Libro Tercero —Derechos Personales—, Título IV —Contratos en particular—, se regula el supuesto "Cesión de la posición contractual" (arts. 1636 a 1640 CCyC). Ella se configura cuando, tratándose de contratos con prestaciones pendientes, cualquiera de las partes trasmite a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión. En tal caso, desde la cesión o desde la notificación a las partes, el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones, los que son asumidos por el cesionario (art. 1637, párr. 1 CCyC).

ARTÍCULO 1255.- ***Precio.*** ***El precio se determina por el contrato, la ley, los usos o, en su defecto, por decisión judicial.***

Las leyes arancelarias no pueden cercenar la facultad de las partes de determinar el precio de las obras o de los servicios. Cuando dicho precio debe ser establecido judicialmente sobre la base de la aplicación de dichas leyes, su determinación debe adecuarse a la labor cumplida por el

prestador. Si la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el juez puede fijar equitativamente la retribución.

Si la obra o el servicio se ha contratado por un precio global o por una unidad de medida, ninguna de las partes puede pretender la modificación del precio total o de la unidad de medida, respectivamente, con fundamento en que la obra, el servicio o la unidad exige menos o más trabajo o que su costo es menor o mayor al previsto, excepto lo dispuesto en el artículo 1091.

Remisiones: ver art. 1262 CCyC y comentario al art. 1091 CCyC.

1. Introducción

En esta norma se regula un aspecto fundamental e integrante de estos contratos: el precio, que puede ser determinado, en principio, por las partes contratantes y, en su defecto, por la ley, los usos; o, en caso de controversia, por vía judicial.

En el régimen del Código de Vélez regía la presunción de onerosidad en este tipo de contratos, ya sea de obra como de servicios. El Código Civil y Comercial la mantiene, pero con la salvedad del art. 1251 CCyC, en cuanto prevé la gratuidad para estos contratos cuando se encuentre convenida por las partes o surja de las circunstancias del caso la presunción de la intención de beneficiar.

En el segundo párrafo de la norma se alude a las leyes arancelarias (propias de las actividades profesionales colegiadas) y se establecen pautas para los supuestos de determinación judicial de los aranceles.

Finalmente, la norma, en su último párrafo, formula consideraciones en torno a los contratos en los que el precio hubiere sido fijado en forma global o por unidad de medida. Respecto de este punto, en cuanto a la locación de obra, deberá también atenerse a lo regulado en el art. 1262 CCyC en relación a los sistemas de contratación en materia de obras.

2. Interpretación

2.1. Precio y leyes arancelarias

El precio es la contraprestación a cargo del comitente que, por lo general, se encuentra pactada en el contrato. En caso, que ello no ocurra, puede surgir de la ley, de los usos, o en su defecto, ser determinado judicialmente.

En esta materia, en el segundo párrafo de la norma, se consagra el principio de libre determinación del precio en cabeza de los contratantes, en tanto se establece que las leyes arancelarias no pueden cercenar la facultad de las partes de determinar el precio de la obra o de los servicios. Ello podría traer más de un inconveniente interpretativo, y así ha sido expresado por la doctrina, en tanto en la mayoría de las actividades profesionales colegiadas rigen normas arancelarias que establecen las pautas a fin de la determinación de los aranceles.

2.2. Determinación judicial

La norma contempla el supuesto de que la retribución deba ser determinada por el juez y, en tal caso, establece la regla general por la cual esta deberá ser fijada en orden a lo establecido en las leyes arancelarias.

También se indica que su determinación deberá adecuarse a la labor cumplida por el prestador. En consecuencia, el juez deberá ponderar la importancia del servicio o de la obra, las calidades y cualidades personales del contratista y, en su caso, el precio convenido.

Por otra parte, si la aplicación estricta de la ley de arancel conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el juez puede fijarla equitativamente.

De manera tal que, para el caso en que exista una gran desproporción entre los honorarios que corresponde fijar conforme las pautas arancelarias y la labor efectivamente cumplida por el profesional, el juez podrá fijar los honorarios conforme la equidad.

2.3. Obra y servicios. Precio global o por unidad de medida

El tercer párrafo de la norma regula la determinación del precio de dos modalidades distintas de contratación que se incorporan al sistema civil en el art. 1262 CCyC referido a los sistemas de contratación de obra.

Dichas modalidades de contratación de la obra o servicios son el sistema de retribución global y el de unidad de medida y, para ambos casos, se acuerda la misma solución o regla general.

Las partes no podrán pretender la modificación del precio determinado (sea ya el total o el establecido por ítem o unidad) con fundamento en que la obra, el servicio o la unidad exige menos o más trabajo, o que su costo es menor o mayor al previsto.

La única excepción a la regla general señalada que la norma prevé es que se configure el supuesto de imprevisión regulado en el art. 1091 CCyC, a cuyo comentario cabe remitirse.

Por su parte, con relación a lo dispuesto en el último párrafo de este artículo, en cuanto a la determinación del precio cuando las partes convienen el pago de la obra por pieza o medida, deberá ser armonizado con lo establecido en el art. 1266 CCyC.

ARTÍCULO 1256.- ***Obligaciones del contratista y del prestador.*** *El contratista o prestador de servicios está obligado a:*

a. *ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada;*

b. *informar al comitente sobre los aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida;*

c. *proveer los materiales adecuados que son necesarios para la ejecución de la obra o del servicio, excepto que algo distinto se haya pactado o resulte de los usos;*

d. *usar diligentemente los materiales provistos por el comitente e informarle inmediatamente en caso de que esos materiales sean impropios o tengan vicios que el contratista o prestador debiese conocer;*

e. *ejecutar la obra o el servicio en el tiempo convenido o, en su defecto, en el que razonablemente corresponda según su índole.*

ARTÍCULO 1257.- ***Obligaciones del comitente.*** *El comitente está obligado a:*

a. *pagar la retribución;*
b. *proporcionar al contratista o al prestador la colaboración necesaria, conforme a las características de la obra o del servicio;*
c. *recibir la obra si fue ejecutada conforme a lo dispuesto en el artículo 1256.*

Remisiones: ver art. 1255 CCyC.

1. Introducción

En estos artículos, se receptan y enumeran las obligaciones en cabeza del contratista y del prestador (art. 1256 CCyC) y del comitente (art. 1257 CCyC).

De manera tal que se brinda una regulación sistemática de las obligaciones de cada una de las partes intervinientes en el contrato, a diferencia de la regulación anterior donde esas obligaciones eran dispuestas en forma dispersa, confusa y poco clara en todo el articulado del capítulo correspondiente.

2. Interpretación

2.1. Obligaciones del contratista o prestador de servicios

2.1.1. Ejecución del contrato

Como regla general se establece que resulta la primera obligación del contratista o prestador del servicio ejecutar el contrato conforme lo convenido entre las partes.

En este punto, cabe recordar la previsión del art. 958 CCyC, que es coherente con el art. 12 CCyC, en cuanto al límite impuesto por el orden público y a que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público.

A ello debe agregarse que también deberá ajustar su actuar y su actividad a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica.

Este inciso contempla un límite concreto a la discrecionalidad técnica prevista como principio general en el art. 1253 CCyC para los supuestos de falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra o prestar el servicio, por lo que es preciso armonizar ambos preceptos.

Si bien el art. 1253 CCyC establece que, ante la falta de previsión en el modo de ejecutar el contrato, se podrán elegir libremente los medios para su ejecución, es preciso que la actividad sea desplegada con ajuste a las reglas del arte, la ciencia y la técnica.

2.1.2. Deber de información

El deber de información es de suma importancia en tanto guarda una estrecha relación con el desenvolvimiento de la relación jurídica y el efectivo ejercicio de la libertad contractual (art. 961 CCyC).

Ello, por cuanto el contratista o prestador debe poner en conocimiento del comitente los aspectos principales del cumplimiento de la obligación, de manera tal que este pueda concertar libremente el contrato con efectivo conocimiento de sus características y modo de configuración y desarrollo.

Asimismo, en el inc. d de este artículo, que refiere a los materiales provistos por el comitente, se contempla la obligación en cabeza del contratista o prestador de informar

inmediatamente al comitente en caso de que esos materiales sean impropios o tengan vicios que el contratista o prestador debiese conocer.

Este deber de informar en caso de materiales provistos por el comitente, resulta un aspecto derivado del deber genérico de informar contenido en el inc. b.

En razón del vasto conocimiento con el que cuenta el empresario en la materia de que se trate, en virtud del ejercicio de su profesión, tiene la obligación de advertir al comitente acerca de la mala calidad de los materiales provistos por este y, en su caso, hasta podrá negarse a usarlos.

Esta obligación principal de información parte del principio de buena fe contemplado expresamente en el art. 961 CCyC, que guarda coherencia con el art. 9° CCyC en materia de ejercicio de derechos, a cuya mirada se remite al lector.

2.1.3. Provisión de materiales

La experticia del contratista o prestador alcanza a la determinación de la calidad de los materiales que debe proveer a fin de ejecutar la obra o el servicio. Ello siempre y cuando no se hubiere pactado otra cosa o que algo diferente resulte de los usos.

2.1.4. Uso debido de los materiales provistos

El uso en forma diligente importa que el contratista o prestador deberá emplear los materiales provistos por el comitente en debida forma y correctamente a fin de procurar su efectiva custodia y conservación.

Juntamente con este deber de uso debido, en este inc. d también se contempla el deber de información en cuanto a los materiales provistos por el comitente referido en el apartado precedente 2.1.2.

2.1.5. Plazo de ejecución de la obra o servicio

En cuanto al plazo de ejecución de la obra o servicio, puede ocurrir que:

a. haya sido acordado expresamente por las partes en el contrato;
b. no haya sido acordado por las partes en el contrato.

En el supuesto contemplado en el apartado a), el contratista o prestador deberá cumplir con la ejecución de la obra o servicio en ese plazo.

En el supuesto del apartado b., el contratista o prestador deberá cumplir con la ejecución de la obra o servicio en el plazo que razonablemente pudiere corresponder en orden a la obligación contraída.

En este punto, corresponde estar a lo previsto en el art. 887 CCyC en cuanto a las obligaciones sujetas a plazo tácito (inc. a) y a plazo indeterminado propiamente dicho (inc. b).

En el caso de las primeras, el plazo no está expresamente determinado pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, por lo que se establece que esta deberá cumplirse en la fecha que resulte conforme los usos y la buena fe.

En el caso de las obligaciones sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho, no hay plazo y este podrá ser fijado por el juez a pedido de parte.

Finalmente, y en caso de existir duda acerca de si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito (art. 887, *in fine* CCyC).

2.2. Obligaciones del comitente

2.2.1. Abonar el precio. Pagar la retribución

Esta resulta la obligación principal del comitente; primordialmente la retribución es convenida entre las partes. En caso de que no haya sido acordada, deberá acudirse a lo previsto en el art. 1255 CCyC, a cuyo desarrollo se remite al lector.

2.2.2. Deber de colaborar

El deber de colaboración es propio de toda la materia contractual y resulta una derivación del de buena fe en el ejercicio de los derechos contemplado en el art. 961 CCyC, que guarda coherencia sistémica con el art. 9° CCyC.

La colaboración por parte del comitente debe ser plena y destinada a procurar el efectivo cumplimento de la obra o servicio; ello en función de sus características y condiciones particulares.

2.2.3. Obligación de recibir la obra

La obligación de recepción no puede ser incumplida por el comitente una vez realizada la obra o prestado el servicio si el contratista o prestador dio cumplimiento efectivo con las obligaciones impuestas por el art. 1256 CCyC.

ARTÍCULO 1258.- ***Riesgos de la contratación.*** ***Si los bienes necesarios para la ejecución de la obra o del servicio perecen por fuerza mayor, la pérdida la soporta la parte que debía proveerlos.***

1. Introducción

En este artículo, se aplica el principio general por el cual se entiende que las cosas perecen para su dueño.

Ya sea en la ejecución de una obra o en la prestación de un servicio, los materiales pueden ser provistos por el comitente o por el contratista y, por regla general, si estos perecen por fuerza mayor, la pérdida deberá ser soportada por aquel que los provee.

2. Interpretación

La norma prescribe, como regla general, que las cosas se pierden para su dueño y debe ser armonizada con lo prescripto en el art. 1268, inc. a, CCyC para los supuestos de destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega.

En el citado inciso se contempla el supuesto de destrucción en caso de haberse realizado la obra en el inmueble del comitente con materiales provistos por el contratista y se establece que este tiene derecho a su valor y a una compensación equitativa por la tarea efectuada.

De manera tal que, al adoptarse esta solución, que se aparta de la contenida en el Código de Vélez, también se adhiere al principio *res perit domino* dando derecho al contratista, si provee los materiales y realiza la obra en el inmueble del comitente, a reclamar su valor y una compensación equitativa por la tarea efectuada.

ARTÍCULO 1259.- ***Muerte del comitente.*** *La muerte del comitente no extingue el contrato, excepto que haga imposible o inútil la ejecución.*

1. Introducción

Este artículo establece la misma regla que la contenida en la legislación anterior para el contrato de locación y respecto de la figura del comitente. Por regla general, la muerte del comitente no extingue el contrato, salvo que ello provoque que no sea posible o útil su ejecución o que las partes hayan pactado lo contrario.

2. Interpretación

La regla que establece este artículo es que la muerte del comitente no extingue el contrato en tanto este puede ser continuado por sus herederos si se encuentran interesados en su conclusión; en tal caso, deberán cumplir con las obligaciones contempladas en el art. 1257 CCyC.

Las partes en ejercicio de su autonomía pueden pactar lo contrario, es decir, la extinción del contrato por fallecimiento del comitente. La norma contempla como único supuesto de excepción a la regla general que la muerte del comitente torne la ejecución de la obligación imposible o inútil.

En orden a esta excepción, es preciso armonizar esta norma con lo dispuesto en el art. 1090 CCyC que regula en forma efectiva la denominada "frustración de la finalidad del contrato" o lo que, en forma más ajustada, los autores denominan "frustración de la causa fin del contrato".

Dicha situación ocurre cuando media una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, ajena a las partes y que supera el riego asumido por la parte que es afectada.

La aplicación efectiva de esta doctrina asume que el contrato tiene una causa fin y esta es expresamente establecida en los arts. 1012, 1013 y 1014 CCyC (Capítulo 6 del Título II —Contratos en general—).

El art. 1013 CCyC prescribe que la causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato.

Según el Código Civil y Comercial, la causa fin debe existir desde la celebración del contrato; si ello no ocurre, el contrato es inválido, y será ineficaz si —teniéndola desde su formación— la pierde durante el transcurso de su ejecución.

También lo dispuesto en este art. 1259 CCyC deberá ser armonizado con el supuesto de imposibilidad de cumplimiento de la obligación previsto en el art. 955 CCyC, en el que se contempla la extinción de la obligación cuando la imposibilidad resulte sobreviniente, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación producida por un caso fortuito o fuerza mayor. En tales casos, y de reunir estas características, la obligación se extinguirá sin responsabilidad.

ARTÍCULO 1260.- ***Muerte del contratista o prestador.*** *La muerte del contratista o prestador extingue el contrato, excepto que el comitente acuerde continuarlo con los herederos de aquél. En caso de extinción, el*

comitente debe pagar el costo de los materiales aprovechables y el valor de la parte realizada en proporción al precio total convenido.

Fuentes y antecedentes: arts. 1640 y 1641 CC.

1. Introducción

Este artículo establece la misma regla que la contenida en la legislación anterior (arts. 1640 y 1641 CC) para el caso de muerte del contratista o prestador, pero regula el caso con una mejor técnica legislativa y con mayor claridad.

Por regla general, la muerte del contratista o prestador extingue el contrato salvo acuerdo en contrario entre el comitente y los herederos del contratista o prestador.

2. Interpretación

2.1. Muerte del contratista o prestador. Regla general. Extinción. Conceptos que deben ser abonados por el comitente

La regla que establece este artículo es que la muerte del contratista o prestador extingue el contrato y ello es así por cuanto para la contratación se tuvieron en cuenta sus características personales y, ante su muerte, no hay interés en proseguir su ejecución.

En caso de configurarse esta regla general, se opera la extinción del contrato y, en tal caso, el comitente deberá abonar a los herederos del contratista o prestador:

a. el costo de los materiales aprovechables;
b. el valor de la parte realizada en proporción al precio total convenido.

En cuanto al acápite a, por "materiales aprovechables" deberá entenderse que son los materiales ya comprados y que le van a servir al comitente para continuar su obra. Respecto del apartado b, si se trata de la prestación de un servicio, el comitente deberá abonar los honorarios que pudiere haberle correspondido al prestador fallecido por la parte del servicio cumplido.

2.2. Supuesto de excepción a la regla general

En forma excepcional, se contempla la continuación del contrato para el caso de así haberlo acordado el comitente con los herederos del prestador o contratista y esta situación solo habrá de configurarse en el caso de que el contrato no haya sido celebrado, teniendo en cuenta las particulares condiciones personales del prestador o contratista. Es decir, cuando el contrato no haya sido celebrado como *intuitu personae*.

En el nuevo régimen, se establece claramente que es preciso el acuerdo entre el comitente y los herederos del prestador o contratista quienes, previo a que esto ocurra, deberán manifestar su voluntad de continuar con el contrato y decir si se encuentran en condiciones de poder dar cumplimiento con la obligación contraída por el fallecido.

En el supuesto de que esto sea así, el comitente no podrá negarse infundadamente a continuar la obra o el servicio con los herederos, pero siendo que las disposiciones que integran este capítulo resultan de aplicación supletoria y deben ser integradas a los regímenes especiales que regulan cada una de las materias (ver art. 1252, último párrafo, CCyC), si se trata de un contrato que en su regulación especial establece que es de carácter *intuitu personae*, operará el supuesto de extinción previsto en el artículo objeto de comentario.

ARTÍCULO 1261.- ***Desistimiento unilateral.*** *El comitente puede desistir del contrato por su sola voluntad, aunque la ejecución haya comenzado; pero debe indemnizar al prestador todos los gastos y trabajos realizados y la utilidad que hubiera podido obtener. El juez puede reducir equitativamente la utilidad si la aplicación estricta de la norma conduce a una notoria injusticia.*

1. Introducción

En este artículo, si bien se siguen los mismos lineamientos de la legislación anterior, se recurre a una redacción más sencilla y clara. Se contempla el supuesto de desistimiento por parte del comitente, es decir, que esa parte por su única voluntad podrá extinguir el contrato (art. 1077 CCyC).

También acuerda el ejercicio de la facultad morigeradora en cabeza del juez, quien podrá reducir equitativamente la utilidad que pudiere corresponder al prestador por parte del comitente si se configura un supuesto de notoria injusticia.

2. Interpretación

De las partes que pueden celebrar estos contratos (de obra o de servicios), la norma en estudio únicamente le acuerda al comitente la posibilidad de desistir de la ejecución por su sola voluntad (art. 1077 CCyC).

Recuérdese que el comitente es aquel a cuyo favor se obliga el contratista o el prestador de servicios a la realización de una obra material o intelectual o a la provisión de un servicio y que el desistimiento es la facultad que se concede a una de las partes del contrato para extinguirlo por su sola voluntad, sin expresión de causa y resarciendo a la otra en debida forma (art. 1078 CCyC).

En la norma se establece esta posibilidad en cabeza del comitente, quien podrá desistir del contrato aunque su ejecución haya comenzado.

Ahora bien, en caso de mediar desistimiento unilateral, el comitente deberá indemnizar al prestador; indemnización que comprende:

a. todos los gastos y trabajos realizados por el prestador;

b. la utilidad que hubiera podido obtener.

Por su parte, la norma en su último apartado establece que el juez podrá reducir o morigerar en forma equitativa la utilidad que pudiera ser objeto de indemnización por parte del comitente al prestador, si la aplicación efectiva de la norma conduce a una notoria injusticia.

Ello podría configurarse cuando en una obra que ha tenido comienzo de ejecución, el desistimiento del comitente operó contemporáneamente a aquel, por lo cual si el comitente tuviera que abonar al prestador el monto total de la obra (recién comenzada) ello conduciría a que se configure una situación de notoria injusticia.

SECCIÓN 2ª
Disposiciones especiales para las obras

ARTÍCULO 1262.- ***Sistemas de contratación.*** *La obra puede ser contratada por ajuste alzado, también denominado "retribución global", por*

unidad de medida, por coste y costas o por cualquier otro sistema convenido por las partes. La contratación puede hacerse con o sin provisión de materiales por el comitente. Si se trata de inmuebles, la obra puede realizarse en terreno del comitente o de un tercero. Si nada se convino ni surge de los usos, se presume, excepto prueba en contrario, que la obra fue contratada por ajuste alzado y que es el contratista quien provee los materiales.

ARTÍCULO 1263.- ***Retribución.*** *Si la obra se contrata por el sistema de ejecución a coste y costas, la retribución se determina sobre el valor de los materiales, de la mano de obra y de otros gastos directos o indirectos.*

Fuentes y antecedentes: arts. 1186 y 1187 del Proyecto del Código Civil de 1998.

Remisiones: ver art. 1256, inc. d, CCyC.

1. Introducción

En esta Sección 2ª del Capítulo 6 se contemplan las disposiciones especiales para las obras. Las normas reguladoras se agruparon en una única Sección especial, que evidencia una mejor técnica legislativa y un lenguaje más claro. En cuanto al contenido, se siguió al Proyecto de 1998.

En el art. 1262 CCyC se establecen los sistemas de contratación de obras, es decir, sus distintas modalidades en relación al precio y a cómo puede concretarse la provisión de los materiales. Se contemplaron el ajuste alzado (o de retribución global), la retribución por unidad de medida y por coste y costas, autorizando a que las partes pacten otros.

El CC no preveía estos tipos de contratación, que sí estaban delineados en el art. 5° de la Ley 13.064 de Obras Públicas.

Frente a la falta de convención entre las partes, o de usos aplicables, la norma establece como presunción que la contratación se realizó por ajuste alzado y que los materiales serán provistos por el contratista.

En el art. 1263 CCyC se establece cómo habrá de fijarse la retribución para el caso en que la obra sea contratada por el sistema de ejecución a coste y costas.

2. Interpretación

2.1. Sistemas de contratación de obras

En principio, es preciso recordar que el contrato de obra se configura cuando una parte se obliga a ejecutar una obra, aportando o no los materiales para su realización; y la otra, a pagar por ella un precio en dinero.

De conformidad con lo establecido por el art. 1262 CCyC, en principio, las partes pueden acordar para la ejecución de la obra cualquier sistema de contratación, o bien alguno de los sistemas previstos en este artículo, que deben ser considerados supletorios de la voluntad de las partes.

Los sistemas de contratación precisan el modo en el que se van a relacionar el comitente con el contratista en cuanto al presupuesto y al pago de la ejecución de la obra.

Los sistemas contemplados por el artículo en comentario son:

a. **por ajuste alzado o por "retribución global".** Conforme este sistema, en el presupuesto se establece el precio final de la obra que será invariable y el contratista —que debe realizar un exhaustivo estudio de la obra— se compromete a realizarla por el precio total estipulado.

   Este sistema es el más común de todos y obedece a la experiencia ordinaria según la cual se entiende que es el contratista quien cuenta con formación y experiencia, lo que le permite analizar la obra a ejecutar y calcular su precio teniendo en cuenta las posibles fluctuaciones que pudieran presentarse en cuanto al valor de los materiales y de la mano de obra.

   Dada la generalidad de esta modalidad de contratación, es que en el último párrafo del art. 1262 CCyC se presume que, a falta de convención entre las partes o cuando ello no surja de los usos, la obra fue contratada por ajuste alzado. Esta presunción admite la producción de prueba en contrario.

b. **por unidad de medida.** Según este sistema, la obra se fracciona en ítems o etapas. Las etapas se designan, se calculan y a cada una de ellas se les asigna un costo. La suma total del costo de cada una de las etapas constituye el precio de la obra. También puede ocurrir, bajo esta modalidad, que el precio sea fijado en función de los ítems ejecutados.

   Este sistema de contratación debe complementarse con lo dispuesto por el art. 1266 CCyC, que establece diferentes pautas para los casos en que se haya designado o no el número de piezas o la medida total.

c. **por coste y costas. Retribución.** En este sistema de contratación, se le asigna a la obra un precio estimativo que solo servirá de referencia para apreciar la magnitud de la obra. De manera tal que el precio no resulta fijo y el contratista podrá reajustarlo de acuerdo a las modificaciones que experimenten los valores de los materiales y de la mano de obra.

   Conforme lo establece el art. 1263 CCyC, la retribución del contratista si la obra se contrata por el sistema de ejecución a coste y costas, estará integrada por el valor de:

   i. los materiales;
   ii. la mano de obra;
   iii. otros gastos directos e indirectos.

De manera tal que, no se trata de una retribución determinada sino determinable, y comprende dos rubros, el coste y las costas, que constituirán el precio final de la obra.

El coste está compuesto por los gastos directos e indirectos que puede ocasionar la ejecución de la obra y que no integran la utilidad del empresario. En cambio, las costas son la utilidad prevista por el contratista y están pactadas, generalmente, en una suma fija o en un porcentaje.

2.2. Provisión de materiales

En cuanto a los materiales, se establece que estos pueden ser provistos o no por el comitente. Al respecto y de configurarse el caso, corresponde remitirse a lo prescripto por el art. 1256, inc. d, CCyC en cuanto instituye como una de las obligaciones del contratista o prestador usar en forma diligente los materiales que provea el comitente. En caso de que estos resulten impropios o viciosos, deberá informarle inmediatamente dicha situación.

Si bien los materiales pueden ser provistos por cada una de las partes y ello ser objeto de acuerdo entre ambas, también se establece que para el caso de ausencia de convención o de que ello no surja de los usos del lugar, los materiales serán provistos por el contratista, salvo prueba en contrario. Tal provisión de materiales resulta una de las obligaciones a cargo del contratista o prestador de conformidad con lo establecido en el art. 1256, inc. c, CCyC.

En el último párrafo de la norma en estudio, se establece que para el supuesto de que las partes nada hubieran acordado en la materia y que ello tampoco surja de los usos del lugar, se presume, excepto prueba en contrario, que la obra fue contratada por ajuste alzado y que es el contratista quien provee los materiales. La presunción contenida en esta última parte del artículo es *iuris tantum*.

2.3. Obra con relación a inmuebles

En forma aislada, la norma contempla el caso de la obra con relación a inmuebles y señala que puede ser realizada en el terreno del comitente o de un tercero.

ARTÍCULO 1264.- ***Variaciones del proyecto convenido.*** *Cualquiera sea el sistema de contratación, el contratista no puede variar el proyecto ya aceptado sin autorización escrita del comitente, excepto que las modificaciones sean necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte y no hubiesen podido ser previstas al momento de la contratación; la necesidad de tales modificaciones debe ser comunicada inmediatamente al comitente con indicación de su costo estimado. Si las variaciones implican un aumento superior a la quinta parte del precio pactado, el comitente puede extinguirlo comunicando su decisión dentro del plazo de diez días de haber conocido la necesidad de la modificación y su costo estimado.*

El comitente puede introducir variantes al proyecto siempre que no impliquen cambiar sustancialmente la naturaleza de la obra.

ARTÍCULO 1265.- ***Diferencias de retribución surgidas de modificaciones autorizadas.*** *A falta de acuerdo, las diferencias de precio surgidas de las modificaciones autorizadas en este Capítulo se fijan judicialmente.*

Fuentes y antecedentes: art. 1633 bis CC.

1. Introducción

El CCyC mantiene los lineamientos del art. 1633 bis CC, introducido por la ley 17.711.

El art. 1264 CCyC regula el caso de las variaciones que puedan surgir en la obra con respecto al proyecto acordado y, como regla general, determina que el contratista no podrá variar o introducir modificaciones a la obra, cualquiera sea el sistema bajo el cual se haya contratado, sin que exista autorización escrita del comitente.

Dicho precepto establece como excepción el supuesto de que las modificaciones sean necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte y que no hubiesen podido ser previstas al momento de la contratación. En tal caso, el contratista deberá inmediatamente comunicar al comitente la necesidad de la realización de tales modificaciones con estimación de su costo.

También se incorpora como innovación la posibilidad de que el comitente extinga el contrato cuando las variaciones importen un aumento superior a la quinta parte del precio pactado.

Finalmente, se otorga al comitente la posibilidad de introducir variantes al proyecto siempre que estas no impliquen cambiar sustancialmente la naturaleza de la obra. El art. 1265 CCyC avanza sobre el monto de los costos que puedan surgir de las modificaciones autorizadas, los que, a falta de acuerdo, deberán ser dirimidos judicialmente.

2. Interpretación

2.1. Variaciones por parte del contratista al proyecto acordado. Regla general y supuesto de excepción

En principio, cualquiera sea el sistema de contratación de la obra, el contratista no puede introducir variaciones al proyecto ya aceptado. Solo podrá hacerlo si media una autorización escrita del comitente.

Excepcionalmente, podrá hacerlo sin dicha autorización en el supuesto de que las alteraciones sean necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte y no hubiesen podido ser previstas al momento de la contratación. Se considera que el contratista es un profesional conocedor de su labor y que podrá realizar una ecuación eficiente para llevar a término la obra.

En caso de que, a pesar de su actuación diligente, el contratista deba introducir modificaciones, será su obligación comunicar inmediatamente al comitente tal necesidad y la estimación de su costo.

2.2. Extinción del contrato por parte del comitente

La norma prevé la posibilidad de que el comitente extinga el contrato cuando las variaciones a lo acordado introducidas por el contratista a la obra, importen un aumento superior a la quinta parte del precio pactado.

El comitente podrá extinguir el contrato comunicando su decisión dentro del plazo de diez días de haber conocido la necesidad de la modificación y su costo estimado.

En tal caso, se configura un supuesto de extinción del contrato por declaración de una de las partes, previsto en el artí. 1077 CCyC, el que establece: "*el contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad*".

En consecuencia, se aplicarán a este supuesto las prescripciones contenidas en los arts. 1078, 1079 y 1080 CCyC que fijan las reglas a las que, salvo estipulación convencional en contrario, debe ajustar su conducta quien quiere hacer efectiva la extinción de un contrato, la proyección de los efectos de la extinción en el tiempo y las pautas en cuanto a la restitución.

No resulta de aplicación en este caso lo dispuesto por el art. 1261 CCyC, por lo tanto, el comitente no tendrá que indemnizar al prestador todos los gastos y trabajos realizados, ni la utilidad que hubiese podido obtener.

2.3. Modificaciones al proyecto que importen una variación en el precio menor a una quinta parte

En tal caso, efectuada la comunicación y la estimación del costo por parte del contratista, el comitente no podrá extinguir el contrato. En cambio, sí tiene la posibilidad de desistir del contrato en forma unilateral, pero en tal caso deberá indemnizar al contratista en la forma prevista en el art. 1261 CCyC integrando los rubros allí contemplados. Ello, sin

perjuicio de la facultad que el artículo citado acuerda al juez para reducir equitativamente la utilidad si se produce una notoria injusticia.

2.4. Variaciones por parte del comitente al proyecto acordado

Según la norma en consideración, también el comitente puede introducir variantes al proyecto siempre que no impliquen cambiar sustancialmente la naturaleza de la obra. Por regla general, las modificaciones podrán ser introducidas siempre y cuando no cambien sustancialmente la naturaleza de la obra y estarán a cargo del comitente.

2.5. Variaciones autorizadas. Diferencias de precio

El Código Civil y Comercial contempla diversas soluciones para los distintos casos en los arts. 1263 (retribución en el sistema por coste y costas) y 1264 (modificaciones a instancia del contratista o comitente).

En el art. 1265 CCyC se establece que, a falta de acuerdo, las diferencias de precio surgidas de las modificaciones autorizadas se fijan judicialmente. Es decir, que la solución aportada, en cuanto a su fijación judicial y a través del proceso más abreviado que prevea la normativa de forma, goza de carácter supletorio, dado que rige a falta de acuerdo en contrario de los contratantes.

> **ARTÍCULO 1266.-** ***Obra por pieza o medida.*** ***Si la obra fue pactada por pieza o medida sin designación del número de piezas o de la medida total, el contrato puede ser extinguido por cualquiera de los contratantes concluidas que sean las partes designadas como límite mínimo, debiéndose las prestaciones correspondientes a la parte concluida.***
>
> ***Si se ha designado el número de piezas o la medida total, el contratista está obligado a entregar la obra concluida y el comitente a pagar la retribución que resulte del total de las unidades pactadas.***

1. Introducción

Este artículo se refiere al sistema por unidad de medida previsto para la ejecución de la obra en el art. 1262 CCyC. Recepta con claridad la distinción conceptual sostenida por la doctrina entre el contrato por unidad de medida simple y el *stricto sensu* o propiamente dicho.

2. Interpretación

2.1. Sistema por unidad de medida simple

En este sistema, se establece el precio por unidad pero no se indica la cantidad de unidades que conforman el total de la obra. Bajo esta modalidad se establece que cualquiera de las partes podrá resolver el contrato pagando las unidades trabajadas.

Así se establece, en el primer párrafo de este artículo, que el contrato puede ser extinguido por cualquiera de los contratantes, una vez concluidas las partes designadas como límite mínimo, debiéndose las prestaciones correspondientes a la parte terminada.

2.2. Sistema por unidad de medida propiamente dicho

En este sistema, se establece la totalidad de unidades que integran la obra, es decir, se fija su medida total, por lo que aquella deberá ser ejecutada en su totalidad. En este caso, resulta obligación del contratista entregar la obra concluida y del comitente, pagar la retribución que resulte del total de las unidades pactadas.

No se encuentra prevista ninguna posibilidad de extinguir el contrato dado que se ha pactado finalizar la obra. La retribución total a pagar por el comitente, una vez concluida la obra, estará integrada por la sumatoria de los precios acordados respecto de cada una de las unidades pactadas.

ARTÍCULO 1267.- ***Imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa.*** *Si la ejecución de una obra o su continuación se hace imposible por causa no imputable a ninguna de las partes, el contrato se extingue. El contratista tiene derecho a obtener una compensación equitativa por la tarea efectuada.*

1. Introducción

La solución contenida en esta norma es similar a la que preveía el Código de Vélez, que establecía la resolución del contrato por imposibilidad de ejecución o conclusión de la obra.

2. Interpretación

2.1. Extinción del contrato sin culpa

En este artículo, se contempla la extinción del contrato en caso de mediar una causa no imputable ni al contratista ni al comitente que haga imposible la ejecución o la continuación de una obra.

No debe mediar culpa de ninguna de las partes y la denominada "causa no imputable" deberá implicar la ruptura cierta y concreta del nexo causal entre la actuación de la parte y el incumplimiento.

No hay duda de que el precepto comprende los supuestos de imposibilidad material o física, que, a su vez, puede ser objetiva o subjetiva, y también la imposibilidad jurídica, que es aquella que surge del mismo ordenamiento legal.

Asimismo, debe ser insuperable, sobreviniente y definitiva. De manera tal de que si esta es temporaria o transitoria, no dará lugar a la extinción del contrato sino a la prórroga de sus efectos por el plazo equivalente al de la imposibilidad.

2.2. Derecho del contratista: compensación equitativa

En su parte final, el artículo objeto de comentario establece que, una vez acreditada la causal no imputable a las partes que importa la imposibilidad de ejecutar o continuar la obra, el contratista tiene derecho a obtener una compensación equitativa por la tarea realizada. Esto implica que la ejecución de la obra debe haber comenzado.

La norma, a diferencia de la regla contenida en el Código de Vélez, introduce el término "equitativa" de manera tal de que el precio no solo deberá ser proporcional en orden a lo ejecutado y al total de la obra, sino que podrá ser corregido y ajustado en función de la equidad.

ARTÍCULO 1268.- ***Destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega.*** *La destrucción o el deterioro de una parte importante de la obra por caso fortuito antes de haber sido recibida autoriza a cualquiera de las partes a dar por extinguido el contrato, con los siguientes efectos:*

a. *si el contratista provee los materiales y la obra se realiza en inmueble del comitente, el contratista tiene derecho a su valor y a una compensación equitativa por la tarea efectuada;*

b. *si la causa de la destrucción o del deterioro importante es la mala calidad o inadecuación de los materiales, no se debe la remuneración pactada aunque el contratista haya advertido oportunamente esa circunstancia al comitente.*

c. *si el comitente está en mora en la recepción al momento de la destrucción o del deterioro de parte importante de la obra, debe la remuneración pactada.*

1. Introducción

El artículo objeto de comentario contempla el supuesto de destrucción o deterioro de la obra o de una parte importante de ella antes de su entrega al comitente por caso fortuito y autoriza a que cualquiera de las partes de por extinguido el contrato.

En cuanto a este aspecto fundamental y a la posibilidad de dar por extinguido el contrato, se sigue en esta normativa a la solución propiciada en el Código Civil, pero difiere en cuanto a los efectos previstos. Si el contratista provee los materiales y la obra se realiza en el inmueble del comitente, el primero tendrá derecho a percibir su valor y una compensación (inc. a). En cambio, si se da el caso de destrucción por mala calidad de los materiales, el contratista no tiene derecho a percibir remuneración alguna, aun cuando hubiese advertido dicha circunstancia al comitente (inc. b).

En los supuestos de mora en la recepción de la obra, se produce una transferencia de riesgos por deterioro o destrucción hacia el comitente (inc. c).

2. Interpretación

La norma contiene la regla general por la cual, si la destrucción o deterioro de la obra (o de una parte importante de ella) se debe a un caso fortuito antes de la entrega, cualquiera de las partes podrá dar por extinguido el contrato.

Para que proceda el supuesto previsto en este artículo, deben darse los siguientes requisitos:

1. el deterioro o destrucción debe haber involucrado a la obra en su totalidad o a una parte importante de ella;
2. debe constituir un caso fortuito;
3. debe ocurrir antes de la entrega y
4. la facultad para extinguir el contrato debe haber sido acordada por ambas partes.

Los efectos de la extinción contractual difieren si:

a. **Se trata de una obra realizada en el inmueble del comitente y los materiales son provistos por el contratista.** En estos casos se establece que el contratista tiene derecho a su valor y a una compensación equitativa por la tarea efectuada.

   La solución prevista se aparta de la contenida en el Código Civil derogado y se adhiere al principio *res perit domino*, dando derecho al contratista, si provee los materiales y realiza la obra en el inmueble del comitente, a reclamar su valor y a una compensación equitativa por la tarea efectuada.

   Con la previsión contenida en este artículo, se armoniza la normativa privada con la pública y la solución adoptada para estos casos es igual a la contemplada con relación al comitente, en el caso la administración pública, por la ley de obras y servicios públicos.

b. **La destrucción se debe a la mala calidad de los materiales.** En estos casos se establece que no se le debe remuneración al contratista aun cuando este haya advertido al comitente de la mala calidad o inadecuación de los materiales por él provistos.

   Esta solución también se aparta de la prevista en el régimen anterior, dado que aun de haber mediado la advertencia del contratista al comitente en cuanto a mala calidad de los materiales, aquel pierde la remuneración si la destrucción se debe a la mala calidad que, por su mayor conocimiento técnico, conocía o debía conocer.

c. **Al momento de la destrucción de la obra el comitente está en mora en cuanto a su recepción.** Si se configura la situación de mora en cabeza del comitente en cuanto a la recepción de la obra y ocurre su destrucción o deterioro, deberá pagar al contratista la remuneración pactada.

ARTÍCULO 1269.- ***Derecho a verificar.*** *En todo momento, y siempre que no perjudique el desarrollo de los trabajos, el comitente de una obra tiene derecho a verificar a su costa el estado de avance, la calidad de los materiales utilizados y los trabajos efectuados.*

1. Introducción

En el Código Civil derogado, no había ninguna norma que contemplara el derecho a verificar la obra por parte del comitente. Su inclusión resulta propicia y afortunada en orden a evitar los conflictos que pudieren sucederse en función de la ejecución y el avance de la obra.

2. Interpretación

La norma establece que el comitente tiene derecho a verificar la obra en tanto dicho acto no perjudique el desarrollo de los trabajos.

La verificación por parte del comitente será a su costa y podrá comprender:

a. el estado de avance de la obra;
b. la calidad de los materiales utilizados;
c. los trabajos realizados por el contratista.

Este artículo, en cuanto prevé el ejercicio de este derecho por parte del comitente, resulta favorable para la identificación temprana de los problemas que pudieren presentarse en el transcurso de la ejecución de la obra y así propiciar la solución de los eventuales conflictos.

ARTÍCULO 1270.- ***Aceptación de la obra.*** *La obra se considera aceptada cuando concurren las circunstancias del artículo 747.*

Remisiones: ver art. 747 CCyC y comentario al art. 1272 CCyC.

1. Introducción

En el Código Civil se establecían los efectos de la recepción de la obra sin formular reservas u observaciones por parte del locatario. En este artículo se regula el supuesto de

aceptación de la obra y se formula una remisión concreta a lo previsto en el art. 747 CCyC que regula la entrega de la cosa tratándose de obligaciones de dar.

Respecto del señalado art. 747 CCyC, cabe destacar que no existen concordancias con la normativa anterior y lo previsto en ese artículo constituye toda una novedad en cuanto a la entrega de la cosa y al derecho acordado a ambas partes para requerir la inspección de la cosa en el acto de su entrega.

2. Interpretación

2.1. Aceptación

La norma contempla el supuesto de aceptación de la obra por parte del comitente. La aceptación es el acto jurídico unilateral no formal mediante el cual el comitente exterioriza, de algún modo, su conformidad con la obra realizada por el contratista, y constituye el paso previo a la recepción.

Habrá de considerarse aceptada la obra cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 747 CCyC, que regula la entrega de la cosa en materia de obligaciones de hacer.

2.2. Entrega de la cosa. Derecho a inspeccionar la cosa y efectos de su recepción

El art. 747 CCyC, en primer término, establece que cualquiera de las partes tiene el derecho de requerir la inspección de la cosa en el acto de su entrega.

Por su parte, y en cuanto a la recepción de la cosa por parte del comitente, establece que ello hace presumir la inexistencia de vicios aparentes y la calidad adecuada de la cosa, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil y Comercial sobre la obligación de saneamiento —arts. 1033 a 1043 CCyC—.

Si ocurre la recepción de la cosa, se presume la inexistencia de vicios aparentes —es decir, de aquellos vicios que son de fácil comprobación— y que la cosa reviste una calidad adecuada.

No obstante ello, se deja a salvo la obligación de saneamiento por parte de los obligados enumerados en el art. 1033 CCyC, que son los siguientes:

a. el transmitente de bienes a título oneroso;

b. quien ha divido bienes con otros;

c. sus respectivos sucesores, si han efectuado la transferencia a título oneroso.

Los obligados son quienes deberán garantizar por vicios ocultos y por evicción (ver art. 1034 CCyC).

Los efectos derivados de la aceptación de la obra, de no mediar un plazo de gracia, están contemplados en el art. 1272 CCyC siguiente, a cuyo comentario corresponde remitir.

ARTÍCULO 1271.- ***Vicios o defectos y diferencias en la calidad.*** *Las normas sobre vicios o defectos se aplican a las diferencias en la calidad de la obra.*

ARTÍCULO 1272.- ***Plazos de garantía.*** *Si se conviene o es de uso un plazo de garantía para que el comitente verifique la obra o compruebe su funcionamiento, la recepción se considera provisional y no hace presumir la aceptación.*

Si se trata de vicios que no afectan la solidez ni hacen la obra impropia para su destino, no se pactó un plazo de garantía ni es de uso otorgarlo, aceptada la obra, el contratista:

a. *queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes;*

b. *responde de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos prevista en los artículos 1054 y concordantes.*

Remisiones: ver arts. 747 y 1270 CCyC.

1. Introducción

En estas normas se regula la cuestión de los vicios, del plazo de garantía, de la recepción provisional y de las consecuencias de la aceptación definitiva, y se establece un sistema más claro, efectivo y concreto de aquel previsto en el Código de Vélez.

Cabe recordar aquí que, si el comitente es un consumidor, resultarán de aplicación las normas contenidas en los arts. 1093, 1094, 1095 CCyC y concs. y la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, vinculadas a este tema en cuanto sean más favorables a aquel.

2. Interpretación

2.1. Vicios y diferencias en la calidad de la obra

En el art. 1271 CCyC se establece con claridad que el régimen de normas que regula los supuestos de vicios o defectos se aplica también a las diferencias en la calidad de la obra. De manera tal que ambos supuestos quedan asimilados y se aporta una clara solución al tema y al régimen aplicable en dichos casos.

2.2. Plazo de garantía. Recepción provisional de ausencia de aceptación

El plazo de garantía es aquel en el cual el comitente verifica la obra o comprueba su funcionamiento. La norma prevé, en forma novedosa, que el plazo de garantía puede ser acordado por las partes, pero también que este puede surgir de los usos.

Si el plazo de garantía es acordado o surge de un uso, la recepción se considera provisional y no hace presumir la aceptación. La norma incorpora la distinción entre recepción provisoria y definitiva.

2.3. Recepción provisional

El primer párrafo de este art. 1272 CCyC regula la recepción provisional de la obra entregada por el contratista, en tanto media un plazo para que el comitente realice su verificación y, dado el carácter provisorio del acto de recepción, no puede considerarse que hubo aceptación.

2.4. Recepción definitiva

Este supuesto se encuentra previsto en el art. 1270 CCyC que, al regular la aceptación de la obra, remite a lo dispuesto por el art. 747 CCyC.

Se establece que la recepción de la cosa por parte del comitente hace presumir dos extremos:

a. la inexistencia de vicios aparentes;
b. la calidad adecuada de la cosa.

Pero, no obstante ello, en el art. 747 CCyC se hace una nueva remisión, en cuanto a la obligación de saneamiento, a lo prescripto en los arts. 1033 a 1043 CCyC.

Asimismo, lo dispuesto en los arts. 1270 y 747 CCyC debe ser concordado y armonizado con lo establecido en el art. 1272, párr. 2, que también regula lo atinente a la recepción definitiva de la obra y a las consecuencias de la aceptación con respecto a la responsabilidad del contratista.

La norma prescribe los supuestos que conducen a la aceptación de la obra:

i. que los vicios que pudieren afectar a la obra no afecten su solidez;
ii. que los vicios que pudieren afectar a la obra no la hagan impropia para su destino;
iii. que las partes no hayan acordado un plazo de garantía; y
iv. que el plazo de garantía no surja de los usos.

En tal caso, aceptada la obra, el contratista:

a. queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes;
b. responde de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos prevista en los arts. 1054 CCyC y concs.

2.5. Responsabilidad del contratista

El supuesto previsto en el inc. a, en cuanto a que el contratista queda libre de responsabilidad por vicios aparentes, es concordante con lo prescripto en el art. 1270 CCyC en cuanto a que la aceptación de la obra por parte del comitente hace presumir la inexistencia de vicios aparentes.

En el inc. b, se determina en qué casos será responsable el contratista, esto es cuando la obra presente defectos ocultos o no ostensibles, cualquiera sea el defecto, sin que sea necesario que resulte grave o que haga a la cosa impropia para su destino.

En cuanto a la extensión y contenido de la responsabilidad por vicios ocultos y al plazo para el ejercicio de la garantía, el art. 1272, inc. b, última parte, el CCyC remite a las normas contenidas en el parágrafo 3° —Vicios ocultos— de la Sección 4ª —Obligación de saneamiento—, del Capítulo 9 —Efectos—, del Título II —Contratos en general—, del Libro Tercero —Derechos personales—.

El contenido de la responsabilidad por vicios ocultos está previsto en el art. 1051 CCyC que establece que la responsabilidad por defectos ocultos se extiende a los vicios redhibitorios y a aquellos defectos que no se encuentren comprendidos en las excepciones del art. 1053 CCyC. El art. 1052 CCyC prevé que, en forma convencional, podrá ampliarse la garantía y el art. 1054 CCyC, cómo deberá operar el ejercicio de la responsabilidad por defectos ocultos.

En este último punto, se contempla un plazo idéntico al previsto en el régimen anterior para denunciar expresamente la existencia del defecto oculto, vale decir, dentro de los 60 días de haberse manifestado. Finalmente, el art. 1055 CCyC prevé los supuestos de caducidad de la responsabilidad por defectos ocultos, que en el caso de inmuebles es de tres años desde

que la recibió, y si la cosa es mueble, cuando transcurren seis meses desde que la recibió o puso en funcionamiento. En cuanto a la prescripción de la acción por vicios redhibitorios, el plazo es de un año, conforme lo dispuesto por el art. 2564, inc. a, CCyC.

ARTÍCULO 1273.- ***Obra en ruina o impropia para su destino.*** *El constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de la obra por los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino. El constructor sólo se libera si prueba la incidencia de una causa ajena. No es causa ajena el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero, ni el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el contratista.*

ARTÍCULO 1274.- ***Extensión de la responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino.*** *La responsabilidad prevista en el artículo 1273 se extiende concurrentemente:*

a. *a toda persona que vende una obra que ella ha construido o ha hecho construir si hace de esa actividad su profesión habitual;*
b. *a toda persona que, aunque actuando en calidad de mandatario del dueño de la obra, cumple una misión semejante a la de un contratista;*
c. *según la causa del daño, al subcontratista, al proyectista, al director de la obra y a cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes.*

Remisiones: ver arts. 850, 851 y 852 CCyC.

1. Introducción

El art. 1273 CCyC regula el supuesto de la responsabilidad del constructor postentrega por ruina de la obra, y el art. 1274 CCyC amplía la enumeración de los legitimados pasivos, estableciéndose que la responsabilidad en el caso se extiende en forma concurrente.

En el Código Civil y Comercial se acoge un régimen normativo más claro y preciso de aquel dispuesto en el Código Civil, brindando respuestas a los problemas que se han ido presentando respecto a diferentes conceptos involucrados en la cuestión, como por ejemplo, el de "ruina".

Esta responsabilidad que el Código, en su art. 1273 CCyC, pone en cabeza del constructor para el caso de ruina de la obra, y que luego amplía a los sujetos indicados en el art. 1274 CCyC, resulta una de las más gravosas que preveía el ordenamiento, por lo que era necesario precisar sus límites y contenido.

2. Interpretación

2.1. Obra en ruina o impropia para su destino. Supuestos contemplados

En primer término, es preciso señalar que, como estaba previsto en el Código Civil, este artículo se circunscribe a obras realizadas en inmuebles destinados, por su naturaleza, a tener larga duración.

Es decir, que solo corresponde su aplicación para el supuesto de inmuebles, quedando en consecuencia excluidas las cosas muebles y las obras destinadas a corta duración (ver art. 2564, inc. c, CCyC), salvo que ello haya sido previsto en alguna ley especial. En cuanto a la distinción entre bienes y cosas, corresponde estarse al comentario del art. 16 CCyC.

En segundo término, cabe destacar que, si bien el artículo se titula "Obra en ruina o impropia para su destino", en su texto no se emplea la palabra "ruina" y ello resulta plausible dada la multiplicidad de interpretaciones que se han dado al vocablo "ruina".

En la norma se indica que la responsabilidad se circunscribe a los daños que comprometan la solidez del inmueble y a los que lo hacen impropio para su destino.

Del régimen normativo previsto en los arts. 1272 y 1273 CCyC, surge en forma clara que se han distinguido los supuestos de ruina (daños que comprometan la solidez del inmueble y que lo hagan impropio para su destino), de aquel propio de los defectos ocultos, respecto de los cuales no se requiere que sean graves y por los que se responderá en orden a lo prescripto para los vicios ocultos en el art. 1051 CCyC y ss.

2.2. Legitimados activos

En cuanto a quiénes resultan legitimados activos para reclamar en función de daños de tales características, la norma indica al comitente y al adquirente, incorporando a este último en tal carácter dado que en el régimen anterior no estaba expresamente previsto. Así, también se encuentran legitimados activamente los sucesores universales y los singulares.

2.3. Legitimados pasivos. Ampliación prevista en el art. 1274 CCyC

Respecto del legitimado pasivo, el art. 1273 CCyC solo hace mención del constructor de la obra, al que deben incorporarse también como legitimados pasivos los indicados en el art. 1274 CCyC, a saber:

a. toda persona que vende una obra que ella ha construido o ha hecho construir si hace de esa actividad su profesión habitual, es decir, el empresario inmobiliario;
b. toda persona que, aunque actuando en calidad de mandatario del dueño de la obra, cumple una misión semejante a la de un contratista;
c. según la causa del daño, el subcontratista, el proyectista, el director de la obra y cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes.

2.3.1. Obligados concurrentes

El artículo indicado prescribe que todos estos sujetos responden en forma concurrente y en cuanto a este tipo de obligaciones, cabe remitirse a lo prescripto en los arts. 850, 851 y 852 CCyC. Estos artículos, que integran la sección de "Obligaciones concurrentes", introducen esta nueva categoría obligacional que, aunque ya había sido receptada por la doctrina y la jurisprudencia, no estaba incorporada en el régimen anterior.

El art. 850 CCyC define a las obligaciones concurrentes como aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes. Los efectos de este tipo de obligaciones están prescriptos en el art. 851 CCyC y, conforme lo regula el art. 852 CCyC, se les aplica en forma subsidiaria las normas relativas a las obligaciones solidarias.

De conformidad con lo establecido en el inc. a del art. 851 CCyC, el acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente y el inc. b indica que el pago realizado por uno de los deudores extingue la obligación de los otros obligados concurrentes; ello sin perjuicio del ejercicio de la acción de contribución en cabeza del deudor que paga la deuda contra los otros obligados concurrentes (inc. h). Según la causa del daño, serán responsables concurrentemente "*el subcontratista, el proyectista, el director de la obra y cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes*", tal como lo prevé el inc. c del art. 1274 CCyC.

Es decir que, para eximirse de responsabilidad, los legitimados pasivos, deberán demostrar que la causa del daño no les es atribuible. Si bien esta directiva coincide con la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor —en cuanto hace responsables a los agentes económicos que participan del negocio—, no establece, como aquella, la responsabilidad solidaria.

2.4. Eximición de responsabilidad del constructor de la obra

El artículo incorpora un supuesto de liberación de la responsabilidad en cabeza del constructor de la obra si este prueba la incidencia de una causa ajena. Dicho eximente de responsabilidad no estaba previsto en el régimen del Código Civil.

Ahora bien, en la parte final de la norma se establece expresamente que no resultan supuestos de "causa ajena":

a. "*el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero*";

b. "*el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el contratista*".

ARTÍCULO 1275.- ***Plazo de caducidad.*** ***Para que sea aplicable la responsabilidad prevista en los artículos 1273 y 1274, el daño debe producirse dentro de los diez años de aceptada la obra.***

1. Introducción

La norma en cuestión fija un plazo de caducidad idéntico al del Código Civil. Se continúa contemplando el plazo decenal para que los daños que comprometen la solidez del inmueble o los que la hacen impropia para su destino puedan ser reclamados a los legitimados pasivos, plazo que se contará desde el momento que la obra es aceptada por el comitente.

2. Interpretación

2.1. Plazo de caducidad de la responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino

Esta norma contempla un plazo similar al contenido en la regulación anterior de allí que el daño en los términos del art. 1273 CCyC deberá producirse dentro de los diez años de aceptada la obra a la que se refieren los arts. 1270 y 1272 CCyC.

2.2. Plazo de prescripción para hace valer el reclamo en los términos del art. 1273 CCyC

En la norma en cuestión no se regula el plazo de prescripción de la acción, ni se formula referencia a norma alguna. Pero, a fin de un tratamiento ordenado, es preciso señalar que

el plazo de prescripción de esta acción se encuentra regulado en el art. 2564, inc. c, del Libro Sexto, Sección 2ª —Plazos de prescripción— del CCyC.

Dicho artículo establece que prescribe al año el reclamo contra el constructor por responsabilidad por ruina total o parcial, sea por vicio de construcción, del suelo o de mala calidad de los materiales, siempre que se trate de obras destinadas a larga duración. El plazo se cuenta desde que se produjo la ruina y siempre que ella ocurra dentro de los diez (10) años de recibida la obra.

La doctrina ha advertido la desacertada técnica legislativa utilizada, dado que este artículo, en su párrafo final, establece que el plazo se cuenta desde que "*se produjo la ruina*"; en cambio, el art. 1275 CCyC dispone que para que exista responsabilidad en los casos de los arts. 1273 y 1274 CCyC, "*el daño debe producirse dentro de los diez años de aceptada la obra*". Será labor interpretativa del juez, entonces, compatibilizar el art. 2564 CCyC con la normativa específica contenida en el art. 1275 CCyC.

ARTÍCULO 1276.- ***Nulidad de la cláusula de exclusión o limitación de la responsabilidad.*** *Toda cláusula que dispensa o limita la responsabilidad prevista para los daños que comprometen la solidez de una obra realizada en inmueble destinada a larga duración o que la hacen impropia para su destino, se tiene por no escrita.*

1. Introducción

Esta previsión normativa, en cuanto establece la nulidad de la cláusula de exclusión o de limitación de la responsabilidad prevista en el art. 1273 CCyC, si bien sigue los lineamientos del art. 1646 CC —en lo atinente a que no será admisible la dispensa contractual de responsabilidad por una ruina total o parcial—, introduce una innovación, que es la de disponer en forma expresa la nulidad de cualquier cláusula contractual que dispense o limite la responsabilidad por los daños que comprometan la solidez de la obra realizada en inmueble destinada a larga duración o que la hagan impropia para su destino. En el Código Civil, tal solución era alcanzada a través de la aplicación de la teoría del abuso del derecho y el principio de la buena fe contractual.

2. Interpretación

La norma establece la nulidad de toda cláusula de dispensa o limitación de la responsabilidad prevista para los daños que comprometen la solidez de una obra realizada en inmueble destinada a larga duración o que la hagan impropia para su destino, de manera tal que se trata de un artículo de orden público que limita el ejercicio de la autonomía privada de las partes.

Esta solución coincide, en caso de tratarse el comitente de un consumidor, con la que regula el art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, que descalifica la inserción de una cláusula de dispensa de responsabilidad por considerarla abusiva.

ARTÍCULO 1277.- ***Responsabilidades complementarias.*** *El constructor, los subcontratistas y los profesionales que intervienen en una construcción están obligados a observar las normas administrativas y son responsables, incluso frente a terceros, de cualquier daño producido por el incumplimiento de tales disposiciones.*

1. Introducción

Esta norma contempla un supuesto más amplio que el contenido en el Código Civil en materia de responsabilidades complementarias en cabeza del constructor, los subcontratistas y los profesionales que intervienen en una construcción.

Asimismo, alcanza a los terceros, al establecer una responsabilidad del tipo extracontractual; un supuesto que no estaba previsto en el régimen anterior.

2. Interpretación

La norma establece otro tipo de responsabilidad que no suprime ni enerva la principal sino que la complementa en cabeza del constructor, los subcontratistas y los profesionales que intervienen en una construcción. Señala que estos sujetos están obligados a observar las normas administrativas, es decir, todas aquellas normas municipales o locales referidas a la construcción (por ejemplo, códigos urbanos).

En orden a lo expuesto, la responsabilidad establecida en este artículo y su contenido debe armonizarse con lo dispuesto en el art. 1256, inc. a, CCyC que establece entre las obligaciones del contratista o prestador de servicios que deberá ejecutar el contrato conforme a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondiente a la actividad desarrollada.

A ello también corresponde agregar las pautas de discrecionalidad técnica contempladas en el art. 1253 CCyC.

Por otra parte, en caso de incumplimiento de las disposiciones administrativas y de producirse un daño en virtud de dicha omisión, cualquiera sea su tipo, serán responsables incluso frente a terceros, siendo la obligación de cada uno de los sujetos de tipo concurrente, tal como prescribe el art. 1274 CCyC.

Asimismo, se amplían los sujetos legitimados activos (terceros) en orden a la responsabilidad extracontractual que se regula; ello, en tanto concurran los presupuestos de la responsabilidad civil, especialmente en cuanto a la existencia del nexo causal entre la inobservancia e incumplimiento de las normas administrativas y el daño ocasionado.

SECCIÓN 3ª

Normas especiales para los servicios

ARTÍCULO 1278.- ***Normas aplicables.*** *Resultan aplicables a los servicios las normas de la Sección 1ª de este Capítulo y las correspondientes a las obligaciones de hacer.*

Remisiones: ver arts. 773 a 778, y 1251 a 1261 CCyC.

1. Introducción

Este artículo indica cuáles son las normas aplicables al contrato de servicios, indicando que son aquellas contenidas en la Sección 1ª de este Capítulo 6 y las disposiciones que regulan las obligaciones de hacer (arts. 773 a 778 CCyC).

2. Interpretación

2.1. Remisión normativa

Como fue señalado en el apartado anterior, la norma formula una remisión normativa a fin de indicar el régimen aplicable a los contratos de servicios. Se remite a las normas contenidas en la Sección 1ª, de este Capítulo 6 —arts. 1251 a 1261 CCyC— y a las correspondientes obligaciones de hacer (arts. 773 a 778 CCyC).

En el comentario al art. 1251 CCyC se ha hecho mención a la técnica legislativa empleada en este Capítulo 6, indicando que abandonó la forma de tratamiento de la cuestión seguida por el Código Civil. En especial, dejó de lado el término "locación de obras y servicios" y formuló una distinción de cada uno de los contratos a los que denominó "de obra" y "de servicios". Además, se legislaron ambos contratos en una Sección 1ª, donde se regularon sus condiciones comunes, y luego, en la Sección 2ª, se contempló la normativa específica y particular del contrato de obra.

De allí que la remisión dispuesta en esta Sección 3ª —e indicada en este art. 1278 CCyC— es la correcta en cuanto a las normas que rigen las condiciones generales de ambos contratos y que integran la Sección 1ª.

Asimismo, y en cuanto a la otra remisión respecto de las normas que regulan las obligaciones de hacer, también resulta apropiada, en tanto en el art. 1252 CCyC se califica al contrato de servicios como una obligación de hacer consistente en realizar cierta actividad independientemente de su eficacia.

El artículo citado regula la calificación del contrato a la que se recurrirá en caso de duda o discrepancia entre las partes; y en orden a la distinción que caracteriza al contrato de servicios, este no puede dejar de correlacionarse con el concepto de obligación de hacer contenido en el art. 773 CCyC y con los supuestos de prestación de servicio que —tratándose de ese tipo de obligaciones— contempla el art. 774 CCyC.

2.2. Contratos de servicios en "Fundamentos" del Anteproyecto

En los "Fundamentos" elaborados por la Comisión Redactora del Anteproyecto se indicó la innecesaridad de regular el contrato de servicios profesionales con un tipo especial. Ello por cuanto la diversidad de actividades profesionales hacía difícil encuadrarlas en un solo tipo especial y porque existía mejor adaptabilidad con las normas ya propuestas en el resto de los textos.

La discrecionalidad técnica, la diferenciación con el contrato dependiente, los efectos de la utilización de terceros y, el modo de determinar la obligación del profesional están contempladas en las disposiciones generales de los contratos de obra y servicios (Sección 1ª del Capítulo 6) y en la parte especial de los servicios se formula una remisión a las disposiciones que regulan las obligaciones de hacer, donde claramente se distinguen los casos de mera actividad de los otros en los que se promete la eficacia. A ello se agrega que, también en la parte general de contratos hay numerosas disposiciones propias de los servicios profesionales.

ARTÍCULO 1279.- ***Servicios continuados.*** *El contrato de servicios continuados puede pactarse por tiempo determinado. Si nada se ha estipulado, se entiende que lo ha sido por tiempo indeterminado. Cualquiera de*

las partes puede poner fin al contrato de duración indeterminada; para ello debe dar preaviso con razonable anticipación.

Fuentes y antecedentes: art. 1202 del Proyecto del Código Civil de 1998.

Remisiones: ver comentario al art. 1078 CCyC.

1. Introducción

Esta norma regula los servicios continuados de carácter autónomo y encuentra su fuente en el Proyecto del Código Civil: año 1998, por lo que no existe normativa alguna en el Código Civil que contemple este supuesto.

2. Interpretación

La norma establece que los contratos de servicios autónomos pueden tener plazo o no, vale decir, que pueden ser de plazo determinado o no tenerlo estipulado.

En este último caso, cualquiera de las partes puede extinguir el contrato, que es un supuesto de extinción unilateral del contrato mediante un preaviso con razonable anticipación, por lo que a la cuestión le será aplicable lo dispuesto por el art. 1078 CCyC, que establece las disposiciones generales para la extinción contractual por declaración unilateral, a cuyo comentario cabe remitir al lector.

CAPÍTULO 7(*)

Transporte

SECCIÓN 1ª

Disposiciones generales

ARTÍCULO 1280.- ***Definición.*** *Hay contrato de transporte cuando una parte llamada transportista o porteador se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, y la otra, llamada pasajero o cargador, se obliga a pagar un precio o flete.*

Fuentes y antecedentes: arts. 1203 y ss. del Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998.

1. Introducción

Con esta norma aparece legislada la definición de "*contrato de transporte*" que no contenían ni el Código de Comercio (en adelante, CCom.) ni el Código Civil, aunque el primero preveía en los arts. 162 a 206 pautas para las partes en los contratos de transporte terrestre y ferroviario. El CCyC, al regular este contrato, siguió en general al Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998 (art. 1203 y ss.).

2. Interpretación

En el contrato en comentario el transportista o porteador asume una obligación de resultado al pactar llevar las personas o las cosas sanas y salvas —o en el estado en que se

(*) Comentarios a los arts. 1280 a 1318 elaborados por Florencia Inés Córdoba.

encontraban al momento de recibirlas— al destino convenido. Por otro lado, el pasajero o cargador se obliga a pagar el precio acordado como contraprestación por el servicio prestado.

Si bien la definición se refiere a "*trasladar (...) de un lugar a otro*", debe entenderse que la responsabilidad del transportista se inicia cuando recepta la persona o la cosa y concluye al entregarlas sanas y salvas o en el estado en que fueron recibidas, respectivamente, y en el destino acordado, tal como establece el art. 1288 CCyC.

ARTÍCULO 1281.- ***Ámbito de aplicación.*** ***Excepto lo dispuesto en leyes especiales, las reglas de este Capítulo se aplican cualquiera que sea el medio empleado para el transporte. El transporte multimodal se rige por la ley especial.***

1. Introducción

La norma hace referencia a la delimitación de validez de los artículos contenidos en el Libro Tercero, Título IV, Capítulo 7, vale decir, especifica cuándo, dónde y sobre quién se aplicarán las reglas allí dispuestas.

2. Interpretación

El artículo indica que las normas de este capítulo se aplican al contrato de transporte con excepción de lo establecido en las leyes especiales con relación al transporte multimodal. Algunas de las leyes especiales son: Código Aeronáutico (17.285), Ley de Navegación (20.094), Ley de Regulación del Transporte y Distribución de Gas Natural (24.076), Ley de Hidrocarburos —transporte por tuberías o ductos— (17.319 y su modificatoria 27.007), Ley de Distribución, Transporte y Generación de Energía Eléctrica —transporte y distribución de electricidad— (24.065) y Ley General de Ferrocarriles —transporte multimodal, ferroviario y subterráneos— (2873).

ARTÍCULO 1282.- ***Transporte gratuito.*** ***El transporte a título gratuito no está regido por las reglas del presente Capítulo, excepto que sea efectuado por un transportista que ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad.***

1. Introducción

La norma excluye al transporte gratuito de lo dispuesto en el presente capítulo con la salvedad de que si es un transportista que ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad, esa relación se regirá por las reglas dispuestas en el capítulo en comentario.

2. Interpretación

Para un correcto encuadre de los casos contemplados en la norma hay que diferenciar, en primer lugar, el contrato de transporte gratuito del transporte benévolo: el primero es de naturaleza contractual y el pasajero tiene derecho al servicio aunque no pague por él, mientras que el segundo es extracontractual y se caracteriza por ser realizado de favor, de cortesía o amistoso, sin que el viajero se encuentre obligado a efectuar retribución alguna por el transporte realizado como liberalidad por el transportista.

De conformidad con lo expuesto, solo se regirá por las reglas de este capítulo el traslado efectuado por un transportista que ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad, aun cuando sea gratuito.

ARTÍCULO 1283.- ***Oferta al público.*** *El transportista que ofrece sus servicios al público está obligado a aceptar los pedidos compatibles con los medios ordinarios de que dispone, excepto que exista un motivo serio de rechazo; y el pasajero o el cargador están obligados a seguir las instrucciones dadas por el transportista conforme a la ley o los reglamentos.*

Los transportes deben realizarse según el orden de los pedidos y, en caso de que haya varios simultáneos, debe darse preferencia a los de mayor recorrido.

Fuentes y antecedentes: art. 188 CCom y art. 150 del Código Aeronáutico).

1. Introducción

El transportista que ofrezca sus servicios al público está obligado a efectuarlo, salvo un supuesto excepcional en que exista una razón de consideración que habilite el rechazo, obligación que se contrarresta con la que tiene el pasajero o cargador de seguir las instrucciones dadas por aquel.

2. Interpretación

Todo transportista que ofrezca sus servicios al público tiene la obligación de aceptar la carga que se le entregue o los pasajeros como la de trasladarlos en las condiciones generales en las que efectúa el servicio. Podrá negarse a realizar el transporte solo en casos excepcionales y con un motivo serio. Esta obligación se contrarresta con la del cargador o pasajero, que deben seguir las reglas que dispone el transportista.

Los servicios deben realizarse en el orden en que fueron requeridos y, en caso de existir varios simultáneos, se debe dar preferencia al de recorrido más extenso.

ARTÍCULO 1284.- ***Plazo.*** *El transportista debe realizar el traslado convenido en el plazo pactado en el contrato o en los horarios establecidos y, en defecto de ambos, de acuerdo a los usos del lugar en que debe iniciarse el transporte.*

1. Introducción

El plazo para realizar el servicio es un requisito esencial del contrato de transporte.

2. Interpretación

El transportista asume la responsabilidad de terminar el servicio en el plazo establecido y para ello debe actuar con el debido cuidado. El incumplimiento del plazo es responsabilidad del transportador quien deberá reparar los daños previsibles ocasionados como consecuencia mediata e inmediata de su obrar negligente. Los arts. 1285, 1305 y 1307 CCyC regulan los supuestos especiales del retardo en el transporte.

ARTÍCULO 1285.- ***Pérdida total o parcial del flete por retraso.*** *Producido el retraso en el traslado de las cosas transportadas, si el transportista no prueba la causa ajena, pierde una parte del flete proporcional al retraso, de modo tal que pierde el total si el tiempo insumido es el doble del plazo en el que debió cumplirse. Lo dispuesto por este artículo no impide reclamar los mayores daños causados por el atraso.*

1. Introducción

La norma mantiene el criterio de la regulación anterior (art. 188 CCom. y art. 150 del Código Aeronáutico). Dispone una sanción económica al transportista por el retraso en la entrega y establece como eximente de responsabilidad la culpa ajena que, en ese caso, se deberá probar.

2. Interpretación

Si el transportista no entrega la carga en el término pactado, la ley lo sanciona al establecer que pierde una parte del precio proporcional a la duración del tiempo de retardo, con la posibilidad de perder la totalidad si el retraso es del doble del tiempo establecido. El transportista solo podrá eximirse probando la culpa ajena en el retraso del servicio.

La sanción establecida no impide reclamar los daños ocasionados como consecuencia de la demora, los que deberán ser debidamente acreditados.

ARTÍCULO 1286.- ***Responsabilidad del transportista.*** *La responsabilidad del transportista por daños a las personas transportadas está sujeta a lo dispuesto en los artículos 1757 y siguientes.*

Si el transporte es de cosas, el transportista se excusa probando la causa ajena. El vicio propio de la cosa transportada es considerado causa ajena.

Remisiones: ver art. 1757 CCyC.

1. Introducción

Se continúa con el criterio de la normativa anterior (arts. 184 y 188 CCom.) al establecer que la responsabilidad por los daños en el transporte es de naturaleza objetiva.

2. Interpretación

La regla dispone que la obligación del transportista es objetiva e integral. Remite, para el caso de transporte de pasajeros, a lo normado por el art. 1757 CCyC y ss., y establece que para el transporte de cosas solo se puede eximir de responsabilidad al transportista probando la causa ajena, entre las que se encuentra el vicio propio de la cosa transportada.

ARTÍCULO 1287.- ***Transporte sucesivo o combinado.*** *En los transportes sucesivos o combinados a ejecutar por varios transportistas, cada uno de ellos responde por los daños producidos durante su propio recorrido.*

Pero si el transporte es asumido por varios transportistas en un único contrato, o no se puede determinar dónde ocurre el daño, todos ellos responden solidariamente sin perjuicio de las acciones de reintegro.

1. Introducción

El principio general que establece la norma es que en el transporte sucesivo o combinado cada transportista responde por los daños ocasionados durante su propio recorrido.

2. Interpretación

2.1. Conceptos de transporte sucesivo y combinado

El transporte sucesivo es aquel en que varios transportistas asumen en un mismo contrato el traslado, mientras que el transporte combinado es aquel en que se utiliza más de un modo de transporte, independientes entre sí, y el traslado se instrumenta bajo una diversidad de contratación.

2.2. Responsabilidad

El principio general para la responsabilidad en los casos de transporte sucesivo y combinado es que cada transportista responde por los daños ocurridos durante su propio recorrido. Si no se puede determinar dónde se ocasionó el daño o se trata de un transporte sucesivo, todos los transportistas responden en forma solidaria frente al pasajero o propietario de la carga, sin perjuicio de las acciones de reintegro que a cada uno le correspondiere.

SECCIÓN 2ª

Transporte de personas

ARTÍCULO 1288.- ***Comienzo y fin del transporte.*** *El transporte de personas comprende, además del traslado, las operaciones de embarco y desembarco.*

1. Introducción

El artículo establece la duración del contrato de transporte de personas.

2. Interpretación

El transporte de personas se inicia una vez que el pasajero llega al lugar de embarcos o partidas y finaliza cuando haya terminado el desembarco. No es requisito indispensable el pago del boleto porque la relación contractual nace con el consentimiento de las partes, por ejemplo, al tomarse del pasamano para subir al colectivo o al ingresar a la terminal con el propósito de realizar un traslado. El transportista y el pasajero deben cumplir con las obligaciones previstas en los arts. 1289 y 1290 CCyC desde el comienzo hasta el fin del transporte.

ARTÍCULO 1289.- ***Obligaciones del transportista.*** *Son obligaciones del transportista respecto del pasajero:*

a. *proveerle el lugar para viajar que se ha convenido o el disponible reglamentariamente habilitado;*
b. *trasladarlo al lugar convenido;*
c. *garantizar su seguridad;*
d. *llevar su equipaje.*

1. Introducción

En esta norma se establecen expresamente las obligaciones básicas del transportista, sin perjuicio de señalar que las partes pueden pactar otras obligaciones mientras no se encuentre comprometido el orden público. Entre las establecidas por el artículo cabe destacar una de las más importantes: la obligación de seguridad. La norma mantiene el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) en los fallos "Ledesma, María Leonor c/ Metrovías"[1] y "Uriarte Martínez, Héctor c/ Transportes"[2] que receptan la protección de la seguridad de los consumidores y usuarios contenida en el art. 42 CN.

2. Interpretación

El inc. a establece que el transportista debe garantizarle al pasajero las comodidades de viaje que hayan pactado o brindarle el lugar que se encuentre libre para usar, siempre que aquel se encuentre habilitado reglamentariamente con espacio para trasladar a las personas.

El inc. b determina que es obligación del transportista llevar al pasajero al destino especificado, ya sea el establecido por ruta previa o el indicado al momento de contratar.

El inc. c dispone específicamente que el transportista tiene la obligación de llevar sano y salvo al pasajero durante el transporte, desde el principio hasta el fin. La obligación de seguridad es la garantía fundamental del contrato de transporte y en caso de incumplimiento el transportista será responsable en forma integral y objetiva.

El inc. d establece que debe trasladar el equipaje y entregarlo en el lugar de destino en las condiciones en que fue dejado por el pasajero al momento de iniciar el viaje.

ARTÍCULO 1290.- ***Obligaciones del pasajero.*** ***El pasajero está obligado a:***

a. *pagar el precio pactado;*
b. *presentarse en el lugar y momentos convenidos para iniciar el viaje;*
c. *cumplir las disposiciones administrativas, observar los reglamentos establecidos por el transportista para el mejor orden durante el viaje y obedecer las órdenes del porteador o de sus representantes impartidas con la misma finalidad;*
d. *acondicionar su equipaje, el que debe ajustarse a las medidas y peso reglamentarios.*

1. Introducción

En esta norma se establecen expresamente las obligaciones básicas del pasajero, sin perjuicio de señalar que las partes pueden pactar otras obligaciones mientras no se encuentre comprometido el orden público. La falta de cumplimiento de las obligaciones y las cargas dispuestas pueden ocasionar la pérdida de derechos o beneficios al pasajero.

(1) CSJN, "Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/ Recurso de hecho deducido por la actora", 22/04/2008.

(2) CSJN, "Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros", 09/03/2010.

2. Interpretación

2.1. Análisis de los incisos

El inc. a determina que la obligación principal que tiene el pasajero es pagar el precio pactado o el que se encuentre fijado por la autoridad pública.

El inc. b establece que si el pasajero no se presenta a la hora y en el lugar pactado puede perder el derecho al traslado convenido.

El inc. c dispone que el pasajero debe cumplir las reglas establecidas a los fines de que el transportista pueda brindarle seguridad y comodidad a todos los usuarios.

El inc. d determina que debe adecuar el equipaje a las medidas y pesos establecidos en la reglamentación correspondiente. En caso de no cumplir con la carga, el transportista puede cobrar un precio por el exceso de equipaje.

ARTÍCULO 1291.- ***Extensión de la responsabilidad.*** *Además de su responsabilidad por incumplimiento del contrato o retraso en su ejecución, el transportista responde por los siniestros que afecten a la persona del pasajero y por la avería o pérdida de sus cosas.*

1. Introducción

El transportista es responsable por el incumplimiento de sus obligaciones que alcanza a los siniestros que afecten al pasajero y la avería o pérdida de sus cosas.

2. Interpretación

La norma establece que el transportista responde frente al pasajero por el incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato y por las dispuestas en el art. 1289 CCyC: proveerle el lugar para viajar que se ha convenido o el disponible reglamentariamente habilitado, trasladarlo al lugar convenido, garantizar su seguridad y llevar su equipaje.

ARTÍCULO 1292.- ***Cláusulas limitativas de la responsabilidad.*** *Las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista de personas por muerte o daños corporales se tienen por no escritas.*

1. Introducción

Con esta regla se ratifica el carácter imperativo de las normas que legislan el contrato de transporte.

2. Interpretación

Ante la desigualdad económica entre las partes, la norma brinda una solución legal para evitar que el que se encuentra en mejores condiciones abuse en la relación contractual. La relación existente en este contrato se encuentra prevista dentro de las relaciones de consumo contenidas en el art. 1092 CCyC y ss. En las normas antes indicadas se protege al más débil, es decir, al usuario o consumidor —que, en este caso, es el pasajero—, por ello la existencia de cláusulas que resulten abusivas, como las que limitan la responsabilidad del transportista por muerte o daños corporales y se tengan por no escritas, no serán consideradas en la relación que une a las partes; son inválidas.

ARTÍCULO 1293.- ***Responsabilidad por el equipaje.*** *Las disposiciones relativas a la responsabilidad del transportista de cosas por la pérdida o deterioro de las cosas transportadas, se aplican a la pérdida o deterioro del equipaje que el pasajero lleva consigo, con la salvedad de lo previsto en el artículo 1294.*

ARTÍCULO 1294.- ***Cosas de valor.*** *El transportista no responde por pérdida o daños sufridos por objetos de valor extraordinario que el pasajero lleve consigo y no haya declarado antes del viaje o al comienzo de éste.*

Tampoco es responsable por la pérdida del equipaje de mano y de los demás efectos que hayan quedado bajo la custodia del pasajero, a menos que éste pruebe la culpa del transportista.

1. Introducción

El transportista es responsable por la pérdida o el deterioro del equipaje, salvo que su contenido sea de un valor fuera de lo común y no haya sido declarado con anterioridad.

2. Interpretación

Las normas en estudio extienden la responsabilidad del transportista al equipaje que lleva el pasajero. En caso de pérdida o deterioro, el transportista debe responder por el daño ocasionado, salvo que se trate de un valor extraordinario y el pasajero no lo haya declarado con anterioridad. Cabe destacar que la norma no define qué es un valor extraordinario, circunstancia que deberá ser interpretada en cada caso particular. Por último, agrega el artículo que el transportista tampoco será responsable por el equipaje que se encuentre bajo la vigilancia del pasajero, con la excepción de que se pruebe la culpa del transportista en la pérdida o el daño ocasionado.

ARTÍCULO 1295.- ***Interrupción del transporte sucesivo.*** *Sin perjuicio de la aplicación del artículo 1287, primer párrafo, los daños originados por interrupción del viaje se deben determinar en razón del trayecto total.*

1. Introducción

La norma establece la responsabilidad del transportista en un contrato de transporte sucesivo que fue interrumpido.

2. Interpretación

Se indica que si el transporte sucesivo fue interrumpido, los daños originados por dicho acontecimiento se deben considerar teniendo en cuenta todo el recorrido, desde el principio hasta el fin.

SECCIÓN 3ª
Transporte de cosas

ARTÍCULO 1296.- ***Obligaciones del cargador.*** *El cargador debe declarar el contenido de la carga, identificar los bultos externamente, presentar la carga con embalaje adecuado, indicar el destino y el destinatario, y entregar al transportista la documentación requerida para realizarlo.*

Si se requieren documentos especiales, el cargador debe entregarlos al porteador al mismo tiempo que las cosas a transportar.

1. Introducción

Se determina en forma expresa las obligaciones del cargador. Esta norma es fundamental en la relación del contrato de transporte de cosas. No constituyen las únicas obligaciones porque las partes pueden pactar otras, pero son las que determina la ley como necesarias.

2. Interpretación

El cargador debe cumplir con sus obligaciones antes de que comience a ejecutarse el contrato. El rol que cumple es de carácter fundamental y esto se debe a que es el encargado de informar al transportista si las cosas que va a trasladar requieren de una atención especial para que no se deterioren. Son obligaciones del cargador: declarar el contenido de la carga, identificar los bultos externamente, presentar la carga con embalaje adecuado, indicar el destino y el destinatario, entregar al transportista la documentación requerida para realizarlo y, si es necesario, entregar los documentos especiales de la carga.

ARTÍCULO 1297.- ***Responsabilidad del cargador.*** *El cargador es responsable de los daños que sufran el transportista, otros cargadores o terceros, que deriven de la omisión o la inexactitud de las indicaciones o de la falta de entrega o de la irregularidad de la documentación.*

1. Introducción

El cargador es responsable si, por el incumplimiento de algunas de las obligaciones determinadas por el art. 1296 CCyC, generó daños al transportista, otros cargadores o terceros.

2. Interpretación

El art. 1296 CCyC determina que el cargador tiene la obligación de informar el contenido de la carga y los cuidados especiales que esta requiere. La exigencia antes mencionada se fundamenta, entre otras cosas, en que algunas mercaderías pueden causar daños si no son correctamente manipuladas, por ejemplo los productos para fumigar, objetos explosivos, combustible que requieren de condiciones de transporte específicas para proteger a quienes pueden encontrarse al alcance de los mismos.

Por cualquier daño producido al transportista, cargadores o terceros por el incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el cargador, este último será responsable. La norma impone que si la falta de entrega de la documentación que requiere la mercadería para ser trasladada o si la omisión de comunicar los conocimientos necesarios para transportar la carga genera un daño, el responsable es el cargador.

ARTÍCULO 1298.- ***Carta de porte.*** *El transportista tiene derecho a requerir del cargador que suscriba un documento que contenga las indicaciones enunciadas en el artículo 1296 y las estipulaciones convenidas para el transporte. Su emisión importa recibo de la carga.*

1. Introducción

La carta de porte es uno de los instrumentos probatorios del contrato de transporte de cosas y se trata de un documento que contiene la información brindada por el cargador al

transportista sobre la mercadería. El transportista puede solicitar la emisión de la carta de porte y con ella declara haber recibido la carga detallada en el documento.

2. Interpretación

La carta de porte es un documento probatorio del contrato de transporte cuya emisión no es obligatoria, pero puede ser exigida por el transportista. En su contenido se debe detallar las indicaciones previstas en el art. 1296 CCyC y su emisión es prueba de que el transportista recibió la carga, de allí surge la importancia probatoria del documento.

La carta de porte puede ser emitida al portador, a la orden o ser nominativa. Quien sea el legítimo portador del instrumento se encuentra habilitado a exigir al transportista la entrega de la carga en las condiciones en que se indica en el documento, en la misma cantidad, calidad y estado que fue expresado por el cargador al momento de emitir la carta de porte.

> **ARTÍCULO 1299.-** ***Segundo ejemplar.*** *El cargador tiene derecho a exigir al porteador que suscriba y le entregue copia de la carta de porte. Este documento se llama segundo ejemplar de la carta de porte y puede ser nominativo, a la orden o al portador.*
>
> *Si el transportista ha librado el segundo ejemplar de la carta de porte a la orden, los derechos nacidos del contrato frente a aquél, son transmisibles por endoso.*

Remisiones: ver arts. 1302 y 1303 CCyC.

1. Introducción

El segundo ejemplar adquiere la misma validez que su original.

2. Interpretación

El cargador puede exigir la emisión del segundo ejemplar de la carta de porte. Ambos cuentan con la misma validez y transmiten los efectos y derechos derivados de aquel. El tenedor legítimo del segundo ejemplar de la carta de porte mantiene la disposición de la carga y puede dar nuevas instrucciones al transportista sobre la misma (ver arts. 1302 y 1303 CCyC).

> **ARTÍCULO 1300.-** ***Guía.*** *Si no hay carta de porte, el cargador tiene derecho a exigir al transportista que le entregue un recibo de carga, denominado guía, con el mismo contenido de aquélla.*

Remisiones: ver arts. 1302 y 1303 CCyC.

1. Introducción

La guía es otro de los instrumentos probatorios del contrato de transporte de cosas y contiene el mismo contenido que la carta de porte.

2. Interpretación

Si el transportista no requirió la emisión de la carta de porte, el cargador le puede exigir al primero que emita una guía de carga. Se trata de un recibo de la carga producido por el transportista, que constituye un título de crédito al tenedor legitimándolo a requerir la

entrega de la mercancía transportada. El tenedor legítimo de la guía mantiene la disposición de la carga y puede dar nuevas instrucciones al transportista sobre la misma (ver arts. 1302 y 1303 CCyC). Tiene los mismos efectos probatorios que la carta de porte.

ARTÍCULO 1301.- ***Inoponibilidad.*** *Las estipulaciones no contenidas en el segundo ejemplar de la carta de porte o en la guía, no son oponibles a los terceros portadores de buena fe. Ese documento debe ser entregado al transportista contra la entrega por éste de la carga transportada.*

Remisiones: ver comentario al art. 9° CCyC.

1. Introducción

La norma determina la inoponibilidad de las cláusulas no establecidas en el segundo ejemplar de la carta de porte o de la guía.

2. Interpretación

El artículo establece que toda estipulación o cláusula que no se encuentre determinada en el segundo ejemplar de la carta de porte o en la guía no pueden invocarse ni ser oponible a los terceros portadores de buena fe (ver comentario al art. 9° CCyC).

ARTÍCULO 1302.- ***Disposición de la carga.*** *Si no se ha extendido el segundo ejemplar de la carta de porte ni la guía, el cargador tiene la disposición de la carga y puede modificar las instrucciones dadas al transportista, con obligación de reembolsar los gastos y resarcir los daños derivados de ese cambio.*

1. Introducción

Si no existe carta de porte ni guía, el cargador está habilitado para modificar o dirigir la carga en otro sentido que el indicado al transportista.

2. Interpretación

Ante la falta de la emisión de la carta de porte o de la guía, el cargador mantiene los derechos sobre la carga y cuenta con las facultades para dar nuevas indicaciones al transportista, pero también será responsable si las modificaciones generan daños o perjuicios para el transportista.

ARTÍCULO 1303.- ***Portador del segundo ejemplar.*** *Cuando el transportista ha librado segundo ejemplar de la carta de porte o guía, sólo el portador legitimado de cualquiera de dichos documentos tiene la disposición de la carga y puede impartir instrucciones al transportista, las cuales se deben anotar en el instrumento y ser suscriptas por el transportista.*

1. Introducción

Quien posea el segundo ejemplar de la carta de porte o guía dispone de la carga y toda modificación debe ser instrumentada en el documento y firmada por el transportista.

2. Interpretación

Las modificaciones de las instrucciones sobre la carga las puede realizar quien sea el portador legítimo del segundo ejemplar de la carta de porte o guía, quien dará las nuevas indicaciones al transportista y cuyos cambios deberán ser anotados en el documento y suscriptos por el transportista.

En caso de disponer de la carga y generar gastos o producir un daño el portador, será responsable según lo establecido por el art. 1302 CCyC.

ARTÍCULO 1304.- ***Derechos del destinatario.*** *Los derechos nacidos del contrato de transporte corresponden al destinatario desde que las cosas llegan a destino, o desde que, vencido el plazo del transporte, haya requerido la entrega al transportista. Sin embargo, el destinatario no puede ejercer tales derechos sino contra el pago al transportista de sus créditos derivados del transporte.*

1. Introducción

El destinatario puede ejercer sus derechos desde que la carga llegó a su destino o se cumplió el plazo para su entrega y se haya solicitado la misma, y se abonó la contraprestación determinada para el transporte.

2. Interpretación

El destinatario de la carga es el sujeto a quien va dirigida la mercancía y tiene el derecho de exigir su entrega si se ha cumplido el plazo para la misma y en caso de demora puede exigir una disminución en el precio del flete y reclamar la reparación por los daños o pérdida que sufriera la carga durante el transporte.

Estos derechos nacen una vez que la carga ha llegado al lugar de destino indicado por las partes, o si se ha cumplido el plazo estipulado y el destinatario ha requerido la entrega de la mercancía, siempre que se haya abonado el precio pactado por las partes como contraprestación del contrato de transporte de cosas que los vincula.

ARTÍCULO 1305.- ***Puesta a disposición.*** *El transportista debe poner la carga a disposición del destinatario en el lugar, en el plazo y con las modalidades convenidas en el contrato o, en su defecto, por los usos. Si el cargador ha librado una carta de porte, ésta debe ser exhibida y entregada al porteador.*

El tenedor del segundo ejemplar de la carta de porte o de la guía al portador o a la orden, debe restituir el documento al transportista en el momento de la entrega de la carga.

1. Introducción

La norma establece la forma en que debe implementarse la entrega de la cosa.

2. Interpretación

El transportista debe entregar la mercadería al destinatario estipulado en la forma establecida en el contrato, en el lugar designado como destino final de la carga, en el término

señalado y en el modo expresado, para lo cual deberá tomar todos los recaudos necesarios para cumplir con su obligación. Si las partes no han convenido como debe ser la puesta a disposición del destinatario, la misma se hará según los usos y costumbres.

Además la norma establece que si se ha librado una carta de porte o guía, el portador debe entregársela al transportista, quien le hará entrega de la carga.

ARTÍCULO 1306.- ***Entrega.*** *El transportista está obligado a entregar la carga en el mismo estado en que la recibió, excepto causa ajena. Si la ha recibido sin reservas, se presume que ella no tenía vicios aparentes y estaba bien acondicionada para el transporte. El destinatario no está obligado a recibir cosas con daños que impidan el uso o consumo que les son propios.*

1. Introducción

La norma establece una de las obligaciones fundamentales del transportista: la de entregar la carga en el estado en que la recibió; en caso de existir daños en las cosas, el destinatario tiene el derecho a negarse a recibir la mercadería.

2. Interpretación

El transportista tiene la obligación de entregar al destinatario la carga en el estado en que se encontraba al momento de hacerse cargo, esto es, quien transporta la mercadería debe tomar los recaudos necesarios para que la misma no sufra daños ni alteraciones. Si al recibir la cosa de parte del cargador no efectuó ninguna reserva, la norma establece que se entiende que fue recibida sin vicios aparentes y que se encontraba en condiciones de ser debidamente trasladada.

Aquí adquieren relevancia los documentos previstos en los arts. 1298 al 1300 CCyC, porque allí el cargador debe cumplir con las obligaciones a su cargo previstas en el art. 1296 CCyC, entre ellas, la de informar el contenido de la carga, su estado y si requiere de cuidados especiales para su traslado.

El transportista podrá eximirse de responsabilidad por los daños sufridos por la carga probando la culpa ajena.

Por último, la norma en comentario le otorga el derecho al destinatario de negarse a recibir la carga si la misma sufrió daños que impiden el uso o consumo que le son propios.

ARTÍCULO 1307.- ***Impedimentos y retardo en la ejecución del transporte.*** *Si el comienzo o la continuación del transporte son impedidos o excesivamente retrasados por causa no imputable al porteador, éste debe informar inmediatamente al cargador y pedirle instrucciones. Está obligado a la custodia de la carga. Si las circunstancias imposibilitan el pedido de instrucciones, el transportista puede depositar las cosas y, si están sujetas a rápido deterioro o son perecederas, puede hacerlas vender para que no pierdan su valor.*

1. Introducción

La norma brinda una solución al transportista para el supuesto en que se vea imposibilitado de entregar la carga en el plazo indicado.

2. Interpretación

Se establece que el porteador debe informarle sin demoras al cargador, y requerirle indicaciones cuando advierte que por causas ajenas no podrá comenzar o continuar el transporte y, en consecuencia, se ve imposibilitado de entregar la carga en el plazo establecido. De esta forma, se extiende la responsabilidad del porteador a la demora en la entrega de la cosa. En virtud de las obligaciones emanadas de los arts. 1305 y 1306 CCyC, el transportista es el encargado de custodiar la carga.

Ante la imposibilidad de comunicarse con el cargador a los fines de requerir las medidas que debe adoptar, el transportista cuenta con dos opciones: depositar las cosas o si por la demora pueden perder su valor, las puede vender.

ARTÍCULO 1308.- ***Impedimentos para la entrega.*** *Si el destinatario no puede ser encontrado o se niega a recibir las cosas transportadas o demora su recepción, el porteador debe requerir inmediatamente instrucciones al cargador y se aplican las soluciones previstas en el artículo 1307.*

Remisión: ver art. 1307 CCyC.

1. Introducción

Esta norma remite a la solución brindada en el art. 1307 CCyC.

2. Interpretación

Se establece que, si el transportista no logra localizar al destinatario o el mismo se niega a recibir la carga o retarda su entrega, el porteador cuenta con la misma solución legal que brinda el art. 1307 CCyC y debe requerir instrucciones al cargador o, en su defecto, podrá optar por las dos opciones de depositar o vender la carga, según las circunstancias del caso.

ARTÍCULO 1309.- ***Responsabilidad del transportista frente al cargador.*** *El porteador que entregue las cosas al destinatario sin cobrar los créditos propios o los que el cargador le haya encomendado cobrar contra entrega de la carga, o sin exigir el depósito de la suma convenida, es responsable frente al cargador por lo que le sea debido y no puede dirigirse contra él para el pago de sus propias acreencias. Mantiene su acción contra el destinatario.*

1. Introducción

La norma prevé la responsabilidad del transportista frente al cargador ante el incumplimiento de sus obligaciones.

2. Interpretación

Se establece la obligación del transportista de cobrar los créditos del cargador. En los casos en que se ha pactado que el pago de la contraprestación por el transporte de las cosas debe hacerse al transportista contra entrega de la mercadería, si este no lo ha recibido es responsable frente al cargador. Como consecuencia de ello, pierde el derecho a solicitar el pago por su trabajo, aunque conserva la posibilidad de requerir el pago al destinatario.

ARTÍCULO 1310.- ***Responsabilidad por culpa.*** *Si se trata de cosas frágiles, mal acondicionadas para el transporte, sujetas a fácil deterioro, de animales o de transportes especiales, el transportista puede convenir que sólo responde si se prueba su culpa. Esta convención no puede estar incluida en una cláusula general predispuesta.*

1. Introducción

La norma establece la limitación de la responsabilidad del transportista.

2. Interpretación

El artículo dispone que puede limitarse la responsabilidad del transportista para los supuestos en que la carga que debe transportar requiera de medidas de cuidados especiales o pueda estropearse con facilidad por tratarse de cosas frágiles o de animales, siempre que no sea contrario al orden público. La norma exige que la cláusula debe estar determinada específicamente en el contrato y no puede tratarse de una cláusula general predispuesta de limitación de responsabilidad. En estos casos, el transportista solo responde si se prueba su culpa.

ARTÍCULO 1311.- ***Cálculo del daño.*** *La indemnización por pérdida o avería de las cosas es el valor de éstas o el de su menoscabo, en el tiempo y el lugar en que se entregaron o debieron ser entregadas al destinatario.*

1. Introducción

Para la cuantificación del daño se tendrá en cuenta el valor de las cosas al momento y en las condiciones en que pactaron las partes para la entrega.

2. Interpretación

Se establece el principio para la cuantificación del daño. Al considerar que el destinatario recién puede disponer de la cosa al momento de la entrega, la norma determina que —en caso de pérdida o daño de la mercadería y a los fines de una reparación del perjuicio ocasionado— se tendrá en cuenta el valor en el lugar y tiempo que las partes pactaron para la entrega.

ARTÍCULO 1312.- ***Pérdida natural.*** *En el transporte de cosas que, por su naturaleza, están sujetas a disminución en el peso o en la medida durante el transporte, el transportista sólo responde por las disminuciones que excedan la pérdida natural. También responde si el cargador o el destinatario prueban que la disminución no ha ocurrido por la naturaleza de las cosas o que, por las circunstancias del caso, no pudo alcanzar la magnitud comprobada.*

1. Introducción

Se determina como principio que el transportista no responde por la pérdida natural de la carga.

2. Interpretación

La norma indica que si por la naturaleza de las cosas que deben transportarse la carga sufre una merma en su peso o tamaño, el transportista no será responsable en la medida que la disminución no exceda la pérdida natural.

Considerando la medida establecida de pérdida natural y lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo en comentario, se deberá probar en cada caso si la merma es considerada una pérdida natural o si la disminución sufrida fue consecuencia del transporte y no por la naturaleza de la cosa.

ARTÍCULO 1313.- ***Limitación de la responsabilidad. Prohibición.*** *Los que realizan habitualmente servicios de transporte no pueden limitar las reglas de responsabilidad precedentes, excepto en el caso del artículo 1310.*

1. Introducción

En el transporte de cosas también rige el principio de invalidez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad del transportista. Con esta regla se ratifica el carácter imperativo de las normas que legislan el contrato de transporte.

2. Interpretación

Se prohíben expresamente las cláusulas que limiten la responsabilidad del transportista, salvo en los casos especiales que establece el art. 1310 CCyC, en los que responderá si se prueba su culpa. La norma no permite ni las cláusulas exoneratorias ni las limitativas de responsabilidad por tratarse de reglas abusivas que permiten que el transportista no realice su servicio con todas las diligencias, y cuidados necesarios para evitar ocasionar daños.

ARTÍCULO 1314.- ***Comprobación de las cosas antes de la entrega.*** *El destinatario tiene derecho a hacer comprobar, a su costo, antes de la recepción de las cosas, su identidad y estado. Si existen pérdidas o averías, el transportista debe reembolsar los gastos.*

El porteador puede exigir al destinatario la apertura y el reconocimiento de la carga; y si éste rehúsa u omite hacerlo, el porteador queda liberado de toda responsabilidad, excepto dolo.

1. Introducción

La norma establece las condiciones para verificar la carga al momento de la entrega, que puede ser por cuenta del destinatario o a pedido del transportista.

2. Interpretación

El consignatario está habilitado para confirmar la exactitud de la carga que se le entrega, pero cargará con los costos de dicha comprobación. En caso de detectar daños o faltantes, el transportista deberá cargar con los costos de la comprobación.

Si el transportista solicitó al destinatario que verifique la carga y este no lo hizo, el porteador se exime de toda responsabilidad, con excepción de la existencia de dolo en la actuación del transportista.

ARTÍCULO 1315.- ***Efectos de la recepción de las cosas transportadas.*** *La recepción por el destinatario de las cosas transportadas y el pago de lo debido al transportista extinguen las acciones derivadas del contrato, excepto dolo. Sólo subsisten las acciones por pérdida parcial o avería no*

reconocibles en el momento de la entrega, las cuales deben ser deducidas dentro de los cinco días posteriores a la recepción.

1. Introducción

Se determina el momento en que se extinguen las obligaciones del contrato y la subsistencia de la responsabilidad del destinatario hasta el pago del precio de lo pactado.

2. Interpretación

2.1. Fin de la obligación del destinatario y del transportista

Con la entrega de la carga al destinatario en la forma convenida y el pago del flete pactado más los gastos causados en el traslado de la mercadería al transportista, se extinguen las obligaciones derivadas del contrato, con excepción de la existencia de dolo.

2.2. Responsabilidad por daño

El art. 1314 CCyC establece la comprobación de las cosas antes de la entrega y la norma en comentario dispone que el destinatario cuenta con cinco días desde que recibió la mercadería para reclamar al porteador por la pérdida parcial o avería no reconocible al momento de la entrega.

ARTÍCULO 1316.- ***Culpa del cargador o de un tercero.*** *Si el transporte no pudo ser iniciado o completado o la entrega no puede ser efectuada por el hecho del cargador, o de un portador legitimado del segundo ejemplar de la carta de porte o de la guía, o del destinatario, el transportista tiene derecho al precio o a una parte proporcional de éste, según sea el caso, y al reembolso de los gastos adicionales en que haya incurrido.*

1. Introducción

Se introduce el derecho del transportista a reclamar por el perjuicio ocasionado por culpa del cargador o de un tercero.

2. Interpretación

La norma permite que el transportista sea indemnizado cuando no ha podido cumplir con el transporte de cosas por culpa del cargador, o de un portador legitimado del segundo ejemplar de la carta de porte o de la guía, o del destinatario. En ese caso, podrá requerir el precio del flete —o una parte proporcional de este—, y el reembolso de los gastos adicionales en que haya incurrido, si prueba que su incumplimiento se debió a la culpa de los sujetos de la relación contractual mencionados.

ARTÍCULO 1317.- ***Transporte con reexpedición de las cosas.*** *Si el transportista se obliga a entregar la carga a otro porteador y no acepta una carta de porte hasta un destino diferente al de tal entrega, se presume que sus responsabilidades como transportista concluyen con ella, sin otras obligaciones adicionales que la de emplear una razonable diligencia en la contratación del transportista siguiente.*

1. Introducción

La responsabilidad del transportista termina con la entrega a otro porteador.

2. Interpretación

La obligación del transportista que hace entrega de la carga a otro porteador termina con aquella diligencia y se traslada al nuevo acarreador. Cada transportista se obliga por el trayecto cumplido.

ARTÍCULO 1318.- ***Representación en el transporte sucesivo.*** *Cada transportista sucesivo tiene el derecho de hacer constar en la carta de porte, o en un documento separado, el estado en que ha recibido las cosas transportadas. El último transportista representa a los demás para el cobro de sus créditos y el ejercicio de sus derechos sobre las cargas transportadas.*

1. Introducción

Se determinan los derechos de cada transportista en un contrato de transporte sucesivo.

2. Interpretación

En cada trayecto el transportista que recibe la carga tiene el derecho de determinar en la carta de porte o en un documento separado la mercadería que recibe y el estado en que se encuentra, de esta forma, se puede determinar la responsabilidad de cada transportista. Es que en los contratos sucesivos cada porteador se obliga por el trayecto cumplido.

La norma establece que el transportista que hace la entrega de la carga es el representante de los anteriores ante el cobro de los créditos y el ejercicio de sus derechos que pudieran derivarse del contrato.

CAPÍTULO 8(*)
Mandato

Fuentes y antecedentes: arts. 1869 a 1985 CC; arts. 221 a 231 CCom. arts. 221 a 231 del Anteproyecto de Bibiloni de 1936; proyectos de reforma de 1954, 1987 y 1993, en su parte pertinente; arts. 1241 a 1257 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de 1998.

Remisiones: ver arts. 262 a 264, 358 a 381, 1003 CCyC.

ARTÍCULO 1319.- ***Definición.*** *Hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra.*

El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella.

1. Introducción

El Código aporta sistematización respecto de tres figuras que se entremezclaban en el Código de Vélez, ellas eran: representación, poder y mandato. La regulación del contrato de mandato, en líneas generales, se basa en el Proyecto de 1998 (arts. 1241 a 1257).

(*) Comentarios a los arts. 1319 a 1334 elaborados por María Paula Pontoriero.

Si bien excede a la finalidad de este comentario ahondar en los numerosos desarrollos doctrinarios que desde fines de s. XIX vienen delimitando los contenidos y alcances de estos tres conceptos, es pertinente reseñar el modo en el cual estaban regulados y la solución que brinda el nuevo ordenamiento.

Se trataba de un contrato de colaboración, que poseía regulación tanto en el Código Civil (art. 1869 a 1985 CC), como en el Código de Comercio (arts. 221 a 231 CCom.). El Código Civil en el art. 1869 brindaba una definición de mandato con representación, sin realizar distinciones entre los institutos del mandato, como negocio base con el cual puede vincularse el apoderamiento y el acto unilateral de apoderamiento del cual emerge la representación.[3] La doctrina indicaba que la interpretación armónica entre los artículos 1869 y 1929 del CC daba como resultado que la representación no era un elemento esencial del contrato mandato, sin perjuicio de lo cual requería de un esfuerzo interpretativo al estar —los conceptos— utilizados inequívocamente, a lo largo de todo el articulado referido a la figura contractual bajo análisis.

Así, a partir de Vélez, cada iniciativa de reforma —Anteproyecto de Bibiloni de 1936, el de 1954, y los proyectos de 1987, 1993 y 1998— coincidió en la conveniencia de propiciar la regulación diferenciada entre las figuras de mandato (como idea de encargo o gestión) y representación (actuación a nombre de otro), aun cuando previeran normarlas con diferentes grados de claridad o distinción. Por su parte, el Código de Comercio también regulaba el mandato definiéndolo como aquel contrato a través del cual una persona se obligaba a administrar uno o varios negocios lícitos de comercio, que otro le encomendaba.

El CCyC trata la figura de la representación y el poder en el Libro Primero, Título IV, Capítulo 8, en la parte general referida a "Hechos y actos jurídicos" (arts. 358 a 381), a cuya lectura y análisis corresponde remitir[4]. Por su parte, el contrato de mandato se encuentra regulado en el Libro Tercero, relativo a los derechos personales, en su título IV, capítulo 8 de los Contratos en particular (arts. 1319 a 1334).

De este modo, el CCyC recepta una teoría general de la representación y aporta claridad respecto de tres figuras que se entremezclaban en el Código de Vélez. Asimismo, y como consecuencia de la unificación del ordenamiento civil y del comercial, también se redefinen algunos caracteres de la figura del mandato.

2. Interpretación

El artículo bajo análisis define al mandato como aquel contrato en el cual una parte (mandatario) se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en "interés" de otra (mandante).

De esta definición se desprende una gran diferencia respecto del art. 1869 CC —que es su antecedente legislativo inmediato—, al no aludirse a la necesidad de otorgamiento de poder como requisito de formación del contrato, eliminando de la definición legal la función representativa por cuanto ésta no es de la esencia del mandato. La definición al

(3) Bibiloni, Juan A., *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*, t. II, Bs. As., Kraft, 1939, p. 389.

(4) Allí se encuentran definidos aspectos relevantes, como el relativo a la forma pues, como se establece el art. 363, "El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar".

referir al "interés" alude tanto al acto gestionado mediante la representación, como al efectuado en colaboración de otro.[5]

En este reordenamiento conceptual el CCyC regula —de modo independiente— un mandato con representación o sin ella en artículos sucesivos (arts. 1320 y 1321).

El mandato es una típica figura de colaboración, que posee gran desarrollo y proyección en el tráfico negocial moderno. En cuanto a sus caracteres, el contrato es consensual, bilateral, no formal y oneroso (conf. art. 1322 CCyC). Parte de la doctrina indica que tiene —además— carácter preparatorio, en cuanto su finalidad es hacer posible la conclusión de los actos jurídicos que se encargan por su intermedio. Este tipo de contratos se celebra como medio para hacer otra cosa: el interés al que alude el concepto de mandato no se identifica con el de la voluntad, ni con el objeto: se refiere al asunto gestionado mediante la representación, o a lo buscado mediante la colaboración de otro.[6]

Respecto del objeto, el nuevo ordenamiento, al igual que el CC, alude a actos jurídicos (art. 259 CCyC), de modo que no recae sobre actos materiales, los cuales se rigen por normas especiales como el contrato de locación servicios, de obra, el contrato de trabajo, etc. Por lo demás deben aplicarse, al análisis del objeto del contrato, las reglas generales para todos los contratos (*v. gr.* art. 1003 CCyC y ss.)

En su segundo párrafo el art. 1319 CCyC regula acerca de la formación del contrato. Indica, en primer lugar, que puede concretarse de modo expreso o tácito, previsión que debe integrarse en su interpretación con lo normado y comentado en la parte general del CCyC, especialmente arts. 262, 263 y 264 que contienen los principios generales sobre manifestación de la voluntad.

En su última parte el art. 1319 CCyC prevé dos supuestos particulares: por un lado, indica que se entenderá como mandato tácito el supuesto en el cual alguien tome conocimiento de que otro está realizando un acto jurídico en su interés y, pudiendo impedirlo, no lo haga;[7] por otro, que se entenderá que la ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa. Estas dos últimas previsiones refieren a los efectos jurígenos de "la inacción o silencio del mandante que sin ser hechos, 'positivos', deno-

(5) Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 224.

(6) Lorenzetti, Ricardo L., Contratos, t. I: Parte especial, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 446.

(7) Este supuesto debe diferenciarse de la gestión de negocios (art. 1781 CCyC). Algunos autores indican que, para ello, puede tomarse como punto de partida el momento en el cual la persona en favor de quien se realiza el acto toma conocimiento del obrar de un tercero en su favor. Si es antes de iniciar la ejecución del acto y —pudiendo impedirlo— no lo hace, se está frente a un supuesto de mandato tácito. Si, en cambio, toma conocimiento del obrar en su favor una vez iniciado y esta gestión resulta útil y reúne las condiciones previstas en el art. 1781 y ss., será una gestión de negocios. Como rasgos diferenciales entre las figuras de mandato y gestión de negocios cabe indicar: a) la estructura del acto jurídico es diferente en uno y otro caso, en la gestión hablaremos de un acto unilateral; mientras que en el mandato será uno bilateral como figura contractual que es; b) el objeto, en tanto la gestión de negocios puede comprender tanto en actos materiales como jurídicos, mientras que el mandato solo puede tener por objeto a estos últimos; c) en la gestión debe mediar un hacer útil (art. 1785 CCyC), es decir, la realización de una actividad con efectos jurídicos beneficiosa para otro, e) El gestor debe actuar impulsado por un motivo razonable, esto es, merecedor de tutela jurídica, d) la gestión debe ser oficiosa y no debe de haber sido iniciada en contra de la voluntad del dueño del negocio (cfr. art. 1782 CCyC).

tan una conducta concluyente que permite asignarle una voluntad inequívoca de otorgar mandato a quien está actuando por él".

ARTÍCULO 1320.- ***Representación.*** *Si el mandante confiere poder para ser representado, le son aplicables las disposiciones de los artículos 362 y siguientes.*

Aun cuando el mandato no confiera poder de representación, se aplican las disposiciones citadas a las relaciones entre mandante y mandatario, en todo lo que no resulten modificadas en este Capítulo.

Remisiones: ver art. 361 CCyC.

1. Introducción

En el derecho romano primitivo no se conocía la idea de la representación, los actos jurídicos eran perfeccionados por quien tenía interés directo y personal en el negocio. El mundo fue evolucionando y por motivos que fueron desde las guerras —que determinaban que los titulares de los derechos se ausentaran dejando en manos de personas de su confianza la gestión de sus negocios— hasta la actualidad —en que la realidad del tráfico negocial moderno impone actuar a través de terceros—, la declaración de voluntad no siempre es expresada por quien desea los efectos jurídicos del negocio. También fue variando con el correr del tiempo la forma en que los efectos recaen —de modo directo o no— en el patrimonio de quien tiene interés directo en el acto jurídico que se realiza en su favor. En el derecho romano, en un primer momento, la persona que actuaba para otra adquiría para sí los derechos; y luego los transfería al mandante en un procedimiento extenso que implicaba dos operaciones sucesivas y que conllevaba el riesgo de que la persona que actuaba en beneficio de otra se volviera insolvente en el intervalo existente entre la celebración de los dos actos, con lo cual el mandante podía quedar privado de sus derechos. Esto fue lo que dio origen al concepto de **acciones útiles,** por las cuales la segunda operación se consideraba subentendida en el acto y sin necesidad de que aquella se llevara a cabo efectivamente; el interesado tenía tales acciones fundadas en la equidad que le permitían obtener de la contraparte el cumplimiento de sus obligaciones. Esta figura es el antecedente inmediato del funcionamiento de la representación.[8]

El Código de Vélez en su art. 1869 —como se expresara al comentar el art. 1319 CCyC—, comprendía en su definición un mandato con representación. Este instituto no era admitido en la época del derecho romano. El titular del interés era el titular de la voluntad negocial, quien era parte del contrato. Las relaciones eran personalísimas: se establecían exclusivamente entre quienes contrataban directamente.

La representación es una situación jurídica que nace de diversas fuentes (convencional, legal). Roca Sastre y Puig Brutau[9] la definen como aquella institución en cuya virtud una

(8) Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, t. II: Contratos, 10ª ed., act. por Alejandro Borda, Bs. As., La Ley, 2012, p. 423. Roca Sastre, Ramón M.; Puig Brutau, José,"La representación voluntaria en el negocio jurídico", en Estudios de Derecho Privado, t. 1, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 113 y ss.

(9) Roca Sastre, Ramón M.; Puig Brutau, José, Estudios de derecho privado. Revista de Derecho Privado. Madrid 1948, t 1, p. 114.

persona, debidamente autorizada, investida de poder, otorga un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra; recayendo sobre ésta los efectos normales consiguientes. De este modo, los efectos o consecuencias del acto jurídico cumplido por el representante no gravitan sobre su patrimonio, sino que se proyectan, al decir de Paccione,[10] en un salto a dos pies sobre el representado.

2. Interpretación

El Código Civil y Comercial, en su art. 358 contempla a la representación como el acto que permite imputar efectos directos a una persona por la actuación de otra, el cual puede tener como fuente un origen legal o bien voluntario o convencional. Así, el art. 1320 CCyC bajo análisis es un supuesto especial de representación voluntaria al cual alude el art. 358 citado.

En el mandato con representación las relaciones activas y pasivas nacen directamente entre el tercero y el mandante. Se trata de dos negocios jurídicos que confluyen y dos son las relaciones que coexisten: una es la interna entre mandante y mandatario, caracterizada por el deber de cumplir el encargo conferido y aceptado y regulada por el contrato de mandato; la otra es la externa entre mandante y tercero, caracterizada por el poder que permite la actuación en nombre ajeno, regulada por el negocio unilateral de apoderamiento.[11]

Como se indicó, la representación permite imputar efectos directos a una persona por la actuación de otra, sea que exista un acto voluntario o un comportamiento objetivado que autorice a hacerlo. Los actos o hechos que el mandatario ejecuta dentro de los límites de su poder y a nombre del mandante, así como las obligaciones que en consecuencia hubiere contraído, "son considerados como hechos por este personalmente".[12]

El art. 1320 CCyC contiene dos párrafos, el primero refiere a la aplicabilidad al mandato representativo de las normas contenidas en los arts. 362 a 381 CCyC, que regulan la representación voluntaria y a cuyo análisis se remite. Por su parte, el segundo párrafo contempla el supuesto en el cual no se otorgue la representación, e indica aplicables las disposiciones generales aludidas (arts. 362 a 381 CC), en tanto no haya disposiciones específicas en este capítulo que las modifiquen.

En lo referente a los actos jurídicos que pueden ser objeto de representación, la regla es que puede actuarse por representante en todos los actos jurídicos patrimoniales y entre vivos. Sin embargo, no es posible encomendar al representante la realización de actos que el representado no puede celebrar por sí, así como tampoco encomendar la ejecución de obligaciones *intuitu personae*.[13]

La segunda parte de la norma constituye una aplicación concreta, en materia de representación voluntaria, de la regla general prevista en el art. 361 CCyC, a cuyo comentario cabe remitir.

(10) Paccioni, Giovanni, *Le teorie moderne sulla rappresentanza*, pp. 772.

(11) Mosset Iturraspe, Jorge, *Mandatos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1996, p. 143 y ss.

(12) Spota, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. VII, 2ª ed., Luis F. P. Leiva Fernández (actualizador), Bs. As., La Ley, 2010, p. 3.

(13) *Ibid.*, p. 11.

ARTÍCULO 1321.- *Mandato sin representación.* *Si el mandante no otorga poder de representación, el mandatario actúa en nombre propio pero en interés del mandante, quien no queda obligado directamente respecto del tercero, ni éste respecto del mandante. El mandante puede subrogarse en las acciones que tiene el mandatario contra el tercero, e igualmente el tercero en las acciones que pueda ejercer el mandatario contra el mandante.*

1. Introducción

En el Código de Vélez se encontraban regulados —aun con las confusiones conceptuales indicadas *supra*— el mandato con representación y sin representación (en los arts. 1869 y 1929 respectivamente). Por su parte, en el Código de Comercio, el art 223 definía al mandato como la representación otorgada para uno o más negocios de índole mercantil, mientras que en el art. 239 se conceptualizaba a la "comisión" como aquel mandato —ausente de representación— otorgado para uno o más negocios mercantiles determinados.(14)

2. Interpretación

El art. 1321 CCyC define el mandato sin representación como el supuesto en el cual existe un encargo, pero el mandatario debe cumplir la realización del o los actos jurídicos en su propio nombre, aunque en interés ajeno.

Las relaciones activas y pasivas nacen entre mandatario y tercero, a diferencia de lo que sucede en el mandato con representación en el cual las relaciones se dan de modo directo entre mandante y tercero, siendo el mandatario un tercero en el negocio gestorio. Aquí son dos las relaciones que coexisten: una interna, entre mandante y mandatario (contrato de mandato); y otra externa, entre el mandatario y el tercero con el cual contrata.

El mandatario es, en principio, el único responsable frente al tercero por las obligaciones asumidas en el contrato desde que actúa en nombre propio, pero en interés del mandante (cfr. "Fontanarrosa"), quien no queda obligado directamente respecto del tercero, ni este respecto de aquel.(15)

Ahora bien, esta relación interna mandante-mandatario (contrato de mandato) que legitima la actuación de este último y determina que no actúe en su propio interés sino en interés del mandante, determina que el acto celebrado con los terceros no resulte totalmente indiferente a aquel, encontrando su base jurídica en el art. 1321 *in fine* CCyC, que lo autoriza a ejercer la acción subrogatoria (arts. 739 a 742 CCyC) respecto de las acciones que tenga el mandatario contra el tercero y a este en las acciones que el mandatario posea contra el mandante.

ARTÍCULO 1322.- *Onerosidad.* *El mandato se presume oneroso. A falta de acuerdo sobre la retribución, la remuneración es la que establecen las disposiciones legales o reglamentarias aplicables, o el uso. A falta de ambos, debe ser determinada por el juez.*

(14) Acosta, Miguel Ángel, "La comisión necesaria", *LL*, 2003-F, 1053.

(15) Mosset Iturraspe, Jorge, *Mandatos*, op. cit., pp. 145.

1. Introducción

El origen del mandato estaba en la oficiosidad y la amistad, los romanos hablaban de compensación, más no de retribución. De este modo, el carácter esencial del mandato civil era la gratuidad y el mandatario solo tenía derecho a que se le reembolsaran los gastos en que había incurrido.

La realidad actual es muy diferente: se privilegia la profesionalidad, la experiencia y en el ámbito de los negocios los encargos se realizan a personas que —en general— hacen de la actividad encomendada su profesión habitual. Así, el afán de lucro no resulta ajeno al mandatario, que hace de esta actividad su medio de vida.

Cuando se estudia una institución jurídica, no hay que limitarse a las reglas que la motivaron en un momento dado, de modo que —para dar una solución acorde con estos tiempos— era preciso tener en cuenta que ya no se habla de un contrato de amistad, sino de gestión y que la presunción sobre el carácter gratuito u oneroso del mandato debía inclinarse en favor de este último.

El art. 1871 CC presumía la gratuidad, salvo cuando se tratara de trabajos propios de la profesión lucrativa del mandatario o de su modo de vivir, mientras que el art. 221 CCom. lo presumía oneroso. El tráfico negocial indicaba que la mayoría de las veces el mandato era oneroso, independientemente de su naturaleza civil o comercial.

2. Interpretación

El nuevo ordenamiento, receptando la realidad referida, establece la presunción de onerosidad como carácter del contrato de mandato. Como toda presunción puede desvirtuarse por pacto contrario o acreditando que se trata de un contrato gratuito. La norma comentada dispone que, en caso de falta de acuerdo sobre la retribución a pagar al mandatario, se abonará la que establezcan las disposiciones legales o reglamentarias aplicables; o las que surjan de los usos o; en su defecto, se determinará judicialmente en caso de ausencia de tales parámetros. Asimismo, puede interpretarse que el mandatario conserva el derecho a una retribución proporcional al servicio prestado en caso de resolución del mandato sin culpa a él atribuible —a pesar de no existir norma expresa en términos del anterior art. 1958 CC—, por aplicación de los principios generales contenidos en el art. 1794 CCyC.

ARTÍCULO 1323.- ***Capacidad.*** ***El mandato puede ser conferido a una persona incapaz, pero ésta puede oponer la nulidad del contrato si es demandado por inejecución de las obligaciones o por rendición de cuentas, excepto la acción de restitución de lo que se ha convertido en provecho suyo.***

1. Introducción

El tema de la capacidad es de singular importancia en una figura como la del mandato, pues pone de relevancia el modo en que incide la voluntad de una y otra parte —mandante y mandatario—, esto es, si se trata de voluntades que se complementan e integran o, por el contrario, permanecen aisladas.

El CCyC no se apartó de lo ya previsto por el CC, así como tampoco del Proyecto de 1998, salvo en el punto en el cual en el art. 1246, se exigía que el incapaz tenga discernimiento para que el acto produzca efectos.

2. Interpretación

El art. 1323 CCyC, sin distinguir el tipo de mandato del cual se trate —con o sin representación— mantiene la solución de Vélez (en reemplazo de los arts. 1897 y 1898 CC), en tanto indica que la eficacia de una declaración de voluntad emitida por un mandatario incapaz no resulta perjudicada por estar este limitado en su capacidad personal negocial, pues esa limitación lo es solo en su propia persona y en atención a sus propios intereses. De este modo, salvo que actúe fuera de los actos sometidos a encargo o límites de la manda otorgada, o bien pueda atribuírsele haberse enriquecido sin causa en virtud de la gestión realizada, no será oponible su incapacidad a efectos de invalidar el acto por él realizado.

Sin perjuicio del principio general establecido en el artículo bajo comentario, consideramos apropiado remitir a la parte pertinente del Código que regula los aspectos generales sobre capacidad de las personas (arts. 23 a 26 y 32 CCyC), así como los particulares sobre representación (art. 358 CCyC y ss.), a efectos de integrar los casos puntuales según corresponda.

La última parte del artículo, repite la solución genérica del art. 1000 CCyC, que refiere a la nulidad de los contratos y regula los efectos que cabe aplicar a los contratos celebrados por personas incapaces o con capacidad restringida y torna aplicable, asimismo, la disposición genérica del art. 1794 CCyC.

ARTÍCULO 1324.- ***Obligaciones del mandatario.*** *El mandatario está obligado a:*

a. *cumplir los actos comprendidos en el mandato, conforme a las instrucciones dadas por el mandante y a la naturaleza del negocio que constituye su objeto, con el cuidado que pondría en los asuntos propios o, en su caso, el exigido por las reglas de su profesión, o por los usos del lugar de ejecución;*

b. *dar aviso inmediato al mandante de cualquier circunstancia sobreviniente que razonablemente aconseje apartarse de las instrucciones recibidas, requiriendo nuevas instrucciones o ratificación de las anteriores, y adoptar las medidas indispensables y urgentes;*

c. *informar sin demora al mandante de todo conflicto de intereses y de toda otra circunstancia que pueda motivar la modificación o la revocación del mandato;*

d. *mantener en reserva toda información que adquiera con motivo del mandato que, por su naturaleza o circunstancias, no está destinada a ser divulgada;*

e. *dar aviso al mandante de todo valor que haya recibido en razón del mandato, y ponerlo a disposición de aquél;*

f. *rendir cuenta de su gestión en las oportunidades convenidas o a la extinción del mandato;*

g. *entregar al mandante las ganancias derivadas del negocio, con los intereses moratorios, de las sumas de dinero que haya utilizado en provecho propio;*

h. *informar en cualquier momento, a requerimiento del mandante, sobre la ejecución del mandato;*

i. *exhibir al mandante toda la documentación relacionada con la gestión encomendada, y entregarle la que corresponde según las circunstancias.*

Si el negocio encargado al mandatario fuese de los que, por su oficio o su modo de vivir, acepta él regularmente, aun cuando se excuse del encargo, debe tomar las providencias conservatorias urgentes que requiera el negocio que se le encomienda.

Fuentes y antecedentes: arts. 1904 y 1905 CC y art. 238 CCom.

Remisiones: art. 1325 CCyC.

1. Introducción

El artículo en nueve incisos reúne y regula obligaciones nucleares que, por la naturaleza misma del contrato de mandato —gestión de negocios ajenos—, resultan inherentes a él.

La regulación es esencialmente similar a la que contenía el CC (arts. 1904 a 1940) y el Código de Comercio (arts. 225 a 229) y en un acto de simplificación normativa se reúne —lo referido a las obligaciones del mandatario— en una sola norma, sin perjuicio que alguna de las previsiones del anterior Código se encuentran reguladas en el capítulo de representación (ver art. 362 CCyC y ss.).

2. Interpretación

2.1. Modo en que deben cumplirse los actos comprendidos en el mandato (inc. a)

El inc. a indica, de modo genérico, cómo debe cumplir sus obligaciones el mandatario e impone un patrón rector de conducta. La norma es análoga a las previsiones contenidas en los arts. 1904 y 1905 CC y el art. 238 CCom. El mandatario debe cumplir el encargo satisfaciendo al mandante en su interés legítimo, siguiendo las instrucciones dadas por este, circunscribiendo su actuación dentro de los límites del mandato conferido y dando cuenta de su labor en torno a la ejecución de los referidos límites. Respecto al patrón de conducta, el mandatario debe conducirse de acuerdo a la naturaleza del negocio que constituye su objeto: se le impone el deber de cuidado que pondría en los asuntos propios o, en su caso, el exigido por las reglas de su profesión, o por los usos del lugar de ejecución. De esto se deriva que, en circunstancias en las cuales se aparte del encargo conferido, será responsable por los daños y perjuicios ocasionados, salvo que acredite haber adoptado las medidas indispensables o urgentes que, frente a circunstancias imprevistas, le eran exigibles (cfr. inc. b de la norma comentada). Finalmente, si bien no se reproduce el art. 1906 CC, consideramos que puede inferirse como válida la regla por la cual no se considerarán traspasados los límites, si el mandatario ejecutase el encargo de un modo más ventajoso para el mandante.

2.2. Dar aviso de circunstancias sobrevinientes relevantes (inc. b)

El inc. b indica que el mandatario debe dar aviso de la circunstancias sobrevinientes relevantes e impone al mandatario dos deberes: por un lado, la obligación de avisar inmediatamente al mandante respecto de cualquier circunstancia sobreviniente por la cual considere que debe apartarse de las instrucciones recibidas y solicitar nuevas instrucciones o ratificación de las anteriores y; por otro lado, indica el deber de adoptar las medidas

indispensables y urgentes. Esta medida se relaciona con lo previsto en el último párrafo del inc. i, que impone al mandatario el deber de efectuar las providencias conservatorias urgentes.

2.3. Deber de informar conflicto de intereses (inc. c)

Este deber, entendemos, refiere a conflictos de intereses que resulten del contrato mismo, mas no de una causa externa a él como parte de la doctrina interpretaba en el anterior 1908 CC que normaba análogamente esta hipótesis. El art. 1325 CCyC regula también el supuesto del conflicto de intereses y a su comentario nos remitimos.

2.4. Deber de confidencialidad (inc. d)

Se exige al mandatario confidencialidad respecto de información que, por su naturaleza, sea de carácter reservado. Esta norma es análoga al principio contenido en el art 372, inc. a, CCyC, que impone reserva al representante respecto de los asuntos de su representado o la gestión encomendada.

2.5. Dar aviso de valores recibidos en ocasión del mandato (inc. e), rendición de cuentas (inc. f), entrega de ganancias derivadas del negocio (inc. g)

El mandante puede liberar al mandatario del deber de rendir cuentas, pero esto no puede ser interpretado como dispensa de entregar al mandante lo que hubiera recibido de él o de terceros con motivo del ejercicio del mandato, ni lo exonera de los cargos que contra él probare el mandante, ya que la exoneración de la obligación de rendir cuentas no libera al mandatario de su deber de cumplir fielmente el encargo.

El mandatario debe, también, entregar todas las ganancias resultantes del negocio más los intereses moratorios, así como todo lo que recibiese de un tercero, aunque lo haga sin derecho. En este último caso, el mandante puede exigir la entrega de aquello que el mandatario hubiere recibido sin derecho, ello sin perjuicio de lo pagado indebidamente. Puede encontrarse como antecedente inmediato lo que preveían los arts. 1909, 1911 y 1913 CC. El mandatario está obligado a restituir todos los bienes que el mandante le hubiere entregado para el desempeño de su encargo y no tuviere sentido retener o bien, no hubiere necesitado utilizar. Como norma complementaria ha de tenerse en cuenta el art. 372, inc. f, CCyC para mandatos con representación, que indica la obligación del representante de restituir documentos y demás bienes que le correspondan al representado al concluirse la gestión.

2.6. Deber de información (inc. h)

El inciso h impone el deber de informar en cualquier momento, a requerimiento del mandante, sobre la ejecución del mandato. Esta obligación deriva del hecho que el mandatario esté ejecutando actos jurídicos en interés del mandante, quien tiene derecho a conocer el modo en el cual en su interés se está llevando a cabo la manda encomendada. En mandatos con representación es aplicable la regla del art. 372 inc. c, CCyC que impone el deber de comunicación, indicando explícitamente que incluye al de información y consulta. Esto último puede relacionarse con el inc. b del presente artículo.

2.7. Exhibición de documentación (inc.i)

El inc. i se refiere a todo tipo de documentación relacionada con el mandato y cuya exhibición podrá ser requerida en cualquier momento por parte del mandante. Finalmente, casi

en una trascripción del art. 1917 CC y análogo al art. 326 CCom., impone al mandatario la obligación de tomar las providencias conservatorias urgentes que requiera el negocio que se le encomienda, aun cuando se excuse del encargo, si el negocio que le han encargado fuese de los que, por su oficio o su modo de vivir, son aceptados por aquel de modo habitual.

ARTÍCULO 1325.- ***Conflicto de intereses.*** *Si media conflicto de intereses entre el mandante y el mandatario, éste debe posponer los suyos en la ejecución del mandato, o renunciar.*

La obtención, en el desempeño del cargo, de un beneficio no autorizado por el mandante, hace perder al mandatario su derecho a la retribución.

1. Introducción

El conflicto de intereses es parte de la aplicación de la regla de fidelidad y confianza que debe primar en este tipo de negocios. Por ello se indicaba en el comentario al art. 1324 inc. c, CCyC que no se trataba de dar preferencia a la cosa ajena por sobre la propia, utilizando el tradicional ejemplo del naufragio y la imposición al mandatario de salvar las cosas del mandante antes que las propias, sino de colisión o conflicto entre intereses que surjan del seno mismo del contrato.

2. Interpretación

El mandatario tiene que anteponer los intereses del mandante a los suyos, ante un supuesto de conflicto de intereses y, como complemento con lo dispuesto en el inc. c) del art. 1324, debe dar aviso inmediato si se presenta tal conflicto, imponiendo como regla de conducta que debe priorizar los intereses del mandante o, caso contrario, renunciar al encargo conferido.

El último párrafo del art. 1325 CCyC determina como sanción la pérdida de la retribución pactada, frente a la percepción por parte del mandatario de un beneficio no autorizado por el mandante.

ARTÍCULO 1326.- ***Mandato a varias personas.*** *Si el mandato se confiere a varias personas sin estipular expresamente la forma o el orden de su actuación, se entiende que pueden desempeñarse conjunta o separadamente.*

1. Introducción

Puede que se otorgue un encargo a una persona (mandato individual) o a varias (mandato plural o colectivo). Cuando se trata de un mandato plural y con el objeto de determinar los efectos y validez de los actos que pueda haber ejecutado uno o varios mandatarios, deberán observarse los términos en los cuales ha sido otorgado.

2. Interpretación

La pluralidad de mandatarios estaba prevista en el CC entre los arts. 1899 y 1903 y también se ocupaban de las relaciones internas entre varios mandatarios y las que nacen entre estos y el mandante, los arts. 1920 a 1923 CC.

El art. 1899 CC disponía que, ante la falta de previsión expresa, se presumía que la designación de mandatarios había sido realizada para ser aceptada por uno solo de los designados, con las excepciones que el mismo precepto admitía.

El CCyC modifica la anterior previsión normativa y prescribe una norma general que indica que, si no se ha estipulado la forma, alcance o el orden en que deban actuar los mandatarios, estos podrán hacerlo conjunta o separadamente.

Como se indicara, ante un mandato plural y con el objeto de determinar los efectos y validez de los actos que pueda haber ejecutado uno o varios mandatarios, deberán analizarse los términos en los cuales ha sido otorgado.

Así puede que se haya otorgado para una actuación: i) conjunta: deben actuar todos coordinados para que el acto tenga efectos jurídicos; ii) solidaria: cada uno puede actuar válidamente por sí solo; iii) fraccionada: cada uno tiene una esfera de actividad exclusiva de actuación; iv) sustitutiva o subordinada: cada uno tiene indicada su actuación en cierto orden o subordinada a determinada situación. Si el contrato no ha sido otorgado con este nivel de previsión se observará la regla general contenida en el artículo bajo comentario.

> **ARTÍCULO 1327.-** ***Sustitución del mandato.*** *El mandatario puede sustituir en otra persona la ejecución del mandato y es responsable de la elección del sustituto, excepto cuando lo haga por indicación del mandante. En caso de sustitución, el mandante tiene la acción directa contra el sustituto prevista en los artículos 736 CCy concordantes, pero no está obligado a pagarle retribución si la sustitución no era necesaria. El mandatario responde directamente por la actuación del sustituto cuando no fue autorizado a sustituir, o cuando la sustitución era innecesaria para la ejecución del mandato.*

1. Introducción

El mandato, si bien ha perdido la característica de ser un encargo por amistad, sigue teniendo como base la confiabilidad, pero su rasgo determinante en estos tiempos lo da la habilidad, profesionalidad o pericia que pueda tener el mandatario a efectos de cumplir con la gestión encomendada.

Esta profesionalización, así como el desarrollo de la contratación en masa, determina como regla que el mandato sea sustituible, salvo prohibición expresa.

2. Interpretación

La sustitución podrá configurarse como un submandato o bien, como una cesión de mandato, según sean las características en las que se otorgue el acto. En el caso del submandato, se aplican las reglas del subcontrato, donde el mandatario originario no queda desobligado y es responsable de la elección del sustituto, salvo que haya actuado por indicación del mandante.

En el caso de haberse actuado por indicación este último, se produciría una cesión de la posición contractual —por delegación perfecta— y el mandante podría ejercer la acción directa contra el sustituto, prevista en el art. 736 CCy concs.

Finalmente, la norma indica que, de no haber resultado necesaria la sustitución, el mandante no estará obligado a retribuir al sustituto. En este supuesto, el mandatario continúa

respondiendo de modo directo ante el mandante sin poder desobligarse del encargo, al igual que frente a los supuestos en los cuales el mandatario haya carecido de autorización para sustituir. En ambos supuestos, el mandatario responde de modo directo frente al mandante.

ARTÍCULO 1328.- ***Obligaciones del mandante.*** *El mandante está obligado a:*

a. *suministrar al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandato y compensarle, en cualquier momento que le sea requerido, todo gasto razonable en que haya incurrido para ese fin;*

b. *indemnizar al mandatario los daños que sufra como consecuencia de la ejecución del mandato, no imputables al propio mandatario;*

c. *liberar al mandatario de las obligaciones asumidas con terceros, proveyéndole de los medios necesarios para ello;*

d. *abonar al mandatario la retribución convenida. Si el mandato se extingue sin culpa del mandatario, debe la parte de la retribución proporcionada al servicio cumplido; pero si el mandatario ha recibido un adelanto mayor de lo que le corresponde, el mandante no puede exigir su restitución.*

1. Introducción

El CCyC simplifica y reúne en un solo artículo las obligaciones y deberes del mandante que estaban reguladas en el CC entre los arts. 1941 y 1959 y en el CCom. en el art. 277.

2. Interpretación

2.1. Suministrar lo medios necesarios para la ejecución del mandato

El inc. a indica que, como titular del interés, el mandante debe prestar la colaboración necesaria —en tiempo y en forma— para que el mandatario pueda ejecutar el mandato. Ello se refiere a no obstruir la ejecución, así como también brindar lo necesario para que pueda concretarla (*v. gr.,* bienes, dinero, documentación, anticipar gastos), o compensar los razonables en los que haya incurrido el mandatario en ocasión de ejecutar su encargo.

Lo previsto de modo genérico en este inciso se encontraba regulado de modo más detallado en varias disposiciones del CC que imponían al mandante la obligación de anticipar cantidades (art. 1948 CC), de reembolsar al mandatario lo anticipado (arts. 1949, 1950 y 1955 CC) y el derecho de retención a favor del mandatario (art .1956 CC).

2.2. Deber de indemnidad

El inc. b impone mantener indemne al mandatario, situación —comprensiva de la obligación referida en el punto anterior— relacionada con brindar bienes, dinero, documentación, reembolso de gastos o lo que fuere necesario para evitar que el mandatario incurra en algún perjuicio en su patrimonio.

También se trata de una situación que preveía el CC en los arts. 1953 y 1954 y se sustenta en la regla general de que el mandato no debe perjudicar ni empobrecer al mandatario, quien tiene derecho a ser indemnizado de todo daño que sufra siempre que no sea atribuible a su culpa o dolo.

2.3. Liberar al mandatario de obligaciones que hubiera contraído en su nombre, respecto de terceros

Este inciso es análogo a la disposición que contenía el art. 1951 CC y se trata de una obligación que surge como consecuencia natural del deber del mandante de proveer los medios necesarios para que el mandatario pueda ejecutar el mandato acordado (cfr. inc. a, comentado *supra)*. La diferencia entre esta norma y el art. 1951 CC es terminológica y debe destacarse que la actual es más genérica al mencionar que deben proveerse los *"medios necesarios"*, donde antes se indicaba que debían proveerse *"las cosas o fondos"*.

2.4. Abonar al mandatario la retribución convenida

Consecuencia natural de que el mandato se presuma oneroso (cfr. art. 1322 CCyC) es que una de las obligaciones principales de mandante sea la de retribuir al mandatario

La última parte del inciso tiene su antecedente en el art. 1958 CC, que preveía que cuando el mandato se extinguía sin mediar culpa del mandatario, el mandante debía pagarle la retribución proporcional a los trabajos realizados, y si el mandatario hubiera recibido un adelanto mayor a lo que le correspondía, el mandante no podía exigir su restitución, sin que ello configurara un enriquecimiento sin causa del mandatario.

2.5. Derecho de retención

El art. 1956 del CC preveía el derecho de retención a favor del mandatario, solución que puede ahora aplicarse por vía del art. 2587 CCyC y ss. De este modo, el mandatario podrá retener las cosas, documentos o valores entregados por el mandante para cumplir con el mandato hasta tanto este cumpla con las obligaciones que le corresponden, entre las cuales están las de abonarle la retribución pactada, resarcirlo de los daños y perjuicios que pudiere haber sufrido en ocasión del ejerció del encargo, etc.

ARTÍCULO 1329.- ***Extinción del mandato.*** *El mandato se extingue:*

a. *por el transcurso del plazo por el que fue otorgado, o por el cumplimiento de la condición resolutoria pactada;*
b. *por la ejecución del negocio para el cual fue dado;*
c. *por la revocación del mandante;*
d. *por la renuncia del mandatario;*
e. *por la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario.*

1. Introducción

El CCyC simplifica la regulación acerca de la extinción del mandato y regula entre el art. 1329 y 1334 CCyC las causales por las cuales puede terminarse el contrato y sus efectos; en particular, para los mandatos con representación, resulta aplicable el art. 380 CCyC. La terminación o extinción del mandato significa, asimismo, la cesación de una situación que legitima la actuación del mandatario en interés del mandante, sea en su nombre o en el propio(16) y de ello deriva, también que deban observarse las relaciones internas y externas originadas en ocasión del encargo al momento de su finalización.

(16) Mosset Iturraspe, Jorge, Mandatos. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 1996, pág. 366.

2. Interpretación

2.1. Extinción por causas normales

El mandato al igual que todos los contratos se extingue por consecuencia natural del cumplimiento o agotamiento de su objeto (inc. b), cumplimiento de la condición resolutoria (343 y sgtes. CCyC) o del plazo por el cual fue previsto (inc. a).

2.2. Revocación

Son aplicables las normas generales a todos los contratos contenidas en los arts. 1077 a 1080 CCyC, relativas a la extinción, efectos y eventual obligación de restitución de los bienes por parte del mandatario al mandante. En cuanto a la forma, no determina un modo específico, por lo que rige la libertad de formas; de modo que esta manifestación unilateral de la voluntad podrá darse de modo expreso o tácito y surtirá efectos a futuro.

2.3. Renuncia

Es la contrapartida de la revocación y se rige fundamentalmente por los arts. 944 y 946 CCyC que regulan en el Libro III, Título I de las obligaciones en general —otros modos de extinción— y contemplan expresamente los supuestos de renuncia. La renuncia es una manifestación de la voluntad unilateral y recepticia que produce efectos que se proyectan hacia futuro.

En cuanto al tiempo en que puede darse la renuncia, si se trata de una renuncia con causa suficiente podrá darse en cualquier momento. Por otra parte, si se trata de una situación incausada, deberá tener en cuenta la posible aplicación del art. 1332 CCyC, que dispone las consecuencias que acarrea la renuncia intempestiva. Independientemente de que se trate de una renuncia con causa o no, el mandatario tiene el deber de no abandonar la gestión sin dar un plazo razonable al mandante para su reemplazo.

2.4. Muerte o incapacidad del mandante o del mandatario

Esta causal de extinción refuerza su naturaleza *intuitu personae*. Remitimos al análisis específico realizado a los arts. 380 y 1333 CCyC.

Respecto del estado falencial, el CCyC se refiere a este supuesto en el art. 380 inc. g). No obstante ello, corresponde remitirse a la Ley de concursos y quiebras 24.522, que en su sección V regula los efectos de la quiebra sobre ciertas relaciones jurídicas en particular y en su art. 147 dispone que ante la declaración de quiebra quedan resueltos los contratos que involucren la prestación personal del fallido, entre los cuales incluye expresamente al mandato.

> **ARTÍCULO 1330.-** ***Mandato irrevocable.*** ***El mandato puede convenirse expresamente como irrevocable en los casos de los incisos b) y c) del artículo 380.***
>
> ***El mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad.***

1. Introducción

Es válido otorgar un mandato con carácter de irrevocable, situación que puede ser dejada sin efecto si mediara justa causa para imponer la extinción del contrato. Respecto al

significado de justa causa, podría ser cualquier supuesto que se encuadrara en el incumplimiento de las obligaciones del mandatario (cfr. 1324 CCyC).

2. Interpretación

El artículo prevé el mandato destinado a ser ejecutado con posterioridad a la muerte del mandante. El CCyC indica que esta previsión será nula si no se pudiera hacer valer como disposición de última voluntad.

A efectos de su validez debe: a) haber sido otorgado mediante poder especial, para realizar actos jurídicos específicos y determinados; b) manifestarse expresamente la voluntad de subsistencia en caso de muerte del poderdante; c) puede tratarse de actos de administración o de disposición; d) la única limitación que impone, en cuanto en interés de quien se otorga el poder, es que no es válido si ha sido otorgado en el único interés del poderdante o representado.

ARTÍCULO 1331.- ***Revocación.*** *La revocación sin justa causa del mandato otorgado por tiempo o asunto determinado obliga al mandante a indemnizar los daños causados; si el mandato fue dado por plazo indeterminado, el mandante debe dar aviso adecuado a las circunstancias o, en su defecto, indemnizar los daños que cause su omisión.*

1. Introducción

El mandato irrevocable se extingue si se hubiere previsto su subsistencia por un plazo determinado, al vencimiento de este. También, podría el mandante revocar o resolver por sin justa causa, pero —en estos casos— debería indemnizar al mandatario.

2. Interpretación

El artículo, que tiene su antecedente en el art. 1970 CC, es una aplicación concreta de la facultad genérica conferida por el art. 1077 CCyC de extinción de contratos por voluntad unilateral. Los efectos operan hacia el futuro (art. 1078 CCyC) y en cuanto a la forma de revocación solo en caso de mandatos con representación se requiere una forma específica para revocar el poder otorgado. Para la correcta integración de la interpretación de esta norma se remite a los comentarios de los arts. 1330 y 380, incs. b y c CCyC.

ARTÍCULO 1332.- ***Renuncia.*** *La renuncia intempestiva y sin causa justificada del mandatario obliga a indemnizar los daños que cause al mandante.*

1. Interpretación

Este artículo prevé para la figura particular del mandato la regla general contenida para las obligaciones en el art. 944 CCyC. Esta regla estaba prevista de modo similar en el art. 1978 CC, que determinaba que la renuncia del mandatario, en tiempo indebido, de modo repentino y sin causa justa o suficiente, lo obligaba a resarcir al mandante los daños y perjuicios ocasionados.

Por último, entendemos, el mandatario continúa obligado en términos similares a los que preveían los arts. 1969 y 1979 CC que establecían la obligación del mandatario de continuar sus gestiones en caso de extinción del mandato o de renuncia, respectivamente,

hasta que el mandante pudiera adoptar los actos necesarios para suplir la ausencia del mandatario. Esta regla se relaciona con el art. 380, inc. d, CCyC que exige al representante continuar en sus funciones hasta que notifique su renuncia al representado, excepto que acredite un impedimento justificado que le impida proseguir la gestión.

> **ARTÍCULO 1333.-** ***Muerte o incapacidad del mandatario y del mandante.*** *Producida la muerte o incapacidad del mandatario, sus herederos, representantes o asistentes que tengan conocimiento del mandato deben dar pronto aviso al mandante y tomar en interés de éste las medidas que sean requeridas por las circunstancias.*
>
> *Si se produce la muerte o incapacidad del mandante, el mandatario debe ejecutar los actos de conservación si hay peligro en la demora, excepto instrucciones expresas en contrario de los herederos o representantes.*

Remisiones: ver art. 380, inc. b, CCyC.1. Introducción

El mandato es tradicionalmente *intuito personae,* de modo que el fallecimiento o incapacidad sobreviniente de cualquiera de las partes pone fin, por lo general, al contrato. El art. 1329, inc. e, establece que los supuestos de fallecimiento o incapacidad del mandante o del mandatario son causales de extinción del mandato. El art. 1333 CCyC prevé la conducta y obligaciones que deben cumplirse de inmediato, ante la ocurrencia de esos supuestos.

2. Interpretación

2.1. Fallecimiento del mandatario

Ante este supuesto, la norma indica que los herederos, representantes o asistentes que tengan conocimiento del mandato deben comunicar la situación de inmediato al mandante y adoptar en interés de este las medidas pertinentes o conservatorias para proteger los intereses del mandante bajo pena de incurrir en responsabilidad civil. La obligación de comunicar de inmediato al mandante de la situación de fallecimiento se basa en el perjuicio que el abandono de la gestión podría acarrear al mandante.

2.2. Fallecimiento del mandante

Si, por el contrario, fuere el mandante quien fallece o se torna incapaz, deberá el mandatario ejecutar los actos de conservación urgentes hasta tanto reciba instrucciones expresas de los herederos o representantes de aquel.

Si se entiende que la actividad de gestión patrimonial se basa en criterios personales propios del dueño de tales negocios, acaecido el fallecimiento de su titular y pasado el patrimonio a sus herederos, salvo caso de extinción de pleno derecho, es razonable requerir de los herederos o representantes instrucciones respecto de la continuidad o no en el ejercicio del mandato, y en su defecto, instrucciones a seguir en caso de continuidad en él. Todo lo expuesto, sin perjuicio de lo dispuesto en el supuesto normado en el art. 380 inc. b, a cuyo comentario se remite.

2.3. Incapacidad del mandatario

Si el mandatario se vuelve incapaz opera la extinción, pues estará impedido de actuar por sí en la gestión del negocio del mandante.

2.4. Incapacidad del mandante

Si el mandante deviene incapaz, se extingue el mandato porque su voluntad ha dejado de existir. A partir de ese momento, el mandante tendrá representación legal perdiendo, de acuerdo al grado de incapacidad que tenga, la posibilidad total o parcial de ejercicio de sus derechos.

ARTÍCULO 1334.- ***Rendición de cuentas.*** *La rendición de cuentas por el mandatario debe ser en las condiciones previstas en los artículos 858 y siguientes acompañadas de toda la documentación relativa a su gestión. Excepto estipulación en contrario, las cuentas deben rendirse en el domicilio del mandatario y los gastos que generan son a cargo del mandante.*

1. Introducción

El mandatario está obligado a rendir cuentas por su gestión. El CC receptaba estas previsiones en los arts. 1909, 1911 y 1912, mientras que el CCom. lo preveía en el art. 227.

2. Interpretación

Lo previsto en el presente artículo debe interpretarse y complementarse con lo normado, no solo en los artículos a los cuales la misma norma remite, —art. 858 CCyC y ss.—, sino también con el relativo a las obligaciones del mandatario contenidas en el 1324 CCyC, en particular en los incisos relativos al deber de informar, de rendir cuentas, de exhibir documentación. Aporta por fuera de las normas mencionadas la indicación del lugar donde debe efectuarse la rendición y la indicación que los gastos que este tipo de gestión demanden son a cargo del mandante. Esto último es consecuente con el deber de indemnidad a cargo el mandante, que comprende la obligación de retribuir la gestión al mandatario, como además no generarle ningún gasto por las gestiones que en su favor éste realice.

CAPÍTULO 9(*)

Contrato de consignación

ARTÍCULO 1335.- ***Definición.*** *Hay contrato de consignación cuando el mandato es sin representación para la venta de cosas muebles. Se le aplican supletoriamente las disposiciones del Capítulo 8 de este Título.*

Remisiones: ver Libro Tercero, Título IV, Capítulo 8, CCyC.

1. Introducción

Siguiendo los lineamientos propuestos en los "Fundamentos" del Anteproyecto con los que la Comisión Redactora acompañó el Proyecto requerido por el Poder Ejecutivo, el CCyC reduce la normativa referida al contrato de consignación, que se encontraba regulado en los arts. 222 y 232 a 281 CCom.

El art. 1135 CCyC denomina "contrato de consignación" a una especie del mandato sin representación para la venta de cosas muebles. Como consecuencia, señala que

(*) Comentarios a los arts. 1335 a 1355 elaborados por María Eugenia Rodríguez Pería.

se aplican supletoriamente las disposiciones referidas a aquel contrato. Sigue en esto al Proyecto de 1998 —que, en su art. 1258, contenía un enunciado similar—.

Esta figura contractual recibe, en la nueva regulación, la denominación de "contrato de consignación", eliminándose la referencia al contrato de comisión que, en el CCom., se utilizaba como sinónimo.

2. Interpretación

2.1. Evolución. Definición

La figura de la comisión o consignación, tradicionalmente mercantil, se entendía configurada cuando mediaba encargo de realizar, por cuenta ajena, negocios de comercio individualmente determinados, obrando en nombre propio. El art. 222 CCom. establecía "*se llama comisión o consignación, cuando la persona que desempeña por otros, negocios individualmente determinados, obra a nombre propio o bajo la razón social que representa*".

La consignación se distinguía del mandato, tanto civil como comercial, pues el consignatario no actuaba en nombre y representación del comitente, sino que lo hacía en nombre propio, quedando directamente obligado hacia las personas con quienes contrataba. Estas no tenían acción contra el consignante ni este contra aquellas, salvo que el consignatario cediera derechos a favor de alguno de aquellos (arts. 221, 222 y 233 CCom.). Por el contrario, el mandatario actuaba en nombre y representación del mandante, lo que implicaba que los actos llevados a cabo por el mandatario se consideraban celebrados por aquel (art. 1869 CC y art. 222 CCom.).

El art. 1319 CCyC establece que hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de la otra. El mandante no queda obligado directamente respecto del tercero ni este respecto del mandante. El mandatario actuará en representación del mandante solamente cuando expresamente se estipule (arts. 1319 y 1320 CCyC). En concordancia con este lineamiento, se define al contrato de consignación como mandato sin representación para la venta de cosas muebles, pues no se verifica la distinción clásica entre mandato y consignación, referida anteriormente. Tal como se entendía antes de la reforma, el consignatario desarrolla la actividad en nombre propio y declara la voluntad frente al tercero por sí mismo. El consignante no queda obligado frente a los terceros, ni estos contraen obligaciones ni derechos directos a su favor o en su contra.

2.2. Requisitos

Para que se verifique el contrato de consignación, el artículo establece ciertos requisitos:

a. La existencia de un mandato, es decir, que una parte se obligue a realizar uno o más actos jurídicos en interés de la otra (art. 1319 CCyC). Por ese motivo, el art. bajo análisis remite al Capítulo 8 del Título IV.

En consecuencia, el contrato de consignación podrá ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Resulta aplicable el art. 1319 CCyC, que establece que si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés y, pudiendo hacerlo, no lo impide, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación, aun sin que medie declaración expresa sobre ella.

En cuanto a la manifestación de la voluntad, se debe estar a lo previsto en los arts. 262, 263 y 264 CCyC. Cuando regula el contrato de mandato, no reproduce los arts. 1874, 1876,

1877 y 1878 CC; por lo tanto, en los casos en los que el silencio sea opuesto a actos o a una interrogación, no será considerado como una manifestación de voluntad en conformidad (art. 263 CCyC).

b. Que ese mandato sea otorgado sin representación, es decir, que el consignante no haya otorgado poder para ser representado y que el consignatario actúe en nombre propio, pero en interés del mandante.

c. Que el encargo del contrato sea una venta de cosas muebles.

En cuanto al ámbito de aplicación del contrato, el art. 222 CCom. refería a negocios individualmente determinados. La actual redacción se refiere a un terreno concreto, cual es la venta de cosas muebles. Esta especificación del campo de actuación del contrato se puede atribuir a lo que sucede en la práctica.

Cuando se reúnan tales exigencias, habrá contrato de consignación, que se regirá por las disposiciones de los arts. 964 y 1335 a 1344 CCyC; por las estipulaciones válidas acordadas entre las partes; por las normas referidas al mandato, por remisión del presente artículo —que incluyen las de la representación voluntaria en los actos jurídicos (arts. 362 y ss., y 1320 CCyC)—; y por los usos y prácticas del lugar de celebración del contrato.

ARTÍCULO 1336.- ***Indivisibilidad.*** ***La consignación es indivisible. Aceptada en una parte se considera aceptada en el todo, y dura mientras el negocio no esté completamente concluido.***

Fuentes y antecedentes: art. 1259 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

Este artículo tiene su antecedente inmediato en el art. 1259 del Proyecto de 1998, el que ha sido reproducido textualmente. Esta postura era la que adoptaba el art. 239 CCom., con una redacción similar. Ese cuerpo legal contenía otras previsiones referidas a la aceptación o la negativa del encargo, al modo en el que aquel se podía rehusar, a las obligaciones que surgían a pesar de la negativa a aceptar el encargo, que fueron eliminadas (arts. 235 a 237 CCom.).

En este punto, es de aplicación lo referido a la aceptación expresa o tácita del mandato prevista en el art.1319 CCyC, con las aclaraciones detalladas en el artículo anterior.

2. Interpretación

El principio de la indivisibilidad de la consignación significa que, cuando la comisión, por ser compleja, no constituye varias comisiones separadas, se la debe cumplir como un conjunto en sus detalles y condiciones.

Esta norma se refiere a la aceptación y a la ejecución de la consignación. Una vez aceptada la consignación, se presume que lo ha sido en el todo. El consignatario, por lo tanto, deberá ejecutarla en forma íntegra.

Si se deja de cumplir la consignación sin justa causa, el consignatario incurre en incumplimiento de sus obligaciones como tal, y deberá responder frente al comitente por su inobservancia.

ARTÍCULO 1337.- ***Efectos.*** *El consignatario queda directamente obligado hacia las personas con quienes contrata, sin que éstas tengan acción contra el consignante, ni éste contra aquéllas.*

Fuentes y antecedentes: art. 1260 del Proyecto de 1998 y art. 233 CCom.

1. Introducción

El art. 1337 es idéntico al art. 1260 del Proyecto de 1998 y reproduce, asimismo, el principio que establecía el art. 233 CCom.

Este artículo es acorde con el régimen del mandato, aplicable al contrato de consignación, donde el mandante no tiene relación jurídica directa con los terceros (art. 1321 CCyC).

2. Interpretación

Quien actúa asumiendo el carácter de consignatario queda directamente obligado con quien contrata. No es relevante si es o no conocida la persona del consignante, ya que lo relevante es que el consignatario realice la operación a su nombre y se constituya en responsable directo del adquirente.

Aquí es aplicable el art. 1321 CCyC, por lo tanto, el consignante podrá subrogarse en las acciones que tiene el consignatario contra el tercero e, igualmente, el tercero, en las acciones que pueda ejercer el consignatario contra el mandante (arts. 739 a 742 CCyC). Esto se debe a que la relación entre consignante y consignatario está dada por un contrato de consignación que legitima la actuación de este y determina que no actúa frente a terceros en su propio interés sino en el del consignante. Por lo tanto, el acto celebrado con los terceros no resulta indiferente ni ajeno a sus intereses, pues el consignatario actúa a nombre propio por cuenta ajena.

ARTÍCULO 1338.- ***Obligaciones del consignatario.*** *El consignatario debe ajustarse a las instrucciones recibidas, y es responsable del daño que se siga al consignante por los negocios en los que se haya apartado de esas instrucciones.*

Fuentes y antecedentes: art. 1261 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

El art. 1261 del Proyecto de 1998 regulaba la cuestión de modo casi idéntico al artículo en comentario.

El CCyC fusiona las pautas que preveían los arts. 238 y 242 CCom. El art. 242 CCom. enumeraba justificaciones para el caso en el que el consignatario se excediese en la ejecución de la tarea encomendada, apartándose de las instrucciones dadas por el consignante. Así, si de la ejecución resultaba una ventaja al comitente; si la operación encargada no admitía demora o podía resultar daño de la tardanza; o si mediaba aprobación del comitente o ratificación con entero conocimiento de causa, el consignatario no debía responder al consignante por los daños y perjuicios.

2. Interpretación

El consignatario que acepta la consignación está obligado a cumplirla conforme las órdenes e instrucciones brindadas por el consignante y la naturaleza del negocio que constituye

su objeto. Debe ejecutarla con el cuidado que pondría en los asuntos propios o, en su caso, el exigido por las reglas de su profesión, o por los usos del lugar de ejecución, con fidelidad, lealtad y reserva (arts. 372, incs. a y b, y 1324, inc. a, CCyC). Estas pautas —establecidas en los capítulos Representación (Libro Primero, Título IV, Capítulo 8) y Mandato (Libro Tercero, Título IV, Capítulo 8)— suplen las que fijaba, de modo similar, el art. 238, párr. 2, CCom.

En caso de que se aparte de las instrucciones recibidas, el consignatario responderá al consignante por los daños ocasionados, conforme a las disposiciones de la responsabilidad civil. El art. 1716 CCyC establece que el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado conforme a las disposiciones del CCyC.

En caso de que el consignatario se aparte de las instrucciones recibidas o de la naturaleza del negocio, afectará solamente a la relación entre aquel y el consignante. El contrato con el tercero quedará intacto, conforme lo establecido en el art. 1337 CCyC.

El apartamiento de las instrucciones recibidas puede ser subsanado con la ratificación por parte del consignante conforme las pautas establecidas en los arts. 369, 1320 y 1335 CCyC.

El CCyC reduce la cantidad de artículos referidos a las obligaciones a cargo del consignatario. Sin perjuicio de ello, muchas se desprenden de los artículos referidos al modo de ejecutar el contrato —que se explicarán más adelante— y de la aplicación de las normas del mandato, representación y disposiciones generales aplicables a los contratos.

En cuanto al deber de conservación, el art. 247 CCom. establecía que el comisionista respondía por la buena conservación de los efectos —ya sea que le hubiesen sido consignados, que los hubiese comprado o recibido en depósito, o que pretendiese remitirlos a otro lugar—, salvo caso fortuito o de fuerza mayor, o si el deterioro proviniese de un vicio inherente a la cosa.

En el art. 1324, última parte, CCyC —referido a las obligaciones del mandatario— se establece que "*si el negocio encargado al mandatario fuese de los que, por su oficio o su modo de vivir, acepta él regularmente, aun cuando se excuse del encargo, debe tomar las providencias conservatorias urgentes que requiera el negocio que se le encomienda*". Esta disposición resulta aplicable en virtud de lo previsto en el art. 1335 CCyC.

ARTÍCULO 1339.- ***Plazos otorgados por el consignatario.*** ***El consignatario se presume autorizado a otorgar los plazos de pago que sean de uso en la plaza.***

Si otorga plazos contra las instrucciones del consignante, o por términos superiores a los de uso, está directamente obligado al pago del precio o de su saldo en el momento en que hubiera correspondido.

Fuentes y antecedentes: art. 1262 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

El artículo es una reproducción del art. 1262 del Proyecto de 1998. El art. 257, segunda parte, CCom. contenía una pauta similar.

2. Interpretación

El CCyC presume, al igual que lo hacía la anterior normativa, que el consignante concedió al consignatario la potestad de vender a plazos que sean de uso en el lugar donde se celebra el contrato.

La presunción se desvirtúa si el consignante prohibió esa modalidad o si, habiéndola permitido, fijó un límite temporal. La presunción también se desvirtúa si el consignatario se excede en los plazos de pago que sean de uso en la plaza.

En caso de que el consignante haya impartido instrucciones o que los plazos otorgados por el consignatario sean mayores que los de los usos del lugar, este queda obligado en forma directa al pago del precio o de su saldo, en el momento en que corresponda.

El CCyC elimina el art. 259 CCom., que establecía que, siempre que vendiese a plazo, el comisionista debía expresar al comitente los nombres y domicilios de los compradores y plazos estipulados (caso contrario, se entendía que la venta había sido efectuada al contado y no se admitía prueba en contrario). En la redacción actual, por aplicación de las normas del mandato, el consignatario está obligado a informar en cualquier momento, a requerimiento del consignante, sobre la ejecución del negocio encargado, pero no existe una presunción explícita de las características de la normativa anterior (arts. 1324 y 1335 CCyC).

ARTÍCULO 1340.- ***Crédito otorgado por el consignatario.*** ***El consignatario es responsable ante el consignante por el crédito otorgado a terceros sin la diligencia exigida por las circunstancias.***

Fuentes y antecedentes: art. 1263 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

La redacción de este artículo fue transcripta textualmente del art. 1263 del Proyecto de 1998. Asimismo, el art. 257 CCom. refería a préstamos, anticipaciones y ventas al fiado. A estas últimas hace referencia el art. 1340 CCyC.

2. Interpretación

El artículo refiere a los casos en los que el consignatario vende las cosas muebles a terceros y les permite diferir el pago del precio. El consignatario está habilitado a otorgar crédito, siempre y cuando esta modalidad no haya sido prohibida por el consignante.

El otorgamiento del crédito requiere de la diligencia del consignatario, quien va a tener que considerar las circunstancias de tiempo, modo y lugar. En caso de que el consignatario no cumpla con una prohibición impuesta por el consignante o no actúe diligentemente, será responsable frente a aquel.

ARTÍCULO 1341.- ***Prohibición.*** ***El consignatario no puede comprar ni vender para sí las cosas comprendidas en la consignación.***

Fuentes y antecedentes: art. 1264 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

El CCyC reproduce íntegramente el art. 1264 del Proyecto de 1998. Se fusionan en un solo artículo las prohibiciones clásicas que se regulaban en los arts. 262 a 264 CCom., que

prohibían la adquisición —por sí o por interpósita persona— de efectos cuya enajenación les hubiese sido confiada; ejecutar una adquisición encargada con efectos que tuviese en su poder, a no ser que mediase consentimiento expreso del comitente. En esos casos, el comisionista no tenía derecho a percibir el total de la comisión ordinaria, sino la mitad, salvo expresa estipulación.

2. Interpretación

La imposibilidad del consignatario de comprar y vender para sí las cosas objeto del contrato de consignación tiene fundamento en la conveniencia de sustraerlo del conflicto que se plantearía entre su deber —es decir, lograr el más alto precio posible— y su interés —adquirir al más bajo precio—.

Tal como establecía el art. 262 CCom., el consignatario no podrá adquirir ni vender por interpósita persona. En el CCyC esta regla surge de las generales para contratar, en tanto el art. 1001 CCyC establece que los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona.

El CCom. autorizaba, en caso de mediar autorización del consignante, a hacer a un lado la prohibición. Si bien el CCyC no regula expresamente esta cuestión en el contrato de consignación, la índole de la materia —regida principalmente por la libertad de contratación (art. 958 CCyC)— lleva a concluir que, frente a una autorización expresa del consignante, el consignatario podría adquirir y/o vender para sí.

ARTÍCULO 1342.- ***Retribución del consignatario.*** *Si la comisión no ha sido convenida, se debe la que sea de uso en el lugar de cumplimiento de la consignación.*

ARTÍCULO 1343.- ***Comisión de garantía.*** *Cuando, además de la retribución ordinaria, el consignatario ha convenido otra llamada "de garantía", corren por su cuenta los riesgos de la cobranza y queda directamente obligado a pagar al consignante el precio en los plazos convenidos.*

1. Introducción

Los arts. 1342 y 1343 CCyC regulan el pago al consignatario, y encuentran su antecedente inmediato en los arts. 1265 y 1266 del Proyecto de 1998, de similar redacción. Estos artículos tienen, a la vez, correlato en los arts. 256, 274 y 275 CCom., referidos a la comisión extraordinaria o de garantía que podían pactar las partes y a la obligación del consignante de abonar al consignatario una comisión denominada ordinaria.

2. Interpretación

2.1. Onerosidad

La consignación se presume onerosa. Esto se desprende del juego de los arts. 1322, 1335 y 1342 CCyC.

El primero se refiere a la presunción de onerosidad del mandato. A falta de acuerdo sobre la retribución, la remuneración es la que establecen las disposiciones legales o reglamentarias aplicables, o por el uso. A falta de ambos, debe ser determinada por el juez.

Como ya vimos, el art. 1335 CCyC determina la aplicación supletoria de la normativa del mandato al contrato de consignación.

El art. 1342 CCyC refiere a la retribución del contrato de consignación que se realiza mediante la comisión.

2.2. Clases de comisión

Siguiendo la denominación que se le daba en el CCom., el CCyC mantiene dos clases de comisión: la ordinaria o simple y la extraordinaria o de garantía.

2.2.1. Comisión ordinaria

La comisión simple u ordinaria es aquella a la que, regularmente, tiene derecho el consignatario por la ejecución de la labor encomendada, y que el consignante debe abonar. En caso de que no medie convenio expreso, ni surja de la intención real de los contratantes, para fijar la comisión hay que atenerse a los usos, prácticas o costumbres del lugar de ejecución del contrato.

El CCyC no establece una pauta referida al modo en que debe fijarse el monto de la comisión, como tampoco lo hacía el CCom., lo que resulta acorde con la autonomía de la voluntad (art. 958 CCyC). Siguiendo esa misma pauta, el momento en el que se debe realizar el pago tampoco está fijado.

La revocación sin causa del trabajo encargado al consignatario por parte del consignante estaba regulada en el art. 275 CC. El artículo derogado establecía que, en caso de que eso sucediese, el consignante debía pagar, como mínimo, la mitad de la comisión, aunque no fuese la que correspondía exactamente por los trabajos realizados. El CCyC modifica esta pauta por aplicación del art. 1331 CCyC, que establece que la revocación sin justa causa del mandato otorgado por tiempo o asunto determinado obliga al mandante a indemnizar los daños causados; si el mandato fue dado por plazo indeterminado, el mandante debe dar aviso adecuado a las circunstancias o, en su defecto, indemnizar los daños que cause su omisión (art. 1335 CCyC).

2.2.2. Comisión extraordinaria o en garantía

Esta comisión se le debe al consignatario solo si se pacta. El consignatario asume los riesgos del negocio y queda obligado, frente al consignante, a pagar el precio en los plazos convenidos con el tercero. El consignante no asume ningún riesgo por la solvencia del tercero contratante y el consignatario garantiza el resultado del negocio celebrado. Eso es lo que justifica una comisión superior a la ordinaria.

El CCyC eliminó la última parte del art. 256 CCom. que establecía pautas para determinar el monto de esta comisión para el caso de no haberse estipulado por escrito.

ARTÍCULO 1344.- ***Obligación de pagar el precio.*** ***Si el consignatario se obliga a pagar el precio en caso de no restituir las cosas en un plazo determinado, el consignante no puede disponer de ellas hasta que le sean restituidas.***

Los acreedores del consignatario no pueden embargar las cosas consignadas mientras no se haya pagado su precio.

Fuentes y antecedentes: art. 1267 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

El Proyecto de 1998 establecía, en el art. 1267, una norma idéntica a la del artículo en comentario.

Si bien no existía norma similar en el CCom., se entendía a la modalidad a la que se refiere el artículo como contrato estimatorio. Se consideraba comprendido dentro de los contratos innominados previstos en el art. 1143 CC.

2. Interpretación

El CCyC regula, dentro del contrato de consignación, el caso en que el consignante entrega una o varias cosas muebles al consignatario, quien se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas en el término pactado. El consignante entrega al consignatario las cosas muebles cuyo valor se estima en una cantidad cierta, obligándose el último a procurar su venta dentro de un plazo estipulado. Si las devuelve al momento del vencimiento del plazo, no deberá pagar el valor de las que no vendió.

Mientras esté pendiente el plazo pactado para la restitución de las cosas, el consignante no puede disponer de ellas. Los acreedores del consignatario no pueden embargar las cosas consignadas hasta tanto este no haya pagado su precio, pues la propiedad sigue siendo del consignante.

CAPÍTULO 10
Corretaje

ARTÍCULO 1345.- ***Definición.*** *Hay contrato de corretaje cuando una persona, denominada corredor, se obliga ante otra, a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes.*

1. Introducción

El CCom., en un principio, y luego la Ley 25.028 de Régimen Legal de Martilleros y Corredores, entendieron al corredor como un agente auxiliar del comercio. La regulación se centraba en la actividad subjetiva del corredor, sin brindar ninguna definición del contrato de corretaje.

El CCyC regula al corretaje como un contrato típico, consagrando su autonomía y alejándolo de la consideración personal del corredor.

Las normas vinculadas a este contrato se han visto reducidas a fin de permitir su adaptación a la evolución de la vida negocial, tal como lo sostenían los "Fundamentos" del Proyecto de 1998, antecedente inmediato de los artículos de este Capítulo.

El corretaje está regulado por los arts. 1345 a 1355 CCyC; 1 a 35 de la Ley 20.266 de Ejercicio de la Profesión de Martilleros y el art. 77 de la Ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. En las provincias, por su parte, este está previsto en las leyes y demás normas reglamentarias de carácter local, que disciplinan la actividad de los corredores en general o de algunas modalidades de esta figura.

2. Interpretación

El corretaje es un contrato que se celebra entre un sujeto denominado corredor —que desarrolla la tarea de intermediar entre la oferta y la demanda de cosas, bienes y servicios— y otro sujeto, el comitente, que la encarga. El corredor se ocupa de acercar a las partes para que ellas realicen directamente el negocio, es decir que su función es la de llevar a cabo todos los actos conducentes para que aquel se concrete.

El artículo refiere a que el corredor se "*obliga a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios*". Su función no es la de perfeccionar el negocio, sino la de aproximar a las partes para que ellas lo hagan.

La negociación puede referir a cosas muebles, inmuebles, fondos de comercio, servicios y todo sobre lo que sea lícito negociar, en tanto la ley no establece limitación.

El corredor no tiene relación de dependencia o representación con ninguna de las partes. La autonomía profesional del corredor, su imparcialidad y objetividad, se consagran en este punto. El corredor tampoco puede tener relación de colaboración con ninguna de las partes (art. 34, inc. a, de la ley 20.266). La excepción a la imposibilidad de representación la brinda el art. 1349, inc. b, CCyC.

Desde que se eliminó el art. 36 de la ley 20.266 —que, en su inc. d, establecía la forma escrita para este contrato—, el contrato de corretaje es bilateral, oneroso, consensual, típico, aleatorio y no formal.

ARTÍCULO 1346.- ***Conclusión del contrato de corretaje. Sujetos.*** *El contrato de corretaje se entiende concluido, si el corredor está habilitado para el ejercicio profesional del corretaje, por su intervención en el negocio, sin protesta expresa hecha saber al corredor contemporáneamente con el comienzo de su actuación o por la actuación de otro corredor por el otro comitente.*

Si el comitente es una persona de derecho público, el contrato de corretaje debe ajustarse a las reglas de contratación pertinentes.

Pueden actuar como corredores personas humanas o jurídicas.

1. Introducción

Esta norma se complementa tanto con los arts. 32 y 33 de la Ley 20.266 de Ejercicio de la Profesión de Martilleros —que establecen las condiciones habilitantes para ser corredor y los requisitos para matricularse en la jurisdicción en la que el profesional se desempeñe— como con el art. 77 de la Ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción —que determina que, para la matriculación y el desempeño del corredor, no será exigible hallarse domiciliado en el lugar donde se pretende ejercer—, como así también con las normas locales que regulan la actividad.

2. Interpretación

El contrato de corretaje se considera concluido por la intervención en el negocio del corredor. El CCyC establece que eso sucederá, salvo que exista protesta expresa que se le haga saber contemporáneamente con el comienzo de su actuación.

La protesta no podrá ser hecha por el comitente que contrató con el corredor, y refiere a la manifestación oportuna de la parte que no acepta la intervención de aquel en la negociación. La protesta tiene como consecuencia la imposibilidad para el corredor de reclamarle el pago de la comisión al que la manifiesta (art. 1351 CCyC).

El contrato de corretaje se entenderá concluido, asimismo, por la actuación de otro corredor por el otro comitente —es decir, en el caso de que la otra parte de la negociación contrate un corredor y este comience a realizar conductas de intermediación para acercar a las partes—.

El artículo fija como requisito para la conclusión del contrato que el corredor esté habilitado para el ejercicio profesional del corretaje. Para actuar como corredor es necesaria la matriculación, conforme lo establecen el art. 33 de la ley 20.266 —que dispone: "*quien pretenda ejercer la actividad de corredor deberá inscribirse en la matrícula de la jurisdicción correspondiente*"— y el art. 77 de la ley 24.441 —que determina que "*para la matriculación y el desempeño del corredor no será exigible el hallarse domiciliado en el lugar donde se pretende ejercer*"—.

Originariamente, el Proyecto del Código Civil y Comercial preveía la posibilidad de que un corredor no inscripto concluyera un contrato de corretaje mediante pacto expreso por escrito. Finalmente, esa opción fue eliminada cuando se elevó a la Cámara de Senadores de la Nación.

Para ser corredor, además de la matriculación, se requiere ser mayor de edad, no estar comprendido dentro de alguna inhabilidad y poseer título universitario expedido o revalidado en la República (art. 32 de la ley 20.266).

En caso de que el comitente sea una persona de derecho público —es decir, Estado nacional, provincial, municipal o alguna entidad autárquica—, el corredor deberá ajustarse a las reglas de contratación pertinentes. El CCyC se refiere a las normas aplicables a licitaciones, pliegos, etc., que serán aplicables por sobre las del corretaje.

El corretaje puede ser ejercido por personas humanas o jurídicas. El CCyC se condice con los arts. 31, 15 y 16 de la ley 20.266.

ARTÍCULO 1347.- ***Obligaciones del corredor.*** *El corredor debe:*

a. *asegurarse de la identidad de las personas que intervienen en los negocios en que media y de su capacidad legal para contratar;*

b. *proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de mencionar supuestos inexactos que puedan inducir a error a las partes;*

c. *comunicar a las partes todas las circunstancias que sean de su conocimiento y que de algún modo puedan influir en la conclusión o modalidades del negocio;*

d. *mantener confidencialidad de todo lo que concierne a negociaciones en las que interviene, la que sólo debe ceder ante requerimiento judicial o de autoridad pública competente;*

e. *asistir, en las operaciones hechas con su intervención, a la firma de los instrumentos conclusivos y a la entrega de los objetos o valores, si alguna de las partes lo requiere;*

f. *guardar muestras de los productos que se negocien con su intervención, mientras subsista la posibilidad de controversia sobre la calidad de lo entregado.*

1. Introducción

La ley 26.994 derogó el art. 36 de la Ley 20.266 de Ejercicio de la Profesión de Martilleros. Este artículo enumeraba las obligaciones de los corredores y fue por el art. 1347 CCyC, cuya redacción es similar a la del art. 1270 del Proyecto de 1998.

2. Interpretación

La normativa anterior detallaba minuciosamente las obligaciones del corredor. El presente artículo es más escueto; en tal sentido, sigue la idea de los "Fundamentos" del Código Civil y Comercial en el sentido de ser lo más claro y conciso posible.

Existen otras obligaciones que no están enumeradas en el presente artículo y que se desprenden de otros sectores de la normativa que se aplica al corretaje, pudiendo surgir otras de las leyes locales.

2.1. Obligaciones

2.1.1. Identidad y capacidad

El inc. a establece —tal como lo hacía el inc. b del art. 36 de la Ley 20.266 de Ejercicio de la Profesión de Martilleros— la obligación de asegurarse de la identidad de las personas que intervienen en los negocios en que media y de su capacidad legal para contratar.

2.1.2. Exactitud, precisión y claridad. Comunicación

El inc. b estipula que el corredor debe "*proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de mencionar supuestos inexactos que puedan inducir a error a las partes*", mientras que el inc. c establece la obligación de "*comunicar a las partes todas las circunstancias que sean de su conocimiento y que de algún modo puedan influir en la conclusión o modalidades del negocio*". El contenido de estos dos incisos es un desdoblamiento del similar inc. e, de la ley derogada.

La buena fe, la lealtad y la diligencia que debe tener el corredor se ven plasmadas en este inciso.

Las obligaciones detalladas en el presente acápite y en el anterior se vinculan con el art. 1353 CCyC que establece que el corredor no tiene derecho a retribución en caso de que el contrato se anule por ilicitud de su objeto, por incapacidad o falta de representación de cualquiera de las partes, o por otra circunstancia que haya sido conocida por aquel. Se desarrollará este tema al tratar el artículo citado.

2.1.3. Confidencialidad

El inc. c refiere a la confidencialidad que debe mantener el corredor respecto de todo lo que concierne a negociaciones en las que interviene, la que solo debe ceder ante requerimiento judicial o de autoridad pública competente.

El inc. f del art. 36 de la ley 20.266, con una redacción menos precisa, establecía que el corredor debía guardar secreto en lo concerniente a las operaciones en las que interviniese

y que solo podía, en virtud del mandato de autoridad competente, atestiguar sobre las mismas.

La nueva redacción permite que la confidencialidad sea hecha a un lado en caso de que ello sea requerido por las autoridades a las que refiere el artículo, sin circunscribirlo únicamente al caso de la declaración testimonial.

2.1.4. Asistir

En caso que alguna de las partes lo requiera, el corredor deberá asistir, en las operaciones llevadas a cabo por su intervención, a la firma de los instrumentos conclusivos y a la entrega de los objetos o valores (inc. e).

Los incs. g y j del art. derogado preveían la asistencia, pero además que era obligatorio para el corredor estar presente en el momento de la firma de los contratos otorgados por escrito en instrumento privado. Este debía dejar constancia firmada de su intervención y tenía que conservar un ejemplar bajo su responsabilidad.

Distinguían, además, a los contratos que no requieren forma escrita, y estipulaban que el corredor debía entregar a las partes una minuta de la operación, según las constancias del Libro de Registro.

Como se observa, en la actual redacción no hace esa distinción entre forma escrita y no escrita. La obligatoriedad de la asistencia surgirá del pedido de alguna de las partes. El artículo elimina el resto de las diligencias que debía realizar el corredor en exceso de la asistencia.

2.1.5. Conservación

El inc. f requiere que el corredor guarde las muestras de los productos que se negocien con su intervención, mientras subsista la posibilidad de controversia sobre la calidad de lo entregado. Similar redacción tenía el inc. h del derogado art. 36 de la Ley 20.266 de Ejercicio de la Profesión de Martilleros.

2.2. El derogado artículo 36

El inc. a del art. 36 preveía la obligación de llevar el libro que establece el art. 35, por lo que la obligación de "*llevar asiento exacto y cronológico de todas las operaciones concluidas con su intervención, transcribiendo sus datos esenciales en un libro de registro, rubricado por el Registro Público de Comercio o por el órgano a cargo del gobierno de la matrícula en la jurisdicción*" sigue vigente.

El inc. c del mismo artículo obligaba al corredor a comprobar la existencia de los instrumentos de los que resultaba el título invocado por el enajenante. Además, cuando se trataba de bienes registrables, debía recabar la certificación del Registro Público correspondiente sobre la inscripción del dominio, gravámenes, embargos, restricciones y anotaciones que reconozcan aquellos, así como las inhibiciones o interdicciones que afectaban al transmitente. La actual redacción eliminó estas obligaciones emparentadas con la posibilidad del corredor de dar fe pública.

Se ha eliminado el inc. i: "*Entregar a las partes una lista firmada, con la identificación de los papeles en cuya negociación intervenga*".

El inc. k —que establece "*respetar las prohibiciones del artículo 19 en lo que resulten aplicables*"— sigue vigente, en tanto el art. 31 de la ley 20.266 remite a las prohibiciones para los

martilleros al referir que, sin perjuicio de las disposiciones del CCyC y de la legislación local, es aplicable al ejercicio del corretaje lo dispuesto en esa ley respecto de los martilleros, en todo lo que resulte pertinente y no se encuentre en los artículos referidos al corretaje.

En cuanto al inc. l —"*cumplir las demás obligaciones que impongan las leyes especiales y la reglamentación local*"—, su reproducción no era necesaria en tanto es un deber general el de cumplir las leyes.

ARTÍCULO 1348.- ***Prohibición.*** *Está prohibido al corredor:*

a. *adquirir por sí o por interpósita persona efectos cuya negociación le ha sido encargada;*

b. *tener cualquier clase de participación o interés en la negociación o en los bienes comprendidos en ella.*

Fuentes y antecedentes: art. 1271 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

La norma se complementa con el art. 19, inc. b de la ley 20.266, en cuanto prohíbe tener participación en el precio que se obtenga, no pudiendo celebrar convenios por diferencias a su favor o de terceras personas; comprar por cuenta de terceros, directa o indirectamente, los bienes cuya venta se les hubiere encomendado; y comprar para sí los mismos bienes, o adjudicarlos o aceptar posturas sobre ellos, respecto de su cónyuge o parientes dentro del segundo grado, socios, habilitados o empleados.

2. Interpretación

El fundamento de este artículo es el de mantener la imparcialidad del corredor en su actuación como intermediario, que se vería afectada si pudiese adquirir los bienes objeto de la negociación o tuviese algún interés en aquella. El inc. b del artículo tiene una amplitud que permite encuadrar diferentes supuestos donde medie conflicto de interés.

ARTÍCULO 1349.- ***Garantía y representación.*** *El corredor puede:*

a. *otorgar garantía por obligaciones de una o de ambas partes en la negociación en la que actúen;*

b. *recibir de una parte el encargo de representarla en la ejecución del negocio.*

1. Introducción

El precepto se vincula con lo dispuesto por el art. 34 de la ley 20.266, que enumera las facultades del corredor del siguiente modo: "*a) Poner en relación a 2 (dos) o más partes para la conclusión de negocios sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, subordinación o representación. No obstante una de las partes podrá encomendarles que la represente en los actos de ejecución del contrato mediado. b) Informar sobre el valor venal o de mercado de los bienes que pueden ser objeto de actos jurídicos. c) Recabar directamente de las oficinas públicas, bancos y entidades oficiales y particulares, los informes y certificados necesarios para el cumplimiento de sus deberes. d) Prestar fianza por una de las partes*".

2. Interpretación

El art. 1349, inc. a, CCyC amplía la facultad contenida en el inc. d del mismo artículo, pues no solo autoriza al corredor a otorgar fianza, sino a cualquier otra modalidad de garantía a favor de las partes. La garantía podrá ser otorgada a una o ambas partes.

El inc. b del artículo en comentario autoriza al corredor a representar a una de las partes en la ejecución del negocio, al igual que el artículo 34, inc. a, CCyC.

ARTÍCULO 1350.- ***Comisión.*** *El corredor tiene derecho a la comisión estipulada si el negocio se celebra como resultado de su intervención. Si no hay estipulación, tiene derecho a la de uso en el lugar de celebración del contrato o, en su defecto, en el lugar en que principalmente realiza su cometido. A falta de todas ellas, la fija el juez.*

ARTÍCULO 1351.- ***Intervención de uno o de varios corredores.*** *Si sólo interviene un corredor, todas las partes le deben comisión, excepto pacto en contrario o protesta de una de las partes según el artículo 1346. No existe solidaridad entre las partes respecto del corredor. Si interviene un corredor por cada parte, cada uno de ellos sólo tiene derecho a cobrar comisión de su respectivo comitente.*

1. Introducción

El artículo en comentario se refiere a la retribución del corredor por su labor. A diferencia del derogado art. 37 de la ley 20.266, que refería a remuneración, el artículo la designa como comisión, lo que es habitual en la práctica.

2. Interpretación

El corretaje se presume oneroso para el caso de que el negocio se celebre como resultado de la intervención del corredor. Si el corredor cumplió su labor eficazmente, los arts. 1350 y 1351 CCyC establecen las pautas a seguir a fin de determinar cuál será su paga.

Para que la comisión sea exigible, el corredor deberá estar matriculado, ya que en caso de no estar inscripto no tendrá la posibilidad de reclamar ningún tipo de retribución (por aplicación del art. 1346 CCyC). Asimismo, el artículo establece dos requisitos para que el corredor perciba la comisión: que el contrato mediado se celebre y que esa celebración haya sido en virtud de la actividad de aquél.

La comisión será la pactada. En caso de no haberse estipulado, el corredor tiene derecho a la de uso en el lugar de celebración del contrato de corretaje o, en su defecto, a la del lugar en que principalmente realiza su actividad. A falta de todas ellas, será fijada por el juez.

En caso de que intervenga un solo corredor, todas las partes deberán afrontar la comisión, salvo que hayan pactado algo distinto o haya existido protesta de una de ellas conforme lo previsto en el art. 1346 CCyC.

El CCyC establece la pauta de la no solidaridad de las partes respecto del pago de la comisión, por lo que serán aplicables las pautas para las obligaciones simplemente mancomunadas (art. 825 CCyC y concs.).

En caso de que intervenga un corredor por cada parte, cada uno podrá exigir retribución a su comitente y no al del otro corredor.

ARTÍCULO 1352.- ***Supuestos específicos de obligación de pagar la comisión.*** *Concluido el contrato, la comisión se debe aunque:*

a. *el contrato esté sometido a condición resolutoria y ésta no se cumpla;*
b. *el contrato no se cumpla, se resuelva, se rescinda o medie distracto;*
c. *el corredor no concluya el contrato, si inicia la negociación y el comitente encarga su conclusión a un tercero, o lo concluye por sí en condiciones sustancialmente similares.*

ARTÍCULO 1353.- ***Supuestos específicos en los que la comisión no se debe.*** *La comisión no se debe si el contrato:*

a. *está sometido a condición suspensiva y ésta no se cumple;*
b. *se anula por ilicitud de su objeto, por incapacidad o falta de representación de cualquiera de las partes, o por otra circunstancia que haya sido conocida por el corredor.*

1. Introducción

El CCyC establece en qué casos el corredor tiene derecho a percibir una retribución por su labor y en qué casos carece de él. Algunas de las pautas fijadas son las que estaban previstas en los derogados arts. 37 y 38 de la ley 20.266.

2. Interpretación

Las pautas de estos artículos rigen para el caso de que las partes no hayan estipulado algo diferente, ya que en esta cuestión prima la libertad contractual (art. 958 CCyC).

2.1. Supuestos de obligación de pagar comisión

El art. 1352 CCyC establece en qué casos el corredor tiene derecho a reclamar la comisión por haber logrado la celebración del negocio mediado:

a. En caso de contrato sujeto a condición resolutoria. La ley entiende que el corredor tiene derecho a una retribución, aunque la condición no se cumpla. Este supuesto no estaba previsto en la legislación anterior.
b. En caso de que el contrato no se cumpla, se resuelva, se rescinda o medie distracto. La normativa anterior no preveía estos supuestos. Esta estipulación protege al corredor a fin de que pueda perseguir una retribución en caso de que, a pesar de haber cumplido eficazmente su labor y logrado acercar a las partes, las vicisitudes que afectan el acuerdo lo lleven a su fin.
c. En caso de que el corredor no llegue a mediar hasta el momento de la conclusión del contrato, igualmente tendrá derecho a la comisión si inicia la negociación y no la puede continuar porque el comitente encarga su conclusión a un tercero, o lo concluye por sí en condiciones sustancialmente similares.

Se protege al corredor de la mala fe del comitente que quiere evitar el pago aprovechándose de las tareas realizadas por aquel y que le fueron de utilidad. Una regla similar estaba prevista en el derogado art. 37, inc. a, de la ley 20.266.

2.2. Supuestos en que la comisión no se debe

a. En caso de que el contrato esté sometido a condición suspensiva y este no se cumple. En este caso, la existencia misma del negocio mediado depende de una condición: el contrato no estará concluido hasta que aquella no se cumpla. Por ese

motivo, hasta que no se produzca el hecho futuro e incierto, la ley no habilita el pago de la comisión.

b. En caso de que el contrato se anule por ilicitud de su objeto, por incapacidad o falta de representación de cualquiera de las partes, o por otra circunstancia que haya sido conocida por el corredor, este no tendrá derecho a percibir comisión.

Este artículo se vincula con el art. 1347 CCyC —en especial, con los incs. a, b y c—, en tanto prevé obligaciones que debe cumplir el corredor para que el negocio mediado sea válido. Asimismo, establece que el corredor no podrá reclamar su paga en caso de que el contrato se anule por ilicitud del objeto. Por lo tanto, el corredor deberá tomar los recaudos a fin de verificar tanto la representación y capacidad de las partes como que el objeto no sea prohibido (art. 1004 CCyC), y ponderar cualquier otra circunstancia que sea de su conocimiento y pueda llevar a la anulación del contrato.

ARTÍCULO 1354.- ***Gastos.*** ***El corredor no tiene derecho a reembolso de gastos, aun cuando la operación encomendada no se concrete, excepto pacto en contrario.***

1. Introducción

Este artículo es similar al art. 37, inc. b, de la ley 20.266, que preveía que el corredor tenía derecho a percibir del comitente el reintegro de los gastos convenidos y realizados, salvo pacto o uso contrario.

2. Interpretación

Se entendía que, cuando el artículo refería a "*convenidos y realizados*", se había llegado a un acuerdo entre corredor y comitente para el reintegro de los gastos.

El art. 1354 CCyC es más claro: en caso de que las partes no hagan uso de la libertad de pactar el reembolso, se entiende que los gastos no se deben por el comitente.

ARTÍCULO 1355.- ***Normas especiales.*** ***Las reglas de este Capítulo no obstan a la aplicación de las disposiciones de leyes y reglamentos especiales.***

Fuentes y antecedentes: art. 1277 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

La fuente directa de este artículo es el art. 1277 del Proyecto de 1998, ya que la ley 20.266 no preveía norma similar.

2. Interpretación

A este artículo se lo debe vincular con el art. 963 CCyC, que establece el siguiente orden de prelación cuando concurren sus disposiciones y de alguna ley especial: normas indisponibles de la ley especial y de este Código; normas particulares del contrato; normas supletorias de la ley especial; normas supletorias de este Código.

CAPÍTULO 11(*)
Depósito

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1356.- ***Definición.*** *Hay contrato de depósito cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos.*

1. Introducción

La función social y económica del contrato de depósito es la custodia de las cosas depositadas. La guarda y custodia de las cosas depositadas es la obligación principal del depositario, a diferencia de otros contratos en los que la custodia es una obligación secundaria, como por ejemplo, la locación de cosas o el mandato.

El contrato de depósito es un contrato de confianza, independientemente de su carácter oneroso. La obligación de custodia es intransferible y debe cumplirla el depositario personalmente.

2. Interpretación

La definición expresada en el art. 1356 CCyC delinea el depósito regular voluntario que es tomado como base para la regulación de este contrato.

En cuanto a las cosas que pueden ser depositadas, el CC establecía que podían ser cosas muebles como inmuebles. La inclusión de cosas inmuebles suscitó severas críticas por parte de la doctrina. También es de hacer notar que, en el caso de la fianza comercial del art. 572 CCom., solamente eran susceptibles de ser depositadas las cosas muebles. En la norma actual nada se dice respecto de la caracterización de las cosas depositadas.

La obligación de restituir la cosa es una nota típica de los contratos en los que se concede el uso o la tenencia de una cosa ajena, como en el comodato, la locación y el mutuo, por lo que no constituye un elemento tipificante del contrato de depósito.

ARTÍCULO 1357.- ***Presunción de onerosidad.*** *El depósito se presume oneroso. Si se pacta la gratuidad, no se debe remuneración, pero el depositante debe reembolsar al depositario los gastos razonables en que incurra para la custodia y restitución.*

1. Introducción

En el CC, el art. 2183 establecía el carácter gratuito del contrato de depósito. El art. 573 CCom., por el contrario, establecía la onerosidad del contrato de depósito comercial, teniendo en cuenta que no había contemplados contratos gratuitos en el ámbito comercial.

2. Interpretación

El art. 1357 CCyC consagra la onerosidad del contrato de depósito, permitiendo a las partes pactar la gratuidad. Esta gratuidad se refiere exclusivamente a la remuneración del

(*) Comentarios a los arts. 1356 a 1377 elaborados por Graciela Lombardi.

depositario, ya que los gastos en los que se incurra para la custodia y restitución deben ser reembolsados por el depositante.

ARTÍCULO 1358.- ***Obligación del depositario.*** *El depositario debe poner en la guarda de la cosa la diligencia que usa para sus cosas o la que corresponda a su profesión. No puede usar las cosas y debe restituirlas, con sus frutos, cuando le sea requerido.*

1. Introducción

La obligación principal del depositario es custodiar la cosa depositada. Siendo el contrato de depósito un contrato de confianza, la obligación de custodia no puede ser transmitida y debe cumplirla el depositario personalmente.

2. Interpretación

Cuando la cosa depositada sufra algún desmedro, se pierda o perezca por culpa del depositario, este responderá ante el depositante por los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento de su obligación de custodia.

En el caso del depósito oneroso, el depositario es quien hace del depósito su profesión. Por lo tanto, la responsabilidad deberá ser valorada según los parámetros del art. 1725 CCyC. Solamente en el caso de que el contrato de depósito se haya pactado gratuito, la responsabilidad del depositario se evaluará según los parámetros establecidos en el art. 1724 CCyC.

La prohibición de usar las cosas depositadas opera en el depósito regular.

ARTÍCULO 1359.- ***Plazo.*** *Si se conviene un plazo, se presume que lo es en favor del depositante. Pero si el depósito es gratuito, el depositario puede exigir del depositante, en todo tiempo, que reciba la cosa depositada.*

1. Introducción

El contrato de depósito generalmente es un contrato de duración, es usual en esta clase de contratos que no se estipule plazo.

2. Interpretación

La norma establece la presunción, que puede ser desvirtuada por pacto en contrario, que si se convino un plazo, este lo es a favor del depositante; esto significa que el depositante puede pedir la restitución de la cosa en cualquier tiempo, aún si no ha vencido el plazo del contrato. Es el depositario quien debe respetar el plazo convenido. Cabe señalar que este primer párrafo de la norma es aplicable al depósito oneroso.

En el caso del depósito pactado gratuito, se invierte la solución y se faculta al depositario a pedirle al depositante que reciba la cosa depositada en todo tiempo, aunque se haya convenido un plazo. Esta disposición tiene su fundamento en la liberalidad que supone la gratuidad.

ARTÍCULO 1360.- ***Depósito oneroso.*** *Si el depósito es oneroso, el depositante debe pagar la remuneración establecida para todo el plazo del contrato, excepto pacto en contrario.*

Si para la conservación de la cosa es necesario hacer gastos extraordinarios, el depositario debe dar aviso inmediato al depositante, y realizar los gastos razonables causados por actos que no puedan demorarse. Estos gastos y los de restitución son por cuenta del depositante.

1. Introducción

Este artículo contiene dos conceptos vinculados. En el primer párrafo determina la modalidad de pago de la remuneración debida al depositario, mientras que en el segundo párrafo determina la modalidad de los gastos de conservación de la cosa depositada.

2. Interpretación

El primer párrafo del art. 1360 CCyC complementa el artículo anterior en el sentido de que, si bien el plazo convenido se presume a favor del depositante, el depositario tiene derecho a percibir la remuneración acordada por todo el plazo, independientemente de si el depositante decidiera retirar antes del vencimiento la cosa depositada. Primando la autonomía de la voluntad, la norma faculta a las partes a pactar en contrario.

En el segundo párrafo, la norma se refiere a los gastos extraordinarios para la conservación de la cosa tales como refrigeración, ventilación del ambiente, entre otros. Es de suponer que los gastos necesarios, tales como estanterías, están incluidos en la remuneración pactada.

El obligado al pago de los gastos extraordinarios es el depositante, sin embargo el depositario tiene la obligación de dar aviso inmediato al depositante si hay peligro de que la cosa pueda sufrir algún daño para que este autorice el gasto o lo sufrague directamente. Independientemente de la decisión del depositante, el depositario cumple con su obligación dando aviso de la novedad, pero si omite avisar, responderá por los daños causados por su omisión.

Si el peligro de daño a la cosa depositada es inminente, el depositario debe tomar las medidas y realizar los gastos necesarios para evitar ese daño. Si no lo hiciere, responderá por su incumplimiento. Estos gastos son por cuenta del depositante.

ARTÍCULO 1361.- ***Lugar de restitución.*** *La cosa depositada debe ser restituida en el lugar en que debía ser custodiada.*

1. Introducción

La norma alude al lugar en el que se deberá restituir la cosa al momento de la finalización del contrato de depósito.

2. Interpretación

La norma es clara y no admite interpretaciones: la cosa depositada debe ser restituida en el lugar en que deba ser custodiada. No admite que las partes puedan pactar otro lugar para la restitución que no sea el mismo donde la cosa debe ser custodiada.

ARTÍCULO 1362.- ***Modalidad de la custodia.*** *Si se convino un modo específico de efectuar la custodia y circunstancias sobrevinientes exigen modificarlo, el depositario puede hacerlo, dando aviso inmediato al depositante.*

1. Introducción

El art. 1362 CCyC regula el caso de la modificación del modo convenido de efectuar la custodia de la cosa depositada.

2. Interpretación

Las partes pueden convenir un modo particular y específico de realizar la custodia de la cosa depositada, sea aumentando o disminuyendo las condiciones del modo determinado por el profesional que se dedica al negocio del depósito y custodia de bienes.

Si por circunstancias sobrevinientes se hace necesario modificar el modo de custodia pactado, la norma autoriza al depositario a hacer la modificación avisando inmediatamente al depositante del cambio.

Está implícito en la autorización que confiere la norma que el cambio en la modalidad pactada para la custodia no puede ocasionar ningún perjuicio al depositante ni daño alguno a la cosa depositada.

ARTÍCULO 1363.- ***Persona a quien debe restituirse la cosa.*** *La restitución debe hacerse al depositante o a quien éste indique. Si la cosa se deposita también en interés de un tercero, el depositario no puede restituirla sin su consentimiento.*

1. Introducción

El art. 1363 CCyC se ocupa de regular acerca de quiénes son los legitimados para recibir la cosa depositada al tiempo de la conclusión del contrato de depósito.

2. Interpretación

El depositario tiene la obligación de restituir la cosa y se libera al entregarla a la persona legitimada para recibirla; en caso de realizar la entrega a otro, deberá responder por los daños ocasionados al depositante por su incumplimiento.

El primer legitimado es el mismo depositante. Asimismo, el depositante pudo haber indicado a otro para recibir la cosa depositada, es a este otro a quien el depositario deberá restituir la cosa depositada.

La norma contempla el supuesto en el que la cosa haya sido depositada también en interés de un tercero. En este caso, para que el depositario restituya la cosa depositada al depositario o a quién este indique, es necesario que el tercero preste su consentimiento.

ARTÍCULO 1364.- ***Pérdida de la cosa.*** *Si la cosa depositada perece sin culpa del depositario, la pérdida debe ser soportada por el depositante.*

1. Introducción

Para la interpretación de este artículo es necesario distinguir entre depósito regular y depósito irregular. Así, mientras el primero es aquel en el que la cosa depositada es una cosa cierta, por lo que el depositario debe restituir la misma cosa que recibió más sus frutos, el

segundo se caracteriza por ser aquel en el cual la cosa depositada tiene la calidad de ser fungible, por lo que el depositario debe restituir una cosa del mismo género.

2. Interpretación

Tal como fue adelantado en la introducción, solamente las cosas sujetas a un contrato de depósito regular pueden perderse.

Si la cosa se pierde sin culpa del depositario, la pérdida será soportada por el depositante, es decir, su dueño. En cambio, si la cosa se pierde por negligencia del depositario, este deberá indemnizar los daños ocasionados por su culpa.

Distinta es la solución si el depósito es irregular, siendo la cosa depositada fungible, siempre puede ser reemplazada por otra de la misma especie. Tengamos en cuenta que en esta clase de depósito, el depositante transfiere la propiedad de la cosa al depositario, motivo por el cual la pérdida también es soportada por el dueño de la cosa que, en este caso es el depositario.

ARTÍCULO 1365.- ***Prueba del dominio.*** ***El depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser dueño de la cosa depositada.***

1. Introducción

La calidad de depositante no necesariamente tiene implícito el carácter de titular del dominio.

2. Interpretación

El depositante puede no ser el propietario de la cosa depositada, ya que es posible que fuese el tenedor o el poseedor de la cosa, por lo que el art. 1365 CCyC prohíbe al depositario exigir al depositante la prueba de que es el dueño de la cosa depositada.

El depositario tiene la obligación de restituir la cosa depositada al legitimado para recibirla.

Según ya vimos en el art. 1363 CCyC, los legitimados para recibir la cosa depositada son el depositante o a quien este indique. La ley no limita la celebración del contrato de depósito a los propietarios de la cosa depositada.

El derecho a recibir la cosa depositada nace del contrato de depósito, no de la calidad de dueño.

ARTÍCULO 1366.- ***Herederos.*** ***Los herederos del depositario que de buena fe hayan enajenado la cosa depositada sólo están obligados a restituir al depositante el precio percibido. Si éste no ha sido pagado, deben cederle el correspondiente crédito.***

1. Introducción

La norma opera sobre la regla de la buena fe, en el caso determinada por la ignorancia de los herederos del depositario, respecto de que la titularidad de la cosa está en cabeza ajena a la de aquel a quien heredan.

2. Interpretación

En el caso de fallecimiento del depositario, aplicando las normas que regulan la transmisión *mortis causa*, los herederos deben cumplir la obligación de restituir la cosa depositada al depositante. El artículo 1366 consagra una excepción a esas normas, pues prevé el supuesto de que los herederos del depositario, ignorando que la cosa que se hallaba en poder del depositario no le pertenecía —sino que este la tenía en calidad de depositario para su guarda y custodia—, la hubieran enajenado.

En tal caso, en tanto haya actuado de buena fe —la que, en este supuesto, consiste en la ignorancia acerca de la real titularidad de la cosa—, el heredero puede liberarse restituyendo al depositante el precio recibido por la cosa, que puede diferir del de mercado, sin tener que responder por daños y perjuicios.

En sentido contrario, el heredero que vendió bienes ajenos que sabía que habían sido entregados en depósito a su causante, debe responder por los daños y perjuicios que con ello hubiera generado al depositante.

SECCIÓN 2ª
Depósito irregular

ARTÍCULO 1367.- ***Efectos.*** *Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, que no se encuentra en saco cerrado, se transmite el dominio de las cosas aunque el depositante no haya autorizado su uso o lo haya prohibido. El depositario debe restituir la misma calidad y cantidad.*

Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, y el depositario tiene la facultad de servirse de ellas, se aplican las reglas del mutuo.

1. Introducción

El art. 1367 CCyC define y regula el supuesto de depósito irregular, siendo su principal característica que la cosa depositada sea fungible, contrariamente al depósito regular en el que la cosa depositada debe ser cierta.

2. Interpretación

El depósito irregular transfiere la propiedad de la cosa depositada al depositario. Para el depositante es irrelevante lo que el depositario haga con el dinero o las cosas fungibles que le entregó, aun cuando no haya autorizado y aun prohibido su uso. En tanto el depositario del depósito irregular tiene la propiedad de las cosas depositadas, tiene también su uso.

Lo que importa es que al término señalado se le entregue al depositante una suma equivalente o una cantidad, especie y calidad igual de cosas fungibles. Esta es la única obligación que la ley impone al depositario irregular.

Afectarán al depositario los aumentos y disminuciones que sobrevengan en el valor de la cosa depositada.

Si el depositante entrega la cosa en saco o caja cerrada que la contenga, sin entregar la llave, el depósito ya no es irregular, pues dicho envase cerrado con su contenido conforma una cosa cierta e individualizable, por lo que el depósito es regular y se aplicarán las normas correspondientes a esta modalidad.

SECCIÓN 3ª
Depósito necesario

ARTÍCULO 1368.- ***Definición.*** *Es depósito necesario aquel en que el depositante no puede elegir la persona del depositario por un acontecimiento que lo somete a una necesidad imperiosa, y el de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros.*

1. Introducción

La diferencia entre depósito voluntario y depósito necesario consiste en el menor grado de libertad del depositante en elegir al depositario. También es considerado depósito necesario el de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros.

2. Interpretación

La diferencia entre depósito voluntario y depósito necesario consiste en el menor grado de libertad del depositante en elegir al depositario. Esta restricción a la libertad contractual se da cuando el depósito es consecuencia de una situación urgente de necesidad como, por ejemplo, la ocurrencia de una catástrofe ambiental, inundación, incendio, terremoto, naufragio, entre otros.

La situación urgente de necesidad antes mencionada acota la libertad del depositante al no poder elegir libremente al depositario, pero esta circunstancia no le quita el carácter convencional al depósito. También es considerado depósito necesario el de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros.

En el ordenamiento del CC, los depósitos necesarios estaban sujetos al mismo régimen legal que los voluntarios (art. 2239 CC) con las siguientes excepciones:

1. Era válido el depósito hecho a personas adultas, aunque incapaces de hecho ("incapaces por derecho"), a pesar de no estar autorizadas a recibirlas por sus representantes legales (art. 2228 CC). En cambio, conforme la doctrina, no podían recibir depósitos necesarios los dementes y menores impúberes, por carecer de discernimiento. El incapaz que recibía el depósito era responsable por todas las consecuencias del depósito, aun cuando no contara con la autorización del representante legal.
2. Para acreditar el depósito necesario se admitía toda clase de prueba (art. 2238 CC), incluso la de testigos, porque se consideraba que las circunstancias en que se presumía hecho eran de tal naturaleza que no permitían al depositante munirse de prueba documental.

La norma actual nada dice al respecto.

ARTÍCULO 1369.- ***Depósito en hoteles.*** *El depósito en los hoteles tiene lugar por la introducción en ellos de los efectos de los viajeros, aunque no los entreguen expresamente al hotelero o sus dependientes y aunque aquéllos tengan las llaves de las habitaciones donde se hallen tales efectos.*

1. Introducción

El viajero inevitablemente tiene que dejar sus pertenencias en el mismo lugar donde se hospeda. Se considera a esta circunstancia un depósito necesario porque no tiene alternativa

de elección y está obligado a confiar en el personal del hotel que eligió para hospedarse, teniendo en cuenta las comodidades del establecimiento y el precio.

2. Interpretación

La norma dispone que el contrato de depósito necesario se perfecciona en el momento en el que el viajero introduce en el hotel sus efectos personales, aunque no se los haya entregado expresamente al hotelero o a sus empleados y aunque lleve consigo la llave de la habitación. Esto es así porque el viajero no se reserva la custodia de sus efectos personales y porque el hotelero tiene acceso a la habitación siempre.

No es necesario que la entrega de los efectos personales del viajero se realice dentro del ámbito del establecimiento, el contrato se verifica desde el momento en el que el huésped entrega sus cosas al empleado del hotel que lo espera en el aeropuerto, en la terminal de ferrocarril, en la parada de taxis, en la acera del hotel, etc., y las introduce el mismo empleado u otro distinto al hotel. En estos casos ya opera la transferencia de la guarda.

ARTÍCULO 1370.- ***Responsabilidad.*** *El hotelero responde al viajero por los daños y pérdidas sufridos en:*

a. *los efectos introducidos en el hotel;*
b. *el vehículo guardado en el establecimiento, en garajes u otros lugares adecuados puestos a disposición del viajero por el hotelero.*

1. Introducción

El hotelero responde por los daños y las pérdidas sufridas en todos los efectos introducidos en el establecimiento, inclusive de los vehículos dejados en las dependencias del hotel o en cualquier lugar adecuado puesto a disposición del viajero por el hotelero.

Son responsables todos los que proporcionan alojamiento en forma profesional, esto es: pensiones, posadas, albergues, etc. Además, se incluyen en la norma los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento, y otros establecimientos similares que prestan sus servicios a título oneroso.

2. Interpretación

La responsabilidad del hotelero surge tan pronto como las cosas han sido introducidas en el hotel, sea por sus empleados o por el propio viajero, y aún antes si las cosas fueron entregadas al empleado del hotel para que las introdujera.

La responsabilidad del hotelero es objetiva, nace con el daño causado a las cosas que integran las pertenencias del viajero introducidas en el establecimiento.

ARTÍCULO 1371.- ***Eximentes de responsabilidad.*** *El hotelero no responde si los daños o pérdidas son causados por caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera.*

Tampoco responde por las cosas dejadas en los vehículos de los viajeros.

1. Introducción

La regla general es que el hotelero, como todo depositario, se presume responsable de toda pérdida o daño sufrido en las cosas del viajero, a menos que demuestre que se ha originado en caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera.

2. Interpretación

El hotelero responde, ante todo, por sus propios hechos y los de sus dependientes, responde también por los hechos de terceros, sea otro viajero, un proveedor o cualquier persona extraña, pues el hecho no se hubiera producido si el hotelero hubiese cumplido cabalmente con su deber de seguridad y vigilancia.

ARTÍCULO 1372.- ***Cosas de valor.*** *El viajero que lleve consigo efectos de valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros debe hacerlo saber al hotelero y guardarlos en las cajas de seguridad que se encuentren a su disposición en el establecimiento.*

En este caso, la responsabilidad del hotelero se limita al valor declarado de los efectos depositados.

1. Introducción

Cuando se trata de objetos de gran valor —tales como joyas, títulos de créditos, sumas de dinero importantes, etc.— el viajero debe hacer saber al posadero que los tiene en su poder y debe también guardarlos en cajas de seguridad que se encuentren a su disposición en el hotel y declarar el valor de los efectos depositados; de no proceder así, el hotelero no responde por su pérdida.

2. Interpretación

El art. 1372 CCyC impone un límite a la responsabilidad del hotelero por la pérdida o daño sufrido en los objetos de valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros. Este límite está constreñido al valor declarado de los efectos depositados.

Asimismo, la norma impone al viajero un deber de colaboración con el hotelero para prevenir cualquier daño a sus efectos personales. Así, el viajero debe poner en conocimiento del hotelero la introducción en el establecimiento de cualquier cosa que tenga un valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros y debe, además, guardar esas cosas valiosas en una caja de seguridad que usualmente se encuentra en cada habitación.

ARTÍCULO 1373.- ***Negativa a recibir.*** *Si los efectos de los pasajeros son excesivamente valiosos en relación con la importancia del establecimiento, o su guarda causa molestias extraordinarias, los hoteleros pueden negarse a recibirlos.*

1. Introducción

Con base en la autonomía de la voluntad, la norma otorga al posadero la opción de negarse a recibir en depósito los efectos que sean excesivamente valiosos con relación a la importancia del establecimiento o, aquellos que su guarda le cause molestias extraordinarias.

2. Interpretación

En el contrato de depósito necesario, el hotelero depositario asume una responsabilidad objetiva que puede resultar muy gravosa para su negocio.

El art. 1373 CCyC le confiere al hotelero la facultad de negarse a recibir los objetos excesivamente valiosos con relación a la importancia o categoría de su establecimiento. Si la condición para que el hotelero pueda usar la opción es la relación directa entre el valor de los efectos del pasajero y la importancia de su establecimiento, se podría inferir que la norma excluye a los propietarios de hoteles de cinco o más estrellas pues no hay establecimientos hoteleros más importantes que los así calificados, por lo que no habría efectos personales de los pasajeros excesivamente valiosos para el estándar de esos hoteles.

Respecto de los efectos personales de los pasajeros cuya guarda causa molestias extraordinarias, podemos mencionar que muchos establecimientos hoteleros se niegan a recibir las mascotas de los pasajeros porque esos animales pueden causar molestias a los demás huéspedes del hotel y al propio hotelero, que es quien recibirá las quejas por las molestias ocasionadas.

Tenemos entonces que la pérdida o el daño sufridos en los efectos regulares que usualmente introducen los huéspedes en los hoteles generan en el hotelero una responsabilidad objetiva por la que debe responder.

Respecto de los efectos de valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros deben ser declarados por estos en el momento de introducirlos en el establecimiento hotelero y guardarlos en cajas de seguridad; si esos efectos personales se perdieran, el hotelero limita su responsabilidad al valor declarado de esos efectos.

Los efectos personales de los pasajeros excesivamente valiosos en relación con la importancia del establecimiento, o cuya guarda cause molestias extraordinarias, pueden los hoteleros negarse a recibirlos.

ARTÍCULO 1374.- ***Cláusulas que reducen la responsabilidad.*** *Excepto lo dispuesto en los artículos 1372 y 1373, toda cláusula que excluya o limite la responsabilidad del hotelero se tiene por no escrita.*

1. Introducción

Las cláusulas pactadas por las partes que excluyen o limitan la responsabilidad se tienen por no escritas siempre. No solamente en este contrato. Esta limitación a la autonomía de la voluntad de las partes es de orden público.

2. Interpretación

En el caso del contrato de depósito necesario en el ámbito del depósito en hoteles, las únicas cláusulas que limitan la responsabilidad del hotelero son las mencionadas en los arts. 1372 y 1373 CCyC. Es decir, que para que una cláusula de limitación de responsabilidad sea válida, debe tener origen legal y siempre se interpreta restrictivamente.

Ahora bien, en el caso del art. 1373 CCyC, no es precisamente una cláusula limitativa de la responsabilidad: esta norma ofrece al hotelero la opción de limitar el riesgo asumido a los

efectos personales ordinarios de los pasajeros, y lo faculta a rehusarse a recibir aquellos efectos excesivamente valiosos en relación con la importancia de su establecimiento. En ninguna parte de la redacción de este artículo se asoman límites a la responsabilidad del hotelero.

Es posible confrontar la limitación de la responsabilidad que la ley otorga al heredero en el art. 1366 CCyC, la cual solamente lo obliga a restituir al depositante el precio de venta de la cosa depositada y enajenada de buena fe, omitiendo la posible diferencia que pudiera existir entre el precio recibido y el precio real, y liberándolo de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al depositante, con la posición mucho más restrictiva que asume el Código respecto del hotelero, quien deberá indemnizar con el valor de los efectos perdidos declarado por el pasajero, según prescribe el art. 1372 CCyC.

ARTÍCULO 1375.- ***Establecimientos y locales asimilables.*** *Las normas de esta Sección se aplican a los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares que prestan sus servicios a título oneroso.*

La eximente prevista en la última frase del artículo 1371 no rige para los garajes, lugares y playas de estacionamiento que prestan sus servicios a título oneroso.

1. Introducción

El art 1375 CCyC extiende el ámbito de aplicación del régimen de la responsabilidad del contrato de depósito necesario a todo establecimiento que preste sus servicios a título oneroso.

2. Interpretación

Hay que aclarar que los establecimientos comprendidos en esta norma son aquellos en los que el depósito necesario es anexo a la actividad principal de los mismos. Los casos son similares al depósito necesario en los hoteles. Es decir, que el depósito de efectos personales de huéspedes, pacientes internados en hospitales y sanatorios, clientes o socios de las casas de salud y deporte, comensales, usuarios de vehículos y personas que concurren a otros establecimientos similares no constituye el negocio al que se dedican a título oneroso los establecimientos mencionados.

Por lo tanto, es indiferente que el depósito necesario lo sea a título gratuito, ya que generalmente este tipo de establecimientos tienen espacios dedicados a la guarda y custodia de los efectos personales y los ofrecen gratuitamente a modo de cortesía con sus clientes.

A toda esta clase de establecimientos, cuya mención en la norma lo es a título enunciativo, se extiende el régimen de la responsabilidad vigente para el contrato de depósito necesario.

Además, el art. 1375 CCyC anula la vigencia de la eximición prevista en el art. 1371 CCyC a favor del hotelero para los garajes, lugares y playas de estacionamiento que prestan sus servicios a título oneroso. Es decir, estos últimos responden también por las cosas dejadas en los vehículos.

SECCIÓN 4ª
Casas de depósito

ARTÍCULO 1376.- ***Responsabilidad.*** *Los propietarios de casas de depósito son responsables de la conservación de las cosas allí depositadas, excepto que prueben que la pérdida, la disminución o la avería ha derivado de la naturaleza de dichas cosas, de vicio propio de ellas o de los de su embalaje, o de caso fortuito externo a su actividad.*

La tasación de los daños se hace por peritos arbitradores.

1. Introducción

El art. 1376 CCyC regula el caso de la actividad profesional de la guarda y custodia realizada por los depositarios, conocidos en la doctrina también como "barraqueros" (art. 123 CCom. y concs.).

2. Interpretación

Al igual que un depositario que no explote comercialmente la actividad, los empresarios que hacen del depósito su profesión son responsables de la conservación e integridad de las cosas confiadas, excepto que las pérdidas, disminuciones o averías provengan de la naturaleza de los efectos confiados, de su vicio, de defectos de embalaje o de caso fortuito ajeno a la actividad, situaciones cuya prueba la ley pone en cabeza del empresario, por lo que el factor de atribución es objetivo.

En vistas a establecer el valor de reposición de los efectos afectados por los daños provenientes de las causas expresadas, se dirime la controversia por expertos arbitradores, facilitándose, así, la rapidez de la solución de la disputa sobre la cuantía de los daños.

ARTÍCULO 1377.- ***Deberes.*** *Los propietarios mencionados en el artículo 1376 deben:*

a. *dar recibo por las cosas que les son entregadas para su custodia, en el que se describa su naturaleza, calidad, peso, cantidad o medida;*
b. *permitir la inspección de las cosas recibidas en depósito al depositante y a quien éste indique.*

1. Introducción

En resguardo de depositante y depositario, al recibir en depósito un efecto, el empresario deberá documentar con exactitud los bienes dados en custodia, con descripción detallada de naturaleza, calidad, peso, cantidad o medida, con el objeto de restituir la misma cosa depositada y, a la par, para no ser reclamado por el depositante con relación a los extremos descriptos.

2. Interpretación

El contrato de depósito obliga al depositante a restituir la misma cosa depositada, además de conservarla en las condiciones en que fuere recibida, con excepción natural de los eventuales deterioros que pudieren producirse por el paso del tiempo.

El art. 1377 CCyC dispone que el depositario profesional debe dar recibo en el que se documente con exactitud los bienes depositados; con esta previsión el depositante podrá controlar en el momento de la restitución que los bienes recibidos coincidan con los bienes depositados.

El inc. b de la norma obliga al depositario a conceder al depositante la posibilidad de inspeccionar, por sí o por tercero en su nombre, el estado en que se encuentran las cosas depositadas. El depositario no puede restringir el ingreso del depositante al local donde se encuentren depositados sus bienes.

CAPÍTULO 12(*)
Contratos bancarios

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

Parágrafo 1°
Transparencia de las condiciones contractuales

ARTÍCULO 1378.- ***Aplicación.*** *Las disposiciones relativas a los contratos bancarios previstas en este Capítulo se aplican a los celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable.*

1. Introducción

El sistema financiero estructura gran parte de las actividades de una economía de mercado. El desarrollo tecnológico de las últimas décadas posibilitó a las entidades bancarias abarcar un número constantemente creciente de usuarios; su penetración alcanza a todos los sectores de la economía formal, aún a grupos no bancarizados tiempo atrás, como los de los asalariados y los jubilados. Se suma a ello que la expansión de la sociedad de consumo lleva a que determinadas operaciones bancarias, como las de crédito, pasen a tener un rol importante en la planificación de las economías personales y familiares. Tales factores ponen de manifiesto la importancia de una regulación clara en la materia, así como de políticas de Estado que posibiliten a las personas confiar en las entidades financieras.

Las entidades financieras realizan numerosas operaciones, que exceden las contenidas en este capítulo (por ejemplo: tarjeta de crédito, *leasing*, fideicomiso, etc.). Pero la creación de un subsistema normativo específico para la materia, que se realiza en este Código, constituye un importante avance para la adecuada regulación y protección de los derechos de las personas que transitan por el amplio territorio de la actividad social, jurídica y económica de las operaciones bancarias.

De ello se trata en los artículos que conforman este capítulo en el que se asigna un rol importante a las determinaciones efectuadas por el Banco Central de la República Argentina, autoridad monetaria y de dirección y superintendencia del sistema financiero que, entre otras funciones, tiene asignadas las de regular el funcionamiento del sistema financiero y aplicar la Ley de Entidades Financieras; regular la cantidad de dinero y las tasas

(*) Comentarios a los arts. 1378 a 1428 elaborados por Gustavo Caramelo.

de interés; y regular y orientar el crédito y proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros y a la defensa de la competencia (art. 4°, incs. a, b y h: de la ley 24.144, Carta Orgánica del BCRA). De hecho, como se verá, la determinación de cuáles son las entidades financieras con capacidad legal para concluir contratos bancarios regulados en este capítulo del Código es cuestión sujeta a la decisión de esa entidad de derecho público, en una suerte de delegación normativa por la que se traslada a un órgano del Estado la delimitación del ámbito de aplicación de la ley común.

La actual Ley 21.526 de Entidades Financieras, identifica a la actividad bancaria como el conjunto de operaciones y relaciones jurídicas que se constituyen, transforman o extinguen en el mercado 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. Esas operaciones a las que alude la norma son, desde del punto de vista jurídico, contratos. Y, si bien el objeto principal de la actividad bancaria se vincula con operaciones monetarias, hoy las entidades financieras realizan una diversidad de negocios que exceden ese territorio originario del mercado en el que actuaban y es así que habitualmente celebran contratos como los de tarjeta de crédito, *leasing* o fideicomiso.

Dada la incidencia que hoy tiene la actividad bancaria en operaciones cotidianas de las personas, destinadas a cubrir necesidades de los grupos familiares o sociales y de los consumidores en general, las categorías, conceptos y tipos contractuales propios de aquella se han visto atravesados por las normas protectorias del derecho del consumo, lo que ha sido claramente recogido en este Código. Tal como en el mercado existe una segmentación entre la producción y el consumo, la subclasificación de los contratos bancarios distingue entre contratos de cartera comercial y de cartera de consumo.

El capítulo dedicado a los contratos bancarios se presenta como un subsistema normativo dentro del CCyC; con una parte general, regulación específica de los supuestos en los que los contratos celebrados corresponden a relaciones de consumo y, finalmente, con la tipificación de diversos contratos:

1. depósito bancario;
2. cuenta corriente bancaria;
3. préstamo y descuento bancario;
4. apertura de crédito;
5. servicio de caja de seguridad; y
6. custodia de títulos.

Sistematiza, así, una teoría general del contrato bancario, coherente con las categorías generales del CCyC, en el que se admite la distinción entre los contratos de consumo y los que no lo son.

El primer parágrafo de la sección dedicada a las disposiciones generales de los contratos bancarios se titula "Transparencia de las condiciones contractuales", lo que pone en claro cuál es la finalidad perseguida con esta regulación, que abarca aspectos relativos a la publicidad, a la forma, al contenido, a la información periódica que debe entregarse al cliente y a la rescisión contractual. La transparencia de las condiciones contractuales es un principio de actuación necesario para evitar errores, pues permite que los clientes bancarios conozcan las características y condiciones contractuales ofertadas por los distintos

operadores del mercado, para poder así ejercer en la mayor medida posible su libertad contractual.

2. Interpretación

El artículo define el ámbito de aplicación de las normas que integran la regulación de los contratos bancarios, que alcanza a los celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras y también los concluidos con las personas y entidades públicas y privadas a las que el BCRA disponga la aplicación de esa legislación, aunque no se encuentren expresamente comprendidas en ella. El criterio empleado para definir el alcance de la normativa es, pues, subjetivo.

De tal modo, serán contratos bancarios todos aquellos realizados por personas a las que se aplique la normativa sobre regulación de entidades financieras (ej. bancos comerciales; de inversión; hipotecarios; compañías financieras; sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles y cajas de crédito, de acuerdo a lo establecido en el art. 2 de la ley 21.526), según lo determine el BCRA. Esto permite establecer que las reglas de esta sección se emplean, en principio y sin perjuicio de la ampliación de su alcance por la autoridad de 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 la demanda de recursos financieros, como lo enuncia el art. 1° de la ley que rige en ese sector del mercado.

La delimitación del área de los contratos que habrán de quedar comprendidos en esta regulación dependerá entonces, en gran medida, de las disposiciones que la autoridad del sistema financiero argentino adopte con relación a los sujetos incluidos en aquellas.

ARTÍCULO 1379.- ***Publicidad.*** *La publicidad, la propuesta y la documentación contractual deben indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial, de acuerdo a la clasificación que realiza el Banco Central de la República Argentina. Esa calificación no prevalece sobre la que surge del contrato, ni de la decisión judicial, conforme a las normas de este Código.*

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.

1. Introducción

En cuanto a la distinción de las operaciones según el tipo de cartera, el art. 1379 CCyC exige a las entidades financieras que, tanto en la publicidad que efectúen, como en la propuesta negocial y documentación que empleen para concretar operaciones con sus clientes, indiquen con precisión si la operación que se propone o realiza corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial, en orden a lo ya explicado en el comentario al art. 1378 CCyC. Ello responde a la división clara que existe entre contratos paritarios y de consumo de la que da cuenta todo el sistema del CCyC, un rasgo característico de su matriz conceptual, particularmente importante en este tipo de contratos, en los que se prevé un subrégimen específico para los que se encuadran como de consumo.

A partir de esta estipulación, los bancos y demás entidades financieras comprendidas entre los sujetos alcanzados por la regulación, según lo que surge del artículo anterior,

deberán efectuar una clara distinción respecto de la cartera a la que atribuyen el contrato por el que se estructura jurídicamente una determinada operación.

Las entidades financieras, en especial los bancos, realizan amplias y penetrantes campañas de publicidad que operan sobre las expectativas, anhelos y necesidades de quienes podrán ser sus clientes y ello se produce en un contexto donde las personas están rodeadas por otras campañas publicitarias, de diversa índole, que los instan a consumir productos costosos, que probablemente solo pueden adquirir por medio de financiación. Ambos factores se entrecruzan y determinan que a menudo las personas queden expuestas a situaciones complejas desde el punto de vista de la posibilidad concreta de cumplimiento de sus obligaciones, cubiertas de deudas. Es por ello que resulta necesario asegurar que, al tiempo de concluir una contratación bancaria, cuenten con información clara y precisa sobre los términos de las obligaciones que asumen.

Ambas variables contempladas en la norma —determinación de la cartera a la que corresponde la operación y contenido de la publicidad— deben considerarse reglas de orden público protectorio, indisponibles para las partes contratantes.

2. Interpretación

2.1. La publicidad en la actividad bancaria

La parte general del subsistema normativo dedicado en el CCyC a los contratos bancarios da cuenta de una preocupación seria por lograr razonables niveles de transparencia en la operación desarrollada por las entidades financieras por medio de los distintos contratos que llevan a cabo con sus clientes.

Los futuros clientes de una entidad bancaria suelen entrar en contacto con ella por medio de la publicidad que realiza de sus productos financieros. Una tasa de interés más conveniente o mayores facilidades para la obtención de crédito, suelen ser factores que conducen a que las personas opten por una determinada entidad en lugar de otra. Pero la publicidad puede diferir de los términos finalmente escritos en los formularios de adhesión empleados para el perfeccionamiento de las operaciones contratadas y de allí la necesidad de exigir claridad y de conferir a esa publicidad fuerza integradora de los términos del contrato.

La norma toma una clasificación de las operaciones bancarias establecida por el BCRA por vía de las comunicaciones "A" 2729 y "A" 2950, al tiempo de la creación de la "central de deudores del sistema financiero", por la que se efectúa una distinción entre las de cartera comercial y las de cartera de consumo. Cabe entender que las primeras responden a una estructura negocial paritaria, cuya finalidad es cubrir necesidades propias del giro comercial; mientras que las segundas están destinadas a poner a disposición de los clientes, personas humanas o jurídicas, sumas de dinero destinadas a su consumo personal o del grupo familiar o social que integran, por lo que comprenden 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, entre otras. En principio, será comercial todo lo que no sea calificado como de consumo y vivienda. Pero el BCRA efectúa también una calificación que atiende a los montos comprendidos en la operación, por lo que puede que se identifique como comercial una operación de consumo que supere el monto que periódicamente se fija a los efectos de tal discriminación; aunque ello no es razonable, pues lo relevante es la naturaleza sustancial del destino de las sumas comprendidas en el negocio jurídico.

Dada la diferencia de régimen de uno y otro tipo de operaciones, se exige que la publicidad que efectúe una entidad financiera, la propuesta que formule en concreto a una persona determinada y la documentación que se emplee para la celebración de un contrato, indiquen en forma precisa y destacada a cuál de las carteras corresponde la operación. No obstante, se mantiene el criterio general de estar a lo que efectivamente sea la relación sustantiva entre los contratantes, por lo que el encuadre de la operación que haga el banco no prevalece sobre la realidad del contrato o lo que se disponga en sede judicial al respecto. Este aspecto es de especial importancia dado que, para el caso de sujetar la entidad proveedora una operación de consumo a las pautas de las operaciones comerciales, ello no obstará a que se apliquen las reglas generales, de la Ley de Defensa del Consumidor, y especiales, del parágrafo segundo de este capítulo, soslayando la calificación bancaria.

Lo dispuesto en este artículo debe combinarse con lo establecido en el art. 19 de la Ley de Entidades Financieras, que regula lo relativo a la denominación a emplear por las entidades en su publicidad, para evitar dudas en los posibles clientes.

2.2. Los contenidos específicos a precisar

En el artículo se exige a los bancos informar en sus anuncios, en forma clara, cuál es la tasa de interés y cuáles son los gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos.

La importancia de tal información está dada porque determina el costo que la contratación del servicio efectivamente tendrá para el cliente, quien tiene que tener la posibilidad de evaluar las distintas variables que influirán en el contenido final de la contraprestación a su cargo. En efecto, a menudo una tasa de interés más baja en algún punto que la ofrecida por otra entidad financiera va acompañada de un mayor cálculo de gastos o de pagos de comisiones que determinan que la erogación final a cargo del cliente sea superior a la que tendría que pagar de contratar en otro banco. De tal modo, esa información es necesaria para que la persona pueda tener la posibilidad de adoptar la mejor decisión para sus intereses, con el mayor grado de autonomía posible, que solo se logra cuando opera un discernimiento basado en información acertada.

ARTÍCULO 1380.- ***Forma.*** ***Los contratos deben instrumentarse por escrito, conforme a los medios regulados por este Código. El cliente tiene derecho a que se le entregue un ejemplar.***

1. Introducción

En la base de un conocimiento concreto de los términos de los contratos celebrados con entidades financieras, se encuentra la posibilidad de alcanzar un conocimiento efectivo, concreto del contenido, lo que solo puede lograrse si la persona tiene realmente posibilidad de acceder al contenido de sus estipulaciones, pudiendo analizarlas con tranquilidad y detenimiento. Lo establecido en este artículo, norma de orden público protectorio, apunta a ello.

2. Interpretación

Se impone a los contratos bancarios la forma escrita, establecida a los efectos probatorios y para asegurar que el cliente pueda contar con un documento que le permita verificar en

cualquier momento el contenido obligacional del contrato y, muy especialmente, aquello a lo que se encuentra efectivamente obligado.

Se establece el derecho del cliente a que se le entregue un ejemplar; lo que conlleva, claro está, una obligación de la entidad financiera en tal sentido: es ella, como proveedor de bienes y servicios, la que tiene la obligación principal de adoptar las medidas necesarias para el respeto de este requerimiento, cuyo cumplimiento deberá probar en caso de negativa.

Dado que la norma alude a la entrega de un ejemplar, es claro que no basta con que la entidad financiera indique al cliente una dirección de Internet en la que podrá encontrar los términos del contrato, sino que es necesario que le facilite un ejemplar de este, en soporte idóneo para su acceso y consulta.

Tal requerimiento tiene por finalidad asegurar que quien contrata con una entidad financiera pueda tener a mano el contenido de las estipulaciones contractuales, para consultarlo, estudiarlo y, eventualmente, formular reclamos o ejercer sus derechos, lo que es de gran importancia en este tipo de relaciones jurídicas habitualmente establecidas por medio de contratos por adhesión a cláusulas predispuestas no siempre fáciles de comprender por las personas que necesitan de los servicios de las entidades que las elaboran.

La imposición de la forma escrita no se proyecta a los registros contables de las operaciones desarrolladas en la ejecución del contrato, las que pueden asentarse en medios mecánicos o electrónicos, como lo dispone el art. 1396 CCyC para la cuenta corriente bancaria.

ARTÍCULO 1381.- ***Contenido.*** *El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente. Si no determina la tasa de interés, es aplicable la nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina a la fecha del desembolso o de la imposición.*

Las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de las tasas de interés y de otros precios y condiciones contractuales se tienen por no escritas.

1. Introducción

Uno de los medios idóneos para morigerar las asimetrías, habitualmente existentes entre las partes en contratos de provisión de servicios financieros, consiste en la imposición a la entidad bancaria o asimilada, de la obligación de proporcionar información clara sobre aspectos relevantes de sus operaciones.

La tasa de interés resulta el precio del dinero, el costo del empleo de un capital ajeno y, naturalmente, incide en el costo final que para el cliente va a tener una determinada contratación pero, como ya se explicó en el comentario al art. 1379 CCyC, no es el único factor a tener en consideración al tiempo de evaluar qué propuesta de mercado conviene más a quien necesita o desea realizar un contrato bancario. Los gastos y comisiones, otros precios o condiciones económicas, suelen tener una incidencia considerable en los costos finales de una operación, por lo que la información relativa a ellos debe estar a disposición del eventual cliente, para que pueda hacer una comparación general de las condiciones de plaza.

2. Interpretación

2.1. Determinación de la tasa de interés

2.1.1. Determinación expresa

Los contratos bancarios se formulan habitualmente por el procedimiento de adhesión a cláusulas predispuestas (arts. 984 a 989 CCyC), por lo que la decisión sobre el sistema de cálculo de intereses y las tasas a aplicar suele estar del lado de la entidad financiera. No obstante, dependiendo del cliente, pueden darse casos en los que tal determinación sea producto de una negociación razonable.

Lo habitual es que en el contrato se establezca la tasa de interés o criterios objetivos para su determinación, que permiten ajustar la operación económica a tasas variables, según las condiciones de mercado.

2.1.2. Determinación de la tasa de interés por vía supletoria

Pero, para los casos en los que no se hubiera determinado la tasa de interés a aplicar, en el artículo se establece una regla supletoria, de integración del contenido contractual (art. 964 CCyC), según la cual deberá computarse la tasa nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema, publicadas por el BCRA a la fecha del desembolso o de la imposición.

La norma reafirma el rol de dicha entidad como ordenadora y direccionadora de la actividad financiera del mercado.

Con relación a los conceptos empleados, cabe aclarar que la tasa nominal es la enunciada como de aplicación para la operación de la que se trate, en un período determinado, generalmente anual. Con base en ella y en otras variables, como lo previsto en materia de capitalización, se podrá establecer la tasa efectiva que el cliente de la entidad financiera pagará en un determinado plazo.

Una operación activa es aquella en la que el banco provee recursos financieros a un cliente; por ejemplo, cuando le presta dinero, por lo que le cobra una determinada tasa de interés, conocida como tasa activa. Una operación pasiva es aquella en la que el banco recibe dinero de depositantes o inversores, a quienes, por ello, paga una tasa de interés denominada pasiva. En la esencia del negocio bancario se encuentra que la tasa activa sea superior a la pasiva, quedando la diferencia —denominada *spread*— como ingreso para el banco por la intermediación de recursos financieros.

Cuando se trata de operaciones financieras o de crédito para el consumo, deben también incorporarse los recaudos exigidos en el art. 36 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, modificada por la ley 26.993.

2.2. Determinación de otros costos o erogaciones

El artículo exige que en el contrato se especifique la tasa de interés, convenida o determinada por vía supletoria, según los casos, y cualquier precio, gasto o comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente.

Los contratos bancarios son de carácter oneroso y para que el cliente pueda evaluar adecuadamente la onerosidad de la operación es necesario que se le provea toda la información relevante, que incluye las distintas variables de erogaciones a su cargo. Es

que, como ya se señaló en el comentario al art. 1379 CCyC, comparando las propuestas efectuadas por distintas entidades financieras autorizadas a operar en el mercado, una persona puede encontrarse con que una de ellas requiere el pago de una tasa de interés menor por operaciones activas, sin advertir que esa contratación puede resultar más onerosa en razón de los mayores gastos o comisiones previstos en el contrato. Es por ello que, en consonancia con los requerimientos de transparencia, evidentes en todo este tramo del Código, se exige la publicidad de todos los factores de incidencia relevante en la composición del costo final de la operación para quien contrata con una entidad financiera.

Las pautas para la determinación deben ser suficientemente precisas como para que las partes, en especial el cliente, puedan establecer cuál es la tasa que corresponde aplicar a cada tramo de la relación jurídica establecida y a ello apunta la invalidación de las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de las tasas y otros precios y condiciones, las que se tienen por no escritas, según se establece en la regla imperativa, de orden público, enunciada en el segundo párrafo de este artículo.

> **ARTÍCULO 1382.-** ***Información periódica.*** *El banco debe comunicar en forma clara, escrita o por medios electrónicos previamente aceptados por el cliente, al menos una vez al año, el desenvolvimiento de las operaciones correspondientes a contratos de plazo indeterminado o de plazo mayor a un año. Transcurridos sesenta días contados a partir de la recepción de la comunicación, la falta de oposición escrita por parte del cliente se entiende como aceptación de las operaciones informadas, sin perjuicio de las acciones previstas en los contratos de consumo. Igual regla se aplica a la finalización de todo contrato que prevea plazos para el cumplimiento.*

1. Introducción

Las características de la operación de las entidades financieras —que, a menudo, son las que tienen bajo su control el dinero de los ahorristas y los registros de información sobre las operaciones que realizan— determinan la necesidad de imponer un régimen de información periódica que posibilite a los clientes controlar los movimientos e imputaciones considerados en un período determinado, con posibilidad legal de observarlos.

Se organiza un régimen dinámico de información sobre el desarrollo de las operaciones. Se trata de una previsión basada en la buena fe y en la búsqueda de transparencia de las condiciones de operación de las entidades financieras, en la que claramente se enroló el CCyC.

2. Interpretación

2.1. Régimen de información en los contratos de larga duración

En los contratos en los que el plazo es indeterminado o mayor a un año, el banco tiene el deber de mantener informados a sus clientes sobre las imputaciones de las operaciones realizadas. Debe para ello enviarles comunicaciones por escrito en papel o por medios electrónicos —correo electrónicos o mensajes a teléfonos celulares, en tanto esta última opción haya sido aceptada por el cliente—, con razonable posibilidad de evaluación sobre sus alcances —su imposición puede configurar cláusula abusiva—, en las que se detallen las operaciones realizadas y cómo han sido ellas consideradas por la entidad financiera en cuanto a su imputación.

Ese resumen informativo debe ser remitido al cliente en forma periódica, según los plazos estipulados en el contrato, que —en ningún caso— pueden superar el de un año.

2.2. Régimen de información en contratos con plazos de vencimiento inferiores a un año

En la parte final del artículo se dice que el régimen de información y control de ella por el cliente establecido en la norma se aplica también a "*la finalización de todo contrato que prevea plazos para el cumplimiento*", que son los que tienen por término el de un plazo inferior a un año, pues los superiores a ese lapso fueron ya mencionados en la parte inicial del artículo.

2.3. Procedimiento para la provisión y el control de la información

Tras la recepción de la comunicación por el cliente (el de la recepción es el criterio predominante para la determinación del momento en que los actos comienzan a producir efectos en materia contractual), este cuenta con sesenta días para formular oposición escrita con relación a las operaciones informadas. Si nada dice, el silencio tiene el valor jurídico de aceptación, pues se trata de un caso en el que hay obligación legal de manifestarse en caso de discrepancia (arts. 263, 1065, inc. 2, y 1067 CCyC).

Es claro que tal oposición resulta presupuesto básico para la posterior revisión de la imputación por el banco y también para, en caso de persistir este en la atribución originaria, el inicio de acciones administrativas o judiciales del cliente contra la entidad financiera, según si las normas de defensa del consumidor son aplicables a la relación jurídica de la que se trate, entre las que se encuentra la ley 26.993 que estableció el Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo.

La oposición deberá ser remitida a la entidad financiera por los canales establecidos en el contrato y, si no, por los que faciliten de mejor modo la formulación de objeciones por parte del cliente, a quien debe darse constancia de la recepción del planteo formulado. No pueden exigirse fórmulas sacramentales ni recaudos formales que de algún modo dificulten al impugnante su planteo. Durante el lapso de evaluación de los cuestionamientos, la entidad financiera no debe dificultar las operaciones realizadas por el cliente, lo que guarda lógica sistémica con lo dispuesto en el Capítulo X de la Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito.

ARTÍCULO 1383.- ***Rescisión.*** ***El cliente tiene derecho, en cualquier momento, a rescindir un contrato por tiempo indeterminado sin penalidad ni gastos, excepto los devengados antes del ejercicio de este derecho.***

1. Introducción

Los contratos de larga duración suelen generar relaciones de cautividad y, a menudo, ocurre que las entidades financieras procuran mantener una cartera de clientes que asegure un determinado flujo mínimo de operaciones, pues ello incide en la porción del dinero con el que cuentan para responder a eventuales requerimientos de los clientes; estos factores coadyuvan a que no siempre sea sencilla la efectiva desvinculación de un cliente que ya no quiere operar con una determinada entidad.

Dada tal situación, el CCyC establece con claridad la vía rescisoria como un canal de salida de un vínculo que, por las razones que fuera, no resulta ya de interés para el cliente.

2. Interpretación

Los contratos por tiempo indeterminado son excepcionales en la actividad bancaria y prácticamente se reducen a los supuestos de cuenta corriente y de apertura de crédito.

En el artículo se establece el derecho del cliente de rescindir esos vínculos negociales sin costo alguno o penalidad derivados de tal circunstancia. El enunciado de la norma permite concluir que solo es el cliente quien cuenta con tal posibilidad legal de rescisión unilateral del vínculo contractual, no así la entidad financiera; la que sí podrá resolver el contrato por incumplimiento de las obligaciones a cargo del cliente.

La rescisión opera de pleno derecho desde la comunicación a la entidad financiera (art. 1078, inc. f, CCyC), la que tendrá posibilidad de oponerse a la extinción del vínculo en tanto el cliente no pague las sumas que pueda adeudar por conceptos devengados con anterioridad a la recepción por la entidad financiera de la manifestación de voluntad rescisoria (art. 1078, inc. c, CCyC). Nada obsta, sin embargo, a que el banco proceda a cerrar la cuenta y a exigir el pago al deudor por separado (art. 1078, inc. h, y 1080 CCyC).

Si son varios los cotitulares de una cuenta, todos ellos deberán formular una declaración de voluntad en similar sentido (art. 1078, inc. a, CCyC).

Parágrafo 2°

Contratos bancarios con consumidores y usuarios

ARTÍCULO 1384.- ***Aplicación.*** ***Las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093.***

1. Introducción

En la regulación de los contratos en este Código se ha fragmentado el tipo general de los contratos, distinguiendo los que son fruto de la negociación de las partes en condiciones razonables de igualdad —llamados paritarios— de los contratos de consumo.

Esa fragmentación proyecta sus efectos en diversos tipos contractuales, entre ellos los de los contratos bancarios.

2. Interpretación

De acuerdo a lo establecido en este artículo, las disposiciones relativas a los contratos de consumo, regulados en el Título III del Libro Tercero de este Código (arts. 1092 a 1122 CCyC) se aplican a los contratos bancarios cuando ellos sean celebrados por un consumidor o usuario final, con la finalidad de adquirir, usar o gozar bienes o servicios para su uso privado, familiar o social, según lo dispone el art. 1093 CCyC, al que remite la norma.

En razón de ello, no puede sostenerse que todos los contratos bancarios deban recibir el tratamiento de los contratos de consumo, pues no es tal el celebrado por una empresa para obtener crédito para la compra de insumos destinados a la producción o para el pago de obligaciones inherentes a su giro comercial habitual y sí lo es el correspondiente al préstamo obtenido por un integrante de un grupo familiar para la compra o refacción de su vivienda.

Un gran número de contratos bancarios celebrados a diario en la plaza argentina son, por lo expuesto, contratos de consumo.

ARTÍCULO 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.*

1. Introducción

El CCyC adopta criterios de transparencia para las operaciones bancarias, exigencia que se incrementa en el caso de los contratos bancarios de consumo en razón de la presunción de desventaja en la que se encuentran los consumidores frente a la entidad financiera.

Lo dispuesto en este artículo en materia de publicidad apunta a asegurar un conjunto de datos relevantes que hacen al mínimo razonable adecuado para que el consumidor —que, sin perjuicio de la destreza especial que pueda verificarse en algún caso concreto, debe ser pensado, según un estándar medio, como una persona inexperta en cuestiones financieras— cuente con la información necesaria para discernir y decidir entre diversas alternativas negociales formuladas por distintas entidades que publiciten sus productos financieros en plaza.

2. Interpretación

La norma atiende a los anuncios que las entidades financieras realizan al público general y a la carga informativa ya establecida en el art. 1379 CCyC para los contratos paritarios, agrega determinadas exigencias específicas, claramente destinadas a agregar claridad a la información suministrada a personas que, cabe presumir, carecen de formación específica para la comprensión de las complejidades que pueden darse en una propuesta de negocio financiero.

Por ello, para asegurar tal claridad y comprensión y que la información sea adecuada al nivel de formación y asimilación conceptual de la franja más amplia de población posible, se impone a los bancos que incorporen a su difusión un ejemplo representativo de su propuesta; por ejemplo, en el caso de un préstamo, deberá indicarse, según un monto dado, la suma a pagar por cada cuota, junto con los restantes parámetros requeridos en los distintos incisos de la norma, que obligan a publicitar:

a. Los montos mínimos y máximos de las operaciones individualmente consideradas. Este requisito resulta importante, pues puede que el potencial cliente necesite contar con un préstamo que exceda el máximo que la entidad está dispuesta a facilitar en las operaciones que difunde.

b. La tasa de interés, aclarando si es fija o variable. Se trata del interés nominal y la aclaración sobre la eventual variabilidad de la tasa, relevante para la ponderación del riesgo por parte del interesado; pues es claro que, mientras que la tasa fija permite prever los costos futuros con certeza, la variable introduce un componente de incertidumbre, ya que sujeta la evolución futura de la relación jurídica a circunstancias vinculadas con el comportamiento de las variables económicas de plaza, que pueden favorecer o perjudicar al contratante.

c. Las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación. Esta información es de gran importancia para una adecuada evaluación de los costos a afrontar por el cliente, los que —como ya se dijo en los comentarios a los arts. 1379 y 1381 CCyC— no dependen únicamente de la tasa de interés fijada, sino que se integran con estas variables que pueden llegar a variar de un banco a otro, lo que tiene que poder ser comparado por un consumidor diligente.

d. El costo financiero total en las operaciones de crédito. Se trata de la sumatoria de los intereses, gastos y comisiones a abonar al término de un período determinado. El cálculo del CFT permite al consumidor comparar directamente distintas alternativas negociales del mercado, de allí su importancia. Se expresa en forma de tasa efectiva anual.

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. A menudo los bancos requieren, para el otorgamiento de un crédito, la apertura de una cuenta en la que habrá de ser depositada la suma objeto de la operación y de la que se descontarán periódicamente las sumas correspondientes al pago de los servicios del crédito; de proceder de tal modo, debe indicarse claramente en la información que la entidad proporciona a eventuales clientes el costo de esa o cualquier otra operación conexa, como puede ser la contratación de un seguro para el caso de muerte o incapacidad del obligado.

f. La duración propuesta del contrato. El tiempo por el que se extenderá la relación jurídica es uno de los factores de mayor relevancia al celebrar un contrato, pues se vincula directamente con la proyección de riesgos que el sujeto está dispuesto a asumir. En materia bancaria puede haber determinados contratos por tiempo indeterminado, como suele ser el de cuenta corriente bancaria, pero por lo general, un mayor lapso para la devolución de una suma de dinero prestada por el banco conlleva un encarecimiento final de la operación para el cliente, quien debe poder evaluar la relación costo/beneficio según las distintas alternativas negociales que se le presenten.

Cabe señalar que, en razón de lo establecido en el art. 1103 CCyC, las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al proveedor.

ARTÍCULO 1386.- ***Forma.*** *El contrato debe ser redactado por escrito en instrumentos que permitan al consumidor:*

a. *obtener una copia;*
b. *conservar la información que le sea entregada por el banco;*
c. *acceder a la información por un período de tiempo adecuado a la naturaleza del contrato;*
d. *reproducir la información archivada.*

1. Introducción

El acceso a información suficiente, comprensible, clara, en definitiva adecuada, sobre el contenido normativo del contrato es un derecho básico del consumidor, indisponible para las partes, pues ha sido establecido en función del orden público protectorio que vertebra la materia.

2. Interpretación

Se impone para los contratos bancarios la expresión escrita (art. 286 CCyC); lo que importa que sus estipulaciones deban ser enunciadas en un documento del que surjan con claridad los derechos y obligaciones de las partes, el plan prestacional y todos los requisitos establecidos en los distintos artículos de este Capítulo del Código.

De acuerdo a lo establecido en el art. 286 CCyC, los soportes en los que se asiente dicha expresión escrita pueden ser instrumentos públicos (que serán los empleados por el banco, por ejemplo, cuando otorgue un préstamo con garantía hipotecaria); instrumentos particulares firmados o no firmados (a menudo, en la papelería bancaria se emplean imágenes digitalizadas de las firmas de las autoridades de la entidad, sin que ello satisfaga las exigencias establecidas en el art. 288 CCyC, que sí admite la firma digital regulada por la ley 25.506) o cualquier otro medio en el que el contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Entendemos que, de acuerdo a lo establecido en este artículo, el contrato puede ser redactado en escritura pública o en instrumento privado, según las particularidades de su objeto, y la regulación a la que él alude en sus disposiciones, ser facilitada al consumidor en un disco o una unidad de memoria, o por medio de un vínculo informático, que le permita copiar su contenido y reproducirlo cuando le plazca o lo necesite.

Naturalmente, la misma forma observada para la celebración del contrato deberá ser empleada para sus modificaciones, salvo que ellas se refieran a estipulaciones accesorias o secundarias o que exista disposición legal que dispense de ello (art. 1016 CCyC), cuestión relevante cuando se trata de contratos celebrados en escritura pública.

ARTÍCULO 1387.- ***Obligaciones precontractuales.*** ***Antes de vincular contractualmente al consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina.***

Si el banco rechaza una solicitud de crédito por la información negativa registrada en una base de datos, debe informar al consumidor en forma inmediata y gratuita el resultado de la consulta y la fuente de donde la obtuvo.

1. Introducción

Si bien es claro que la información cuya difusión se impone a los bancos en el art. 1385 CCyC está destinada a facilitar al consumidor comparar las distintas posibilidades negociales que el mercado le ofrece, en el art. 1387 CCyC se establece ese objetivo del legislador con palmaria claridad.

Asimismo, se establecen obligaciones de la entidad financiera con relación al manejo de información negativa sobre su situación, proveniente de una base de datos, en caso de haber sido ella tenida en cuenta para el rechazo de una solicitud de contratación, disposición destinada a posibilitar al sujeto el ejercicio de las acciones que pudieran resultar pertinentes para la protección de sus datos personales (ley 25.326).

2. Interpretación

2.1. Información debida en etapa precontractual

El banco tiene la obligación legal de poner a disposición del consumidor la información necesaria suficiente para que pueda comparar las distintas ofertas de crédito del sistema, las que deberán ser proporcionadas al BCRA para que pueda publicarlas de forma tal de facilitar a los interesados el cotejo.

La información que deberá proporcionarse será la exigida en el art. 1385 CCyC, en materia de publicidad.

La provisión de información clara y con ejemplos representativos posibilita, a quienes están evaluando contratar la solicitud de un crédito, ejercer adecuadamente su autonomía al tiempo de decidir si contratan o no y en qué términos, ello dentro del acotado marco de ejercicio de la libertad contractual que determinan los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas.

2.2. Deber de informar sobre causas de negativa de un crédito

Cuando una persona formula una propuesta de contratación de un crédito ofrecido por un banco —cabe recordar que, por tratarse de contratos establecidos a partir de ofertas dirigidas a personas indeterminadas, se considera que la entidad financiera realiza una invitación a ofertar y es el futuro cliente quien concreta una oferta finalmente aceptada o no por el banco (art. 973 CCyC)—, el banco realiza una evaluación de la solvencia y posibilidades de pago del interesado, para lo que a menudo consulta bases de datos públicas, como la del BCRA, o privadas, de empresas que comercializan la provisión de datos para evaluación de riesgo crediticio. La norma establece que, si en razón de alguna de esas informaciones, la entidad financiera decide rechazar la solicitud de crédito, debe poner tal circunstancia en conocimiento del pretendiente, en forma inmediata, sin costo alguno, haciéndole saber el contenido de la información considerada e identificando a la fuente de la que obtuvo ese dato.

La imposición legal se establece en razón del derecho a la información de todo titular de datos personales, para facilitarle el acceso y así posibilitar que, de resultar alguno de los datos considerados erróneo o inexacto, el afectado pueda ejercer las acciones destinadas a obtener la rectificación, actualización o supresión de los datos, de acuerdo a lo previsto en el art. 16 de la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales.

ARTÍCULO 1388.- ***Contenido.*** ***Sin perjuicio de las condiciones establecidas para los contratos bancarios en general, ninguna suma puede ser exigida al consumidor si no se encuentra expresamente prevista en el contrato.***

En ningún caso pueden cargarse comisiones o costos por servicios no prestados efectivamente.

Las cláusulas relativas a costos a cargo del consumidor que no están incluidas o que están incluidas incorrectamente en el costo financiero total publicitado o incorporado al documento contractual, se tienen por no escritas.

1. Introducción

La norma se vincula con lo establecido en el art. 1381 CCyC y está destinada a evitar que los errores o abusos operativos en los que pueden incurrir las entidades financieras en su gestión masiva de operaciones, perjudiquen al consumidor, para lo que asigna a toda disposición por la que se cobren sumas no convenidas, cualquiera sea el concepto, el tratamiento propio de las cláusula abusivas, teniéndola por no escirta.

2. Interpretación

Dos son las prohibiciones que establece este artículo. La primera de ellas consiste en que en la relación entre la entidad financiera y el cliente no pueden exigirse a este obligaciones que no tengan fuente contractual. La segunda en que, aunque existan en el contrato estipulaciones que prevean determinadas obligaciones de pago de comisiones o cargos, ellas no pueden hacerse efectivas en la cuenta del cliente consumidor si no corresponden a servicios efectivamente prestados por el banco.

Por otra parte, según los lineamientos de ineficacia previstos en este Código para las cláusulas abusivas (arts. 988 y 1117 CCyC), se tienen por no escritas las cláusulas contractuales relativas a costos a cargo del consumidor que no se hayan visto reflejados o que lo hayan sido incorrectamente, en el contrato o en la publicación del costo financiero total, según lo requerido en los arts. 1385, inc. d, y 1389 CCyC.

ARTÍCULO 1389.- ***Información en contratos de crédito.*** *Son nulos los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso.*

1. Introducción

La centralidad de la información como elemento vertebral para la construcción de relaciones jurídicas en materia de contratos bancarios, a la que hemos hecho constante alusión en los comentarios a los distintos artículos de este capítulo, queda en evidencia en esta norma al disponer la nulidad de los contratos que no proporcionen al cliente los datos mínimos en él exigidos.

La sanción de nulidad prevista para el caso de inobservancia permite establecer que la norma es de orden público, indisponible para las partes, las que no pueden soslayar su aplicación, elaborando normas de autonomía que la contradigan (art. 963 CCyC).

2. Interpretación

El artículo determina la sanción de nulidad para los contratos de crédito que carezcan de información relativa a:

1. el tipo de contrato del que se trata, con indicación de si la operación corresponde a cartera de consumo o a cartera comercial;
2. las partes del contrato, debidamente identificadas;

3. el importe total de financiamiento, esto es, el monto correspondiente al capital e intereses previstos;

4. el costo financiero total, de enorme importancia para evitar errores en la evaluación del consumidor, que pueden darse al elegir una operación determinada, teniendo en cuenta su tasa nominal, sin advertir que por el impacto de gastos y comisiones el costo final que para él tendrá el negocio jurídico será muy superior al estimado; y

5. las condiciones de desembolso y reembolso en las que se debe detallar, por ejemplo, el mecanismo por el que la suma será entregada al cliente, si por medio de depósito en una cuenta, o en efectivo, etc., así como el procedimiento a observar para su reembolso a la entidad financiera.

SECCIÓN 2ª
Contratos en particular

Parágrafo 1°
Depósito bancario

ARTÍCULO 1390.- ***Depósito en dinero.*** ***Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al 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.***

1. Introducción

En la Sección 2ª de este Capítulo 12, el CCyC trata sobre los contratos bancarios en particular. Lo hace en parágrafos sucesivos, iniciando por los relativos a las operaciones pasivas, para tratar luego las activas y neutras. En primer término, se abordan las operaciones pasivas correspondientes al depósito bancario, regulándose por separado el "depósito de dinero" (art. 1390 CCyC), el depósito "a la vista" (art. 1391 CCyC) y el depósito "a plazo" (art. 1392 CCyC).

2. Interpretación

2.1. Concepto de depósito bancario y diferencias con otras operaciones

En este artículo, el CCyC establece una definición de depósito de dinero, indicando que tal contrato existe cuando el depositante transfiere la propiedad al 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.

Este tipo de depósito se distingue del depósito irregular (art. 1367 CCyC), que se presume oneroso, y es el depositante quien debe la remuneración y, si se pacta la gratuidad, debe reembolsar al depositario los gastos razonables en los que este incurra para la custodia y restitución (art. 1357 CCyC), mientras que en el depósito bancario la remuneración la debe el depositario.

Se distingue también del mutuo (art. 1525 CCyC) en que en el depósito el plazo está fijado a favor del depositante, mientras que en el mutuo lo está a favor del mutuario.

La regulación aquí establecida queda fuera del ámbito de aplicación del art. 765 CCyC, por el que, si en una obligación de dar dinero se estipuló una moneda que no sea de curso legal en la República, ella debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal; pues en el depósito bancario subsiste la obligación de retituir en la moneda de la misma especie depositada (art. 766 CCyC).

2.2. Restitución de los depósitos y "encaje bancario"

La restitución de las sumas depositadas por el cliente es la obligación nuclear de todo depósito. La misma debe hacerse *"a simple requerimiento del depositante"* o "*al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto"*, lo que diferencia las modalidades de "depósito a la vista" y de "depósito a plazo".

El banco obtiene uno de sus ingresos básicos del producto económico: el *"spread"*, vale decir, la diferencia entre la tasa pasiva que paga a los depositantes y la activa que cobra a quienes solicitan dinero en préstamo. Los préstamos son otorgados por medio del disponible de la entidad, constituido, básicamente, por los depósitos efectuados. De tal modo, el dinero que ingresa por depósitos vuelve a salir de la entidad financiera por vía de los préstamos que otorga; tal circunstancia determina que el banco no cuente con la posibilidad de restituir a sus depositantes la totalidad de las sumas por ellos entregadas, pues ha puesto parte de ese dinero a disposición de terceros. Pero las prácticas de mercado determinan que, salvo circunstancias excepcionales, como las que se dieron en nuestro país en diciembre de 2001, los ahorristas no concurran en masa a retirar sus depósitos, generando con ello una "corrida bancaria", por lo que a la entidad financiera le basta con conservar parte del dinero que le fue confiado para responder a los probables requerimientos de los depositantes. A ese margen "no prestable" se lo denomina "encaje bancario". Cuanto más alto es el encaje, mayor será el nivel de la tasa de interés y viceversa, porque rige en la materia la ley de la oferta y la demanda y si un aumento de ese nivel de indisponibilidad reduce la cantidad de dinero disponible en plaza, aumenta el precio del bien, lo que se expresa en una suba de tasas. El BCRA puede fijar dicho efectivo mínimo, de acuerdo con lo dispuesto por su Carta Orgánica.

ARTÍCULO 1391.- ***Depósito a la vista.*** *El depósito a la vista debe estar representado en un documento material o electrónico que refleje fielmente los movimientos y el saldo de la cuenta del cliente.*

El banco puede dejar sin efecto la constancia por él realizada que no corresponda a esa cuenta.

Si el depósito está a nombre de dos o más personas, cualquiera de ellas puede disponerlo, aun en caso de muerte de una, excepto que se haya convenido lo contrario.

1. Introducción

En el depósito a la vista, la obligación nuclear del banco le impone la devolución del dinero recibido, a simple requerimiento del depositante, en el mismo tipo de moneda de la imposición. Es por ello claro que este tipo de depósitos se da en diversas modalidades de la operación bancaria, como, por ejemplo, las relativas a los movimientos de las cajas de ahorro o cuentas salariales.

2. Interpretación

2.1. Obligación informativa dinámica en el depósito a la vista

La dinámica prevista para las operaciones de depósito a la vista, en las que el cliente bancario tiene derecho a la entrega de las sumas depositadas en su cuenta, a su solo requerimiento, exige que la entidad financiera proporcione información clara y asequible sobre los movimientos habidos, a fin de que el depositante pueda saber en todo momento con cuánto dinero cuenta a su disposición.

El artículo exige que ello esté representado en un documento material o electrónico que refleje fielmente los movimientos y el saldo de la cuenta del cliente; lo que hoy mayoritariamente se concreta por vía de la posibilidad de consulta de movimientos y saldos en cajeros automáticos (terminales ATM) y en la disponibilidad de consulta vía Internet.

2.2. Rectificación unilateral de errores de asiento

En el último párrafo se prevé la posibilidad de error de asiento por parte de la entidad bancaria —ya sea por corresponder el registrado a otra cuenta del mismo cliente (por ej., movimiento de cuenta corriente registado en una caja de ahorro) o bien por corresponder a la operación de la de un tercero—: para estos casos, el CCyC habilita expresamente la posibilidad de rectificación por vía de actuación unilateral.

2.3. Disponibilidad del depósito

Se establece en el último párrafo del artículo que si el depósito está a nombre de dos o más personas, cualquiera de ellas puede disponer de aquél, aun en caso de muerte de una de ellas, excepto que se haya convenido lo contrario.

Cuando un depósito es efectuado por más de una persona, pueden establecerse distintas modalidades:

a. que su disponibilidad sea a la orden recíproca de ellos, lo que permite que cada uno de los cotitulares retire todo o parte de los fondos depositados;
b. a la orden conjunta o colectiva, supuesto en el que para el retiro se requerirá la intervención de todos los constituyentes; o
c. a nombre de una persona y orden de otra, quien podrá efectuar los retiros, sin intervención necesaria del titular.

ARTÍCULO 1392.- ***Depósito a plazo.*** *El depósito a plazo otorga al depositante el derecho a una remuneración si no retira la suma depositada antes del término o del preaviso convenidos.*

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.

1. Introducción

Los depósitos a plazo fijo constituyen una forma de inversión, de obtención de renta de un capital que se decide inmovilizar por un lapso acordado con la entidad financiera, que retribuirá al ahorrista con el pago de intereses, generalmente más elevados cuanto mayor

sea el plazo previsto para el reembolso. Por ello se dice que el depósito a plazo o a término tiene una finalidad lucrativa.

2. Interpretación

2.1. Dinámica de los depósitos a plazo fijo

El artículo se refiere a los conocidos en plaza como "depósitos a plazo fijo", en los que el depositante goza del derecho a una remuneración si mantiene el dinero depositado en el banco por un determinado lapso; que puede prolongarse en el tiempo, de convenir las partes la sujeción de la operación al sistema de renovación automática, en el que se realiza una nueva imposición, adicionando la entidad bancaria al capital los intereses devengados en el período transcurrido —capitalización—, los que ya quedarán consolidados en el patrimonio del cliente quien, si requiere la restitución antes de la conclusión de un nuevo período o del preaviso convenidos, perderá solo los accesorios devengados en el último.

En nuestra plaza, el plazo mínimo de un depósito de este tipo es de treinta días para los depósitos a tasa de interés fija, y de ciento veinte y ciento ochenta días o más, para los de tasa de interés variable; en el último caso, suele pactarse el pago periódico de intereses.

Los depósitos a plazo fijo no retirados ni renovados a su vencimiento son transferidos a cuentas a la vista denominadas saldos inmovilizados, cuyos titulares pueden retirar la suma del capital y los intereses oportunamente devengados hasta que se produjo el vencimiento del plazo, generalmente con deducción de las comisiones bancarias aplicadas por el mantenimiento de los fondos sin movimiento, ello en tanto hubiera sido debidamente informado al cliente y conste en el contrato (arts. 1381 ó 1385 CCyC).

2.2. Certificado de depósito a plazo fijo

El depósito se documenta por medio de un certificado —instrumento que prueba la operación— que, salvo pacto expreso en contrario, es transferible por endoso. De haberse estipulado la intransferibilidad por medio de simple endoso, siempre está habilitada la transferencia por medio de un contrato de cesión de derechos, la que debe ser realizada con sujeción formal a lo dispuesto en el art. 1618 CCyC.

Según lo dispuesto en el art. 1° de la ley 20.663, que regula la materia de los depósitos bancarios a plazo fijo, los certificados emitidos por las entidades financieras deben contener: 1) la inscripción "certificado de depósito a plazo fijo nominativo transferible"; 2) nombre y domicilio de la entidad que recibe el depósito; 3) designación del lugar y fecha que se expide; 4) nombre, apellido y domicilio completos del depositante; 5) cantidad depositada; 6) tasa y período de liquidación de los intereses; 7) fecha de vencimiento del depósito; 8) lugar de pago; 9) firma de la entidad receptora.

En su carácter de autoridad del sistema financiero, el BCRA dictó la Comunicación "A", por la que precisó los requisitos a observar en la emisión del certificado por el banco, estableciendo las siguientes exigencias: a) numeración correlativa; b) denominación de cada tipo de operación; c) nombre y domicilio de la entidad receptora; d) lugar y fecha de emisión; e) nombre, apellido, domicilio, documento de identidad, número de identificación tributaria (CUIT, CUIL o CDI) de los titulares del depósito, sus representantes legales y de las personas a cuya orden quedará la operación, así como la razón social y número de inscripción en la Inspección General de Justicia u otros organismos correspondientes,

en el caso de las personas jurídicas; f) denominación y serie de los títulos valores depositados, de corresponder; g) importe depositado o valor nominal total de los títulos depositados; h) plazo de la operación; i) tasas de interés nominal y efectiva anuales y período de liquidación de los intereses; j) Coeficiente de Estabilización de Referencia ("CER") correspondiente al día hábil bancario anterior a la fecha de constitución de la imposición, utilizable como base para el cálculo de la actualización, cuando corresponda; k) lugar de pago; l) dos firmas autorizadas de la entidad depositaria, debidamente identificadas y m) leyenda respecto de los alcances del Régimen de Garantía, que deberá constar en forma visible e impresa.

Parágrafo 2°
Cuenta corriente bancaria

ARTÍCULO 1393.- ***Definición.*** *La cuenta corriente bancaria es el contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, 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.*

ARTÍCULO 1394.- ***Otros servicios.*** *El banco debe prestar los demás servicios relacionados con la cuenta que resulten de la convención, de las reglamentaciones, o de los usos y prácticas.*

ARTÍCULO 1395.- ***Créditos y débitos.*** *Con sujeción a los pactos, los usos y la reglamentación:*

a. *se acreditan en la cuenta los depósitos y remesas de dinero, el producto de la cobranza de títulos valores y los créditos otorgados por el banco para que el cuentacorrentista disponga de ellos;*
b. *se debitan de la cuenta los retiros que haga el cuentacorrentista, los pagos o remesas que haga el banco por instrucciones de aquél, las comisiones, gastos e impuestos relativos a la cuenta y los cargos contra el cuentacorrentista que resulten de otros negocios que pueda tener con el banco. Los débitos pueden realizarse en descubierto.*

1. Introducción

La cuenta corriente bancaria fue regulada en el derecho argentino con la reforma producida en 1889 al Código de Comercio. Se trata de un contrato que constituye un acuerdo-marco que establece el ámbito en el que confluirán distintas operaciones, servicios y relaciones jurídicas generadas entre la entidad financiera y un cliente determinado. Se lo emplea para canalizar acreditaciones, anticipos, préstamos y otras operaciones de diversa naturaleza; permite utilizar servicios de cheque, descuentos, transferencias, compras de títulos, etc. No existe casi operación bancaria relevante que no pueda vincularse con una cuenta corriente bancaria.

2. Interpretación

2.1. Concepto de cuenta corriente bancaria

Con similar criterio al empleado en otros contratos bancarios, el CCyC define el de cuenta corriente bancaria como aquel por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente,

y por su orden, 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.

2.2. Partes

Las partes de este contrato son un banco —no pueden serlo otras entidades financieras, en razón de lo establecido en la Ley de Entidades Finacieras—, como organizador y prestador del servicio, y el cuentacorrentista o titular de la cuenta, que puede ser una persona humana, jurídica o una unión transitoria de empresas.

2.3. Prestaciones comprendidas

La posibilidad de vincular en el contrato a la cuenta con otros servicios surge del art. 1394 CCyC, que establece que tal circunstancia puede darse también por los usos y prácticas o por determinación reglamentaria.

Lo habitual es que se proporcione el servicio de caja al que se refiere el art. 1393 CCyC y el servicio de cheques contemplado en el art. 1397 CCyC, pero es de práctica que los bancos posibiliten a sus clientes que, además de ello, realicen otras operaciones con imputación contable a la cuenta corriente, como el pago de servicios, cuotas de préstamos, primas de seguro, etc.

El Código exige que la inscripción de los asientos correspondientes a créditos y a débitos se realice con periodicidad diaria; pero en la práctica ella tiene lugar ante cada movimiento, lo que se encuentra facilitado por el empleo de sistemas informáticos que, además, permiten el acceso permanente del cliente a la información sobre el estado de la cuenta, como se contempla en el art. 1396 CCyC.

2.4. Créditos y débitos

Los movimientos en una cuenta corriente pueden ser débitos o créditos; los que deberán ajustarse a lo pactado entre las partes, los usos del sector y la reglamentación que se dicte; básicamente la emitida por el BCRA, como autoridad de superintendencia del sector financiero.

La regulación jurídica de tales movimientos se encuentra establecida en el art. 1395 CCyC, con base en el que, teniendo en cuenta la índole de las operaciones habituales en nuestra plaza bancaria, es posible establecer que:

Los débitos, que pueden realizarse en descubierto (art. 1395, inc. b, última parte, CCyC), se producen por las siguientes causas: a) retiros de dinero hechos por el cuentacorrentista; b) pago de cheques; c) transferencias ordenadas por el titular de la cuenta; d) extracciones efectuadas a través de cajeros automáticos o compras con tarjetas de débito; e) comisiones y gastos por servicios prestados por la entidad vinculados al funcionamiento; f) cobro de impuestos vinculados con operaciones realizadas por medio de la cuenta; g) operaciones propias de la entidad (pago de préstamos, alquiler de cajas de seguridad, etc.) y h) servicios de cobranza por cuenta de terceros, concertados directamente con el banco o a través de dichos terceros (débitos automáticos o directos) para el pago de impuestos, tasas, contribuciones y aportes.

Los créditos se producen por las siguientes causas: a) depósitos por ventanilla o en cajeros automáticos, en efectivo o por medio de cheques; b) transferencias bancarias hacia

la cuenta corriente; c) cobro de títulos valores; d) créditos otorgados por el banco para que el titular de la cuenta disponga de ellos y e) otros conceptos por los que el banco reembolse sumas de dinero al cuentacorrentista en razón de operaciones realizadas, generalmente a partir de acuerdos celebrados por la entidad financiera con proveedores de bienes y servicios.

ARTÍCULO 1396.- ***Instrumentación.*** *Los créditos y débitos pueden efectuarse y las cuentas pueden ser llevadas por medios mecánicos, electrónicos, de computación u otros en las condiciones que establezca la reglamentación, la que debe determinar también la posibilidad de conexiones de redes en tiempo real y otras que sean pertinentes de acuerdo con los medios técnicos disponibles, en orden a la celeridad y seguridad de las transacciones.*

1. Introducción

En este artículo se prevé la utilización por las entidades bancarias de los distintos medios tecnológicos de los que hoy habitualmente ellas se valen para la gestión de las distintas cuentas que operan, siempre que tales sistemas se encuentren autorizados por la reglamentación que rige la actividad.

Se advierte que la norma ha empleado, deliberadamente, términos de suficiente amplitud como para que cualquier evolución técnica futura que la autoridad del área apruebe permanezca alcanzada por ella.

2. Interpretación

El adecuado asiento de los distintos movimientos vinculados con una cuenta corriente bancaria hace a su adecuado funcionamiento pero, especialmente, al interés del cliente y es por ello que los medios empleados por las entidades bancarias para su registro deben ser aprobados por la autoridad de superintendencia en el área, la que debe velar porque se trate de medios confiables en el registro y seguros en cuanto a la preservación de los datos ingresados.

La norma en comentario prevé el empleo de medios mecánicos, electrónicos, de computación u otros, en las condiciones que establezca la reglamentación. El lenguaje empleado denota que se ha procurado adoptar un enunciado genérico, apto para abarcar a los distintos componentes que habitualmente se encuentran en el soporte material de un sistema informático (*hardware*, habitualmente integrado por elementos eléctricos, electrónicos, electromecánicos y mecánicos). Pero, además, se ha establecido claramente la posibilidad de facilitar conexiones de redes en tiempo real y otras que puedan establecerse "con los medios técnicos disponibles", presentes o futuros, en tanto aseguren dos principios relativos a las transacciones:

1. el de celeridad, por el que deben emplearse los medios más rápidos disponibles para la comunicación y concreción de ellas y
2. el de seguridad, por el que, entre los medios más rápidos disponibles, la entidad bancaria debe emplear el que asegure una comunicación segura, eficaz, libre de filtraciones, pérdidas de datos o intromisiones.

ARTÍCULO 1397.- ***Servicio de cheques.*** *Si el contrato incluye el servicio de cheques, el banco debe entregar al cuentacorrentista, a su solicitud, los formularios correspondientes.*

1. Introducción

El servicio de cheques no necesariamente acompaña a la operación de una cuenta corriente bancaria, pues puede que el cliente no solicite la entrega de los formularios necesarios para su emisión, pero es una de sus notas características.

2. Interpretación

La cuenta corriente bancaria puede contar con el servicio de cheques. En caso de estipularse, el titular de la cuenta podrá emplear el cheque como medio de pago. A fin de posibilitar ello, por lo establecido en este artículo, el banco debe entregar al cuentacorrentista, a su pedido, los formularios correspondientes; solicitud que deberá ser reiterada cada vez que se agote la chequera puesta a disposición del cliente.

Si se ha estipulado el servicio de pago de cheques, el banco debe pagar los que el cliente libre contra la cuenta, hasta el monto del dinero depositado o hasta el tope estipulado, en caso de haber celebrado las partes un acuerdo de giro en descubierto. En razón de ello, si no hay depositados en la cuenta fondos suficientes para hacer frente al pago de los cheques librados contra ella por su titular, se presentan dos situaciones posibles: que el banco rechace los cheques por la falta de fondos o que el banco pague los cheques por haber celebrado con su cliente tal acuerdo o pacto, por el que el banco afronta el pago de los cheques emitidos por el titular, hasta el monto convenido, quedando la cuenta con un saldo deudor, correspondiente a lo pagado en exceso al monto que se encontraba depositado, que generará intereses a favor de la entidad financiera a una tasa especial, establecida para estas situaciones. Los formularios entregados deberán ajustarse a las disposiciones de la Ley 24.452 de Cheques y disposiciones que la reglamentan.

ARTÍCULO 1398.- ***Intereses.*** *El saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses, que se capitalizan trimestralmente, excepto que lo contrario resulte de la reglamentación, de la convención o de los usos. Las partes pueden convenir que el saldo acreedor de la cuenta corriente genere intereses capitalizables en los períodos y a la tasa que libremente pacten.*

1. Introducción

En este artículo se prevé el régimen de aplicación de intereses por operaciones admitidas "en descubierto" en la operación de la cuenta corriente bancaria. Tal modalidad de funcionamiento de la cuenta se da habitualmente cuando las partes acuerdan que el banco efectuará pagos por cuenta del titular, aún cuando no existieran fondos depositados suficientes para satisfacerlos; ello facilita notoriamente la dinámica de las operaciones del cuentacorrentista y constituye una forma de crédito que la entidad financiera le otorga para que pueda moverse en el mercado con cierto margen, aún cuando no cuente en un determinado momento con la liquidez suficiente. La capitalización trimestral fue incorporada en las reformas introducidas al proyecto original. En el art. 1322 del Proyecto de 1998 se preveía capitalización mensual.

2. Interpretación

2.1. Aplicación de intereses cuando se registra saldo deudor del titular de la cuenta

El artículo estipula que el saldo deudor que se genere, cuando el banco pague deudas del cuentacorrentista por montos que exceden las sumas que proveen la cuenta, devengará intereses, los que se capitalizarán trimestralmente en caso de no ser cancelada la suma adeudada. El plazo de capitalización podrá variar según lo que surja de los usos de plaza o de la reglamentación. La tasa a aplicar es la prevista para operaciones en descubierto y suele ser de las más altas fijadas en el sistema financiero.

2.2. Aplicación de intereses cuando se registra crédito a favor del titular de la cuenta

En el contrato que vincula a las partes puede convenirse que las sumas que se registren como depositadas a favor del cuentacorrentista devenguen intereses, los que deberán ser acreditados a favor de este según una tasa de carácter pasivo, convenida por las partes, la que podrá ser capitalizada en los períodos que ellas estipulen.

ARTÍCULO 1399.- ***Solidaridad.*** *En las cuentas a nombre de dos o más personas los titulares son solidariamente responsables frente al banco por los saldos que arrojen.*

1. Introducción

La norma, similar al art. 1323 del Proyecto de 1998, establece la responsabilidad solidaria de los cotitulares de una cuenta corriente bancaria y encuentra su fundamento en que, de no haber sido los fondos operativos aportados por ellos, habrán sido aportados por el banco, en beneficio de todos los titulares.

2. Interpretación

De acuerdo a lo establecido en el art. 828 CCyC, la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación. En este caso, es la ley común la que impone la responsabilidad solidaria de los diversos titulares de una cuenta corriente bancaria, por el pago de los saldos deudores que en ella se verifiquen a favor del banco, con independencia de la modalidad operativa de gestión de la cuenta, según lo pautado en el artículo siguiente.

ARTÍCULO 1400.- ***Propiedad de los fondos.*** *Excepto prueba en contrario, se presume que la propiedad de los fondos existentes en la cuenta abierta, conjunta o indistintamente, a nombre de más de una persona pertenece a los titulares por partes iguales.*

1. Introducción

En este artículo se establece una regla de orden práctico, destinada a establecer la atribución de la titularidad de los fondos depositados en una cuenta, cuestión de especial importancia en caso de diferendo entre los propios titulares; pero también en el caso de traba de medidas cautelares por terceros, acreedores de alguno de los cuentacorrentistas.

2. Interpretación

Según se establece en esta norma, se presume que la propiedad de los fondos existentes en una cuenta abierta por más de una persona, para operación en forma conjunta o indistinta, pertenece a los cotitulares por partes iguales.

Es claro que los cotitulares pueden tener convenida una distribución distinta o surgir ella de la naturaleza de la actividad que realizan y de los aportes por cada uno efectuados —cuestión que resultará inoponible al banco, frente al que tendrán responsabilidad solidaria en razón de lo establecido en el art. 1399 CCyC—, discusión que podrá tener especial interés para el ejercicio, entre ellos, de la acción de repetición por contribución, prevista en el art. 840 CCyC. Pero la norma también tiene importancia de cara a eventuales planteos de terceros, acreedores de alguno de los cotitulares, que pretendan trabar una medida cautelar sobre un monto mayor al que la norma presume que corresponde a cada cuentacorrentista, la que solo podrán lograr de presentarle al juez pruebas de una distribución distinta a la prevista en la ley.

El artículo no establece limitaciones sobre los medios de prueba a emplear para acreditar una distinta distribución de fondos entre los cotitulares.

ARTÍCULO 1401.- ***Reglas subsidiarias.*** *Las reglas del mandato son aplicables a los encargos encomendados por el cuentacorrentista al banco. Si la operación debe realizarse en todo o en parte en una plaza en la que no existe casa del banco, él puede encomendarla a otro banco o a su corresponsal. El banco se exime del daño causado si la entidad a la que encomienda la tarea que lo causa es elegida por el cuentacorrentista.*

1. Introducción

En este artículo se establece la subsidiariedad de las normas del contrato de mandato, a los efectos de la integración del contenido contractual en lo relativo a la actuación del banco en la ejecución de los encargos encomendados por el cuentacorrentista.

2. Interpretación

2.1. Aplicación supletoria de las reglas del mandato en la ejecución de encargos del cuentacorrentista

El contrato de cuenta corriente se rige, en principio, por lo expresamente determinado por las partes al celebrarlo. Pero es claro que no siempre se cubren todos los supuestos y circunstancias que pueden darse en la ejecución de las obligaciones a cargo de cada una de las partes en un vínculo contractual, y es por ello que en el Código se prevé la integración del contenido (art. 964 CCyC). Es, a tales efectos, que en este artículo se encuadra al mandato como regulación supletoria del contrato de cuenta bancaria, en lo relativo a la ejecución de los encargos encomendados por el cuentacorrentista.

2.2. Sustitución del mandato para la ejecución de encargos en otras plazas

En el segundo tramo de la norma se establece que, si la operación a ejecutar por encargo del titular de la cuenta corriente debe perfeccionarse en una plaza bancaria en la que no

existe un establecimiento del banco en el que se encuentra radicada la cuenta con relación a la que se opera, sea en el ámbito nacional o en el extranjero, este puede encomendarla a otro banco o a un corresponsal en el lugar, produciéndose entonces un supuesto de sustitución del mandato en los términos del art. 1327 CCyC.

ARTÍCULO 1402.- ***Créditos o valores contra terceros.*** *Los créditos o títulos valores recibidos al cobro por el banco se asientan en la cuenta una vez hechos efectivos. Si el banco lo asienta antes en la cuenta, puede excluir de la cuenta su valor mientras no haya percibido efectivamente el cobro.*

1. Introducción

En este artículo se establece cuál es la oportunidad en la que debe efectivizarse un asiento en la cuenta corriente bancaria, correspondiente a un crédito o título valor recibido al cobro por el banco. Nuevamente, el Código posibilita al banco la corrección de errores en los asientos, tal como surge también en el párr. 2 del art. 1391 CCyC.

2. Interpretación

Se establece en el artículo que los créditos o títulos valores contra terceros, recibidos al cobro por la entidad bancaria, deben asentarse en la cuenta corriente del acreedor una vez que se han hecho efectivos. Así ocurrirá, por ejemplo, en el caso de depósito de un cheque de pago diferido, cuyo monto recién deberá ser computado en la cuenta del titular una vez que se haya efectivizado el pago.

En caso de incurrir el banco en el error de asentarlo con anterioridad, en tanto no se haya efectivizado el cobro, podrá rectificar esa equivocación unilateralmente, sin dar intervención al cuentacorrentista.

ARTÍCULO 1403.- ***Resúmenes.*** *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 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.*

Las comunicaciones previstas en este artículo deben efectuarse en la forma que disponga la reglamentación, que puede considerar la utilización de medios mecánicos, electrónicos, de computación u otros.

1. Introducción

La provisión de información al cliente es obligación vertebral para un sistema que procura desplegar y profundizar reglas de transparencia en el funcionamiento de la actividad bancaria. Tal información es especialmente importante en cuentas que, como la corriente bancaria, pueden presentar pluralidad de relaciones jurídicas que impactan en sus asientos y una intensa dinámica de movimientos.

2. Interpretación

2.1. Plazo para el envío del resumen de movimientos de la cuenta

Según este artículo, a falta de plazos distintos establecidos por la reglamentación, el acuerdo de partes o los usos de plaza, el banco debe remitir al cuentacorrentista, dentro de los ocho días siguientes a la finalización de cada mes, un extracto de los movimientos registrados en la cuenta durante ese período, con clara determinación de los saldos acreedor y deudor determinados.

2.2. Impugnación del contenido del resumen por el cuentacorrentista

El cuentacorrentista tiene derecho a cuestionar la información contenida en ese resumen de operaciones, para lo que contará con un plazo de diez días, computado a partir del de la recepción que, en razón de lo establecido en el art. 6°, debe ser excluido del cómputo. Como se trata de un supuesto en el que existe obligación legal de expedirse dentro de un plazo determinado, el silencio guardado por el cuentacorrentista conlleva su asentimiento respecto de las determinaciones de las que da cuenta el resumen remitido (arts. 263, 1065, inc. 2, y 1067 CCyC).

El titular de la cuenta puede alegar no haber recibido el extracto de los movimientos y los saldos; planteo que puede ser eficaz si formula sus objeciones ante el banco dentro de los treinta días siguientes a la fecha en la que el banco debía haberlo enviado. Es de interés del cuentacorrentista que se le proporcione información adecuada sobre los movimientos y el estado de la cuenta, y es por ello que no debe observar una actitud pasiva y, ante un período anómalo de silencio de parte de la entidad bancaria, debe actuar con diligencia y procurar que se le entregue la información necesaria para un adecuado control de los movimientos. Es por ello que, si deja transcurrir ese lapso de treinta días desde la fecha en la que previsiblemente el envío debía serle efectuado, corresponde considerar operada su conformidad con los asientos y saldos establecidos por la entidad financiera. Claro está que, en caso de tratarse de una cuenta de la cartera de contratos de consumo y de verificarse una duda consistente, la cuestión debe resolverse a favor del consumidor (art. 1094 CCyC).

2.3. Medios para el envío

Siguiendo el criterio del art. 1396 CCyC, la norma prevé que las comunicaciones por las que se envíe el resumen de movimientos de la cuenta al titular deben ajustarse a la reglamentación, que puede prever el empleo de los medios que corresponden a las tecnologías de la informática y las comunicaciones. De tal modo, de consentirlo el cliente, el banco podrá enviarle el extracto por vía de, por ejemplo, correo electrónico.

ARTÍCULO 1404.- ***Cierre de cuenta.*** ***La cuenta corriente se cierra:***

a. ***por decisión unilateral de cualquiera de las partes, previo aviso con una anticipación de diez días, excepto pacto en contrario;***
b. ***por quiebra, muerte o incapacidad del cuentacorrentista;***
c. ***por revocación de la autorización para funcionar, quiebra o liquidación del banco;***
d. ***por las demás causales que surjan de la reglamentación o de la convención.***

Remisiones: ver comentario al art. 1383 CCyC.

1. Introducción

La norma prevé las distintas alternativas que pueden determinar el cierre de una cuenta corriente bancaria.

Las condiciones para la apertura, funcionamiento y cierre de la cuenta corriente son decididas por los bancos y deben ser explicitadas en un manual de procedimientos que rige para cada entidad en esos aspectos.

El detalle de las causales que pueden motivar el cierre de la cuenta, incluidos los dispuestos por decisión judicial u otros motivos legales, así como los requisitos que cada una de las partes deben observar en esa ocasión, deben figurar en el contrato de apertura de la cuenta y toda modificación de esas condiciones debe ser notificada en forma fehaciente al cuentacorrentista.

2. Interpretación

El artículo prevé cuatro supuestos de circunstancias que pueden dar lugar al cierre de una cuenta corriente bancaria, lo que puede producirse por:

a. Decisión unilateral de cualquiera de las partes, previo aviso con una anticipación de diez días, excepto pacto en contrario. Entendemos que ese pacto no podrá ser modificado en perjuicio del cliente, reduciendo el preaviso a dar por el banco o extendiendo excesivamente el puesto a cargo del titular de la cuenta. Resulta de aplicación lo establecido en el art. 1383 CCyC, a cuyo comentario remitimos. Las normas emitidas por el BCRA para la regulación reglamentaria de la cuenta corriente bancaria (Comunicación "B" 9620) prevén la suspensión del servicio de cheques como medida previa al cierre de la cuenta. También se prevé allí que el cuentacorrentista debe devolver a la entidad todos los cheques en blanco que conserve al momento de solicitar el cierre de la cuenta o dentro de los 5 días hábiles de la fecha de haber recibido la comunicación de la suspensión del servicio de pago de cheques como medida previa al cierre de la cuenta o del cierre de la cuenta (punto 1.5.1.7).

b. Quiebra, muerte o incapacidad del cuentacorrentista. El primer supuesto, la quiebra, se aplica a todo tipo de personas; pero los dos restantes aplican solo para el caso de personas humanas. No obstante, si son varios los titulares de la cuenta corriente y solo uno de ellos fallece o se incapacita, tal circunstancia no debe acarrear necesariamente el cierre de la cuenta, pues ello puede afectar innecesariamente las operaciones del otro.

c. Revocación de la autorización para funcionar, quiebra o liquidación del banco. En este caso, es claro que la subsistencia se torna imposible, por desaparición del prestador del servicio bancario. La revocación de autorización para funcionar se encuentra regulada en los arts. 44 a 47; la liquidación, en los arts. 48 y 49; y la quiebra, en los arts. 50 a 53 de la Ley 21.526 de Entidades Financieras.

d. Las demás causales que surjan de la reglamentación o de la convención, como por ejemplo, la inclusión de alguno de los titulares en la "central de cuentacorrentistas inhabilitados" por el BCRA o la falta de pago de las multas establecidas por la ley 25.730 (apartados 9.1.2. y 9.1.3. de la Comunicación "B" 9620 BCRA).

ARTÍCULO 1405.- ***Compensación de saldos.*** *Cuando el banco cierre más de una cuenta de un mismo titular, debe compensar sus saldos hasta su concurrencia, aunque sean expresados en distintas monedas.*

1. Introducción

A fin de evitar que ante una situación que puede acarrear el cierre de diversas cuentas de un mismo titular, como puede ser, por ejemplo, su quiebra o muerte, se puedan determinar saldos deudores en una de ellas —con las consecuencias que de ello se pueden derivar para el titular o su sucesión—, se prevé la compensación de saldos, de modo tal de cancelar total o parcialmente las cuentas en las que el titular resulte deudor por medio de las sumas existentes en las que aparezca como acreedor. Ello no obsta —claro está— a que, pese a la aplicación de ese mecanismo, subsista un saldo deudor.

2. Interpretación

La norma opera sobre la hipótesis de cierre de diversas cuentas de un mismo titular, circunstancia que puede darse, por ejemplo, en caso de quiebra, muerte o incapacidad del cuentacorrentista.

Según lo establecido en el artículo, de darse tal situación se impone al banco compensar los saldos de las distintas cuentas de dicho titular. Se trata de un supuesto de compensación legal.

Ahora bien, según lo establecido en el art. 923 CCyC, de la compensación legal requiere homogeneidad en los objetos comprendidos en las prestaciones; lo que nos lleva a considerar lo dispuesto en el art. 765 CCyC, según el cual la obligación de dar moneda que no sea de curso legal en la República debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, por lo que dicha compensación será viable una vez que se haya determinado el monto de moneda de curso legal equivalente a la suma de moneda extranjera de la que se trate, operación de conversión que debe efectuar la entidad bancaria según la cotización oficial vigente al día en el que se produzca el cierre.

ARTÍCULO 1406.- ***Ejecución de saldo.*** *Producido el cierre de una cuenta, e informado el cuentacorrentista, si el banco está autorizado a operar en la República puede emitir un título con eficacia ejecutiva. El documento debe ser firmado por dos personas, apoderadas del banco mediante escritura pública, en el que se debe indicar:*

a. *el día de cierre de la cuenta;*
b. *el saldo a dicha fecha;*
c. *el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista.*

El banco es responsable por el perjuicio causado por la emisión o utilización indebida de dicho título.

Remisiones: ver art. 1728 CCyC.

1. Introducción

Es de la esencia de la cuenta corriente bancaria que la determinación de saldo deudor habilite la vía ejecutiva contra el cuentacorrentista. En este artículo el CCyC, mejorando

notoriamente la regulación anterior del art. 793 CCom., establece los requisitos que el banco deberá observar para la emisión de un documento que le posibilite el ejercicio de tal potestad.

2. Interpretación

En este artículo se establecen los recaudos que el banco debe observar para que, en caso de haberse determinado la existencia de un saldo deudor del titular de la cuenta corriente, al cierre de esta, pueda llevar adelante su ejecución.

En primer término, surge de la norma que la entidad financiera debe informar al cuentacorrentista (o los cuentacorrentistas, en caso de pluralidad de titulares) acerca de la existencia de tal saldo deudor; quedando así habilitada la posibilidad de este de formular impugnaciones con relación a los asientos y a su resultado (art. 1403 CCyC).

Una vez cumplido dicho procedimiento, de subsistir la determinación del saldo adeudado por quien fue titular de la cuenta, si el banco está autorizado a operar en la República, puede emitir un título con eficacia ejecutiva —certificación de saldo deudor de cuenta corriente bancaria—, el que debe estar firmado por dos apoderados del banco con poder otorgado mediante escritura pública. Ese documento debe indicar:

a. el día de cierre de la cuenta;

b. el saldo verificado a dicha fecha y

c. el medio por el que ambas circunstancias, cierre y determinación del saldo deudor, fueron comunicadas al cuentacorrentista. El cumplimiento de tales requisitos hace a la habilidad del título.

Dadas las implicancias que para la situación del deudor —o la de deudores solidarios (art. 1399 CCyC)— tiene un proceso como el ejecutivo, en el que las defensas se encuentran limitadas y no pueden efectuarse planteos vinculados con la causa de la obligación, el Código responsabiliza al banco por el perjuicio causado por la emisión o utilización indebida de ese título ejecutivo. Es claro que no era necesario que se estableciera expresamente ello, porque, en los supuestos mencionados, el banco sería de todos modos responsable bajo el régimen general de daños (ver art. 1728 CCyC). Cabe entender que el legislador ha formulado una advertencia de carácter preventivo para que los bancos adopten las medidas necesarias para evaluar con rigurosidad los casos en los que se emitan tales títulos, evitando ligerezas potencialmente dañinas para los intereses de sus clientes.

ARTÍCULO 1407.- ***Garantías.*** ***El saldo deudor de la cuenta corriente puede ser garantizado con hipoteca, prenda, fianza o cualquier otra clase de garantía.***

Remisiones: ver art. 1577 CCyC.

1. Introducción

La norma establece la posibilidad de garantizar el saldo deudor de la cuenta corriente por medio de garantías de diversa naturaleza; que resultan alternativas a la de la ejecución prevista en el art. 1406 CCyC, pues es claro que no podrían ellas ser transitadas al mismo tiempo, dado que ello importaría un ejercicio abusivo de la posición dominante del banco, con indebido agravamieno de la situación del deudor.

2. Interpretación

La norma prevé que el saldo deudor de una cuenta corriente bancaria, determinado en la forma establecida en el art. 1406 CCyC, pueda ser garantizado por cualquier tipo de garantía, ya sea de naturaleza personal, como la fianza (ver art. 1577 CCyC), o real, como la hipoteca o la prenda, en cuyo caso deberán adoptarse los recaudos necesarios para que se satisfagan las exigencias del principio de especialidad, según lo establecido en los arts. 2187 a 2190 CCyC.

Naturalmente, en cada caso, deberán respetarse los recaudos formales que fija el Código para cada uno de esos supuestos.

Parágrafo 3°
Préstamo y descuento bancario

ARTÍCULO 1408.- ***Préstamo bancario.*** *El préstamo bancario es 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 en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado.*

1. Introducción

El CCyC regula los contratos bancarios correspondientes a operaciones activas en los parágrafos 3 y 4 de este capítulo; el primero dedicado al préstamo y el descuento bancario y el segundo a la apertura de crédito.

El abandono de la categoría de los contratos reales, a la que pertenecía el mutuo en el CC, determina que todos los contratos sean regulados hoy como consensuales, lo que alcanza al préstamo bancario.

En el préstamo bancario la entidad financiera se obliga a entregarle una suma de dinero al prestatario, quien se obliga a su devolución y al pago de intereses.

La fórmula empleada en la norma alcanza a una amplísima variedad de modalidades de financiamiento bancario, como préstamos cambiarios, créditos para el consumo, créditos para inversión, créditos en cuenta, créditos de firma y créditos con garantías.

No hay antecedentes de regulación de este contrato en los proyectos de reforma de los años 1987, 1993 y 1998.

2. Interpretación

El CCyC enuncia un concepto normativo de préstamo bancario, el que define 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 en la moneda de la misma especie, conforme lo pactado.

El contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, a través del mismo el banco se obliga a entregar una suma de dinero. El contrato debe efectivizarse dentro del plazo convenido o dentro del determinado por los usos y costumbres de plaza, y el cliente, por su parte debe comprometerse a su devolución más los intereses convenidos, en el tiempo y en la especie de moneda estipulados.

Es habitual que, con relación a sus líneas de crédito, los bancos hagan oferta dirigida a personas indeterminadas, lo que constituye una invitación para que los interesados concreten

propuestas negociales, excepto que de los términos empleados por la entidad financiera o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente, en cuyo caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos (art. 973 CCyC).

Una vez comprometida la entrega del dinero por el banco, este solo puede negarse a cumplir con esa prestación si la situación económica del cliente ha cambiado, haciendo incierta la restitución (arts. 1032 y 1526 CCyC). De no verificarse tal situación, ante la negativa a concretar la entrega, el cliente puede intimar el cumplimiento o la resolución, en ambos casos con más daños y perjuicios.

ARTÍCULO 1409.- ***Descuento bancario.*** *El contrato de descuento bancario obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a éste a anticiparle el importe del crédito, en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado.*

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.

1. Introducción

Es común que las empresas reciban de sus clientes documentos con fecha de vencimiento futura, por los que se instrumenta la financiación que otorgan a sus clientes. Ellos pueden ser retenidos por el acreedor hasta la fecha establecida para el pago, o bien ser descontados anticipadamente en un banco, con lo que el empresario obtiene liquidez por la transformación del título en dinero. El cliente bancario que efectúa el descuento queda ligado a la suerte de la operación y responde por el efectivo pago de los documentos descontados.

2. Interpretación

2.1. Concepto de descuento bancario

El descuento bancario cuenta con la definición normativa contenida en el art. 1409 CCyC, que lo conceptualiza como el contrato en el que el titular de un crédito contra terceros se obliga a cederlo a un banco que, como contraprestación, le anticipa el importe del crédito, en la moneda de la misma especie del crédito, según lo pactado.

2.2. Desarrollo del vínculo

La secuencia lógica del contrato opera a partir de la cesión *pro solvendo* del crédito que da fundamento al pago del anticipo.

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 el título circuló, o aceptantes de las letras.

Según se establece en el art. 1409, párr. 2, CCyC, el banco goza del derecho a la restitución de las sumas que anticipó al cliente, aunque el descuento se efectúe por medio del endoso de letras de cambio, pagarés o cheques, y haya ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivados del título. De tal modo, aunque el banco haya iniciado

los procesos ejecutivos derivados de los títulos, conserva el derecho a la percepción del anticipo, lo que otorga una garantía adicional para la entidad financiera.

El cliente bancario (descontado) solo queda liberado cuando satisface el crédito o lo hace el deudor cedido.

Parágrafo 4°
Apertura de crédito

ARTÍCULO 1410.- ***Definición.*** *En la apertura de crédito, el banco se obliga, a cambio de una remuneración en la moneda de la misma especie de la obligación principal, conforme con lo pactado, 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.*

ARTÍCULO 1411.- ***Disponibilidad.*** *La utilización del crédito hasta el límite acordado extingue la obligación del banco, excepto que se pacte que los reembolsos efectuados por el acreditado sean disponibles durante la vigencia del contrato o hasta el preaviso de vencimiento.*

1. Introducción

Se trata de un contrato en el que se otorga crédito al cliente, poniendo a su disponibilidad una suma de dinero convenida para ser utilizada dentro de un plazo determinado o en un período fluyente, de vencimiento indeterminado. La finalidad del contrato se centra en que el cliente pueda contar con esa disponibilidad de dinero. La apertura de crédito es una operación de ejecución continuada.

Como contrato es definitivo y goza de autonomía, sin perjuicio de su eventual conexión causal con otros negocios o su empleo operativo en combinación con otros contratos, aún entre las mismas partes. En la negociación que conduce a la formación del consentimiento de este contrato se establecen la tasa de interés, las comisiones que deberá pagar el cliente —entre las que se encuentra la comisión de apertura—, y las garantías que el banco exige como cobertura de la operación.

2. Interpretación

Se trata de un contrato bilateral y oneroso por el que las partes asumen obligaciones recíprocas: el banco se compromete a poner a disposición del acreditado una determinada suma de dinero, por un lapso establecido, obligación que se extingue por el uso del crédito por el acreditado, excepto que se pacte que los reembolsos efectuados por el acreditado sean disponibles durante la vigencia del contrato o hasta el preaviso de vencimiento (art. 1411 CCyC). El cliente, por su parte, se compromete a pagar como contraprestación una remuneración en moneda de la misma especie, la que usualmente consiste en el pago de una comisión de apertura, así como a abonar los intereses estipulados en el contrato.

Las obligaciones de las partes pueden establecerse por un plazo determinado. En caso de no fijarse uno, se considera que la duración de la disponibilidad es de plazo indeterminado (art. 1410, última parte, CCyC).

El cliente podrá emplear el crédito puesto a su disposición en uno o en varios actos. La suma puesta a disposición del cliente se encuentra determinada, pero la que efectivamente empleará es determinable.

La disponibililidad puede ser simple, en cuyo caso, con el empleo de los fondos, se agota la disponibilidad para el cliente, cesando la obligación del banco, aún cuando no se hubiera aún alcanzado el término del plazo estipulado. Pero las partes pueden pactar que, de efectuar el cliente reembolsos durante el plazo de ejecución del contrato, la disponibilidad se restablezca para su aprovechamiento hasta el vencimiento del plazo, de encontrarse este estipulado, o hasta el preaviso de vencimiento cuando el lapso es indeterminado.

ARTÍCULO 1412.- ***Carácter de la disponibilidad.*** *La disponibilidad no puede ser invocada por terceros, no es embargable, ni puede ser utilizada para compensar cualquier otra obligación del acreditado.*

1. Introducción

La disponibilidad tiene efectos limitados y precisos. La norma da cuenta de una decisión de política legislativa por la que se sustrae la disponibilidad de la acción de los terceros y aún de la del propio banco, como no sea respecto de cuestiones inherentes al contrato específico de apertura de crédito. No se la trata como un derecho de crédito del acreditado, incorporado a su patrimonio desde la celebración del contrato, sino como un derecho a contar con la disponibilidad de la suma acordada, que le será facilitada por el banco en tanto su utilización sea demandada por el cliente.

2. Interpretación

Según este artículo, la disponibilidad no puede ser invocada por terceros. Existe, pero no puede ser tenida en consideración por los acreedores del cliente como un elemento que puedan objetivizar en sus acciones de cobro. De igual modo, tampoco puede ser tenida en consideración por ellos al evaluar la situación patrimonial y la solvencia del acreditado, examen en el que deberán prescindir de la disponibilidad.

Como lógica consecuencia de tal exclusión, impuesta por el arbitrio del legislador, el monto correspondiente a la disponibilidad no empleada por el acreditado no puede ser objeto de embargo, criterio que, en principio, debiera aplicarse a otras medidas cautelares, como podría ser una prohibición de innovar.

De acuerdo a lo establecido en la norma, tampoco el banco puede tener en consideración la existencia de la disponibilidad para consumirla total o parcialmente en la compensación de cualquier otra obligación del acreditado con la entidad.

Parágrafo 5°
Servicio de caja de seguridad

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.*

1. Introducción

La finalidad del contrato de servicio de caja de seguridad es la de proporcionar al cliente bancario un espacio seguro que le permita alojar allí valores con tranquilidad. La tranquilidad del cliente es finalidad de este contrato, y es por ello que una de las obligaciones nucleares del banco en este contrato es la de actuar con idoneidad en la custodia de los locales, aún cuando de la violación de ella no se derive pérdida o sustracción de las cosas depositadas por quien reclama por aquella obligación incumplida, pues el CCyC no lo exige.

El Código no define el contrato de servicio de caja de seguridad, sino que lo configura a partir de la obligación de responder del proveedor profesional; generalmente una entidad bancaria sometida a las reglas establecidas en la materia por la autoridad de superintendencia, en procura de la seguridad de los bienes depositados.

2. Interpretación

2.1. Obligaciones a cargo del proveedor del servicio

El CCyC no define el contrato de servicio de caja de seguridad. Su regulación comienza por la determinación de las obligaciones a cargo de las partes. Así, se establece que el prestador del servicio deberá responder por:

1. la idoneidad de la custodia de los locales;
2. la integridad de las cajas y
3. el contenido de las cajas, según lo pactado y las expectativas creadas en el usuario, para lo que deben tenerse en especial consideración las pautas proporcionadas por la entidad depositaria en su publicidad, y la confianza que pudo haber generado en el cliente por medio de ella (arts. 9°, 961, 1101, 1103, 1379 y 1385 CCyC).

Se trata de obligaciones de resultado, de carácter objetivo, para las que se prevén dos eximentes que, de verificarse, determinan que el prestador no deba responder:

a. caso fortuito externo a su actividad, como podría ser el causado por un fenómeno natural no previsible ni evitable que torne imposible para el obligado el cumplimiento de las obligaciones mencionadas, y
b. que la violación de alguna de esas obligaciones provenga de un vicio propio de las cosas guardadas; como ocurriría, por ejemplo, de colocar en el lugar el depositante sustancias corrosivas, inflamables o explosivos.

La obligación a cargo del proveedor puede limitarse en los términos establecidos en el art. 1414 CCyC.

2.2. Obligaciones del cliente

Si bien en el artículo se mencionan básicamente las obligaciones a cargo del proveedor del servicio, es claro que el cliente deberá la contraprestación estipulada por el uso de la caja y deberá someterse a las condiciones de uso razonablemente establecidas por el proveedor, quien debe adoptar medidas que le permitan controlar el ingreso de personas autorizadas, a fin de poder cumplir con los deberes de seguridad a su cargo.

Por otra parte, es claro, pues así se desprende del contenido del artículo, que aún cuando ello no se estipule en el contrato, el cliente no puede depositar cosas viciosas, entre las

que corresponde incluir no solo a las que puedan generar la destrucción del contenido de la caja de seguridad por él contratada, sino generar daños a terceros, como podría ser el caso de depositarse en la caja material biológico que pueda desprender un factor patógeno que afecte a quienes ingresen al sector.

ARTÍCULO 1414.- ***Límites.*** *La cláusula que exime de responsabilidad al prestador se tiene por no escrita. Es válida la cláusula de limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo sólo si el usuario es debidamente informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador.*

1. Introducción

La estipulación contenida en esta norma guarda coherencia sistémica con lo establecido en los arts. 988 y 1117 CCyC y concs.

2. Interpretación

La cláusula que exime de responsabilidad al prestador afecta a la causa del contrato, que se ve vaciado de contenido y es por ello que, de acuerdo a lo establecido en los arts. 988 y 1117 CCyC y ss., con los que guarda coherencia sistémica, se la tiene por no escrita. Por otra parte, tal es la solución que impone la vigencia del principio de buena fe (arts. 9° y 961 CCyC).

No obstante, dado el secreto de lo guardado por el cliente en la caja y toda vez que el proveedor debe responder por el contenido de ella (art. 1413 CCyC), según lo que el depositante pruebe (art. 1415 CCyC), es admisible que el prestador acuerde con el cliente un tope de responsabilidad. Ello requiere el consentimiento expreso del usuario, quien debe ser especialmente informado al respecto —lo que la entidad deberá acreditar—. Pero dicho límite no se tendrá por convenido si, por su entidad, su bajo monto, importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador.

Como estos contratos suelen prolongarse en el tiempo, puede que cambios en el valor de la moneda determinen la disminución de la entidad del tope fijado, en cuyo caso, de devenir este irrazonable, debe tenérselo por no escrito, ello por protección de la buena fe confianza depositada por el cliente, según lo ya expuesto con relación a la privación de causa del contrato y por aplicación de la regla que impone interpretar las cláusulas en contra del predisponente en los contratos formados por adhesión a cláusulas predispuestas (arts. 987 y 988 CCyC), y a favor del consumidor en los contratos de consumo (art. 1094 CCyC).

ARTÍCULO 1415.- ***Prueba de contenido.*** *La prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio.*

1. Introducción

El secreto habitual en materia de cosas depositadas en una caja de seguridad determina que la posibilidad de acreditar su contenido se encuentre en manos del depositante. Pero se trata de una prueba que a menudo no resulta sencilla, por lo que el CCyC dispone la amplitud de medios.

2. Interpretación

Naturalmente, pueden emplearse todos los medios de prueba admitidos por las normas procesales vigentes en la jurisdicción en la que tramite el proceso, en tanto resulten aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica.

La laxitud de la norma permite establecer que el contenido de la caja de seguridad puede ser probado por cualquier medio, lo que incluye las presunciones formadas a partir de indicios serios, precisos y concordantes.

Como lo ha señalado la jurisprudencia nacional, es posible establecer que una persona que salió de un lugar en el que había cobrado un valor o retirado una joya y veinte minutos después ingresó a su caja de seguridad, debió haber depositado en ella dicho bien. Ante la duda, que para que exista debe estar sustentada en elementos probatorios directos e idóneos para conformar indicios, debe adoptarse la solución que mejor proteja la buena fe depositada por el cliente en el prestador del servicio.

ARTÍCULO 1416.- ***Pluralidad de usuarios.*** *Si los usuarios son dos o más personas, cualquiera de ellas, indistintamente, tiene derecho a acceder a la caja.*

1. Introducción

La norma regula la dinámica funcional del contrato en caso de existir pluralidad de usuarios.

2. Interpretación

Cuando existe una pluralidad de acreedores de una prestación, cabe considerar si cualquiera de ellos puede exigirla indistintamente o si deben hacerlo en forma conjunta. El CCyC establece el acceso indistinto, que obviamente comprende la posibilidad de incorporar elementos al contenido de la caja o de retirar cosas de ella; lo que la entidad proveedora deberá posibilitar sin exigir la concurrencia de otro u otros usuarios, según es de uso y práctica en nuestro medio.

ARTÍCULO 1417.- ***Retiro de los efectos.*** *Vencido el plazo o resuelto el contrato por falta de pago o por cualquier otra causa convencionalmente prevista, el prestador debe dar a la otra parte aviso fehaciente del vencimiento operado, con el apercibimiento de proceder, pasados treinta días del aviso, a la apertura forzada de la caja ante escribano público. En su caso, el prestador debe notificar al usuario la realización de la apertura forzada de la caja poniendo a su disposición su contenido, previo pago de lo adeudado, por el plazo de tres meses; vencido dicho plazo y no habiéndose presentado el usuario, puede cobrar el precio impago de los fondos hallados en la caja. En su defecto puede proceder a la venta de los efectos necesarios para cubrir lo adeudado en la forma prevista por el artículo 2229, dando aviso al usuario. El producido de la venta se aplica al pago de lo adeudado. Los bienes remanentes deben ser consignados judicialmente por alguna de las vías previstas en este Código.*

1. Introducción

En este artículo se prevén las formas de conclusión del contrato y de disposición del contenido de la caja de seguridad. Se prevé también lo relativo a su apertura, en caso de

falta de respuesta del depositario al requerírsele el retiro de los efectos tras el cierre. Aún cuando la norma no lo diga, dada la amplia variedad de bienes que pueden ser depositados en una caja de seguridad, en todo momento la entidad bancaria deberá procurar actuar con la máxima sujeción al principio de legalidad, ya adoptando las medidas que resulten necesarias para preservar adecuadamente la intimidad y la dignidad del cliente (arts. 51, 52, 53, 1097, 1098 y 1770 CCyC), ya formulando las denuncias pertinentes ante las autoridades competentes en caso de encontrar material que pudiera dar cuenta de la comisión de delitos.

2. Interpretación

2.1. Conclusión del contrato de servicio de caja de seguridad

2.1.1. Vencimiento del plazo

Vencido el plazo establecido para la vigencia del contrato de servicio de caja de seguridad, el cliente puede retirar los efectos depositados en la caja.

En caso de no hacerlo, la entidad depositaria deberá intimarlo a hacerlo dentro del plazo de treinta días, bajo apercibimiento de proceder a la apertura forzada, en presencia de escribano público; comunicación que deberá realizar por medio fehaciente, para lo que resultará idóneo el envío de una carta documento.

2.1.2. Resolución

La extinción del vínculo contractual puede producirse, también, por resolución por falta de pago o por cualquier otra causa convencionalmente prevista. Cabe considerar que, dados los términos de la norma, se refiere a causas de resolución y no a supuestos de rescisión unilateral contractualmente previstos.

2.2. Apertura de la caja

En caso de proceder el proveedor a la apertura de la caja de seguridad, debe inventariar su contenido con intervención de un escribano público, quien deberá confeccionar un acta de constatación notarial.

Los efectos encontrados en el interior de la caja de seguridad deberán estar a disposición del cliente por el plazo de tres meses.

2.3. Pago de las sumas adeudadas por el cliente

Tanto los servicios pactados por el mantenimiento del depósito, cuya falta de pago pudo haber dado lugar a la resolución del contrato, como los costos de apertura de la caja y la intervención del escribano, deben ser pagados por el cliente que los motivó por su incumplimiento al deber de retiro de los efectos y pago de lo adeudado.

Si el cliente se presenta dentro de los tres meses en los que los efectos deben estar a su disposición, tras el pago de lo adeudado a la entidad por los conceptos antes mencionados, podrá retirar los bienes. Pero, en caso de no presentarse, al término de dicho plazo el banco podrá cobrar esas sumas debidas por el usuario de las que se hubieran encontrado en el interior de la caja y correspondan a dinero en efectivo. Si no se encontrara dinero en efectivo o el hallado no fuera suficiente para cubrir la deuda, el proveedor podrá disponer la venta en subasta o adjudicación al acreedor, según lo estipulado en el contrato y lo establecido en el art. 2229 CCyC, para lo que deberá dar aviso al usuario.

En tal caso, una vez percibido el cobro de lo adeudado por el cliente, el remanente deberá ser consignado judicialmente con sujeción a lo previsto en los arts. 904 a 909 CCyC.

Parágrafo 6°
Custodia de títulos

ARTÍCULO 1418.- ***Obligaciones a cargo de las partes.*** *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.*

1. Introducción

El CCyC no proporciona una definición de este contrato; pero la custodia de títulos se define a partir de las obligaciones de ambas partes. Si ella es simple, el banco se compromete, a cambio del pago de una remuneración, a ejercer la custodia de esos bienes —opción para la que suele ser solución más práctica el depósito por el servicio de caja de seguridad—. Si se trata de custodia de títulos en administración, el banco— a cambio de una remuneración —asume la custodia de títulos en administración y debe proceder a la guarda, pero también a gestionar el cobro de los intereses o los dividendos y los reembolsos del capital por cuenta del depositante y a proveer la tutela de los derechos derivados de los títulos. En caso de silencio del depositante, se entiende que los títulos fueron depositados bajo el régimen de administración.

El ámbito de aplicación del contrato es reducido porque las emisiones de acciones y obligaciones negociables, así como de bonos públicos o privados u otros valores negociables, se efectúan mediante inscripciones en los registros de la sociedad emisora y no en títulos impresos. La previsión normativa queda prácticamente reservada para acciones de pequeñas sociedades o algunos bonos de renta.

2. Interpretación

El depósito de títulos valores en un banco es un típico contrato bancario por el cual un cliente entrega al banco títulos valores y la entidad financiera se obliga a devolverlos; pero también puede obligarse a cobrar su renta y realizar los demás actos necesarios para la mejor protección de los derechos del cliente, como puede ser la asistencia a asambleas, la obtención de títulos correspondientes a nuevas emisiones, etc.

De acuerdo a lo establecido en el artículo en comentario, en el contrato de custodia de títulos en administración, el banco se compromete a ejercer la obligación medular de custodia, de guarda activa de los títulos depositados por un cliente, pero a ello se agrega la obligación de realizar todos los actos que este habría llevado a cabo para la explotación de sus rentas, de conservarlos en su poder. Así, el banco deberá gestionar el cobro de intereses, dividendos o rembolsos de capital por cuenta del depositante.

En principio, se trata de un depósito regular, por lo que el banco no puede utilizar los valores depositados para su propio uso, salvo que las partes convengan la modalidad prevista en el art. 1420 CCyC.

ARTÍCULO 1419.- ***Omisión de instrucciones.*** *La omisión de instrucciones del depositante no libera al banco del ejercicio de los derechos emergentes de los títulos.*

1. Introducción

Como se ha señalado en el comentario al artículo anterior, el depósito de títulos valores puede tener una modalidad simple, limitada a la custodia de los bienes entregados en depósito, o bien puede ser pactado en administración, supuesto en el que el banco debe realizar diversas actividades de aprovechamiento patrimonial de los derechos derivados del título, por cuenta del cliente. En este artículo se establece a esta última como la modalidad a ejecutar por el banco en caso de ausencia de instrucciones del cliente.

2. Interpretación

La omisión de instrucciones por parte del depositante no libera al banco del ejercicio de los derechos emergentes de los títulos (art. 1419 CCyC), por lo que si nada se estipuló, debe considerarse convenido un depósito de titulos en administración.

En tal caso, el banco deberá evaluar cuáles son las actividades que, de acuerdo a la naturaleza del título del que se trate, debe desplegar para la maximización de los intereses del cliente con relación al valor depositado.

ARTÍCULO 1420.- ***Disposición. Autorización otorgada al banco.*** *En el depósito de títulos valores es válida la autorización otorgada al banco para disponer de ellos, obligándose a entregar otros del mismo género, calidad y cantidad, cuando se hubiese convenido en forma expresa y las características de los títulos lo permita. Si la restitución resulta de cumplimiento imposible, el banco debe cancelar la obligación con el pago de una suma de dinero equivalente al valor de los títulos al momento en que debe hacerse la devolución.*

1. Introducción

El contrato de custodia de títulos tiene una forma básica, en la que su configuración es la de un depósito regular, por el que el banco debe adoptar medidas de custodia o administración con relación a los títulos entregados por el cliente; pero también es posible que las partes acuerden un régimen más cercano al de un depósito irregular, en caso de no mediar disposición de los títulos, o al del mutuo, si ella tiene lugar.

2. Interpretación

Se establece en este artículo que el banco puede ser autorizado por el titular a disponer de los títulos valores por él entregados, restituyendo otros del mismo género, cantidad y calidad o su equivalente en dinero si la restitución se tornara imposible al tiempo de tener que hacerse efectiva.

El contrato tiene por objeto títulos valores, documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se establece, por lo que debe tratarse de títulos homogéneos, jurídicamente fungibles.

En la norma no se hace mención a la remuneración del banco, pero, de considerarla procedente en razón de la finalidad y funcionalidad del contrato, ella habrá de ser es-

tablecida por las partes al tiempo de su celebración o ajustada según los usos de plaza (art. 964 CCyC).

CAPÍTULO 13
Contrato de factoraje

ARTÍCULO 1421.- ***Definición.*** *Hay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos.*

ARTÍCULO 1422.- ***Otros servicios.*** *La adquisición puede ser complementada con servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos.*

ARTÍCULO 1423.- ***Créditos que puede ceder el factoreado.*** *Son válidas las cesiones globales de parte o todos los créditos del factoreado, tanto los existentes como los futuros, siempre que estos últimos sean determinables.*

1. Introducción

Por vía de lo establecido en este capítulo, se incorpora al ordenamiento jurídico argentino una regulación sistemática del contrato de factoraje, denominación adoptada por el CCyC para el conocido como contrato de *factoring*, de la que carecían el CC y el CCom.

Este contrato responde a una práctica comercial desarrollada en países europeos y anglosajones y evolucionó desde la mera intermediación del factor en la venta de mercaderías, por vía de la comisión de ventas, a la actuación como agente financiero, dedicado centralmente al cobro de las facturas expedidas por sus clientes, para llegar a su diseño actual, que incluye una gran variedad de servicios técnicos y financieros, que pueden incluir la administración de la cartera de clientes, el desarrollo de evaluaciones de mercadeo, la elaboración de informes estadísticos, así como la gestion de cobranzas y el adelanto de fondos.

En la Convención Unidroit sobre Factoring Internacional (Ottawa, 1988) se lo define como un contrato celebrado entre una parte, el proveedor, y la otra, la empresa de *factoring*, denominada factor, en virtud del cual:

a. el proveedor puede o debe ceder al factor créditos nacidos de contratos de venta de mercaderías celebrados entre el proveedor y sus clientes, con exclusión de aquellos que versan sobre las mercaderías compradas a título principal para su uso personal, familiar o doméstico;
b. el cesionario debe hacerse cargo de dos de las siguientes funciones: el financiamiento del proveedor, particularmente el préstamo o pago anticipado; llevar las cuotas relativas a los créditos, la cobranza de los mismos y la protección contra el incumplimiento de los deudores; o la cesión de los créditos que debe notificarse a los deudores.

Se trata de un contrato en cuyo diseño se advierte una fuerte influencia del de cesión de derechos, con elementos de la locación de servicios y del mutuo. Su utilidad se vincula con la posibilidad que otorga a las empresas de tercerizar las tareas de cobro, obtener

financiación, aumentando la velocidad de rotación de su capital operativo, y hasta asesoramiento sobre vías para la optimización de sus operaciones.

2. Interpretación

2.1. Concepto

El art. 1421 CCyC proporciona una definición legal del contrato de factoraje, estableciendo que existe cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir, por un precio en dinero determinado o determinable, los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos, asumiendo o no los riesgos.

2.2. Partes

Las partes en este contrato son el factoreado, que es quien efectúa una cesión global de créditos al factor.

El factor es quien se obliga a adquirir esa masa de créditos cedidos por un precio en dinero convenido entre las partes. Se trata de un contrato en el que ambas partes suelen ser empresarios.

2.3. Objeto

El contrato puede comprender la cesion de la totalidad de los créditos generados por el factoreado o un conjunto de ellos. Si se limitara a un único crédito no se trataría de un factoraje, sino de una cesión de derechos, regida según lo dispuesto en los arts. 1614 a 1631 CCyC.

Es de la esencia del factoraje la globalidad de la cesión —que ella incluya la totalidad de créditos correspondientes a determinadas líneas de actividad del factoreado o a todas sus operaciones—, pues ella tiene que ver con la dispersión del riesgo asumido por el factoreado, la que le posibilita adelantar fondos al factor.

La cesión puede referirse a créditos ya determinados, devengados, exigibles o pendientes de vencimiento, presentes o futuros, determinables según alguna pauta objetiva establecida en el contrato. La globalidad de la cesión determina la diferencia sustantiva entre este contrato y el de cesión de derechos, que opera con relación a algún negocio en particular; mientras que lo que se cede, en este caso, es el derecho al cobro de la prestación debida al factoreado por terceros, por operaciones entre ellos realizadas y ejecutadas por el factoreado, un proveedor de bienes o de servicios.

Puede, por esta vía, establecerse un vínculo de plazo indeterminado entre factor y factoreado, al que resultará de aplicación lo previsto en el art. 1011 CCyC.

Cuando el factoraje no incluye la financiación del factoreado por vía del adelanto de fondos por el factor, la doctrina lo llama factoraje "a la vista", cuando sí incorpora ese factor financiero, se lo denomina factoraje "con financiación".

La operación suele prever también la inclusión de aforos y de garantías, en los términos establecidos en el art. 1426 CCyC, así como el acuerdo sobre la prestación de servicios complementarios de administración y de gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa, relacionados con tareas de análisis y operación de los créditos cedidos (art. 1422 CCyC).

2.4. Obligaciones de las partes

2.4.1. Obligaciones del factor

Como obligación básica, el factor se compromete a adquirir globalmente, por un precio en dinero —determinado o determinable, generalmente expresado como una comisión— los créditos originados en el giro comercial del factoreado.

Si el factoraje incluye la previsión de financiación, el factor deberá otorgar anticipos sobre tales créditos, contemplando las garantías o aforos, estipulados según lo previsto en el art. 1426 CCyC, lo que aumenta la rotación del capital operativo del factoreado, quien así puede conceder mayores plazos a sus clientes sin tener que aguardar el vencimiento de sus acreencias para contar nuevamente con liquidez para sustentar sus operaciones.

También se puede convenir la asunción de los riesgos derivados de la posible falta de pago de los créditos, y la provisión de otros servicios, como los de evaluación de operaciones y asesoramiento, por lo que las obligaciones a cargo del factor dependerán de la configuración específica de cada vínculo contractual.

2.4.2. Obligaciones del factoreado

La principales obligaciones del factoreado son las de ceder al factor, globalmente, los créditos contra terceros generados por una parte o por la totalidad de sus operaciones, y la de pagar las sumas acordadas por las distintas prestaciones que ejecute el factor en razón de lo convenido entre las partes, que puede incluir servicios de administración y gestión de cobranza, así como asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de las operaciones desarrolladas por el factoreado. Por su posición, el factor puede advertir cuáles son las líneas de trabajo en las que existe un mayor porcentaje de mora o de créditos impagos, cuáles requerirían de otro sistema de financiación o aun si alguna linea de trabajo del factoreado debiera ser suprimida por las pérdidas que genera, o incrementada por no haber alcanzado todavía el punto de equilibrio.

ARTÍCULO 1424.- ***Contrato. Elementos que debe incluir.*** *El contrato debe incluir la relación de los derechos de crédito que se transmiten, la identificación del factor y factoreado y los datos necesarios para identificar los documentos representativos de los derechos de crédito, sus importes y sus fechas de emisión y vencimiento o los elementos que permitan su identificación cuando el factoraje es determinable.*

ARTÍCULO 1425.- ***Efecto del contrato.*** *El documento contractual es título suficiente de transmisión de los derechos cedidos.*

1. Introducción

Todos los contratos bancarios deben ser hechos por escrito (art. 1386 CCyC). En los arts. 1424 y 1425 CCyC, el Código establece los recaudos que debe reunir el contrato para ser considerado título suficiente para la transmisión de los derechos cedidos.

2. Interpretación

2.1. Contenido del contrato

De acuerdo a lo establecido en este artículo, el contrato debe incluir: 1) la identificación de las partes —factor y factoreado—, con los elementos necesarios para ello, según su na-

turaleza; 2) el detalle de los derechos de crédito que se transmiten; 3) los datos necesarios para identificar los documentos representativos de los derechos de crédito; 4) los importes y fechas de emisión y vencimiento de los créditos transmitidos. En caso de tratarse de un factoraje con relación a créditos determinables, deben establecerse todos los datos y elementos necesarios para posibilitar una individualización objetiva de las operaciones generadoras de los créditos involucrados, precisando su naturaleza y las fechas a considerar para la determinación del lapso de inclusión.

El factor será habitualmente una entidad financiera, se trata de la empresa que adquiere las facturas de sus clientes. El factoreado es el empresario que vende bienes o proporciona servicios a terceros y a plazos.

El contrato debe ajustarse a la forma escrita (art. 1386 CCyC) y puede integrarse por medio de documentación accesoria, a través de la cual se vaya incluyendo, progresivamente, la información de individualización de operaciones determinables al tiempo de la celebración.

2.2. Contrato como título suficiente para la transmisión

De acuerdo a lo establecido en el art. 1425 CCyC, el instrumento del contrato es título suficiente para la transmisión de los derechos cedidos; ello teniendo en consideración que en él se encuentran individualizados los créditos o establecidos los mecanismos para ello, de acuerdo a lo pautado en el art. 1424 CCyC.

La celebración del contrato tiene eficacia entre las partes, pero su oponibilidad requiere de la notificación al deudor cedido, en los términos del art. 1428 CCyC.

ARTÍCULO 1426.- ***Garantía y aforos.*** ***Las garantías reales y personales y la retención anticipada de un porcentaje del crédito cedido para garantizar su incobrabilidad o aforo son válidos y subsisten hasta la extinción de las obligaciones del factoreado.***

1. Introducción

Toda cesión de derechos de crédito entraña un riesgo de incobrabilidad que tiene otra dimensión cuando se trata de una operación global, que comprende un conjunto de operaciones negociales.

2. Interpretación

Por lo establecido en el art. 1426 CCyC, las partes en el contrato de factoraje pueden convenir diversas garantías para reducir los riesgos de incobrabilidad asumidos por el factoreado en la operación, lo que, lógicamente, habrá de incidir en el costo que ella tendrá para el factoreado, pues una reducción del riesgo suele evitar comisiones desmedidas.

De tal modo, la norma prevé, expresamente, tres tipos de mecanismos:

1. garantías reales, que permiten asegurar cualquier crédito, puro y simple, a plazo, condicional o eventual, el que debe individualizarse adecuadamente por medio de sus sujetos, objeto y causa (art. 2187 CCyC), quedando cumplido el requisito de la especialidad con la expresión del monto máximo del gravámen (art. 2189 CCyC);
2. garantías personales, las que por vía del contrato de fianza puede garantizar toda obligación actual o futura, incluso la de otro fiador (art. 1577 CCyC); y

3. aforo, que es el porcentaje deducido del valor nominal de cada crédito, que el factor retiene cuando adelanta el pago al factoreado, con la finalidad de cubrir el riesgo de incobrabilidad.

Habitualmente, la financiación otorgada por el factor comprende un porcentaje importante de las facturas globalmente cedidas en el contrato; pero un 10% o 20% de las operaciones se constituyen en garantía para cubrir el riesgo de incobrabilidad.

ARTÍCULO 1427.- ***Imposibilidad del cobro del derecho de crédito cedido.*** *Cuando el cobro del derecho de crédito cedido no sea posible por una razón que tenga su causa en el acto jurídico que le dio origen, el factoreado responde por la pérdida de valor de los derechos del crédito cedido, aun cuando el factoraje se haya celebrado sin garantía o recurso.*

1. Introducción

El artículo regula una garantía de saneamiento con relación a la eventual ineficacia del derecho del crédito cedido, lo que es lógico en una operación a título oneroso de las características de la involucrada en un contrato de factoraje.

2. Interpretación

Más allá de las garantías expresamente establecidas para resguardar el cobro de los créditos cedidos, existe una seguridad implícita, propia de los actos a título oneroso, establecida por este artículo, consistente en que, en caso de no ser posible el cobro de un derecho de crédito cedido, por razones que tengan su causa en el acto jurídico que le dio origen —como diversos supuestos de ineficacia genéticos, como los vicios de la voluntad o del acto jurídico, o sobrevinientes, como los que pueden determinar la resolución del vínculo contractual correspondiente al crédito—, el factoreado debe responder ante el factor por la pérdida de valor representado por ese derecho, aún cuando el contrato de factoraje haya sido celebrado sin garantía o recurso. Se trata de una garantía relativa a la existencia y la legitimidad del crédito cedido, propia de los actos a título oneroso, que —por su carácter de norma supletoria— puede ser soslayada por acuerdo de partes.

Por argumentación a contrario, cabe considerar que fuera de los supuestos indicados, el factoreado asume los riesgos de la eventual insolvencia del deudor cedido.

ARTÍCULO 1428.- ***Notificación al deudor cedido.*** *La transmisión de los derechos del crédito cedido debe ser notificada al deudor cedido por cualquier medio que evidencie razonablemente la recepción por parte de éste.*

1. Introducción

La notificación al deudor cedido es necesaria, entre otras cuestiones, por una razón básica, como es que es preciso que aquel sepa dónde debe realizar el o los pagos que adeude al factoreado. Es también relevante a los efectos de la oponibilidad de la operación de factoraje.

2. Interpretación

De acuerdo a lo establecido en este artículo, no se impone un mecanismo en particular para la notificación al deudor cedido. Impera el principio de efectividad y, por eso ella

debe ser efectuada por cualquier vía que posibilite la recepción de parte del deudor, la que se tiene por operada cuando el destinatario la conoció o debió conocerla, sea ella verbal, opere por la recepción en su domicilio de un instrumento o se produzca por otro modo útil (art. 983 CCyC). Nuevamente aquí el Código opera con el criterio de la recepción para establecer el momento a partir del que se producen determinados efectos. A partir de la celebración del contrato de factoraje, y con relación a las operaciones futuras que constituyan la causa fuente de la facturación cedida, la notificación puede hacerse por vía de la información de facturación o de la documentación empleada para concretarla.

CAPÍTULO 14(*)

Contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio

ARTÍCULO 1429.- ***Normas aplicables.*** *Los contratos celebrados en una bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, en tanto éstos sean autorizados y operen bajo contralor estatal, se rigen por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control. Estas normas pueden prever la liquidación del contrato por diferencia; regular las operaciones y contratos derivados; fijar garantías, márgenes y otras seguridades; establecer la determinación diaria o periódica de las posiciones de las partes y su liquidación ante eventos como el concurso, la quiebra o la muerte de una de ellas, la compensación y el establecimiento de un saldo neto de las operaciones entre las mismas partes y los demás aspectos necesarios para su operatividad.*

1. Introducción

Este artículo se encarga de conceptualizar y caracterizar a los contratos celebrados en las bolsas o mercados de comercio o de valores, permitiendo establecer la tipicidad y ámbito de competencia de un contrato antes no regulado en ningún código de fondo.

2. Interpretación

El art. 1429 CCyC establece que el conjunto de hechos y actos jurídicos que surgen de la operación bancaria, con el fin de obtener un resultado económico, se regirán por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de contralor.

La regulación legal de las operaciones realizadas en bolsas, mercados de comercio o de valores se encuentra establecida bajo la hoy unificada Ley de Mercados de Capitales (LMC).(17) Esta ley tiene por objeto la regulación de los sujetos y valores negociables comprendidos dentro del mercado de capitales, bajo la reglamentación y el control de la Comisión Nacional de Valores (CNV).

Se estima razonable la existencia de un organismo estatal que ejerza el poder de policía sobre las entidades bursátiles, sociedades privadas y de economía mixta. La CNV actúa como entidad autárquica nacional y con jurisdicción en todo el territorio del país, siendo su función la de actuar como organismo controlador de la actividad.

(*) Comentario al art. 1429 elaborado por Verónica Sandler Obregón.

(17) Ley 26.831 de Mercados de Capitales, BO 28/12/2012.

Entre otras definiciones, la LMC califica a los mercados como sociedades anónimas autorizadas por la CNV con el objeto principal de organizar las operaciones con valores negociables que cuenten con oferta pública. Estos mercados dictan, bajo la supervisión de la CNV, las reglamentaciones a que se sujetan los operadores y las operaciones que se realizan en su ámbito.

Las operaciones que se realizan en bolsas o mercados usualmente se conciertan a través de agentes, también supervisados y autorizados por la CNV, que llevan a cabo actividades de negociación, colocación, distribución, corretaje, liquidación y compensación, custodia y depósito colectivo de valores negociables. Cuando la negociación se realiza bajo el régimen de oferta pública, los mercados deben garantizar ciertos principios, tales como el de protección del inversor, equidad, eficiencia, transparencia, no fragmentación y reducción del riesgo sistémico.

La LMC obliga a los mercados a constituir o contar en su ámbito con un tribunal arbitral permanente,[18] al que estarán sometidas en forma obligatoria las entidades cuyos valores negociables se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores. Según dispone el art. 46 de la ley, quedan comprendidas en la jurisdicción arbitral todas las acciones derivadas de la ley de sociedades comerciales, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos. Este arbitraje es obligatorio para la sociedad cotizante, pero los reglamentos deberán dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores para optar por acudir a los tribunales judiciales competentes.

La norma, en conclusión, reconoce la especificidad de los contratos celebrados en bolsas o mercados y las reglas particulares a las cuales están sometidos, dado el ámbito en que se conciertan, personas intervinientes, bienes sobre los que recae, y formalidades propias de la actividad.

CAPÍTULO 15(*)
Cuenta corriente

ARTÍCULO 1430.- ***Definición.*** ***Cuenta corriente es el contrato por el cual dos partes se comprometen a inscribir en una cuenta las remesas recíprocas que se efectúen y se obligan a no exigir ni disponer de los créditos resultantes de ellas hasta el final de un período, a cuyo vencimiento se compensan, haciéndose exigible y disponible el saldo que resulte.***

Fuentes y antecedentes: art. 771 CCom.

1. Introducción

Si bien la cuenta corriente mercantil se encontraba regulada en el CCom., el CCyC, al unificar la materia civil y la comercial, suprimió de la denominación del contrato la expresión

(18) Art. 32, inc. f, ley 26.831: "Funciones. Los mercados deben contemplar las siguientes funciones principales, de acuerdo a las características propias de su actividad específica: (…) f) Constituir tribunales arbitrales, conforme lo dispuesto en el artículo 46 de la presente ley…". Ley 26.831, art. 32, inc. f).

(*) Comentarios a los arts. 1430 a 1441 elaborados por Cecilia Kandus.

"mercantil" con la intención de que su uso se extienda a cualquier persona, y no solamente a los sujetos que realizan una actividad económica organizada.

En una economía de mercado sin fronteras, caracterizada por un exponencial desarrollo del comercio vía electrónica y por la delineación de un derecho de los negocios cuyo centro es el empresario en su relación con el consumidor —una figura más abarcativa que la del comerciante individual, existente en el anterior CCom.—; en una economía que comprende relaciones en masa propias de los contratos de distribución y de redes de contratación conexa, la cuenta corriente conserva su funcionalidad como herramienta para la cobertura de un sinnúmero de necesidades, incluso las del consumidor.

2. Interpretación

2.1. Antecedentes

Conforme enseña la doctrina, el contrato de cuenta corriente "mercantil" nació como una necesidad de los comerciantes —para algunos, en el siglo XV—. La contabilidad en cuenta corriente tenía por objeto evitar el transporte de numerario con motivo de cada operación, cuando dos comerciantes realizaban entre sí operaciones en forma continuada. Así, si bien los comerciantes anotaban tales operaciones en dos columnas —y, periódicamente, las compensaban para obtener un saldo—, los distintos créditos no perdían su individualidad.

En nuestro país, el CCom. de 1862 solo contenía disposiciones aisladas sobre la cuenta corriente mercantil. El art. 771 —antecedente del actual— fue producto de la Reforma de 1889 y tomado del Proyecto de Villegas-Quesada de 1873 —quienes a su vez se inspiraron en el Código de Chile y en los autores franceses Delamarre y Le Pointvin—. Luego, hubo varios proyectos de reforma en los años 1987, 1992 y 1998, hasta llegar a la regulación actual.

2.2. Definición

La cuenta corriente es un contrato en virtud del cual las partes (denominadas "corresponsales", "correntistas" o "cuentacorrentistas") convienen que los créditos y deudas que arrojen las operaciones que efectúen en determinado lapso pierdan su individualidad y se fundan en dos masas contrapuestas para liquidarse en la fecha convenida, compensándose hasta la concurrencia de la menor, a fin de obtener, si resultan desiguales, un saldo, deudor para una y acreedor para la otra. Importa, pues, una concesión recíproca de crédito.

Las partes intervinientes en la cuenta corriente se llaman corresponsales, correntistas o cuentacorrentistas: por un lado, está quien envía las mercaderías o valores y, por el otro, está quien las recibe. Las transferencias o partidas de dinero u otros valores se llaman "remesas", término contable que alude a la anotación/asiento del crédito resultante de la operación, siempre que sea susceptible de ingresar en la cuenta corriente, conforme las pautas del art. 1431 CCyC.

No se trata de un mero sistema de contabilidad, dado que esa operatoria es característica también de otras cuentas, como la simple o de gestión, la apertura de crédito en cuenta corriente y el depósito en cuenta corriente. Es un contrato en donde dos sujetos —vinculados, generalmente, por un tráfico continuado o asiduo— se ponen de acuerdo para compensar sus créditos, que son el producto del conjunto de operaciones recíprocas, y al final, determinar el saldo para saber cuál de ellos resulta deudor y cuál acreedor.

De ello resulta que no se agota en una sola actividad, como en la mayoría de los contratos, sino que requiere el acuerdo contractual previo, en el que debe existir el ánimo compensatorio, más un conjunto de operaciones que determinarán un saldo y su cancelación. El acuerdo contractual puede ser expreso o tácito, pero necesariamente debe incluir operaciones recíprocas entre los cuentacorrentistas, vale decir, la realización de diversas remesas debitadas regularmente al receptor, quien las acredita al primero y viceversa.

2.3. Características esenciales

Entre las características esenciales de este contrato figuran:

a. cada parte no asume desde el principio y en forma invariable el carácter de deudor o de acreedor, el cual puede corresponderle a una u otra, ya que el otorgamiento de crédito es recíproco y resulta menester esperar la fecha de la liquidación y compensación y el saldo que ella arroje.
b. las operaciones se liquidan al final del período, cuando se realiza la compensación y determinación del saldo respectivo (indivisibilidad); y
c. deben existir remesas recíprocas, sin aplicación determinada (reciprocidad).

La doctrina destaca otra característica de este contrato: la relación de crédito, que redunda en celeridad en el tráfico y se vincula con la ventaja de efectuar una liquidación periódica antes que liquidar las operaciones una por una. En aquella se integran todas las transacciones realizadas. La "masificación" o "pérdida de individualidad" de las operaciones no significa que el acreedor no deba dar cuenta de ellas al deudor, sino que se unifican en un saldo que, conformado al final de un período determinado, indicará quién resulta deudor y quién, acreedor.

2.4. Función económica del contrato

La cuenta corriente puede resultar una herramienta idónea para los empresarios y contratantes en general, dado que en virtud del principio de indivisibilidad que la caracteriza, el crédito otorgado a través de esta forma de contratación permite obtener costos sensiblemente más bajos que los que se deberían afrontar si se recurre a los bancos o a compañías financieras.

La doctrina ha señalado como ventajas, las siguientes:

a. permite la multiplicación de los capitales al facilitar el uso de los pertenecientes a la otra parte, dado que la obligación de abonar las deudas provenientes de las mutuas operaciones realizadas se efectúa al final de un período determinado;
b. produce el aumento de la productividad de los capitales, dado que las partidas devengan intereses;
c. simplifica la actividad de ambas partes, dado que evita tanto el envío constante de facturas y documentos como los movimientos de dinero, reduciendo riesgos y gastos.

2.5. Clasificación del contrato

Al contrato de cuenta corriente se lo puede clasificar como:

a. Consensual (art. 957 CCyC): se perfecciona con el simple consentimiento de las partes. Vale recordar que el CCyC eliminó la categoría de contratos reales, con la cual se caracterizaba a esta figura.

b. Conmutativo (art. 968 CCyC): cada contratante busca y obtiene una ventaja a cambio de una prestación equivalente. El hecho de no saber quién resultará acreedor al cerrarse la cuenta no envuelve un alea. No hay ganancias que dependan de un acontecimiento incierto, sino que, de las remesas que voluntariamente se hayan hecho, resultará quién es deudor. Empero, en este tipo de contratos de larga duración, debe interpretarse la conmutatividad mediante un concepto relacional y dinámico que permita revisar si se mantiene la reciprocidad en las prestaciones.

c. Bilateral o sinalagmático (art. 966 CCyC), pues impone obligaciones recíprocas a las dos partes.

d. Oneroso (art. 967 CCyC), ya que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose uno en beneficio de otro. Además, prevé la compensación de los valores incorporados a la cuenta al final del período y la producción de intereses, tal como lo establece el art. 1433 CCyC.

e. De ejecución sucesiva o continuada: es un contrato de duración, que se desarrolla mediante una serie de asientos que tienen lugar en forma sucesiva durante un determinado lapso;

f. Normativo: establece, entre los cuentacorrentistas, un mecanismo general o modo de regular sus operaciones futuras y eventuales, debiendo integrarse, en caso de silencio, conforme el art. 964 CCyC.

g. Nominado, dado que se encuentra regulado —conforme la clasificación que resulta del art. 970 CCyC—.

h. No formal (art. 969 CCyC), ya que está sometido a ninguna formalidad. Los asientos en los libros sirven para comprobar la existencia de las remesas, pero no para la demostración del contrato —que puede acreditarse por cualquier medio de prueba (art. 1019 CCyC)—.

i. "*Intuitu personae*", pues tiene por fundamento la mutua confianza que las partes se dispensan para concertar el contrato (art. 1024 CCyC). Por ello, el art. 1441 CCyC establece como causa de extinción de aquel, la muerte o incapacidad de cualquiera de los contratantes.

j. De larga duración (art. 1011 CCyC), ya que, tratándose de un contrato que puede ser de plazo indeterminado (art. 1432, inc. b, CCyC), resulta esencial el deber de actuación cooperativa, respetando la reciprocidad de las obligaciones asumidas en el contrato (art. 961 CCyC). También será relevante el plazo de preaviso en el cual se ejerza la facultad de rescisión unilateral por parte de los contratantes (arts. 10 y 988 CCyC).

La cuenta corriente no obliga a realizar contratos, sino que establece cómo se regularán sus efectos para el caso eventual de que se celebren. Como es obvio, para que este contrato produzca efectos útiles, será menester que, entre las partes, se celebren negocios jurídicos de los cuales nazcan créditos o deudas que permitan el funcionamiento de la cuenta corriente.

2.6. Prueba del contrato

El principio general se encuentra regulado en el art. 1019 CCyC, referido a los contratos no formales, que establece la admisión de todo medio de prueba que permita alcanzar una razonable convicción de su existencia, conforme las reglas de la sana crítica, y con arreglo a las leyes procesales locales.

El art. 789 CCom. permitía acreditar su existencia mediante cualquiera de los medios probatorios admitidos por ese Código, pero con la limitación establecida en el art. 209 del mismo ordenamiento legal con relación la prueba testimonial cuando no existía principio de prueba por escrito.

En cuanto a las anotaciones contables, fueron admitidas por la doctrina en tanto surgiera la existencia de una cuenta corriente, no siendo, en principio, suficientes por sí solas las simples imputaciones, entregas y recibos de sumas de dinero con aplicación de empleos determinados; o el asiento de mercaderías vendidas y sumas pagadas a cuenta de ellas, en las cuentas abiertas a clientes que no abonaban al contado. En tal caso, se las calificó como "cuentas simples o de gestión".

Ahora bien, la doctrina ha establecido que la escritura no es indispensable para la prueba de la existencia del contrato, extremo que no se debe confundir con la relación en cuenta corriente —que puede ser acreditada por medio de asientos contables—.

En este aspecto, cabe recordar que no está aquí comprometido, en principio, el orden público, puesto que se trata de un pacto entre dos cuentacorrentistas respecto de la concertación del contrato y su ejecución. Por ende, la voluntad de los contratantes puede llegar a inferirse de los actos que han realizado y, por ello, la doctrina de los actos propios será una herramienta útil como elemento de interpretación del contrato por parte del juzgador (art. 1067 CCyC).

Además, la cuenta corriente es un contrato en general no escrito, salvo entre grandes empresas y sus distribuidores —en cuyo caso, usualmente, es un contrato escrito que va acompañado de una hipoteca para garantizar el saldo deudor—. Por ello, resulta relevante que el análisis sea integral, abarcando la totalidad de las operatorias existentes entre las partes, incluyendo la conducta que estas hayan observado durante la relación contractual (arts. 1061, 1065 y 1067 CCyC).

2.7. Prescripción

El art. 790, párr. 1, CCom. establecía la prescripción quinquenal de las siguientes acciones:

a. solicitar el arreglo de la cuenta corriente;

b. solicitar el pago del saldo, judicial o extrajudicialmente reconocido; y

c. exigir la rectificación de la cuenta por errores de cálculo, omisiones, artículos extraños, o indebidamente llevados al débito o crédito, o duplicación de partidas.

Asimismo, el art. 790, párr. 2, CCom. disponía que prescribían, por igual término, los intereses del saldo, siendo pagaderos por año o por períodos más cortos.

El CCyC no establece un plazo especial de prescripción para este contrato, por lo que corresponderá atenerse al principio general que resulta del art. 2560 CCyC —que coincide con el quinquenal, que ya existía para esta figura en el CCom.—.

El plazo se computa, en general, desde que nace el derecho —vale decir que, tratándose de créditos, correrá desde que estos son exigibles—. Con la legislación anterior se entendía que el plazo de prescripción de las acciones mencionadas en el art. 790 CCom. corría desde la conclusión de la cuenta corriente, salvo de aquella que tenía por objeto el arreglo de la misma, es decir, aquella que tendía a lograr la determinación de un saldo exigible cuando esa cuenta no registraba movimientos posteriores y los

cuentacorrentistas no habían fijado un término de vencimiento del contrato, en cuyo caso la prescripción corría desde el último asiento registrado. En el caso de la acción por cobro del saldo, judicial o extrajudicialmente reconocido, el plazo corría desde que era exigible —vale decir, desde que tuvo lugar el reconocimiento o, si estaba sujeto a plazo o condición, desde el vencimiento del primero o desde el cumplimiento de la segunda— y la acción por cobro de los intereses del saldo definitivo, desde la fecha en que eran exigibles.

Dichas pautas serán aplicables en la regulación actual en tanto sean compatibles con los principios generales sentados en materia de prescripción (art. 2560 CCyC y conc.) y con las normas específicas de este contrato (arts. 1432, 1438, 1441 CCyC y conc.).

2.8. Diferencia con las cuentas simples o de gestión

Las cuentas simples o de gestión son meras cuentas abiertas entre empresarios y sus clientes —generalmente, proveedores o mayoristas—, que tienen por función otorgar cierto crédito a estos últimos o conceder cierta espera en el pago de las operaciones celebradas. Suponen fluidez o habitualidad en el trato empresarial de ambas partes, presuponiendo también una dosis de confianza que debe necesariamente existir.

A diferencia de lo que ocurría en el art. 772 CCom., el CCyC no legisló la cuenta simple o de gestión. Estas se distinguen de la cuenta corriente en que, en aquella, ninguna de las operaciones pierde su individualidad, pudiendo en consecuencia, reclamarse los créditos individualmente, sin que de ninguna manera queden extinguidos por su inclusión en la cuenta. No existen remesas recíprocas, sino que una de las partes asienta el envío de mercaderías vendidas y la otra se limita a pagar sumas a cuenta de ello.

En la cuenta de gestión, las deudas y los créditos allí incluídos conservan su individualidad y solo se ordenan en dos columnas —de deber y haber—, para facilitar la obtención del saldo a favor de una de las partes, por tratarse de cantidades de un denominador común. Los créditos conservan su exigibilidad y el cobro de cualquiera de ellos, no cubiertos con las entregas, puede ser reclamado dentro de las condiciones de cada contrato. Asimismo, los fondos entregados por una de las partes tienen una imputación concreta, destinada a cancelar los débitos correspondientes. Se trata de una forma cómoda de contabilidad en la cual se asientan una serie de contratos autónomos.

Por ello, la cuenta simple o de gestión constituye un método de contabilidad que no altera la naturaleza de las relaciones jurídicas originarias y en el cual los créditos conservan su exigibilidad, y el cobro de cualquiera de ellos, no cubiertos con las entregas del deudor, puede ser reclamado judicialmente en forma individual.

ARTÍCULO 1431.- ***Contenido.*** ***Todos los créditos entre las partes resultantes de títulos valores o de relaciones contractuales posteriores al contrato se comprenden en la cuenta corriente, excepto estipulación en contrario. No pueden incorporarse a una cuenta corriente los créditos no compensables ni los ilíquidos o litigiosos.***

1. Introducción

La cuenta corriente está integrada, salvo pacto en contrario, por todos los créditos resultantes de títulos valores y relaciones contractuales posteriores al contrato, en tanto se trate de créditos compensables —vale decir, que no sean ilíquidos ni litigiosos—. A estos

créditos se los denomina "remesas", las cuales pierden su individualidad al ingresar a la cuenta y, por ende, resultan inexigibles hasta el final del período, momento en el cual se determinará, mediante compensación, el saldo resultante y cuál de las partes resulta deudora y cuál, acreedora.

2. Interpretación

2.1. Aspectos generales

En la cuenta corriente no se asientan operaciones, sino simplemente créditos y deudas; por ello, si bien el artículo en estudio indica que todos los créditos resultantes de títulos valores o relaciones contractuales pueden integrar la cuenta, no se debe confundir las cosas objeto de una operación con el valor de ellas —que, a su término, constituye un crédito o un débito que se incorpora a la cuenta corriente—. Determinar cuándo una partida es susceptible de ingresar o no en la cuenta corriente es una cuestión de hecho que depende de la voluntad de los corresponsales; pero en general, tal como indica la norma, deben ser títulos valores o relaciones contractuales posteriores al contrato susceptibles de compensación (art. 921 CCyC y ss.), quedando excluidas aquellas remesas no compensables (art. 930 CCyC), ilíquidas o litigiosas. Tampoco pueden incorporarse a la cuenta corriente aquellas partidas destinadas a un fin determinado.

2.2. Concepto de remesa

El estudio del contenido del contrato de cuenta corriente conlleva a la definición del concepto de "remesa". Se denomina así a toda operación o negocio jurídico entre los cuentacorrentistas que determina el nacimiento de un crédito para uno de ellos contra el otro. El concepto no se circunscribe a la entrega material de la cosa, sino que se refiere a cualquier operación de la que derive una situación de crédito para alguno de los cuentacorrentistas. No es el asiento en la cuenta corriente lo que hace nacer el crédito, sino el efecto de esa negociación anterior. Las remesas son facultativas, dado que se efectúan por las partes a su arbitrio, no pudiendo un contratante obligar al otro a que las haga. Vale decir, no hay obligación de realizar operaciones sino de asentar en la cuenta los créditos derivados de ellas. Por ello, si bien la remesa implica la ejecución del contrato celebrado, no constituye un requisito indispensable para su perfeccionamiento.

Asimismo, cabe aclarar que se suprimió en la redacción la expresión "*en propiedad*" utilizada en el art. 771 CCom., dado que, tal como indicaba ya la doctrina mayoritaria, las cosas objeto de la operación no pasan a ser propiedad del receptor, pues, si así se entendiera, quedarían fuera de la cuenta corriente la consignación, la locación y, en general, todas las operaciones que no sean compraventas. Es por ello que la transferencia en propiedad, a la que aludía el art. 771 CCom., en realidad indicaba la de su valor, incorporado a la respectiva cuenta.

2.3. La inexigibilidad de los créditos incorporados a la cuenta

El efecto fundamental de la cuenta corriente es la inexigibilidad de los créditos recíprocos hasta la conclusión del período, momento a partir del cual se sabrá quién es deudor o acreedor, autorizando la ley, a partir de tal oportunidad, a la ejecución del saldo. Por ello, el cuentacorrentista, al realizar la remesa, pierde el derecho a exigir su contravalor mientras el contrato de cuenta corriente se encuentre vigente —vale decir, renuncia a hacer valer el crédito nacido a su favor—. Las remesas sucesivas incluidas en la cuenta quedan sujetas a

la compensación al final del período y, en ese lapso, dejan de ser exigibles y disponibles aisladamente. Esa unidad e indivisibilidad deriva de la concesión del crédito recíproco.

Cada crédito asentado en la cuenta corriente se mantiene con todos sus atributos individuales, solo afectado por un estado de inexigibilidad inmediata, y solo podrá demandarse el saldo que resulte al final del período, una vez compensados aquellos.

2.4. La compensación al final del período

La compensación constituye una de las características esenciales de la cuenta corriente, que se traduce en la inexigibilidad de los valores remitidos por los cuentacorrentistas hasta el final del período respectivo. Con ella se evitan las transferencias de dinero en los dos sentidos y se hace un solo pago: el pago del saldo.

El saldo resultante de la compensación requiere aprobación del cuentacorrentista receptor en los términos del art. 1438 CCyC —sin que posea efectos novatorios— y constituirá el fundamento de la acción por el crédito resultante (art. 1440 CCyC), con prescindencia de los negocios jurídicos individuales cuyos montos fueron incorporados oportunamente a la cuenta.

ARTÍCULO 1432.- ***Plazos.*** *Excepto convención o uso en contrario, se entiende que:*

a. *los períodos son trimestrales, computándose el primero desde la fecha de celebración del contrato;*

b. *el contrato no tiene plazo determinado. En este caso cualquiera de las partes puede rescindirlo otorgando un preaviso no menor a diez días a la otra por medio fehaciente, a cuyo vencimiento se produce el cierre, la compensación y el saldo de la cuenta; pero éste no puede exigirse antes de la fecha en que debe finalizar el período que se encuentra en curso al emitirse el preaviso;*

c. *si el contrato tiene plazo determinado, se renueva por tácita reconducción. Cualquiera de las partes puede avisar con anticipación de diez días al vencimiento, su decisión de no continuarlo o el ejercicio del derecho que se indica en el inciso b), parte final, de este artículo, después del vencimiento del plazo original del contrato;*

d. *si el contrato continúa o se renueva después de un cierre, el saldo de la remesa anterior es considerado la primera remesa del nuevo período, excepto que lo contrario resulte de una expresa manifestación de la parte que lleva la cuenta contenida en la comunicación del resumen y saldo del período, o de la otra, dentro del plazo del artículo 1438, primer párrafo.*

1. Introducción

Este artículo regula los plazos del contrato de cuenta corriente, estableciendo —salvo pacto o uso en contrario— el momento en que se realiza la compensación y se determina el saldo, según tenga o no plazo determinado. Además, tal como sucede en los contratos de larga duración (art. 1011 CCyC), establece la forma de rescindir el contrato mediante un preaviso de diez días, como así también la posibilidad de renovarlo en los mismos términos (tácita reconducción) y de trasladar el saldo resultante como primer remesa al período siguiente.

2. Interpretación

2.1. Aspectos generales

Este artículo regula, salvo convención o uso en contrario, el plazo en el que se computa el saldo, la tácita reconducción y la forma de exteriorizar la voluntad rescisoria, en los casos en que se encuentre determinado por las partes el lapso de duración del contrato.

La doctrina ha señalado que, dado que se trata de un contrato basado en la confianza y cordialidad recíprocas, de ejecución continuada o sucesiva (art. 1011 CCyC), cuando no se encuentra definido el plazo, resulta indudable que cualquiera de las partes puede darlo por terminado cuando así le convenga, dado que se entiende que si las partes no le fijaron un término, se han reservado implícitamente la facultad de concluirlo.

En este tipo de contratos tiene influencia decisiva el cumplimiento de los deberes vinculados con la buena fe —lealtad y creencia, cooperación— a lo largo de todo el tiempo que dure la vinculación de los contratantes (art. 961 CCyC) y la existencia de derechos potestativos —como el desistimiento unilateral— (art. 1077 CCyC).

2.2. Análisis de los incisos

El inciso a establece que los períodos de cierre parciales son trimestrales y que se computará el primero desde la fecha de celebración del contrato. No se debe confundir la extinción del contrato de cuenta corriente con los cierres parciales que se efectúan periódicamente, previstos en este inciso. Su finalidad es simplificar las operaciones y precisar el estado de la cuenta en un momento dado. El saldo obtenido en ese lapso pasará como primera partida del nuevo período, salvo manifestación en contrario (inc. d).

El inciso b dispone que, si el contrato es de plazo tácito —no tiene pactado plazo—, cualquiera de los cuentacorrentistas, por decisión unilateral, puede rescindir el contrato otorgando un preaviso no menor a diez días por medio fehaciente, efectuado antes de la fecha de cierre del período que se encuentre en curso (art. 1078 CCyC). En tal caso, a los diez días, se producirá el cierre de la cuenta, la compensación y la determinación del saldo.

En el inciso c se prevé el supuesto de tácita reconducción del contrato con plazo determinado, y la posibilidad de cualquiera de los cuentacorrentistas de rescindirlo —con un preaviso de diez días antes de su vencimiento o, de no continuarlo, en la forma establecida en la parte final del inc. b—.

Por último, el inciso d establece que, si el contrato continúa o se renueva después del cierre, el saldo de la remesa anterior se incorpora como primera remesa del nuevo período, salvo que el que reciba el resumen de cuenta ejerza dentro del plazo de diez días la facultad prevista en el art. 1438, párr. 1, CCyC; o que, en el mismo lapso, el que lo envíe manifieste su voluntad de no continuar o no renovar el contrato.

ARTÍCULO 1433.- ***Intereses, comisiones y gastos.*** *Excepto pacto en contrario, se entiende que:*

a. *las remesas devengan intereses a la tasa pactada o, en su defecto, a la tasa de uso y a falta de ésta a la tasa legal;*
b. *el saldo se considera capital productivo de intereses, aplicándose la tasa según el inciso a);*
c. *las partes pueden convenir la capitalización de intereses en plazos inferiores al de un período;*

d. *se incluyen en la cuenta, como remesas, las comisiones y gastos vinculados a las operaciones inscriptas.*

1. Introducción

La norma indica que tanto las remesas como el saldo generan intereses, autoriza la capitalización de intereses por plazos inferiores al de un período e incluye como remesas a las comisiones y gastos vinculados a las operaciones incluidas en la cuenta.

2. Interpretación

La generación de intereses es una de las características de este contrato y, dado el carácter oneroso de las partidas que integran la cuenta, no se admite que los capitales queden improductivos.

Según el tipo de acuerdo celebrado entre las partes, puede darse una triple producción de intereses: la primera, a partir del asiento de la remesa; la segunda, con cada balance parcial; y la tercera, a partir de la determinación del saldo definitivo.

En principio, entonces, el inciso a determina que la tasa de interés queda librada a las partes, las que pueden establecer distintos porcentuales en función de la naturaleza de las operaciones, o convenir que solo corran después de determinado lapso de incluida la partida en la cuenta, o durante determinado plazo. También pueden pactar diversa medida de los intereses para cada uno de los cuentacorrentistas o que ciertas remesas no devenguen intereses. En el inc. a, el artículo establece que, en su defecto, la tasa será la usual y, a falta de esta, la legal.

En cuanto al punto de partida del cómputo, nada dice el articulado, pero la doctrina ha entendido que los intereses corren automáticamente, desde que los créditos quedan incluidos en la cuenta corriente —vale decir, desde que sean exigibles si no mediara esta—, y sin perjuicio de su eventual anotación material en la cuenta, en caso de existir.

El inciso b establece que el saldo se considera capital productivo de intereses, calculados a la tasa conforme el inc. a, tal como lo disponía el anterior art. 785 CCom. Hay que distinguir entre los intereses del saldo, aquí contemplados, de los intereses que produzcan los valores incorporados como remesas a la cuenta corriente —previstos en el inc. a—, pues los primeros no integran el saldo de la cuenta, toda vez que es este quien los produce, considerado como capital. En el segundo caso, por el contrario, los intereses integran el saldo, formando parte del mismo como capital.

El inciso c permite a las partes convenir la capitalización de intereses en plazos inferiores al de un período, a diferencia de lo que disponía el art. 788 CCom., que solo lo autorizaba por períodos no menores a tres meses.

Por último, el inc. d determina que se encuentran incluidos en la cuenta, como remesas, las comisiones y gastos vinculados a las operaciones registradas, tal como lo establecía el art. 788 CCom. Se trata de las comisiones y gastos de las operaciones celebradas entre los cuentacorrentistas, de las cuales emanan los créditos que alimentan la cuenta corriente. Dichos ítems integran el concepto de remesa como sinónimo de cualquier crédito que se incorpore a la cuenta corriente.

Las comisiones, dice el artículo, se deben vincular a las operaciones inscriptas, por lo que no pueden cobrarse por el simple hecho de que un crédito haya sido incluido en la cuenta corriente. La doctrina ha señalado que no resultaría procedente cobrar una comisión en una compraventa —ya que, por la inclusión de ese crédito, el cuentacorrentista percibirá intereses—, ni tampoco cuando el saldo definitivo pasa a una nueva cuenta; pero sí en el caso de operaciones que, por su propia naturaleza, devengan ese tipo de gasto (*v. gr.*, consignaciones y casos en lo que el cuentacorrentista actúa como comisionista).

Atento su inclusión en calidad de remesas, las comisiones y gastos devengan, a su vez, intereses, en la misma forma que las demás partidas incorporadas a la cuenta.

ARTÍCULO 1434.- ***Garantías de créditos incorporados.*** *Las garantías reales o personales de cada crédito incorporado se trasladan al saldo de cuenta, en tanto el garante haya prestado su previa aceptación.*

1. Introducción

Cada crédito incorporado a la cuenta puede estar garantizado con garantías reales o personales, exigiendo el legislador, con acierto, que esas garantías se trasladan al saldo de la cuenta, en tanto cuenten con la conformidad del garante.

2. Interpretación

El artículo dispone que las garantías reales o personales de cada crédito incorporado solo se trasladan al saldo de la cuenta, previa aceptación del garante —vale decir, no se trasladan de pleno derecho, lo cual constituye una seguridad para aquel, dado que no estará sujeto al eventual saldo que arroje la cuenta y, por ende, a la posibilidad de que resulte negativo con relación al sujeto garantizado—. Por aplicación del principio de indivisibilidad de la cuenta, antes del cierre solo hay elementos de un crédito eventual (el saldo), que será el resultante de la compensación de créditos y deudas al final del período y el mantenimiento de las garantías, permitiendo que se trasladen al saldo, importa una neutralización de la indivisibilidad característica de la cuenta corriente. Por ello, el legislador ha requerido la previa conformidad del garante para realizar dicha operación.

En consecuencia, dado que no se produce novación al final del período sino compensación de las remesas, ante la falta de conformidad del garante, persisten las garantías personales y reales de los créditos anotados. Así también, cuando el crédito garantizado pasa a la cuenta corriente con reserva expresa de la garantía por parte del acreedor, si al clausurarse definitivamente la cuenta esta arroja un saldo igual o mayor que aquel, el acreedor impago puede hacerlo efectivo en la garantía, hasta el importe de ella.

ARTÍCULO 1435.- ***Cláusula "salvo encaje".*** *Excepto convención en contrario, la inclusión de un crédito contra un tercero en la cuenta corriente, se entiende efectuada con la cláusula "salvo encaje".*

Si el crédito no es satisfecho a su vencimiento, o antes al hacerse exigible contra cualquier obligado, el que recibe la remesa puede, a su elección, ejercer por sí la acción para el cobro o eliminar la partida de la cuenta, con reintegro de los derechos e instrumentos a la otra parte. Puede eliminarse la partida de la cuenta aun después de haber ejercido las acciones contra

el deudor, en la medida en que el crédito y sus accesorios permanecen impagos.

La eliminación de la partida de la cuenta o su contra asiento no puede efectuarse si el cuentacorrentista receptor ha perjudicado el crédito o el título valor remitido.

1. Introducción

La cláusula "salvo encaje" estaba prevista en la anterior regulación de la cuenta corriente mercantil, dentro del CCom., y era una cláusula imperativa cuando se trataba de títulos valores o de crédito. La normativa actual sigue el mismo temperamento, estableciendo, salvo pacto en contrario, que en todos los valores o títulos de crédito contra un tercero incorporados a la cuenta se entiende implícita dicha modalidad.

2. Interpretación

La cláusula "salvo encaje" —llamada también "salvo ingreso en caja" o "salvo buen cobro"— es una cláusula imperativa cuando las remesas consisten en valores o papeles de comercio, en especial títulos de crédito, que opera siempre, salvo convención en contrario. El artículo no distingue qué tipo de créditos contra terceros abarca, por lo que resultan incluidos no solo los papeles de crédito, sino también mercaderías u otros negocios.

La cláusula significa que si el crédito no puede ser cobrado a su vencimiento, quien lo recibió podrá asentar el contra-asiento correspondiente, restando de la cuenta el valor que no ha ingresado con los gastos de protesto y demás erogaciones que debió realizar en cumplimiento del encargo encomendado. Además, debe restituir el título al remitente. Constituye una excepción al principio de la irrevocabilidad de los asientos en cuenta corriente, que ya se encontraba previsto en el art. 779 CCom. La remesa no es, en este caso, firme y definitiva, sino revocable; es un derecho creditorio sujeto al efectivo cobro.

El artículo prevé la posibilidad de que el receptor tome para sí los riesgos del cobro, accionando en caso negativo contra el remitente y demás obligados al pago, tratando de hacerlo efectivo judicial o extrajudicialmente, por cualquiera de las vías que la ley otorga. Esta opción no hace perder al receptor el derecho de eliminar la partida de la cuenta efectuando el contra-asiento, si no puede obtener el pago y siempre que no se hayan perjudicado los derechos cambiarios del remitente.

La norma no prevé, como lo hacía el art. 779 CCom., qué sucede en caso de quiebra —o concurso— del remitente. En tal caso, la doctrina ha dicho que el receptor tiene varias opciones:

a. mantener el asiento, y con él —en su carácter de dueño del documento—, su acción cambiaria contra los obligados al pago, pudiendo incluso insinuarse en el concurso, pues el fallido es uno de los obligados, en igual situación que cualquier portador de un documento comercial; o
b. efectuar el contra asiento, volviendo las cosas al estado anterior a la recepción del documento —que, lógicamente, debe devolver—.

ARTÍCULO 1436.- ***Embargo.*** *El embargo del saldo eventual de la cuenta por un acreedor de uno de los cuentacorrentistas, impide al otro aplicar*

nuevas remesas que perjudiquen el derecho del embargante, desde que ha sido notificado de la medida. No se consideran nuevas remesas las que resulten de derechos ya existentes al momento del embargo, aun cuando no se hayan anotado efectivamente en las cuentas de las partes.

El cuentacorrentista notificado debe hacer saber al otro el embargo por medio fehaciente y queda facultado para rescindir el contrato.

1. Introducción

La norma contempla el supuesto del embargo de un cuentacorrentista trabado sobre el saldo eventual que arroje la cuenta, brindando un procedimiento que permita que el co-contratante —a partir de la notificación de la medida— no siga aplicando nuevas remesas que perjudiquen el derecho del embargante, como asimismo brindándole la posibilidad de rescindir el contrato.

2. Interpretación

La indivisibilidad es una característica inherente a la cuenta corriente y, si no surge esa modalidad contable, no resulta tipificado el contrato. Ahora bien, existen excepciones a este principio; una de ellas, vinculada a la traba de las medidas cautelares por parte de terceros.

Una vez trabado el embargo sobre el crédito que uno de los cuentacorrentistas pueda tener a su favor en la cuenta, ese crédito no puede ser disminuido ni afectado por las operaciones que las partes efectúen con posterioridad a la anotación de la medida cautelar.

El art. 781 CCom. establecía que los embargos solo eran eficaces respecto del saldo que resulte al final de la cuenta, en favor del deudor contra quien fueron dirigidos. En consecuencia, el embargo tenía carácter eventual, para hacerse efectivo sobre el saldo acreedor que pudiera resultar a favor del deudor al cerrarse y liquidarse la cuenta. Ello importaba privar a los acreedores su derecho a satisfacerse sobre los bienes de su deudor, dado que desde la traba del embargo hasta el cierre del período, podía desaparecer su garantía, sea por el desenvolvimiento normal y lícito de la cuenta, sea por una connivencia entre ambos cuentacorrentistas. Esta solución era consecuencia del principio de indivisibilidad de la cuenta corriente.

En el régimen actual se brinda más garantías al embargante, dado que —si bien no se le permite trabar el embargo sobre las partidas consideradas aisladamente—, se autoriza a afectar el saldo que arroje el balance de la cuenta en el momento de su notificación a la contraparte, el cual constituirá un crédito exigible para el cuentacorrentista a cuyo favor resulta, y un bien de existencia real y efectiva para aquel.

Por ello, cuando el acreedor de uno de los cuentacorrentistas obtiene el embargo de las sumas que corresponden a su deudor como saldo de la cuenta corriente, las partidas deudoras pertenecientes a nuevas operaciones, a partir de la notificación del embargo al otro cuentacorrentista, no pueden (con relación a aquel) ser incluidas en la cuenta. Este último tendrá derecho a dar por terminado el contrato una vez que notifique a la contraparte, por medio fehaciente, acerca del embargo trabado. Empero, si bien no se pueden incorporar las operaciones iniciadas después de la notificación de la medida, que importen disminuir el saldo de la cuenta en contra del embargante, la norma establece que no se consideran operaciones nuevas las que resulten de los derechos del otro cuentacorrentis-

ta ya existentes en el momento del embargo, aun cuando todavía no se hubieran hecho las anotaciones respectivas en la cuenta.

ARTÍCULO 1437.- ***Ineficacia.*** *La inclusión de un crédito en una cuenta corriente no impide el ejercicio de las acciones o de las excepciones que tiendan a la ineficacia del acto del que deriva. Declarada la ineficacia, el crédito debe eliminarse de la cuenta.*

1. Introducción

La inclusión de un crédito en la cuenta corriente es irrevocable, dado que —a partir de su incorporación—, aquel se desvincula de la operación que le dio origen para quedar a las resultas del saldo que arroje la cuenta al final del período. Empero, existen excepciones, entre las que se encuentran el supuesto previsto en el art. 1435 CCyC y los actos ineficaces aludidos en la norma en análisis.

2. Interpretación

Tal como se expresó al analizar el art. 1431 CCyC, el crédito incorporado a la cuenta corriente se desvincula de la operación que le dio origen para quedar afectado al régimen de aquella en forma irrevocable, y este principio tiene su excepción en el supuesto del artículo 1435 CCyC y cuando se está ante un crédito nulo, previsto en la norma en estudio. La remesa debe ser válida, y no lo es cuando se verifica la ausencia de capacidad (art. 1000 CCyC y conc.), la existencia de un vicio del consentimiento (ver Libro Primero, Título IV, Capítulos 1, 2, 3, 4 CCyC), la ilicitud de la causa (art. 1014 CCyC) o la falta de idoneidad del objeto (art. 1004 CCyC y conc). Es que el hecho de que los créditos ingresen a la cuenta no les hace perder su individualidad, ni rompe el nexo causal con el negocio o título que les sirve de causa.

Por ello, la norma permite, como excepción a los principios que rigen el contrato de cuenta corriente (indivisibilidad, irrevocabilidad, etc.), y junto con la disponibilidad y exigibilidad del saldo por la vía ejecutiva (art. 1440 CCyC), mantener la autonomía de ciertos créditos ingresados a la cuenta, mediante la posibilidad de invocar a través de una pretensión o defensa la ineficacia del negocio causal que les dio origen —supuesto en el cual, una vez declarada la nulidad, la partida debe ser eliminada de la cuenta—.

ARTÍCULO 1438.- ***Resúmenes de cuenta. Aprobación.*** *Los resúmenes de cuenta que una parte reciba de la otra se presumen aceptados si no los observa dentro del plazo de diez días de la recepción o del que resulte de la convención o de los usos.*

Las observaciones se resuelven por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

1. Introducción

En la cuenta corriente suelen elaborarse resúmenes de cuenta en los cuales se asientan los créditos y deudas incorporados a ella, y el saldo resultante de la compensación al cierre de un período dado. La norma establece el método de aprobación de los resúmenes

y la posibilidad de cuestionar las partidas y cálculos efectuados por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

2. Interpretación

La norma se refiere a la aprobación del resumen de cuenta que un cuentacorrentista envíe a la otra parte, ante el silencio o la falta de cuestionamiento dentro del plazo de diez días desde su recepción o el término que resulte de la convención o los usos. En caso de que existan observaciones, se resolverán por el procedimiento más breve que prevea la ley procesal. No excluye otros métodos de resolución del conflicto, como puede ser la vía extrajudicial, la mediación o el arbitraje. La norma tampoco indica el plazo para deducir la pretensión, luego de efectuada la impugnación, ni si se trata de un plazo de caducidad del ejercicio de dicha acción.

La aprobación del saldo (del resumen de cuenta que lo contenga) importa la aprobación implícita de todas las partidas que lo conforman.

ARTÍCULO 1439.- ***Garantías.*** ***El saldo de la cuenta corriente puede ser garantizado con hipoteca, prenda, fianza o cualquier otra garantía.***

1. Introducción

El saldo de la cuenta corriente puede ser garantizado con hipoteca, prenda, fianza o cualquier otra garantía.

2. Interpretación

La norma en análisis es análoga al art. 786 CCom. La garantía puede ser otorgada con anterioridad a la determinación del saldo, en cuyo caso, dado el carácter eventual del crédito, en caso de que se trata de prenda o hipoteca, resulta necesario establecer el monto máximo garantizado. Pese a los cuestionamientos que existían tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en torno a las llamadas "hipotecas abiertas", en el CCyC estas garantías resultan válidas en tanto se individualice el número de la cuenta y se describan las operaciones que podrán tener reflejo en ellas, como así también el límite cuantitativo del crédito del cual podrán disponer las partes; con ello se satisface el principio de especialidad de la hipoteca (art. 2189 CCyC).

El artículo establece una enumeración no taxativa, por lo que la doctrina ha señalado que el saldo puede ser garantizado también con anticresis (arts. 2212 a 2218 CCyC), en cuyo caso las partes deberán convenir el destino de las sumas que perciba el acreedor anticresista (pasarlas a cuenta corriente, retenerlas en caución, disponer de ellas a cuenta del crédito por el saldo, etc).

La norma no indica si se refiere al saldo de la cuenta corriente definitivo o al parcial resultante en determinada fecha, por lo que cabe entender que se puede garantizar cualquiera de ambos, dejándolo establecido expresamente en el contrato respectivo.

ARTÍCULO 1440.- ***Cobro ejecutivo del saldo.*** ***El cobro del saldo de la cuenta corriente puede demandarse por vía ejecutiva, la que queda expedita en cualquiera de los siguientes casos:***

a. ***si el resumen de cuenta en el que consta el saldo está suscripto con firma del deudor certificada por escribano o judicialmente reconocida.***

El reconocimiento se debe ajustar a las normas procesales locales y puede ser obtenido en forma ficta;

b. *si el resumen está acompañado de un saldo certificado por contador público y notificado mediante acto notarial en el domicilio contractual, fijándose la sede del registro del escribano para la recepción de observaciones en el plazo del artículo 1438. En este caso, el título ejecutivo queda configurado por el certificado notarial que acompaña el acta de notificación, la certificación de contador y la constancia del escribano de no haberse recibido observaciones en tiempo.*

1. Introducción

El saldo resultante de la cuenta corriente, unido al resumen de cuenta conformado o aceptado conforme el art. 1438 CCyC —en tanto no se haya convenido remitir las sumas a un nuevo período (art. 1432, inc. d, CCyC)— constituye un título ejecutivo en tanto reúna las características que establece la norma, lo cual permite la rápida satisfacción del crédito del cuentacorrentista acreedor.

2. Interpretación

El saldo resultante de la compensación de las remesas en un determinado período (arts. 1432, inc. a, y 1438 CCyC), en tanto no se hubiere convenido remitir las sumas a un nuevo período (art. 1432, inc. d, CCyC), como así también la conclusión del contrato en los términos del art. 1432, incs. b y c, CCyC, permite al acreedor reclamar el pago del saldo mediante el proceso ejecutivo, de conformidad con las normas procesales que rigen la preparación de la vía ejecutiva y las reglas especiales establecidas en este artículo.

El inciso a prevé el supuesto de que el resumen de cuenta esté suscripto por el deudor. En tal caso, se requerirá su firma certificada o que esta se encuentre reconocida (art. 314 CCyC) mediante el trámite previsto en las leyes procesales locales.

El inciso b, en cambio, supone una previa intimación notarial al deudor para que, dentro del plazo establecido en el art. 1438 CCyC, se expida respecto del resumen de cuenta, fijando como lugar para realizar las observaciones la sede del registro del escribano. El título ejecutivo se integrará, entonces, con la notificación por acta notarial, la certificación del contador y la constancia del escribano, de no haber recibido las observaciones en tiempo hábil.

La norma no impide reclamar, por la vía ejecutiva, otros casos, fuera de los indicados en los dos incisos, sino que solamente establece los requisitos para tener por preparada la vía ejecutiva en esos dos supuestos. Por ello, en los demás casos en los que exista un saldo aprobado en los términos del art. 1438 CCyC que reúna las características de un título ejecutivo, se deberá estar al trámite previsto en las normas procesales locales (arts. 523, incs. 4 y 7, y 525 CPCCN).

ARTÍCULO 1441.- ***Extinción del contrato.*** *Son medios especiales de extinción del contrato de cuenta corriente:*

a. *la quiebra, la muerte o la incapacidad de cualquiera de las partes;*

b. *el vencimiento del plazo o la rescisión, según lo dispuesto en el artículo 1432;*

c. *en el caso previsto en el artículo 1436;*

d. *de pleno derecho, pasados dos períodos completos o el lapso de un año, el que fuere menor, sin que las partes hubieren efectuado ninguna remesa con aplicación al contrato, excepto pacto en contrario;*

e. *por las demás causales previstas en el contrato o en leyes particulares.*

Remisiones: ver comentario al art. 1436 CCyC.

1. Introducción

En los contratos de larga duración, como el de cuenta corriente, resulta una facultad implícita de las partes la de concluir el contrato en forma unilateral, previo aviso en un plazo razonable (art. 1011 CCyC). La norma prevé las distintas causales por las cuales puede concluir el contrato de cuenta corriente: algunas vinculadas con el carácter "*intuitu personae*" de las partes, y otras relacionadas con la duración y vicisitudes que pueden ocurrir entre las partes en el transcurso de la relación contractual.

2. Interpretación

El artículo prevé las causales especiales de extinción del contrato, además de la conclusión o terminación del contrato de cuenta corriente en los casos previstos en el art. 1432, incs. b, c y d CCyC (por voluntad unilateral de una de las partes o por el consentimiento de ambas) y el supuesto establecido en el art. 1436 CCyC (rescisión derivada del embargo del saldo eventual de uno de los cuentacorrentistas).

El inciso a se refiere a la quiebra, muerte o incapacidad de cualquiera de las partes. Con relación a la quiebra, el desapoderamiento del fallido en virtud de la sentencia declarativa de quiebra lo priva de la administración y disposición de sus bienes (art. 107 de la Ley de Concursos y Quiebras —en adelante, LCQ—) y torna ineficaces, con relación al concurso, las obligaciones que contraiga con posterioridad a su apertura (art. 109, apartado 2 LCQ). El art. 147 LCQ establece expresamente la resolución de pleno derecho del contrato de cuenta corriente; empero, el cierre de la cuenta debe efectuarse luego de incluir los créditos provenientes de operaciones pendientes al momento de dictarse la sentencia declarativa (art. 130 LCQ). En cuanto a los demás supuestos, tratándose de un contrato "*intuitu personae*" (art. 1024 CCyC), la muerte o incapacidad de cualquiera de los cuentacorrentistas permite tener por concluido el contrato. Vale decir, el contrato no se transmite a los herederos por causa de muerte.

El inciso b abarca el vencimiento del plazo o la rescisión, conforme lo dispuesto por el art. 1432, incs. b, c y d CCyC. Las partes pueden prorrogar el término, aun con posterioridad a su vencimiento, lo que importa una renovación por tácita reconducción. Cualquier cuentacorrentista pude poner fin a la cuenta corriente, por su sola declaración de voluntad, lo cual ha sido admitido reiteradamente por la jurisprudencia, aplicando un principio general en materia de contratos de ejecución continuada por el cual esa facultad se encuentra implícita (art. 1011 CCyC).

El inciso c se refiere a la rescisión efectuada por el cuentacorrentista notificado del embargo trabado sobre el saldo eventual del otro contratante (art. 1436 CCyC, a cuyo comentario se remite al lector).

En el inciso d se refiere a la conclusión del contrato de pleno derecho —salvo pacto en contrario—, transcurridos dos períodos completos o el lapso de un año —el que fuera menor— sin que las partes hubieran efectuado ninguna remesa con aplicación al contrato.

Por último, el inciso e se remite a las demás causales que se hayan previsto contractualmente o se encuentren establecidas en leyes especiales.

CAPÍTULO 16(*)

Contratos asociativos

SECCIÓN 1ª

Disposiciones generales

ARTÍCULO 1442.- ***Normas aplicables.*** *Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad.*

A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho.

A las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria no se les aplican las disposiciones sobre contratos asociativos ni las de la sociedad.

1. Introducción

Los contratos asociativos resultan, en su origen, acuerdos de tipo contractual colectivo y de organización.

Se separan de los contratos de cambio o bilaterales —creados, generalmente, a partir de una relación bilateral— para erigirse en una categoría nueva. Nacen, en efecto, con vocación de pluralidad de partes: los contrayentes se obligan a realizar prestaciones y a colaborar con la obtención de una finalidad común, mas sin dejar de lado su propia actividad.

Pese a que son varios los institutos susceptibles de ser incluidos dentro de las formas asociativas, el CCyC adopta cuatro:

a. los negocios en participación;
b. las agrupaciones de colaboración;
c. las uniones transitorias; y
d. los consorcios de cooperación.

Paralelamente, deroga la regulación de las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC) —arts. 367 a 383 de la ley 19.550—; las normas de las sociedades accidentales o en participación previstas en la misma normativa —arts. 361 a 366—; y las disposiciones relativas a los consorcios de cooperación —ley 26.005—. Todas estas normas dejan de regir a partir de la vigencia del CCyC.(19)

(19) La ley 26.994 deroga, en efecto, la Sección IX del Capítulo II —arts. 361 a 366— de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, e íntegramente su Capítulo III, así como también la Ley 26.005 de Consorcios de Cooperación, en lo relativo a los contratos asociativos.

(*) Comentarios a los arts. 1442 a 1478 elaborados por Alejandra Tévez.

2. Interpretación

2.1. Los contratos asociativos en el CCyC

Para comprender la estructura y el alcance de la regulación de los contratos asociativos que adopta el CCyC, basta con remitirse a los "Fundamentos" del Anteproyecto respectivo.

En efecto, allí se indica "*En los usos y prácticas es muy habitual que se celebren vínculos de colaboración asociativa que no constituyen sociedad. Su tutela jurídica es más evidente aun cuando se piensa en fortalecer la colaboración para alcanzar economías de escala entre pequeñas y medianas empresas, o para hacer compras o ventas en común, o desarrollos de investigación, o abordar grandes obras sin necesidad de asociarse. Sin embargo, hay una persistencia del modelo societario que hace que, con demasiada frecuencia, se los confunda y se los termine calificando como sociedad, con los perjuicios que ello genera. La conjunción entre la presunción de existencia de sociedad, personalidad jurídica y tipicidad legal, en el contexto económico actual, se muestra insuficiente y agrietado. Las actividades en común, informales, transitorias, quedan encorsetadas en la hermeticidad conceptual de este modelo de 'sociedad-persona jurídica-típica'. La colaboración asociativa, como la societaria, presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, no existiendo disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica. El contrato asociativo es un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no es sociedad (…) En este proyecto se ha adoptado esta tesis, ampliamente compartida en la doctrina argentina, regulando los vínculos asociativos, estableciendo precisiones a fin de distinguirlos del modelo societario. Por un lado, se proponen normas generales para todos los contratos asociativos y se incluye dentro del Código Civil el tratamiento del negocio en participación, las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias. Por el otro, no existe regulación de la sociedad en el Código Civil. Esta sistemática es más acorde con la unificación de las materias civiles y comerciales pues extiende también esta unificación a la Ley de Sociedades. A la inversa, se trasvasan al Código Civil los llamados 'contratos de colaboración' en la Ley de Sociedades (arts. 367 a 383 introducidos por la reforma de 1982). A su vez, se tiende a la unificación porque se evita referirse a 'sociedades comerciales' o 'empresarios' cuando se enumeran los posibles constituyentes. También se incluyen los negocios en participación, que es cómo la doctrina tipifica, en general, a las hoy llamadas 'sociedades en participación'…."*.[20]

En materia de contratos asociativos, el CCyC adopta, en general, las normas de la Comisión Federal creada en 1993, luego introducidas en el Proyecto de Código de 1998.

El Capítulo 16 se halla dividido en cinco secciones. La Sección 1ª contiene una serie de normas generales —de las que carecía la legislación derogada— aplicables a todos los contratos asociativos, que se regulan en los arts.1442 a 1447 CCyC.

Le Sección 2ª regula los negocios en participación; la Sección 3ª, las agrupaciones de colaboración; la Sección 4ª, las uniones transitorias; y la Sección 5ª, los consorcios de cooperación.

(20) "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

2.2. Naturaleza jurídica

La disposición deja en claro la diversa naturaleza jurídica de los contratos asociativos y el contrato de sociedad. Esta distinción surge de los propios fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial y es, además, la razón por la cual la normativa societaria deviene inaplicable.

En la sociedad se forman patrimonios separados, a diferencia de lo que acontece en los contratos asociativos. En estos últimos, no hay sujetos de derecho, personas jurídicas o sociedades —tal como señala la norma en comentario—, sino riesgo de obtener ganancias o pérdidas, lo que no resulta común sino individual a cada partícipe.

2.3. Normas aplicables

De acuerdo con este artículo, las normas generales se aplican tanto a los contratos asociativos regulados normativamente como a aquellos otros que importen cooperación asociativa, aunque no encuadren en ninguna estructura típica prevista y no sean sociedad.

Cabe destacar que la referencia efectuada en el último párrafo de la norma, según la cual las disposiciones sobre contratos asociativos o las de la LSC no se aplican a las comuniones de derechos reales ni a la indivisión hereditaria, implica que, en caso de conflicto, el juez no puede recurrir a ellas.

ARTÍCULO 1443.- ***Nulidad.*** *Si las partes son más de dos la nulidad del contrato respecto de una de las partes no produce la nulidad entre las demás y el incumplimiento de una no excusa el de las otras, excepto que la prestación de aquella que ha incumplido o respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato.*

1. Introducción

La norma consagra la autonomía de la relación individual que vincula a una de las partes con la subsistencia del contrato para las restantes. El principio general es que la invalidez del convenio respecto de una no afecta a las otras.

2. Interpretación

El régimen de las nulidades de los contratos asociativos se basa en el principio de la conservación del negocio. De allí que si los contrayentes son más de dos, la nulidad que afecte el vínculo de uno produce la resolución parcial en relación a la parte afectada exclusivamente. El contrato, en tal caso, subsiste respecto de los demás contratantes.

Sin embargo, cuando la afectación que ocasiona la invalidez concierne al contratante cuya prestación es indispensable para la consecución del objeto del contrato, aquel principio cede y la nulidad es irremediable. Lo mismo sucede si los contratantes son dos: la nulidad que afecte a uno de ellos provocará la nulidad del negocio (arg. art. 957 CCyC).

Finalmente, a diferencia de lo que acontece en los contratos de cambio, el incumplimiento de alguno de los contratantes no justifica el incumplimiento de los demás, salvo que aquel se vincule con una prestación imprescindible para el logro del objeto del contrato.

ARTÍCULO 1444.- ***Forma.*** ***Los contratos a que se refiere este Capítulo no están sujetos a requisitos de forma.***

1. Introducción

El CCyC establece la regla de la libertad de formas para esta categoría de contratos, como lo había anticipado el art. 1015 CCyC.

2. Interpretación

Los contratos asociativos son, en principio, no formales, pues la ley no les impone una forma expresa. De allí que las partes pueden otorgarlos bajo las formalidades que estimen convenientes, en el marco de la libertad de contratación.

Ello, no obstante se exige la forma escrita para las agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación, tal como se analiza en los comentarios a los arts. 1455, 1464 y 1473 CCyC.

ARTÍCULO 1445.- ***Actuación en nombre común o de las partes.*** ***Cuando una parte trate con un tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo, las otras partes no devienen acreedores o deudores respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación, lo dispuesto en el contrato, o las normas de las Secciones siguientes de este Capítulo.***

1. Introducción

Si una de las partes entabla relaciones con un tercero y obra en nombre de todas ellas o de la organización común, cabe preguntarse en qué casos tal actuación puede serle imputada.

2. Interpretación

La norma regula la cuestión y establece que la actuación de uno de los contratantes obliga a la organización común establecida en el contrato asociativo, en tres posibles supuestos:

a. si el contratante interviene como representante —se trata de la representación voluntaria prevista en los arts. 362 a 366 CCyC, configurada comúnmente a través del otorgamiento de un poder—;

b. si así fue dispuesto en el contrato —en cuyo caso cabe estar a los términos del pacto (art. 959 CCyC)—; o

c. si resultan aplicables las normas específicas previstas para cada uno de los contratos en particular —arts. 1449, 1457, 1465 y 1476 CCyC—.

Dado que el agrupamiento carece de una personalidad jurídica diferenciada respecto de las partes que lo integran, no cabe hablar de la actuación de un representante orgánico de la organización común. Ello, no obstante, al exteriorizar el representante el vínculo contractual frente a terceros, el obrar de aquel puede ser imputado a las partes en los términos de lo previsto por la norma en comentario.

ARTÍCULO 1446.- ***Libertad de contenidos.*** *Además de poder optar por los tipos que se regulan en las Secciones siguientes de este Capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos.*

1. Introducción

La norma faculta a las partes a dar al contrato el contenido que consideren conveniente. De allí que pueden ellas acudir al uso de alguna de las estructuras legales típicas previstas en el Capítulo 16, o bien recurrir a la celebración de un contrato innominado.

2. Interpretación

La norma en comentario constituye una derivación de la regla del art. 958 CCyC: "*Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres*".

El principio general es, así, no solo la libertad de formas sino también la libertad de contenidos del contrato asociativo. Ello, sin perjuicio de los contenidos mínimos que se fijan en determinados casos, como se tratará en los capítulos siguientes.

ARTÍCULO 1447.- ***Efectos entre partes.*** *Aunque la inscripción esté prevista en las Secciones siguientes de este Capítulo, los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes.*

1. Introducción

Es regla en nuestro derecho que la falta de inscripción de un negocio en los registros pertinentes, cuando ello es legalmente exigido, solo impide oponer el acto frente a terceros, mas no obsta a que produzca efectos entre las partes intervinientes. Tal es el principio que sienta el art. 1447 CCyC.

2. Interpretación

Pese a que la inscripción se encuentra prevista en la mayor parte de las figuras asociativas típicas —en favor de la publicidad de estos contratos para la seguridad del tráfico—, la norma en comentario prevé la oponibilidad entre partes de los convenios no inscriptos.

De allí que los contrayentes están compelidos a cumplirlos aun en ausencia de registración, cuando ella hubiese sido prevista.

SECCIÓN 2ª
Negocio en participación

ARTÍCULO 1448.- ***Definición.*** *El negocio en participación tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público.*

1. Introducción

El negocio en participación se corresponde con la sociedad accidental o en participación, prevista en la ley 19.550 como un tipo de sociedad de las llamadas "personales".

Como se recordará, la LSC la contempló teniendo en vista la transitoriedad de su objeto y buscó promover su constitución prescindiendo de las formalidades relativas a la inscripción registral.

El CCyC incorpora a esta sociedad expresamente como contrato asociativo, y deroga, como quedó dicho, los arts. 361 a 366 de la ley 19.550.

2. Interpretación

De acuerdo con la norma en comentario, el negocio en participación conserva el elemento característico de la transitoriedad del objeto, referido a la determinación de una o más operaciones a realizarse, y a cuyo término la relación se extingue.

Al igual que la sociedad accidental, debe carecer de denominación que identifique al agrupamiento frente a terceros.

Se mantiene, también, la aportación común para constituir el fondo operativo. Esos bienes deben colocarse a nombre personal del gestor, pues —como se desarrollará más adelante— en este negocio hay dos clases de contratantes en relación a los terceros: el que permanece oculto y el que es cabeza visible del contrato.

Finalmente, este negocio no está sujeto a requisitos de forma, ni debe cumplir con recaudos de registración, a diferencia de los otros contratos asociativos tipificados.

ARTÍCULO 1449.- ***Gestor. Actuación y responsabilidad.*** ***Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones sólo respecto del gestor. La responsabilidad de éste es ilimitada. Si actúa más de un gestor son solidariamente responsables.***

1. Introducción

En la relación con los terceros, hay dos clases de contratantes en el negocio en participación: el gestor y el partícipe.

La norma en comentario regla las relaciones del gestor con los terceros y es consecuencia del hecho de que, aun cuando intervengan dos o más personas en el negocio, las operaciones a cumplirse se celebran a nombre personal del gestor (cfr. art. 1448 CCyC).

Los terceros no se vinculan con los partícipes, razón por la cual carecen de derechos u obligaciones con relación a ellos.

2. Interpretación

El gestor es quien administra el patrimonio de afectación y quien contrata con los terceros. De allí que estos solo adquieren derechos y contraen obligaciones a su respecto. Por esta razón, el gestor es el único legitimado para demandar y ser demandado.

Su responsabilidad es ilimitada, de modo que todo su patrimonio queda afectado al contrato.

Si la gestión queda a cargo de más de un contratante, responderán todos ellos en forma solidaria, de modo que el tercero podrá perseguir el cumplimiento de la obligación respecto de cualquiera de ellos.

Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica

ARTÍCULO 1450.- ***Partícipe.*** *Partícipe es la parte del negocio que no actúa frente a los terceros. No tiene acción contra éstos ni éstos contra aquél, en tanto no se exteriorice la apariencia de una actuación común.*

1. Introducción

Frente al gestor, el partícipe es el contratante que no se da a conocer a los terceros ni posee actuación alguna frente a ellos. De allí que no contraiga obligaciones ni tenga derechos frente a estos.

2. Interpretación

El partícipe no puede administrar ni inmiscuirse en la administración, en principio, pues ella le está reservada al gestor.

Por tal razón carece, en principio, de legitimación para demandar o ser demandado. Esta regla general reconoce, empero, una limitación: la exteriorización de la apariencia de una actuación común. Así, si trasciende un obrar aparente que da cuenta de la existencia de la organización común, el tercero tendrá acción contra el partícipe y viceversa.

ARTÍCULO 1451.- ***Derechos de información y rendición de cuentas.*** *El partícipe tiene derecho a que el gestor le brinde información y acceso a la documentación relativa al negocio. También tiene derecho a la rendición de cuentas de la gestión en la forma y en el tiempo pactados; y en defecto de pacto, anualmente y al concluir la negociación.*

1. Introducción

Dado que el partícipe no puede administrar ni involucrarse en la administración, la norma fortalece las genéricas facultades de información y control que ostenta esta parte del negocio. Respecto de la primera, se contempla el derecho a la información en la amplia extensión prevista por la LSC (art. 55 de la ley 19.550) y, respecto de la segunda, se acuerda al partícipe el derecho a obtener la rendición de cuentas de la gestión.

2. Interpretación

Se consagra el derecho del partícipe a que el gestor le brinde la información que requiera sobre la marcha del negocio y, además, le facilite el acceso a la documentación que solicite. Ello, claro está, sin obstaculizar la actividad normal relativa a la gestión.

De otro lado, en tanto el gestor es administrador de bienes ajenos, debe rendir cuentas de su actuación al partícipe. Si otra cosa no hubiera sido pactada, la rendición de cuentas debe sujetarse a lo previsto en los arts. 858 a 864 CCyC, y presentarse una vez al año y al concluirse el negocio.

ARTÍCULO 1452.- ***Limitación de las pérdidas.*** *Las pérdidas que afecten al partícipe no pueden superar el valor de su aporte.*

1. Introducción

La limitación en las pérdidas del partícipe es consecuencia de la responsabilidad limitada que ostenta. Constituye una derivación lógica también, del carácter oculto o meramente interno del negocio frente a los terceros.

2. Interpretación

Si bien los partícipes limitan su responsabilidad al valor de sus aportes, es posible pactar que la soportación de las pérdidas para esta parte guarde disímil relación con la participación en las ganancias. Ello, claro está, siempre que aquellas no excedan el límite fijado al valor asignado a su aporte.

SECCIÓN 3ª

Agrupaciones de colaboración

ARTÍCULO 1453.- ***Definición.*** *Hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades.*

1. Introducción

La nota de organización es característica de las agrupaciones de colaboración, cuyo objetivo es que sus integrantes puedan facilitar o desarrollar ciertas fases de su propia actividad, o perfeccionar o incrementar el resultado de esa actividad.

La ley 19.550 ya las preveía como formas contractuales no societarias, especificando que no son ni sociedades ni sujetos de derecho —regla que dispone ahora el art. 1442 CCyC para todos los contratos asociativos—.

Sin embargo, la LSC establecía que solamente podían celebrarlo las sociedades regulares constituidas en el país, empresarios individuales con domicilio en la República o sociedades constituidas en el extranjero que cumplieran con las formalidades de inscripción relativas a la realización de actividad habitual.

2. Interpretación

Toda vez que una persona humana o jurídica intente, en forma organizada y estable, facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades, puede apelar a la agrupación de colaboración.

No se contempla ahora, a diferencia del régimen anterior, ninguna limitación respecto de las personas que pueden concurrir a formar este contrato. Cabe interpretar, entonces, que cualquier persona se encuentra habilitada para conformar una agrupación de colaboración.

ARTÍCULO 1454.- ***Ausencia de finalidad lucrativa.*** *La agrupación, en cuanto tal, no puede perseguir fines de lucro. Las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas o consorciadas.*

La agrupación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros.

1. Introducción

La agrupación de colaboración tiene, tradicionalmente, una finalidad mutualista que le es propia. Esta nota surge de las previsiones de la norma, que establece que no pueden tener finalidad lucrativa.

Se entiende que, al buscarse la complementación de ciertas actividades en beneficio común, se persigue una finalidad no especulativa del emprendimiento. De ese modo, la idea subyacente es que, en lugar de utilidades a repartir entre los agrupados, se generen beneficios que recaigan en el patrimonio de los contratantes.

2. Interpretación

La finalidad mutualista conlleva a que las partes se encuentren en condiciones de igualdad e independencia. De allí que se dispone la imposibilidad de la agrupación de ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros. Se trata, de este modo, de evitar la existencia de relaciones de subordinación económica o jurídica.

ARTÍCULO 1455.- ***Contrato. Forma y contenido.*** *El contrato debe otorgarse por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente e inscribirse en el Registro Público que corresponda. Una copia certificada con los datos de su correspondiente inscripción debe ser remitida por el Registro al organismo de aplicación del régimen de defensa de la competencia.*

El contrato debe contener:

a. *el objeto de la agrupación;*

b. *la duración, que no puede exceder de diez años. Si se establece por más tiempo, queda reducida a dicho plazo. En caso de omisión del plazo, se entiende que la duración es de diez años. Puede ser prorrogada antes de su vencimiento por decisión unánime de los participantes por sucesivos plazos de hasta diez años. El contrato no puede prorrogarse si hubiese acreedores embargantes de los participantes y no se los desinteresa previamente;*

c. *la denominación, que se forma con un nombre de fantasía integrado con la palabra "agrupación";*

d. *el nombre, razón social o denominación, el domicilio y los datos de inscripción registral del contrato o estatuto o de la matriculación e individualización, en su caso, de cada uno de los participantes. En el caso de sociedades, la relación de la resolución del órgano social que aprueba la contratación de la agrupación, así como su fecha y número de acta;*

e. *la constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato de agrupación, tanto entre las partes como respecto de terceros;*

f. *las obligaciones asumidas por los participantes, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes;*

g. *la participación que cada contratante ha de tener en las actividades comunes y en sus resultados;*

h. *los medios, atribuciones y poderes que se establecen para dirigir la organización y actividad común, administrar el fondo operativo, representar individual y colectivamente a los participantes y controlar su actividad al solo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas;*

i. *los casos de separación y exclusión;*

j. *los requisitos de admisión de nuevos participantes;*

k. *las sanciones por incumplimiento de obligaciones;*

l. *las normas para la confección de estados de situación, a cuyo efecto los administradores deben llevar, con las formalidades establecidas por este Código, los libros habilitados a nombre de la agrupación que requiera la naturaleza e importancia de la actividad común.*

1. Introducción

La norma fija la forma y contenido mínimo del contrato de agrupación de colaboración.

Prevé que este debe celebrarse por escrito, en instrumento público o privado —en cuyo caso, las firmas deben ser certificadas notarialmente—, e inscribirse en el "*Registro Público que corresponda*".

Cabe pensar, en punto a este último aspecto, que se trata del domicilio fijado en el contrato en los términos del inc. e de la norma. Este domicilio, en efecto, pareciera ser el que determina la jurisdicción en la que va a desarrollarse y registrarse el contrato de agrupación de colaboración.

Además de la función de publicidad hacia terceros y de control de legalidad del contrato —propia de la registración—, el registro tiene otra manda legal: debe remitir una copia certificada con los datos de la correspondiente inscripción a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Ello así, a los fines del control de concentraciones económicas previsto por la ley 25.156, que prohíbe las prácticas anticompetitivas.

En cuanto a las previsiones del contrato, la norma establece —sin perjuicio de las demás estipulaciones que las partes consideren pertinentes (art. 1446 CCyC)— determinados contenidos mínimos:

a. Objeto. En primer lugar, debe consignarse el objeto de la agrupación, esto es, la finalidad perseguida con su constitución. El objeto del contrato de agrupación de colaboración debe ser lícito, posible, determinado, susceptible de valor económico y corresponderse con un interés de las partes (art. 1003 CCyC).

b. Plazo. En segundo lugar, el contrato debe contener el plazo de duración. El término máximo es de diez años. Si fuera establecido un plazo superior, automáticamente queda reducido al término máximo y, si se omite consignarlo, se entiende que esa es la duración. La norma prevé que las partes pueden prorrogar el contrato antes de su vencimiento, por plazos de hasta diez años, si están conformes todos los contratantes. Sin embargo, de modo similar a lo previsto por el art. 57 LSC, no procede la prórroga si existen acreedores embargantes de los participantes que no hubieran sido desinteresados de modo previo.

c. **Denominación.** De acuerdo con el inc. c, el contrato debe contener la denominación de la agrupación de colaboración, formada con un nombre de fantasía integrado por la palabra "agrupación".

d. **Datos de los contratantes.** Deben indicarse, además, los datos de cada uno de los contratantes: nombre para personas humanas y razón social o denominación para personas jurídicas; domicilio real o social inscripto; datos de matriculación de persona humana, o inscripción registral del contrato, o estatuto de la sociedad o persona jurídica. En caso de sociedades, el contrato debe contener una relación extractada

de la resolución del órgano de gobierno de la sociedad que aprueba el contrato, con fecha y número de acta.

e. **Domicilio especial**. El contrato debe prever la constitución de un domicilio especial que tendrá efectos entre los contrayentes y con relación a terceros.

f. **Obligaciones y contribuciones de las partes.** También debe precisarse la naturaleza de las obligaciones asumidas por los contratantes, los modos de financiamiento de las actividades comunes y las contribuciones debidas al fondo común operativo. En punto a esto último, cabe remitir a la norma del art. 1458 CCyC en cuanto al modo en que deben ser soportados los gastos comunes de la agrupación.

g. **Rol de los partícipes.** El convenio debe consignar cuál es el rol de cada partícipe en la participación que corresponda en los resultados, sean ganancias o pérdidas.

h. **Administración y representación.** El inc. h dispone que debe especificarse cuál es el ámbito de competencia de los administradores, el de los representantes y el de quienes ejerzan la tarea de contralor o fiscalización.

i. **Separación y exclusión.** De acuerdo con lo previsto por el art. 1462 CCyC —que complementa el art. 1455, inc. i, CCyC—, cuando los contratantes incurran en conductas que importen incumplimientos graves, contravenciones habituales de obligaciones o perturbación del funcionamiento de la agrupación, pueden ser apartados del contrato. En el instrumento contractual deben preverse los casos de separación en los que el apartamiento obedece a la propia voluntad del partícipe y los supuestos de exclusión, en los que los restantes contratantes deciden por unanimidad la expulsión con carácter sancionatorio.

j. **Admisión de nuevos participantes.** Si el contrato estuviera abierto al ingreso de nuevos participantes, debe prever cuáles son los requisitos de admisión.

k. **Sanciones por incumplimiento.** El convenio debe consignar las sanciones a ser aplicadas a los participantes en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

l. **Normas para confeccionar los estados de situación.** El contrato de agrupación de colaboración debe contener las normas para la confección de estados de situación, que deberán adecuarse a los arts. 321 y 326 CCyC. A tal efecto, el administrador debe llevar los libros que resulten adecuados a la "*naturaleza e importancia de la actividad común*".

2. Interpretación

Si bien se trata de un contrato formal, la forma ha sido impuesta *ad probationem*, dada la falta de sanción explícita de invalidez.

Respecto del contenido, el artículo en comentario dispone una serie de previsiones que no pueden faltar en el negocio, bajo pena de ser tenido como una modalidad atípica —pero no nula— de negocio asociativo.

ARTÍCULO 1456.- ***Resoluciones.*** *Las resoluciones relativas a la realización del objeto de la agrupación se adoptan por el voto de la mayoría absoluta de los participantes, excepto disposición contraria del contrato.*

La impugnación de las resoluciones sólo puede fundarse en la violación de disposiciones legales o contractuales. La acción debe ser dirigida contra cada uno de los integrantes de la agrupación y plantearse ante el tribunal

del domicilio fijado en el contrato, dentro de los treinta días de haberse notificado fehacientemente la decisión de la agrupación.

Las reuniones o consultas a los participantes deben efectuarse cada vez que lo requiera un administrador o cualquiera de los participantes.

No puede modificarse el contrato sin el consentimiento unánime de los participantes.

1. Introducción

Las decisiones vinculadas a la marcha del negocio se adoptan por votación de los contrayentes. Si se trata de resoluciones concernientes al objeto del contrato, se requiere el voto de la mayoría absoluta de los contratantes, salvo previsión contractual en contrario. A los fines de la modificación del convenio, empero, se requiere la unanimidad de los miembros de la agrupación.

Las decisiones adoptadas pueden ser impugnadas por aquellos participantes que expresaron su voluntad contraria, actuaron con vicio de la voluntad o estuvieron ausentes. La acción de impugnación debe entablarse en el plazo de 30 días computados de acuerdo al art. 6°, desde la notificación fehaciente de la resolución atacada.

Finalmente, la norma dispone que las consultas o reuniones deben llevarse a cabo cada vez que lo requiera un participante o un administrador.

2. Interpretación

El artículo se refiere, en lo principal, a las resoluciones relativas a la realización del objeto de la agrupación —facilitación o desarrollo de las fases de la actividad de sus miembros, o perfeccionamiento o incremento de los resultados de tales actividades—.

La acción de nulidad de tales decisiones debe dirigirse contra cada partícipe, por lo cual se trata de un litisconsorcio pasivo necesario en los términos del art. 89 CPCCN. La competencia corresponde al juez del domicilio especial fijado por la agrupación, según el art. 88, inc. e, CPCCN. Si bien la norma no consigna un régimen de reuniones obligatorias con una frecuencia determinada, prevé que aquellas se convoquen a partir de la consulta o reunión de los administradores o de cualquier participante para el tratamiento de las cuestiones que estimen corresponder.

ARTÍCULO 1457.- ***Dirección y administración.*** *La dirección y administración debe estar a cargo de una o más personas humanas designadas en el contrato, o posteriormente por resolución de los participantes. Son aplicables las reglas del mandato.*

En caso de ser varios los administradores, si nada se dice en el contrato pueden actuar indistintamente.

1. Introducción

La norma establece que la organización común debe ser dirigida y administrada por una o más personas humanas. Así, la dirección y administración puede ser unipersonal o pluripersonal, en cuyo caso el contrato debe disponer —entre otras cosas— sobre las normas de funcionamiento y asignación de funciones. Si nada se dice en el contrato y son varios los administradores, pueden actuar indistintamente.

Dado que el o los administradores tienen la calidad de mandatarios, resultan aplicables las reglas del mandato (art. 1319 CCyC y ss.).

2. Interpretación

Los representantes y administradores que comienzan la actividad deben ser designados en el contrato constitutivo. Los posteriores son elegidos por los contratantes con las mayorías necesarias para el tratamiento de cuestiones relativas a la realización del objeto.

Cabe interpretar que el mismo régimen rige para la revocación de administradores y su reemplazo, salvo pacto en contrario.

ARTÍCULO 1458.- ***Fondo común operativo.*** *Las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran, constituyen el fondo común operativo de la agrupación. Durante el plazo establecido para su duración, los bienes se deben mantener indivisos, y los acreedores particulares de los participantes no pueden hacer valer su derecho sobre ellos.*

1. Introducción

Los gastos de la agrupación se financian con el fondo común operativo. Se trata de un patrimonio de afectación que no puede ser agredido por los acreedores particulares de los contratantes mientras se mantenga indiviso.

2. Interpretación

El fondo común operativo se conforma mediante aportes dinerarios, pues la norma alude a contribuciones y a los bienes que se adquieran con ellas.

En el plazo establecido para la duración de la agrupación, los bienes deben mantenerse indivisos, y los acreedores particulares de los participantes no pueden hacer valer su derecho sobre ellos. Se trata de proteger la viabilidad del emprendimiento por encima de las vicisitudes que pudiera sufrir la economía de los partícipes.

ARTÍCULO 1459.- ***Obligaciones. Solidaridad.*** *Los participantes responden ilimitada y solidariamente respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación. La acción queda expedita después de haberse interpelado infructuosamente al administrador de la agrupación. El demandado por cumplimiento de la obligación tiene derecho a oponer las defensas personales y las comunes que correspondan a la agrupación.*

El participante representado responde solidariamente con el fondo común operativo por las obligaciones que los representantes hayan asumido en representación de un participante, haciéndolo saber al tercero al tiempo de obligarse.

1. Introducción

La norma regula la responsabilidad de los partícipes de una agrupación de colaboración por las obligaciones asumidas frente a los terceros por el representante.

La responsabilidad de los contratantes es ilimitada e involucra todo su patrimonio; además, es solidaria, de modo que el acreedor puede dirigir su acción indistintamente contra cualquiera de los partícipes por el total de lo adeudado (arts. 833 y 840 CCyC).

Antes de promover la acción contra los participantes, el tercero debe interpelar al representante; de allí que la responsabilidad del contratante sea subsidiaria.

Puesto que, en virtud de la solidaridad pasiva dispuesta el tercero, puede demandar a cualquier participante, este tiene derecho a oponer sus excepciones personales y las que tuviera la agrupación.

2. Interpretación

Puede distinguirse la actuación del representante a los efectos responsabilizatorios en dos tipos:

a. actuación en nombre común o de la agrupación; y
b. actuación en nombre de alguno o algunos de los participantes.

En el primer caso, cuando el representante actúa invocando hacerlo a nombre de la agrupación, los partícipes responden solidaria e ilimitadamente frente a los terceros. Sin embargo, la acción queda expedita, como quedó dicho, después de haberse interpelado infructuosamente al administrador.

En el segundo caso, cuando el representante actúa a nombre de alguno o alguno de los participantes, el participante representado responde solidariamente con el fondo común operativo por las obligaciones que el representante hubiere asumido, supuesto en que no se requiere interpelación previa al administrador.

ARTÍCULO 1460.- ***Estados de situación.*** *Los estados de situación de la agrupación deben ser sometidos a decisión de los participantes dentro de los noventa días del cierre de cada ejercicio anual.*

Los beneficios o pérdidas o, en su caso, los ingresos y gastos de los participantes derivados de su actividad, pueden ser imputados al ejercicio en que se producen o a aquel en el que se aprueban las cuentas de la agrupación.

1. Introducción

El administrador debe elaborar periódicamente un estado de situación de la agrupación. Se trata del sistema destinado al conocimiento de los contratantes y a la protección de los terceros que contratan con la agrupación, que posee la forma de una rendición de cuentas.

2. Interpretación

Los participantes deben expedirse sobre los estados de situación, por lo menos, anualmente, dentro de los 90 días del cierre de cada ejercicio.

Dado que la agrupación no tiene personalidad jurídica y no puede perseguir fines de lucro, todos los beneficios o ganancias, así como las eventuales pérdidas, corresponden a los partícipes en las proporciones convenidas. Puede optarse, a los fines contables, por aplicarlos al ejercicio en el que se producen o a aquel en el que se aprueban las cuentas de la agrupación.

ARTÍCULO 1461.- ***Extinción.*** *El contrato de agrupación se extingue:*

a. *por la decisión de los participantes;*
b. *por expiración del plazo por el cual se constituye; por la consecución del objeto para el que se forma o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo;*
c. *por reducción a uno del número de participantes;*
d. *por incapacidad, muerte, disolución o quiebra de un participante, a menos que el contrato prevea su continuación o que los demás participantes lo decidan por unanimidad;*
e. *por decisión firme de la autoridad competente que considere que la agrupación, por su objeto o por su actividad, persigue la realización de prácticas restrictivas de la competencia;*
f. *por causas específicamente previstas en el contrato.*

Interpretación

La norma establece distintas causales en virtud de las cuales el contrato de agrupación fenece.

En primer lugar, el inc. a alude como causal de extinción a la decisión de los contratantes. Debe tratarse de una decisión unánime de los participantes; en este caso, la extinción produce efectos hacia el futuro.

El inc. b se refiere al vencimiento del plazo fijado en el contrato, supuesto que opera automáticamente.

El inc. c contempla la reducción a uno del número de participantes, supuesto en el que desaparece uno de los recaudos esenciales de todo contrato —es decir, la existencia de, por lo menos, dos partes (art. 957 CCyC)—.

El inc. d alude a la incapacidad, muerte, disolución o quiebra de un participante, salvo que el contrato prevea su continuación o que los demás participantes lo decidan por unanimidad.

El inc. e prevé la existencia de una decisión firme de la autoridad competente que considere que la agrupación, por su objeto o por su actividad, persigue la realización de prácticas restrictivas de la competencia. La previsión supone una sanción aplicada por la Comisión de Defensa de la Competencia —sea en oportunidad de la conformación de la agrupación o durante el desarrollo de su actividad—, organismo que debe recibir una copia del contrato de agrupación (cfr. art. 1455 CCyC). Cabe destacar que la resolución adoptada por la entidad puede ser apelada ante la Cámara de Apelaciones de la Justicia Nacional en las Relaciones del Consumo.[21]

Finalmente, el inc. f prevé la extinción del contrato de agrupación por la configuración de las causas específicamente previstas en el contrato. Se trata de una aplicación de la regla de libertad de contenidos contemplada en el art. 1446 CCyC.

Extinguida la relación por cualquiera de las causales previstas, debe procederse de inmediato a la rendición de cuentas finales e inscribirse la disolución en el Registro Público.

(21) Art. 45, inc. c, de la ley 26.993.

ARTÍCULO 1462.- ***Resolución parcial no voluntaria de vínculo.*** *Sin perjuicio de lo establecido en el contrato, cualquier participante puede ser excluido por decisión unánime de los demás, si contraviene habitualmente sus obligaciones, perturba el funcionamiento de la agrupación o incurre en un incumplimiento grave.*

Cuando el contrato sólo vincula a dos personas, si una incurre en alguna de las causales indicadas, el otro participante puede declarar la resolución del contrato y reclamar del incumplidor el resarcimiento de los daños.

1. Introducción

El artículo en comentario establece supuestos legales de exclusión del contrato. En efecto, frente a la posibilidad de que alguno de los contratantes contravenga habitualmente la finalidad común perseguida, es posible apartarlo, a modo de sanción. Dada la gravedad que implica la decisión, debe ser adoptada por unanimidad. Si se trata de un contrato en el que participan solo dos personas, el contratante no culpable puede resolver la relación y deducir un reclamo por daños.

2. Interpretación

La exclusión del contrato constituye una sanción que castiga un comportamiento indebido. Ella otorga al partícipe excluido el derecho a recuperar el valor de su participación en el fondo operativo común, sin perjuicio de los daños que el incumplimiento de las obligaciones pudiere haber provocado a la agrupación.

SECCIÓN 4ª

Uniones transitorias

ARTÍCULO 1463.- ***Definición.*** *Hay contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República. Pueden desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.*

1. Introducción

Las uniones transitorias se forman para la ejecución de una obra, servicio o suministro determinado, que las partes intervinientes no podrían realizar por sí solas.

Como su nombre lo indica, la transitoriedad es una nota típica en estas uniones: su duración en el tiempo se limita al necesario para desarrollar el proyecto común. Otra característica de este negocio está dado por la especificidad del objeto para el cual se constituye —que es una obra, servicio o suministro concreto—.

La figura fue introducida en nuestra legislación en el año 1983 con su incorporación al Capítulo III de la LSC —ley 19.550— bajo la denominación de "Uniones Transitorias de Empresas" (UTE).

Del mismo modo que las agrupaciones de colaboración, la regulación de estos negocios se trasladó al CCyC, que derogó, paralelamente, el Capítulo III (De los contratos de colaboración empresaria), Sección 2ª (De las uniones transitorias de empresas) de la LSC. Cabe destacar que la supresión de la expresión de la palabra "empresa" que contenía la LSC, resulta congruente con el traslado de estos contratos al CCyC.

2. Interpretación

La norma define el contrato de unión transitoria en los términos antes expresados y señala que no existen limitaciones geográficas a los fines del cumplimiento del objeto, ni respecto de las personas que pueden constituirla.[22]

Se trata de una integración parcial con fines de coordinación, cuyo objetivo principal es la trascendencia de la organización frente a terceros, la prestación de un servicio o suministro o la ejecución de una obra concreta.

ARTÍCULO 1464.- ***Contrato. Forma y contenido.*** *El contrato se debe otorgar por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente, que debe contener:*

a. *el objeto, con determinación concreta de las actividades y los medios para su realización;*
b. *la duración, que debe ser igual a la de la obra, servicio o suministro que constituye el objeto;*
c. *la denominación, que debe ser la de alguno, algunos o todos los miembros, seguida de la expresión "unión transitoria";*
d. *el nombre, razón social o denominación, el domicilio y, si los tiene, los datos de la inscripción registral del contrato o estatuto o de la matriculación o individualización que corresponde a cada uno de los miembros. En el caso de sociedades, la relación de la resolución del órgano social que aprueba la celebración de la unión transitoria, su fecha y número de acta;*
e. *la constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto entre partes como respecto de terceros;*
f. *las obligaciones asumidas, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes en su caso;*
g. *el nombre y el domicilio del representante, que puede ser persona humana o jurídica;*
h. *el método para determinar la participación de las partes en la distribución de los ingresos y la asunción de los gastos de la unión o, en su caso, de los resultados;*
i. *los supuestos de separación y exclusión de los miembros y las causales de extinción del contrato;*
j. *los requisitos de admisión de nuevos miembros;*
k. *las sanciones por incumplimiento de obligaciones;*
l. *las normas para la elaboración de los estados de situación, a cuyo efecto los administradores deben llevar, con las formalidades establecidas en los artículos 320 y siguientes, los libros exigibles y habilitados a nombre de la unión transitoria que requieran la naturaleza e importancia de la actividad común.*

Remisiones: ver comentario al art. 1460 CCyC.

(22) Ello, a diferencia de lo previsto en la LSC —ley 19.550—, que restringe a las mismas personas que pueden constituir agrupaciones de colaboración: sociedades constituidas en el país; sociedades constituidas en el extranjero que se inscriban en los términos del art. 118 de dicha normativa; y empresarios individuales.

1. Introducción

En estos contratos, al igual que en las agrupaciones de colaboración, es exigida la forma escrita bajo instrumento público o privado, con firma certificada notarialmente.

La norma establece, asimismo, el contenido mínimo del contrato de unión transitoria, que guarda gran similitud con el correspondiente a la agrupación de colaboración.

2. Interpretación

El inc. a requiere, preliminarmente, que el contrato contenga el objeto, con determinación concreta de actividades y medios para su realización.

El inc. b establece que debe preverse la duración de la unión, la que debe ser igual a la de la obra, servicio o suministro que constituye el objeto. Cabe destacar que la unión transitoria se disuelve por cumplimiento del objeto si el plazo previsto es mayor al lapso insumido en la realización de la obra, servicio o suministro.

El inc. c dispone que debe consignarse la denominación —que debe ser la de alguno, algunos o todos los miembros—, seguida de la expresión "*unión transitoria*".

El inc. d establece, de modo similar a lo previsto para las agrupaciones de colaboración, que deben consignarse los datos de los miembros de la unión, personas físicas o jurídicas —en este caso, con las referencias de la inscripción respectiva—. Las sociedades participantes deben hacer constar un extracto de la decisión de la asamblea que hubiere aprobado el emprendimiento, con fecha y número de acta.

El inc. e dispone la constitución de domicilio especial para todos los efectos derivados del contrato.

El inc. f requiere que sean consignadas las obligaciones asumidas, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes.

El inc. g dispone que se contemple el nombre y el domicilio del representante. Estos datos deben ser, junto con el contrato, inscriptos en el registro público que corresponda (art. 1466 CCyC).

El inc. h impone contemplar el método para determinar la participación de las partes en la distribución de los ingresos y la asunción de los gastos de la unión o, en su caso, de los resultados. Aquí es perceptible una diferencia con las agrupaciones de colaboración, dado que la unión transitoria, a diferencia de aquellas, pueden perseguir fines de lucro.

El inc. i establece que deben preverse los supuestos de separación y exclusión de los miembros y las causales de extinción del contrato.

El inc. j contempla los requisitos de admisión de nuevos miembros, lo cual se compadece adecuadamente con el carácter *intuitu personae* que tiene el contrato (art. 1468 CCyC).

El inc. k refiere a las sanciones por incumplimiento de obligaciones.

Y, finalmente, el inc. l alude a los estados de situación, a cuyo respecto cabe remitirse al comentario al art. 1460 CCyC. Solo cabe agregar que, en el caso, se indica expresamente que los administradores de la unión deben llevar los libros indispensables según la naturaleza e importancia del objeto, en la forma prescripta por el art. 320 CCyC y ss., habilitados a nombre de la unión.

ARTÍCULO 1465.- ***Representante.*** *El representante tiene los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hacen al desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro; la designación del representante no es revocable sin causa, excepto decisión unánime de los participantes. Mediando justa causa, la revocación puede ser decidida por el voto de la mayoría absoluta.*

1. Introducción

La persona del representante es, como en todos los negocios asociativos, un mandatario de los partícipes.

En favor de este representante deben otorgarse los poderes correspondientes, con las facultades necesarias por cada uno de los integrantes de la unión.

La designación del representante no es revocable sin justa causa, según lo establece expresamente el artículo en comentario, excepto decisión unánime de los participantes. Si media justa causa, la revocación puede ser decidida por el voto de la mayoría absoluta de los partícipes.

2. Interpretación

El gobierno de la unión transitoria se encuentra a cargo de todos sus miembros, que adoptan las decisiones atinentes al funcionamiento del negocio. El representante es, en rigor, quien ejecuta tales resoluciones. Se trata, como dijimos, de un mandatario de los partícipes.

En el caso de la unión transitoria, a diferencia de las agrupaciones, el representante puede ser tanto una persona física como una persona jurídica.

ARTÍCULO 1466.- ***Inscripción registral.*** *El contrato y la designación del representante deben ser inscriptos en el Registro Público que corresponda.*

1. Introducción

La norma exige la inscripción del contrato y del representante, y de su domicilio (art. 1464, inc. g, CCyC).

2. Interpretación

La inscripción registral no tiene carácter constitutivo. De allí que, ante la falta de inscripción, el contrato se considera como de colaboración no inscripto, pero no puede encuadrarse el caso bajo el régimen de la sociedad de hecho. En tal caso, las cláusulas contractuales no son oponibles frente a terceros (salvo que hubiesen conocido efectivamente el contenido del contrato), aunque sí son válidas entre las partes.

ARTÍCULO 1467.- ***Obligaciones. No solidaridad.*** *Excepto disposición en contrario del contrato, no se presume la solidaridad de los miembros por los actos y operaciones que realicen en la unión transitoria, ni por las obligaciones contraídas frente a los terceros.*

1. Introducción

En lo que concierne a las obligaciones de los miembros por los actos y operaciones que realicen en el marco interno del contrato, así como frente a terceros, en las uniones transitorias se sienta el principio de simple mancomunación, salvo disposición contractual en contrario. Ello atiende fundamentalmente al carácter transitorio de la relación.

Así, mientras en las agrupaciones de colaboración se sienta el principio de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los partícipes (art. 1459 CCyC), la regla es inversa en las uniones transitorias, previéndose que "*no se presume la solidaridad de los miembros por los actos y operaciones que realicen en la unión transitoria, ni por las obligaciones contraídas frente a terceros*".

2. Interpretación

De lo anterior se sigue que, como principio general, cada una de las partes responderá frente a las obligaciones con los terceros en la medida de su participación comprometida, a falta de previsión en partes iguales (arts. 825 y 826 CCyC).

Por otro lado, la norma establece también la falta de solidaridad —aun entre los miembros— por los actos y operaciones que deben realizar en la unión transitoria.

ARTÍCULO 1468.- ***Acuerdos.*** ***Los acuerdos se deben adoptar siempre por unanimidad, excepto pacto en contrario.***

1. Introducción

El artículo en comentario prevé un régimen de mayorías distinto del dispuesto para las agrupaciones de colaboración. En efecto, en el caso de las uniones transitorias, todas las resoluciones, sin distinción, deben adoptarse por unanimidad, salvo pacto en contrario.

Se trata de la misma regla que disponía el art. 382 LSC.

2. Interpretación

A pesar de que no se encuentra prevista la posibilidad de impugnar las decisiones de la unión, parece aplicable al caso lo previsto en el art. 1456 CCyC.

ARTÍCULO 1469.- ***Quiebra, muerte o incapacidad.*** ***La quiebra de cualquiera de los participantes, y la muerte o incapacidad de las personas humanas integrantes no produce la extinción del contrato de unión transitoria, el que continúa con los restantes si acuerdan la manera de hacerse cargo de las prestaciones ante los terceros.***

1. Introducción

De acuerdo con la norma, la quiebra de los participantes y la muerte o incapacidad de las personas integrantes, no producen la extinción del contrato de unión transitoria. El mismo continúa con las restantes partes, si se acuerda la manera de hacerse cargo de las prestaciones ante los terceros.

2. Interpretación

Se trata de la solución opuesta a la prevista para las agrupaciones de colaboración (art. 1461, inc. d, CCyC). Sin embargo, resulta congruente con la naturaleza del contrato, ya que, siempre que existan más de dos partes, la nulidad que afecte a los vínculos de alguno de los contratantes no perjudica a los demás (arts. 1442 y 1443 CCyC).

SECCIÓN 5ª
Consorcios de cooperación

ARTÍCULO 1470.- ***Definición.*** *Hay contrato de consorcio de cooperación cuando las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados.*

1. Introducción

La norma define al contrato de consorcio de cooperación como una organización común constituida con la finalidad de llevar a cabo tareas que faciliten, desarrollen, incrementen o concreten operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros.

Se apunta, en sustancia, a la complementación económica bajo una forma no societaria.

2. Interpretación

La ley 26.005[23] introdujo en nuestra legislación la figura del consorcio de cooperación como un modelo contractual para fomentar el acceso de pequeñas y medianas empresas (pymes) a los grandes mercados externos, favoreciendo fundamentalmente la exportación. Aquella normativa constituyó el marco legal que posibilitó a estas empresas unirse con el fin de facilitar e incrementar sus actividades, encarando en forma conjunta algunas actividades susceptibles de ser desarrolladas en común. El CCyC deroga la ley 26.005, pero recepta, en términos generales, su régimen.

Los consorcios tienen naturaleza contractual, por lo que no son personas jurídicas, ni sociedades, ni sujetos de derecho.

Tienen un objeto semejante, en parte, a las agrupaciones de colaboración, pero a diferencia de ellas pueden perseguir fines de lucro o resultados económicos, tal como surge de la terminología utilizada por el art. 1470, última parte, CCyC.

La regulación que contiene el CCyC eliminó las exigencias subjetivas previstas por la ley 26.005 en cuanto a la necesidad de que los contratantes fuesen personas humanas o jurídicas con domicilio o constituidas en la República. De tal modo, cualquier persona puede conformar un consorcio de cooperación.

ARTÍCULO 1471.- ***Exclusión de función de dirección o control.*** *El consorcio de cooperación no puede ejercer funciones de dirección o control sobre la actividad de sus miembros.*

(23) Publicada en BO (12/01/2005).

1. Introducción

Al igual que en el caso de las agrupaciones de colaboración (art. 1454, párr. 2, CCyC), la norma impide que el consorcio de cooperación ejercite funciones de dirección sobre los consorciados.

2. Interpretación

La intención es evitar la existencia de relaciones de subordinación o dependencia. Se trata de excluir la posibilidad de que, a través de la figura, se estructuren formas de concentración económica características del grupo societario.

Es claro, entonces, que el consocio de cooperación se erige en una modalidad de organización empresarial con función de cooperación, en el marco de los contratos asociativos, y no con función de subordinación, propia del derecho de grupos.

ARTÍCULO 1472.- ***Participación en los resultados.*** *Los resultados que genera la actividad desarrollada por el consorcio de cooperación se distribuyen entre sus miembros en la proporción que fija el contrato y, en su defecto, por partes iguales.*

1. Introducción

Dado que los consorcios de cooperación pueden perseguir fines de lucro, los resultados derivados de la actividad que desarrolle se reparten entre los partícipes. La distribución debe realizarse en la proporción pactada y, a falta de previsión contractual, por partes iguales entre todos los miembros del consorcio.

2. Interpretación

La participación en las utilidades distingue a los consorcios de cooperación de las agrupaciones de colaboración —que, como se vio, carecen de una actividad lucrativa—.

La cláusula que excluyere a un partícipe de la distribución de las ganancias (o, en su caso, de las pérdidas) debe ser reputada nula, por infringir lo dispuesto por los arts. 958 y 1470 CCyC.

ARTÍCULO 1473.- ***Forma.*** *El contrato debe otorgarse por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente, e inscribirse conjuntamente con la designación de sus representantes en el Registro Público que corresponda*

1. Introducción

El consorcio de cooperación debe otorgarse —al igual que las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias— por escrito, mediante instrumento público o privado con firma certificada por escribano público o funcionario del registro, con facultades suficientes. El instrumento debe inscribirse, juntamente con la designación de los representantes del consorcio, en el registro público que corresponda.

2. Interpretación

Se deriva de la norma —y esta es, acaso, la modificación más relevante de la figura— que la falta de inscripción del consorcio de cooperación no es sancionada con la

aplicación del régimen de la sociedad de hecho, como sucedía bajo la vigencia de la ley 26.005.[24]

El CCyC corrige así una previsión que había sido criticada por la doctrina —fundamentalmente, en orden a la inoponibilidad del contrato—.

El contrato no inscripto es plenamente oponible entre las partes, aunque inoponibles a los terceros sus estipulaciones.

ARTÍCULO 1474.- ***Contenido.*** *El contrato debe contener:*

a. *el nombre y datos personales de los miembros individuales, y en el caso de personas jurídicas, el nombre, denominación, domicilio y, si los tiene, datos de inscripción del contrato o estatuto social de cada uno de los participantes. Las personas jurídicas, además, deben consignar la fecha del acta y la mención del órgano social que aprueba la participación en el consorcio;*

b. *el objeto del consorcio;*

c. *el plazo de duración del contrato;*

d. *la denominación, que se forma con un nombre de fantasía integrado con la leyenda "Consorcio de cooperación";*

e. *la constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto respecto de las partes como con relación a terceros;*

f. *la constitución del fondo común operativo y la determinación de su monto, así como la participación que cada parte asume en el mismo, incluyéndose la forma de su actualización o aumento en su caso;*

g. *las obligaciones y derechos que pactan los integrantes;*

h. *la participación de cada contratante en la inversión del o de los proyectos del consorcio, si existen, y la proporción en que cada uno participa de los resultados;*

i. *la proporción en que los participantes se responsabilizan por las obligaciones que asumen los representantes en su nombre;*

j. *las formas y ámbitos de adopción de decisiones para el cumplimiento del objeto. Debe preverse la obligatoriedad de celebrar reunión para tratar los temas relacionados con los negocios propios del objeto cuando así lo solicita cualquiera de los participantes por sí o por representante. Las resoluciones se adoptan por mayoría absoluta de las partes, excepto que el contrato de constitución disponga otra forma de cómputo;*

k. *la determinación del número de representantes del consorcio, nombre, domicilio y demás datos personales, forma de elección y de sustitución, así como sus facultades, poderes y, en caso de que la representación sea plural, formas de actuación. En caso de renuncia, incapacidad o revocación de mandato, el nuevo representante se de-*

(24) El art. 6 de dicha normativa preveía, como sanción, el considerar como una sociedad de hecho a todos los consorcios cuyos contratos no fueren regularmente inscriptos.

signa por mayoría absoluta de los miembros, excepto disposición en contrario del contrato. Igual mecanismo se debe requerir para autorizar la sustitución de poder;

l. *las mayorías necesarias para la modificación del contrato constitutivo. En caso de silencio, se requiere unanimidad;*

m. *las formas de tratamiento y las mayorías para decidir la exclusión y la admisión de nuevos participantes. En caso de silencio, la admisión de nuevos miembros requiere unanimidad;*

n. *las sanciones por incumplimientos de los miembros y representantes;*

ñ. *las causales de extinción del contrato y las formas de liquidación del consorcio;*

o. *una fecha anual para el tratamiento del estado de situación patrimonial por los miembros del consorcio;*

p. *la constitución del fondo operativo, el cual debe permanecer indiviso por todo el plazo de duración del consorcio.*

1. Introducción

La norma precisa el contenido que debe tener el consorcio de cooperación.

2. Interpretación

El contrato deberá contener los siguientes requisitos:

a. Datos de los contratantes. En el inc. a se establece que deben consignarse el nombre y los datos personales de los partícipes. En el caso de personas jurídicas, además del nombre, denominación y domicilio, deben consignarse —de corresponder—, los datos de inscripción del contrato o estatuto social de cada uno de los participantes, así como la fecha del acta y la mención del órgano social que aprueba la participación en el consorcio.

b. Objeto. En el inc. b se especifica que el contrato debe contener el objeto, constituido por el o los proyectos del consorcio.

c. Plazo. El inc. c señala que debe preverse el plazo de duración del contrato, aspecto en el cual no rigen las limitaciones previstas para las agrupaciones de colaboración.

d. Denominación. El inc. d regula que la denominación debe formarse con un nombre de fantasía integrado con la expresión *"consorcio de cooperación"*.

e. Domicilio especial. En el inc. e se establece que el domicilio especial ha de constituirse para todos los efectos derivados del contrato, tanto respecto de las partes como con relación a terceros.

f. Fondo común operativo. Regulado en el inc. f, el convenio debe prever la constitución de un fondo común operativo, expresar su monto, la participación de cada miembro en él, y el modo de su actualización o aumento.

g. Obligaciones y derechos de los partícipes y régimen de participación en resultados y pérdidas. Los incs. g y h establecen que el contrato debe contemplar los derechos y obligaciones pactados por los contrayentes, así como la participación de cada uno en la inversión de los proyectos del consorcio y en los resultados a obtenerse.

h. **Régimen de responsabilidad**. El inc. i determina que debe contemplarse la proporción en que los participantes se responsabilizan por las obligaciones asumidas por los representantes en su nombre.

i. **Adopción de decisiones, régimen de mayorías y representantes.** Los incs. j, k, l, m imponen como obligatoria la disposición de las formas y ámbitos de adopción de decisiones para el cumplimiento del objeto. A este fin, las reuniones son obligatorias cuando lo requiera cualquiera de los participantes; y la mayoría requerida para aprobar la decisión es la absoluta de las partes, salvo pacto en contrario. Respecto de la modificación del contrato, a falta de disposición contractual que contemple las mayorías necesarias, rige la regla de la unanimidad. El mismo criterio se aplica con relación a determinadas materias como la separación, exclusión o admisión de nuevos participantes, en caso de silencio del convenio. Debe preverse, asimismo, el número de representantes del consorcio y sus datos, así como la forma de elección y sustitución, y facultades y poderes; y, en caso de representación plural, contemplarse las formas de actuación.

j. **Sanciones, causales de extinción y formas de liquidación**. Los incs. n y ñ determinan que el convenio debe consignar las sanciones por incumplimientos de los contratantes y representantes, así como las causales de extinción y formas de liquidación del consorcio.

k. **Tratamiento del estado de situación patrimonial y constitución del fondo operativo.** En los incs. o y p se establece que debe preverse una fecha anual para que los miembros del consorcio traten el estado de situación patrimonial y contemplarse la constitución del fondo operativo, el que debe permanecer indiviso durante el plazo del contrato, al igual que en las agrupaciones de colaboración.

La norma reproduce casi literalmente lo dispuesto por el art. 7 de la ley 26.005 y establece determinado contenido mínimo que el contrato debe tener. Ello, sin perjuicio —claro está— de las demás estipulaciones que las partes consideren pertinentes, por aplicación de lo dispuesto por el art. 1446 CCyC.

ARTÍCULO 1475.- ***Reglas contables.*** *El contrato debe establecer las reglas sobre confección y aprobación de los estados de situación patrimonial, atribución de resultados y rendición de cuentas, que reflejen adecuadamente todas las operaciones llevadas a cabo en el ejercicio mediante el empleo de técnicas contables adecuadas. Los movimientos deben consignarse en libros contables llevados con las formalidades establecidas en las leyes. Se debe llevar un libro de actas en el cual se deben labrar las correspondientes a todas las reuniones que se realizan y a las resoluciones que se adoptan.*

ARTÍCULO 1476.- ***Obligaciones y responsabilidad del representante.*** *El representante debe llevar los libros de contabilidad y confeccionar los estados de situación patrimonial. También debe informar a los miembros sobre la existencia de causales de extinción previstas en el contrato o en la ley y tomar las medidas y recaudos urgentes que correspondan.*

Es responsable de que en toda actuación sea exteriorizado el carácter de consorcio.

Remisiones: ver comentarios a los arts. 1460 y 1464, inc. l, CCyC.

1. Introducción

Los arts. 1475 y 1476 constituyen prácticamente una reproducción literal de las previsiones del art. 7, incs. 16 y 17, de la ley 26.005.

2. Interpretación

Respecto de las normas contables, estados de situación y libros obligatorios, resultan de aplicación al caso los comentarios efectuados a los arts. 1460 y 1464, inc. l, CCyC, a los que corresponde remitir al lector. Solo debe enfatizarse que es el representante quien tiene la obligación de habilitar los libros contables a nombre del consorcio de cooperación, bajo las formalidades exigidas, y de emitir los estados contables previstos por la ley. Se aplican, sobre el punto, las previsiones de los arts. 1455, inc. l, y 1464, inc. l, CCyC —este último, ya citado—.

Es también obligación del representante controlar la configuración de causales extintivas de la relación, sea que se encuentren previstas en el contrato (como lo exige el art. 1474, inc. ñ, CCyC) o que resulten de la configuración de alguna de las situaciones contempladas por el art. 1478 CCyC, así como tomar las medidas y recaudos urgentes que correspondan.

El representante actúa (al igual que en las agrupaciones de colaboración y en las uniones transitorias) como mandatario de las partes y debe obrar haciendo saber la existencia del consorcio. Su responsabilidad es ilimitada y, en caso de representación plural, es simplemente mancomunada, salvo que se hubiere convenido la solidaridad con los otros representantes.

ARTÍCULO 1477.- ***Responsabilidad de los participantes.*** *El contrato puede establecer la proporción en que cada miembro responde por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio. En caso de silencio todos los miembros son solidariamente responsables.*

1. Introducción

La responsabilidad de los participantes en el consorcio depende de lo que aquellos estipulen en el contrato. Tal es el principio general dispuesto en la norma en comentario.

2. Interpretación

Si el contrato nada dice, todos los miembros son solidariamente responsables. La misma regla se aplica en caso de falta de registración del contrato, debido a la inoponibilidad de las estipulaciones no inscriptas frente a terceros.

ARTÍCULO 1478.- ***Extinción del contrato.*** *El contrato de consorcio de cooperación se extingue por:*

a. *el agotamiento de su objeto o la imposibilidad de ejecutarlo;*
b. *la expiración del plazo establecido;*
c. *la decisión unánime de sus miembros;*
d. *la reducción a uno del número de miembros.*

La muerte, incapacidad, disolución, liquidación, concurso preventivo, cesación de pagos o quiebra de alguno de los miembros del consorcio, no

extingue el contrato, que continúa con los restantes, excepto que ello resulte imposible fáctica o jurídicamente.

Remisiones: ver arts. 1462 y 1469 CCyC.

1. Introducción

La norma contempla distintas causales de extinción del consorcio de cooperación, sin perjuicio de aquellas que las partes pueden libremente convenir (conf. art. 1474, inc. ñ, CCyC).

2. Interpretación

La previsión va en línea con lo dispuesto por el art. 1462 CCyC para las agrupaciones de colaboración y por el art. 1469 CCyC para las uniones transitorias, a cuya lectura corresponde remitirse.

CAPÍTULO 17(*)
Agencia

ARTÍCULO 1479.- ***Definición y forma.*** *Hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución.*

El agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente.

El contrato debe instrumentarse por escrito.

1. Introducción

El contrato de agencia tiene y ha tenido una importancia crucial en la difusión de las actividades comerciales en el mundo entero, mucho más a partir de la producción en gran escala de bienes y también de la prestación de servicios.

Decía Farina que el productor en masa, por lo general, no tiene interés en ocupar su tiempo y sus recursos en la distribución directa, ya que esa modalidad de la producción de bienes técnicos es, de por sí, lo bastante exigente como para llevarse adelante en forma directa, por lo que le resulta más conveniente recurrir a terceros que las realicen adecuadamente, mediante diferentes marcos normativos de mayor o menor dependencia técnico jurídica.(25)

Señalaba Varangot que la primera cuestión que sugiere el contrato de agencia es su nombre o denominación, que en nada traduce el negocio que especifica, y que, sin embargo, es admitido por los usos mercantiles, la doctrina y la jurisprudencia, lo cual parece así algo definitivo. Lo impropio en la denominación consiste en la palabra agencia cuyo concepto gramatical es el de administración u oficina y cuya acepción jurídica es *"proyección de la*

(*) Comentarios a los arts. 1479 a 1501 elaborados por Héctor Chomer, Jorge Silvio Sícoli y Lucas Ramírez Bosco.

(25) Farina, Juan M., "Canales de Comercialización", en *LL* 1993-B, p. 1138.

casa matriz", por eso estima que la mejor denominación para la figura sería la de *"contrato de promoción de negocios"*.[26]

Este contrato no estaba tipificado como tal en el Código de Comercio y a largo de los años sus caracteres quedaron plasmados en un vasto desarrollo doctrinario y jurisprudencial que fue dando forma particular a la figura. Así, se habían destacado como elementos esenciales y tipificantes:

a. la calidad de "promotor de negocios" que caracteriza al agente comercial, que cumple una función de intermediación entre el principal y aquel o aquellos que están interesados en finiquitar un contrato y que, en su caso, lo harán directamente con el principal. Como regla general, podemos decir que es un mandato especial sin representación, la que no se encuentra desnaturalizada aun cuando adicionalmente tenga facultades representativas del fabricante contratando en su nombre;
b. la independencia y autonomía con las que el agente desarrolla su actividad, entendida como ausencia de subordinación o de dependencia toda vez que el contrato no se inserta dentro del marco laboral;
c. la unificación de la gestión del agente, en el sentido de que su acción promotora de negocios se realiza en favor de una sola de las partes intervinientes en la operación y no en la de ambas;
d. la estabilidad, es decir que la relación que une al agente con su principal o proponente es de carácter estable, pues ambas partes están unidas por un contrato de duración;
e. la asignación geográfica, toda vez que goza de un territorio en el que promueve los negocios del principal.[27]

En la caracterización de esta figura puede señalarse que su causa radica en el pacto, negocio o transacción realizada por las partes, cada una en procura de la finalidad que lo impulsa. El objeto está en las obligaciones que las partes estipulan recíprocamente, sin ninguna relación con los contratos que el preponente realice con terceros. Para el preponente la obligación es de dar, y para el agente es de hacer, y ambos deben ejecutarlas en tiempo y del modo que fueron sus intenciones, con lealtad, diligencia y buena fe.[28]

2. Interpretación

El artículo contiene la definición del contrato y, en general, recepta los caracteres que la evolución doctrinaria y jurisprudencial habían delineado en torno de la figura.

Aparece allí el promotor de negocios —denominado agente—; la actividad que se desarrolla "por cuenta de otro" —denominado preponente o empresario—; la estabilidad; la inexistencia de relación laboral; la retribución debida; la independencia; la inexistencia de representación y la no asunción de riesgos por parte del agente, aunque la actividad la realiza con medios que él mismo se debe procurar.

(26) Varangot, Carlos, "Contrato de Agencia", *ED* 24:917 y ss.

(27) CNac. Apel. Com., Sala A, "Villaverde, R. c/ Producción Alimenticia Sevres S.A.", 16/05/1991, en *LL* 1992-E, p. 309.

(28) Lafaille Héctor., *Curso de Contratos*, t. I, Bs. As., Jurídica Argentina, 1927, p. 161.

La norma enfatiza la exclusión de los supuestos de relación laboral, que no pueden superponerse con este vínculo. Esto no quiere decir que el agente y el preponente no puedan a su vez tener dos vínculos, uno de agencia y otro de dependencia, sin relación entre sí, ni tampoco que tras un contrato de agencia se esconda un contrato de trabajo, en cuyo caso estaríamos en el campo del fraude laboral.

En cuanto a la forma —es decir, en cuanto al conjunto de prescripciones de la ley respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del contrato—, cabe señalar que, si se prevén, su inobservancia podría importar la pérdida de la acción para intentar una reclamación, aunque en cada caso deberá analizarse la entidad de la omisión frente a las características del caso dado para determinar sus consecuencias.

A diferencia de los contratos de concesión y de franquicia, se establece la forma escrita para invocar su validez.

No se hace mención expresa de la consecuencia del incumplimiento de la formalidad, frente a lo que cabe señalar que ya que la nulidad del contrato podría ser una solución inequitativa y hasta un abuso de derecho cuando el agente es la parte más débil, no parece la mejor solución dejar sin efecto el contrato por falta de instrumentación por escrito, recurriéndose a la figura prevista en el art. 384 CCyC, que permite la conversión y con ello una solución más razonable.

Cabe destacar también que, en esta línea de ideas, de judicializarse, el juez podría considerar innecesaria aquella exigencia y tener como válido al contrato consensuado por la mera ejecución, aplicándole la normativa prevista a este efecto.

A tenor de lo que surge de la definición, pueden distinguirse los siguientes caracteres:

a. bilateral, porque existen obligaciones para las partes que son recíprocas; es decir que, a la obligación de promover negocios que le permitan al empresario vender su mercadería a terceros —que es precisamente a lo que se obliga el agente (obligación de hacer)—, le corresponde una retribución a cargo del preponente o empresario por el beneficio que le apareje aquella gestión (obligación de dar);
b. formal, porque como ya se vio, se exige la forma escrita;
c. oneroso, porque las partes acuerdan en vista de una ventaja o utilidad recíproca;
d. mercantil, porque en función de su propia naturaleza, importa para las partes la realización de actividad económica organizada;
e. nominado y típico, porque cuenta con una denominación receptada por el Código y se prevé una regulación que le da sus propias características;
f. estable, porque de acuerdo a su propia definición, el vínculo es de continuidad y potencialmente comprende la realización de una pluralidad de operaciones.[29]

ARTÍCULO 1480.- *Exclusividad.* ***El agente tiene derecho a la exclusividad en el ramo de los negocios, en la zona geográfica, o respecto del grupo de personas, expresamente determinados en el contrato.***

(29) Garrigues Díaz-Cañabate, Joaquín, "Los agentes comerciales", en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, enero a marzo de 1962, p. 21.

ARTÍCULO 1481.- ***Relación con varios empresarios.*** ***El agente puede contratar sus servicios con varios empresarios. Sin embargo, no puede aceptar operaciones del mismo ramo de negocios o en competencia con las de uno de sus preponentes, sin que éste lo autorice expresamente.***

Fuentes y antecedentes: art. 1362 del Proyecto de Código de 1998.

1. Introducción

La exclusividad es una modalidad del contrato de agencia, porque es susceptible de ser contemplada por las partes. Supone una limitación a la concurrencia y requiere un ámbito espacial y temporal, porque su vigencia se extiende al plazo de duración convenido.[30]

En general, corresponde a una zona, pero también puede alcanzar a un ramo, actividad, o a un grupo de personas. Además, puede ser prevista para permitir la celebración de contratos con terceros, por ramos de comercio distintos.

2. Interpretación

2.1. La exclusividad debida por el empresario al agente

En razón de lo establecido en materia de exclusividad en el art. 1480 CCyC —que sigue al art. 1362 del Proyecto de Código de 1998— pueden establecerse tres interpretaciones:

a. que en nuestro régimen la regla es la exclusividad y por ello debe consignarse expresamente la naturaleza del negocio, la zona que abarca o el sector a quien debe ir dirigido;
b. que en nuestro régimen la regla no es la exclusividad, salvo que en el contrato se consigne expresamente la naturaleza del negocio, la zona geográfica o el sector destinatario;
c. que en nuestro régimen el agente tiene exclusividad siempre, como norma imperativa, pero dentro de un ramo de negocios, una zona geográfica o un grupo de personas, lo cual debe establecerse en el contrato.

Frente a la mayoría de las situaciones, ha de concluirse que resulta prácticamente imposible pactar un contrato de agencia sin consignar el ramo de negocios, la zona geográfica o el grupo de personas que comprende. De modo que, aclarada alguna de estas tres, la regla es que exista exclusividad en favor del agente.

Sin perjuicio de ello, habida cuenta de que no existe norma que prohíba a las partes prescindir de la modalidad referida, consideramos que puede pactarse la concurrencia o morigerarse sus efectos.

En este orden de ideas, la jurisprudencia dictada con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyC había destacado que "*el agente de zona, tiene reservado un territorio o circuito dentro del cual cumple su actividad intermediadora, Sin embargo, a falta de cláusula expresa de 'exclusividad', puede el principal concertar negocios por sí o por terceros sin que el agente tenga derecho a oponerse. En tal supuesto, el agente percibe su comisión*

(30) Junyent Bas, Francisco y Rodríguez Leguizamón M. Cecilia, en Julio C. Rivera y Graciela Medina (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV, Bs. As., La Ley, 2014, p. 521.

no solo por los negocios que concierta personalmente, sino también por los que, indirectamente, recabe la clientela al principal dentro de su zona".[31]

Es decir, que la concurrencia no afectaría fatalmente el contrato, pero podría generar efectos patrimoniales a favor de quien contractualmente tiene derechos establecidos por la norma analizada. Desde esta óptica, cabe concluir que la exclusividad es una condición del contrato de agencia impuesta por las formas de la actividad mercantil de que se trata, refiriéndose a una zona, ramo o grupo de personas, y obedece al propósito de evitar la concurrencia.

2.2. La exclusividad debida por el agente al empresario

En el art. 1481 CCyC se regula la exclusividad pero desde la óptica opuesta, o sea, la que el agente le debe al empresario.

De acuerdo con su texto, el agente puede contratar sus servicios con varios empresarios, pero esa facultad no alcanza para permitirle que contrate operaciones del mismo ramo de negocios o en competencia con las de uno de sus preponentes, salvo que exista autorización expresa que lo permita, la que también debe ser prestada por los empresarios alcanzados por la competencia.

La violación de esta previsión lo haría responsable por los daños y perjuicios que le pudiera producir a quien, confiado en el agente, se ve perjudicado por ver menguado la posibilidad de efectuar operaciones, será una cuestión de prueba determinar su valoración y alcance.

ARTÍCULO 1482.- ***Garantía del agente.*** ***El agente no puede constituirse en garante de la cobranza del comprador presentado al empresario, sino hasta el importe de la comisión que se le puede haber adelantado o cobrado, en virtud de la operación concluida por el principal.***

1. Introducción

El agente es un intermediario independiente, consecuentemente, por regla general, no asume ninguna responsabilidad patrimonial por el resultado de los negocios que con su intervención se puedan gestar; ello es consecuencia de su actuación por cuenta ajena.

Esta característica es propia de la figura y la falta de previsión normativa no menguaría esta conclusión.

Sin perjuicio de ello, con la inclusión del supuesto se busca limitar el riesgo que apareja la eventual asunción de responsabilidad como garante de los negocios de otros.

2. Interpretación

Como ya se destacó en la introducción, no es propio de las obligaciones que tiene el agente la de garantizar el resultado de los negocios que el empresario realiza con terceros.

El artículo contempla esta solución al establecer, como norma indisponible, el límite convención de la garantía que se le puede exigir al agente, que no puede ser mayor al importe de la comisión que se pudo haber adelantado o cobrado.

(31) CNac. Apel. Com., Sala A, "Zamora Ventas S.R.L c/ Técnica Comercial Hoy S.A.", 09/08/1979, en *ED* 85:489.

Ahora bien, la norma solo contempla la garantía vinculada con *"la cobranza del comprador presentado al empresario"*, pero nada predica sobre la posibilidad de que se garanticen otras obligaciones que el principal pudo haber asumido. Si se hubiese querido dar un alcance mayor, el texto debió preverlo, mas, reiteramos, lo limitó a *"la cobranza"* y no a todas las obligaciones que puede incluir un negocio. De cualquier manera, el pacto de garantía deberá ser explícito por no derivar naturalmente del contrato, más allá de la limitación apuntada.

ARTÍCULO 1483.- ***Obligaciones del agente.*** *Son obligaciones del agente:*

a. *velar por los intereses del empresario y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades;*
b. *ocuparse con la diligencia de un buen hombre de negocios de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron;*
c. *cumplir su cometido de conformidad con las instrucciones recibidas del empresario y transmitir a éste toda la información de la que disponga relativa a su gestión;*
d. *informar al empresario, sin retraso, de todos los negocios tratados o concluidos y, en particular, lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen o se concluyen operaciones;*
e. *recibir en nombre del empresario las reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque él no las haya concluido, y transmitírselas de inmediato;*
f. *asentar en su contabilidad en forma independiente los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.*

Fuentes y antecedentes: art. 1364 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

Al caracterizar la figura se dijo que se trata de un contrato bilateral en el cual las partes se obligan recíprocamente a una obligación de hacer, por un lado (agente), y a una obligación de dar, por el otro (preponente o empresario). Estas son las "cargas" que sustancialmente deben asumir.

Va de suyo que, de acuerdo con las reglas generales del derecho sobre contratos, las partes deben obrar con buena fe, lealtad moral, corrección, etc.

En torno de las obligaciones que le caben al agente, la jurisprudencia había destacado el deber:

a. de cooperación en la ejecución de los contratos con terceros;
b. de ajustar su obrar a las instrucciones recibidas;
c. de información del resultado de sus gestiones, defendiendo sus intereses;
d. de restituir los efectos y mercaderías que hubiesen recibido para facilitar los negocios.[32]

Algunas de estas obligaciones fueron incluidas en la enunciación del art. 1483 CCyC.

(32) CNAC. APEL. COM., Sala A, "Zamora…", fallo cit.

2. Interpretación

Respecto del carácter general de las estipulaciones, hay que señalar que la nómina se incluye como pauta de interpretación general de los contratos de agencia. La norma, que sigue al art. 1364 del Proyecto de 1998, en general establece como obligaciones del agente actuar en interés del proponente conforme sus instrucciones, así como el deber de informar y el de fidelidad; además, exige la buena fe y el estándar de buen hombre de negocios, lo cual es derivación natural de la actividad que desarrolla el agente.

2.1. El deber de fidelidad

En el inc. a se incluye el deber de fidelidad, particularizado en velar por los intereses del empresario y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades.

La buena fe, ya está prevista en el art. 9° CCyC, y específicamente para los contratos en general en el art. 961 CCyC, se enfatiza su aplicación puntual.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que, de acuerdo con aquella disposición, su concepción normativa ha de extenderse no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en los contratos, con el alcance en que razonablemente se hubiera obligado un contratante cuidadoso o previsor.

2.2. Diligencia de un buen hombre de negocios

En el inc. b se recurre a la expresión "*diligencia de un buen hombre de negocios*", que importa acudir a un estándar de carácter subjetivo para valorar el actuar de agente que ya había sido incorporado como parámetro de conducta por el art. 59 de la ley 19.550, respecto de los representantes y administradores de sociedades comerciales.

Gramaticalmente, "diligencia" importa exigir una actitud "cuidadosa", "activa", y en el ámbito del derecho, se considera también la firmeza, serenidad, deber profesional, secreto profesional, orden, ciencia. Al buen hombre de negocios se le exige una diligencia superior a aquella del buen comerciante o buen padre de familia, porque se le exige además un soporte técnico profesional propio de la disciplina involucrada.(33)

2.3. Sujeción a instrucciones y deber de información

El agente debe receptar las instrucciones recibidas y, a su vez, trasmitirle toda información de la que disponga relativa a su gestión.

Va de suyo que la recepción de instrucciones será una cuestión de prueba, siendo carga del quien pretenda hacerlas valer.

Estableciéndose la forma escrita, habrá de estarse, en principio, a lo que surja del contrato, aunque no cabe soslayar aquellos actos que importen ajustar una conducta a cierta instrucción o procedimiento preestablecido.

Será materia de evaluación la pertinencia de las instrucciones en el marco de independencia con la que puede manejarse el agente, aunque será responsable por los daños que pueda generar soslayar esta obligación, cuando ello derive de comprometer al principal de modo contrario a las instrucciones impartidas.

(33) Molleda, José A., en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, mayo de 1963, p. 367.

De igual modo sobre el agente pesa la obligación de informar el estado de las negociaciones que pueden derivar en la asunción de obligaciones por parte del principal.

2.4. Deber de evaluación de los contratantes propuestos

En el inc. d se pone a cargo del agente, salvo pacto en contrario, el deber de averiguar o procurarse información sobre la solvencia de los contratantes que propone.

2.5. Deber del agente de recibir reclamos de terceros en nombre del principal

El inc. e regula una forma de representación especial que surge de la ley. En la disposición se establece la obligación del agente de recibir los reclamos de terceros en nombre del principal; de pactarse en el contrato una solución distinta a la establecida, no resulta oponible a terceros.

La previsión importa una excepción a la regla general establecida en el art. 1485 CCyC, en cuanto determina que el agente no representa al empresario, salvo pacto en contrario.

2.6. Deberes en materia de documentación contable

Como el agente, por definición, desarrolla una actividad económica organizada, está alcanzado por las previsiones generales contenidas en los arts. 320 y 321 CCyC, en orden a la obligación de llevar contabilidad de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben registrarse, de modo que se permita la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas acreedoras y deudoras; pero además, los actos u operaciones relativas a cada empresario con que se vincule deberán ser hechos en forma independiente, para facilitar la rendición de la cuenta exigida en cada caso.

ARTÍCULO 1484.- ***Obligaciones del empresario.*** *Son obligaciones del empresario:*

a. *actuar de buena fe, y hacer todo aquello que le incumbe, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para permitir al agente el ejercicio normal de su actividad;*

b. *poner a disposición del agente con suficiente antelación y en la cantidad apropiada, muestras, catálogos, tarifas y demás elementos de que se disponga y sean necesarios para el desarrollo de las actividades del agente;*

c. *pagar la remuneración pactada;*

d. *comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de su conocimiento, la aceptación o rechazo de la propuesta que le haya sido transmitida;*

e. *comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de la recepción de la orden, la ejecución parcial o la falta de ejecución del negocio propuesto.*

Remisiones: ver arts. 1486 al 1489 CCyC.

1. Introducción

Como contrapartida a las obligaciones del agente, se establecen en este artículo las obligaciones del empresario.

La doctrina había destacado, antes de esta regulación, las siguientes obligaciones para esta parte:

a. pagar la retribución al agente;
b. respetar la exclusividad pactada;
c. informar de la aceptación o rechazo de los negocios (con causa razonable) concertados por el agente;
d. proporcionar al agente cualquier información respecto del stock de bienes y sobre la capacitación del negocio;
e. actuar con la misma diligencia en las gestiones realizadas por el agente como si fueran realizadas en el negocio propio.[34]

En general estas obligaciones fueron receptadas por la norma, como seguidamente se verá.

2. Interpretación

En cinco incisos el artículo sintetiza las obligaciones a las que está sujeto el empresario.

2.1. Deber de actuar de buena fe

Con relación al inc. a, como se señaló al referir a las obligaciones a cargo del agente, se enfatiza el deber de actuar de buena fe, a tenor de las previsiones contenidas en los arts. 9° y 961 CCyC.

2.2. Puesta a disposición de información necesaria para el desarrollo de las actividades

En el inc. b se particulariza la obligación de buena fe destacada en el inciso anterior. Se enfatiza aquí, como obligación, el poner a disposición del agente, con suficiente antelación y en la cantidad apropiada, muestras, catálogos, tarifas y demás elementos de que se disponga y que sean necesarios para el desarrollo de las actividades del agente.

Ciertamente, esto no es más que permitirle a la contraparte el ejercicio normal de su actividad, que también había sido detallado en el inciso anterior.

2.3. Pago de la remuneración acordada

En el inc. c, el pago de la remuneración es consecuencia directa del carácter oneroso del contrato y esta característica está contenida en la definición prevista en el art. 1479 CCyC al contemplarse la necesidad de una retribución.

Respecto de la remuneración debida, el Código vuelve a considerarla en los arts. 1486 a 1489 CCyC, a cuya lectura se remite al lector.

2.4. Expedirse sobre las operaciones propuestas

El inc. d establece un plazo de quince días para que el proponente acepte o rechace la propuesta del agente sobre un determinado cliente, salvo que existiera un uso al respecto.

Este inciso deber ser interpretado en concordancia con lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 1488 CCyC.

(34) Bustingorry, Rodrigo y del Rosario, Christian, en Ernesto Martorell (dir.), *Tratado de Derecho Comercial*, t. IV, Bs. As., La Ley, 2010, p. 405.

Se establece allí que, cuando la actuación del agente se limita a la promoción del contrato, la orden transmitida al empresario se presume aceptada, a los fines del derecho a percibir en el futuro la remuneración, salvo rechazo o reserva formulada dentro del término del uso o, en su defecto, dentro del término de quince días.

Es decir, la falta de respuesta del empresario en tiempo útil, habilita al agente al reclamo de la comisión que se hubiese devengado, con independencia de la concreción del negocio propuesto.

2.5. Información sobre el resultado final del negocio propuesto

El inc. e prevé una obligación de información consistente en comunicar al agente, también dentro del plazo de uso, o quince días, o el pactado para la recepción de la orden, la ejecución parcial o la falta de ejecución del negocio propuesto; ello, a fin de que pueda evaluar el agente los efectos derivados de su intervención.

> **ARTÍCULO 1485.-** ***Representación del agente.*** *El agente no representa al empresario a los fines de la conclusión y ejecución de los contratos en los que actúa, excepto para recibir las reclamaciones de terceros previstas en el artículo 1483, inciso e). El agente debe tener poder especial para cobrar los créditos resultantes de su gestión, pero en ningún caso puede conceder quitas o esperas ni consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos concursales, sin facultades expresas, de carácter especial, en las que conste en forma específica el monto de la quita o el plazo de la espera. Se prohíbe al agente desistir de la cobranza de un crédito del empresario en forma total o parcial.*

Remisiones: ver comentario al art. 1483, inc. e, CCyC.

1. Introducción

En este Código, el régimen de representación en general ha sido reglamentado en los arts. 358 CCyC y ss., y se distingue del contrato de mandato que tiene regulación particular en el art. 1319 CCyC y ss.

2. Interpretación

Con el alcance que fluye de las normas referidas en la introducción, se debe interpretar la limitación impuesta en lo vinculado con la conclusión y ejecución de los contratos en que actúa, es decir, que cuando se establece como premisa que el agente no representa al empresario, no lo representa conceptualmente en cuanto a los actos jurídicos que pueden ser celebrados por medio de representantes, conforme lo refiere el art. 358 CCyC.

La excepción establecida en la última parte del primer párrafo ya fue comentada al considerar el art. 1483, inc. e, CCyC.

También considera este artículo que, para que el agente pueda realizar la cobranza del preponente, debe tener poder especial y, aún con este, no puede conceder quitas o esperas, no consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos concursales sin facultades expresas, de carácter especial, en las que conste en forma expresa el monto de la quita o el plazo de la espera; agrega la norma que se prohíbe al agente desistir de la cobranza de un crédito del principal en forma parcial o total.

El requerimiento de poderes especiales, en orden a las prohibiciones vistas en el párrafo anterior, están establecidas en protección del empresario.

Para el supuesto en el cual la cobranza importe participar en un acuerdo de quita, espera o alguna otra contingencia concursal como desistimientos o avenimientos, deben requerirse facultades expresas que lo habiliten particularmente a aceptar una propuesta, desistir o avenirse, debiendo consignarse el monto de la quita o el plazo de la espera.

En el último párrafo se le prohíbe al agente desistir de la cobranza de un crédito en forma total o parcial. Es decir, el desistimiento efectuado, aún con facultades, no le podría ser opuesto al empresario.

ARTÍCULO 1486.- ***Remuneración.*** *Si no hay un pacto expreso, la remuneración del agente es una comisión variable según el volumen o el valor de los actos o contratos promovidos y, en su caso, concluidos por el agente, conforme con los usos y prácticas del lugar de actuación del agente.*

ARTÍCULO 1487.- ***Base para el cálculo.*** *Cualquiera sea la forma de la retribución pactada, el agente tiene derecho a percibirla por las operaciones concluidas con su intervención, durante la vigencia del contrato de agencia y siempre que el precio sea cobrado por el empresario. En las mismas condiciones también tiene derecho:*

a. *si existen operaciones concluidas con posterioridad a la finalización del contrato de agencia;*
b. *si el contrato se concluye con un cliente que el agente presentara anteriormente para un negocio análogo, siempre que no haya otro agente con derecho a remuneración;*
c. *si el agente tiene exclusividad para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, cuando el contrato se concluye con una persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el agente no lo promueva, excepto pacto especial y expreso en contrario.*

ARTÍCULO 1488.- ***Devengamiento de la comisión.*** *El derecho a la comisión surge al momento de la conclusión del contrato con el tercero y del pago del precio al empresario. La comisión debe ser liquidada al agente dentro de los veinte días hábiles contados a partir del pago total o parcial del precio al empresario.*

Cuando la actuación del agente se limita a la promoción del contrato, la orden transmitida al empresario se presume aceptada, a los fines del derecho a percibir en el futuro la remuneración, excepto rechazo o reserva formulada por éste en el término previsto en el artículo 1484, inciso d).

ARTÍCULO 1489.- ***Remuneración sujeta a ejecución del contrato.*** *La cláusula que subordina la percepción de la remuneración, en todo o en parte, a la ejecución del contrato, es válida si ha sido expresamente pactada.*

1. Introducción

En estos cuatro artículos se tratan las cuestiones vinculadas con la retribución del agente, que se puede pactar sobre distintos criterios. Como regla general, la ley ha dejado en libertad a las partes para determinarlos.

En el CC era aceptado que la comisión se fijara por los valores vendidos o también se establecía como un plus sobre los valores determinados por el empresario. En la actualidad, la ley regula distintos supuestos que serán tratados a continuación.

2. Interpretación

Desde la óptica expuesta en la "Introducción", en orden a la libertad de las partes, ha de concluirse en que la previsión contenida en el art. 1486 CCyC es subsidiaria. Es decir que, frente a la ausencia de pacto, la comisión será variable en atención al trabajo efectuado por el agente; o sea que dependerá del volumen o valor de los actos o contratos promovidos.

La remisión a los usos y prácticas del lugar de actuación lleva a considerar que, con independencia de situaciones puntuales por razones de zona o naturaleza de la actividad, nada obsta a que la metodología referida en la introducción se siga utilizando.

El Código resuelve la cuestión vinculada con la base de cálculo de la comisión. A ese fin, el art. 1487 CCyC prevé que el agente tiene derecho a percibir su retribución por las operaciones que fueron concluidas con su intervención, mientras estuvo vigente el contrato, siempre y cuando el empresario cobre efectivamente el precio. También le asiste el derecho cuando: a) se concluyeron las operaciones luego de finalizado el contrato; b) el contrato se realiza con un cliente presentado por el agente con anterioridad para un negocio análogo, en la medida que no haya otro agente con derecho a remuneración; c) tiene exclusividad en la zona geográfica o para un grupo de personas determinado, si el negocio es con una persona de esa zona o grupo, aunque el agente no interviniera. No se aplica esta solución si existe pacto en contrario, que debe ser especial.

La situación más sencilla es cuando el agente intervino en un negocio que se concluyó aún luego de finalizado el contrato. En el supuesto b) se resuelve una situación que generó dudas en su alcance e interpretación, dando al agente derecho a retribución sobre una operación concertada sin su intervención, pero respecto de un cliente con quien ya había tenido otro negocio en la medida que otro agente no tenga derecho a percibirla. Cuando existe un contrato de agencia vigente para una zona o grupos de personas, el agente correspondiente a esa zona o grupo tendrá derecho a la retribución aunque no haya intervenido.[35]

En el art. 1488 CCyC se fija una pauta que tiende a evitar conflictos entre el agente y el empresario, estableciéndose que el derecho a la comisión surge al momento de la conclusión del contrato con el tercero y del pago del precio al empresario. Un supuesto no contemplado expresamente es el derivado de una ejecución parcial del negocio. En el sistema anterior, no legislado, se había dicho que solo tenía derecho si el negocio se perfeccionaba.[36] Puede deducirse por vía indirecta y por aplicación del mismo art. 1488 CCyC que esto es así, pero solo una vez pagado el precio al empresario, pues de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa y un aprovechamiento indebido de la actividad económica de otro.

(35) De Aguinis, Ana M., "Agencia o representación comercial (Reglas incorporadas al derecho internacional del negocio)", en *LL* 1994-B, p. 1005. Bastaba con que el contrato estuviera vigente y entre el principal y el cliente de la zona el agente se perfeccionara una operación, sin importar que el agente no hubiera participado, y sin importar tampoco si la negociación la había hecho directamente el proponente o incluso un tercero.

(36) De Aguinis, Ana M., "Agencia…", *ibid.*

El art. 1489 CCyC establece que es válida la cláusula que subordine el cobro de todo o parte de la remuneración del agente a la ejecución del contrato, mientras haya sido pactada expresamente.

Cuando la norma utiliza la expresión "ejecución del contrato", tenemos que entender que está haciendo referencia a que no quede ninguna prestación pendiente de ninguna de las partes del contrato celebrado entre el empresario y el tercero. Esto es así porque, como se indicó en el punto anterior, el art. 1488 CCyC requería para el devengamiento de la comisión solamente la conclusión del contrato y el pago de al menos una cuota o pago parcial, en cambio, en el supuesto de este artículo, lo que se hace es pactar explícitamente en el contrato que para el nacimiento del derecho a la comisión todas las prestaciones de las partes vinculadas deben estar cumplidas, es decir, no simplemente un contrato perfeccionado o un pago realizado, sino que ya nada adeude ninguna de las partes a la otra.

ARTÍCULO 1490.- ***Gastos.*** *Excepto pacto en contrario, el agente no tiene derecho al reembolso de gastos que le origine el ejercicio de su actividad.*

1. Introducción

Parece evidente que la actividad o ramo de comercio consistente en promover contratos para otro, como negocio propio del agente de comercio, importe para este la asunción de los gastos que debe realizar en función de su actividad, mas nada impediría que con el preponente se arribe a una solución distinta.

2. Interpretación

La ley resuelve una cuestión que, en ausencia de previsión, puede llevar a confusión y con ello generar cuestiones conflictivas. Se vincula con quién debe hacerse cargo de los gastos en que incurre el agente en función de la actividad que le es propia.

La norma no merece reproche, contiene una regla general lógica, como ya se indicó en la introducción, y una excepción, lógica también, en función de las particularidades de cada negocio, ello refuerza, además, la ideal del agente como intermediario independiente.

Si, como regla, los gastos los cubriera el empresario, la figura perdería nitidez e incluso podría aproximarse peligrosamente a encubrir una relación laboral.

ARTÍCULO 1491.- ***Plazo.*** *Excepto pacto en contrario, se entiende que el contrato de agencia se celebra por tiempo indeterminado. La continuación de la relación con posterioridad al vencimiento de un contrato de agencia con plazo determinado, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado.*

ARTÍCULO 1492.- ***Preaviso.*** *En los contratos de agencia por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso.*

El plazo del preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato.

El final del plazo de preaviso debe coincidir con el final del mes calendario en el que aquél opera.

Las disposiciones del presente artículo se aplican a los contratos de duración limitada transformados en contratos de duración ilimitada, a cuyo fin en el cálculo del plazo de preaviso debe computarse la duración limitada que le precede.

Las partes pueden prever los plazos de preaviso superiores a los establecidos en este artículo.

ARTÍCULO 1493.- ***Omisión de preaviso.*** *En los casos del artículo 1492, la omisión del preaviso, otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período.*

ARTÍCULO 1494.- ***Resolución. Otras causales.*** *El contrato de agencia se resuelve por:*

a. *muerte o incapacidad del agente;*
b. *disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, que no deriva de fusión o escisión;*
c. *quiebra firme de cualquiera de las partes;*
d. *vencimiento del plazo;*
e. *incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas;*
f. *disminución significativa del volumen de negocios del agente.*

ARTÍCULO 1495.- ***Manera en que opera la resolución.*** *En los casos previstos en los incisos a) a d) del artículo 1494, la resolución opera de pleno derecho, sin necesidad de preaviso ni declaración de la otra parte, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1492 para el supuesto de tiempo indeterminado.*

En el caso del inciso e) del artículo 1494, cada parte puede resolver directamente el contrato.

En el caso del inciso f) del artículo 1494, se aplica el artículo 1492, excepto que el agente disminuya su volumen de negocios durante dos ejercicios consecutivos, en cuyo caso el plazo de preaviso no debe exceder de dos meses, cualesquiera haya sido la duración del contrato, aun cuando el contrato sea de plazo determinado.

1. Introducción

Los efectos de la resolución del contrato han sido materia de profuso desarrollo en la doctrina y también en la jurisprudencia.

Convergen en esta problemática las cuestiones atinentes a: a) la existencia de un plazo de duración cierto y determinado; b) la posibilidad de su continuación posterior al vencimiento; c) el plazo del preaviso en caso de resolución *ante tempus* y los efectos de su omisión; d) las causas que justifican la resolución y sus efectos.

El CCyC abordó el tratamiento de dichas cuestiones y plasmó en normas positivas las soluciones que, en un plano general, dan respuesta a ello.

2. Interpretación

2.1. El plazo

En el contrato de agencia, las expectativas patrimoniales creadas en torno de la concreción de negocios imponen a las partes un celo particular en la procura del cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Es por que la fijación de un plazo cierto juega un rol vital, al predeterminar de un modo certero el alcance temporal en orden a prever la inversión exigida y la ganancia esperada.

Esto no quiere decir que el contrato no pueda romperse, pues ninguna parte puede ser obligada, ni aun judicialmente, a continuar con la relación por tiempo indeterminado cuando no quiera o considere que no le ofrece utilidad; pero en ese caso, aquellas expectativas frustradas podrán exigir una reparación cuando se advierta que la resolución perjudicó indebidamente a alguna de las partes.

2.2. Supuesto de falta de determinación del plazo

La regla general establecida en el art. 1491 CCyC determina que, frente a la ausencia de previsión convencional, el contrato se celebra por tiempo indeterminado, es decir que ha de presumirse la estabilidad como pauta de interpretación, de acuerdo con la naturaleza propia del negocio.

También se establece, entendemos como principio, pues siempre podrán existir situaciones que justifiquen por sus particularidades soluciones distintas, que la continuidad de la relación con posterioridad al vencimiento de un contrato con plazo determinado, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado.

La jurisprudencia anterior a la sanción de la disposición había alcanzado soluciones similares, aunque no idénticas, al considerar que "*No obstante la existencia de un plazo cierto y determinado de vigencia, consignado en cada uno de los contratos que se fueron suscribiendo a lo largo de la relación, existía entre los contratantes una relación estable (…) Por tanto, resultaría irrelevante el plazo anual fijado inicial y permanentemente actualizado, ya que lo que las partes han mantenido latente incluso más allá de la forma elegida por la concedente, fue una relación por tiempo indeterminado…*".[37]

Señálase, en orden a la distinción insinuada, que en general la doctrina judicial había requerido reiteraciones sucesivas no muy definidas en su número, mientras ahora la sola continuación del primer convenio a plazo fijo es suficiente.

2.3. Preaviso

De acuerdo con lo expuesto, la determinación de la existencia de plazo cierto o no, es crucial para luego decidir acerca de la necesidad de preavisar, pues el fenecimiento del plazo fijado, en principio, no puede dar derecho a ninguna de las partes a pretender que se le avise que la relación está por terminar: más bien eso es lo que normalmente debería ocurrir.

(37) CNAc. Apel. Com., Sala B, "Marquines y Perrotta c/ Esso S.A. s/ ord.", 11/04/1995; y "Rainly c/ Lindsay", 03/09/2007; CNAc. Apel. Com., Sala C, "Tercal c/ IBM", 13/02/1998, en *ED* 181, 265.

A tenor de lo regulado en el art. 1492 CCyC, en los contratos de agencia por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso. Se establece, además, que el plazo del preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato. Es decir que quien pretenda desvincularse sin alegar ningún motivo, puede hacerlo pero deberá darle aviso a la otra parte de modo fehaciente para que pueda prever los efectos del distracto, contando con el tiempo determinado por la ley. Esta solución cuenta con antecedentes jurisprudenciales que la justifican. Así, se había decidido que una adecuada hermenéutica del problema lleva a concluir que no es admisible una ruptura sin el otorgamiento de un plazo de preaviso coherente con la naturaleza y particulares circunstancias de la relación habida entre las partes, que permita a la perjudicada con el distracto solucionar los inconvenientes que naturalmente acarrea la cesación del contrato de que se trata, señalándose también que, a mayor plazo de vigencia del contrato, corresponde mayor plazo de preaviso, ya que no solo debe atenderse la cuestión relativa a la amortización de las inversiones y la eventual obtención de ganancias, sino que ante una relación estable y de confianza, va de suyo que deberá concederse un plazo razonable tendiente a compensar las legítimas expectativas que, por el adecuado desarrollo de la relación, abrigara el agente. Es una cuestión de apreciación del tribunal que deberá tomar en consideración los años transcurridos en la relación y sus características.[38]

Sin embargo, adviértase que la solución jurisprudencial referida no es idéntica a la contemplada por el Código, pues en ocasiones, autorizaba al juez a determinar el plazo, sin limitarlo a una pauta dada. De acuerdo con las características del negocio un mes por cada año puede ser mucho o poco.[39]

2.4. Otras previsiones del art. 1492 CCyC

El art. 1492 CCyC contempla también: a) la aplicación de la solución dada para los contratos por tiempo indeterminado a los contratos de duración limitada transformados en contratos de duración ilimitada; y b) la posibilidad de prever convencionalmente plazos de preaviso superiores a los establecidos en este artículo.

2.5. Efectos de la omisión del preaviso

La omisión de preaviso otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período. La previsión normativa busca dar una respuesta adecuada y sin dudas a las consecuencias derivadas de un distracto intempestivo en el cual se omita el debido preaviso, y determina de esa forma los efectos que produce: el pago de una indemnización sustitutiva. La jurisprudencia había contemplado a los "últimos ingresos", a las "ganancias de la agencia", al "promedio de utilidades netas según los estados contables", a las "comisiones no percibidas", al "lucro cesante",[40] pero

(38) CNac. Apel. Com., Sala B, "Telecel S.R.L. c/ Telecom Personal S.A.", 28/06/2007, en *ED* 225, 684.

(39) CNac. Apel. Com., Sala C, "Tercal…", fallo cit. En él se decidió que el plazo del preaviso debe ser aquel que estime suficiente para permitir la reinserción o reacomodamiento del agente a la nueva situación creada. En igual sentido CNac. Apel. Com., Sala D, "Editorial Ver S.A. c/ DYS S.A. s/ ord.", 26/06/2009.

(40) CNac. Apel. Com., Sala C, "Giachino, J. c/ Bayer Cropsciense s/ ord", 23/10/2007; CNac. Apel. Com., Sala B, "Austral S.R.L. c/ Nestlé Arg. s/ ord", 31/05/2000; CNac. Apel. Com., Sala D, "Rodriguez Aleson y Costoya S.A. c/ Nobleza Piccardo S.A. s/ ord", 22/12/2004, entre otros.

también había señalado la necesidad de determinar una suma única e integral dada como consecuencia de la finalización imprevista del contrato.[41]

En la solución de la ley, más allá de las interpretaciones que ha de generar, la expresión "ganancias dejadas de percibir en el período" deja en claro que se trata de ingresos netos, no brutos, por lo que corresponderá a esos efectos ver el componente de la ganancia y deducir, por ejemplo, los gastos e impuestos, entre otros. Para ello deberá atenderse a las ganancias habidas en los períodos anteriores, pues es la única pauta objetiva con que se cuenta.

La doctrina ha considerado que resulta evidente que deben indemnizarse los gastos realizados en beneficio del principal y fundamentalmente el derecho a la clientela regulado en los arts. 1497 y 1498 CCyC.[42]

2.6. Otras causales de resolución mencionadas en la norma

En el art. 1494 CCyC se enumeran otras causales de resolución. La enumeración no es taxativa; su propia enunciación así lo trasunta desde que refiere a "otras causales".

2.6.1. Muerte o incapacidad

En el inc. a, referido a la "*muerte o incapacidad*", los efectos de la disolución (de pleno derecho, art. 1495 CCyC), deben ser contemplados como una advertencia para quien ha de vincularse personalmente como agente, pues deberá saber que ese contrato no va a poder ser continuado por sus herederos o familiares y que muerto el agente, como regla general, solo queda la liquidación de los negocios efectuados hasta ese momento sin indemnización. Lo expuesto, sin perjuicio de la previsión contenida en el art. 1497, párr. 2, CCyC.

2.6.2. Disolución de la sociedad

La disolución de la sociedad (art. 1494, inc. b, CCyC) parece no merecer observación, pues disuelta aquella, solo queda liquidarla, quedando afectado fatalmente el objeto social; lo expuesto, sin perjuicio de la necesidad de que se concluyan los negocios iniciados antes de la disolución y esto parezca darle sobrevida al contrato.

Ha de agregarse que esta causal opera también de pleno derecho (art. 1495 CCyC), razón por la cual, frente a la contundencia de la solución, en caso de que por una circunstancia ulterior la sociedad se reconduzca, para evitar ulterioridades sería conveniente que las partes se expresen en torno de este extremo.

2.6.3. Quiebra de cualquiera de las partes

La quiebra firme de cualquiera de las partes es otra de las causales de resolución que también opera de pleno derecho por imperio del art. 1495 CCyC.

No se trata acá solo del efecto que produce la quiebra como causal de disolución sobre el contrato de sociedad, sino que el supuesto afecta tanto a personas humanas como jurídicas, e incluso avanza sobre la posibilidad de que se disponga la continuación de las

(41) CNac. Apel. Com., Sala B, "Telecel S.R.L…", fallo cit.

(42) Junyent Bas, Francisco; Rodríguez Leguizamón M. Cecilia, en Julio C. Rivera y Graciela Medina (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV, Bs. As., La Ley, 2014, p. 539.

actividades en el marco de la quiebra, pues esta norma tiene características de especialidad sobre las generales del régimen concursal.

2.6.4. Resolución por incumplimiento

En el inc. e se establece la facultad de las partes para pedir la resolución por incumplimiento. Apéndice de esta previsión, el art. 1495 CCyC refiere que en este caso "*cada parte puede resolver directamente el contrato*". Esto es consecuencia natural en los contratos con prestaciones recíprocas y funciona como pacto comisorio implícito.

Será entonces una cuestión de prueba determinar si se dan las condiciones para que la resolución demandada quede demostrada y en este caso resolver sin indemnizar.

En este inciso se detalla también que los incumplimientos deben ser graves y reiterados y se establece que, para verificar la entidad y gravedad de los incumplimientos, se debe "*poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas*".

La discusión sobre el encuadre en este supuesto puede dar lugar a controversias judiciales que deberán ser resueltas recurriendo a los estándares existentes en la materia, aportados por la doctrina y la jurisprudencia, y con remisión a las normas que para los contratos en general establece el mismo Código (art. 1081 CCyC y ss.).

2.6.5. Disminución significativa del volúmen de negocios del agente

La inclusión de alguna situación en la previsión del inc. f del art. 1494 CCyC será materia controvertida, en la medida de que con ello se pretenda resolver el contrato sin otra consecuencia patrimonial que la determinada en el art. 1495, último párrafo, CCyC. La determinación de las causales de la disminución, la incidencia de cuestiones coyunturales, subjetivas, etc., se conjugarán para defender las posiciones de las partes y convencer a quien deba decidir de que el supuesto está probado.

ARTÍCULO 1496.- ***Fusión o escisión.*** ***El contrato se resuelve si la persona jurídica que ha celebrado el contrato se fusiona o se escinde y cualquiera de estas dos circunstancias causa un detrimento sustancial en la posición del agente. Se deben las indemnizaciones del artículo 1497 y, en su caso, las del artículo 1493.***

1. Introducción

Se prevé la resolución derivada de la fusión o escisión de la persona jurídica que celebró el contrato, cuando de ello se deriva un detrimento sustancial para la posición del agente.

2. Interpretación

2.1. Conceptos de fusión y de escisión

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 82 de la ley 19.550, hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas. La nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios.

Por su parte, a tenor de lo regulado por el art. 88 de la ley 19.550, hay escisión cuando:

a. una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio
   i. para fusionarse con sociedades existentes o participar con ella en la creación de una nueva sociedad;
   ii. para constituir una o varias sociedades nuevas;
b. se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

2.2. Detrimento sustancial en la posición del agente

En la regulación de la norma, esta circunstancia no afecta al contrato de agencia, salvo que cause un detrimento sustancial en la posición del agente. Habrá que determinar qué circunstancia es de tal entidad para producir el extremo referido, y estará a cargo del agente demostrarlo, en los términos del art. 377 CPCCN. Como se ve, la casuística es infinita y no sujeta a clasificación.

2.3. Derecho a resarcimiento

La configuración del supuesto da derecho a las indemnizaciones previstas en los arts. 1493 y 1497 CCyC.

ARTÍCULO 1497.- ***Compensación por clientela.*** *Extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste.*

En caso de muerte del agente ese derecho corresponde a sus herederos.

A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si éste es inferior.

Esta compensación no impide al agente, en su caso, reclamar por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario.

ARTÍCULO 1498.- ***Compensación por clientela. Excepciones.*** *No hay derecho a compensación si:*

a. *el empresario pone fin al contrato por incumplimiento del agente;*
b. *el agente pone fin al contrato, a menos que la terminación esté justificada por incumplimiento del empresario; o por la edad, invalidez o enfermedad del agente, que no permiten exigir razonablemente la continuidad de sus actividades. Esta facultad puede ser ejercida por ambas partes.*

1. Introducción

Podemos señalar que, antes del dictado del Código, no se había determinado como doctrina uniforme el derecho del agente a una compensación por clientela si el proponente se podía beneficiar de ello con posterioridad a la cesación del contrato.

2. Interpretación

En el art. 1497 CCyC se establece una compensación por clientela a favor del agente, que se genera cuando su labor incrementó significativamente el giro de las operaciones del empresario y aquella gestión puede continuar produciendo ventajas sustanciales a este.

No afecta al ejercicio de este derecho la existencia de un plazo de duración del contrato e incluso, como se señaló al referir a las causales de resolución por muerte, los herederos del agente tienen derecho a la percepción de las sumas derivadas de este concepto.

Los requisitos para su ejercicio son dos: a) incremento significativo del giro de las operaciones del empresario; b) posibilidad de producción continuada de ventajas sustanciales derivados de aquella actividad. Adviértase que no se requiere efectivamente que las ventajas se produzcan, sino que se atiende a la potencialidad en la producción, con independencia de su materialización. A partir de la existencia de esta norma, las partes deberán acordar la compensación. Esto sería lo deseable, más si no se puede arribar a esa solución predicada, será el juez quien la fijará. Dicha compensación, fijada judicialmente, no podrá exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años o durante todo el período de duración del contrato, si este es inferior.

La previsión normativa contenida no le impide al agente, en su caso, reclamar por los daños derivados de la ruptura acaecida por culpa del empresario.

En el art. 1498 CCyC se encuentran reguladas las excepciones al derecho del agente a ser compensado por clientela. Parece lógico que, si el contrato concluyó por incumplimiento del agente, este no tiene derecho a ser indemnizado. El otro supuesto de pérdida de esta compensación se da, como regla general, cuando quien decide poner fin al contrato es el mismo agente.

La regla general no es aplicable cuando: a) la terminación decidida por el agente, esté justificada por incumplimiento del empresario; b) por la edad, invalidez o enfermedad del agente que no le permiten razonablemente continuar con sus actividades.

En el último caso cualquiera de las partes podrán ejercer esta facultad.

ARTÍCULO 1499.- ***Cláusula de no competencia.*** ***Las partes pueden pactar cláusulas de no competencia del agente para después de la finalización del contrato, si éste prevé la exclusividad del agente en el ramo de negocios del empresario. Son válidas en tanto no excedan de un año y se apliquen a un territorio o grupo de personas que resulten razonables, habida cuenta de las circunstancias.***

1. Introducción

Se ha señalado, al considerar las características del contrato, el régimen de exclusividad al que puede quedar sometido. La previsión de una cláusula de no competencia hace en su esencia a dicha problemática destinada a prever la competencia desleal.

2. Interpretación

La prevista en la norma es una cláusula facultativa. De preverse, no pueden exceder de un año y se aplicará sobre un territorio o el grupo de personas que resulte razonable.

La posibilidad de que el agente vea afectada sus posibilidades de emprender nuevos negocios hace que esta cláusula sea de aplicación restrictiva, con más razón cuando un agente puede adquirir una especialidad que torne dificultoso su actividad ulterior si es obligado a no desarrollarla en determinadas condiciones. Deberán tenerse en cuenta entonces, las particularidades del negocio a los efectos previstos en la norma referida.

ARTÍCULO 1500.- ***Subagencia.*** *El agente no puede, excepto consentimiento expreso del empresario, instituir subagentes. Las relaciones entre agente y subagente son regidas por este Capítulo. El agente responde solidariamente por la actuación del subagente, el que, sin embargo, no tiene vínculo directo con el empresario.*

1. Introducción

La subagencia es una modalidad difundida del contrato de agencia por medio del cual el agente puede desarrollar su actividad.

2. Interpretación

La modalidad referida en el apartado anterior no es permitida en nuestro régimen salvo pacto en contrario expreso. Se prevé la responsabilidad solidaria del agente por la actuación del subagente, aunque este no tenga vinculación directa con el empresario. Es una forma de evitar que se pretenda diluir la responsabilidad del agente por las obligaciones que le son propias y también, frente a la naturaleza *intuitu personae* de conocer, definitivamente quién realizará la actividad comprometida.

ARTÍCULO 1501.- ***Casos excluidos.*** *Las normas de este Capítulo no se aplican a los agentes de bolsa o de mercados de valores, de futuros y opciones o derivados; a los productores o agentes de seguros; a los agentes financieros, o cambiarios, a los agentes marítimos o aeronáuticos y a los demás grupos regidos por leyes especiales en cuanto a las operaciones que efectúen.*

1. Introducción

La norma dispone que la regulación establecida en el Código no será aplicable a los agentes de bolsa o de mercados de valores, de futuros y opciones o derivados; a los productores o agentes de seguros; a los agentes financieros o cambiarios, a los agentes marítimos o aeronáuticos; y a los demás grupos regidos por leyes especiales en cuanto a las operaciones que efectúen, lo cual importa una limitación de los contratos que serán abarcados por la definición establecida en el art. 1479 CCyC.

Esto se ve reflejado en que, con el nombre de agentes o agencia, se pueden desarrollar otras actividades que tienen perfiles y características propias, además de una regulación específica.

2. Interpretación

Quedan expresamente excluidos de las normas comentadas en este Capítulo:

a. los agentes de bolsa o de mercados de valores, de futuros y opciones o derivados. El Capítulo 5 de la ley 17.811, derogado por la ley 26.831, regulaba la figura del agente de bolsa;

b. los productores o agentes de seguro. El art. 55 de la ley 20.091 los considera y los sujeta a sus disposiciones;

c. los agentes financieros o cambiarios;

d. los agentes marítimos o aeronáuticos, regulados por el Código Aduanero;

e. en general, los demás grupos regidos por leyes especiales, pues sus características pueden diferir de la regulada en este Código. Se mencionan entre ellos a los agentes de viaje, que están regulados por la ley 18.829 y que no participan de la "heteronomía parcial" del contrato de agencia comercial, pero también, desde otro lugar, por ejemplo, el caso de las agencias de publicidad, especialmente la de medios, aunque estén mencionadas en la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, pues se pueden encontrar en idéntica situación que la agencia comercial frente a la terminación anticipada del contrato, siendo vendedores masivos de servicios que armaron una estructura comercial que deben armonizar.

CAPÍTULO 18(*)
Concesión

ARTÍCULO 1502.- ***Definición.*** *Hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresaria para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.*

1. Introducción

Hasta su inclusión en este Código la concesión era un contrato atípico e innominado, cuya regulación debía buscarse en la propia voluntad de las partes expresada en la convención particular y en los principios generales de los contratos. Se debía, además, considerar la finalidad económico-jurídica, como un elemento de óptimo rango para interpretar cuál era el sentido y alcance de lo acordado y cuáles las necesidades y expectativas que mediante él las partes procuraron atender.

Desde tal perspectiva, se admitía sin discusión que la distribución a través de terceros independientes (utilizado este concepto en sentido amplio) generaba una relación fecunda en consecuencias positivas, tanto para el productor como para el distribuidor.(43)

En tal sentido, además de no arriesgar capital propio, no vincularse directamente con el público, no dimensionar su empresa y otras ventajas, esta manera de comercialización de bienes permitía al productor establecer un sistema que, según ha podido ser comprobado en la realidad empresaria, le resultaba más conveniente para la colocación de sus productos que la utilización de sus propios dependientes.(44)

Del lado de los concesionarios, la pertenencia a la estructura del concedente les permitía ampararse en el reconocimiento de la marca que iban a utilizar, liberándose de las

(*) Comentarios a los arts. 1502 a 1524 elaborados por Héctor Chomer y Jorge Silvio Sícoli.

(43) Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 513 y ss.

(44) Marzoratti, Osvaldo J., "El contrato de concesión comercial", en *ED* 126-978.

necesidades de cargar con los costos y la planificación que conllevaba fabricar e instalar un producto nuevo en el mercado, aunque el sistema diera por presupuesto que el fabricante o productor podía controlar y liderar la distribución, desde que en definitiva, de lo que se trataba era de controlar esa etapa final de su propio negocio.(45)

2. Interpretación

La definición que contiene la norma bajo análisis responde al tipo de concesión comercial, pues está destinada a la comercialización de mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.(46)

Aunque el concesionario mantiene su independencia jurídica y patrimonial, actuando en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se incorpora a la estructura de la concedente, subordinándosele en el aspecto económico y sometiéndose a sus directivas.

Ha señalado la doctrina que la subordinación viene, además, impuesta por una necesidad práctica dada porque un mismo producto no puede ser ofrecido en condiciones disímiles, razón por la cual, y a efectos de posibilitar en las bocas de expendio esa uniformidad imprescindible, concedente y concesionario se relacionan mediante un "contrato reglamentario", en general idéntico o muy parecido para todos los miembros de la red, que permite a la concedente someterlos a su dirección.(47)

Entre sus características, debemos destacar que es un contrato: a) típico y nominado; b) consensual; c) conmutativo; d) no formal; e) de ejecución continuada; f) de adhesión.

Ha señalado Lorenzetti, para definir sus caracteres, que este contrato excede el mero acuerdo individual entre concedente y concesionario, para acercarse en su naturaleza a un vínculo múltiple que une a este en forma simultánea a toda la red y en cuyo centro se halla el concedente, quien habitualmente, a partir de una organización autocrática, planifica la conducta del resto de los integrantes del sistema a quienes controla y subordina.(48)

Otra nota típica se verifica en la desigualdad en el poder de negociación de las partes, puesta de relieve en la existencia de cláusulas predispuestas en el ya referido contrato de adhesión que responde a un esquema constante y estandarizado para regular las relaciones del concedente con los concesionarios.(49)

No obstante, ello no importa de suyo invalidez, sino solo necesidad de apreciar el contrato a la luz de otros parámetros que, dejando a un lado la presunción de equilibrio inherente a los contratos conmutativos, atiende a la necesidad de aventar un riesgo implícito

(45) CNac. Apel. Com., Sala B, "Julio Bacolla S.A. y otros c/ Sevel Arg.", 23/06/2001, en *JA* 2002-I-391.

(46) La doctrina ha distinguido esta figura de la llamada "concesión privada" que tiene características propias y que se vinculan con la explotación de un servicio según exigencias y modalidades establecidas por el concedente, (ver Gastaldi, José M. "La concesión de 'buffet' como contrato atípico", en *ED* 26-84; Farina Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, t. 1, Bs. As., Astrea, p. 555, entre otros. Ver también CNac. Apel. Com., Sala D, "Rodríguez, G.D. c/ Playa Palace S.A. s/ ord.", 18/10/2013, que refiere a un contrato de concesión para la explotación de un bar restaurante.

(47) Marzoratti, Osvaldo J., *Sistemas de Distribución Comercial*, Bs. As., Astrea, 1992, p. 126 y ss.

(48) Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado…, op. cit.,* p. 74.

(49) Vallespinos, Carlos G., *El contrato de adhesión a condiciones generales*, Bs. As., UBA, 1984, p. 229.

en los contratos de este tipo, en los que existe una parte dominante: el riesgo de que esta abuse de su situación de privilegio.[50]

Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse que ambas partes son empresarios y, consecuentemente, están en condiciones de evaluar los riesgos a los que se van a someter, aunque esto no autoriza a ejercer abusivamente aquella posición de dominio que naturalmente tiene el concedente (art. 11 CCyC).

Lógico es que, en tales casos, las reglas de hermenéutica deban ser diversas y hayan dado lugar a la creación de un sistema que, asentado en la protección de la parte que se ha debido someter a las normas unilateralmente dispuestas por la otra, propicie una interpretación *contra profirentem* de tales reglas, haciendo pesar sobre su autor las consecuencias de su error o aprovechamiento.[51]

En tal caso, uno de los elementos de la autonomía de la voluntad —es decir, la libertad— de la "parte débil" del contrato, puede hallarse seriamente menoscabada; característica que, admitida hoy ya sin discusión, ha conducido a que la fuerza obligatoria de los contratos haya debido ser reinterpretada, llevando en ciertos casos a poner en tela de juicio la inalterabilidad de los negocios así concertados.[52]

ARTÍCULO 1503.- ***Exclusividad. Mercaderías.*** ***Excepto pacto en contrario:***

a. ***la concesión es exclusiva para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinados. El concedente no puede autorizar otra concesión en el mismo territorio o zona y el concesionario no puede, por sí o por interpósita persona, ejercer actos propios de la concesión fuera de esos límites o actuar en actividades competitivas;***

b. ***la concesión comprende todas las mercaderías fabricadas o provistas por el concedente, incluso los nuevos modelos.***

1. Introducción

Puede decirse, en general, de los contratos de comercialización y distribución regulados en este Código, que son el producto de una doctrina —de los autores y judicial— acuñada desde hace varias décadas.

La exclusividad es y ha sido una característica de este contrato, como lo es también en el contrato de agencia, de acuerdo con lo que se ha visto al comentar aquella figura.

Sin perjuicio de ello, la voluntad de las partes puede, mediante pacto, establecer la no exclusividad o someterla a una modalidad determinada.

2. Interpretación

La regla general establecida en el artículo que se comenta es que, salvo que medie pacto en contrario, la concesión es exclusiva para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinados.

(50) CNac. Apel. Com., Sala E, "Wattman S.A. c/ Exim SRL", 04/03/1986; CNac. Apel. Com., Sala A, "Citibank NA c/ Schkolnik", 31/10/2006.

(51) CNac. Apel. Com., Sala C, "Flehner, Eduardo c/ Optar S.A.", 25/06/1987.

(52) Farina, Juan M., *Resolución del contrato en los sistemas de distribución*, Bs. As., Astrea, 2004, p. 72 y ss., punto 23.

Lo particular de la solución es que no solo el concesionario está alcanzado por esa limitación, sino también el concedente deberá abstenerse de acordar con otros concesionarios la venta o distribución de sus productos o servicios en la zona de influencia determinada.

En el art. 1503, inc. b, CCyC se alude a una circunstancia que si aparece en un segundo plano que adquiere una particular relevancia como pauta de interpretación, pues alude al alcance de la concesión en tanto comprende todas las mercaderías fabricadas o provistas por el concedente.

Ha de entenderse que esta previsión importa para el concedente la asunción de la obligación de suministrar lo pactado, en las mejores condiciones posibles, para asegurar al concesionario concurrir al mercado competitivamente, quedando asegurado por la ley que esa concurrencia no lo es solo vinculada a un aspecto parcial de la comercialización, como puede ser, por ejemplo, la venta de unidades nuevas, sino también con el suministro de los repuestos que se puedan necesitar para su reparación o con el soporte técnico necesario para que esas reparaciones puedan llevarse a cabo adecuadamente a lo largo de toda la relación comercial y mientras el contrato esté vigente.

Así se ha señalado que hay que distinguir entre el sinalagma genético y el sinalagma funcional del contrato en cuestión, pues una cosa es la realidad fáctica implícita al momento de su celebración y otra bien distinta es la que puede verificarse durante su desarrollo, siendo que este tipo de vínculo importa un contrato de tracto sucesivo.(53)

Aquel suministro debe cumplirse con tal buena fe que no sería ello posible si se privara al concesionario de vender los nuevos modelos, porque esa exclusión ciertamente menguaría la clientela, que se vería obligada a emigrar a otras zonas para adquirir aquellos productos.

ARTÍCULO 1504.- ***Obligaciones del concedente.*** *Son obligaciones del concedente:*

a. *proveer al concesionario de una cantidad mínima de mercaderías que le permita atender adecuadamente las expectativas de venta en su territorio o zona, de acuerdo con las pautas de pago, de financiación y garantías previstas en el contrato. El contrato puede prever la determinación de objetivos de ventas, los que deben ser fijados y comunicados al concesionario de acuerdo con lo convenido;*

b. *respetar el territorio o zona de influencia asignado en exclusividad al concesionario. Son válidos los pactos que, no obstante la exclusividad, reserva para el concedente cierto tipo de ventas directas o modalidades de ventas especiales;*

c. *proveer al concesionario la información técnica y, en su caso, los manuales y la capacitación de personal necesarios para la explotación de la concesión;*

d. *proveer durante un período razonable, en su caso, repuestos para los productos comercializados;*

e. *permitir el uso de marcas, enseñas comerciales y demás elementos distintivos, en la medida necesaria para la explotación de la concesión y para la publicidad del concesionario dentro de su territorio o zona de influencia.*

(53) CNac. Apel. Com., Sala C, "Niro S.A. c/ Renault Argentina S.A. s/ ord", 25/10/2012.

1. Introducción

Establecer las obligaciones debidas por las partes es una metodología adoptada por el CCyC. En este punto, se advierte también la recepción, en este cuerpo normativo, de la doctrina elaborada y actual al tiempo de su entrada en vigencia, como así también de las soluciones incluidas en el Proyecto del año 1998.

2. Interpretación

En el inc. a se establece, junto con el respeto a la exclusividad, la principal obligación del concedente, que es la de suministrar las mercaderías que le permita al concesionario atender adecuadamente las expectativas de venta de su territorio o zona, de acuerdo con aquellos que se hubiese establecido en el contrato.

Adviértase que, con buen criterio, la norma no refiere a número, sino que hace hincapié en la necesidad de que la entrega tenga la regularidad que le permita al concesionario cumplir con sus expectativas, que tendrán que ser razonables y de acuerdo con sus propias posibilidades empresariales.

Cabe destacar también que la mayor tensión de la relación se advierte en general frente a la obligación de entregar la mercadería, y es aquí donde se puede poner en evidencia el abuso de la posición dominante, tanto en lo que hace a la presión del concedente para que el concesionario reciba una cantidad determinada de bienes y lo coloque en la situación de tener que comercializarlos aun en condiciones no del todo ventajosas, como de no remitir lo necesario frente a una demanda ascendente, lo que también perjudica a su desarrollo, pues, en estos casos, la potencial ruptura del contrato importa para la concesionaria —o puede importar— la extinción de la propia empresa, cuya subsistencia suele depender de la supervivencia de la misma concesión. En tal marco, la autonomía de la voluntad no se presenta con su fisonomía tradicional, por lo que es forzoso concluir que cierto tipo de "acuerdos" impuestos en el desarrollo de la relación —los que entrañan renuncias de derechos o el consentimiento por la concesionaria de actos perjudiciales—, no pueden ser mecánicamente evaluados a la luz de normas concebidas para regular las relaciones entre sujetos que interactúan en el marco de relaciones igualitarias. Desde tal perspectiva, los comportamientos que exteriorizan un aprovechamiento de la desigualdad económica del concesionario no pueden ser tolerados, pues ingresan en el ámbito del abuso del derecho.[54]

Esta obligación de provisión se puede concretar trasmitiendo el dominio de los bienes, o entregándolos para que el concesionario los venda y luego rinda cuentas de los bienes comercializados. Esta modalidad es la más difundida, actuando el concesionario a nombre propio pero por cuenta ajena.

En el inc. b se considera la obligación del concedente de respetar el territorio o zona de influencia asignado en exclusividad al concesionario.

Ya se analizó la cuestión referida a la exclusividad de la concesión, al comentar el art. 1503 CCyC y sus efectos tanto respecto del concedente como del concesionario.

En síntesis, el concedente, como regla general, tiene la obligación de respetar la zona asignada y no puede, en función de ello, designar otro concesionario.

.....

(54) CNac. Apel. Com., Sala B, "Automóviles Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A.", 08/05/1987.

Deja a salvo el inciso la posibilidad de que el concedente se reserve el derecho de efectuar "*cierto tipo de ventas directas o modalidades de ventas especiales*", las que deberán estar detalladamente establecidas en el contrato para que pueda invocarse su validez.

Según lo estipulado en los inc. c y d, deben proveerse al concesionario la información técnica y los manuales y la capacitación de personal necesario para la explotación de la concesión, y los repuestos para los productos comercializados.

Estas obligaciones son complementarias de la de suministrar los bienes para comercializarlos.

Como ya se expuso anteriormente, resulta necesario que el circuito de comercialización se integre debidamente, así como el suministro de repuestos. De ese modo, también la posibilidad de que se le dé al consumidor un servicio adecuado frente a los desperfectos y el mal funcionamiento de los productos, con más razón atendiendo a los efectos que pueden derivarse de la aplicación de las normas emergentes de la Ley de Defensa del Consumidor y la solidaridad a la que quedan ambos sometidos.

Suele ocurrir que discontinuar el suministro de repuestos, como no dotar de cursos de capacitación técnica a dependientes de la concesionaria, traduce aspectos puntuales que evidencian el desgaste de la relación y conflictividad ascendente.

La obligación establecida en el inc. e, en orden a permitir el uso de marcas, enseñas comerciales y demás elementos distintivos, importa para el concesionario darle identidad y legitimación frente al cliente.

En el complejo mundo de la comercialización de productos, la apariencia y la confianza son dos elementos que, en forma inescindibles, se conjugan para conseguir el resultado deseado, y es por ello que el consumidor se aproxima a los puntos de venta en función de los signos exteriores que lo convencen de que han concurrido al lugar adecuado sin mayor indagación en orden a la representación. Esto se complementa con la publicidad que masivamente explica y da pautas de garantía tácita en la adquisición de los productos, induciendo al cliente mediante signos marcarios a adquirir los productos en los lugares que los contienen.[55]

ARTÍCULO 1505.- ***Obligaciones del concesionario.*** *Son obligaciones del concesionario:*

a. *comprar exclusivamente al concedente las mercaderías y, en su caso, los repuestos objeto de la concesión, y mantener la existencia convenida de ellos o, en defecto de convenio, la cantidad suficiente para asegurar la continuidad de los negocios y la atención del público consumidor;*

b. *respetar los límites geográficos de actuación y abstenerse de comercializar mercaderías fuera de ellos, directa o indirectamente por interpósita persona;*

c. *disponer de los locales y demás instalaciones y equipos que resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de su actividad;*

d. *prestar los servicios de preentrega y mantenimiento de las mercaderías, en caso de haberlo así convenido;*

(55) Lorenzetti, Ricardo L., "La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza", en *LL* 2000-D,1155.

e. *adoptar el sistema de ventas, de publicidad y de contabilidad que fije el concedente;*

f. *capacitar a su personal de conformidad con las normas del concedente.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso a) de este artículo, el concesionario puede vender mercaderías del mismo ramo que le hayan sido entregadas en parte de pago de las que comercialice por causa de la concesión, así como financiar unas y otras y vender, exponer o promocionar otras mercaderías o servicios que se autoricen por el contrato, aunque no sean accesorios de las mercaderías objeto de la concesión ni estén destinados a ella.

1. Introducción

Las obligaciones que ha de asumir el concesionario se correlacionan con las referidas en el artículo anterior y que corresponden al concedente.

2. Interpretación

En el inc. a se establece que comprar exclusivamente al concedente las mercaderías es la principal obligación del concesionario.

Esta previsión ya estaba incluida en el art. 1503 CCyC, aunque la lectura de dicha disposición parece referir más al aspecto territorial y en este caso se pone el acento en los bienes que deben ser comercializados. De cualquier modo, son caras de una misma moneda y elemento natural del contrato de concesión modernamente concebido.

Sin perjuicio de ello, el último párrafo del artículo prevé la posibilidad del que el concesionario venda mercaderías del mismo ramo que no fueron suministrados por el concedente. Justifica esta solución en la posibilidad de que ellas hayan sido recibidas en parte de pago de las que comercialice por causa de la concesión —supuesto de dudosa factura y que puede dar lugar a interpretaciones contradictorias que generen conflicto—, y en la previsión contractual. En este caso deberá establecerse el alcance de esta facultad. Puede señalarse que, en ocasiones, el suministro de repuestos provenientes del exterior está sujeto a los avatares de la política de importación o de sustitución de insumos, razón por la cual la previsión puede justificarse en la necesidad que tiene el concesionario de asegurar el servicio de posventa de modo tal de no incurrir en responsabilidades por incumplimiento.

Por su parte, el inc. b trasunta una línea similar a la plasmada en el art. 1503 CCyC al imponer como obligación del concesionario respetar los límites geográficos de actuación y abstenerse de comercializar mercaderías fuera de ellos, directa o indirectamente por interpósita persona.

La insistencia sobre este aspecto territorial revela la importancia que en el contrato de concesión se le da a la exclusividad territorial.

En el inc. c se le impone al concesionario, como obligación, la necesidad de disponer de los locales y demás instalaciones y equipos que resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de su actividad.

Esta previsión resulta lógica, pues de acuerdo con las características de los productos que está destinado a vender, deberá contar con una infraestructura edilicia acorde con la magnitud del emprendimiento.

Es común, por otra parte, que la concedente dé pautas de carácter obligatorio para los concesionarios, reglamentando con mayor o menor detalle aquellas particularidades estructurales que también hacen a la identificación del producto y que tienden a ser uniformes con el resto de las concesionarias. Recuérdese que aunque mantengan su independencia jurídica y patrimonial, los concesionarios se incorporan a la estructura de la concedente, subordinándose en el aspecto económico y sometiéndose a sus directivas, lo cual ha llevado a la doctrina a detectar una concentración vertical de empresas con intereses convergentes en el destino final del negocio.(56)

Por el inc. d se establece la obligación de prestar los servicios de pre-entrega y mantenimiento de las mercaderías, en caso de haberlo así convenido.

Esta obligación dependerá de la naturaleza del vínculo y del acuerdo suscripto. Es común que, en materia de comercialización de automotores, la concesionaria asuma estas obligaciones como derivadas del propio régimen de venta.

En línea con las obligaciones que se vienen describiendo, los incs. e y f refieren a la adopción por parte del concesionario del sistema de ventas, publicidad y contabilidad que fije el concedente y a la capacitación del personal, de conformidad con las normas del concedente.

Es común que todas estas cuestiones queden contempladas en el "Reglamento de Concesionarios" que en general los concedentes preparan como anexos a los contratos de concesión y que se imponen obligatoriamente como condición *sine qua non* de funcionamiento, a punto tal que, en ocasiones, parecería que para la concedente la figura del concesionario se desdibuja imponiéndoles a todas un mismo proceder en cuanto a financiación y ventas, y una actividad solidaria en la prestación de ciertos servicios, como por ejemplo, la atención sin discriminación del servicio de posventa de automotores, cualquiera haya sido la concesionaria vendedora, mucho más si el vehículo se encuentra en período de garantía y debe sujetarse a un control temporal reglado para el mantenimiento de derechos.

Asimismo, la capacitación de los servicios técnicos queda, en general, a cargo de la concedente, quien se asegura de esa forma la uniformidad en la aplicación de los protocolos de los servicios ofrecidos.

ARTÍCULO 1506.- ***Plazos.*** ***El plazo del contrato de concesión no puede ser inferior a cuatro años. Pactado un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por cuatro años.***

Excepcionalmente, si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño, puede preverse un plazo menor, no inferior a dos años.

La continuación de la relación después de vencido el plazo determinado por el contrato o por la ley, sin especificarse antes el nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado.

Remisiones: ver comentario al art. 1491 CCyC.

(56) Lorenzetti, Ricardo L., "La oferta…", *op. cit.*, p. 74 y ss.

1. Introducción

El plazo en el contrato de concesión ha sido materia de especial atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia. El CCyC establece tres supuestos vinculados con el plazo mínimo de contratación, que serán analizados seguidamente.

2. Interpretación

El artículo contempla 3 situaciones:

a. **el plazo del contrato de concesión no puede ser inferior a cuatro años. Pactado un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por dicho plazo.**

En relación al primer supuesto, la norma establece un plazo mínimo de cuatro años, que es de orden público, aplicable cuando las partes no han convenido plazo para el contrato (concesión por tiempo indeterminado), lo cual impide ejercer la facultad rescisoria prevista en el art. 1508 CCyC, hasta que haya transcurrido aquel y cuando aquellas han acordado un lapso inferior a cuatro años.

El aseguramiento de un plazo mínimo ha sido objeto de diversas posturas doctrinarias: por un lado, la que entiende que el término es adecuado para permitir al concesionario amortizar las inversiones que hubiera realizado para la ejecución del contrato y obtener la rentabilidad estimada, en base a un análisis previo de la ecuación económica del contrato y sus expectativas de ganancia, teniendo en cuenta el plazo mínimo impuesto por la norma. Por otro lado, la que entiende que presumir que el plazo de cuatro años es suficiente para que el concesionario amortice su inversión es una cuestión relativa, incierta e imprecisa, ya que puede depender de diversas variables y factores (*v. gr.* vinculados a la modalidad, periodicidad y volumen de las inversiones, iniciales o subsiguientes; a los márgenes de ventas; condiciones de exclusividad; etc.) que resultan imposibles de sistematizar en una sola y única pauta.[57] La controversia siempre podrá ser valorada a la luz de los principios generales de los contratos, en especial de lo establecido en los arts. 9°, 10, 961, 984 a 989, 1011 CCyC y conc.

b. **como excepción, si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño, puede preverse un plazo menor, no inferior a dos años.**

El segundo supuesto prevé una reducción excepcional del plazo mínimo a dos años cuando el concedente provea al concesionario el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño, presumiendo la norma que si el concedente suministró la infraestructura necesaria requerida para la actividad de aquel, la inversión de este último sería menor, y por ende, más rápidamente empezaría a generar rentabilidad.

En ese aspecto la doctrina ha señalado que la cuestión puede ser materia de controversia, dado que puede suceder que el concesionario haya invertido en otros bienes, tangibles o intangibles, tanto o más importantes que las instalaciones suministradas por el concedente, por lo que será necesario examinar cada caso a la luz de lo establecido en los arts. 9, 10, 961, 984 a 989, 1011 CCyC y conc., atendiendo al carácter excepcional de esta reducción del plazo.

(57) Di Chiazza, Iván G., "Concesión y distribución en el Código Civil y Comercial. Problemática…", en *LL*, 04/12/2014, p. 1.

c. la continuación de la relación después de vencido el plazo determinado, sin especificarse antes el nuevo plazo lo transforma en contrato por tiempo indeterminado.

El último supuesto recepta la doctrina judicial pacífica desarrollada a través de los años.[58]

Sin embargo, se admite la posibilidad de que, antes del vencimiento del plazo determinado, se fije otro aventando la solución expuesta en orden a su indeterminación.

Ahora bien, este supuesto no prevé la renovación sucesiva de plazos, lo que puede encubrir una relación con plazo indeterminado y generar situaciones conflictivas. Se remite al lector a lo expuesto al comentar el art. 1491 CCyC.

ARTÍCULO 1507.- ***Retribución. Gastos.*** *El concesionario tiene derecho a una retribución, que puede consistir en una comisión o un margen sobre el precio de las unidades vendidas por él a terceros o adquiridas al concedente, o también en cantidades fijas u otras formas convenidas con el concedente.*

Los gastos de explotación están a cargo del concesionario, excepto los necesarios para atender los servicios de preentrega o de garantía gratuita a la clientela, en su caso, que deben ser pagados por el concedente conforme a lo pactado.

1. Introducción

Al considerar las obligaciones del concedente, en particular al tratar el art. 1504, inc. a, CCyC, se hizo referencia a la particularidad del contrato en orden a la posibilidad de que el concedente venda el producto y de que el concesionario lo adquiera para revenderlo, o que se le remitan sin adquirir la propiedad y que, enajenado, rinda cuentas.

2. Interpretación

En esta disposición, tratándose de un contrato oneroso, se establece el derecho del concesionario a una retribución que puede consistir en una comisión, a un margen sobre el precio de la unidad vendida, a cantidades fijas, a otras formas convenidas.

Trasunta la norma la posibilidad de que las partes fijen libremente el modo de retribución previsto para el concesionario.

2.1. Retribución por comisión

En la comisión la retribución está sujeta a que la venta se haga efectiva y corresponde a un porcentaje del precio o valor previamente determinado por la actividad comprobada. Tiende a incentivar el empeño del beneficiario, pues a mayor volumen de ventas corresponderá una mayor retribución.

2.2. Retribución por margen de venta

En el margen de venta, puede presumirse que el concesionario revendió la unidad, aunque esta modalidad importa sus riesgos y no es la más difundida.

(58) CNac. Apel. Com., Sala B, "Marquínez y Perrotta c/ Esso S.A.", 11/04/1995, en *LL* 1995-D,636; CNac. Apel. Com., Sala A "Ernesto P. Améndola S.A. c/ Peugeot Citroen Arg. S.A.", 13/06/2008, entre otros.

2.3. Retribución por cantidades fijas

La retribución de cantidades fijas no es la más difundida porque parece prescindir del efectivo desarrollo empresarial. La expresión puede incluir también una remuneración mixta, que combine algunos de los mecanismos antes señalados.

2.4. Gastos de explotación

En el último párrafo el artículo contempla a los gastos de explotación y señala que, como regla general, están a cargo del concesionario, excepto los necesarios para atender los servicios de pre-entrega o de garantía gratuita a la clientela, aunque esta solución, como la misma norma lo refiere, estará sujeta a lo pactado.

El principio expuesto parece lógico, desde que el concesionario es un empresario que actúa en nombre y por cuenta propia. La excepción también parece justificarse en aquella uniformidad en la comercialización de los productos que lleva al concedente a imponer ciertos estándares de confiabilidad que, lógicamente, parecen depender más de su incumbencia que de la de los concesionarios.

ARTÍCULO 1508.- ***Rescisión de contratos por tiempo indeterminado.*** ***Si el contrato de concesión es por tiempo indeterminado:***

a. *son aplicables los artículos 1492 y 1493;*

b. *el concedente debe readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido conforme con las obligaciones pactadas en el contrato y que tenga en existencia al fin del período de preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 1492 y 1493 CCyC.

1. Introducción

El distracto en este tipo de contrato ha sido, desde hace décadas, una cuestión bastamente debatida en la doctrina y la jurisprudencia. Preaviso y consecuencias de la rescisión son temáticas que, al igual que cuando se trató el contrato de agencia, tuvieron su evolución y tratamiento en la doctrina legal y judicial, y ahora se encuentran plasmadas en el Código como una facultad implícita en los contratos de larga duración, en forma general en el art. 1077 CCyC, y en particular en las normas en estudio.

2. Interpretación

2.1. Contrato por tiempo indeterminado

Si el contrato de concesión es por tiempo indeterminado, le son aplicables los arts. 1492 y 1493 CCyC, por lo que cabe remitirse a lo expuesto en el comentario de dichos artículos.

Ahora bien, a tenor de lo dispuesto por el art. 1506 CCyC, solo son indeterminados aquellos contratos que, después de vencido el plazo determinado convencional o legalmente —pues nunca puede ser inferior a cuatro años—, la relación continúa sin especificarse ante el nuevo plazo, con lo cual, según Di Chiazza, se reducen considerablemente los supuestos de contratos de plazo indeterminado.

2.2. Rescisión unilateral

Estos contratos le dan a las partes la posibilidad de ponerle fin unilateralmente. Solo deberán preavisar de acuerdo con las normas de remisión o en su defecto indemnizar por las ganancias dejadas de percibir.(59)

2.3. Conclusión intempestiva

De concluir intempestivamente, y tratándose de plazo determinado, se originará la obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos, pues no estaría implícita aquella facultad rescisoria. Esta facultad podrá en estos casos estar prevista convencionalmente e incluso contemplar el distracto sin causa tabulando los efectos patrimoniales que se puedan derivar.

2.4. Rescisión, deber de readquisición de productos por el concedente

En el inc. b se prevé que, en los contratos por tiempo indeterminado rescindidos, el concedente debe readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido, conforme con las obligaciones pactadas en el contrato, y que tenga en existencia al fin del período del preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago.

ARTÍCULO 1509.- ***Resolución del contrato de concesión. Causales.*** ***Al contrato de concesión se aplica el artículo 1494.***

Remisiones: ver comentario al art. 1494 CCyC.

1. Introducción

La remisión contenida en este artículo se justifica por las semejanzas de ambos contratos.

2. Interpretación

El artículo refiere a que en la resolución del contrato de concesión, las causales serán las referidas en el art. 1494 CCyC, por lo que se remite al lector al comentario de esa norma.

ARTÍCULO 1510.- ***Subconcesionarios. Cesión del contrato.*** ***Excepto pacto en contrario, el concesionario no puede designar subconcesionarios, agentes o intermediarios de venta, ni cualquiera de las partes puede ceder el contrato.***

1. Introducción

Aquí se consideran dos situaciones: una vinculada con la sub-concesión y la otra referida a la cesión del contrato.

2. Interpretación

Como regla general, está prohibida la subconcesión y la cesión del contrato. La excepción está dada en la posibilidad de que convencionalmente las partes acuerden en contrario.

(59) Ha de recordarse en el punto el precedente CSJN, "Automóviles Saavedra c/ Fiat Argentina S.A.", 04/08/1988.

La duda que puede plantearse está dada en la posibilidad de que el concesionario establezca una sucursal o puntos de venta.

En estos casos, si no hay previsión en el contrato, no habría inconvenientes, habida cuenta que se trata de la misma persona jurídica que puede actuar para facilitar la comercialización de los productos.

Adviértase en la subconcesión se estarían delegando en un tercero, los derechos y las obligaciones emergentes del contrato, lo que no resulta admisible sin la conformidad del concedente.

ARTÍCULO 1511.- ***Aplicación a otros contratos.*** *Las normas de este Capítulo se aplican a:*

a. *los contratos por los que se conceda la venta o comercialización de* software *o de procedimientos similares;*
b. *los contratos de distribución, en cuanto sean pertinentes.*

1. Introducción

Las normas del contrato de concesión han de extenderse a los contratos que se mencionan en este artículo.

Cabe recordar que la distribución de productos es un fenómeno que involucra diversas figuras convencionales, razón por la cual la norma permite aplicar a otros contratos las normas contenidas en este Capítulo.

2. Interpretación

La norma dispone que lo regulado con relación al contrato de concesión sea, sea aplicado a los siguientes contratos que se enuncian a continuación.

2.1. Contratos por los que se conceda la venta o comercialización de software *o de procedimientos similares*

El *software* es una palabra que proviene del idioma inglés pero que, gracias a la masificación de su uso, ha sido aceptada por la Real Academia Española, quien la define como el conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas que permiten ejecutar distintas tareas en una computador.

Se considera que el *software* es el equipamiento lógico e intangible de un ordenador, es decir, que abarca todas las aplicaciones informáticas como los procesadores de textos, las planillas de cálculos, los editores de imagenes, etc.

Señalan Junyent Bas y Rodríguez Leguizamón, que se entiende que el contrato de concesión es celebrado entre el concedente (autor o propietario del *software*) y el concesionario que se representa por un tercero, quien se dedicará a la comercialización de dicho producto, a su instalación en el ordenador del usuario, y capacitación de este último, en cuanto al manejo y uso.

Consideramos que, al referir la norma a procedimientos similares, pretende extender el supuesto a otros programas y procedimientos informatícos incluso aún no inventados habida cuenta las derivaciones que en este campo se pueden registrar en el futuro.

2.2. Contrato de distribución

2.2.1. Generalidades

La distribución comercial, como género que no fue nominado ni tipificado puntualmente,[60] puede ser concebida como el conjunto de actividades que permite al productor llegar al consumidor y para ello cuenta con diversas vías que elegirá luego de ponderar diversos factores.

El tráfico en masa de insumos y productos y la intensa competencia que se da para su colocación en los mercados, ha llevado a los empresarios a perfeccionar los sistemas tradicionales de distribución con el menor costo posible a cargo del principal y la mejor utilidad para cada uno de los que conforman la cadena o red que llega hasta el consumidor final.

Este destinatario del producto debe ser conocido en sus modalidades, gustos y requerimientos, los cuales varían según cual fuere la región donde habita; muchas veces influyen factores geográficos y climáticos que benefician o dificultan la venta de las mercaderías, las que deben ser confiadas a personas locales con ascendencia y conocimiento de las colectividades del lugar donde ellos habitan, que en relación con el productor tendrán más o menos autonomía en la realización de su función.

Es por ello que puede afirmarse que los contratos de agencia, concesión y franquicia, son especies del mismo género que los aproxima en procura de cumplir aquella finalidad.

El reconocimiento consuetudinario de un contrato de distribución propiamente dicho, se nutre, en realidad de las especies referidas, lo que justifica la remisión legal, "en cuanto sean pertinentes" es decir, en cuanto lo que aquí se regula sirva para aplicar al innominado que como genero cumple el fin específico.

2.2.2. Particularidades

Con independencia de lo dicho en el apartado anterior, cabe señalar que en la actualidad la comercialización de un producto está sometida a una compleja cadena compuesta por distintos sujetos, que resulta muchas veces irrelevante para el adquirente, al que no le corresponde indagar en el inextricable sistema concebido desde la ingeniería jurídica para poner un bien determinado en sus manos.

La ciencia y la tecnología han condicionado fuertemente las relaciones jurídicas y existe una generalizada y persistente dificultad a la hora de metabolizar sus innovaciones cuando estas inciden sobre el modo de comercialización de los productos derivados de esos avances.

Es por ello que, a la hora de evaluar un negocio jurídico concreto, reducido intelectualmente para un adquirente a "oferta y aceptación", deba analizarse un orden múltiple de relaciones contractuales y conexas que para el observador jurídico no pueden pasar inadvertidas como pautas de interpretación.[61]

(60) Recuérdese —sin perjuicio de ello— la mención que contiene el art. 40 de la ley 24.240.

(61) Sícoli, Jorge S., "Interpretación contractual y relaciones jurídicas complejas", en *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa,* año IV, n° 3, junio 2013.

CAPÍTULO 19
Franquicia

ARTÍCULO 1512.- ***Concepto.*** *Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.*

El franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato.

El franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado.

ARTÍCULO 1513.- ***Definiciones.*** *A los fines de la interpretación del contrato se entiende que:*

a. *franquicia mayorista es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional o regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiciados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas;*

b. *franquicia de desarrollo es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a cinco años, y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que éste tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante;*

c. *sistema de negocios: es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. Es secreto cuando en su conjunto o la configuración de sus componentes no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Es sustancial cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios y permite al franquiciado prestar sus servicios o vender los productos conforme con el sistema de negocios. Es transmisible cuando su descripción es suficiente para permitir al franquiciado desarrollar su negocio de conformidad a las pautas creadas o desarrolladas por el franquiciante.*

1. Introducción

La franquicia comercial tuvo su auge a partir de la década del 60, especialmente en EEUU desde donde se extendió a otros países, aun cuando estos tuvieran una estructura jurídica y comercial diversa como es el caso de Francia y Canadá, entre otros.

Su origen se remonta a fines del s. XIX, donde era utilizado por la industria del petróleo y luego, por los fabricantes de automóviles como un sistema para escapar a las prohibiciones de las normas "antitrusts", buscando de un sistema de distribución directa.(62)

Martorell considera como un antecedente remoto de la franquicia a los privilegios especiales que en la Edad Media la Iglesia católica otorgaba a oficiales que recolectaban impuestos, quienes cobraban un porcentaje sobre lo recaudado, entregando el remanente al Papa.(63)

El contrato de franquicia no fue expresamente reglamentado sino hasta la sanción del CCyC, pues con antelación a su inclusión en él, el contrato solo se regía por las reglas generales de la responsabilidad y por algunas otras de creación jurisprudencial que habían tenido apoyo en la doctrina, juntamente con los demás contratos de distribución.

Es por ello que el régimen contemplado en los arts. 1512 a 1524 CCyC es una innovación, puesto que regula específicamente el contrato de franquicia con sus características principales.

2. Interpretación

El art. 1512 CCyC define al contrato de franquicia comercial como aquel en el que una parte, el franquiciante, le otorga a otra, el franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado y destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.

Aclara la norma que el franquiciante debe ser titular exclusivo de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia o, en su defecto, tener derecho a su utilización y para transmitirlo al franquiciado de acuerdo con lo que contrató.

En el último párrafo también establece que el franquiciante no puede tener participación accionaria de control, directa o indirectamente, en el negocio del franquiciado.

De modo que el franquiciante, a través de esta figura, puede ceder una parte de su ciclo productivo y comercial al franquiciado. Esa parte cedida podrá incluir la distribución y, eventualmente, alguna tarea de producción o de terminación en la producción dependiendo del tipo de franquicia. Como está comprometido el prestigio de sus marcas y productos, como así también para lograr un funcionamiento homogéneo dentro de un estándar de calidad, el franquiciante tiene el derecho de controlar en forma permanente al franquiciado.

Asimismo, el franquiciante, en su condición de principal, debe al franquiciado asistencia técnica constante, lo que incluirá la entrega de un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato.(64) Esto responde a que el contrato de franquicia nació y de alguna manera sigue siendo un "contrato escuela", o

(62) Ver Zaldívar, Enrique, "Acotaciones sobre el contrato de franquicia", en *LL*, 1992-B, p. 1141.

(63) Ver Cosentino, Sergio V. y López Raffo, Francisco, en Ernesto E. Martorell (dir.), *Tratado de Derecho Comercial*, t. IV, Bs. As., La Ley, 2010, p. 442.

(64) Hoy la entrega del manual es una obligación de acuerdo con el art. 1514, inc. c, CCyC.

sea, donde el franquiciado asume, en principio, su inferioridad técnica y su necesidad de ser instruido y controlado por el franquiciante.

El sistema debe ser probado, en el sentido de que debe ser útil para su destino, de otro modo el contrato será inválido. Es un aporte en este sentido que la ley lo aclare porque se han producido discusiones judiciales en torno a esa problemática.(65)

En cuanto al modo de remunerar a las partes, la primera aclaración que corresponde hacer en cuanto al funcionamiento es que en la figura el que recauda el dinero del consumidor es el franquiciado, de modo que es él quien le debe pagar al franquiciante.

En este contrato no opera ni la comisión ni el margen de reventa. La remuneración en la franquicia es siempre del franquiciado al franquiciante y pueden puntualizarse dos formas posibles, que en general aparecen juntas. La primera son las regalías, que se pagan como contraprestación por el uso de las marcas, patentes, y sistemas, que son un sistema de ingresos permanentes y periódicos. La segunda es el pago de un derecho de ingreso, que se da solo en algunas franquicias, no en todas y que consiste en que el franquiciado paga al franquiciante por el solo hecho de que le permita ingresar a la red. Este pago le sirve al franquiciante para compensar el hecho de que algunos franquiciados serán entrenados, pero luego fracasarán, con lo cual no se cobrarán las regalías posteriores suficientes para compensar el costo de su entrenamiento. La prohibición al franquiciante de tener participación accionaria de control, sea directa o indirecta, es para proteger a los franquiciados. El franquiciante debe abstenerse de formar franquicias total o parcialmente propias.

En los incs. a y b del art. 1513 CCyC se alude a dos formatos de franquicias: la mayorista y la de desarrollo. Ambos casos refieren a ámbitos generales que sirven para instalar franquicias, que a su vez pueden asumir distintas modalidades que se pueden identificar en alguno de estos grupos:

a. la de producto o industrial;
b. la de servicio;
c. la de llave en mano o negocio en funcionamiento, usualmente denominada "*business format franchising*".(66)

En el resto, la descripción de la norma es suficientemente clara, solo cabe agregar que la franquicia industrial queda fuera de todo el régimen que estamos analizando, inclusive de este artículo, por mandato expreso del art. 1524 CCyC donde se establece que las reglas de la franquicia le son aplicables solo en cuanto sean compatibles.

El inciso c, por su parte, describe qué es un sistema de negocios, o sea, el objeto de lo que puede ser cedido por el franquiciante junto con las marcas, patentes, nombres comerciales y emblemas. La descripción gira sobre cinco notas del sistema que, en ese sentido, debe ser probado, secreto, sustancial y transmisible.

(65) Ver CNac. Apel. Com., Sala C, "L'Donna SRL c/ Saint Denis SRL s/ Ordinario", 22/02/2002.

(66) Sobre las modalidades, ver Ramírez Bosco, Lucas, *Comercialización masiva de bienes y servicios*, Bs. As., Hammurabi, 2012, pp. 514/516.

ARTÍCULO 1514.- ***Obligaciones del franquiciante.*** *Son obligaciones del franquiciante:*

a. *proporcionar, con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero;*

b. *comunicar al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos, aun cuando no estén patentados, derivados de la experiencia del franquiciante y comprobados por éste como aptos para producir los efectos del sistema franquiciado;*

c. *entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato;*

d. *proveer asistencia técnica para la mejor operatividad de la franquicia durante la vigencia del contrato;*

e. *si la franquicia comprende la provisión de bienes o servicios a cargo del franquiciante o de terceros designados por él, asegurar esa provisión en cantidades adecuadas y a precios razonables, según usos y costumbres comerciales locales o internacionales;*

f. *defender y proteger el uso por el franquiciado, en las condiciones del contrato, de los derechos referidos en el artículo 1512, sin perjuicio de que:*

   i. *en las franquicias internacionales esa defensa está contractualmente a cargo del franquiciado, a cuyo efecto debe ser especialmente apoderado sin perjuicio de la obligación del franquiciante de poner a disposición del franquiciado, en tiempo propio, la documentación y demás elementos necesarios para ese cometido;*

   ii. *en cualquier caso, el franquiciado está facultado para intervenir como interesado coadyuvante, en defensa de tales derechos, en las instancias administrativas o judiciales correspondientes, por las vías admitidas por la ley procesal, y en la medida que ésta lo permita.*

1. Introduccion

Esta norma describe —de modo enunciativo— algunas de las obligaciones del franquiciante —ello, sin perjuicio de otras que puedan surgir del régimen particular o del general—, las que pueden ser anteriores, concomitantes o propias de la etapa de ejecución del contrato, como así también posteriores a su finalización. Además, algunas pesan también sobre la contraparte, tal como se verá al analizar el art. 1515 CCyC.

2. Interpretación

El primer inciso es el único que hace referencia a una obligación precontractual, que es la de otorgar información suficiente al franquiciado para que este pueda conocer las características y éxito de las relaciones en la red a la que se pretende incorporar. De otro modo, no estaría consintiendo adecuadamente su ingreso. Los demás incisos mencionan obligaciones que se generan durante la ejecución del contrato.

La obligación que establece el inc. a pesa —como se dijo— desde la etapa precontractual, permite equilibrar la asimetría de los conocimientos que pueda existir entre las partes

(arts. 984 a 989 CCyC). Básicamente consiste en que el franquiciado pueda tener acceso a la información respecto de las ventajas y riesgos del futuro negocio, y tomar decisiones en consecuencia, aunque también el deber de información pesa sobre aquel, dentro de un marco de colaboración recíproca (art. 1011 CCyC) en lo que hace a la capacidad empresarial y financiera para emprender la explotación de la franquicia. El deber de información conlleva al de confidencialidad —si bien previsto en el art. 1515, inc. d, CCyC para el franquiciado, también exigible al franquiciante, por aplicación del principio de buena fe (arts. 9° y 961 CCyC), que debe imperar en toda negociación previa a la conclusión de un contrato de franquicia (ley 24.766, arts. 1°, 3° y conc.)—.

Respecto del inc. b se trata de una obligación fundamental del franquiciante, que consiste no solo en transmitir el *know-how* (mediante la concesión del uso de licencias industriales o comerciales, art. 1515, inc. d, CCyC), sino además en poner a disposición del franquiciado un sistema probado de negocios, integrado por cada uno de los elementos o bienes considerados como esenciales, sean materiales o inmateriales, necesarios para que pueda comenzar la explotación de la franquicia.

Lo dispuesto en el inc. c complementa la obligación establecida en el inc. b de la norma. Los manuales se consideran incorporados al contrato y contienen el *know-how* y otros derechos de propiedad intelectual, como así también informan al detalle la manera en que deben utilizarse las marcas del franquiciador e implementarse el sistema de franquicia.[67] El franquiciado debe tener posibilidad de tomar conocimiento del manual y familiarizarse con su contenido, preferentemente antes de la suscripción del contrato.

El inc. d refiere a una obligación propia de la etapa de ejecución, que consiste en proporcionar consejo y asistencia en cuestiones administrativas, operacionales y técnicas durante toda la relación contractual. Ello es así, dado que resulta esencial en este contrato la permanente actualización de la franquicia a las necesidades del mercado, a los fines de mejorar u optimizar su operatividad. La obligación de asistencia es una obligación típica de colaboración (art. 1011 CCyC) y hace al interés del propio franquiciante, pues propende a la conservación del valor de la franquicia y de su eficacia comercial o productiva, y a la consecución del objetivo contractual.

Por su parte, la estipulación que establece el inc. e puede estar dada por la necesidad del franquiciante de imponer una obligación de compra exclusiva en favor de determinados productos o bien cuando quiera asegurarse cierta calidad en las mercaderías.

El inc. f determina que el franquiciante debe garantizar que las facultades de explotación de la franquicia existen y le pertenecen al tiempo de la celebración y de la ejecución del contrato, debiendo responder ante el franquiciado frente a la afectación del ejercicio pacífico de las facultades de explotación de la franquicia que le impidan alcanzar la finalidad económica perseguida por aquel al contratar, encontrándose facultado a resolver o rescindir el contrato por ese motivo.

El franquiciante también está obligado a la defensa y protección de la franquicia en instancias administrativas y judiciales frente a terceros. Si la franquicia es nacional, la defensa y protección del derecho de uso del franquiciado se podrá hacer según lo que hubieran previsto las partes al efecto, pudiendo pactarse que aquel deba solo denunciar o se lo autorice a la defensa como mandatario del franquiciante dándole aviso.

(67) Ver UNIDROIT, "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional", cap. 5-C.

En la franquicia internacional, la norma establece que la defensa y protección está contractualmente a cargo del franquiciado, a cuyo efecto debe ser especialmente apoderado (art. 375 CCyC), sin perjuicio de la obligación del franquiciante de poner a disposición de aquel, en tiempo propio, la documentación y demás elementos necesarios para ese cometido. Se admite en la doctrina (Heredia) que el franquiciante pueda asumir contractualmente la defensa de la franquicia, sin que quepa interpretar que se trata de una norma internacionalmente imperativa de derecho argentino que se impone sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 2599). De lo que se trata es que no quede el franquiciado sin posibilidad de una inmediata defensa frente a la usurpación por un tercero de sus derechos, pudiendo asumir por sí esa protección o defensa (art. 369), sin perjuicio de que la posterior intervención del franquiciante.

Concluye la norma en el inc. ii que en cualquier caso (vale decir, sea la franquicia nacional o internacional), el franquiciado está facultado para intervenir en defensa de tales derechos como interesado coadyuvante (en el ordenamiento procesal nacional, como tercero adhesivo simple, art. 90, inc. 1, CPCCN), tanto en las instancias administrativas, como judiciales correspondientes, por las vías admitidas por la ley procesal y en la medida que esta lo permita.

ARTÍCULO 1515.- ***Obligaciones del franquiciado.*** *Son obligaciones mínimas del franquiciado:*

a. *desarrollar efectivamente la actividad comprendida en la franquicia, cumplir las especificaciones del manual de operaciones y las que el franquiciante le comunique en cumplimiento de su deber de asistencia técnica;*

b. *proporcionar las informaciones que razonablemente requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo de la actividad y facilitar las inspecciones que se hayan pactado o que sean adecuadas al objeto de la franquicia;*

c. *abstenerse de actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia que integra o de los derechos mencionados en el artículo 1512, segundo párrafo, y cooperar, en su caso, en la protección de esos derechos;*

d. *mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa confidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, a las que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato;*

e. *cumplir con las contraprestaciones comprometidas, entre las que pueden pactarse contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas a la franquicia.*

1. Introducción

Este artículo refiere a algunas de las obligaciones del franquiciado que la misma norma establece como mínimas, de modo que pueden existir otras que las partes establezcan convencionalmente, sin mengua de aquellas que resulten indisponibles.

2. Interpretación

Se trata en todos los casos de obligaciones que operan durante la ejecución del contrato, salvo la de confidencialidad, que existe desde la etapa precontractual y subsiste luego

de terminado el contrato (arts. 1°, 3° y conc. de la ley 24.766). Las demás cuestiones, en cuanto a la posibilidad de cumplimiento, están sujetas a prueba de conformidad con lo dispuesto por los arts. 984 a 989 y 1019 CCyC. Cabe señalar, también, que al referirse a obligaciones mínimas, da la impresión de que se tratara de mandatos no disponibles, y el contenido de los incisos lo confirma.

El inc. a consiste básicamente en obligaciones de hacer, de medio, aunque puede también involucrar algunas obligaciones de resultado (por ejemplo, alcanzar un nivel mínimo de ventas). Además, incluye la obligación de utilizar elementos de propiedad industrial licenciados (*v. gr.,* uso de signos distintivos del franquiciante).

El inc. b determina las informaciones que el franquiciado tiene la obligación de proporcionar. Tales informaciones (*v.* gr., verificación de stock, contabilidad, etc.) importan el derecho del franquiciante de controlar la actuación del franquiciado para mantener los niveles de calidad de la red que integra, lo cual puede incluir información sensible. Ello, en tanto integre el estatuto contractual (art. 331, párr. 3, CCyC y art. 18 CN) y esté sujeto al deber de confidencialidad del franquiciante.

Las disposiciones del inc. c importan no realizar actos contrarios a la conservación del valor competitivo de la marca, ni llevar adelante formas publicitarias inadecuadas. El franquiciado también tiene el deber de cooperar en la protección de los derechos mencionados en el art. 1512 citado, que derivan del carácter de licenciatario de los derechos de propiedad industrial y de usuario responsable de los derechos intelectuales y de autor inherentes al sistema (*software*, manual de operaciones, etc.) incluidos en el contrato.

El inc. d determina que tanto el franquiciante como el franquiciado tienen el deber, fundado en la buena fe, de guardar reserva acerca de las informaciones que recíprocamente hubieran intercambiado a causa de las tratativas preliminares (art. 992 CCyC) y son responsables en caso de infracción a tenor de las reglas de la responsabilidad precontractual y la normativa específica que resulte aplicable (*v. gr.* arts. 1° y 3°, de la ley 24.766). Forma parte del objeto de este contrato la existencia del "*know-how*", lo cual depende directamente de la confidencialidad y es la base económica propia de este tipo de contratación; por ello, esta obligación es exigible incluso en la etapa post-contractual, sin límite temporal (ley 24.425; art. 39 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC o TRIPs; y "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" de Unidroit). En el aspecto post-contractual, la obligación de confidencialidad —que emana de esta norma, concordante con el art. 1078, inc. h, CCyC— no cesa con la terminación del contrato sino cuando la información hubiera llegado a ser pública.

Además el inc. d establece la obligación de dar cumplimiento a las contraprestaciones comprometidas, tales como el pago de regalías o *royalties*. Señala, asimismo, que entre tales contraprestaciones pueden acordarse contribuciones tanto para el desarrollo del mercado como para el de las tecnologías vinculadas a la franquicia u otras prestaciones de carácter específico (por ejemplo, gastos publicitarios o seguros).

ARTÍCULO 1516.- ***Plazo.*** ***Es aplicable el artículo 1506, primer párrafo. Sin embargo, un plazo inferior puede ser pactado si se corresponde con situaciones especiales como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares. Al vencimiento del plazo, el contrato se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, excepto expresa***

denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con treinta días de antelación. A la segunda renovación, se transforma en contrato por tiempo indeterminado.

Remisiones: ver comentario al art. 1506 CCyC.

1. Introducción

El plazo de duración en los contratos de comercialización, y en particular de aquellos que integran el sub-género de los contratos de distribución, ha sido objeto de un amplio debate doctrinario y jurisprudencial que, a falta de legislación concreta, ha dado lugar en los hechos a situaciones que, por lo general, colocaron a la parte más débil —franquiciado— en un estado de indefinición en cuanto a la duración del vínculo, el cual recién encontraba cierto grado de certeza cuando estos acudían a los estrados judiciales en aras de determinar el plazo de preaviso necesario y suficiente tras la resolución del vínculo.

Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 refieren en su art. 4.3 a las circunstancias relevantes a tener en cuenta al momento de interpretar los contratos, poniendo énfasis —en lo que aquí importa— en "*la naturaleza y finalidad del contrato*". De allí que la economía del contrato denota el sentido y finalidad que las partes procuran al momento de celebrarlo y que gravita en su finalidad, contemplando de que el objetivo económico perseguido marcará la conducta que estos desplieguen para alcanzarlo; en efecto, la precisión en cuanto al plazo de duración resulta una pauta de trascendencia vital para lograrlo, habida cuenta las características del negocio común celebrado que, en el caso concreto, se caracteriza por ser una relación estable y duradera (art. 1011 CCyC).

2. Interpretación

El artículo en comentario establece como regla general un plazo mínimo de duración de cuatro años conforme remisión al art. 1506 CCyC —que regula el plazo para los contratos de concesión—, término al que le caben las mismas observaciones efectuadas al comentar dicho artículo.

No obstante, circunstancias especiales admiten la convención de un plazo menor, siendo los supuestos enunciados en la norma —ferias, congresos o actividades similares que tienen una duración inferior— los únicos casos en que la autonomía de la voluntad de las partes podrá limitar el alcance temporal reconocido para este tipo de contratos.

Fenecido el plazo, el contrato se entenderá prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, salvo expresa denuncia de una de las partes con una antelación mínima de treinta días antes de su vencimiento.

Recién a la segunda renovación tácita del acuerdo, aquel se transforma en contrato de tiempo indeterminado.

Resulta claro que el plazo mínimo (cuatro años) y su transformación luego de la segunda renovación en un contrato de plazo indeterminado, ha sido previsto en aras de proteger al franquiciado, pauta que no puede ser dejada sin efecto frente a disposiciones de la otra parte. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la facultad de rescindirlo de común acuerdo con posterioridad a su celebración.

ARTÍCULO 1517.- ***Cláusulas de exclusividad.*** *Las franquicias son exclusivas para ambas partes. El franquiciante no puede autorizar otra unidad de franquicia en el mismo territorio, excepto con el consentimiento del franquiciado. El franquiciado debe desempeñarse en los locales indicados, dentro del territorio concedido o, en su defecto, en su zona de influencia, y no puede operar por sí o por interpósita persona unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad.*

1. Introducción

La buena fe, principio ético de antigua tradición (art. 1134 *in fine* del Código de Napoleón) consagrado expresamente en nuestro ordenamiento positivo —primero a través de la ley 17.711 y ahora en el CCyC (arts. 9° y 1061)— presupone pautas de conducta ética ponderables por parte de quienes interactúan entre sí, en tanto hombres honestos y razonables que actúan y se relacionan previsiblemente con la diligencia debida.

La buena fe comprende dos supuestos: la buena fe creencia y la buena fe probidad. La primera refiere al grado de persuasión o convicción psicológica, razonablemente fundada, con que se aprecia y mantiene una determinada situación jurídica; la segunda importa aquella conducta precedida de un obrar recto y leal, evitando así el perjuicio al otro.

En esta clase de contratos, la "no competencia" como regla básica deviene un elemento inherente a la lealtad que las partes se deben recíprocamente y que tiende, sin dudas, a la búsqueda y alcance de los beneficios que ambas pretenden al momento de relacionarse.

2. Interpretación

Si bien el art. 1517 CCyC establece como regla general la exclusividad en favor de ambas partes, lo cierto es que aquellas "pueden limitarla o excluirla", lo cual abre la puerta a la autonomía de la voluntad, extremo que en definitiva, será lo primero que deberá ponderarse al momento de interpretar los alcances de cada caso particular.

Bajo esa línea conceptual, la norma continúa diciendo que el franquiciante no puede autorizar otra unidad de franquicia en el mismo territorio, salvo que exista al respecto consentimiento del franquiciado.

En cuanto a la territorialidad y más allá de su exclusividad o no según lo acuerden las partes, lo cierto es que habitualmente este elemento constituye una pauta integradora del contrato, habida cuenta de que la necesidad del franquiciado para desarrollar y explotar su negocio requiere habitualmente de una delimitación espacial, en tanto de ello suele depender el éxito del emprendimiento.

Por ello, y aun frente al ejercicio de la opción por parte del franquiciante en su favor, ponderando especialmente las características formales de esta clase de acuerdos —contratos de adhesión—, el principio de buena fe impone respetar y reconocer ciertas pautas de razonabilidad, comprendido ello dentro de un contexto de realidad económica a fin de respetar en favor del franquiciado un ámbito de desarrollo comercial que permita, al menos, aspirar al logro de las expectativas contempladas al contratar.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe aclarar que el aspecto territorial no es el único que se tiene en cuenta al momento de delimitar las pautas de exclusividad. Así, suelen pactarse cláusulas en las que se le exige al franquiciado la adquisición de materias primas o

productos elaborados directamente por el franquiciante, o bien aquellas mediante las cuales se prohíbe al franquiciado comercializar otros productos que no entren en competencia con su propia actividad.(68)

Desde otra perspectiva, la norma establece que el franquiciado deberá desempeñarse en los locales indicados y dentro del territorio asignado, no pudiendo operar por interpósita persona unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Ello resulta lógico, habida cuenta el deber de colaboración y buena fe implícito tendiente a evitar prácticas desleales por parte de ambos contratantes que importen una actitud competitiva entre sí.

ARTÍCULO 1518.- ***Otras cláusulas.*** *Excepto pacto en contrario:*

a. *el franquiciado no puede ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato mientras está vigente, excepto los de contenido dinerario. Esta disposición no se aplica en los contratos de franquicia mayorista destinados a que el franquiciado otorgue a su vez subfranquicias, a esos efectos. En tales supuestos, debe contar con la autorización previa del franquiciante para otorgar subfranquicias en las condiciones que pacten entre el franquiciante y el franquiciado principal;*

b. *el franquiciante no puede comercializar directamente con los terceros, mercaderías o servicios comprendidos en la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado;*

c. *el derecho a la clientela corresponde al franquiciante. El franquiciado no puede mudar la ubicación de sus locales de atención o fabricación.*

1. Introducción

El artículo en comentario establece ciertas cláusulas de uso general en los contratos de franquicia, con la salvedad de que podrán ser dejadas de lado por ejercicio y primacía de la autonomía de la voluntad de las partes, razón por la cual sus efectos y validez solo serán operativos salvo disposición en contrario.

2. Interpretación

El inc. a prohibe al franquiciado ceder su posición contractual y los derechos que emergen del contrato, excepto los de contenido dinerario. Tal limitación resulta una derivación de carácter *intuitu personae* que reviste el contrato de franquicia en el que el franquiciado recibirá de parte del franquiciante todos los conocimientos necesarios para el desarrollo del negocio (*know how*), con la consecuente transmisión de derechos que le permitirán al primero explotar la marca objeto de franquicia.

Distinta solución se propicia respecto de las franquicias mayoristas, cuyo objetivo primordial radica, precisamente, en crear subfranquicias. En este supuesto, y siempre que cuente con la debida autorización del franquiciante, el franquiciado podrá nombrar subfranquiciantes en los términos y condiciones fijados por el titular de la marca.

El inc. b prohibe al franquiciante comercializar directamente con terceros los productos o servicios comprendidos en la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado. Ello tiene directa vinculación con lo establecido en el art. 1517 CCyC relativo a

(68) Cosentino, Sergio V. y López Raffo, Francisco, *op. cit.*, pp. 486/487.

la exclusividad, aunque en este supuesto haciendo especial referencia a las obligaciones que en tal sentido recaen sobre el franquiciante, cuya conducta debe ajustarse a un obrar leal y ajustado a las pautas que derivan del principio de buena fe contractual.

Finalmente, el inc. c refiere al derecho del franquiciante en relación con la clientela. A diferencia de lo regulado en materia de agencia comercial (art. 1498 CCyC), aquí el legislador toma partido en favor del franquiciante estableciendo expresamente que el derecho a la clientela le corresponde al titular de la marca.

Más allá de las posiciones que puedan adoptarse al respecto, resulta razonable que la clientela pertenezca al titular de la marca y no al franquiciado, en tanto aquella es atraída por las cualidades y prestigio de la marca y no por la condición personal del franquiciado. No obstante, consideramos que frente a situaciones excepcionales y debidamente acreditadas puede ponderarse la posibilidad de reconocer en favor del franquiciado el derecho en cuestión frente al crecimiento de una marca en principio desconocida pero impulsada y desarrollada gracias a la labor del franquiciado.

En cuanto a la prohibición en cabeza del franquiciado de cambiar de ubicación sus locales, ello responde, precisamente, a que la clientela es del franquiciante, quien reparte las zonas estratégicamente debiendo el franquiciado limitarse a la atención y no a la organización.

ARTÍCULO 1519.- ***Cláusulas nulas.*** *No son válidas las cláusulas que prohíban al franquiciado:*

a. *cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante mencionado en el artículo 1512, segundo párrafo;*

b. *adquirir mercaderías comprendidas en la franquicia de otros franquiciados dentro del país, siempre que éstos respondan a las calidades y características contractuales;*

c. *reunirse o establecer vínculos no económicos con otros franquiciados.*

1. Introducción

El artículo en comentario establece reglas de carácter imperativo tendientes a la protección del franquiciado, proclamando la nulidad de ciertas cláusulas que, en caso de incorporarse en el contrato, carecerán de efectos entre las partes y terceros involucrados.

Resulta acertada la decisión del legislador de privar de todo efecto a aquellas cláusulas que, si bien y *prima facie* aparecerían como resultado de la voluntad común, su aplicación en la práctica puede resultar perjudicial para quien, en definitiva, reviste la condición de ser la parte más débil de la contratación.

Es que en definitiva la concepción clásica de consentimiento que inspiró las codificaciones del siglo XIX se diluye frente a la "aceptación" del contrato prediseñado y ofrecido por una de las partes, y en el cual no hay más consenso que la aceptación o el rechazo (art. 984 CCyC).

Por lo general, en estos modelos de contratación el consentimiento de una de las partes se limita a la aceptación de sus cláusulas, quedando excluida la negociación de los términos que integran el acuerdo, en tanto es el predisponente o franquiciante quien toma a su cargo la determinación del contrato.

No obstante ello, no implica sostener que los comerciantes, en tanto sujetos profesionales, puedan ser considerados a los fines de la celebración de un contrato —ni siquiera

analógicamente— como una especie de consumidores en tanto se presume en ellos aptitud suficiente para negociar y defender sus intereses.[69]

2. Interpretación

El inc. a refiere a la prohibición de incorporar aquellas cláusulas que tiendan a impedir la facultad del franquiciado de cuestionar —justificadamente— los derechos del franquiciante respecto de la marcas, patentes, emblemas, nombres comerciales, sistema de protección y venta o conocimientos técnicos comprendidos en el sistema objeto de franquicia.

El inc. b dispone la nulidad de toda cláusula que tienda a impedirle al franquiciado adquirir mercaderías incluidas en la franquicia a otros franquiciantes dentro del país, siempre y cuando aquellas reúnan las cualidades y características contractuales, promoviendo un contexto de equidad entre todos los que integran la franquicia.

Por último, el inc. c importa un amplio reconocimiento del franquiciado a ejercer su industria libremente (art. 14 CN), siempre que las relaciones que se forjen entre franquiciados no importen el despliegue de una conducta desleal y reñida con el principio de buena fe contractual en perjuicio del franquiciante.

ARTÍCULO 1520.- ***Responsabilidad.*** *Las partes del contrato son independientes, y no existe relación laboral entre ellas. En consecuencia:*

a. *el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario;*

b. *los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral;*

c. *el franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia.*

El franquiciado debe indicar claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales; esta obligación no debe interferir en la identidad común de la red franquiciada, en particular en sus nombres o rótulos comunes y en la presentación uniforme de sus locales, mercaderías o medios de transporte.

1. Introducción

Si bien no resultaba dudoso considerar que franquiciado y franquiciante eran funcionalmente independientes y que no existía relación laboral entre ellos, se generaron controversias en torno de la asunción por parte del franquiciante de las responsabilidades laborales que tenía la otra parte por aplicación del art. 30 de Ley 20.744 de Contrato de Trabajo (LCT).

En tal sentido, en el caso "Rodríguez, Juan R. c/ Cía. Embotelladora Argentina", la CSJN[70] revocó la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo por la

(69) Ver Anaya, Gonzalo L., "Los sistemas de distribución. Reflexiones sobre los contratos entre comerciantes", en *Revista de Derecho del Consumidor y de la Empresa*, año V, nº 2, pp. 206/220.

(70) CSJN, "Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro. s/ Recurso de Hecho", 15/04/1993.

cual se había extendido la responsabilidad a Pepsi Cola al constatarse una segmentación del proceso productivo, inclinándose el Supremo Tribunal por una interpretación restrictiva.

Sin perjuicio de ello, algunos autores han pretendido extender la responsabilidad por aplicación del art. 31 LCT en la medida que se pueda demostrar la existencia de dirección, control o administración de una sobre la otra, o que estuviesen de tal forma relacionadas que constituyeran un conjunto económico.(71)

Como se verá, el CCyC consideró el punto y dio una solución concreta a esta problemática.

2. Interpretación

Varias cuestiones son tratadas bajo el título "Responsabilidad", a saber:

a. Como se señaló, no existe relación laboral entre franquiciante y franquiciado, lo cual no requería ser aclarado porque la franquicia es un vínculo comercial, salvo que se trate de un fraude laboral en el que se haya intentado ocultar una verdadera relación de trabajo tras la apariencia de la franquicia. También puede ser que un franquiciado sea a la vez dependiente del franquiciante, superponiéndose las dos relaciones, que en ese caso son independientes entre sí.

b. Que el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, salvo disposición legal expresa en contrario. Cabe considerar en este punto la responsabilidad que atribuye el art. 40 de la ley 24.240.

c. Que los dependientes del franquiciado no tienen relación laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre el fraude laboral.

   En realidad, además del fraude laboral propiamente dicho (art.14 LCT) pueden presentarse los supuestos previstos por los arts. 29, 30 y 31 LCT y primar estas disposiciones.

d. Que el franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia, que es una regla que se mantiene mientras el sistema sea apto para su destino, porque la misma ley dice que debe ser un sistema probado, mientras no haya existido abuso de derecho por parte del principal al otorgar una franquicia que no sea viable.

e. Que el franquiciado debe indicar en sus facturas claramente su calidad de persona independiente del franquiciante, lo cual no puede interferir en la identidad común de la red franquiciada y en particular con los nombres, rótulos comunes y en la presentación uniforme de los locales, mercaderías y medios de transporte. Esto se impone para evitar inducir a los terceros a confusiones y, eventualmente, para evitar la aplicación de la "teoría de la apariencia", pero es válido en la medida en que no contraríe el estatuto del consumidor, la buena fe y el abuso del derecho.

ARTÍCULO 1521.- ***Responsabilidad por defectos en el sistema.*** ***El franquiciante responde por los defectos de diseño del sistema, que causan daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo del franquiciado.***

(71) Ver Vázquez Vialard, Antonio (dir.); Ojeda, Raúl H. (coord.), *Ley de contrato de trabajo: comentada y concordada*, t. 1, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 377.

1. Introducción

El franquiciante es el creador del sistema, motivo por el cual sus defectos son su responsabilidad si le causa daño al franquiciado.

Si bien no era necesaria la aclaración, así lo explica la norma, distinguiendo que esto es así mientras los daños no hayan sido ocasionados por el franquiciado, por su negligencia grave o dolo, lo cual es correcto porque en ese caso no serían propiamente por defecto del sistema.

2. Interpretación

Si bien el art. 1520 CCyC establece las responsabilidades y obligaciones que le corresponden a cada parte, aquí se establece específicamente la responsabilidad del franquiciante frente al franquiciado cuando se produzca un daño probado como consecuencia del defecto en el diseño del sistema.

Véase que, en principio, una de las principales características del contrato de franquicia es la transmisión del *know how* del franquiciante al franquiciado, el cual ha sido caracterizado como "*el conocimiento técnico, procedimiento, conjunto de informaciones necesarias para la producción industrial, que proceden de la experiencia en el proceso de producción y que su autor desea guardar en secreto, sea para su uso personal, sea para transferirlo confidencialmente a un tercero*".(72)

De aquí podemos inferir la obligación del franquiciante al poner en manos del franquiciado la posibilidad de distribuir un producto o servicio, o bien, en una forma más evolucionada, la de que él mismo fabrique o produzca los productos que luego venderá a los consumidores, derivando así la responsabilidad del primero en caso de que esa transferencia al franquiciado sea de forma defectuosa.

Es por ello que las obligaciones que asume el franquiciante frente al franquiciado son de objeto complejo, incluyendo obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.(73)

A partir de estas premisas, debemos considerar que se especifica la responsabilidad del franquiciante por los defectos de diseño del sistema que causen un daño probado.

Véase que, con anterioridad a la vigencia del CCyC, en el contrato de franquicia, que era de los denominados "contratos atípicos" o innominados, la responsabilidad entre franquiciante y franquiciado era de naturaleza contractual, resultando aplicables los principios previstos en el art. 519 CC y ss.(74)

De este modo podemos inferir que, más allá de encontrarse hoy tipificado, en el contrato de franquicia, ya sea que se trate de incumplimiento culposo o doloso, la responsabilidad del franquiciante por los daños probados que pudiere ocasionar al franquiciado seguirá siendo juzgada según las normas de la responsabilidad por incumplimiento de los contratos.

En cuanto a la responsabilidad que le cabría el franquiciante respecto de un tercero, véase que el CCyC no la contempla, pero tal circunstancia, a mi entender, queda resuelta con la aplicación del art. 40 LDC que establece: "*Si el daño al consumidor resulta del vicio o*

(72) Ver Rouillon, Adolfo (dir.), *Código de Comercio Comentado y Anotado*, t. II, Bs. As., La Ley, 2005, p. 801, pto. H.

(73) Rouillon, Adolfo, *ibid.*, pp. 803/804, pto. 9.

(74) Ver Cosentino, Sergio V. y López Raffo, Francisco, *op. cit.*, p. 489, pto. 12.3.1 y su cita.

riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

De allí que si bien el art. 1521 CCyC hace hincapié en la responsabilidad que pudiere surgir entre franquiciante y franquiciado, hay que considerar, aunque por un mero tecnicismo, que dicho artículo comienza diciendo "*responsabilidad por defectos en el sistema*", debiéndole alcanzar al franquiciante la responsabilidad por el daño producido a un tercero, sin perjuicio de la acción de repetición que le pudiere corresponder si el daño no le es imputable.

ARTÍCULO 1522.- ***Extinción del contrato.*** *La extinción del contrato de franquicia se rige por las siguientes reglas:*

a. *el contrato se extingue por la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes;*

b. *el contrato no puede ser extinguido sin justa causa dentro del plazo de su vigencia original, pactado entre las partes. Se aplican los artículos 1084 y siguientes;*

c. *los contratos con un plazo menor de tres años justificado por razones especiales según el artículo 1516, quedan extinguidos de pleno derecho al vencimiento del plazo;*

d. *cualquiera sea el plazo de vigencia del contrato, la parte que desea concluirlo a la expiración del plazo original o de cualquiera de sus prórrogas, debe preavisar a la otra con una anticipación no menor de un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses, contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente. En los contratos que se pactan por tiempo indeterminado, el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año desde su concertación. En ningún caso se requiere invocación de justa causa. La falta de preaviso hace aplicable el artículo 1493.*

La cláusula que impide la competencia del franquiciado con la comercialización de productos o servicios propios o de terceros después de extinguido el contrato por cualquier causa, es válida hasta el plazo máximo de un año y dentro de un territorio razonable habida cuenta de las circunstancias.

1. Introducción

Regula las causas de extinción del contrato por muerte o incapacidad de cualquiera de las partes y declara aplicables las normas referidas a la resolución por incumplimiento. Así, se prevé que cualquiera sea el plazo de vigencia del contrato, la parte que desea concluirlo debe preavisar a la otra con una anticipación no menor a un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses.

Por otra parte, a la luz de la reforma introducida por el CCyC, para entender su redacción hay que volver sobre lo visto y tener en cuenta la remisión efectuada en el art. 1516 CCyC al art. 1506 CCyC, que determina que el plazo mínimo en el contrato de franquicia es de cuatro años y, si se pacta por uno menos, se entiende acordado por aquel, con lo cual la

norma reemplaza mediante esta disposición imperativa cualquier cláusula que establezca un plazo menor.

Pero, por otra parte, hay que tener en cuenta que esta regla tiene su excepción; se puede establecer un plazo menor, en la medida que se justifique con situaciones especiales.

2. Interpretación

El inc. a hace referencia a la extinción por muerte o incapacidad de cualquier parte. Ahora bien, hay que considerar que tal situación se dará así en la medida que el contratante sea una persona humana; pues vale aclarar que cuando se trata de personas jurídicas, no corresponde hablar de muerte del franquiciante o franquiciado, sino que nos referimos a la muerte del operador de la franquicia.(75)

Por ello, entendemos que si franquiciante o franquiciado son personas humanas se corresponde con la redacción efectuada, pero en la medida de que la actuación de la persona se juzgue esencial para el mantenimiento del contrato.

El inc. b puntualiza que el contrato no puede ser extinguido sin justa causa dentro del plazo de su vigencia original. Esto es una regla relativa porque las partes siempre pueden dar por terminado el contrato aun dentro de su plazo de vigencia, mientras compensen el tiempo de inejecución debidamente.

Al efecto, puede suceder que se lleve a cabo la rescisión del contrato, lo cual es conceptualizado en doctrina como la ruptura del vínculo contractual por la mera voluntad de una o de ambas partes del contrato, siendo indiferente que concurra o no, además, alguna causa sobreviniente que sustente o justifique esa decisión. Esta solo opera para el futuro (*ex nunc*), siendo consustancial a los "*contratos de tracto sucesivos, de ejecución continuada o periódicas*" (art. 1011), esto es, a aquellas convenciones donde ambas partes tienen aún prestaciones por cumplir, devengadas o a devengarse por el transcurso del tiempo.(76)

El inc. c establece que los contratos con plazos menores a tres años, justificados en las razones especiales del art. 1516 CCyC, se extinguen de pleno derecho al vencimiento del plazo. Esas razones especiales son las ferias, congresos y actividades eventuales que ya mencionamos.

En cuanto a lo determinado por el inc. d respecto del deseo de concluir el contrato, sea a plazo fijo o por tiempo indeterminado, requiere de un preaviso de un mes por cada año de vigencia del contrato, hasta un máximo de seis meses.

Así, a diferencia de lo que vimos para la agencia, concesión y para las distribuciones en que la regla es aplicable, en la franquicia el preaviso de un mes por año tiene un tope, el de seis meses como máximo.

El anteúltimo párrafo del art. 1522 CCyC aclara que en los contratos por tiempo indeterminado el preaviso debe otorgarse de modo que la rescisión se produzca, como mínimo, al cumplirse el tercer año de concertado. O sea que,en esos casos, además de los meses de preaviso o su indemnización sustitutiva, se deberá también compensar la ausencia de ejecución por el hecho de que la vigencia contractual no alcanzó esos tres años.

(75) Cosentino, Sergio V. y López Raffo, Francisco, *ibid.*, p. 478.

(76) En este sentido, CNac. Apel. Com., Sala A, "Monedal SRL c/ Bonafide SAIC s/ Ordinario", 03/12/2009.

El último párrafo del articulado incorpora una novedad, esto es que se podrá incorporar una cláusula en la cual se podrá establecer como plazo máximo "un año" respecto de la competencia del franquiciado con la comercialización de productos o servicios propios o de terceros después de extinguido el contrato por cualquier causa, siempre dentro de un territorio razonable habida cuenta las circunstancias.

Esta situación es considerada como responsabilidad **post-contractual**, que es la de no concurrencia o no competencia, que implica la obligación del franquiciado de no asumir negocios competitivos con el franquiciante, con posterioridad al cese de la relación contractual.[77]

ARTÍCULO 1523.- ***Derecho de la competencia.*** ***El contrato de franquicia, por sí mismo, no debe ser considerado un pacto que limite, restrinja o distorsione la competencia.***

Interpretación

El contrato de franquicia no puede ser considerado un pacto que limite, restrinja o distorsione la competencia (art. 11 CCyC) es a los efectos de que no se pueda presumir que por la mera existencia de franquicias la competencia fue violada.

ARTÍCULO 1524.- ***Casos comprendidos.*** ***Las disposiciones de este Capítulo se aplican, en cuanto sean compatibles, a las franquicias industriales y a las relaciones entre franquiciante y franquiciado principal y entre éste y cada uno de sus subfranquiciados.***

1. Introducción

El último artículo sobre franquicia —art. 1524 CCyC— establece que las disposiciones de este capítulo se aplican a las franquicias industriales, a las relaciones entre franquiciantes y franquiciado principal, y a las que se den entre este y cada uno de los subfranquiciados.

2. Interpretación

En principio, estas situaciones no están comprendidas directamente en el ordenamiento sino solo si la situación presenta la suficiente analogía fáctica como para poder incluirse.

La franquicia industrial resulta aplicable a la producción de bienes, a diferencia de la "comercial", que se utiliza para distribución o prestación de servicios. En el "*know-how*" de tipo "industrial" la franquicia tiene un contenido mucho más técnico, comprensivo de procedimientos de fabricación o de aquellos que sirven para la aplicación de técnicas industriales dentro de la empresa. La norma establece la aplicación de las prescripciones de este Código a la franquicia de tipo industrial en lo que resulte compatible teniendo en cuenta las características antes indicadas.

En lo que hace al régimen de la sub-franquicia —sin perjuicio de lo normado por los arts. 1518, inc. a, y 1636 CCyC— la relación entre el franquiciante mayorista y los subfranquiciados[78] también se rige por las normas de este Capítulo; ello, no obstante se

(77) Ver Rouillon, Adolfo, *op. cit.*, p. 806, pto. b..

(78) Ver art. 1513, inc. a, CCyC; Unidroit, "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional", cap. 7.

le puedan imponer vía contractual al sub-franquiciado algunas condiciones especiales (*v. gr.* prestar conformidad a los contenidos esenciales del contrato de franquicia principal, renunciar a reclamos contra el franquiciador al momento de la transferencia, etc.).

CAPÍTULO 20(*)
Mutuo

ARTÍCULO 1525.- *Concepto.* ***Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.***

1. Introducción

El mutuo o préstamo de consumo ha sido una preocupación de los legisladores en relación con las consecuencias económicas del mismo desde la antigüedad.

Ya en épocas bíblicas se encuentra ligado a la necesidad alimentaria u otras de carácter humanitario del mutuario, asistiendo a la persona necesitada, por cuanto el dinero —a diferencia de épocas posteriores— se entendía, no como un medio para la realización de negocios o el comercio, sino para adquirir las necesidades básicas de la vida. La contrapartida era la actitud benévola del mutuante, motivo por el cual era, esencialmente, gratuito. Esto último es el motivo por el cual se lo legisla ligado a la prohibición de cobrar intereses o de cualquier otro tipo de extorsión obteniendo algún beneficio o fruto, aunque no sea en dinero.

El derecho romano mantuvo el carácter gratuito del contrato pero —con el paso del tiempo y también a raíz de la expansión territorial y el comercio con otros pueblos— reconoció el carácter oneroso del contrato, aunque limitando la tasa de los intereses.

Con posterioridad, el derecho canónico también tuvo una fuerte influencia en la lucha contra la usura, prohibiendo prestar dinero a interés. El fundamento bíblico es el mandato "*mutuum date, nihil inde sperantes*" (Evangelio San Lucas, Capítulo VI, Versículo 35). Esta prohibición comienza a aparecer en la legislación civil en la época de Carlomagno.

Recién con el Código Civil francés, influenciado por el liberalismo político y económico, se admite la existencia de dos variantes de mutuo: el gratuito y el oneroso (art. 1905 del Código Civil francés), pero solo cuando se conviene expresamente; caso contrario, se lo considera gratuito.

El Código Civil y Comercial invierte la regla, disponiendo como regla la onerosidad y, como excepción, la gratuidad.

2. Interpretación

2.1. Conceptualización de mutuo

El artículo bajo análisis caracteriza al mutuo, también llamado "empréstito" o "préstamo de consumo", como el contrato en virtud del cual un sujeto, denominado mutuante, se compromete a entregar en propiedad a otro, llamado mutuario, una determinada cantidad de cosas fungibles, y este se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.

(*) Comentarios a los arts. 1525 a 1541 elaborados por Sergio Sebastián Barocelli.

2.2. Elementos esenciales particulares

De conformidad con la conceptualización del artículo bajo análisis, los elementos esenciales particulares del mutuo son:

a. obligación de entregar una determinada cantidad de cosas fungibles;
b. transferencia en propiedad de las cosas objeto del contrato. De esta manera, al transferirse el dominio de dichas cosas, se posibilita su consumo o agotamiento, razón por la cual el contrato solo puede recaer sobre cosas fungibles de propiedad del mutuante;
c. plazo para la restitución. Dicho plazo puede ser determinado o indeterminado, poniendo de relieve la función creditoria del tipo contractual; y
d. obligación de restituir el *tantumdem*, es decir, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad.

2.3. Caracteres

Respecto a los caracteres del contrato de mutuo, puede sostenerse que se trata de un contrato:

a. bilateral, ya que ambas partes se obligan recíprocamente, de conformidad con el art. 966 CCyC;
b. oneroso por regla, aunque puede pactarse como gratuito, como se verá en el comentario al art. 1527 CCyC;
c. conmutativo, de conformidad con el art. 968 CCyC, ya que las ventajas para todos los contratantes son ciertas al momento de su celebración, aunque excepcionalmente puede ser oneroso en alguno de los supuestos del art. 1531 CCyC;
d. no formal. El Código Civil y Comercial no prescribe solemnidad alguna para su validez;
e. consensual, ya que del mero acuerdo consentido por las partes, correspondiente a la formación de un mutuo, nace el contrato. Se aparta así de la tradición romana seguida por el Código Civil de Vélez Sarsfield en su art. 2240 CC;
f. nominado;
g. de ejecución diferida. La obligación del mutuario de restituir igual cantidad y calidad de cosas difiere para un momento posterior a la celebración del contrato. Este espacio de tiempo es inherente a la función económica del negocio, que consiste en colocar bienes a disposición de quien no los posee en la actualidad para que pueda aprovecharse de ellos, careciendo de sentido si debieran restituirse las cosas inmediatamente de recibidas;
h. de crédito o financiación;
i. que puede configurarse, tanto como paritario o discrecional, como de adhesión, en conformidad con el art. 984 CCyC;
j. que puede configurarse como un contrato entre empresas como de consumo, en conformidad con los arts. 1092 y 1093 CCyC y los arts. 1°, 2° y 3° de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

2.4. Objeto

De la propia definición legal surge que del contrato de mutuo solo pueden recaer como objeto, las cosas fungibles. Cabe recordar que el art. 232 CCyC dispone que son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo

de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad.

Las cosas fungibles, generalmente, son también consumibles, por lo que al ser usadas perecen. Por consiguiente, el mutuario solo puede devolver otras de la misma especie y calidad. Generalmente el mutuo recae sobre sumas de dinero, de moneda nacional o extranjera, aunque también puede recaer sobre otras cosas muebles fungibles, como alimentos, combustibles, semillas, etc.

2.5. Causa

La causa en el contrato de mutuo desempeña un papel destacado a la hora de diferenciarlo de otros contratos, como el depósito.

En el contrato de mutuo, la obligación de entregar la cosa se hace en interés principal del mutuario, mientras que, en el depósito, la entrega se hace en interés principal del depositante.

ARTÍCULO 1526.- ***Obligación del mutuante.*** *El mutuante puede no entregar la cantidad prometida si, con posterioridad al contrato, un cambio en la situación del mutuario hace incierta la restitución.*

Excepto este supuesto, si el mutuante no entrega la cantidad prometida en el plazo pactado o, en su defecto, ante el simple requerimiento, el mutuario puede exigir el cumplimiento o la resolución del contrato.

Fuentes y antecedentes: art. 1822 del Código Civil italiano.

Remisiones: ver arts. 1530, 1077, 1078, 1079, 1082, 1083, 1084, 1088 y 1089 CCyC.

1. Introducción

En el diseño de derechos y obligaciones del mutuante, la obligación principal será la de entregar la cantidad prometida, conforme se verá a continuación.

También tendrá el derecho y la obligación de recibir de parte del mutuante, el capital recibido más los intereses que se hubiesen pactado o no, conforme la periodicidad, tasas y demás especificaciones que se hubiesen estipulado en el contrato.

Asimismo, por transmitir el mutuante las cosas en propiedad, responderá por la obligación de saneamiento, de conformidad con el Libro Tercero, Título II, Capítulo 9, Sección 4ª, garantizando por evicción y vicios ocultos. A ello hay que adicionarle las previsiones del art. 1530 CCyC, al cual corresponde remitirse.

2. Interpretación

2.1. Obligación de entregar la cantidad prometida

La obligación principal del mutuante es entregar la cantidad de cosas prometidas en el contrato al mutuario, en el tiempo y lugar convenido. Si nada se ha pactado al respecto, será a simple requerimiento del mutuario al mutuante.

En el supuesto en que el mutuante no entregue la cantidad prometida en el plazo pactado o, en su defecto, ante el simple requerimiento, el mutuario puede exigir el cumplimiento o la resolución del contrato.

Al respecto, resultarán de aplicación las regulaciones en materia de extinción, reparación de daños, resolución e incumplimiento, prescripto por los arts. 1077, 1078, 1079, 1082, 1083, 1084, 1088 y 1089 CCyC, a los cuales corresponde remitirse.

2.2. Excepción a la obligación de entrega

Como única excepción que habilita al mutuante a incumplir con la entrega de las cosas prometidas en mutuo, el párr. 1 del artículo bajo análisis establece el supuesto que, con posterioridad al contrato, un cambio en la situación del mutuario hace incierta la restitución.

Esta norma, que constituye una derivación de la cláusula *rebus sic stantibus*, tiene su fuente en el art. 1822 del Código Civil italiano y resulta aplicable cuando, por ejemplo, sobrevienen alternaciones o cambios en la situación patrimonial del contrayente que habría de recibir la cosa.

Al respecto, resultarán también de aplicación las prescripciones del art. 1032 CCyC que, a manera de tutela preventiva, habilita a una de las partes de un contrato a suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia.

Al respecto, el mutuario podrá, para la subsistencia del contrato, ofrecer seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

ARTÍCULO 1527.- ***Onerosidad.*** *El mutuo es oneroso, excepto pacto en contrario.*

Si el mutuo es en dinero, el mutuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada.

Si el mutuo es de otro tipo de cosas fungibles, los intereses son liquidados en dinero, tomando en consideración el precio de la cantidad de cosas prestadas en el lugar en que debe efectuarse el pago de los accesorios, el día del comienzo del período, excepto pacto en contrario.

Los intereses se deben por trimestre vencido, o con cada amortización total o parcial de lo prestado que ocurra antes de un trimestre, excepto estipulación distinta.

Si se ha pactado la gratuidad del mutuo, los intereses que haya pagado el mutuario voluntariamente son irrepetibles.

El recibo de intereses por un período, sin condición ni reserva, hace presumir el pago de los anteriores.

1. Introducción

Como se ha sostenido anteriormente, la onerosidad es uno de los caracteres del contrato de mutuo en el Código Civil y Comercial, salvo que se pacte en contrario; en cuyo caso, el mutuo será gratuito. Se invierte así la regla del Código Civil de Vélez Sarsfield, que disponía como regla la gratuidad del mutuo y, excepcionalmente, su onerosidad, unificándose el criterio con el del Código de Comercio que disponía, como todos los actos de comercio, la presunción de onerosidad.

2. Interpretación

2.1. Onerosidad

La regla general en materia de mutuo es su onerosidad.Es decir, si se tratase de un mutuo dinerario, ese capital entregado devengará intereses que el mutuario deberá pagar al

mutuante como contraprestación por la suma de dinero recibida. En el caso de mutuo de cosas fungibles, el mutuo devengará intereses en relación al precio del capital recibido.

Excepcionalmente, el mutuo podrá ser pactado como gratuito, en cuyo caso el mutuario solo deberá entregar al mutuante igual especie y cantidad de las cosas recibidas.

2.2. Intereses

Los intereses son aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina durante un tiempo dado como precio por el uso de la cosa o suma de dinero por el mutuario.

La medida del interés lo da la tasa. Es un porcentaje de unidades por cada cien unidades de capital, expresado por un tiempo determinado.

La modalidad de determinación puede ser fija o variable, la forma de pago puede ser por adelantado, vencida, periódica o no; y el sistema de amortización francés, alemán o americano; y la tasa activa o pasiva.

Además, los intereses se deben pagar en la misma moneda prestada, salvo pacto en contrario. No obstante, por aplicación del art. 765 CCyC, si la obligación fuese en moneda extranjera, el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Por la función económica que cumplen, los intereses pueden ser clasificados en intereses compensatorios (o lucrativos o retributivos) y punitorios.

Los intereses compensatorios son aquellos que funcionan como una retribución por el uso del capital ajeno. La función económica que cumplen estos intereses es la de "*precio por el uso del capital*" y, como tal, se gradúan. El interés compensatorio "*compensa*" al acreedor por el tiempo en que este "*cede*" su dinero al deudor. Esta característica funcional es decisiva para fijar en tasa y, recíprocamente, la tasa contribuye a configurarlos y moldearlos en su forma nominal. En este sentido, la tasa de interés aplicable puede ser determinada, por ejemplo, cuando fijada de manera expresa en el contrato o determinable, remitiéndose a una tasa de interés en plaza; por ejemplo, la tasa activa de una determinada entidad financiera.

Si la tasa de interés es fija, la tasa determinada será, en principio, invariable. Si la tasa es variable, deberán especificarse claramente los parámetros que se emplearán para su determinación y periodicidad de cambio.

Los intereses punitorios o moratorios-punitorios son los intereses causados por incumplimiento de la obligación. Es el interés que se produce ante la falta de pago del capital en la fecha estipulada. En este caso, el mutuante o prestamista tiene derecho "*a penar*" al mutuario-deudor por no haberle abonado en término. Estos intereses aplican una tasa mayor que los intereses compensatorios y cumplen la función de una especie de cláusula penal moratoria.

A falta de determinación expresa de la tasa de interés, por la presunción de onerosidad resultará aplicable la tasa vigente en plazo, resultando razonable la remisión a la que perciben los bancos públicos nacionales o locales, según el caso.

Sin embargo, en el caso de las relaciones de consumo, por imperio del art. 36 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse, de modo claro, al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad, entre otras cuestiones, la tasa de interés efectiva anual,

el total de los intereses a pagar o el costo financiero total, el sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses, la cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar y los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiera. Asimismo, cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. En el caso de omisión de la tasa de interés efectiva anual, su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato.

2.3. Límites a las tasas de interés

El Código Civil y Comercial no ha fijado una tasa legal máxima de interés compensatorio. Es decir, no fija un "precio máximo", para el uso del dinero ajeno, y su espíritu es tratar de evitarlo, pero sin llegar a prohibirlo. Por tanto, su fijación queda librada a la autonomía de la voluntad privada.

No obstante, la cláusula de determinación de la tasa de interés no escapa al control judicial. En este sentido, corresponde remitirnos al art. 771 CCyC, que dispone que los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación y que los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido este, pueden ser repetidos.

Empero, determinar la razonabilidad de la cuantía de la tasa de interés, determinada en el contrato, no resulta tarea sencilla. Sobre este punto, la doctrina y jurisprudencia son coincidentes en la necesidad de evaluar el grado de negociación del contrato, diferenciando los contratos paritarios o discrecionales de los contratos de adhesión, y especialmente, de los contratos de consumo, como también la particularidad del negocio, el contexto socioeconómico y de los distintos riesgos contractuales que la tasa de interés busca prevenir como por ejemplo, el riesgo de restitución, insolvencia, inflacionario, cambiario, etc., a mayor riesgo, mayor razonabilidad tendrá la fijación de tasas más altas.

Al respecto la Corte Suprema ha sostenido que, como regla, la clasificación de una tasa de interés como exorbitante o usuaria no puede establecerse en abstracto, para todos los casos y en todos los tiempos, sino que está sujeta a una ponderación judicial que tenga en cuenta los vaivenes de la economía mientras el proceso tramita, la que cabe realizar, precisamente, en el momento de la liquidación.[79]

En cuanto a los institutos que resultan eficaces para atacar los intereses irrazonables o abusivos, resultan aplicables los principios generales, tales como el orden público y fraude a la ley (art. 12 CCyC), la buena fe (arts. 9° y 961 CCyC), el abuso del derecho (art. 10 CCyC), el abuso de la posición dominante (art. 11 CCyC), la moralidad del objeto (arts. 279 y 1004 CCyC) y la causa (arts. 281 y 1014 CCyC).

También se destaca, especialmente en materia civil, el instituto de la lesión (art. 332 CCyC), como, eventualmente en materia penal, la eventual comisión del delito de usura (art. 175 bis CP).

(79) Ver CSJN, "Banco de Crédito Argentina c/ Bazán, Ranulfo Eduardo", 24/06/2004, Fallos: 327: 2444.

En el caso de los intereses punitorios, podrá recurrirse también al art. 794, párr. 2, CCyC que faculta a los jueces a reducir las penas cuando su monto, desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

No resultan aplicables, en principio, las disposiciones en materia de cláusulas abusivas para contratos de adhesión y/o de consumo, por la limitación del art. 1121, inc. a, CCyC en cuanto a que proscribe determinar como abusiva la cláusula relativa al precio. Ello tiene su justificación en que los intereses hacen a la configuración del objeto; no obstante, sí podrán reputarse como cláusulas abusivas, en los términos del art. 988 CCyC y el art. 37 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, ciertas cláusulas vinculadas a la determinación del monto de los intereses compensatorios o punitorios, como las que dejan librada a la voluntad del predisponente la modificación de la tasa de interés aplicable, o se adopten criterios que tornen incierta su cuantía o no se informara debidamente.

En materia regulatoria de los intereses, el Banco Central de la República Argentina ha dictado la Comunicación "A" 5615, regulando la cuestión de los intereses en el mutuo otorgado por entidades financieras, estableciendo topes a los intereses que resultan aplicables por vía analógica, a todos los contratos de mutuo.

2.4. Periodicidad

Las partes pueden pactar libremente la periodicidad en que devengarán los intereses. Si nada han pactado, los intereses se deben por trimestre vencido, o con cada amortización total o parcial de lo prestado que ocurra antes de un trimestre.

2.5. Pago de intereses en mutuos gratuitos

Si se ha pactado la gratuidad del mutuo, los intereses que haya pagado el mutuario voluntariamente son irrepetibles.

Sin embargo, ello no implicará una "novación" de la obligación, sino que, en lo sucesivo, el mutuario deberá exclusivamente el capital adeudado, sin obligación de pagar intereses.

2.6. Presunción de pago

Por último, el artículo bajo análisis dispone que la extensión del recibo de pago de intereses por un período por parte del mutuante o prestamista, sin condición o reserva, hace presumir el pago de los intereses anteriores. Dicha presunción tiene el carácter de presunción *iure et de iure*.

ARTÍCULO 1528.- ***Plazo y lugar de restitución.*** ***Si nada se ha estipulado acerca del plazo y lugar para la restitución de lo prestado, el mutuario debe restituirlo dentro de los diez días de requerirlo el mutuante, excepto lo que surja de los usos, y en el lugar establecido en el artículo 874.***

1. Introducción

Uno de las obligaciones principales del mutuario es la de restituir igual cantidad de cosas recibidas, de la misma especie y calidad, en el término y lugar pactado. Se analizarán, a continuación, las previsiones que la norma bajo análisis prescribe al respecto.

2. Interpretación

2.1. Plazo de restitución

Las partes, al fijar las condiciones del contrato, determinarán el plazo de restitución del capital. De conformidad con la modalidad que revista el mutuo, este podrá restituirse en un único pago o en diferentes pagos parciales, de manera conjunta o no con los intereses, si hubiesen sido pactados.

De conformidad con el art. 351 CCyC, el plazo se presume, salvo estipulación en contrario, establecido en beneficio del obligado a cumplir, esto es, el mutuario. Por consiguiente, queda expedita la posibilidad de restituir antes del vencimiento del término pactado.

Para el supuesto en que no se hubiese estipulado cláusula relativa al plazo de restitución del capital recibido, el mutuario debe restituirlo dentro de los diez días de requerirlo el mutuante. Esta previsión tendrá excepción en los usos que pactase un plazo diferente.

2.2. Lugar de restitución

También las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, podrán pactar el lugar de restitución del capital prestado.

Ante la ausencia de previsiones al respecto, la norma *sub examine* hace una remisión expresa al lugar establecido en el art. 874 CCyC. Cabe recordar que el referido artículo establece que, si nada se ha indicado, el lugar de pago es el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación y que, si el deudor se muda, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior; igual opción corresponde al deudor, cuando el lugar de pago sea el domicilio del acreedor.

La norma también establece que esta regla no se aplica a las obligaciones de dar cosa cierta. En este caso, el lugar de pago es donde la cosa habitualmente se encuentra. Esta previsión podría resultar aplicable para el mutuo de ciertas cosas fungibles.

ARTÍCULO 1529.- ***Incumplimiento del mutuario.*** *La falta de pago de los intereses o de cualquier amortización de capital da derecho al mutuante a resolver el contrato y a exigir la devolución de la totalidad de lo prestado, más sus intereses hasta la efectiva restitución.*

Si el mutuo es gratuito, después del incumplimiento, se deben intereses moratorios. Si el mutuo es oneroso a falta de convención sobre intereses moratorios, rige lo dispuesto para las obligaciones de dar sumas de dinero.

1. Introducción

Si el mutuario cumple debidamente con sus obligaciones contractuales, el contrato de mutuo llegará a su fin a través de la llamada *"extinción normal"*. Ahora bien, cuando en el transcurso del contrato se produzca un incumplimiento del mutuario, devendrá la posibilidad de la extinción a partir de la resolución.

2. Interpretación

2.1. Incumplimiento del mutuario en el mutuo oneroso

El artículo bajo análisis regula la materia del incumplimiento de dos obligaciones principales del mutuario: el pago de los intereses o de cualquier amortización de capital.

Se trata de un supuesto particular de la cláusula resolutoria implícita, regulada en el art. 1087 CCyC y concs.

Ante estos supuestos, el mutuante podrá exigir la devolución de la totalidad del capital prestado. Caducan, por tanto, todos los plazos y periodicidades que se hubiesen pactado en el contrato. Se producirá, entonces, la resolución del contrato.

Asimismo, el mutuante tendrá derecho a reclamar también los intereses correspondientes, compensatorios y/o punitorios, hasta la efectiva restitución, de conformidad con las previsiones del contrato.

2.2. Aplicación de los intereses punitorios

Como ya se ha señalado anteriormente, ante el incumplimiento de las obligaciones del mutuario, nace el derecho del mutuante a reclamar los intereses punitorios.

En el supuesto del mutuo gratuito, la norma en análisis señala que, después del incumplimiento, el mutuario deberá también los intereses moratorios, también llamados "punitorios".

Para el caso del mutuo oneroso, se prescribe también que —a falta de convención sobre intereses moratorios— rige lo dispuesto para las obligaciones de dar sumas de dinero. En este caso, podrán ser fijados por la autoridad judicial, siendo de referencia las tasas de interés que, al respecto, aplican los bancos públicos, nacionales o locales, según el caso.

ARTÍCULO 1530.- ***Mala calidad o vicio de la cosa.*** ***Si la cantidad prestada no es dinero, el mutuante responde por los daños causados por la mala calidad o el vicio de la cosa prestada; si el mutuo es gratuito, responde sólo si conoce la mala calidad o el vicio y no advierte al mutuario.***

1. Introducción

Como se ha señalado anteriormente, el mutuante es responsable de la obligación de saneamiento de conformidad con el art. 1033 CCyC y ss., en relación a las cosas trasmitidas en propiedad a través del mutuo, como elemento natural de un contrato oneroso.

2. Interpretación

El artículo en análisis reafirma la remisión señalada a la obligación de saneamiento al prescribir que, si la cantidad prestada no es dinero, el mutuante responde por los daños causados por la mala calidad o el vicio de la cosa prestada.

Al respecto, cabe recordar que, de conformidad con el art. 1051 CCyC, la responsabilidad por vicios ocultos comprende dos supuestos:

1. los vicios redhibitorios;
2. otros defectos no excluidos por el art. 1053 CCyC (esto es, defectos aparentes o conocidos por el adquirente y defectos sobrevivientes) o ampliados convencionalmente.

Además, los vicios redhibitorios deben tener los siguientes caracteres:

a. **Defecto material.** Los vicios redhibitorios implican defectos de hecho —esto es, anormalidades o imperfecciones materiales sobre el bien, objeto de la adquisición— que carecen de las cualidades necesarias para cumplir determinada función.

b. **Grave o importante.** Deben tratarse de defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor. En los vicios redhibitorios se ve afectada la idoneidad del producto, es decir, sus calidades o cualidades, sin necesidad de que la gravedad no entrañe necesariamente que la cosa llegue a ser irreparable, excluyendo hechos menores.

c. **Oculto.** Debe entenderse como un defecto que no es ostensible al momento de la adquisición prestando una mediana atención o diligencia. Quedan, por lo tanto, excluidos los defectos aparentes o visibles.

d. **Debe existir al tiempo de la adquisición.** El garante-enajenante solo responde por los vicios que existían al tiempo de la adquisición, y no los sobrevinientes. Deben estar presentes al momento de la operación, es decir, que la causa del vicio debe ser anterior o concomitante respecto del acto de adquisición.

e. **Debe emerger con posterioridad a la adquisición.** Siendo la causa del vicio anterior o concomitante a la adquisición, el defecto emerge con posterioridad a la adquisición, es decir, se vuelve perceptible *a posteriori*.

En el supuesto en que el mutuo fuese gratuito, el mutuante responde solo si conoce la mala calidad o el vicio y no advierte al mutuario. Corresponde tener presente que el art. 1043 CCyC establece que, el obligado al saneamiento, no puede invocar su ignorancia o error, excepto estipulación en contrario.

ARTÍCULO 1531.- ***Aplicación de las reglas de este Capítulo.*** *Las reglas de este Capítulo se aplican aunque el contrato de mutuo tenga cláusulas que establezcan que:*

a. *la tasa de interés consiste en una parte o un porcentaje de las utilidades de un negocio o actividad, o se calcula a una tasa variable de acuerdo con ellos;*

b. *el mutuante tiene derecho a percibir intereses o a recuperar su capital sólo de las utilidades o ingresos resultantes de un negocio o actividad, sin derecho a cobrarse de otros bienes del mutuario;*

c. *el mutuario debe dar a los fondos un destino determinado.*

1. Introducción

El artículo en análisis establece la posibilidad de aplicar las reglas del contrato de mutuo a otras operatorias en las cuales hay entrega de capital; pero en las que también coexisten otros intereses de las partes, ya sean negocios en participación o de otro tipo. A continuación, analizaremos las posibles cláusulas que pueden establecerse.

2. Interpretación

2.1. Mutuo con parte de utilidades como tasa de interés

Una de las posibilidades que prevé el artículo *sub examine* es que la contraprestación por el préstamo de dinero consista en una parte o un porcentaje de las utilidades de un negocio o actividad, o se calcula a una tasa variable de acuerdo con ellos. Aquí, como anticipamos anteriormente, se somete la onerosidad del negocio a un alea, esto es, las eventuales ganancias de un negocio o actividad y el *quantum* de esas ganancias.

Esta modalidad permite al sujeto que aporta el capital, a no estar vinculado directamente con el negocio o actividad emprendido, desarrollado, ampliado o reestructurado, pero atando su rentabilidad a la productividad del negocio al cual se van a aplicar las sumas de dinero entregadas.

En estos casos, en virtud del principio de buena fe y los correspondientes mandatos de transparencia y cooperación, propios de un negocio en colaboración, necesariamente se deberá prever la posibilidad del mutuante de poder acceder a al información y rendiciones de cuentas correspondientes del negocio o actividad en cuestión.

2.2. Mutuo con derecho a intereses o a recuperar capital solo de las utilidades o ingresos resultantes de un negocio o actividad

En el contrato de mutuo también puede pactarse que el mutuante limite su derecho a percibir intereses o a recuperar su capital solo de las utilidades o ingresos resultantes de un negocio o actividad, sin derecho a cobrarse otros bienes del mutuario.

Se trata de otro supuesto, como mencionamos anteriormente, de negocio en colaboración, y en el que el mutuo se perfila también como un contrato aleatorio.

2.3. Mutuo con el deber de darle un destino determinado a los fondos

En el contrato de mutuo se puede establecer que el mutuario debe dar a los fondos un destino determinado. El destino de los fondos puede ser en beneficio del mutuario, del mutuante, de un tercero, o de beneficio múltiple.

Se trata de un supuesto particular de cargo o modo, toda vez que el destinar los fondos a una finalidad determinada implique una obligación accesoria que se impone al adquirente de un derecho, en este caso, el mutuario.

Resultan, por tanto, aplicables las prescripciones del art. 354 CCyC y ss.

El destino debe estar debidamente individualizado. A él no podrán destinarse los fondos de manera expresa e indubitable, constituyéndose como una obligación que el mutuario debe cumplir. Caso contrario, se lo tomará como un mero deber moral, o un consejo, ruegos u otro tipo de exhortaciones, que no producen consecuencias jurídicas.

ARTÍCULO 1532.- ***Normas supletorias.*** ***Se aplican al mutuo las disposiciones relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero o de género, según sea el caso.***

1. Introducción

El artículo bajo análisis prescribe las normas supletorias del contrato de mutuo que permite establecer sus concordancias con el régimen general en materia de obligaciones.

2. Interpretación

2.1. Normas supletorias en los mutuos dinerarios

Para el caso del contrato de mutuo cuyo objeto sea una suma de dinero, resultan aplicables los arts. 765 a 772 CCyC, que regulan las obligaciones de dar dinero. En ellas, por ejemplo, la previsión del art. 765 CCyC, que dispone que, 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 puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal. También, las previsiones en materia de intereses compensatorios (art. 767 CCyC), moratorios y punitorios (arts. 768 y 769 CCyC) y anatocismo (art. 770 CCyC), habiendo ya sido analizadas algunas cuestiones en los artículos precedentes.

En relación al anatocismo, entendemos que la cláusula que posibilita los intereses de intereses solo será válida en los contratos paritarios o discrecionales; en tanto que, en los contratos de adhesión y/o de consumo, deberá reputarse como una cláusula abusiva, en los términos del art. 988 CCyC y art. 37 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, por implicar una desnaturalización de las obligaciones.

2.2. Normas supletorias en los mutuos no dinerarios

Para el caso del contrato de mutuo cuyo objeto sea una suma de dinero, resultan aplicables los arts. 762 y 763 CCyC y concs., que regulan las obligaciones de género.

Al respecto el art. 762 CCyC disciplina que las cosas debidas en una obligación de género deben ser individualizadas y que la elección corresponde al deudor, excepto que lo contrario resulte de la convención de las partes. Señala además que la elección debe recaer sobre cosa de calidad media, y puede ser hecha mediante manifestación de voluntad expresa o tácita.

Por su parte, el art. 763 CCyC dispone que, antes de la individualización de la cosa debida, el caso fortuito no libera al deudor. Esto tiene fundamento en que el género no perece. Después de hecha la elección, se aplican las reglas sobre la obligación de dar cosas ciertas.

CAPÍTULO 21
Comodato

ARTÍCULO 1533.- ***Concepto.*** ***Hay comodato si una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida.***

1. Introducción

El contrato de comodato, también llamado "préstamo de uso" fue oficialmente adoptado por primera vez, en el derecho romano en la redacción del Edicto de Juliano, como *commodatum* (de *commodo datum*). Sin embargo, se lo utilizaba con referencia al tipo más común de *utendum datum* que tenía por objeto cosas muebles. Más tarde se admitió que la simple entrega de la cosa acompañada del acuerdo de las partes bastaba para dar origen al contrato, configurándose como un contrato real, situación que se logró hacia fines de la República y principios del Imperio. El contrato buscaba facilitar el uso de una cosa en razón de la familiaridad, amistad o confianza con el futuro comodatario.

Así lo adoptó el Código Civil de Vélez Sarsfield —como contrato real—, siendo modificado por el Código Civil y Comercial como contrato consensual (art. 957 CCyC).

2. Interpretación

2.1. Concepto

El artículo bajo análisis caracteriza al comodato como el contrato en virtud del cual un sujeto, llamado "comodante", se obliga a entregar a otro una cosa no fungible,

mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida.

2.2. Elementos esenciales particulares

De la definición legal del contrato de comodato surgen que sus elementos esenciales particulares son:

a. obligación de entregar una cosa mueble o inmueble para su uso;
b. gratuidad. El uso de la cosa recibido en comodato no tiene contraprestación por parte del comodatario (art. 967 CCyC); y
c. obligación de restituir el mismo bien recibido.

2.3. Caracteres

En cuanto a sus caracteres, puede sostenerse que el comodato es un contrato:

a. **bilateral**, ya que ambas partes se obligan recíprocamente, de conformidad con el art. 966 CCyC.
b. **gratuito**, conforme surge de la propia definición del comodato, ya que el comodatario no debe ninguna contraprestación al comodante en virtud de recibir la cosa en comodato (art. 967 CCyC). No varía el carácter de contrato gratuito si, con posterioridad a la terminación del comodato, el que se benefició con el uso de la cosa decide retribuir a quien se la prestó mediante la entrega de dinero u otro objeto de valor o la prestación de un servicio. Tampoco altera la gratuidad del contrato la obligación del comodatario de abonar ciertos gastos (expensas, servicios comunes, impuestos, etc.) o que acceda a un contrato oneroso.
c. **conmutativo**, de conformidad con el art. 968 CCyC, ya que las ventajas para todos los contratantes son ciertas al momento de su celebración.
d. **no formal**. El Código Civil y Comercial no prescribe solemnidad alguna para su validez (art. 969 CCyC).
e. **consensual**, ya que del mero acuerdo consentido por las partes, correspondiente a la formación de un comodato, nace el contrato (art. 957 CCyC). Se aparta así de la tradición romana seguida por el Código Civil en su art. 2255 CCyC.
f. **nominado** (art. 970 CCyC).
g. **de ejecución diferida**. La obligación del comodatario de restituir la cosa recibida en comodato se difiere para un momento posterior a la celebración del contrato.
h. **de colaboración o cooperación**, en cuanto a su función socioeconómica, por tratarse de un préstamo de cortesía.
i. **que puede configurarse como paritario o discrecional como de adhesión**, de conformidad con el art. 984 CCyC.
j. **que puede configurarse como un contrato entre empresas**, generalmente como un contrato accesorio anexo a un contrato principal oneroso, por ejemplo, en el caso de envases con la venta de fluidos.
k. **que puede configurarse como un contrato de consumo**, de conformidad con los arts. 1092 y 1093 CCyC y los arts. 1°, 2° y 3° de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en la mayoría de los casos como un contrato accesorio anexo a un contrato principal, generalmente la venta de determinados productos o la provisión de ciertos servicios con carácter oneroso, por ejemplo, la prestación del servicio de

televisión por cable, digital o satelital, o en la provisión de internet, en la que se incluyen en forma accesoria a la provisión del servicio la entrega en comodato de los elementos tecnológicos necesarios para acceder al mismo (módem, decodificador, antena, entre otros). Pueden citarse también como ejemplos, la venta de productos cuyo envase debe restituirse o con envase retornable, el seguro de automotor con "*préstamo*" de un vehículo en caso de siniestro, la entrega de prismáticos o "*lentes 3D*" en un teatro o cine, la entrega del distribuidor de agua a consumidores de los aparatos expendedores, conocidos como *dispensers* o la utilización de carritos en supermercados o aeropuertos. No obstante, podría darse el supuesto de los casos de locación de cosas muebles —como bicicletas, automotores, disfraces, etc.— en los cuales el consumidor los utiliza en virtud de un "pase gratis" o situaciones similares, como promociones del proveedor, o cuando invita a los potenciales consumidores a probar el funcionamiento de un producto, mediante una "prueba de manejo" de un automotor, una lancha u otro producto no consumible.

l. Por regla, ***intuitu personae.*** Al respecto corresponde tener presente que en virtud del art. 1541, inc. d, CCyC, la muerte del comodatario extingue el contrato, excepto que se estipule lo contrario o que el comodato no haya sido celebrado exclusivamente en consideración a su persona.

2.4. Causa

La causa en el contrato de comodato desempeña un papel destacado a la hora de diferenciarlo de otros contratos, como el depósito.

Si bien en el contrato de comodato la cosa se entrega para ser usada y, en el depósito, para ser custodiada, existe la posibilidad de que en este se faculte al depositario a usar la cosa, como también que en el comodato exista interés del comodante y ahí es donde surge la necesidad de distinguirlos. Corresponde prestar atención al interés en juego. En el contrato de comodato la obligación de entregar la cosa se hace en interés principal del comodatario; mientras que, en el depósito, la entrega se hace en interés principal del depositante.

ARTÍCULO 1534.- ***Préstamo de cosas fungibles.*** ***El préstamo de cosas fungibles sólo se rige por las normas del comodato si el comodatario se obliga a restituir las mismas cosas recibidas.***

1. Introducción

Como señaló el artículo anterior, el contrato de comodato recae sobre bienes no fungibles, muebles o inmuebles. Se analizarán a continuación, estas previsiones.

2. Interpretación

2.1. Objeto

El objeto del contrato de comodato debe ser una cosa en sentido propio, esto es, bienes materiales susceptibles de valor económico, de conformidad con el art. 16 CCyC. Debe ser una cosa no fungible, en los términos del art. 232 CCyC, mueble o inmueble, diferenciándose así del mutuo, cuyo objeto recae sobre cosas fungibles, toda vez que en el comodato, el comodatario debe restituir la misma e idéntica cosa que ha recibido.

También pueden darse en comodato parte de cosas, como una habitación o una cochera, un galpón o un corral.

No pueden darse en comodato los derechos. Sin embargo, no existe obstáculo para que, constituido el contrato sobre una cosa, su uso comprenda los derechos que abarque, por ejemplo, el comodato de un campo comprende el uso de las servidumbres reales que tenga a su favor.

2.2. Préstamo de cosas fungibles

La norma bajo análisis prevé el supuesto de que el objeto del contrato recaiga sobre cosas fungibles, por lo cual el que las recibe se obliga a restituir las mismas cosas recibidas. Se trata del supuesto de la cosa prestada *ad pompam vel ostentationem*, es decir, para su mera exhibición. Suele darse el ejemplo de monedas o billetes antiguos de curso legal que se entregan para ser exhibidos en una exposición o tortas que los alumnos de una escuela de cocina facilitan a las autoridades para ser utilizadas para una campaña publicitaria.

En este caso, aun tratándose de cosas consumibles, se las trata específicamente como no fungibles y dicho contrato se regirá igualmente por las reglas del contrato de comodato.

ARTÍCULO 1535.- ***Prohibiciones.*** *No pueden celebrar contrato de comodato:*

a. *los tutores, curadores y apoyos, respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida, bajo su representación;*

b. *los administradores de bienes ajenos, públicos o privados, respecto de los confiados a su gestión, excepto que tengan facultades expresas para ello.*

1. Introducción

La norma bajo análisis establece diversos supuestos de incapacidad de derecho respecto del comodato.

Respecto de la legitimación activa y pasiva en el contrato, el comodante debe ser titular de un derecho real o personal que otorgue la tenencia. No obstante, también puede dar en comodato el mero poseedor que no sea titular de derecho real alguno, por ejemplo, el que está usucapiendo el dominio.

En orden a la capacidad, solo es requerible para administrar los bienes propios.

2. Interpretación

2.1. Naturaleza jurídica del comodato

Respecto a este punto, corresponde distinguir si el comodato configura un acto de administración o de disposición. Tradicionalmente se sostenía que era un mero acto de administración, ya que el comodante solo transmite el uso, pero conserva la propiedad de la cosa y, por consiguiente, el préstamo no supone una modificación sustancial en su patrimonio. Otro sector considera, en cambio, que es un acto de administración extraordinario o un acto de disposición del uso, encontrando fundamento en el artículo que se analiza.

2.2. Prohibiciones para contratar

En primer término, la norma señala que no pueden celebrar el contrato de comodato los tutores, curadores y apoyos, respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida bajo su representación.

Se trata de los supuestos de niños y adolescentes bajo la tutela; de personas mayores de trece años que padezcan una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, en las que el ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes; en el caso de los apoyos y de personas que se encuentran absolutamente imposibilitadas de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado; en el caso de los curadores, de conformidad con el art. 32 CCyC. Por lo tanto, aquellos no podrán ser comodatarios de los bienes, ni celebrar el contrato de comodato en representación de sus pupilos o asistidos o interviniendo en dichas decisiones, en el caso de los apoyos.

Se trata de un supuesto de incapacidad de derecho absoluta, por lo que tampoco puede suplirse con la autorización judicial.

En segundo término, se menciona también que no pueden celebrar el contrato de comodato los administradores de bienes ajenos, públicos o privados, respecto de los confiados a su gestión, excepto que tengan facultades expresas para ello.

En este caso, se refiere a un supuesto de incapacidad relativa, ya que se suple con las facultades expresas del representado al representante, en los supuestos de representación voluntaria, como el mandato y otras figuras similares.

ARTÍCULO 1536.- ***Obligaciones del comodatario.*** *Son obligaciones del comodatario:*

a. *usar la cosa conforme al destino convenido. A falta de convención puede darle el destino que tenía al tiempo del contrato, el que se da a cosas análogas en el lugar donde la cosa se encuentra, o el que corresponde a su naturaleza;*

b. *pagar los gastos ordinarios de la cosa y los realizados para servirse de ella;*

c. *conservar la cosa con prudencia y diligencia;*

d. *responder por la pérdida o deterioro de la cosa, incluso causados por caso fortuito, excepto que pruebe que habrían ocurrido igualmente si la cosa hubiera estado en poder del comodante;*

e. *restituir la misma cosa con sus frutos y accesorios en el tiempo y lugar convenidos. A falta de convención, debe hacerlo cuando se satisface la finalidad para la cual se presta la cosa. Si la duración del contrato no está pactada ni surge de su finalidad, el comodante puede reclamar la restitución en cualquier momento.*

Si hay varios comodatarios, responden solidariamente.

1. Introducción

El comodato, como contrato bilateral, genera obligaciones en cabeza de ambas partes del contrato. Así, respecto del comodante, sus obligaciones principales son las enumeradas en el artículo *sub examine*. Se analizarán cada una de ellas a continuación.

También son obligaciones a cargo del comodatario: la de facilitar el examen de la cosa por el comodante y la de tolerar las mejoras que el comodante quiera realizar en la cosa.

2. Interpretación

2.1. Usar la cosa conforme al destino convenido

El comodatario tiene derecho a usar la cosa, pero no obligación de usarla. No obstante, si la falta de uso perjudica a la cosa (por ejemplo, un caballo de carreras que pierde su entrenamiento), deberá utilizarla.

Si la usa, debe hacerlo respetando el destino estipulado. En el caso en que no se hubiese convenido expresamente cuál será el destino de la cosa, puede darle el destino que tenía al tiempo del contrato, el que se da a cosas análogas en el lugar donde la cosa se encuentra, o el que corresponde a su naturaleza. Se trata, por lo tanto, de una limitación sustancial al derecho de uso del comodatario que él debe respetar. Caso contrario, el comodante se encontrará facultado para solicitar la extinción del contrato.

2.2. Pagar los gastos ordinarios de la cosa y los realizados para servirse de ella

El comodatario se encuentra obligado a solventar los gastos inherentes al uso de la cosa. El comodatario también estará a cargo de los gastos ordinarios de la cosa, aunque no estén originados en su uso.

Así, por ejemplo, si el comodato es de un automotor, deberá soportar el costo del combustible; en el caso de un inmueble, abonar las facturas de los servicios públicos domiciliarios.

2.3. Conservar la cosa con prudencia y diligencia

El comodatario tiene también el deber de conservación de la cosa prestada. Le compete, por tanto, asegurar la integridad de la cosa que le fue prestada, como así también su guarda y custodia. Dicho deber de cuidado debe realizarse con prudencia y diligencia, por lo que debe desplegarse con el mismo estándar que el comodatario realiza respecto de sus propias cosas, adoptando las medidas de prevención, precaución y tratamiento adecuadas.

Al respecto, deberán meritarse las circunstancias de persona, tiempo y lugar correspondientes para valorar la conducta del comodatario y evaluar, de esta manera, si el comodatario dio cumplimiento con dichos deberes de conducta, como así también, los riesgos y vulnerabilidades involucradas. En definitiva, se debe analizar el nexo de causalidad entre la conducta del comodatario y el daño de la cosa, de conformidad con las pautas del art. 1725 CCyC.

2.4. Responder por la pérdida o deterioro de la cosa

Como consecuencia del deber de usar la cosa conforme a destino y de conservarla con prudencia y diligencia, ante el incumplimiento de estas obligaciones, sea por dolo o culpa, se generará la obligación de responder por la pérdida, sustracción, destrucción, perecimiento, daños, deterioros, uso indebido u otros perjuicios sufridos por la cosa dada en comodato.

No deberá responder, al igual que en el contrato de locación, por el deterioro derivado del uso normal; el desgaste causado por el uso correcto o los deterioros de la cosa utilizada diligentemente conforme a su destino o naturaleza.

El comodatario responderá incluso por los daños causados por caso fortuito. Sin embargo, podrá eximirse si demuestra que dichos daños le habrían ocurrido a la cosa si igualmente hubiese estado en poder del comodante.

2.5. Restituir la misma cosa con sus frutos y accesorios en el tiempo y lugar convenidos

Finalizado el contrato de comodato, se encuentra en cabeza del comodatario la obligación de restituir la cosa en el estado en que la misma se halle. Deberá hacerlo también con sus frutos y accesorios.

En cuanto al lugar de restitución, deberá hacerlo en el sitio especificado en el contrato. A falta de determinación, será el domicilio del comodante.

Respecto de la oportunidad de la restitución, corresponde distinguir entre los contratos en que se ha pactado expresamente un plazo, de aquellos en que no hubiese plazo.

En el supuesto en que hubiese un término expreso, el comodatario debe restituir en el plazo convenido, ya sea este cierto —porque se ha fijado un determinado día u otra fecha precisa señalada por un acontecimiento, un cierto lapso desde la celebración del acto—; o incierto, es decir, cuando está fijado en relación a un acontecimiento que necesaria y fatalmente ocurrirá, aunque su momento exacto de producción, sin embargo, no se puede establecer de antemano. En este caso, la mora es automática y se produce con el vencimiento del plazo

Habrá plazo tácito cuando se ha estipulado que la cosa se presta para un servicio determinado. En ese caso, el comodatario debe devolver la cosa cuando se satisface la finalidad para la cual se presta la cosa. En este supuesto, el comodante debe interpelar al comodatario a fines de constituirlo en mora.

Cuando no se ha pactado plazo, es decir, estamos ante el llamado "comodato precario", el comodante puede reclamar la restitución en cualquier momento. Sin perjuicio de ello, en virtud del principio de buena fe (arts. 9° y 961 CCyC) y a efectos de no permitir un ejercicio abusivo de este derecho (art. 10 CCyC), en la exigibilidad de la restitución debe preverse un plazo razonable, teniendo en cuenta la cosa prestada y los usos de la misma.

Si no se restituye en tiempo oportuno, el comodatario debe resarcir los daños y perjuicios por la ocupación o uso indebido de la cosa.

2.6. Pluralidad de comodatarios

Si hay varios comodatarios, su responsabilidad será solidaria, en los términos del art. 827 CCyC y concs., por lo que el cumplimiento total de las obligaciones del contrato puede exigirse a cualquiera de ellos, estando todos obligados solidariamente frente al comodante.

> **ARTÍCULO 1537.-** ***Cosa hurtada o perdida.*** ***El comodatario no puede negarse a restituir la cosa alegando que ella no pertenece al comodante, excepto que se trate de una cosa perdida por el dueño o hurtada a éste. Si el comodatario sabe que la cosa que se le ha entregado es hurtada o perdida, debe denunciarlo al dueño para que éste la reclame judicialmente en un plazo razonable. El comodatario es responsable de los daños que cause al dueño en caso de omitir la denuncia o si, pese a hacerla, restituye la cosa al comodante. El dueño no puede pretender del comodatario la devolución de la cosa sin consentimiento del comodante o sin resolución del juez.***

1. Introducción

La norma bajo análisis establece las vicisitudes del contrato ante el supuesto de que la cosa objeto del contrato fuese hurtada o perdida.

2. Interpretación

2.1. Excepción a la obligación de entrega de la cosa

Ya se ha sostenido que constituye una obligación del comodatario devolver la cosa, objeto del contrato, al comodante en el plazo y lugar estipulado en el contrato.

En principio, el comodatario debe restituir la cosa al comodante. El comodatario no puede negarse a restituir la cosa alegando que ella no pertenece al comodante. Esto se justifica por cuanto, para dar en comodato, no resulta necesario ser propietario, toda vez que solo se transfiere el uso.

Como excepción al deber de restitución se encuentra el supuesto de que la cosa, objeto del contrato, sea una cosa perdida por el dueño o hurtada a este.

2.2. Deber de denuncia

En el supuesto de que el comodatario sepa que la cosa que se le ha entregado es hurtada o perdida, debe denunciarlo al dueño para que este la reclame judicialmente en un plazo razonable.

La suspensión de la restitución de la cosa implica una conducta activa del comodatario: comunicar fehacientemente al titular dominial de la cosa hurtada o perdida de la situación, a efectos de que este pueda reclamar en sede judicial en un término razonable. A efectos de merituar la razonabilidad del planteo, habrá que analizar las particularidades del caso y, de conformidad con ella, la conducta del obligado. A tal efecto, el comodatario deberá consignar judicialmente la cosa (por ejemplo, en caso de un inmueble o automotor, depositando las llaves).

2.3. Responsabilidad por omisión

En caso de que el comodatario conociere que la cosa es hurtada o perdida y no formulase la denuncia al dueño de la cosa o si, pese a hacerla, restituye la cosa al comodante, será responsable de los daños que dicha situación cause al dueño.

Sin embargo, el dueño no puede pretender del comodatario la devolución de la cosa: para poder hacerlo efectivo requerirá el consentimiento del comodante o la correspondiente resolución judicial.

ARTÍCULO 1538.- ***Gastos.*** ***El comodatario no puede solicitar el reembolso de los gastos ordinarios realizados para servirse de la cosa; tampoco puede retenerla por lo que le deba el comodante, aunque sea en razón de gastos extraordinarios de conservación.***

1. Introducción

En la presente norma se regula la cuestión de los gastos reembolsables al comodatario y la prohibición del ejercicio del derecho de retención.

2. Interpretación

2.1. Reembolso de gastos

Como ya se ha sostenido anteriormente, están en cabeza del comodatario afrontar los gastos ordinarios de la cosa y los realizados para servirse de ella. Por consiguiente, carece de acción para reclamar el reembolso de los mismos al comodante.

Sí tendrá acción de reembolso, como ya se ha detallado anteriormente, para el supuesto de los gastos extraordinarios.

2.2. Inaplicabilidad del derecho de retención

El comodatario no puede ejercer el derecho de retención sobre la cosa objeto del contrato por gasto alguno, ordinario o extraordinario.

Tampoco posee el derecho de retención frente a cualquier otra deuda del comodante, por ejemplo, los daños y perjuicios originados en el vicio oculto conocido y no advertido.

Esta norma reproduce la regla general del art. 2587 CCyC, que veda la aplicación del instituto del derecho de retención a los contratos gratuitos, excepto que sea en el interés del otro contratante.

ARTÍCULO 1539.- ***Restitución anticipada.*** ***El comodante puede exigir la restitución de la cosa antes del vencimiento del plazo:***

a. ***si la necesita en razón de una circunstancia imprevista y urgente; o***
b. ***si el comodatario la usa para un destino distinto al pactado, aunque no la deteriore.***

1. Introducción

Ya se ha determinado que la regla en materia de comodato es que el comodante puede solicitar la restitución de la cosa objeto del contrato, cuando el contrato es precario, —esto es, sin plazo—, en cualquier momento, y en el supuesto del contrato con término, al vencimiento del mismo.

No obstante, el legislador ha previsto dos supuestos de excepción, que legitiman al comodante a solicitar la entrega anticipada de la cosa, produciéndose la caducidad del plazo pactado, ante el acaecimiento de ciertas circunstancias que se analizarán a continuación.

2. Interpretación

2.1. Necesidad de la cosa en razón de circunstancia imprevista y urgente

Para que opere la caducidad del plazo debe verificarse ambos requisitos, esto es, que la necesidad que alega el comodante sea imprevista y que asimismo, sea urgente. La necesidad debe ser "imprevista" al momento de concertar el comodato, y además tener la nota de lo "urgente", o sea que el comodante no puede prescindir de la cosa sin daño para él, o su grupo familiar o de referencia, y con grave inconveniente.

En este supuesto queda por tanto desobligado respecto del plazo y nace su derecho a solicitar la restitución. El fundamento de esta norma es la gratuidad del contrato y parte de

la base de que el comodante puede desprenderse temporalmente de esa cosa. De esta manera, se rompe una convención libremente concertada y solo una justa causa puede sustentar esa resolución unilateral del contrato. Opera, por tanto, la resolución unilateral del contrato.

Igualmente, en virtud del principio de buena fe (arts. 9° y 961 CCyC) y a efectos de no permitir un ejercicio abusivo de este derecho (art. 10 CCyC), sobre todo cuando el objeto fuese un inmueble, se entiende que debe otorgarse al comodatario el lapso necesario para cumplir con la restitución.

2.2. Uso indebido

Ya se ha mencionado que constituye una obligación del comodatario usar la cosa objeto del contrato conforme al destino convenido.

Por consiguiente, si el comodatario la usa para un destino distinto al pactado, aunque no la deteriore, el comodante podrá exigir la restitución de la cosa antes del vencimiento del plazo, los que caducaran en razón del incumplimiento, produciéndose la rescisión unilateral del contrato.

Cabe tener presente que esta causal no es aplicable al comodato sin plazo. Toda vez que en el comodato precario el comodante puede solicitar la restitución de la cosa en cualquier momento, sin alegar causa, sin perjuicio que, ante el uso indebido, pueda exigir asimismo los daños y perjuicios correspondientes.

ARTÍCULO 1540.- ***Obligaciones del comodante.*** *Son obligaciones del comodante:*

a. *entregar la cosa en el tiempo y lugar convenidos;*
b. *permitir el uso de la cosa durante el tiempo convenido;*
c. *responder por los daños causados por los vicios de la cosa que oculta al comodatario;*
d. *reembolsar los gastos de conservación extraordinarios que el comodatario hace, si éste los notifica previamente o si son urgentes.*

Remisiones: ver comentario al art. 1530 CCyC.

1. Introducción

El comodato, como contrato bilateral, genera obligaciones en cabeza de ambas partes del contrato. Así respecto del comodante, sus obligaciones principales son las enumeradas en el artículo *sub examine*. A continuación, se analizarán cada una de ellas.

2. Interpretación

2.1. Entregar la cosa en el tiempo y lugar convenidos

Al perfilarse en el Código el contrato de comodato como consensual, la primera obligación a cumplir por parte del comodante será entregar la cosa, objeto del contrato, al comodatario o a la persona designada por este, en el lugar y tiempo que se hubiesen estipulado.

En el supuesto en que el comodante no entregue la cosa contratada, el comodatario, por imperio de las normas generales —arts. 1077, 1078, 1079, 1082, 1083, 1084, 1088 y 1089 CCyC— puede exigir el cumplimiento o la resolución del contrato.

Excepcionalmente, por imperio del art. 1032 CCyC, el comodante podrá suspender su propio cumplimiento, si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. Al respecto, el comodatario podrá, para la subsistencia del contrato, ofrecer seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

2.2. Permitir el uso de la cosa durante el tiempo convenido

El comodante tiene la obligación de permitir el uso de la cosa prestada durante todo el tiempo estipulado, asegurando al comodatario en la tenencia pacífica del bien por el tiempo convenido o el uso necesario para su uso, sin interferencias, entorpecimientos o restricciones.

2.3. Responder por los daños causados por los vicios de la cosa que se oculta al comodatario

El comodante es responsable por los daños sufridos por el comodatario, su grupo familiar o de relación, o respecto de terceros, por los defectos ocultos de la cosa dada en comodato, que conocía o debía conocer.

Al respecto, resulta necesario hacer la remisión a las previsiones en materia de la obligación de saneamiento, que en su art. 1051 CCyC dispone que la responsabilidad por vicios ocultos comprende dos supuestos.

Se atribuye responsabilidad al comodante que conoció la existencia de vicios ocultos en la cosa y no los comunicó al comodatario, debiendo responder por los daños que la cosa haya causado, sea que haya omitido la advertencia mediando dolo o culpa grave. Se requiere, por tanto, el conocimiento del vicio de parte del comodante o se presume su conocimiento en razón de su profesionalidad, por ejemplo, en el marco de las relaciones de consumo (art. 1092 CCyC y ss.). Caso contrario, el comodante no responderá por vicios ocultos que desconocía, salvo que se hubiese pactado expresamente su responsabilidad.

2.4. Reembolsar los gastos de conservación extraordinarios

Los gastos de conservación son aquellos que el comodatario hace, si él los notifica previamente o si son urgentes.

Por conservar el comodante la propiedad de la cosa dada en comodato, estarán a su cargo los gastos de conservación extraordinarios que demande el caso. No se encuentran incluidos aquí los gastos correspondientes al curso natural y ordinario de las cosas ni las mejoras útiles o voluntarias que hiciera el comodatario.

En el caso de que los costee el comodatario, este podrá solicitar su reembolso. Para ello deberá previamente notificar al comodante de la necesidad de su erogación para que este las efectúe o para informar que las hará por su cuenta, contra posterior reembolso. Este procedimiento previo no será requerido en los supuestos de reparaciones o gastos urgentes.

En caso de que el comodante no los abone, podrá solicitarlos judicialmente, mas no podrá ejercer el derecho de retención sobre la cosa objeto del contrato, de conformidad con

el art. 2587 CCyC y concs., ya que dicho instituto se encuentra vedado en las relaciones contractuales a título gratuito, excepto que sea en el interés del otro contratante.

ARTÍCULO 1541.- ***Extinción del comodato.*** *El comodato se extingue:*

a. *por destrucción de la cosa. No hay subrogación real, ni el comodante tiene obligación de prestar una cosa semejante;*
b. *por vencimiento del plazo, se haya usado o no la cosa prestada;*
c. *por voluntad unilateral del comodatario;*
d. *por muerte del comodatario, excepto que se estipule lo contrario o que el comodato no haya sido celebrado exclusivamente en consideración a su persona.*

1. Introducción

La norma bajo análisis establece las diferentes causales en virtud de las que se extingue el contrato de comodato.

De conformidad con el art. 1536, inc. e, CCyC, una de las obligaciones fundamentales del comodatario consiste en restituir la misma cosa dada en comodato con sus frutos y accesorios al comodante.

A las que se menciona en cada uno de los incisos que se analizarán a continuación corresponde agregarles aquellos supuestos que operan por las normas generales, a saber: por entrega de la cosa al comodante en el comodato precario (cumplimiento normal), acuerdo de partes (rescisión bilateral, regulada en el art. 1076 CCyC) o incumplimiento (rescisión unilateral, regulada por el art. 1077 CCyC y concs.).

2. Interpretación

2.1. Destrucción de la cosa

Resulta evidente que, con motivo de la desaparición o destrucción de la cosa dada en comodato, este concluye por falta de objeto. La norma aclara que no hay subrogación real y que el comodante no tiene obligación de prestar una cosa semejante al comodatario.

En este caso, asimismo, el comodatario deberá responder por los daños y perjuicios, incluso si la cosa se hubiese destruido por caso fortuito, excepto que pruebe que habría ocurrido igualmente si la cosa hubiera estado en poder del comodante, todo ello en virtud del incumplimiento previsto en el art. 1536 CCyC que, en su inc. c, establece la obligación del comodante de conservar la cosa con prudencia y diligencia y, en su inc. d, la de responder por la pérdida o deterioro de la cosa.

2.2. Vencimiento del plazo

El vencimiento del término, como ya se ha mencionado anteriormente, produce la extinción del contrato, y hace nacer el derecho a reclamar la restitución de la cosa en el comodante y la obligación de entregarla en cabeza del comodatario.

2.3. Voluntad unilateral del comodante

El comodato también concluye por voluntad del comodante en los supuestos en que el Código lo autoriza a reclamar la devolución anticipada. Así, de conformidad con

el art. 1539 CCyC, podrá requerir la restitución de la cosa antes del vencimiento del plazo, si la necesita en razón de una circunstancia imprevista y urgente o si el comodatario la usara para un destino distinto al pactado, aunque no la deteriore.

En el supuesto en que no se hubiese pactado plazo, llamado también "comodato precario", cuando se satisface la finalidad para la cual se presta la cosa; y si la duración del contrato no está pactada ni surge de su finalidad, el comodante puede reclamar la restitución en cualquier momento, de conformidad con el art. 1536, inc. e, CCyC.

Cabe hacer la aclaración de que la norma en estudio se refiere a la voluntad del "comodatario" y no la del "comodante".

2.4. Muerte del comodatario

La causal de la muerte puede hacerse extensiva a la ausencia con presunción de fallecimiento del comodatario.

La muerte del comodatario no produce una extinción *ipso iure* del contrato, sino que solo da derecho al comodante a reclamar la restitución y, en su consecuencia, será este quien determine la extinción del comodato solicitando la restitución de la cosa.

En estos casos el justificativo es el carácter *intuitu personae* del comodato, en el que él se da gratuitamente teniendo en cuenta las condiciones personales del comodatario. Por consiguiente, no tiene por qué extenderse a los herederos del comodatario, que pueden ser personas extrañas al mismo conocimiento del comodante.

Sin embargo, la muerte del comodatario no extinguirá el contrato en los casos en que se hubiese pactado en contrario expresamente, o cuando el comodato no haya sido celebrado exclusivamente en consideración a su persona.

En estos casos, el comodato subsistirá y la cosa podrá ser utilizada por los sucesores universales del comodatario, como continuadores de este. Al respecto, cabe destacar lo dispuesto, para el caso de locación, en los arts. 444, 526 y 1190 CCyC.

CAPÍTULO 22(*)
Donación

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1542.- ***Concepto.*** ***Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta.***

Fuentes y antecedentes: art. 1346 del Anteproyecto de 1954, art. 1005 del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 y art. 1421 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

El artículo analizado reformula la definición del contrato, respecto de su versión del Código Civil de Vélez Sarsfield. Se hace eco así, de las críticas que habían seguido a la incorporada por Vélez Sársfield en el art. 1789 CC, que tenía su fuente en el Código francés, dado que, al referirse solamente a la voluntad del donante, parecía referirse a un acto unilateral, aun

(*) Comentarios a los arts. 1542 a 1573 elaborados por Esteban Otero.

cuando el art. 1792 CC requería la aceptación del donatario para perfeccionar el contrato. Por ello, una corriente del pensamiento la ubicaba dentro de la noción de actos, en el campo de regulación más próximo al derecho sucesorio. La regulación actual remarca la naturaleza jurídica de la donación como contrato. La solución que incorpora al Código Civil y Comercial esta definición, encuentra sus antecedentes en el Anteproyecto de 1954, el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 y el de 1998, que es justamente la adoptada en el artículo en estudio. Vale señalar, a tal efecto, lo explicado en este sentido por la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial, que expresó: *"La definición del contrato ha sido tomada del Anteproyecto de 1954, con la expresa mención de que debe ser aceptado por el donatario, lo que había sido eliminado en el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, oscureciendo la noción. Se establece entonces que hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y esta lo acepta"*.[80]

Al integrarse a la regulación como un contrato, su naturaleza jurídica rescata así, su carácter bilateral como acto jurídico, es decir, requiere para su perfeccionamiento como acto de la voluntad libremente expresada del donante y del donatario.

Sin embargo, en la redacción del art. 1789 CC, que define al contrato, se omitió la referencia a la aceptación del donatario, limitando el concepto al acto emanado del donante, consistente en la transmisión gratuita de la propiedad de una cosa. La aceptación se incorporó por separado, en el art. 1792 CC, que expresamente confirma que, para que la donación tenga efectos, debe ser aceptada por el donante.

Como contrato será, a su vez, clasificado como unilateral, consensual y, esencialmente, gratuito.

2. Interpretación

El concepto de donación que contiene este artículo, como se adelantara, corrige algunos aspectos de su definición antecedente del Código Civil. Quedan así delimitados, con mayor precisión, los caracteres propios del contrato, que enumeramos a continuación.

2.1. Unilateral

El contrato de donación es unilateral, ya que —tal como se desprende de la definición— solo el donante se obliga a transferir la propiedad de una cosa. El donatario no asume ninguna contraprestación a su cargo (art. 966 CCyC).

Se ha discutido sobre la vigencia de este carácter cuando la donación queda integrada por un cargo, a cumplirse por el donatario. Si bien ese cargo tiene naturaleza obligacional, no menos cierto es que el mismo no alcanza para definir la bilateralidad del contrato, debido a que carece del aspecto contraprestacional propio de todo contrato bilateral, siendo el cargo una obligación accesoria —no principal— del contrato.

2.2. Gratuito

El contrato es, esencialmente, gratuito. Así surge claramente de su definición y, seguidamente, de los efectos que regula el Código, a partir de esa característica. El ánimo del donante determina esa gratuidad al perseguir, como finalidad del contrato, beneficiar a

(80) [En línea] http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

otra persona (el donatario). Es por ese motivo que se afirma que la donación lleva implícita una liberalidad.

Esta liberalidad se constituye así, como un elemento esencial de la donación y se la denomina *animus donandi*.

Finalmente, cuando se distingue que el contrato de donación, en su concepción, es "*esencialmente gratuito*", se indica la posibilidad de que, en determinados casos, adquiera un grado diverso de onerosidad. Esto no significa que el *animus donandi* desaparezca, sino que la dinámica del acuerdo provoca, en alguna medida, ventajas y sacrificios patrimoniales para ambas partes, y no necesariamente para una sola de ellas. De todos modos, esta onerosidad no conlleva a suponer un equilibrio prestacional, que es propio de los contratos bilaterales y onerosos, y así ajeno a la donación.

Son ejemplo de donaciones onerosas (aun cuando la onerosidad sea parcial): las donaciones con cargo, las remuneratorias y las mutuas (estas últimas entendidas desde el negocio jurídico completo, y no desde el análisis particular de cada una de las donaciones involucradas por separado).

2.3. Consensual

Si bien el Código Civil y Comercial ya no distingue la clasificación de los contratos en consensuales o reales, estos últimos han sido omitidos de la regulación, por lo que ya no quedan vigentes tipos de contratos que requieran de la entrega de la cosa que es objeto del acto, para que produzcan sus efectos propios. En consecuencia, en la regulación actual, todos los contratos son consensuales. En este orden de ideas, la donación no es una excepción, y vale remarcarlo ya que se reafirma así el concepto de que solo se requiere el consentimiento de donante y donatario para el perfeccionamiento del contrato, sin que sea entonces, constitutiva del acto, la entrega de la cosa donada como requisito adicional.

ARTÍCULO 1543.- ***Aplicación subsidiaria.*** ***Las normas de este Capítulo se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito.***

1. Introducción

A diferencia de lo normado en el Código Civil de Vélez Sarsfield, se incorpora este artículo que sirve de regla de remisión general subsidiaria de lo dispuesto para el contrato de donación, para todos aquellos actos a título gratuito que quedaran eventualmente alcanzados por la referida relación de subsidiariedad en sus efectos particulares. El Código de Vélez partía del mismo espíritu, pero sujetaba la remisión a normas especiales incorporadas en cada título, según correspondiera. Por ejemplo, en el art. 1437 CC, en materia de cesión de créditos gratuita, o la constitución gratuita de usufructo (art. 2814 CC).

2. Interpretación

Este artículo, basado en la idea de la gratuidad, dispone la aplicación subsidiaria de sus efectos regulados para los demás actos jurídicos a título gratuito. Quizás en este punto sea importante resaltar la distinción sobre dos conceptos que se interrelacionan y complementan en este contrato, pero que no necesariamente se identifican: la **liberalidad** y la **gratuidad**. Por un lado, la liberalidad se ajusta al campo en el que se verifica el ánimo del donante. Este persigue un beneficio para el donatario sin interesarle que, como destinatario, despliegue a su vez ninguna prestación o ventaja para el donante ni para terceros. Es

el ánimo de beneficiar por el ánimo mismo, con desprendimiento patrimonial. Por el otro, la gratuidad se refiere a la noción de desplazamiento o atribución patrimonial, independientemente del ánimo subjetivo del donante. Es un plano netamente objetivo de análisis y se verifica exclusivamente por la existencia de ventaja patrimonial para el destinatario, sin sacrificio patrimonial de este, vinculado con el mismo acto.

Con ese sentido de gratuidad, el art. 1543 CCyC incorpora esta regla de remisión, sustentada en el concepto señalado, por lo que el elemento determinante para la remisión será la gratuidad del acto, más allá de que exista animo de beneficiar o liberalidad del otorgante.

ARTÍCULO 1544.- ***Actos mixtos.*** ***Los actos mixtos, en parte onerosos y en parte gratuitos, se rigen en cuanto a su forma por las disposiciones de este Capítulo; en cuanto a su contenido, por éstas en la parte gratuita y por las correspondientes a la naturaleza aparente del acto en la parte onerosa.***

1. Introducción

La donación es un contrato esencialmente gratuito, pero nada impide que alcance un grado de onerosidad a partir de las especiales circunstancias que pueden incorporarse al acto. De modo tal que, aun teniendo el contrato —en su esencia— el *animus donandi* en la intención del donante, ese convenio sin embargo puede conllevar un sacrificio patrimonial para el donatario. Es el caso de los actos mixtos en general, en los cuales una parte de ese acto queda alcanzado por su gratuidad, y en restante proporción, lo es oneroso. El Código Civil y Comercial distingue entonces, los dos aspectos centrales de esos actos mixtos: su forma y su contenido. En el primer caso, dispone que el acto se rija por las normas de los actos a título gratuito. En cambio, en lo que respecta a su contenido, la regulación será la que corresponda a los gratuitos y a los onerosos, en las mismas proporciones.

La Comisión Redactora del Anteproyecto explicó en este sentido que *"En cuanto a los actos mixtos, en parte onerosos y en parte gratuitos, se rigen en cuanto a su forma por las disposiciones de este Capítulo; en cuanto a su contenido, se rigen también por estas en la parte gratuita y por las correspondientes a la naturaleza aparente del acto en la parte onerosa".*(81)

2. Interpretación

En la regla incorporada debe interpretarse el contenido, la forma y la naturaleza del acto jurídico mixto. En este sentido, se renueva la diferencia aludida anteriormente entre *liberalidad* y *gratuidad*. La primera, define la forma del acto y presupone la gratuidad en sus efectos patrimoniales, en principio. De allí que la norma exija los requisitos formales propios de los actos gratuitos. Por esa razón, la forma quedará determinada por la liberalidad del acto que, como tal, tendrá inevitablemente, aun cuando fuera de modo parcial, una proporción de gratuidad. Por otra parte, la gratuidad en sí —y, consecuentemente, la onerosidad—, limitada en su concepción al ámbito patrimonial, quedará alcanzada por las normas que regulan ese aspecto particular, es decir: el netamente patrimonial. De esa manera, será perfectamente posible atribuir las reglas que regulan el contenido del

(81) [En línea] http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

acto mixto; por un lado, a las que regulan los actos a título gratuito y; por otro, a las que alcanzan a los onerosos. Esto, a su vez, confirma el carácter mixto de su contenido. Por esa misma razón, se aplicarán residualmente las reglas correspondientes a los actos a título oneroso, en la parte en que su naturaleza aparente así lo disponga.

ARTÍCULO 1545.- ***Aceptación.*** *La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario.*

1. Introducción

La regla dispuesta consagra, por un lado, el modo en el que se puede aceptar la donación, habilitando que esta sea expresa o tácita (arts. 262, 264, 284 y 978 CCyC); y por el otro, se enrola en la teoría general de los contratos (art. 976 CCyC), en cuanto a la necesidad de que aquella se produzca en vida del donante y del donatario. De esta manera, ratifica la solución ya plasmada en los anteriores proyectos de reforma, a la vez que se diferencia radicalmente de lo dispuesto en el art. 1795 CC, que permitía la aceptación aun en el supuesto de que el donante falleciera antes que aquella.

2. Interpretación

2.1. La manifestación expresa o tácita

La aceptación constituye un acto voluntario que tiene como finalidad la celebración del contrato (art. 971 CCyC). Como tal, requiere de una manifestación de voluntad, de carácter recepticia, ya que va dirigida al oferente. No puede contener modificaciones al contenido de la oferta original, ya que en ese supuesto, la manifestación se considerará una nueva oferta (art. 978 CCyC). Esa voluntad exteriorizada para cumplir el efecto de perfeccionar el contrato, debe ser expresa (art. 262 CCyC) o tácita (art. 264 CCyC). La primera parte del artículo aquí analizado ratifica este principio.

No obstante, esta regla general tiene una especial aplicación en el caso de la donación, que se sujeta a los siguientes extremos:

a. Interpretación restrictiva. La aceptación se interpreta restrictivamente. Es decir, por considerarse la donación un acto de liberalidad, la aceptación debe ser indubitable, considerando su efecto. Esta noción apuntala la idea de la seguridad jurídica que se exige en el perfeccionamiento de un acto de liberalidad.
b. Forma. La regla general sobre la modalidad expresa o tácita quedará condicionada a la forma dispuesta para cada acto en particular, en cuanto a su validez y eficacia. Es la solución lógica, máxime considerando que no todas las donaciones quedan alcanzadas por la libertad de formas. Así, cuando la donación deba celebrarse en alguna forma impuesta, la aceptación deberá cumplir con ese requisito de forma para que perfeccione el contrato.

2.2. Aceptación en vida del donante y del donatario

La aceptación debe producirse en vida del donante y del donatario. La norma ratifica el mismo sentido regulado para todos los contratos en general. Es decir que, para que la aceptación sea eficaz, ella debe producirse contemporáneamente a la vida del donante

y del donatario. Es posible suponer que, siendo la donación un contrato, esa afirmación fuera redundante, sobre todo cuando no se contrapone con el principio general en la materia. Pero es sabido que, hasta la sanción del Código Civil y Comercial, la regla era diferente, al habilitar el art. 1795 CC, para que la aceptación perfeccione el contrato, incluso luego de haber fallecido el donante. Por esa razón, es que el legislador ha preferido insistir en la ratificación de la regla general sobre aceptación, para el caso del contrato de donación.

Antes de la sanción del Código Civil y Comercial era de uso habitual, sobre todo en la práctica notarial, la realización de **ofertas de donación**. La intención apuntaba a constituir un mecanismo de planificación patrimonial del donante, ya que, de ese modo, él podía disponer de bienes, sin que el donatario se viera urgido a aceptar la oferta antes de su muerte. Se evitaba así, indirectamente, la tramitación de la sucesión del donante cuando falleciera, para poder incorporar el bien en el patrimonio del beneficiario designado. Esta práctica, con la regla ahora incorporada en el Código Civil y Comercial, es ineficaz para la finalidad señalada, ya que al fallecer el donante, la oferta caduca, y así no habrá aceptación posible por el donatario.

Finalmente, debe distinguirse la suerte de las ofertas de donación emitidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y no aceptadas aun a partir de la vigencia del nuevo cuerpo normativo. En ese caso, debe señalarse que, mientras la validez de la oferta ha quedado determinada por la ley anterior (el Código Civil), por aplicación de lo dispuesto en el art. 7° CCyC, a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En consecuencia, aun cuando la oferta fuera válida al momento de la vigencia del Código, el fallecimiento del donante impedirá la aceptación posterior del donante, al quedar esta aceptación regulada por la norma que aquí se analiza.

ARTÍCULO 1546.- ***Donación bajo condición.*** ***Están prohibidas las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante.***

Fuentes y antecedentes: art. 1790 CC.

1. Introducción

La donación, como todos los contratos, en principio, puede estar sujeta a condición, en cuanto a sus efectos. Sin embargo, la norma la prohíbe cuando esta condición es suspensiva, y queda sujeta a la muerte del donante. El texto recoge en gran medida la regla dispuesta en el art. 1790 CC, aunque evita mencionar específicamente los casos que Vélez Sarsfield entendía como excepcionales, mencionados en el art. 1803 CC. Esta omisión no es involuntaria; y en este último artículo del Código Civil se explica que la muerte aparecía realmente como condición resolutoria, a diferencia del carácter suspensivo que señala este artículo del Código.

2. Interpretación

La doctrina nacional fue objeto de variadas opiniones sobre la extensión y aplicación del art. 1790 CC, en el que encuentra su antecedente este artículo. Se señaló así que, en realidad, aquel no versaba sobre una verdadera condición, sino sobre un plazo incierto, ya

que la muerte por sí sola no puede ser condición, al definirse esta última como un hecho que puede o no ocurrir; lo que entonces se contraponía con la esencia inevitable de la muerte. Además, se ha discutido el alcance del artículo en cuanto a qué tipo de actos quedaban relacionados con la donación, distinguiéndose en jurisprudencia, los casos de donaciones *mortis causa* y las denominadas *in diem mortis dilati*.[82] En las primeras, alcanzadas por el art. 1790 CC, según la jurisprudencia señalada, la donación misma, en cuanto a su perfeccionamiento, queda condicionada a la muerte del donante. Es decir, el donatario no podría aceptarla hasta tanto ocurriese el hecho previsto (el fallecimiento del donante). Entonces, de allí, su prohibición y su asimilación como conversión del acto, al testamento (si las formas lo permitieran). En cambio, las segundas serían donaciones permitidas, celebradas en firme, y aceptadas por el donatario, cuya exigibilidad en sus efectos quedaría dilatada en el tiempo a un plazo incierto que se configuraría a partir del fallecimiento del donante. Estas últimas fueron declaradas válidas por la jurisprudencia mencionada, por no quedar alcanzadas por la norma del Código Civil. Vale la explicación para el análisis de este artículo, ya que su marco de aplicación podría interpretarse como ampliado a las donaciones *in diem mortis dilati*. A esta conclusión se puede arribar de la lectura literal de su proposición, además de analizar que si solamente se limitara a las donaciones *mortis causa*, estas ya estarían vedadas por aplicación del art. 1545 CCyC, que impide la aceptación de la donación una vez que el donante ya estuviera muerto. Por lo tanto, sería ocioso que el Código prohibiese especialmente una donación que puede solamente aceptarse luego de la muerte, cuando este último hecho ya de por sí, le impediría al donante aceptar la donación.

Finalmente, cabe resaltar la ausencia de normas análogas a las dispuestas en los arts. 1802 y 1803 CC. En el Código la omisión se justifica, en parte por lo ya expresado en el párrafo anterior, y además porque, los casos previstos por el art. 1803 CC, detallan dos supuestos de condición resolutoria, uno de ellos, encuentra su tratamiento específico en el caso de la reversión (arts. 1566 a 1568 CCyC).

ARTÍCULO 1547.- ***Oferta conjunta.*** ***Si la donación es hecha a varias personas solidariamente, la aceptación de uno o algunos de los donatarios se aplica a la donación entera.***

Si la aceptación de unos se hace imposible por su muerte, o por revocación del donante respecto de ellos, la donación entera se debe aplicar a los que la aceptaron.

Fuentes y antecedentes: art. 1794 CC.

1. Introducción

La norma regula específicamente el caso de la oferta de donación hecha conjuntamente a varias personas. La analogía se encuentra en su antecedente, la segunda parte del art. 1794 CC. El efecto de esa modalidad de oferta es el perfeccionamiento del contrato con la sola aceptación de una de ellas, a quien se aplica la donación entera, sin perjuicio de las demás aceptaciones de cada uno de los restantes donatarios, a quienes aprovecha la donación en la proporción correspondiente.

(82) CNAC. APEL. CIV., Sala F, "Kodama c/ Ferrari", 27/10/1997, AbeledoPerrot N° 980808.

Finalmente, para dar certeza y entidad a la oferta, se regula el caso de la muerte de uno o más donatarios que no hubieran aceptado, o su revocación por parte del donante, en cuyos supuestos, la donación se aplica en su totalidad a quienes hayan aceptado.

2. Interpretación

La norma regula el caso de las donaciones ofrecidas a varios donatarios solidariamente. Omite, sin embargo, la regulación de las donaciones separadas, mencionadas en la primera parte del art. 1794 CC; debido a que en estas no hay aspecto especial a regular ya que no hay cuestión especialmente diferente a los principios generales, que resultan aplicables en tal caso. En el supuesto regulado, la solidaridad de la oferta provoca que, aceptada la donación por al menos uno de los donatarios, el contrato se perfecciona en un todo respecto de su objeto. El codificador adoptó la corriente doctrinaria que no encuentra diferencias entre el caso de las donaciones solidarias y las conjuntas, que regulaba el Código Civil (arts. 1794, segunda parte, y 1798 CCyC, respectivamente). Por esa razón, bajo la denominación de conjuntas, expone los efectos ya señalados que surgen del artículo.

Por eso, la interpretación que debe darse a este artículo es que este tipo de donaciones no requieren de un pacto expreso para acrecer a favor de los donatarios aceptantes. Esto es así pues, su naturaleza genera el derecho de cada uno de los donatarios a no decrecer en su proporción hasta su respectiva aceptación (*ius non decrecendi).*

Por esta razón se afirma que la aceptación de uno solo de los donatarios perfecciona el contrato de donación, y las posteriores aceptaciones de cada uno de los restantes donatarios los ligarían con ese mismo objeto en la proporción correspondiente.

ARTÍCULO 1548.- ***Capacidad para donar.*** ***Pueden donar solamente las personas que tienen plena capacidad de disponer de sus bienes. Las personas menores emancipadas pueden hacerlo con la limitación del inciso b) del artículo 28.***

Remisiones: ver art. 28 CCyC.

1. Introducción

La norma establece la regla genérica de la capacidad para donar, disponiendo que serán capaces las personas que tengan plena capacidad para disponer de sus bienes. Seguidamente establece una sola situación especial, que es coherente con el principio general dispuesto en la primera parte del artículo, ya que los emancipados no gozan de la plenitud como característica en la disponibilidad de sus bienes. Se simplifica así la regulación del Código Civil, debiendo en cada caso remitirse a las reglas generales sobre capacidad que regula el Código Civil y Comercial; para luego determinar en cada caso la aplicación de esas reglas, según la directiva especial dispuesta en este artículo (disponibilidad plena).

2. Interpretación

2.1. La plena disposición

La norma considera la naturaleza y los efectos particulares del contrato para la delimitación de la capacidad. A diferencia de lo que disponía el art. 1804 CC, que resultaba ser demasiado genérico e incompleto, se remarca en el Código Civil y Comercial, la idea de que, para donar, es necesario contar con la capacidad para disponer de los propios

bienes; a la vez que, esa disposición debe ser plena y no quedar a resguardo ni límites propios de la condición específica del donante, en cuanto al especial discernimiento que se requiere para ejercer un acto de liberalidad trascendente en el plano patrimonial.

Por lo tanto, no bastará la capacidad genérica para contratar, sino la específica para la disposición plena de los bienes; lo cual resulta, a su vez, coherente con el objeto y la finalidad del acto que involucra.

2.2. El caso de los emancipados

Se distingue además, en la última parte del artículo, que los menores emancipados están habilitados para hacer donaciones, aunque tengan el impedimento para los casos en los cuales los bienes hayan sido adquiridos a título gratuito. Es una clara remisión al art. 28 CCyC. Vale analizar la utilidad de la incorporación de la última parte del artículo, considerando que el propio art. 28 CCyC mencionado constituye, de por sí, una regla clara que impide considerar la plena disposición para donar a los emancipados que hayan recibido los bienes a título gratuito. Puede interpretarse que nada hubiera modificado la regla en ese caso, por lo que debe concluirse que la remisión constituye una reafirmación de la limitación señalada.

> **ARTÍCULO 1549.-** ***Capacidad para aceptar donaciones.*** *Para aceptar donaciones se requiere ser capaz. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si la donación del tercero o del representante es con cargo, se requiere autorización judicial.*

1. Introducción

La disposición normativa completa las reglas generales sobre capacidad para celebrar el contrato de donación. En este caso, para aceptar donaciones, el principio general es la capacidad genérica. El Código Civil y Comercial no reproduce lo dispuesto en el art. 1806 CC, ya que la regla aludida por el artículo huelga de cualquier aclaración sobre situaciones especiales. Además, la mención sobre las donaciones destinadas a fundaciones a crearse a tal fin, que regula el referido artículo del Código Civil, tiene tratamiento específico en el art. 197 CCyC y ss.

Finalmente, la misma norma expone los requisitos para la aceptación de donaciones cuando estas son realizadas a personas incapaces, y además, cuando en estos últimos supuestos, se incorpora a ellas un cargo, disponiendo la actuación del representante, en el primer caso, y adicionando la autorización judicial, en el segundo.

2. Interpretación

2.1. Capacidad genérica

La connotación patrimonial, que consiste en aceptar donaciones, no constituye un riesgo para la pérdida o disminución patrimonial del aceptante. Con la aceptación, él se beneficia patrimonialmente, sin que quede comprometido a una contraprestación u obligación que torne oneroso el acto, en principio. Es por eso que la exigencia regulatoria cede en este marco de legalidad, disponiendo como regla la mera capacidad del aceptante, sin ningún otro requisito específico.

2.2. Donación a persona incapaz

Ahora bien, establecida la regla de capacidad genérica para aceptar donaciones, la norme distingue que, cuando el donatario sea incapaz, la aceptación deberá ser efectuada por medio de su representante. Se trata, lógicamente, de incapaces de hecho o de ejercicio (art. 24 CCyC). Nuevamente, aquí la solución es coherente con el régimen general sobre capacidad y la actuación de representantes, según estos sean personas por nacer, menores, o personas con incapacidad declarada.

2.3. Donaciones con cargo a incapaces

Por último, podría ocurrir que la donación ofrecida al incapaz, contuviera un cargo a cumplir por este. Esa circunstancia torna parcialmente oneroso el acto. Por lo tanto, no bastará ya con la aceptación del representante, debido a que la aceptación implica, no solamente un incremento patrimonial para el donatario, sino que también conlleva el cumplimiento de una obligación accesoria de contenido patrimonial, a cargo del donatario. Esta relación de onerosidad exige que se extremen los recaudos para que no queden afectados desfavorablemente los intereses del donatario. Es por ello que el artículo exige que, además de la actuación del representante, deba contar con la debida autorización judicial, para garantizar así, un análisis adecuado sobre la conveniencia del negocio a favor del donatario.

Finalmente, el Código Civil y Comercial no menciona otros casos de onerosidad relacionados con la donación, en este caso. La omisión encuentra su explicación en que, por ejemplo en las donaciones remuneratorias, la onerosidad está constituida por una prestación de servicios previamente efectuada por el donatario. En ese supuesto, la donación ofrecida con carácter, parcialmente onerosa, no perjudica al incapaz que prestó el servicio, y se configura como un modo válido de cancelación de un crédito a su favor.

ARTÍCULO 1550.- ***Tutores y curadores.*** ***Los tutores y curadores no pueden recibir donaciones de quienes han estado bajo su tutela o curatela antes de la rendición de cuentas y pago de cualquier suma que hayan quedado adeudándoles.***

Fuentes y antecedentes: art. 1808, inc. 4, CC.

1. Introducción

La prohibición regulada constituye un supuesto de incapacidad de derecho, entendida como un acto inhábil cuando se da entre un donante que hubiera sido representado con anterioridad por su tutor o curador, y este último, como donatario. El límite es el contexto particular, en cuanto a la relación jurídica que une a esas personas y el tiempo en el que se regula la causa de inhabilidad. La norma reproduce la esencia de lo que disponía el art. 1808, inc. 4, CC.

2. Interpretación

Para comprender la esencia de esta limitación al ejercicio de la capacidad para donar, debe situarse el contexto del acto, en cuanto a sus partes, su relación y el momento en el que se juzga esa incapacidad. En ese orden, la situación prevista es la de una parte que, habiendo recuperado la capacidad de ejercicio para donar, pretende realizar ese acto a favor de quien fuera su representante durante su estado de incapacidad. A su vez, la

situación fáctica requiere, para la prohibición aludida, que la donación que se pretende celebrar lo sea antes que el donante hubiera aprobado las cuentas del potencial donatario, por el ejercicio de su función de representación; o antes del pago de cualquier suma que, por ese concepto, el representante debiera al pretendido donante. En ese marco, el artículo veda la capacidad de derecho de las partes, y les impide celebrar donación. El artículo confirma la regla dispuesta en el art. 120 CCyC, que se aplica a los tutores, y a los curadores por aplicación del art. 138 CCyC.

El impedimento para contratar se fundamenta en garantizar el libre ejercicio de la voluntad del donante, ya que en ese cuadro de situación la norma presume que podría existir aun una influencia o condicionamiento reprochable del tutor o curador a favor de sus propios intereses y en contra de los de su representado, más allá de su libre voluntad.

ARTÍCULO 1551.- ***Objeto.*** *La donación no puede tener por objeto la totalidad del patrimonio del donante, ni una alícuota de él, ni cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar. Si comprende cosas que forman todo el patrimonio del donante o una parte sustancial de éste, sólo es válida si el donante se reserva su usufructo, o si cuenta con otros medios suficientes para su subsistencia.*

1. Introducción

El artículo analizado guarda una similitud parcial con la letra del art. 1800 CC. Las diferencias entre ambos textos está en la redacción más ajustada del presente artículo, a partir de los comentarios y criterios doctrinarios elaborados sobre el art. 1800 CC. La norma regula la prohibición general de donar todos los bienes del donante y, particularmente, impide la donación de cosas que no estén en el patrimonio del donante. Finalmente, alude a que la única manera de quedar permitida la donación de la totalidad del patrimonio, sería mediante la reserva del usufructo o de la acreditación de que cuenta con los medios suficientes para subsistir.

2. Interpretación

2.1. El dominio sobre la cosa como requisito para la validez de la donación

El artículo referido utiliza el criterio de distinción de la aptitud de las cosas para ser objeto del contrato de donación, relacionándolas con la noción de dominio que sobre ellas tenga el donante al momento de contratar. Así, si el donante es dueño de la cosa, podrá ser objeto del contrato; y por el contrario, no valdrá cuando aquella no estuviera en dominio del donante al momento de contratar. De esta manera, se aclaran las diferencias conceptuales que apuntaba parte de la doctrina sobre bienes presentes y futuros que indicaba el art. 1800 CC.

De esta manera, el texto del art. 1551 CCyC aquí comentado, evita esas definiciones y alude, directamente, a la descripción de la situación jurídica de la cosa al momento de celebrarse el contrato.

2.2. Prohibición general de donar todo el patrimonio

La regla genérica impide la posibilidad de donar las cosas que conforman todo el patrimonio del donante o una parte sustancial. La excepción que habilite la donación será aquella en la que el donante se reserve el usufructo o acredite que cuenta con

medios suficientes para su subsistencia. El espíritu de la norma pretende desalentar o impedir que el donante, a partir de la donación de las cosas que componen su patrimonio, acabe en una situación de indigencia, al no contar así con bienes suficientes para su subsistencia. Podría entenderse indirectamente como una regla de resguardo de la garantía al crédito de eventuales acreedores del donante. Sin embargo, la norma no hace alusión alguna a esta interpretación, ya que esa garantía cuenta con su propia regulación en materia de fraude. Por lo mismo, la norma nada refiere sobre los herederos legitimarios del donante, para quienes se han reservado las acciones para la protección de la legítima.

El incumplimiento de esta norma acarrea la nulidad absoluta de la donación que hubiera violado la disposición normativa.

ARTÍCULO 1552.- ***Forma.*** ***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.***

Fuentes y antecedentes: art. 1430 del Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1998.

1. Introducción

La donación en general, como contrato, no está en principio sujeta a ninguna formalidad legal para su celebración. Sin embargo, la regla general cede ante el caso de que verse sobre cosas inmuebles, muebles registrables, o sobre prestaciones periódicas o vitalicias. En estos supuestos, el rigor formal se extrema, por lo que el contrato debe celebrarse por escritura pública. La norma indica la sanción de nulidad como respuesta al incumplimiento del requisito de forma. Así, no podrá aplicarse al caso lo dispuesto en los arts. 285 y 1018 CCyC. Los "Fundamentos del Anteproyecto..." de 2012 aluden especialmente a este artículo y ratifican la importancia de su texto.

A diferencia de lo que regulaba el art. 1810 CC, la inclusión de los muebles registrables encuentra su antecedente en el Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1998 en su art. 1430.

2. Interpretación

Actualmente no existen dudas de que el requisito formal impuesto para estas especies de donaciones, en virtud de su objeto, constituyen un supuesto de formalidad solemne absoluta (*ad solemnitatem*). Sin embargo, vale destacar que la norma análoga del Código Civil (art. 1810 CC) no siempre gozó de la misma unanimidad en su interpretación, habiéndose ensayado teorías que colocaban a la exigencia formal dentro del ámbito probatorio, o bien, otorgándole una solemnidad relativa, habilitando así la posibilidad de demandar la escrituración. La evolución doctrinaria y la jurisprudencia convalidaron, finalmente, la primera impresión, a favor de la forma solemne absoluta, que se consagra de nuevo, en esta norma. En todos los casos, la finalidad de este tipo de forma solemne se explica en la necesidad de garantizar desde la ley, la elaboración sobre la trascendencia del acto y la reflexión, en ese sentido, por parte del donante. Sin duda, la connotación económica de esta clase de donaciones y la gratuidad del acto, justifican sobradamente el rigor formal impuesto.

Finalmente, vale destacar que el artículo comentado cumple con la precisión terminológica necesaria, al indicar que la donación debe ser hecha por *escritura pública*. Así, se erradican las críticas que se elaboraran al art. 1810 CC que, en términos más vagos, disponía que el acto debía celebrarse ante escribano público, obligando a la doctrina y a la jurisprudencia a una tarea interpretativa que ajustó su connotación al modo instrumental que, ahora la norma menciona con la debida precisión.

ARTÍCULO 1553.- ***Donaciones al Estado.*** ***Las donaciones al Estado pueden ser acreditadas con las actuaciones administrativas.***

1. Introducción

Las donaciones que son destinadas al Estado en cualquiera de sus estamentos (nacional, provincial o municipal) quedan exceptuadas de la exigencia de la escritura pública. En tales situaciones, para acreditar el acto, habrá que acudir a las actuaciones administrativas de las que surja la donación. Es un requisito formal que tiene como esencia la misma finalidad que la del art. 1552 CCyC. Es más, en el Código Civil de Vélez Sarsfield, la regla apareció incluida en el mismo texto del art. 1810 CC, a partir de la reforma de la ley 17.711, que regula las donaciones que deben celebrarse por escritura pública.

2. Interpretación

El art. 1810 CC no incluía, en su redacción primitiva, la regla que ahora se consagra en este artículo en particular. La reforma fue introducida por la ley 17.711 en 1968, que incorporó el agregado, que se relaciona con este artículo del Código Civil y Comercial.

La flexibilización del requisito de la forma en este tipo de donaciones, se remonta a varios y antiguos antecedentes jurisprudenciales, en los que se decidió la validez de este tipo de donaciones, cuando el Estado (nacional, provincial o municipal) era donatario, y las donaciones podían formalizarse por actos administrativos de aceptación, prescindiendo de la escritura pública, y sumado a la tradición del inmueble. Fueron múltiples los argumentos de esos fallos.[83] Puede mencionarse, entre ellos, el carácter especialísimo de este tipo de donaciones, a las que, en general, se les incorporaba un cargo o se limitaba su destino; de modo tal que, en gran medida, esto último justificaba la transmisión. En varios de esos pronunciamientos se clasificaba a ese tipo de donaciones como actos con finalidad *do ut facias* (doy para que hagas), por las cuales, si bien el donatario se beneficiaba con la donación y la cosa recibida, había un interés o beneficio en cabeza del donante, constituido por la obligación del donatario de dar a la cosa donada el destino exclusivo que aquel le había impuesto.

ARTÍCULO 1554.- ***Donación manual.*** ***Las donaciones de cosas muebles no registrables y de títulos al portador deben hacerse por la tradición del objeto donado.***

1. Introducción

El artículo comentado viene a regular las denominadas "*donaciones manuales*", entendidas como aquellas en las que se verifica el acto de liberalidad mediante la entrega de la cosa al

(83) CSJN, Fallos: 130:91, 16/09/1919 y 181:257, 10/08/1938.

donatario. A diferencia de lo que ocurría en el Código Civil de Vélez, la regulación específica de esta clase de donaciones se redujo considerablemente. Así, si bien la norma comentada resulta similar al art. 1815 CC, especialmente se vincula con los efectos dispuestos en los arts. 1816, 1817 y 1818 CC que, sin embargo, no tienen regulación en el nuevo texto.

2. Interpretación

Para una correcta interpretación del sentido de este artículo, debe determinarse primeramente cuál es la definición que corresponde al término *"donaciones manuales"*.

En la doctrina encontramos dos grandes fuentes interpretativas. Por un lado, quienes consideran que son las donaciones de bienes muebles no registrables, sin otra nota distintiva. Por otro lado, otra corriente doctrinaria sostiene que este tipo de donaciones es una modalidad especialmente regulada de donaciones de bienes muebles, por lo que no se excluye la posibilidad y validez de que una donación de cosas muebles no registrables se perfeccione por escrito, y así produzca sus efectos propios sin perjuicio de que no se hubiera hecho tradición de la cosa donada. La primera corriente doctrinaria ve en las donaciones manuales una especie más de contratos reales (en los cuales se requiere la tradición de la cosa, objeto del contrato, para que este produzca sus efectos propios, según el art. 1141 CC). La segunda postura doctrinaria entiende que las donaciones manuales son una modalidad más de las que versan sobre cosas muebles, que se celebran y cumplen instantáneamente mediante la entrega de la cosa donada, pero que nada impide que pueda celebrarse por escrito, para ser acreditado el contrato, con prescindencia de la entrega de la cosa para que el contrato quede perfeccionado. Dicho de otro modo y, según esta última posición doctrinaria, la norma es necesaria para validar esta modalidad de donación que se configura sin ninguna otra forma probatoria que la propia entrega de la cosa. Esta interpretación resulta coherente con la presunción de dominio por la posesión de la cosa mueble a favor de quien la invoque y detente (arts. 1909 y 1911 CCyC).

Debe entenderse, en consecuencia, que la simplificación de la normativa, experimentada en la técnica legislativa del artículo analizado, presume la interpretación de esta segunda parte de la doctrina, que encuentra a las donaciones manuales como aquellas que se perfeccionan por la entrega de la cosa donada pero que, no por ello, impide entender que se celebre sin necesidad de esa entrega si el donatario puede acreditar —por escrito— la existencia del contrato. Es la conclusión que además, armoniza con la eliminación de los contratos reales, como categoría específica en este Código Civil y Comercial.

SECCIÓN 2ª
Efectos

ARTÍCULO 1555.- ***Entrega.*** ***El donante debe entregar la cosa desde que ha sido constituido en mora. En caso de incumplimiento o mora, sólo responde por dolo.***

1. Introducción

La obligación esencial del donante está constituida por la de entregar la cosa prometida en donación. La regla confirma así el carácter consensual del contrato, del que nace como uno de sus principales efectos propios, esta obligación.

La regulación que incorpora el Código Civil y Comercial, en gran medida simplifica las reglas dispuestas en el Código antecedente (arts. 1833, 1834, 1839 y 1840 CC).

2. Interpretación

El cumplimiento de la obligación de entregar la cosa donada constituye la prestación esencial del contrato. Así, con la debida entrega, sumado al título constituido por el contrato que fundamenta la transmisión, el donatario adquiere la propiedad de la cosa donada. Sin embargo, es posible que ese cumplimiento no se verifique por diversos motivos. En ese supuesto, la norma regula los requisitos y efectos de ese incumplimiento, a saber:

1. **Constitución en mora**. Más allá de que la obligación estuviera sujeta a plazo, para exigir el cumplimiento de la obligación de entrega, el donante debe ser constituido en mora. Así surge de la interpretación del artículo referido cuando dispone que el donante debe entregar la cosa *"desde que ha sido constituido en mora"*. Se regula así, la facultad reconocida al donatario de demandar el cumplimiento del contrato.
2. **El reclamo indemnizatorio por incumplimiento o mora**. El incumplimiento además, impone la necesidad de definir la responsabilidad del donante en ese supuesto. Es por ello que la norma limita, en este caso, la responsabilidad del donante a que se haya verificado su conducta dolosa como determinante del incumplimiento o la mora en la entrega. La determinación del dolo se ajusta a lo dispuesto en el art. 1728 CCyC.

ARTÍCULO 1556.- ***Garantía por evicción.*** ***El donante sólo responde por evicción en los siguientes casos:***

a. ***si expresamente ha asumido esa obligación;***
b. ***si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario;***
c. ***si la evicción se produce por causa del donante;***
d. ***si las donaciones son mutuas, remuneratorias o con cargo.***

1. Introducción

El artículo analizado regula de modo homogéneo y sistemático el régimen de garantía de evicción para los casos en que el donante debe responder ante el donatario por esa causa. Las situaciones reguladas son taxativas.

Entre los "Fundamentos del Anteproyecto..." de 2012, al referirse a este artículo, se ha señalado la conveniencia en la actualización del tratamiento de esta garantía.

2. Interpretación

Debe recordarse, en primer término, que la garantía de evicción constituye un efecto natural de los contratos onerosos. Sin embargo, en determinados supuestos —especialmente regulados por este artículo—, esa garantía se aplica de modo muy particular y específico, al contrato de donación. A continuación se señalará, mediante una breve explicación en cada caso, las causales que habilitan la invocación de esa garantía para la donación:

1. **Asunción expresa de la obligación**. Es una consecuencia lógica del ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual. La ley no incluye esta garantía implícitamente por ser propia y natural de los contratos onerosos. Sin embargo, y por esa razón, nada impide que el donante libremente asuma esa obligación de garantizar la evicción. En ese caso, la asunción señalada debe constar expresamente en el contrato,

ya que, por lo dicho anteriormente, no se presume como implícita en los contratos a título gratuito.

2. Mala fe del donante. Si bien el donante no está obligado a responder por evicción, debido a la gratuidad del acto, ello no es una justificación para que él quede a salvo de conductas que impliquen un sabido perjuicio derivado para el donatario, por causa de la donación. De allí que la norma integra dos requisitos para que el donatario pueda reclamar el resarcimiento correspondiente invocando esta garantía:

   a. que el donante hubiera actuado de mala fe, es decir, conociendo la existencia de la posible evicción, a sabiendas de que la cosa no ajena —y que aun así, ocultando esa circunstancia— hubiera donado de todos modos; y

   b. que el donatario no conociera sobre la ajenidad señalada y hubiera, en consecuencia, aceptado la donación creyendo que la cosa donada era de propiedad del donante.

3. Por causa del donante. El donante está obligado a no turbar el ejercicio del derecho de propiedad transmitido al donatario. Por lo tanto, si así lo hiciera, incurriría en esta causal de invocación de la garantía de evicción, que alcanza entonces a la omisión del donante de realizar actos que interfieran o turben el derecho del donatario.

4. Por la onerosidad del acto. Así como la exclusión del régimen de garantía de evicción, para el supuesto de la donación se justifica por la gratuidad esencial del acto; no es menos cierto que, en determinadas situaciones, la donación puede adquirir un carácter parcialmente oneroso. Esto ocurre cuando ella es remuneratoria, con cargo, o cuando se celebran donaciones mutuas. En esas circunstancias, atendiendo al efecto de onerosidad que genera el acto, resulta aplicable, por ello, la garantía de evicción. El inciso así lo reconoce expresamente.

ARTÍCULO 1557.- ***Alcance de la garantía.*** *La responsabilidad por la evicción obliga al donante a indemnizar al donatario los gastos en que éste ha incurrido por causa de la donación. Si ésta es mutua, remuneratoria o con cargo, el donante debe reembolsarle además el valor de la cosa por él recibida, lo gastado en el cumplimiento del cargo, o retribuir los servicios recibidos, respectivamente.*

Si la evicción proviene de un hecho posterior a la donación imputable al donante, éste debe indemnizar al donatario los daños ocasionados.

Cuando la evicción es parcial, el resarcimiento se reduce proporcionalmente.

1. Introducción

La norma consagra en principio, la regla general que constituye el efecto propio de la garantía de evicción. Esta regla genérica consistirá en la obligación del donante de indemnizar al donatario los gastos en que él hubiera incurrido por causa de la donación. Ahora bien, así como en el artículo anterior se disponen taxativamente las causas que generan la obligación del donante de garantizar por evicción al donatario, la variedad y diversidad de fuentes por las cuales se reconocen las excepciones dispuestas, hace necesario regular, como lo hace este artículo, la extensión y alcance de la garantía en cada caso y, fundamentalmente, sus efectos, a partir de la regla general.

2. Interpretación

El Código Civil y Comercial expone en esta norma una solución metodológicamente correcta para la regulación del alcance de la garantía. Para ello, como se señala, consagró el principio general que obliga al donante a responder e indemnizar al donatario y estipuló que este resarcimiento alcanza los gastos incurridos por el donatario en la donación. Una vez determinada la regla general, que habilita el derecho del donatario a ser indemnizado por los gastos, el artículo regula los diferentes efectos particulares para cada una de las causales señaladas en el art. 1556 CCyC.

Así, en los casos en que la evicción proviene de la onerosidad del acto, habrá diferentes soluciones, dependiendo de la causa de la onerosidad generada:

a. cuando la donación fuera mutua (art. 1560 CCyC), la extensión del resarcimiento alcanza al valor de la cosa recibida por el donante;
b. si es remuneratoria (art. 1561 CCyC), deberá retribuir los servicios recibidos, extinguiéndose así el efecto cancelatorio que la donación pretendía generar sobre aquellos;
c. si la donación es con cargo (art. 1562 CCyC), el donante deberá indemnizar los gastos incurridos en el cumplimiento del cargo.

En el supuesto de que la evicción proviniera de un hecho posterior que fuera imputable al donante, la garantía importará, siguiendo la regla general, la indemnización a favor del locatario de todos los daños ocasionados por el donante.

Finalmente, y aplicable a todas las causales, cuando la evicción es parcial, provocará que el alcance de la garantía se traduzca, lógicamente, en la misma proporcionalidad en cuanto a la entidad del resarcimiento.

ARTÍCULO 1558.- ***Vicios ocultos.*** ***El donante sólo responde por los vicios ocultos de la cosa donada si hubo dolo de su parte, caso en el cual debe reparar al donatario los daños ocasionados.***

1. Introducción

Al igual que lo expresado para el caso de la garantía de evicción, que corresponde a los vicios ocultos, también encuentra su razón en la onerosidad del acto, a cuyo contenido se incorpora como elemento natural. Sin embargo, esta regla no se limita a los contratos onerosos, si ha habido mala fe del donante. En ese supuesto, la norma obliga a este último a responder frente al donatario por los daños que él habría sufrido por causa de esos vicios.

2. Interpretación

La regla que incorpora este artículo encuentra su fundamento en la mala fe del donante. Ella se configura por el conocimiento que el donante tenía de los vicios ocultos que la cosa donada contenía y los daños que, eventualmente, podía producir como causa de ellos; y aun así, ocultando esa información al donatario, celebró igualmente el contrato y transmitió la propiedad de la cosa a este último. Por lo tanto, el reproche y la responsabilidad no están configurados en el menor valor de la cosa donada, ya que en principio, el donatario no tuvo que afrontar ningún sacrificio patrimonial para acceder a ella. Por el contrario, esta responsabilidad alcanza a los daños que eventualmente la cosa viciada hubiera provocado en la esfera patrimonial y personal del donatario. De allí que la norma limite la reparación a ese ámbito.

No obstante, aunque el artículo no lo mencione, la doctrina ha sido conteste en confirmar que las causales especiales que el Código Civil estableció para la invocación de la garantía de evicción en caso de donación, son aplicables para los vicios ocultos.

Por ello, si bien el Código Civil y Comercial regula expresamente el caso de dolo comprobable en la conducta del donante, cuando se trata de vicios ocultos nada impide sostener la misma solución para los restantes supuestos regulados en el art. 1556 CCyC.

Se arriba a esta conclusión ya que no hay impedimento para que el donante voluntariamente garantice por vicios ocultos al donatario, a la vez que en el supuesto de onerosidad, esta característica es la que apareja también, la invocación de la referida garantía.

ARTÍCULO 1559.- ***Obligación de alimentos.*** ***Excepto que la donación sea onerosa, el donatario debe prestar alimentos al donante que no tenga medios de subsistencia. Puede liberarse de esa obligación restituyendo las cosas donadas o su valor si las ha enajenado.***

Fuentes y antecedentes: art. 1837 CC.

1. Introducción

La obligación alimentaria que regula la norma es accesoria y residual y se genera solamente ante el supuesto de que el donante no tenga medios de subsistencia. No se aplica a los supuestos de onerosidad en la donación, ya que el fundamento de la obligación radica en el deber de gratitud con que el donatario debe corresponder al donante, por la liberalidad ejercida en su favor.

De todos modos, por los mismos fundamentos que se genera esa obligación, la norma permite la liberación del donatario, para lo cual será menester que él restituya la cosa donada o, en el supuesto de que la hubiera enajenado por cualquier título, deberá el equivalente de su valor. Este artículo recoge el espíritu consagrado en el art. 1837 CC.

2. Interpretación

La norma comentada avanza en algunas cuestiones que estaban ausentes en la letra del art. 1837 CC, pese a que la doctrina y la jurisprudencia, en su rol interpretativo de la ley, habían resuelto de modo similar a lo que indica, ahora textualmente, este artículo.

Entre esos aspectos, debe distinguirse la incorporación de la condición de que el donatario no tenga medios de subsistencia. Esta inclusión ha sido apropiada para entender, desde la letra de la norma, cuál es la condición que genera la exigibilidad de la obligación aquí regulada.

Además, al referirse a la onerosidad de las donaciones como impedimento para la invocación de esta obligación a favor del donante, se entiende que estas son las donaciones mutuas, las donaciones remuneratorias y las que han sido acordadas con cargo. En este caso, la redacción es también más apropiada que su antecesora del Código Civil, que solo se refería a las donaciones con cargo. Sin embargo, nada dice la norma aquí comentada respecto del grado de onerosidad que genera esta excepción a la obligación alimentaria. Para una parte de la doctrina, esta onerosidad debe alcanzar un grado considerable, cercano en su cuantificación al valor de la cosa donada, ya que, de lo contrario, no podría hablarse de la relación de equivalencia patrimonial —que justificaría la excepción a la

obligación alimentaria—. Por lo tanto, podría darse la situación de que la onerosidad represente una ínfima parte de la donación entera.

No obstante lo señalado, el legislador parece haberse inclinado por la doctrina que considera que, si el valor o proporción de onerosidad fuera trascendente, ya que si esa hubiera sido su intención, habría incluido esa distinción en la letra del art. 1837 CC y, por lo tanto, lo propio correspondería concluir al artículo aquí analizado.

SECCIÓN 3ª
Algunas donaciones en particular

ARTÍCULO 1560.- ***Donaciones mutuas.*** *En las donaciones mutuas, la nulidad de una de ellas afecta a la otra, pero la ingratitud o el incumplimiento de los cargos sólo perjudican al donatario culpable.*

1. Introducción

El artículo omite definir esta clase de donaciones y se limita a regular sus efectos en cuanto a las posibles vicisitudes que pudieran generarse. En ese marco, dispone la nulidad de una de las donaciones cuando la otra hubiera quedado alcanzada por esa misma causa de ineficacia, y en cambio, salva de este mismo efecto a los casos en que una de las donaciones se revoque por incumplimiento del cargo. En cuyo caso, ese efecto no se traslada a la otra donación, que permanecerá así con su plena eficacia. En este orden de ideas puede sostenerse que el artículo limita su regulación expresa a la descripción de los efectos aludidos, como lo hacía el Código Civil en el art. 1821 CC.

2. Interpretación

2.1. La reciprocidad y la simultaneidad de las donaciones mutuas

La falta de una definición expresa de esta clase de donaciones exige que se distingan los elementos o caracteres que la componen. Por ello debe destacarse que, en estos acuerdos mutuos, existe —inevitablemente— una relación de reciprocidad que indica la finalidad perseguida por las partes al celebrar ambos contratos en un solo acto. Por lo tanto, esa relación importará un requisito esencial para la configuración de este negocio y, por consiguiente, la aplicación de los efectos que regula este artículo.

De la regulación del Código Civil de Vélez Sarsfield se desprende además otro requisito, que no se encuentra necesariamente vinculado al nuevo texto legal. Es la simultaneidad, es decir, que ambas donaciones se celebren en un mismo acto. Sin embargo, nuevamente, la omisión en el nuevo artículo no parece involuntaria, sino más bien, recepta la correcta interpretación de estos dos requisitos y su dinámica en torno al negocio señalado.

Para ampliar el análisis podría decirse que, mientras la reciprocidad es un concepto íntimamente ligado al carácter mutuo que revisten ambos contratos; la simultaneidad, en todo caso, sirve para hacer presumir el primer requisito, y así confirmar aquel carácter. Por lo tanto, la ausencia de reciprocidad impide que puedan entenderse a dos donaciones como mutuas y, en cambio, la omisión de la simultaneidad de los contratos impide presumir el carácter mutuo, pero no obstará a que, en definitiva, las donaciones lo tengan si expresamente así se señala en los instrumentos respectivos.

2.2. La nulidad de una donación afecta a la otra

Un efecto típico de esta clase de actos es la nulidad que se reproduce en ambas donaciones, aun cuando solamente una de ellas hubiera estado afectada genéticamente por esa vicisitud. Es comprensible y adecuado así entenderlo ya que, si la finalidad procurada por las partes era generar un negocio complejo a partir de la celebración de dos donaciones que se relacionaran en su reciprocidad, la nulidad que afectara a una de ellas, distorsionaría, o aún más, frustraría la esencia del negocio procurado.

2.3. El incumplimiento del cargo en una donación perjudica solo al donatario culpable

La norma es aclaratoria y totalmente coherente. Es así que, si alguna de las donaciones hubiera incorporado un cargo, su incumplimiento puede provocar la revocación de la donación respectiva, sin que pueda por ello hacerse efectiva esa revocación respecto de la otra donación. La justificación de esta regla se encuentra en la necesidad de evitar que el incumplidor, sea por que haya llegado a esa situación voluntariamente o no, termine siendo indirectamente beneficiado con un posible efecto revocatorio de la donación en la que el incumplidor fue donante.

De ese modo, se desalienta la práctica abusiva o maliciosa que produciría una solución inversa a la regulada por la norma.

ARTÍCULO 1561.- ***Donaciones remuneratorias.*** *Son donaciones remuneratorias las realizadas en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, apreciables en dinero y por los cuales el segundo podría exigir judicialmente el pago. La donación se juzga gratuita si no consta en el instrumento lo que se tiene en mira remunerar.*

1. Introducción

La donación, sin perder el ánimo de liberalidad que la conforma, puede perseguir —paralelamente— como finalidad, cancelar una deuda apreciable en dinero que el donante mantenga con el donatario, por servicios que él le brindó a aquel y por los cuales podría exigir judicialmente, su pago. Por ello, el carácter remuneratorio otorgado al acto importará la cancelación de ese crédito pendiente.

El carácter remuneratorio no se presume ni se puede probar por otros medios que no sea su carácter expreso en el instrumento en el que consta la donación.

La relación así generada entre la donación como liberalidad y el efecto cancelatorio del crédito implica reconocer el carácter oneroso del acto, aun parcialmente o hasta la entidad del crédito que se cancele.

2. Interpretación

De acuerdo a lo adelantado en el acápite introductorio, la donación remuneratoria requiere de la conjunción de una serie de requisitos que, configurados, permiten la producción particular de efectos propios de esta clase de donaciones. Señalaremos, brevemente, los requisitos:

I. **Que la donación sea en recompensa por servicios prestados por el donatario**. No es requisito que la relación entre la donación y la recompensa tenga una iden-

tidad cuantitativa en sus valores. Basta, para ello, que la entidad económica de la primera alcance la cancelación de la deuda generada por los servicios prestados por el donatario. De allí, la idea de recompensa. Por lo tanto, en cuanto la donación exceda ese valor compensatorio, será perfectamente válida y naturalmente gratuita.

La explicación de esto reside en que la donación mantiene su espíritu de liberalidad, por lo que no interesará si el valor de la cosa donada excede el valor de la deuda siempre que, lógicamente, alcance para cancelarla.

2. Servicios prestados apreciables en dinero. La valoración económica de los servicios prestados se constituye como un requisito esencial para fijar la proporción de onerosidad que alcanzará la donación. De otro modo, no podría existir una imputación cancelatoria de la deuda, que resulta el efecto principal de este tipo de donaciones.

3. Servicios por los cuales el donatario podría exigir judicialmente el pago. Para que el efecto sea cancelatorio, inevitablemente debe estar dirigido a una obligación que, como tal, sea exigible, y que se haya generado a partir de la prestación de servicios del donatario a favor del donante. De este modo, una obligación ya cumplida o extinguida por el pago, no podría constituirse como elemento para el carácter remuneratorio, ya que no habría exigibilidad pendiente, por haberse ya cancelado anteriormente. Lo mismo puede decirse de una obligación prescripta, por la que el acreedor ya no tiene acción para reclamar su cumplimiento. En fin, todo deber moral (art. 728 CCyC) queda fuera del ámbito de aplicación de esta especie de donaciones, ya que carecería de todo efecto pretender que con la donación quedara cancelado el cumplimiento de un deber moral; no porque no fuera meritorio en ese ámbito (el moral), sino porque sería totalmente ajeno a la onerosidad que produce este tipo de acuerdos, y además el cumplimiento de ese deber moral no generaría efectos jurídicos. En ese caso, la donación sería totalmente gratuita. Para que exista onerosidad, que es lo que importa en este tipo de donaciones, el donante debe experimentar una ventaja patrimonial, que está justificada en la cancelación de la obligación exigible pendiente.

4. Carácter expreso. Si no surge del instrumento en el que se acordó la donación, esta carece de cualquier efecto remuneratorio posteriormente pretendido. Por lo tanto, en el instrumento debe constar expresamente la indicación de qué servicios se están recompensando.

En caso contrario, ante la ausencia de toda expresión sobre esta circunstancia, se presume la gratuidad del acto y, como tal, no producirá efecto cancelatorio por los servicios prestados y exigibles, brindados por el donatario.

ARTÍCULO 1562.- ***Donaciones con cargos.*** *En las donaciones se pueden imponer cargos a favor del donante o de un tercero, sean ellos relativos al empleo o al destino de la cosa donada, o que consistan en una o más prestaciones.*

Si el cargo se ha estipulado en favor de un tercero, éste, el donante y sus herederos pueden demandar su ejecución; pero sólo el donante y sus herederos pueden revocar la donación por inejecución del cargo.

Si el tercero ha aceptado el beneficio representado por el cargo, en caso de revocarse el contrato tiene derecho para reclamar del donante o, en su caso, de sus herederos, el cumplimiento del cargo, sin perjuicio de sus derechos contra el donatario.

1. Introducción

El artículo faculta al donante para que incorpore cargos a cumplir por el donatario, a favor del primero o de un tercero. Estos cargos pueden consistir en imponer un destino a la cosa donada o beneficiar a los designados en el acto. Así lo establece el primer párrafo del artículo.

Los restantes dos párrafos delimitan luego los derechos de las partes, de los beneficiarios del cargo y —eventualmente— de los herederos, tanto para el reclamo de su cumplimiento, como respecto de los efectos de la revocación de la donación y su relación con el cargo impuesto. Analizaremos brevemente cada una de estas situaciones.

2. Interpretación

2.1. El cargo y su naturaleza

El cargo, como concepto general, puede definirse como una obligación accesoria y excepcional que se impone al adquirente de un derecho. En similares términos lo expresa el art. 354 CCyC.

Al incorporarse en la estructura de la donación, mantiene ese carácter; por lo cual el acto continúa teniendo el ánimo de liberalidad y su prestación esencial, que es la de transmitir la propiedad de la cosa al donatario. No obstante, la donación adquiere, en este supuesto, un carácter parcialmente oneroso, cuya dimensión se limita al valor económico que pueda reconocérsele al cargo.

Cuando en la donación se incorpora un cargo, con la designación de un beneficiario, la estructura de esa cláusula adquiere la entidad de una estipulación a favor de otro (art. 1027 CCyC). En ese marco, el donante es el estipulante y el donatario, el promitente.

En esencia, la regla impuesta se corresponde con la regulación del art. 1826 CC.

2.2. Legitimación para reclamar el cargo y para revocar la donación

El segundo párrafo de la norma regula los efectos y la legitimación de las partes para exigir el cumplimiento del cargo impuesto. El resultado de esta regulación ha sido la reproducción de los efectos que regulaba el art. 1829 CC, con una importante diferencia: en el nuevo texto se reconoce expresamente la legitimación al donante y a sus herederos para demandar la ejecución del cargo incumplido, cuando fuese impuesto a favor de un tercero. Se alinea así, la solución a la regla general de la ya mencionada estipulación a favor de tercero (art. 1028 CCyC), y se diferencia de lo que disponía el art. 1829 CC, que vedaba al donante esta facultad de reclamar el cumplimiento salvo, claro está, que también reuniese la calidad de beneficiario.

Asimismo, el párrafo regula el derecho del donante y de sus herederos para revocar la donación ante la inejecución del cargo, quedando vedada lógicamente esa facultad al tercero beneficiario.

2.3. Derechos del beneficiario ante el supuesto de revocación

Cuando el tercero beneficiario acepta el cargo, adquiere irrevocablemente el derecho que le fuera designado (art. 1027 CCyC). Por eso, el tercer párrafo del artículo refiere que, una vez aceptado el cargo por el beneficiario, la revocación de la donación no hace cesar su derecho, y este tendrá la facultad de reclamar el cumplimiento del cargo al donante o eventualmente a sus herederos. No obstante, si así fuera, estos podrán eventualmente repetir contra el donatario.

ARTÍCULO 1563.- ***Responsabilidad del donatario por los cargos.*** *El donatario sólo responde por el cumplimiento de los cargos con la cosa donada, y hasta su valor si la ha enajenado o ha perecido por hecho suyo. Queda liberado si la cosa ha perecido sin su culpa.*

Puede también sustraerse a esa responsabilidad restituyendo la cosa donada, o su valor si ello es imposible.

1. Introducción

La responsabilidad del donatario, generada a partir de la aceptación de cumplir con el cargo estipulado en la donación, queda limitada patrimonialmente al *quantum* de la cosa donada. La regla aquí dispuesta evoluciona y corrige alguna imperfección terminológica que contenía su similar, el art. 1854 CC. Los "Fundamentos del Anteproyecto..." de 2012 confirman esta apreciación. La norma además, regula la liberación en el cumplimiento si la cosa hubiera perecido sin culpa del donatario. Finalmente, para completar el cuadro de situaciones que podría desplegarse en el ámbito de la responsabilidad del donatario por el cargo incumplido, el tercer párrafo faculta al donatario a sustraerse de la responsabilidad que le fuera adjudicada, o su valor, para el supuesto que lo primero fuera imposible.

2. Interpretación

2.1. La responsabilidad por incumplimiento del cargo y su límite cuantitativo

La regla tiene su espíritu en la esencia de onerosidad que incorpora el cargo en la relación contractual. Así, por un lado, el donatario obtuvo un beneficio constituido por la cosa que le fue donada y su valor, por lo que la cuantía del beneficio estará íntimamente relacionada con esa circunstancia. Por otro lado, el mismo beneficiario ve menguada —en cierta proporción— la entidad de ese beneficio, al tener que soportar el cargo que se le impone. En esa relación de beneficio y sacrificio patrimonial aparece, en la donación, la noción de onerosidad. Ahora bien, cuando el donatario incumple el cargo, ocurren dos efectos: por un lado, esa relación de onerosidad se corta, ya que al no cumplir el donatario con esa obligación accesoria, no se materializa el sacrificio patrimonial que debe afrontar. Por otro lado, habilita al donante a revocar la donación, ya que ese cargo era impuesto en función de la transmisión de la propiedad donada, además de las acciones por cumplimiento que el artículo reconoce a favor del donante, sus herederos y del beneficiario (art. 1562 CCyC).

En consecuencia, cuando se comprueba el incumplimiento en el cargo, el efecto principal consistirá en la responsabilidad que ello genera en cabeza del donatario. Sin embargo, como este llegó a obligarse accesoriamente en razón del mayor beneficio que obtendría por la adquisición de la cosa donada, la regla interpreta que su responsabilidad queda

entonces fijada en función de la cosa donada. Es decir, no puede darse al caso la misma solución que hubiera correspondido a un típico contrato bilateral, en el cual las partes responden de modo integral ante el incumplimiento de alguna de las prestaciones asumidas. La donación será siempre unilateral aunque contenga un cargo, por lo que la responsabilidad del donatario quedará limitada a la cosa recibida.

2.2. Modalidades para responder

Delimitada la responsabilidad del donatario, el texto normativo dispone que el donatario debe responder prioritariamente *"con la cosa donada"*. Este es el principio rector, pero no es limitativo respecto de la posibilidad de responder. Es decir, así será si tuviera la cosa en su poder, pero podría ocurrir que esto no fuera así y que, por diversas circunstancias, la cosa ya no esté en propiedad del donatario. Frente a esas posibles alternativas, la norma dispone que:

a. Si el donatario la hubiera ya enajenado, responderá por el valor de la cosa. O sea, en términos indemnizatorios dinerarios por el monto que represente el valor de la cosa oportunamente donada.
b. Si la cosa hubiera perecido por hecho del donatario, se impone igual solución a la señalada en el punto anterior.
c. Si la cosa hubiera perecido sin su culpa, el donatario quedará liberado de la obligación de responder. Tal como las contempladas, la ausencia de culpa debe interpretarse como causa exonerativa de responsabilidad reguladas en el Código Civil y Comercial, y no limitada solamente al caso fortuito, como indicaba el art. 1854 CC.

Finalmente, se acepta que el donatario voluntariamente se sustraiga de la responsabilidad. Para lo cual, en orden a lo expresado anteriormente, el párr. 3 lo habilita para que, en tal caso, consiga ese efecto, restituyendo la cosa, o su valor, si la restitución fuera imposible.

ARTÍCULO 1564.- ***Alcance de la onerosidad.*** ***Las donaciones remuneratorias o con cargo se consideran como actos a título oneroso en la medida en que se limiten a una equitativa retribución de los servicios recibidos o en que exista equivalencia de valores entre la cosa donada y los cargos impuestos. Por el excedente se les aplican las normas de las donaciones.***

1. Introducción

La donación es un contrato esencialmente gratuito, ya que el donatario accede a un beneficio como efecto del contrato, independientemente de toda prestación a su cargo (art. 967 CCyC).

Sin embargo, como se adelantó al comentar las diferentes clases de donaciones (arts. 1561 y 1562 CCyC), es posible que la donación adquiera carácter oneroso, cuando el donatario deba enfrentar un sacrificio patrimonial en virtud de la donación que ha aceptado. Este artículo regula en esa inteligencia, el alcance de la onerosidad y sus efectos, para los supuestos de donaciones remuneratorias y las que fueran con cargo.

La regla será en todos los casos en que, más allá de la gratuidad inherente a la donación como tal, el acto se considerara oneroso en la proporción que se corresponda con el límite equitativo de los servicios o la equivalencia de los cargos impuestos, respectivamente, y la cosa donada.

2. Interpretación

El artículo consagra la posibilidad de que un contrato pueda ser, en parte gratuito y, en parte oneroso. En ese orden de ideas, la onerosidad queda establecida en la medida en que se limite a una equitativa retribución de los servicios recibidos —refiriéndose a las donaciones remuneratorias— o en que exista equivalencia de valores entre la cosa donada y los cargos impuestos.

Por consiguiente, el valor en exceso a esta relación equitativa, indicará la proporción de gratuidad que conserva el acto. De modo tal que, para que la donación con atribución onerosa tenga efecto, requerirá siempre que la cosa donada tenga un valor igual o superior al valor de los servicios que se pretenden cancelar o al cargo que se ha impuesto; ya que, si el valor del objeto donado fuera inferior a estos límites, no podría calificarse al acto como donación.

ARTÍCULO 1565.- ***Donaciones inoficiosas.*** *Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima.*

1. Introducción

Las donaciones inoficiosas no son, en verdad, una clase especial de donaciones, como el caso de las remuneratorias, las mutuas o las que incorporan un cargo. La inoficiosidad constituye una situación jurídica que puede alcanzar a cualquier donación por su gratuidad.

El Código Civil y Comercial ubica a las donaciones inoficiosas dentro del parágrafo correspondiente a "Algunas donaciones en particular", y sigue el mismo orden metodológico establecido en el Código Civil de Vélez Sarsfield, dado que ubica a aquellas junto con las mutuas, remuneratorias y con cargo. Más allá de esa ubicación, tal vez discutible en lo metodológico, la norma comentada define la situación general que habilita a considerar la inoficiosidad y remite, seguidamente, a las reglas que el Código Civil y Comercial dispone sobre la porción legítima (art. 2444 CCyC y ss.), en cuanto a lo que refiere a sus efectos.

2. Interpretación

Las donaciones inoficiosas, según el artículo comentado, son aquellas que exceden el valor de la parte disponible del patrimonio del donante. Para comprender el alcance de esta definición debe señalarse que el donante es libre de disponer de sus bienes en la forma que mejor considere con los límites que el orden público establece según sea el caso. Por lo tanto, no está en discusión la facultad de disponer del donante, sino los efectos de esta disposición, cuando de ella se desprende que —a partir de esa donación— el donante se ha extralimitado en la parte disponible, computada dentro del marco del derecho sucesorio, que la ley lo habilita para asignar libremente, sin violentar el derecho a la porción legítima que tienen los herederos legitimarios.

Por ello, debe resaltarse que la donación inoficiosa alcanza, en realidad, ese carácter al momento del fallecimiento del donante; ya que es entonces cuando se computa la masa hereditaria, entre las que se cuentan las donaciones hechas por el causante. Asimismo,

para el cómputo del valor de esa masa se considerará el instante de su fallecimiento, y no el momento en el que la donación se perfeccionó. Y, de ese modo, se verificará el carácter inoficioso señalado, si lo hubiera.

Estas aclaraciones sirven para concluir que la donación, cuando es reputada inoficiosa, no implica que queda sujeta a ninguna causal de ineficacia, producto de una nulidad; sino que, por el contrario, es un contrato válido y perfecto que —en todo caso— podrá ser objeto de su reducción (art. 2453 CCyC y ss.) por los herederos legitimarios que la reclamen, al verificarse los extremos que la norma indica respecto de la porción legítima de los herederos del donante (art. 2444 CCyC y ss.).

SECCIÓN 4ª
Reversión y revocación

ARTÍCULO 1566.- ***Pacto de reversión.*** *En la donación se puede convenir la reversión de las cosas donadas, sujetando el contrato a la condición resolutoria de que el donatario, o el donatario, su cónyuge y sus descendientes, o el donatario sin hijos, fallezcan antes que el donante.*

Esta cláusula debe ser expresa y sólo puede estipularse en favor del donante. Si se la incluye en favor de él y de sus herederos o de terceros, sólo vale respecto de aquél.

Si la reversión se ha pactado para el caso de muerte del donatario sin hijos, la existencia de éstos en el momento del deceso de su padre extingue el derecho del donante, que no renace aunque éste les sobreviva.

1. Introducción

La reversión configura un caso de donación sujeta a condición resolutoria. Esta última consiste en que el fallecimiento del donatario, o de este y sus herederos, o del que no tuviera hijos, ocurra antes de la muerte del donante. En términos generales, se mantiene el espíritu de los arts. 1841 a 1844 CC inclusive, y se sigue fielmente el tratamiento elaborado para la reversión y la revocación en el Proyecto de 1993 (PEN) y el Proyecto de 1998.

Además, debe apuntarse que el Código Civil y Comercial regula en una única sección, la revocación y la reversión. El punto de unión de ambos conceptos se encuentra en que son modos de ineficacia funcional del contrato, con efecto retroactivo. Sin embargo, se distinguen del resto de los caracteres —más allá de las diferentes causales que las habilitan— en que, mientras la revocación es operativa a instancia de la parte interesada, la reversión opera *ipso iure*.

2. Interpretación

2.1. La muerte como elemento integrativo de la condición

El pacto de reversión incorpora al contrato una condición resolutoria en que la muerte se integra como uno de sus elementos. Sin embargo, a diferencia de lo expresado en el comentario al art. 1546 CCyC, no puede entendérsela como el hecho que determina el cumplimiento de plazo incierto sino, según lo anticipado, como una condición propiamente dicha, ya que la sola muerte del donante o del donatario no bastan para que opere el efecto resolutorio; sino que es requisito de la condición que una ocurra primero que la otra. Esto último hace que se imponga la incertidumbre propia de toda condición.

2.2. Sujetos y hechos relacionados a la condición resolutoria

Ya se señaló a la muerte como elemento integrativo de la condición. Ahora bien, para que la condición señalada en este caso opere, la muerte se relaciona en dos planos. Por un lado, se considera el momento de la muerte del donante. Y por otro, la muerte del donatario, o de este y su cónyuge y descendientes, o del mismo cuando no tiene hijos. Así, el acaecimiento de la muerte de los señalados, según la extensión de la cláusula que se acuerde, antes que la del donante importará el acaecimiento del hecho previsto como detonante de la condición.

Las personas cuyo fallecimiento contempla la norma a los fines de establecer si se verifica la condición resolutoria a favor del donante son:

a. Donatario: en tal caso, si él fallece antes que el donante, la reversión opera por cumplimiento de la condición, y la propiedad de la cosa donada se resuelve, retroactivamente, a favor del donante. Obviamente, si el donante falleciera antes que el donatario, se consolidaría el título a favor del donatario, ya que —en ese caso— la condición quedaría extinta.

b. Donatario, su cónyuge y sus descendientes: la condición resolutoria puede operar por la muerte del "*donatario, su cónyuge y sus descendientes*" antes que la del donante. En este sentido se ha mejorado el texto del artículo, comparado con la disposición del Código Civil, ya que —mientras este último refería imprecisamente al término "*herederos*"—, la nueva norma con buen criterio, refiere a "*su cónyuge y sus descendientes*". Así delimita el concepto al que apunta sin dudas el espíritu de la norma y evita la indefinición que importaba la expresión "*herederos*" y, por consiguiente, su extensión.

c. Donatario sin hijos: puede imponerse como condición el fallecimiento del donatario sin hijos. La particularidad de este supuesto lo expresa el párr. 3 del artículo que dispone que, si el donatario —con posterioridad a la donación— llegase a tener descendencia, el pacto de reversión queda automáticamente sin efecto. La solución es tan categórica que la norma aclara que la cláusula no revivirá ni aun en el supuesto de que el hijo del donatario falleciera. La contundencia de esta disposición encuentra su justificación en la protección del interés del donatario, quien al momento de aceptar la donación con reversión lo hizo considerando que no tenía hijos, por lo que si a su fallecimiento los hubiera tenido, la cláusula se extingue de pleno derecho.

d. El párr. 2 del artículo regula, en esencia, lo dispuesto en los arts. 1842 y 1843 CC; exigiendo que, para que la cláusula de reversión sea eficaz, debe ser expresa y estipularse solamente a favor del donante. El carácter expreso se funda en la imposibilidad de invocar ese efecto resolutorio por vía indiciaria o por presunciones. De modo que, si no se pacta por escrito, no podrá invocarse su existencia. Además, la limitación del efecto, exclusivamente a favor del donante, se funda en que —de habilitarse la incorporación a la condición de los descendientes o cónyuge del donante— se configuraría, una sustitución fideicomisaria, prohibida ya en el art. 3723 CC y confirmada en el art. 2491 CCyC.

Para evitar interpretaciones parciales de la prohibición, el párrafo incluye directamente a los "*terceros*" dentro de los supuestos de limitación del beneficio.

ARTÍCULO 1567.- ***Efectos.*** *Cumplida la condición prevista para la reversión, el donante puede exigir la restitución de las cosas transferidas conforme a las reglas del dominio revocable.*

1. Introducción

Cuando la condición se cumple surgen, de pleno derecho, dos efectos esenciales: el derecho del donante, a que se le restituya la cosa donada, y respecto del dominio, su revocabilidad. Esta norma confirma el carácter de pleno derecho de la condición, ya que el derecho que se le reconoce al donante es el de la restitución, presumiéndose entonces que el dominio ha revertido, ya *ipso iure,* a favor de aquel, por efecto de la revocabilidad que se le reconoce al dominio así generado.

2. Interpretación

2.1. Derecho de restitución del donante

Operada la condición, el donante adquiere automáticamente el derecho a que le sea restituido el dominio de la cosa. Esta restitución se puede cumplir voluntariamente por los herederos del donatario, ya que este, por lógica, habrá fallecido. Si así no fuera, podrá demandar la restitución. A su vez, debe aclararse que el reclamo lo hará en su calidad de dueño de la cosa donada, ya que el carácter resolutorio de la condición, tendrá efecto retroactivo sobre la transmisión y su título. En consecuencia, tanto si se trata de una restitución voluntaria, como de la generada a partir de la acción judicial correspondiente, no será necesario un nuevo acto transmisivo del dominio.

2.2. Aplicación de las normas sobre dominio revocable

Relacionado con lo anterior, se designa como un efecto de la reversión operada, que se aplicarán las normas relativas al dominio revocable (art. 1964 CCyC y ss.). En este aspecto, se ha corregido el término confuso que contenía el art. 1847 CC, que imprecisamente señalaba en tal caso la "*invalidez*" del acto. Es posible que esa imprecisión terminológica proviniera del efecto retroactivo que comparten la nulidad y la condición resolutoria. No obstante, la nulidad es considerada una vicisitud con origen en su ineficacia genética. En cambio, la condición resolutoria requiere necesariamente de un acto válido en su formación, por lo que su ineficacia es funcional, y en el caso, como ya se señaló, retroactiva.

Además, debería entenderse que, por remisión a las normas del dominio revocable, la cláusula de reversión quedaría limitada en su vigencia al plazo máximo de diez años de pactada, luego de lo cual, el dominio se tornaría perfecto e irrevocable.

ARTÍCULO 1568.- ***Renuncia.*** *La conformidad del donante para la enajenación de las cosas donadas importa la renuncia del derecho de reversión. Pero la conformidad para que se los grave con derechos reales sólo beneficia a los titulares de estos derechos.*

1. Introducción

La norma establece dos reglas interpretativas ante dos situaciones diferentes. Establece que la conformidad que el donante dé para la enajenación de la cosa donada debe ser interpretada, inexorablemente, como su renuncia al derecho de reversión del cual es beneficiario. No obstante, no otorga la misma extensión de presunción para el caso en el

que aquel conformara que la cosa donada se grave con derechos reales, en cuyo caso, esa aceptación quedará limitada a la inoponibilidad de la reversión para con los beneficiarios de esos derechos.

2. Interpretación

El artículo comentado establece un juego de presunciones *iure et de iure*. La primera de ellas, sobre la conformidad en la enajenación por parte del donante, tornará a la cláusula de reversión por completo ineficaz, irremediablemente. Por "*enajenación*" debe entenderse la disposición patrimonial del bien, de modo tal que deje de formar parte del patrimonio del donatario. El mismo tipo de presunción se aplicará para el caso de conformidad en la constitución de gravámenes sobre derechos reales en relación con la cosa donada, con los efectos descriptos en el párrafo introductorio.

La conformidad del donante no debe equipararse ni confundirse con el consentimiento para la celebración del contrato por el que se dispone o se grava el inmueble donado. Este consentimiento solo se reserva a las partes como autores del acto, y el donante no lo es. La conformidad a que se refiere el artículo se sustenta en que su ausencia implicaría la inoponibilidad de la transmisión o del gravamen ante el donante. En ese supuesto, esa ausencia habilitaría al donante a invocar la cláusula, si la condición operara sin importar que el bien se encontrara en propiedad de un nuevo adquirente o que se gravara con un derecho real a favor de terceros. Es, en esencia, una aplicación de la oponibilidad de esta cláusula que torna revocable al dominio (art. 1969 CCyC).

ARTÍCULO 1569.- ***Revocación.*** *La donación aceptada sólo puede ser revocada por inejecución de los cargos, por ingratitud del donatario, y, en caso de habérselo estipulado expresamente, por supernacencia de hijos del donante.*

Si la donación es onerosa, el donante debe reembolsar el valor de los cargos satisfechos o de los servicios prestados por el donatario.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial incorpora una regla general en materia de revocación, por la cual habilita la revocación de donaciones y enumera, en términos taxativos, las causas que habilitan la extinción de la donación. En ese marco de regulación, dispone tres causales: inejecución de cargos, ingratitud del donatario y supernacencia de hijos.

Así, debe señalarse también, en cuanto a la técnica legislativa utilizada y a la estructura del Código Civil y Comercial, que se incorporan reglas similares a los arts. 1849, 1852, 1853 y 1854 CC, y que están incorporadas a la regulación sobre donaciones con cargo, anteriormente comentadas.

2. Interpretación

2.1. Enumeración taxativa de los supuestos de revocación

La norma consagra el carácter taxativo de las causas que habilitan la revocación de la donación. El texto incorpora ese carácter, no solo por su inclusión en un artículo en cuanto a su enunciación, sino por la expresión contundente que utiliza como proposición previa al referir que la donación "*solo puede ser revocada*".

Sin embargo, las causales no son materia de regulación específica en ese texto, ellas se reservan para los artículos siguientes, distinguiendo entre la revocación que se produce por incumplimiento de cargo (art. 1570 CCyC) y las que se revocan por ingratitud (art. 1571 CCyC).

2.2. El caso de la supernacencia de hijos

No obstante lo antedicho, el artículo menciona entre las causas de revocación a la supernacencia de hijos, que luego no tiene otro artículo que se dedique a su tratamiento. Es el supuesto en el que el donante celebra la donación, sujeta al caso de que pueda revocarla, si —posteriormente— tuviera hijos. Por ello, los requisitos y efectos de esta variante son los que surgen del artículo analizado. Así podemos distinguir que, para que sea operativa la causa de revocación, la supernacencia debe pactarse expresamente, ya que —de lo contrario— no operará como motivo suficiente que habilite a revocar la donación.

Además, la ubicación de la supernacencia en este artículo, define el efecto de su consecuencia, es decir, la revocación. El tema no es menor ya que la redacción del art. 1868 CC, tenía una redacción más imprecisa, que dio lugar a dos interpretaciones diferentes. Una según la cual, verificada la supernacencia, se habilitaba al donante para que invoque la revocación, y otra por la cual esa circunstancia sugería un efecto resolutorio de pleno derecho, por entenderla como una condición. Con la clara incorporación de esta causal como una más de revocación, esa discusión en la órbita interpretativa de este Código, queda zanjada.

2.3. Los efectos particulares a partir de la onerosidad de la donación

Finalmente, el párr. 2 de este artículo regula la obligación del donante de reembolsar el valor de los cargos satisfechos o de los servicios prestados por el donatario, según se trate de un caso de onerosidad por el cargo impuesto o por el carácter remuneratorio de la donación. La solución resulta justa, ya que intenta recomponer la situación patrimonial de las partes, al momento previo a contratar, por aplicación del efecto retroactivo de la revocación.

ARTÍCULO 1570.- ***Incumplimiento de los cargos.*** *La donación puede ser revocada por incumplimiento de los cargos.*

La revocación no perjudica a los terceros en cuyo beneficio se establecen los cargos.

Los terceros a quienes el donatario transmite bienes gravados con cargos sólo deben restituirlos al donante, al revocarse la donación, si son de mala fe; pero pueden impedir los efectos de la revocación ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario si las prestaciones que constituyen los cargos no deben ser ejecutadas precisa y personalmente por aquél. El donatario que enajena los bienes donados, o imposibilita su devolución por su culpa, debe resarcir al donante el valor de las cosas donadas al tiempo de promoverse la acción de revocación, con sus intereses.

1. Introducción

El incumplimiento del cargo como causa de la revocación de la donación constituye uno de los temas más arduos en la crónica jurisprudencial argentina. Esto se debe a la relación patrimonial del cargo con la prestación esencial de la donación, el alcance e interpretación

del cargo, su operatividad, y los efectos que provoca su incumplimiento. Es más, la jurisprudencia ha arribado cronológicamente a diferentes conclusiones sobre todos aquellos aspectos. Por eso, esta temática ha sido una de las principales preocupaciones del legislador al regular esta especie de revocaciones.

En ese mismo orden de ideas, el Código Civil y Comercial estableció una regulación más simple, en su organización y más homogénea, en su tratamiento. Basta, para ello, comparar este artículo con las reglas dispuestas en el Código Civil para la regulación de las mismas situaciones (arts. 1850, 1851, 1855, 1856 y 1857 CC).

Por último, este artículo y sus disposiciones deben interpretarse conjuntamente con lo dispuesto en los arts. 1562 y 1563 CCyC, que regulan especialmente las donaciones con cargo.

2. Interpretación

La norma consagra una serie de disposiciones, algunas de ellas coherentes o ensambladas con otras proposiciones dispuestas en el mismo capítulo. Ellas son:

1. "*La donación puede ser revocada por incumplimiento de los cargos*". Esta afirmación es una reiteración de lo dispuesto como una causal de revocación en el art. 1569 CCyC.

2. "*La revocación no perjudica a los terceros en cuyo beneficio se establecen los cargos*". También aquí la norma es coherente con lo dispuesto en el art. 1562, párr. 3, CCyC, a cuyos argumentos remite este comentario en honor a la brevedad. Es decir, la consagración del derecho adquirido por el beneficiario, que ante el incumplimiento del cargo que habilita la revocación por el donante no puede significar la pérdida del derecho del beneficiario —que ya ha adquirido el derecho— incorporándose en su patrimonio como tal (art. 965 CCyC).

3. Oponibilidad a terceros. En relación con los terceros adquirentes de bienes que fueron donados anteriormente con cargo pendiente de cumplimiento, este solo será oponible si el tercero es de mala fe. Sí así ocurre, el tercero debe restituir la cosa donada al donante como efecto de esa oponibilidad. En esta regulación no hay ninguna distinción entre cosas muebles e inmuebles. Se presume la buena fe del adquirente, si la donación con cargo fue sobre cosa mueble (art. 1856 CC), y por el contrario, rige la presunción de mala fe en el supuesto de inmuebles, siempre y cuando el cargo surgiera del instrumento en el que consta el título adquisitivo (art. 1855 CC).

   Esta nueva regulación persigue una simplificación en la aplicación práctica, que evite complicaciones interpretativas; ya que, por un lado, la inoponibilidad al tercero adquirente de cosas muebles se mantiene, salvo prueba de su mala fe y; por otro lado, cuando se trata de donación de inmuebles, el tercero adquirente difícilmente podría alegar buena fe, si el cargo constara en el título antecedente que tuvo a la vista.

4. Cumplimiento del cargo por el tercero adquirente. Como una forma de conservar los efectos de los negocios celebrados sin violentar el derecho del donante para revocar la donación por incumplimiento del cargo impuesto; cuando el efecto de la revocación conlleve la obligación para el tercero adquirente de restituir la cosa

donada, el artículo comentado reconoce a este último la facultad de ejecutar personalmente el cargo pendiente e impedir así la restitución pretendida.

Esta regla no podrá aplicarse cuando el cargo deba ser cumplido de modo personal por el donatario, en función de su naturaleza. A falta de acuerdo sobre esta circunstancia, la cuestión se definirá por vía judicial.

5. Enajenación o imposibilidad culposa que impide la restitución. Finalmente, la norma incorpora como una solución alternativa para el caso de que el donatario hubiera enajenado los bienes donados o imposibilitado su devolución culposamente. Para ello, se habilita la facultad de resarcir ese incumplimiento mediante la obligación para el donatario de indemnizar al donante, entregando el valor de las cosas donadas, valuadas al momento de promoverse la revocación, más sus intereses. La disposición es coherente con el apartado anterior, y con lo dispuesto en el art. 1563 CCyC, comentado previamente, y tiene como finalidad garantizar al donante todas las vías legales posibles para cumplir con los efectos patrimoniales de la revocación.

ARTÍCULO 1571.- ***Ingratitud.*** *Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos:*

a. *si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes o descendientes;*
b. *si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor;*
c. *si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio;*
d. *si rehúsa alimentos al donante.*

En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

1. Introducción

Esta norma tiene su antecedente, aun con diferencias importantes, en lo dispuesto en los arts. 1858 y 1859 CC. El Código Civil y Comercial incorpora el inc. c, que ya había sido incluido en el Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1998 en su inc. c, art. 1449, a partir de cuyo texto se incorporó la ampliación de los sujetos alcanzados por la injuria y el atentado a la vida, señalados en los incs. a y b.

2. Interpretación

2.1. La revocación por ingratitud y su entidad jurídica

La revocación por ingratitud representa la vía legal por la cual el donante queda habilitado para dejar sin efecto la donación, ante la configuración de causales expresamente determinadas pero que tienen, como denominador común, el reproche a la conducta disvaliosa del donatario —que es considerada, en esos supuestos, como contraria al deber de gratitud que este le debe al donante, por la liberalidad cumplida—.

En el plano de los efectos, tiene efecto retroactivo, como ya se adelantó al comentar la revocación en general (art. 1569 CCyC). No obstante, por su condición de ser imprevisible frente a terceros, resulta inoponible a estos.

2.2. El atentado contra la vida del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes y descendientes

A diferencia de lo que prescribía el art. 1858 CC, la norma incluye al cónyuge o conviviente, sus ascendientes y descendientes. Esta ampliación en los sujetos es coherente con el tratamiento que el Código da a la regulación jurídica de la familia y recoge, además, la interpretación que, en el mismo sentido, venía realizando la doctrina y la jurisprudencia.

A su vez, esta ampliación sobre los afectados, por los que queda habilitada la revocación por esta causa, se amplía también, a los supuestos de los incs. b y c de este artículo.

2.3. Injuria grave o afectación al honor

Se clasifica la conducta del donatario en dos subespecies: la injuria grave y la afectación al honor. El inciso persigue así, un encuadre complementario para ambos supuestos. En doctrina el debate sobre ambos conceptos ha sido extenso en cuanto a su alcance y connotación, a veces, con consecuencias excluyentes. Por eso, la inclusión de ambas expresiones en el caso permite entender el tipo de reproche que habilita la revocación desde dos ángulos complementarios: la injuria grave en sí misma, por un lado, y, por el otro, la afectación al honor. Así se agiliza y facilita el encuadre de la conducta del donatario a la causa de ingratitud y se sortean los obstáculos que generaban las ambigüedades en la interpretación de ambas expresiones, sobre todo cuando alguna de ellas llevara a evitar los efectos de la revocación.

Además, la revocación será viable cuando el donatario dirija este tipo de conducta tanto contra el donante como contra su cónyuge o conviviente, ascendientes o descendientes.

2.4. Privación injusta de bienes que integra su patrimonio

Esta causal no aparecía expresamente incorporada en la enumeración del art. 1858 CC y solo se encontraba regulada en el art. 1860 CC como una regla de interpretación o ampliación de lo prescripto en el art. 1858, inc. 2, CC.

Con un mejor orden de método, el Código Civil y Comercial tuvo en cuenta esta circunstancia, así como la vasta interpretación doctrinaria y judicial, e incorporó la causal con carácter autónomo. En este caso, también la revocación alcanza a los supuestos en que la privación atenta, no solo contra el donante, sino contra los bienes de las personas mencionadas en el inc. a.

2.5. Negativa a prestar alimentos

La causal, a diferencia de las anteriores analizadas, se configura a partir de una omisión, y no de un acto positivo. Ella es la consecuencia del incumplimiento de la obligación que legalmente se impone al donatario a favor del donante exclusivamente (art. 1559 CC).

2.6. Relación de condena penal y configuración de la causal de revocación

La norma consagra como regla que no es necesaria la existencia de condena penal para que se tenga por configurada la causal alegada. Por ello, solo se requerirá que se configure y se acredite la imputación civil al donatario, en base a los extremos señalados en este artículo. A diferencia de lo que se disponía en el Código Civil, que solo relacionaba esta pauta con el caso de atentado contra la vida, la disposición actual lo incorpora como regla general para todas las causales de ingratitud.

ARTÍCULO 1572.- ***Negación de alimentos.*** *La revocación de la donación por negación de la prestación de alimentos sólo puede tener lugar cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia.*

1. Introducción

La norma limita el marco de exigibilidad de la obligación alimentaria, al disponer que la revocación sea viable ante la negativa del donatario, en un cuadro fáctico en el que además, el donante no puede obtener la prestación de las personas obligadas por las relaciones de familia.

2. Interpretación

La obligación alimentaria, regulada en el art. 1559 CCyC, complementa —en alguna medida— su regulación con este artículo. Puede concluirse, en cierta medida, que reiteran el núcleo de la proposición normativa en cuanto al carácter obligacional que adquiere por vía legal y a la revocación que se reconoce como acción ante su incumplimiento.

El carácter complementario mutuo que tienen ambos artículos está dado por la distinción, en este caso, que agrega que la revocación no operará cuando el donante pueda obtener la asistencia alimentaria de parte de los sujetos miembros de la familia que tuvieran esa obligación legal. Esto se complementa con el extremo dispuesto en el art. 1559 CCyC, sobre el carácter de la obligación, que solo es exigible además, cuando el donante no tuviera otros medios de subsistencia.

ARTÍCULO 1573.- ***Legitimación activa.*** *La revocación de la donación por ingratitud sólo puede ser demandada por el donante contra el donatario, y no por los herederos de aquél ni contra los herederos de éste. Fallecido el donante que promueve la demanda, la acción puede ser continuada por sus herederos; y fallecido el demandado, puede también ser continuada contra sus herederos.*

1. Introducción

La disposición contenida en este artículo se relaciona con su antecedente regulado en los arts. 1864 y 1865 CC, aunque —a diferencia de lo que prescribía el texto normativo anterior— ahora se limita la legitimación activa exclusivamente al donante.

Además, la parte final del artículo corrige la naturaleza del plazo articulado para el ejercicio de la acción de revocación, ya que el Código Civil trataba el supuesto como una especie de prescripción, en el art. 4034 CC y, en el artículo comentado, se endereza su concepto hacia la caducidad, como plazo extintivo del derecho.

2. Interpretación

2.1. La legitimación

La revocación por ingratitud solamente puede intentarse por el donante contra el donatario. La regla es tan precisa que no admite excepción alguna que permita entender que puede ser iniciada o reclamada por los herederos del donante o contra los herederos del donatario.

Sin embargo, el artículo aclara, aun cuando no resulte contradictorio de la premisa antes referida, que la única posibilidad en la que los herederos de una u otra parte pudieran quedar inmersos en el reclamo por revocación, será cuando el donante falleciera luego de haber iniciado la demanda, y esta —lógicamente— continuara en cabeza de los herederos o, en sentido inverso, cuando el donatario demandado falleciera una vez entablada la demanda, cuya defensa deberá ser conducida entonces, por sus herederos.

La justificación a esta legitimación se encuentra en el carácter personalísimo del reproche que habilita el pedido de revocación. Es decir, nadie más que el donante podrá interpretar y sentir la aflicción provocada por la conducta del donatario. Y además, nadie más que el donatario podría ser inicialmente reprochado de esa conducta, con el consabido derecho a defenderse de la imputación en la que se fundamenta el reclamo. Por ello, la posterior incorporación de los herederos queda sujeta a que efectivamente la acción se hubiera iniciado, garantizando así el derecho del donante y del donatario a manifestarse sobre la cuestión debatida.

2.2. El perdón

El párr. 2 del artículo incorpora la figura del perdón como circunstancia que extingue la acción del donante por su propia voluntad. El perdón consiste en la manifestación del donante que exime al donatario de la responsabilidad por su conducta reprochable y encuadrable en alguna de las causales de ingratitud.

Para que el donante perdone, con los efectos que la norma reconoce a ese acto, será necesario que él llegue a conocer la conducta imputable al donatario.

En consecuencia, el efecto del perdón del donante será el que corresponde a la renuncia en el ejercicio de la acción basada en el derecho que le correspondía. De allí que, perdonado el donatario, la acción no renace, así como tampoco el derecho que oportunamente pueda haberse invocado, en el caso particular.

Sin embargo debe aclararse que, el derecho que el donante no podrá invocar es el correspondiente a la acción basada en la conducta que, específica y puntualmente, ha perdonado, por lo que se mantiene en cuanto a la posibilidad de poder accionar si el donatario incurriera en una nueva conducta como causal de revocación. Es decir, el perdón alcanza a la conducta puntual a la que va dirigida, pero no extingue la obligación del donatario de obrar de modo que su accionar no sea considerado como causal de ingratitud.

2.3. La caducidad

Puede ocurrir que, conocida la conducta que origina la posibilidad para el donante de revocar la donación por ingratitud, este se mantenga pasivo, sin ejercer el derecho que la ley le reconoce, ni accionar en consecuencia. Si ese lapso de tiempo computado —desde que el donante supo de la conducta ingrata del donatario— se extiende hasta alcanzar el año, el derecho de aquel a revocar la donación por esa causa, se extingue. Es el efecto del plazo anual de caducidad que la última parte del artículo dispone.

Como antes se señaló, el Código Civil regulaba de modo similar este efecto en el art. 4034 CC, como un supuesto especial de prescripción, con el mismo plazo anual aquí dispuesto. Por lo tanto, debe concluirse que la regulación que incorpora este Código, como una situación de "*caducidad*", es mucho más acertada, considerando los caracteres y efectos de este modo de extinción de los derechos (art. 2566 CCyC y ss.).

CAPÍTULO 23(*)
Fianza

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1574.- *Concepto.* *Hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento.*

Si la deuda afianzada es de entregar cosa cierta, de hacer que sólo puede ser cumplida personalmente por el deudor, o de no hacer, el fiador sólo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inejecución.

1. Introducción

Cuando se celebra un contrato una de las partes puede asegurar el cumplimiento de las obligaciones de la otra mediante el otorgamiento de una garantía.

Las garantías pueden ser reales o personales. En las reales se afecta una cosa al cumplimiento de la obligación; en las personales se afecta todo el patrimonio del fiador. El contrato de fianza es una garantía personal.

El contrato de fianza constituye un instrumento simple y eficaz para el desenvolvimiento del tráfico negocial, siendo que puede insertarse en el contrato como una cláusula más del mismo, al contrario de las garantías reales que suponen la rigidez de la forma, la publicidad y la onerosidad para su constitución.

2. Interpretación

El contrato de fianza constituye una garantía personal, por el cual el fiador se obliga a satisfacer la obligación contraída por el deudor, en el caso de que este no lo hiciera en el tiempo y modo convenidos con el acreedor.

La gran diferencia entre la garantía personal que ofrece la fianza con las garantías reales, es que en este caso el fiador responde con todo su patrimonio, siendo que en las garantías reales solamente queda afectado a la garantía un solo bien registrable.

Es cierto que en la garantía real el acreedor conoce de antemano el valor de esa garantía y por ese motivo la acepta, siendo que en la fianza el acreedor desconoce el valor del patrimonio del fiador, pudiendo, por caso, ser el mismo inferior al valor de la deuda afianzada.

Este contrato tiene la función económica de facilitar el crédito, pues el acreedor puede prever la eventual insolvencia del deudor mediante la fianza.

La fianza es un contrato accesorio que, como tal, sufre las vicisitudes del contrato principal al cual está subordinado. Por esto, el contrato de fianza se celebra entre el acreedor y el fiador, no es parte del contrato de fianza el deudor del contrato principal.

En el segundo párrafo del artículo comentado, el legislador prevé el caso del incumplimiento, por parte del deudor, de entregar una cosa cierta, que bien puede haberse perdido; de una obligación *intuito personae*, la cual sería imposible de ser satisfecha por el

.....

(*) Comentarios a los arts. 1574 a 1608 elaborados por Graciela Lombardi.

fiador; de una obligación de no realizar una determinada conducta. En este caso la fianza alcanza solamente los daños y perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento del deudor, estableciéndose una excepción al principio de identidad entre la obligación asumida en el contrato principal y la obligación garantizada por la fianza, según se desprende del primer párrafo del artículo comentado.

ARTÍCULO 1575.- ***Extensión de las obligaciones del fiador.*** *La prestación a cargo del fiador debe ser equivalente a la del deudor principal, o menor que ella, y no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa.*

La inobservancia de la regla precedente no invalida la fianza, pero autoriza su reducción a los límites de la obligación principal.

El fiador puede constituir garantías en seguridad de su fianza.

1. Introducción

El art. 1575 CCyC contiene en el primer párrafo tres límites a las obligaciones del fiador: su equivalencia a las del deudor principal, el caso de fianza menor a la obligación del deudor principal y la prohibición de sujetar la fianza a estipulaciones más onerosas. Luego determina la sanción a la inobservancia de la regla precedente y por último, otorga al fiador la posibilidad de constituir garantías en seguridad de su fianza. El texto adopta el espíritu del art. 1995 CC.

2. Interpretación

Tal como se comentara en el artículo anterior, la fianza es un contrato accesorio y subordinado al contrato principal que le da origen.

En virtud de esa accesoriedad, el fiador solamente se obliga a satisfacer la prestación debida por el deudor o a una menor que ella, pues —en el caso de que la obligación del fiador fuese más onerosa que la del deudor principal—, estaría desnaturalizada la fianza, convirtiéndose en una obligación principal. Es un límite cuantitativo del carácter accesorio del contrato de fianza.

El artículo en comentario, alude a la posibilidad de que el fiador se obligue, mediante una fianza parcial, a garantizar solamente una parte de la obligación asumida por el deudor en el contrato principal. Así el fiador se obliga por menos, y en caso de incumplimiento queda obligado hasta el monto afianzado o al porcentaje de deuda asumida según sea el caso.

Apoyado en el principio de conservación de los actos jurídicos, el legislador dispone que en el caso de inobservancia del límite dispuesto para la fianza, esta no quedara inválida, sino reducida a la prestación asumida por el deudor principal.

El art. 1575 CCyC también considera la posibilidad de que el fiador constituya, a su vez, garantías en cumplimiento de su obligación de afianzar al deudor principal. Estas garantías pueden ser reales (hipotecas o prendas de bienes propios del fiador) o personales accesorias a la obligación del fiador, otorgadas por terceros (subfianza).

En el caso de las garantías reales, el fiador otorga un privilegio al acreedor del deudor afianzado respecto de cualquier otro acreedor propio. Hay que considerar que el fiador ya respondía con el bien otorgado como garantía real porque el mismo forma parte de

su patrimonio. Tampoco hay que perder de vista que el fiador responde solamente por el monto de la obligación asumida por el deudor en el contrato principal.

ARTÍCULO 1576.- ***Incapacidad del deudor.*** ***El fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor.***

1. Introducción

El texto del art. 1576 CCyC alude a la capacidad del deudor en el contrato principal y mantiene la regla establecida en el art. 1994 CC última parte.

2. Interpretación

En el caso de que el fiador quisiera oponer al acreedor la incapacidad del deudor al momento de celebrar el contrato principal, la norma en estudio se lo veda explícitamente.

En primer lugar, el fiador no es parte en el contrato celebrado entre el acreedor y el deudor afianzado, por lo que el contrato de fianza es válido pues se celebró entre el acreedor y el fiador, ambos con capacidad para la celebración.

Además, la ley le otorga solamente al incapaz la facultad de pedir la nulidad del contrato, el fiador no tiene legitimación para solicitarla.

Observamos entonces, que el contrato de fianza es un contrato accesorio a otro contrato principal, pero que sigue las vicisitudes de ese contrato principal; para que el contrato de fianza sea declarado nulo es necesario declarar la nulidad del contrato principal en primer término.

La nulidad del contrato principal por causa de incapacidad para la celebración únicamente la puede solicitar la parte incapaz y ninguna otra.

ARTÍCULO 1577.- ***Obligaciones que pueden ser afianzadas.*** ***Puede ser afianzada toda obligación actual o futura, incluso la de otro fiador.***

1. Introducción

La fianza es indiferente a los elementos de la obligación principal: sujetos, monto, causa, forma, por lo que el art. 1577 CCyC dispone un amplio campo de obligaciones que pueden ser afianzadas.

2. Interpretación

Pueden ser afianzadas todas las obligaciones válidas y aun las obligaciones que tienen causa en un hecho ilícito que ya ha sucedido, por el cual se responde con una suma debida, en concepto de indemnización por el daño causado.

En cuanto a las obligaciones futuras, remito a la interpretación del artículo siguiente.

ARTÍCULO 1578.- ***Fianza general.*** ***Es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas; en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador. Esta fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de los cinco años de otorgada.***

La fianza indeterminada en el tiempo puede ser retractada, caso en el cual no se aplica a las obligaciones contraídas por el afianzado después que la retractación sea notificada al acreedor.

1. Introducción

Esta norma no estaba prevista en el CC, pero la jurisprudencia la había delineado en la interpretación de que la fianza de todas las obligaciones que el afianzado contraiga con un acreedor no viola la regla del art. 1989 CC de ese plexo normativo, ya que la universalidad de la obligación satisface la determinación del objeto.

2. Interpretación

La fianza general es aquella por la que se garantiza una pluralidad de créditos, existentes o futuros, usualmente se la utiliza para el afianzamiento de obligaciones futuras que el deudor pueda contraer, como puede ser el afianzamiento del saldo deudor en una cuenta corriente bancaria.

Los reparos doctrinarios a la interpretación jurisprudencial del art. 1989 CC han sido zanjados con la redacción del actual art. 1578 CCyC.

En primer lugar, el objeto de la obligación contraída por el deudor afianzado está perfectamente determinado por la obligación de precisar el monto máximo al cual se obliga el fiador, este monto comprende no solamente el capital, sino que además comprende los intereses y todos los gastos que puedan irrogarse por el cobro del crédito.

Asimismo, el artículo prevé el plazo máximo para este contrato de fianza general, que es de cinco años, es decir que el fiador no está obligado a responder por las obligaciones futuras que hubieran nacido con posterioridad

También se prevé la retractación del fiador para el caso de obligaciones indeterminadas en el tiempo, cumpliendo el requisito de la notificación, consideramos que esa notificación deberá hacerse tanto al acreedor como al deudor afianzado.

ARTÍCULO 1579.- ***Forma.*** *La fianza debe convenirse por escrito.*

1. Introducción

Este artículo establece la forma escrita para el contrato de fianza sin determinar si esta forma prescripta es a los efectos de la validez del contrato o para su prueba.

2. Interpretación

El art. 1579 CCyC no prevé ninguna sanción para la inobservancia de la forma prescripta en él, por lo que consideramos que la forma establecida lo es solamente para la prueba del contrato. Ya el art. 2006 CC determinaba que la forma escrita era imprescindible para probarla cuando la fianza era negada en juicio.

Hay que tener presente que el art. 727 CCyC indica que la existencia de una obligación no se presume y su existencia y extensión son de interpretación restrictiva por lo que la obligación del fiador debería estar siempre plasmada por escrito para no dejar dudas acerca de su existencia.

En el mismo orden de ideas, y concordando con el art. 969 CCyC, tenemos que "*los contratos para los cuales la ley exige una forma requerida para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha*".

ARTÍCULO 1580.- ***Extensión de la fianza.*** ***Excepto pacto en contrario, la fianza comprende los accesorios de la obligación principal y los gastos que razonablemente demande su cobro, incluidas las costas judiciales.***

1. Introducción

La norma prevé la posibilidad de pactar en contrario a ella. Es decir, que el fiador puede, si así lo pacta, garantizar solamente la obligación principal excluyendo de la garantía los accesorios y los gastos que demande su cobro.

2. Interpretación

Si la obligación afianzada es de dar dinero, los accesorios de la obligación son los intereses moratorios en caso de mora del deudor según lo prescripto por el art. 768 CCyC.

El art. 1580 CCyC aclara definitivamente que los gastos en los que incurre el acreedor para el cobro de su crédito también integran la fianza, excepto pacto en contrario. Por lo que el afianzamiento de dichos gastos se presume *iuris et de iure*. El tema en cuestión había suscitado numerosos pronunciamientos judiciales con dispar solución.

Esta norma concuerda con el art. 1575 CCyC en el que se estable que el alcance de la obligación del fiador debe ser equivalente a la del deudor. Entonces, si el deudor tiene la obligación de pagar el capital con intereses moratorios en caso de mora, más punitorios y compensatorios en el caso de haber sido previstos en el contrato principal, es lógico que el fiador también esté obligado a esas prestaciones en caso de no haber estipulado lo contrario.

Respecto al afianzamiento de los gastos que razonablemente demande su cobro, incluidas las costas judiciales, interpretamos que estos gastos son accesorios de la obligación principal, pues el acreedor no está obligado a recibir pago parcial y la integridad de su crédito queda completa con el cobro de esos gastos.

En cuanto a la "razonabilidad" de los gastos demandados para obtener el cobro creemos que respecto a las costas judiciales no hay controversia posible, pues están aprobadas en la liquidación aprobada por el juez, quien también regula los honorarios de los profesionales intervinientes. En el caso de los gastos extrajudiciales, estos comprenderán las cartas documentos para intimar al pago, los gastos de mediación, como así también los honorarios de los profesionales intervinientes en este proceso.

ARTÍCULO 1581.- ***Cartas de recomendación o patrocinio.*** ***Las cartas denominadas de recomendación, patrocinio o de otra manera, por las que se asegure la solvencia, probidad u otro hecho relativo a quien procura créditos o una contratación, no obligan a su otorgante, excepto que hayan sido dadas de mala fe o con negligencia, supuesto en que debe indemnizar los daños sufridos por aquel que da crédito o contrata confiando en tales manifestaciones.***

1. Introducción

Las cartas de recomendación o patrocinio estaban contempladas en el CC en los arts. 2008 al 2010.

2. Interpretación

En realidad, y tal como lo prevé la norma, las cartas de recomendación o patrocinio no constituyen un contrato de fianza, así quién recomienda o patrocina no asume obligación alguna respecto de los acreedores de su recomendado.

En general, estas cartas manifiestan la probidad, experticia en su arte o profesión o solvencia del recomendado, como así también la probidad y buena fe de quien recomienda o patrocina. Quedan fuera del ámbito de las garantías porque no se asegura un resultado.

En el caso de ser emitidas con negligencia o mala fe, el emisor debe responder por los daños causados por esa negligencia o mala fe, es decir, por la ilicitud de su conducta. Observamos que, cuando el daño no tenga un nexo causal adecuado con la recomendación, el emisor no puede razonablemente ser responsable.

ARTÍCULO 1582.- ***Compromiso de mantener una determinada situación.*** ***El compromiso de mantener o generar una determinada situación de hecho o de derecho no es considerado fianza, pero su incumplimiento genera responsabilidad del obligado.***

1. Introducción

Tal como en el artículo anterior, este es otro caso de compromiso que no constituye fianza, pero el incumplimiento de aquél genera responsabilidad por el daño causado.

2. Interpretación

Es usual en los contratos de locación de inmuebles urbanos, que el fiador se obligue a mantener en su patrimonio el bien afectado a la garantía de las obligaciones del locatario.

Es de público y notorio conocimiento la necesidad de gran cantidad de personas de recurrir al alquiler como modo de acceso a una vivienda, y por otra parte la escasez de oferta de arrendamientos en proporción a la demanda existente en ciudades cosmopolitas, como Buenos Aires. También es sabido que los contratos de locación, en su mayoría redactados por inmobiliarias, solicitan requisitos exagerados para acceder al alquiler de una vivienda digna. Uno de estos requisitos supone la obligación de traer al contrato, por lo menos dos garantes propietarios.

A raíz de esto, se ha extendido la práctica de "vender garantías", es decir, un propietario se ofrece como fiador en un contrato de locación por un precio en dinero. Lo hace una, dos, tres o más veces en diferentes contratos, luego de un tiempo, vende el inmueble que ofreció en garantía y que era el único bien registrado a su nombre, compra otro y recomienza su "negocio", dejando a los locadores sin ningún bien a ejecutar en caso de incumplimiento del locatario.

Esta norma, que no estaba prevista en el CC, es el clásico caso de la ley que regula y sanciona situaciones de hecho no contempladas, por ser conductas sociales nuevas. Y

sanciona al fiador que se obligó a mantener en su patrimonio el bien afectado a la garantía de las obligaciones del locatario por su incumplimiento.

SECCIÓN 2ª

Efectos entre el fiador y el acreedor

ARTÍCULO 1583.- ***Beneficio de excusión.*** *El acreedor sólo puede dirigirse contra el fiador una vez que haya excutido los bienes del deudor. Si los bienes excutidos sólo alcanzan para un pago parcial, el acreedor sólo puede demandar al fiador por el saldo.*

1. Introducción

El contrato de fianza es una obligación accesoria de un contrato principal. También es una obligación subsidiaria al contrato principal, y esta subsidiariedad se pone de manifiesto en el beneficio de excusión, que supone que el fiador debe cumplir su obligación solamente en el caso de que el deudor afianzado no cumpla la suya, o lo haga defectuosamente.

2. Interpretación

El contrato de fianza puede ser celebrado con distintas modalidades. El beneficio de excusión se aplica a la llamada fianza simple y supone que en caso de incumplimiento del deudor principal, el acreedor, en primer lugar, debe ejecutar los bienes de su deudor antes de atacar los del fiador.

Mayoritariamente la jurisprudencia ha entendido que el fiador no está obligado a informar la existencia de bienes del deudor susceptibles de excusión y que el acreedor deberá probar que ha seguido los procedimientos judiciales para ejecutar y vender los bienes del deudor principal, o demuestre que carece de ellos.

El beneficio de excusión importa una excepción a la regla contenida en el art. 869 CCyC respecto a la integridad del pago. En este caso la norma obliga al acreedor a aceptar un pago parcial cuando los bienes del deudor no alcancen para satisfacer la obligación principal, y solo entonces, el acreedor está autorizado a atacar los bienes del fiador, por el saldo remanente.

ARTÍCULO 1584.- ***Excepciones al beneficio de excusión.*** *El fiador no puede invocar el beneficio de excusión si:*

a. *el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra;*
b. *el deudor principal no puede ser demandado judicialmente en el territorio nacional o carece de bienes en la República;*
c. *la fianza es judicial;*
d. *el fiador ha renunciado al beneficio.*

1. Introducción

El art. 1584 CCyC se refiere a los casos en los cuales el fiador no puede invocar el beneficio de excusión. No se trata del fiador solidario ni principal pagador. Las excepciones aquí contempladas son menos que las anteriormente enumeradas en el art. 2013 CC.

2. Interpretación

En el inc. a, tenemos que la excusión se torna impracticable, pues tanto en el supuesto de quiebra como en el de concurso preventivo, los bienes del deudor no pueden ejecutarse individualmente, así que sería impensable someter al acreedor al proceso de verificación del crédito para que se haga efectiva aquella. Por eso, la ley lo faculta en estos supuestos a ejecutar directamente los bienes del fiador, pudiendo este verificar su crédito en el concurso o quiebra del deudor.

El inc. b alude a dos hipótesis: la primera es el caso de que el deudor tenga que ser demandado en un tribunal extranjero, es decir que la competencia para radicar la demanda esté fuera de los límites de la República. La segunda supone que el deudor no tiene bienes en el país; empero hay que tener en cuenta que aquel puede tener cuantiosos bienes en el exterior, cuestión que razonablemente podrá ser ponderada en caso de que el fiador oponga el beneficio de excusión, compatibilizándolo con el derecho de cobro del acreedor.

El inc. c es un supuesto que resguarda el crédito del acreedor, dado que es una caución que supone la exigibilidad de la obligación contraída por el fiador.

El último inciso del artículo es una consecuencia de la autonomía de la voluntad. El beneficio de excusión puede ser renunciado por el fiador: en este caso, la fianza se torna solidaria y el acreedor ya no está compelido a ejecutar en primer término los bienes del deudor y puede ir directamente contra los del fiador.

ARTÍCULO 1585.- ***Beneficio de excusión en caso de coobligados.*** *El fiador de un codeudor solidario puede exigir la excusión de los bienes de los demás codeudores.*

El que afianza a un fiador goza del beneficio de excusión respecto de éste y del deudor principal.

1. Introducción

La norma tiene un sentido eminentemente práctico para evitar el dispendio jurisdiccional. Los obligados a satisfacer al acreedor son los codeudores y solo en el caso de incumplimiento de ellos se hará efectiva la fianza. Si solamente uno de los codeudores afianzó, a su vez, su obligación, es razonable que al fiador se le extienda el beneficio de excusión contra todos los codeudores.

2. Interpretación

En el caso de que el fiador solamente pudiera excutir los bienes de su afianzado y estos bienes no fueran suficientes para satisfacer el crédito, el fiador que pagara la deuda podría subrogarse en los derechos del acreedor y así ejecutar los bienes de los otros codeudores en una nueva demanda. La norma comentada hace innecesario este procedimiento, y así, al extender el beneficio, evita las eventuales acciones de repetición que el fiador tendría contra los codeudores no garantizados.

ARTÍCULO 1586.- ***Subsistencia del plazo.*** *No puede ser exigido el pago al fiador antes del vencimiento del plazo otorgado al deudor principal, aun cuando éste se haya presentado en concurso preventivo o haya sido declarada su quiebra, excepto pacto en contrario.*

1. Introducción

El contrato de fianza, como ya dijimos, es un contrato accesorio a un contrato principal, las partes son el acreedor y el fiador, el deudor principal es ajeno a este contrato, por lo que no deben confundirse las vicisitudes y circunstancias por las que puedan atravesar el contrato principal con el contrato accesorio de fianza.

2. Interpretación

Sabemos que, tanto el concurso preventivo, como la quiebra tienen como consecuencia la caducidad de los plazos para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor fallido.

En tanto, el contrato de fianza solo cobrará virtualidad cuando el deudor no cumpla su obligación en el plazo pactado, es decir, que el plazo es el mismo tanto para el deudor como para el fiador.

Pero, si bien en el caso del concurso preventivo o la quiebra, al deudor le caducan los plazos de sus obligaciones, no puede ocurrir de igual modo para el fiador solvente que dará satisfacción a su obligación en el plazo pactado. No puede proyectarse la sanción del deudor fallido al fiador solvente.

ARTÍCULO 1587.- ***Defensas.*** *El fiador puede oponer todas las excepciones y defensas propias y las que correspondan al deudor principal, aun cuando éste las haya renunciado.*

1. Introducción

La facultad de oponer todas las excepciones y defensas propias y las que correspondan al deudor principal es otra de las consecuencias directas del carácter accesorio del contrato de fianza.

2. Interpretación

Las excepciones que puede invocar el fiador son las que resultan del contrato de fianza, como la invalidez del mismo contrato de fianza.

También puede el fiador oponer las excepciones que emergen de la obligación afianzada, tales como la validez del negocio jurídico principal o la extensión del mismo.

En cuanto a las excepciones que correspondan al deudor principal y que pueden también ser opuestas por el fiador, tenemos presente que este último no puede oponer excepciones personales inherentes al deudor, tales como la incapacidad. Pero los vicios de la voluntad del deudor que afectan al acto jurídico principal, son excepciones que pueden ser opuestas por el fiador.

Las defensas que emergen de la obligación afianzada como las personales del deudor son ejercidas por el fiador a nombre propio. Así, la renuncia de derechos efectuada por el deudor con posterioridad a la celebración de la fianza es inoponible al fiador. Esta consecuencia tiene por finalidad evitar que la obligación del fiador se agrave por la conducta del deudor.

ARTÍCULO 1588.- ***Efectos de la sentencia.*** *No es oponible al fiador la sentencia relativa a la validez o exigibilidad de la deuda principal dictada en juicio al que no haya sido oportunamente citado a intervenir.*

1. Introducción

La norma en estudio tiene su principal fundamento en la garantía constitucional del debido proceso y defensa en juicio.

2. Interpretación

En el caso de que el acreedor dirigiera su reclamo solamente contra el deudor afianzado, el fiador tiene el derecho de intervenir en el juicio, en ese caso se lo tendrá como litisconsorte y, por lo tanto, la sentencia dictada en ese pleito lo beneficia o perjudica al igual que al deudor principal.

Si no ejerce su derecho a la defensa, el art. 1588 CCyC prevé que la sentencia no le será oponible y entonces, podrá oponer todas las defensas a que lo faculta el artículo anterior, porque esa sentencia no tendrá autoridad de cosa juzgada respecto de él, con el fundamento de la garantía constitucional de defensa en juicio.

Podemos agregar, que en el caso del rechazo de la demanda contra el deudor, esta sentencia aprovecha al fiador, por la naturaleza accesoria de la fianza, por la cual si se extingue la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria.

ARTÍCULO 1589.- ***Beneficio de división.*** *Si hay más de un fiador, cada uno responde por la cuota a que se ha obligado. Si nada se ha estipulado, responden por partes iguales. El beneficio de división es renunciable.*

Remisiones: ver comentario al art. 825 CCyC.

1. Introducción

El art. 1589 CCyC se apoya en la regla de las obligaciones divisibles a las cuales remito.

El beneficio de división es la expresión práctica de las obligaciones mancomunadas, remito a la interpretación del art. 825 CCyC.

2. Interpretación

En el caso de existir dos o más fiadores de una misma deuda que no se hayan obligado solidariamente al pago, el acreedor no puede exigir a ninguno de ellos más que la cuota que le corresponda.

En la fianza simple, el beneficio de división opera directamente sin necesidad de que los fiadores deban invocarlo. Pero una vez renunciado por alguno de ellos, no se aplicará al fiador renunciante, pero sí a los otros fiadores. En el caso de que todos los fiadores hayan renunciado al beneficio, este no aplica a ninguno de ellos.

Cada fiador responde por partes iguales de la deuda, pero nada obsta a que se vean obligados a responder por distintas porciones o cuotas, si así constara en el contrato de fianza.

ARTÍCULO 1590.- ***Fianza solidaria.*** *La responsabilidad del fiador es solidaria con la del deudor cuando así se convenga expresamente o cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión.*

Remisiones: ver comentario al art. 827 CCyC y ss.

1. Introducción

La única diferencia entre la fianza simple y la solidaria, es que —en esta última— no se aplican los beneficios de excusión ni de división.

2. Interpretación

Las mismas reglas del contrato de fianza son aplicables tanto a la fianza simple como a la solidaria.

No puede confundirse este contrato con la obligación solidaria, ya que el vínculo entre el acreedor y el fiador solidario no deja de estar sujeto a los principios de accesoriedad, por el cual la extinción de la obligación principal extingue la fianza; y subsidiariedad, el que consiste, en este caso, en que el acreedor deberá interpelar al deudor principal antes de atacar al fiador, lo que no ocurre en el caso de la obligación solidaria (ver interpretación del art. 827 CCyC y ss).

Para que concurra la solidaridad entre deudor y fiador, debe ser pactada en el contrato, o el caso de que el fiador haya renunciado al beneficio de excusión. Sin embargo, la fianza simple se convierte automáticamente en solidaria, si el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarado su quiebra o si la fianza es judicial.

La consecuencia de la solidaridad en el contrato de fianza es que el acreedor puede reclamar directamente al fiador el pago de la deuda.

ARTÍCULO 1591.- ***Principal pagador.*** *Quien se obliga como principal pagador, aunque sea con la denominación de fiador, es considerado deudor solidario y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias.*

1. Introducción

Si el fiador se ha obligado como principal pagador asume la deuda como propia y su obligación deja ya de ser accesoria.

2. Interpretación

La diferencia entre fiador solidario y principal pagador, es que el primero está sujeto a la regulación del contrato de fianza solidaria. En el caso de principal pagador, la relación jurídica entre el acreedor y el fiador es idéntica a la que el acreedor tiene con el deudor principal, es decir el principal pagador es codeudor solidario, no reviste el carácter de fiador aunque ese haya sido su propósito al contratar.

El principal pagador no tiene el derecho de embargar los bienes del deudor según lo prescripto por el art. 1594 CCyC, pues no reviste el carácter de fiador.

SECCIÓN 3ª

Efectos entre el deudor y el fiador

ARTÍCULO 1592.- ***Subrogación.*** *El fiador que cumple con su prestación queda subrogado en los derechos del acreedor y puede exigir el reembolso de lo que ha pagado, con sus intereses desde el día del pago y los daños que haya sufrido como consecuencia de la fianza.*

Remisión: ver art. 1593 CCyC.

1. Introducción

La subrogación del fiador que ha pagado la deuda, en los derechos del acreedor satisfecho, se produce automáticamente por el solo hecho del pago.

2. Interpretación

La subrogación legal del fiador en los derechos del acreedor es una acción directa del fiador para obtener el reembolso de lo pagado y es procedente no solamente en el caso de pago, sino también, en los casos de novación o compensación.

El reclamo del fiador hacia el deudor puede interponerse desde el día del efectivo pago al acreedor. Pero si el fiador paga sin poner en conocimiento al deudor y este también paga al acreedor, el fiador solamente puede reclamar al acreedor por haber cobrado dos veces (ver art. 1593 CCyC).

Para el caso de cofiadores, cada uno de ellos puede subrogarse en los derechos del acreedor en la medida de lo que cada uno haya pagado.

En el caso de los intereses, estos pueden devengarse a favor del acreedor desde la mora e integran el monto pagado por el fiador. Además hay intereses devengados a favor del fiador desde el momento en que este ha cumplido su obligación.

El fiador, además de obtener el reembolso del monto pagado al acreedor en virtud del contrato de fianza, puede pretender el resarcimiento de todos los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del pago de la deuda, siempre que los daños invocados guarden el nexo de causalidad adecuado.

Los daños sufridos como consecuencia del pago tienen un carácter independiente de la fianza. Esos daños han sido sufridos por el fiador, no por el acreedor.

ARTÍCULO 1593.- ***Aviso. Defensas.*** *El fiador debe dar aviso al deudor principal del pago que ha hecho.*

El deudor puede oponer al fiador que paga sin su consentimiento todas las defensas que tenía contra el acreedor; y si el deudor ha pagado al acreedor antes de tener conocimiento del pago hecho por el fiador, éste sólo puede repetir contra el acreedor.

1. Introducción

La norma faculta al deudor a oponer al fiador todas las defensas que tenía contra el acreedor, si aquél paga sin su consentimiento, procurando evitar que el deudor tenga un perjuicio derivado del pago inconsulto realizado por el fiador.

Si bien es cierto que el fiador no necesita el consentimiento del deudor para cumplir con la obligación de garantía asumida en el contrato de fianza, la norma le impone un deber secundario de conducta —similar al contenido en los arts. 1137 y 1141, inc. b, CCyC— que dimana del principio de buena fe (arts. 9° y 961 CCyC).

En realidad, el fiador no necesita el consentimiento del deudor para cumplir con la obligación de garantía asumida en el contrato de fianza.

2. Interpretación

El primer párrafo del art. 1593 CCyC dispone que el fiador debe dar aviso al deudor principal del pago que ha hecho. Esta disposición es necesaria para evitar el doble pago de una misma obligación, con el consiguiente reclamo al acreedor que cobró dos veces. Se evita de este modo el dispendio jurisdiccional y el enriquecimiento sin causa. En tal caso, el fiador puede reclamar al acreedor si no dio aviso previo al deudor que también pagó la deuda. Si el deudor paga después de haber sido anoticiado del pago efectuado por el fiador, este tiene derecho a reclamar a aquél la devolución de lo abonado.

En el segundo párrafo se establece una sanción al fiador que cumple con su obligación sin el consentimiento del deudor afianzado. En tal caso, este puede oponerle todas las defensas que tenía contra el acreedor, ya que por su obrar negligente, el fiador es pasible de la sanción legal en la medida que la falta de aviso le haya generado un perjuicio al deudor.

ARTÍCULO 1594.- ***Derechos del fiador.*** *El fiador tiene derecho a obtener el embargo de los bienes del deudor u otras garantías suficientes si:*

a. *le es demandado judicialmente el pago;*
b. *vencida la obligación, el deudor no la cumple;*
c. *el deudor se ha obligado a liberarlo en un tiempo determinado y no lo hace;*
d. *han transcurrido cinco años desde el otorgamiento de la fianza, excepto que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso;*
e. *el deudor asume riesgos distintos a los propios del giro de sus negocios, disipa sus bienes o los da en seguridad de otras operaciones;*
f. *el deudor pretende ausentarse del país sin dejar bienes suficientes para el pago de la deuda afianzada.*

1. Introducción

El embargo es una medida cautelar propia del derecho procesal y está dirigida a asegurar que los derechos reclamados no se tornen ilusorios. El art.1594 CCyC enumera los casos en los que el requisito de verosimilitud del derecho, indispensable para el otorgamiento de esta cautelar, se cumple acabadamente.

2. Interpretación

En los dos primeros supuestos del art. 1594 se da el caso del incumplimiento del deudor. El inc. c alude a una relación jurídica entre el fiador y el deudor, que es independiente del cumplimiento de la obligación del deudor con el acreedor en el plazo establecido en el contrato principal.

El siguiente inc. d hace referencia al plazo legal otorgado en el art. 1578 CCyC en el contrato de fianza general, establecido a favor del fiador.

El inc. e se refiere al caso de que el deudor principal agrave el riesgo asumido por el fiador, menguando su patrimonio o asumiendo riesgos que lo pondrían en peligro de mengua o extinción.

El inc. f menciona el supuesto de que el deudor realice una maniobra para eludir el pago de su deuda, tal como sería el ausentarse del país sin dejar bienes suficientes para el pago de la deuda afianzada.

En todos los supuestos enumerados anteriormente, el procedente la medida cautelar que faculta al fiador a solicitar el embargo de los bienes del deudor, a modo de poner a resguardo su derecho a repetir el pago contra el deudor y que ese derecho no se torne ilusorio.

SECCIÓN 4ª
Efectos entre los cofiadores

ARTÍCULO 1595.- ***Subrogación.*** *El cofiador que cumple la obligación accesoria en exceso de la parte que le corresponde, queda subrogado en los derechos del acreedor contra los otros cofiadores.*

Si uno de ellos resulta insolvente, la pérdida es soportada por todos los cofiadores, incluso el que realiza el pago.

1. Introducción

El art. 1595 CCyC no hace distinción alguna entre fianza simple y fianza solidaria al tratar los efectos de la fianza entre los cofiadores.

2. Interpretación

En el contrato de fianza solidaria, todos los cofiadores asumen la garantía por el total de la deuda, en este caso es que opera la subrogación de los derechos del acreedor contra los otros cofiadores. Y si alguno de ellos resultara insolvente, la pérdida será soportada por todos los cofiadores solventes, inclusive el que pagó.

Distinto es el caso de la fianza simple, en la que los cofiadores asumen la garantía de manera mancomunada, por lo que cada uno responde por la parte o cuota a la que se ha obligado. Por lo que si todos pagaron la parte de la obligación que asumieron, el cofiador que pagó más que la parte que le correspondía, lo habría hecho pagando además la parte de un cofiador que incumplió, y en este caso, no puede ir contra ninguno de los demás cofiadores que cumplieron la obligación que asumieron.

SECCIÓN 5ª
Extinción de la fianza

ARTÍCULO 1596.- ***Causales de extinción.*** *La fianza se extingue por las siguientes causales especiales:*

a. *si por hecho del acreedor no puede hacerse efectiva la subrogación del fiador en las garantías reales o privilegios que accedían al crédito al tiempo de la constitución de la fianza;*

b. *si se prorroga el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, sin consentimiento del fiador;*

c. *si transcurren cinco años desde el otorgamiento de la fianza general en garantía de obligaciones futuras y éstas no han nacido;*

d. *si el acreedor no inicia acción judicial contra el deudor dentro de los sesenta días de requerido por el fiador o deja perimir la instancia.*

1. Introducción

El art. 1596 CCyC se ocupa de regular las causales especiales de extinción del contrato de fianza.

Se da por sentado la extinción directa que se produce, por alguno de los modos de liberación establecidos para las obligaciones en general. En todos estos casos el fiador queda liberado.

En la renuncia o remisión hecha por el acreedor al fiador, el fiador queda liberado quedando intacta la obligación del deudor principal, igual que con la imposibilidad de pago por el fiador y con la confusión entre las personas del fiador y deudor.

La fianza también se extingue por vía de consecuencia, es decir que extinguida la obligación principal por cualquiera de los medios legales —pago, compensación, transacción, confusión, renuncia o remisión de deuda, imposibilidad de pago, resolución o rescisión del contrato, etc.— queda también extinguida la fianza, puesto que, siendo una obligación accesoria, sigue la suerte de la principal.

2. Interpretación

El primer supuesto (inc. a) de las causales especiales de extinción de la fianza se refiere a la negligencia del acreedor en la preservación de las garantías y privilegios que accedían al crédito al momento de la constitución de la fianza. Se da por supuesto que el fiador tuvo en mira esas garantías y privilegios para afianzar al deudor, ya que en caso de que la fianza se efectivizara, el fiador podría recuperar lo pagado subrogándose en los derechos del acreedor. La norma sanciona al acreedor negligente o de mala fe, extinguiendo la fianza.

En el inc. b se contempla la hipótesis en la que el acreedor y el deudor prorroguen el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, sin poner en conocimiento al fiador, por lo que este no puede dar su consentimiento, y sigue en la creencia de que el afianzamiento tiene el plazo convenido inicialmente.

El inc. c remite al plazo máximo para la fianza general, acotando en el tiempo la responsabilidad del fiador.

Por último, el inc. d sanciona al acreedor que fuera intimado por el fiador a iniciar la acción de cobro contra el deudor, y no lo hiciera en el plazo de sesenta días a partir de la interpelación. El retardo del acreedor en iniciar el reclamo con el consiguiente peligro de que el deudor se insolvente perjudica al fiador, por lo que la ley lo sanciona extinguiendo la fianza.

ARTÍCULO 1597.- ***Novación.*** *La fianza se extingue por la novación de la obligación principal aunque el acreedor haga reserva de conservar sus derechos contra el fiador.*

La fianza no se extingue por la novación producida por el acuerdo preventivo homologado del deudor, aun cuando no se haya hecho reserva de las acciones o derechos contra el fiador.

1. Introducción

La novación es uno de los modos de extinción de las obligaciones según prescribe el art. 940 CCyC.

2. Interpretación

La novación es un modo de extinción de las obligaciones principales con sus accesorios, siendo irrelevante que el acreedor haga reserva de conservar sus derechos contra el fiador. La novación de la obligación principal se produce por un acuerdo entre el acreedor y el deudor, quienes manifiestan su voluntad de extinguir la obligación afianzada para hacer nacer un vínculo obligacional nuevo.

La norma prevé una solución distinta para el contrato de fianza, siendo este contrato una garantía personal, que para otras garantías reales que pudieran otorgarse para asegurar un crédito; en estas últimas, el acreedor puede hacer reserva de sus derechos.

En el segundo párrafo del art. 1597 CCyC se contempla el caso de una novación concursal de base legal, es decir, que el efecto novatorio proviene del artículo 55 de la ley 24.522 que establece: "*En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios*".

Por lo expuesto, no hay contradicción alguna entre el primero y el segundo párrafo del artículo interpretado, pues como ya hemos visto, la novación en el primer párrafo es una decisión voluntaria, en cambio la novación concursal es impuesta por ley.

ARTÍCULO 1598.- ***Evicción.*** ***La evicción de lo que el acreedor ha recibido en pago del deudor, no hace renacer la fianza.***

1. Introducción

El art. 1598 CCyC es un complemento del anterior y se refiere al caso de la novación producida por la entrega de bienes en pago al acreedor.

2. Interpretación

La norma indica una causa de extinción de la fianza por vía de consecuencia. Es el caso de la aceptación del acreedor de recibir bienes en pago de su crédito. En este caso la extinción es definitiva y la fianza no puede renacer en el supuesto de evicción de los bienes recibidos.

CAPÍTULO 24
Contrato oneroso de renta vitalicia

ARTÍCULO 1599.- ***Concepto.*** ***Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato.***

1. Introducción

Desde el punto de vista económico y social, el contrato oneroso de renta vitalicia es un contrato de previsión. Este ha perdido importancia en los últimos años ante la utilización cada vez mayor de las diversas modalidades de contratos de seguro que se ofrecen en el mercado con la misma finalidad.

2. Interpretación

La nota más destacada de este contrato es su carácter aleatorio, esto es, que las partes no conocen, al momento de contratar, los beneficios o las pérdidas que deberán soportar. El álea es la duración de la vida de la o las personas humanas ya existentes, designadas en el contrato.

La persona que entrega el capital u otra prestación mensurable en dinero se denomina "constituyente", mientras que la parte que se obliga a pagar una renta periódica es el deudor de la renta; el beneficiario, acreedor de la renta, coincide generalmente con la persona del constituyente, pero bien puede ser otra persona. Finalmente, a la persona cuya vida se toma en cuenta para definir el plazo del contrato se la llama "cabeza de renta".

El constituyente tiene la obligación de entregar el capital; en el caso de que no fuera dinero, sino una cosa, debe la garantía por evicción y vicios redhibitorios.

ARTÍCULO 1600.- ***Reglas subsidiarias.*** *Si el contrato es a favor de tercero, respecto de éste se rige en subsidio por las reglas de la donación, excepto que la prestación se haya convenido en razón de otro negocio oneroso.*

1. Introducción

El art. 1600 CCyC establece las reglas subsidiarias que se aplicarán al contrato de renta vitalicia, en concordancia con los arts. 1562 y 2510 CCyC.

2. Interpretación

Si la renta se constituye a favor de un tercero, se aplicarán las reglas de la donación en el caso de que el capital entregado lo haya sido a título gratuito, pero si en cambio lo ha sido por un acto jurídico oneroso, las reglas aplicables serán las del contrato oneroso de renta vitalicia.

ARTÍCULO 1601.- ***Forma.*** *El contrato oneroso de renta vitalicia debe celebrarse en escritura pública.*

1. Introducción

El art. 1601 CCyC se complementa y concuerda con el art. 969 CCyC, el art. 1018 CCyC para la renta onerosa y con el art. 1552 CCyC en el caso de renta vitalicia gratuita.

2. Interpretación

La forma impuesta por la ley para el contrato oneroso de renta vitalicia no acarrea sanción fulminante en caso de incumplimiento.

La escritura pública es requerida para la celebración del contrato de renta vitalicia gratuita como solemnidad absoluta. Concuerda con el art. 1600 CCyC que establece que se

aplicarán las reglas de la donación en caso de que la entrega del capital se realice a título gratuito.

Así el art. 1552 CCyC habla de la forma de las donaciones, sean estas de cosas inmuebles, cosas muebles registrables o donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias, deberán hacerse bajo la forma de escritura pública bajo pena de nulidad. Es una solemnidad absoluta.

Diferente solución se debe aplicar en el caso del contrato oneroso de renta vitalicia. Esto es así porque la norma en comentario no contiene sanción de nulidad, razón por la que estamos frente al caso previsto en el art. 1018 CCyC en el que se consagra la conversión del negocio jurídico que no fuera otorgado con el instrumento previsto.

ARTÍCULO 1602.- ***Renta. Periodicidad del pago.*** *La renta debe pagarse en dinero. Si se prevé esta prestación en otros bienes que no son dinero, debe pagarse por su equivalente en dinero al momento de cada pago.*

El contrato debe establecer la periodicidad con que se pague la renta y el valor de cada cuota. Si no se establece el valor de las cuotas, se considera que son de igual valor entre sí.

La renta se devenga por período vencido; sin embargo, se debe la parte proporcional por el tiempo transcurrido desde el último vencimiento hasta el fallecimiento de la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato.

1. Introducción

El art. 1602 CCyC contiene dos conceptos vinculados. En el primer párrafo determina la materialidad de la renta, en el segundo establece la periodicidad del pago.

2. Interpretación

La primera parte del artículo establece la obligación de pagar la renta en dinero, pero en el caso de que las partes acuerden otro tipo de prestación, esta deberá pagarse en su equivalente en dinero al momento de cada pago.

La norma otorga libertad a las partes para pactar la periodicidad con que se pague la renta.

La periodicidad del pago de la renta nos pone frente a un contrato de tracto sucesivo en el cual cada una de las cuotas tiene previsto un plazo suspensivo expreso, determinado y cierto, por lo que la mora se produce respecto de cada una de ellas en forma automática al vencimiento.

La norma aclara en su párrafo tercero que la renta se paga por período vencido, por lo que se debe la parte proporcional de la cuota al tiempo transcurrido desde el último vencimiento hasta el fallecimiento del cabeza de renta.

ARTÍCULO 1603.- ***Pluralidad de beneficiarios.*** *La renta puede contratarse en beneficio de una o más personas existentes al momento de celebrarse el contrato, y en forma sucesiva o simultánea. Si se establece para que la perciban simultáneamente, a falta de previsión contractual, les corresponde por partes iguales sin derecho de acrecer.*

El derecho a la renta es transmisible por actos entre vivos y por causa de muerte.

1. Introducción

Cada una de las partes del contrato es susceptible de estar compuesta por una pluralidad de personas. Es posible que haya uno o más constituyentes, uno o más beneficiarios y uno o más cabeza de renta.

2. Interpretación

En el caso de la designación de varios beneficiarios, estos pueden serlo en forma sucesiva o simultánea. Si el contrato no tiene previsión sobre la forma, se entiende que lo son en forma simultánea.

Los beneficiarios simultáneos cobrarán la renta al mismo tiempo, y se dividirá entre ellos, por partes iguales, la renta periódica si no se acordó la diferenciación de cuotas. En el caso de los beneficiarios sucesivos, el segundo de ellos cobrará la renta cuando fallezca el primero, y así sucesivamente con los restantes beneficiarios.

La norma dispone que en el caso de ser instituido más de un beneficiario en forma simultánea, la renta será cobrada por partes iguales, sin derecho de acrecer, si el contrato no prevé lo contrario. Esto es, que a medida que fallecieren los beneficiarios, se va cancelando la parte de la renta correspondiente a cada uno de los fallecidos, por lo que el derecho de acrecer deberá estar expresamente pactado.

El último párrafo de la norma faculta a los beneficiarios a disponer del derecho a la renta, tanto por actos entre vivos (cesión), como así también *mortis causa*; es decir que el derecho a la renta integrará el acervo sucesorio del beneficiario fallecido.

ARTÍCULO 1604.- ***Acción del constituyente o sus herederos.*** *El que entrega el capital, o sus herederos, pueden demandar la resolución del contrato por falta de pago del deudor y la restitución del capital.*

En igual caso, si la renta es en beneficio de un tercero se aplica lo dispuesto en el artículo 1027.

1. Introducción

La solución del art. 1604 CCyC es un efecto de los contratos bilaterales, tal es el pacto comisorio. Concuerda con los arts. 1087, 1088 y 1089 CCyC.

2. Interpretación

En los contratos bilaterales la cláusula resolutoria está implícita. En el caso del contrato oneroso de renta vitalicia, el constituyente no debe emplazar al deudor de la renta, bajo apercibimiento expreso de resolución del contrato, a que cumpla en un plazo no menor a quince días, pues este artículo lo faculta para declarar unilateralmente la extinción del contrato, entonces la resolución se produce de pleno derecho.

En el caso de que se haya estipulado que la renta se debe pagar a un tercero beneficiario, el art. 1027 CCyC —que es al que remite la norma— establece que el que entregó el capital le confiere al beneficiario los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido, por lo que el mismo beneficiario tiene la facultad de demandar la resolución del contrato y la entrega del capital al constituyente.

ARTÍCULO 1605.- ***Acción del tercero beneficiario.*** *El tercero beneficiario se constituye en acreedor de la renta desde su aceptación y tiene acción directa contra el deudor para obtener su pago. Se aplica en subsidio lo dispuesto en el artículo 1028.*

1. Introducción

El art. 1605 CCyC complementa al artículo anterior y regula las relaciones entre el constituyente, el deudor de la renta y el tercero beneficiario.

2. Interpretación

Mientras el tercero beneficiario no acepte la estipulación a su favor, no está legitimado para reclamar al deudor de la renta el pago de la misma, tal como lo dispone el art. 1027 CCyC. Otra consecuencia derivada de la falta de aceptación es que el constituyente puede revocar la estipulación a favor del tercero beneficiario mientras este no declare su aceptación.

Una vez declarada la aceptación de la estipulación por el tercer beneficiario, este reviste la calidad de parte en el contrato oneroso de renta vitalicia. Entonces, el deudor de la renta podrá oponerle todas las defensas derivadas del contrato básico y las fundadas en otras relaciones con él, según autoriza el art. 1028 CCyC.

ARTÍCULO 1606.- ***Extinción de la renta.*** *El derecho a la renta se extingue por el fallecimiento de la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato, por cualquier causa que sea. Si son varias las personas, por el fallecimiento de la última; hasta que ello ocurre, la renta se devenga en su totalidad.*

Es nula la cláusula que autoriza a substituir dicha persona, o a incorporar otra al mismo efecto.

La prueba del fallecimiento corresponde al deudor de la renta.

1. Introducción

El contrato oneroso de renta vitalicia se extingue naturalmente cuando fallece el cabeza de renta, este es la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato.

2. Interpretación

El art. 1606 CCyC además, regula el supuesto en el que, para determinar la duración del contrato, se tomara en consideración la vida de más de una persona o cabeza de renta. En tal circunstancia, el derecho a la renta se extinguirá en el momento del fallecimiento del último de los designados como cabeza de renta. Hasta el momento del fallecimiento del último designado como cabeza de renta, la renta se devenga en su totalidad.

La ley prohíbe substituir el último designado cabeza de renta, como así también incorporar otra al mismo efecto.

La prueba del fallecimiento del último designado como cabeza de renta, supuesto por el que se extingue el contrato y se libera al deudor, debe ser probado por este último.

ARTÍCULO 1607.- ***Resolución por falta de garantía.*** *Si el deudor de la renta no otorga la garantía a la que se obliga, o si la dada disminuye, quien entrega el capital o sus herederos pueden demandar la resolución del contrato debiendo restituirse sólo el capital.*

1. Introducción

El deudor de la renta puede obligarse a dar garantías del cumplimiento de su obligación. Estas garantías pueden ser personales (fianza) o hipoteca (reales).

2. Interpretación

En el artículo bajo análisis, el deudor no está obligado a garantizar su obligación, pero se configura la obligación de garantizar el pago de la renta en tanto es "*la garantía a la que se obliga*".

Esta es una obligación nacida de un pacto expreso, es decir, una norma introducida por las partes en una cláusula del contrato. No es un elemento esencial del contrato. Para el perfeccionamiento del contrato oneroso de renta vitalicia no es necesario dar garantía por el pago de la renta.

En el caso de que el deudor no otorgara las garantías prometidas, o si las ha otorgado, estas disminuyen por cualquier causa, el constituyente o sus herederos pueden demandar la resolución del contrato y el deudor deberá restituir el capital.

ARTÍCULO 1608.- ***Resolución por enfermedad coetánea a la celebración.*** *Si la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato no es el deudor, y dentro de los treinta días de celebrado, fallece por propia mano o por una enfermedad que padecía al momento del contrato, éste se resuelve de pleno derecho y deben restituirse las prestaciones.*

1. Introducción

La norma bajo análisis resuelve de pleno derecho el contrato cuando la persona designada cabeza de renta fallece dentro de los treinta días de celebrado, ya sea "*por propia mano o por una enfermedad que padecía al momento*" de la celebración.

2. Interpretación

La sanción prevista en el art. 1608 CCyC está supeditada a la ocurrencia de tres requisitos para el caso de enfermedad: que la enfermedad exista al momento de la celebración, que la muerte se haya producido a consecuencia de esa enfermedad y que ocurra dentro de los treinta días siguientes a la celebración del contrato.

En el caso tanto de suicidio del cabeza de renta como de enfermedad que produce la muerte dentro de los treinta días siguientes a la celebración del contrato, la resolución opera de pleno derecho y las partes deben restituirse las prestaciones. Esto significa que el deudor de la renta debe restituir el capital y el o los beneficiarios deben restituir al promitente la o las cuotas de la renta pagada.

CAPÍTULO 25(*)

Contratos de juego y de apuesta

ARTÍCULO 1609.- ***Concepto.*** *Hay contrato de juego si dos o más partes compiten en una actividad de destreza física o intelectual, aunque sea sólo parcialmente, obligándose a pagar un bien mensurable en dinero a la que gane.*

1. Introducción

Este artículo tiene como fin la regulación de los contratos de juegos. El Código Civil ya regulaba este tipo de contratos, dentro de los contratos aleatorios, en 19 artículos. El Código Civil y Comercial reduce de manera eficaz la cantidad a cinco artículos, del art. 1609 al 1613 CCyC, incluyendo a los juegos, la apuesta y los sorteos.

Es muy importante continuar con la regulación de este tipo de situaciones debido al crecimiento y la complejidad que tienen este tipo de vínculos en la vida social y sus consecuencias jurídicas en los casos de deudas contraídas por motivo de ellas (del juego), teniendo en cuenta también, la posibilidad de aplicar el régimen de defensa del consumidor a estos casos.

2. Interpretación

2.1. Concepto de contrato de juego

En principio, vale decir que el juego en sí es una actividad lúdica, recreativa y competitiva en la cual existen reglas, sometida al riesgo que depende del azar y las partes se someten a un hecho incierto en el que la finalidad es la de ganar o perder. En otras palabras *"para que exista juego se requiere que el resultado dependa de un evento aleatorio, que puede ser de diversos grados: el sorteo, la habilidad física, la inteligencia"*.(84)

Desde esa óptica, y desde el punto de vista del derecho civil, la regulación del contrato de juego se origina a partir la producción de consecuencias jurídicas, como lo es la creación de la obligación de pagar a quien resulte ser el ganador. El fin es el compromiso de pago, que está totalmente vinculado a los resultados de la relación bilateral establecida desde el punto de vista del juego en cuanto a su resultado aleatorio o azaroso.

En ese sentido, se consideran tres aspectos fundamentales del juego según lo establecido en el artículo en cuestión: la competencia entre dos o mas partes, que esa competencia sea de destreza física o intelectual y por último, como ya se dijo, la obligación a pagar un bien mensurable en dinero a la parte ganadora.

2.2. Caracteres del contrato

Se puede decir que el contrato de juego presenta los siguientes caracteres: es consensual, bilateral, típico, nominado, oneroso, aleatorio, tiene finalidad recreativa, *intuito personae*, y no requiere de formalidad.

(*) Comentarios a los arts. 1609 a 1613 elaborados por Guillermina Colomer Iriarte.

(84) Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los Contratos*, t. III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 540.

Es oneroso porque el objeto de este contrato debe ser una transacción jurídica, si o si de contenido patrimonial, aunque su finalidad sea recreativa. Se ha sostenido y se sostiene, atento a la definición de la nueva norma, que no se admite que el contrato de juego pueda ser de carácter gratuito, ya que no se consideraría un contrato típico.

2.3. Las partes en el contrato

Se requiere como mínimo dos partes o más que participen en el juego, ya que no es excluyente la posibilidad de que sean más los que participen en una actividad de destreza, tanto física como intelectual. Sin embargo existe una divergencia doctrinaria en la que para un sector pueden intervenir más partes —sosteniendo su carácter de plurilateral— y para otro sector de la doctrina, no. Cabe la aclaración, que cuando se habla de plurilateral no se entiende al mismo como forma asociativa, sino en el sentido de pluralidad de partes intervinientes en el juego.

ARTÍCULO 1610.- ***Facultades del juez.*** *El juez puede reducir la deuda directamente originada en el juego si resulta extraordinaria respecto a la fortuna del deudor.*

1. Introducción

El artículo comentado, de igual sentido pero con una mejor y mas clara redacción que el art. 2056 CC, tiene una finalidad protectora. En ambos artículos se puede apreciar que se emplea el principio de equidad cuando permite a la facultad de los jueces, ante un reclamo judicial, la posibilidad de reducir las deudas originadas en el juego, cuando sean extraordinarias respecto a la fortuna del deudor.

2. Interpretación

2.1. Límite a las obligaciones por causa del juego

Esta norma delimita las obligaciones contraídas por el juego, resguardando los intereses del deudor, en este caso del perdedor, si el resultado de la deuda causada por el juego excede extraordinariamente su fortuna, en base a las reglas de equidad.

El art. 2060 CC establecía cuáles eran consideradas deudas por juego y cuáles no, cierta delimitación a la hora de reconocerlas. Disponía que no eran deudas de juego sino las que resultan directamente del contrato de juego o apuesta, y no las obligaciones que se hubiesen contraído, por ejemplo, para procurar los medios para jugar o apostar, ya que no tenían su causa en el contrato. Dicho artículo entendía que las deudas no reconocidas por el jugador solo daban origen a obligaciones naturales, las cuales se encuentran derogadas en el CCyC. Por lo tanto, para la norma comentada, quedarán como mero deber de moral las deudas no reconocidas.

2.2. Disminución judicial de la deuda

Es la facultad que la norma le concede al juez para morigerar las deudas por motivo de los juegos tutelados. El juez debe evaluar si la deuda es extraordinaria respecto de la fortuna del deudor y la naturaleza del juego tutelado, debiendo aplicar el principio de equidad.

Por ello es que, uno de los fundamentos de la aplicación del principio de equidad por parte de los jueces en las deudas es la de resguardar a las partes de posibles situaciones

de aprovechamiento de alguna de ellas, de conductas abusivas o de un posible fraude. Se entiende que el juego tiene una finalidad recreativa, aspiración a la destreza física o desarrollo intelectual, y lo que se evita es que —a través de estos contratos— se incremente el patrimonio del ganador.

ARTÍCULO 1611.- ***Juego y apuesta de puro azar.*** *No hay acción para exigir el cumplimiento de la prestación prometida en un juego de puro azar, esté o no prohibido por la autoridad local.*

Si no está prohibido, lo pagado es irrepetible. Sin embargo, es repetible el pago hecho por persona incapaz, o con capacidad restringida, o inhabilitada.

1. Introducción

El art. 2055 CC, en primer lugar, prohibía demandar en juicio el pago de deudas o de apuestas, y solo reconocía acción para las que provengan de los juegos de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas y otros juegos o apuestas semejantes.

En segundo lugar, regulaba de manera separada el contrato de juego y el contrato de apuesta, en el art. 2052 y en el art. 2053 CC respectivamente.

Por último, disponía el art. 2067 CC, en caso de que el hubiese perdido fuere incapaz de realizar el pago, autorizaba a sus representantes a reclamar lo pagado por aquel, no solo a aquellos que ganaron, sino también a aquellos en cuyas casas tuvo lugar el juego, siendo unos y otros considerados como deudores solidarios.

2. Interpretación

2.1. Concepto del contrato de apuesta y distinción con el de juego

El CC hacía una distinción entre el contrato de juego y el contrato de apuesta de puro azar. Definía al contrato de apuesta en su art. 2053 CC, en el que disponía que la apuesta sucedía cuando dos personas que son de una opinión contraria sobre cualquier materia, conviniesen que aquella cuya opinión resulte fundada, recibiría de la otra una suma de dinero, o cualquier otro objeto determinado.

En nuestro ordenamiento, lo determinante que se remarcaba entre ambos contratos es que, en el contrato de juego, ambas partes interactúan activamente, con intención de influir en el resultado y, por el contrario en el contrato de apuesta las partes asumen una actitud pasiva, solo manifiestan su voluntad a través de determinado acontecimiento y dejan el resultado en manos de la mera suerte.

El CCyC, por el contrario, no brinda una noción legal del contrato de apuesta como contrato autónomo y omite una regulación expresa del mismo.

Por lo tanto, el artículo comentado no dispone a qué reglas debe someterse el contrato de apuesta pero lo equipara con los juegos de puro azar, a los que hace referencia la norma comentada, a los cuales la norma priva de cualquier tipo de acción judicial para este tipo de juegos en los que dependen completamente de la aleatoriedad, es decir, de la suerte o puro azar.

2.2. Tipos de juegos

La doctrina ha diferenciado las clases de juego según el grado de protección que le provee el ordenamiento jurídico.

a. Juegos tutelados. Se trata de aquellos en los que el Estado autoriza expresamente y generan obligaciones, con la posibilidad de, como ya se dijo, recalmar judicialmente las deudas contraídas a causa de estos juegos.

b. Juegos permitidos o tolerados. Son aquellos que el Estado no ha permitido expresamente pero tampoco ha prohibido. Estos generan obligaciones naturales, las cuales no dan la posibilidad de reclamo judicial, lo pagado es irrepetible, tal como lo prevé la norma comentada en su segunda parte.

c. Juegos prohibidos. Son aquellos que están expresamente prohibidos por el Estado. Por cierto, no dan origen a ningún tipo de obligación ni civil ni natural. Y, tal como dice la norma comentada, tampoco dan lugar a acción para exigir el cumplimiento de la prestación prometida por motivo de un juego de puro azar, los cuales por decreto-ley 6618/1957 se encuentran expresamente prohibidos.

2.3. Pago hecho por persona incapaz

Regida por el principio protectorio, la última parte del artículo hace una excepción. Se refiere a los casos en los que sí es repetible el pago, sin seleccionar según la legitimación pasiva de quién lo hace, ganadores o titulares de casas de juego, sino que se limita a afirmar que es repetible el pago en todos los casos que sean realizados por persona incapaz o con capacidad restringida. Por ello, los representantes legales del incapaz tendrán acción de repetición del pago realizado por su representado, de lo cual se presume que los ganadores debían tener conocimiento de la discapacidad. De esta manera, la norma tiende a proteger a la parte más débil de la relación, evitando situaciones de fraude.

ARTÍCULO 1612.- ***Oferta pública.*** ***Las apuestas y sorteos ofrecidos al público confieren acción para su cumplimiento.***

El oferente es responsable frente al apostador o participante. La publicidad debe individualizar al oferente. Si no lo hace, quien la efectúa es responsable.

1. Introducción

Se trata de un artículo nuevo con finalidad protectoria que no tenía un antecedente previo en el Código Civil, pero sí en otras leyes vinculadas a la defensa y los derechos del consumidor,[85] y responde a un nuevo paradigma del Estado en el que interviene publicitando el juego como mecanismo de recaudación para la inversión en distintas políticas de Estado como las obras públicas o para movilizar y dinamizar el consumo y la economía.

2. Interpretación

Se distinguen dos sujetos: oferente y apostador. En virtud de la naturaleza del juego y de la oferta se aplica la Ley de Defensa del Consumidor (art. 7° y 8°) sobre condiciones de la

(85) Ley 22.802, BO 11/05/1983; decreto 1153/1997, BO 10/11/1997.

oferta y la venta y respecto del apostador es quien interviene aceptando el contrato de apuesta.

Entre las condiciones previstas por este artículo se prevé la responsabilidad del oferente frente al apostador y la obligación de individualizarlo en la publicidad. Ante un incumplimiento se responsabiliza al que efectúa la publicidad en forma solidaria en función de las normativas de consumo.

En las deudas nacidas de los juegos de azar organizados por el Estado o concesionarios de una autorización estatal, las partes tienen acción recíproca para el cobro de sus créditos, ya que sería escandaloso que el Estado se negara a pagar el premio, beneficiándose de mala fe.

ARTÍCULO 1613.- ***Juegos y apuestas regulados por el Estado.*** *Los juegos, apuestas y sorteos reglamentados por el Estado Nacional, provincial, o municipios, están excluidos de este Capítulo y regidos por las normas que los autorizan.*

1. Introducción

La norma establece un régimen distinto para los juegos, apuestas y sorteos reglamentados por el Estado, en cualquiera de sus formas, los que se rigen por normas específicas y no por las de este código.

2. Interpretación

La disposición es clara en cuanto a que en los casos de juegos, apuestas y sorteos organizados por el Estado o reglamentados por este, rigen las normas específicas dispuestas para ello; lo que no excluye la aplicación analógica de las disposiciones de este Código para la integración de la regulación en todo lo que ella hubiera podido omitir.

El art. 2069 CC ya disponía la remisión a las ordenanzas municipales en estos tipos de juegos. El fundamento de la exclusión es dejar por fuera aquellos juegos en los que el Estado (nacional, provincial y municipal) sea parte organizador, ya que no sería apropiado que el CCyC regulara sobre su prohibición o sus límites, dado que, al ser de carácter público, deben ser regidas y reguladas por el derecho administrativo, que establece las pautas para la prueba y los requisitos para ser acreedor del premio. De hecho, la relación entre el Código Civil y el derecho administrativo fue establecida por la jurisprudencia, al establecer que el Código Civil se aplica subsidiariamente en materia probatoria.

El Estado no puede ser indiferente a este tipo de juegos y dejarlo en mano de particulares, por lo que corresponde su intervención reguladora para que los beneficios económicos de la explotación de esa actividad ingresen a las arcas del Estado como una forma de recaudación con el fin de destinarlo a la dinamización de la economía.

Además, la regulación estatal es necesaria porque debe asegurarse el funcionamiento transparente y el desarrollo regular del juego, en el marco de sus potestades como custodio de la seguridad pública, la moralidad, las buenas costumbres y la protección de la minoridad.

CAPÍTULO 26(*)
Cesión de derechos

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1614.- ***Definición.*** *Hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las de este Capítulo.*

Remisiones: ver art. 2309 CCyC.

1. Introducción

El contrato de cesión de derechos tiene gran relevancia en la economía actual, lo que guarda relación con el mayor desarrollo del comercio de bienes inmateriales, de intangibles.

Al elevar el Proyecto de este Código al Poder Ejecutivo, la Comisión Redactora explicó que se prefirió utilizar el nombre de *"cesión de derechos"* para este contrato, siguiendo la nomenclatura conocida, porque ello se enmarca en el propósito, perseguido en todo el cuerpo, consistente en utilizar vocablos conocidos, comprensibles y que faciliten la labor de los justiciables. Aclara la Comisión Redactora, que se siguió en este tema al Proyecto de 1998.

Se reemplazaron 51 artículos del Código Civil (arts. 1434 a 1484 CC) por 22 artículos (arts. 1614 a 1640 CCyC), y se cambió la denominación **Contrato de cesión de créditos** por la de **Cesión de derechos**. A diferencia del Proyecto de 1998, que creaba un Capítulo denominado "Contratos transmisivos" en el que se incorporaban tres secciones —la transmisión de derechos, la transmisión de deudas y la transmisión de herencia—, el CCyC incorpora una sección sobre cesión de deudas y otra de cesión de posición contractual.

Para la Comisión Redactora, la ubicación metodológica queda perfectamente definida: considera a la cesión de derechos un contrato y toma posición frente a la diversidad de criterios existentes en la doctrina nacional.

En el Código se omite regular específicamente —como lo hacía el Proyecto de 1998— la cesión de cartera de créditos, la que actualmente se encuentra reglada por los arts. 70 a 72 de la ley 24.441, y la cesión de cartera de contratos de seguros, del art. 46 de la ley 20.091. También existen, dentro del CCyC, otras normas particulares sobre cesión de derechos, como por ejemplo el art. 1232 CCyC, que establece la acción del tomador del *leasing* para ejercer contra el vendedor los derechos que emergen del contrato de compraventa.

Como novedad, se regula el contrato de cesión de herencia, pero la Comisión Redactora explica, al elevar el Proyecto que, por razones prácticas —aclarando que no es metodológicamente incorrecto— se incluye entre las normas que regulan el derecho de sucesiones

(*) Comentarios a los arts. 1614 a 1640 elaborados por Marcela Viano Carlomagno.

—arts. 2302 al 2309 del Título III del Libro Quinto del CCyC, sobre la transmisión de derechos por causa de muerte—, remitiéndose en el art. 2305 a las normas relativas al contrato de cesión de derechos y estableciendo como objeto del referido contrato la universalidad de bienes (ver art. 2309 CCyC).

2. Interpretación

2.1. Concepto de contrato de cesión de derechos

El CCyC enuncia un concepto normativo de contrato de cesión: establece que lo hay cuando una parte transfiere a la otra un derecho. Las partes en el contrato son el cedente y el cesionario, y el objeto del contrato puede ser muy amplio, como surge de los arts. 1616 y 1617 CCyC.

El régimen regulado en este capítulo del Código es de aplicación a la transmisión de derechos de fuente convencional, siempre que no exista una regulación específica a la que deba ajustarse la transmisión de un determinado crédito, como puede ocurrir en materia de títulos valores.

2.2. Tipos de cesión de derechos

Según la naturaleza de la contraprestación pactada en el negocio jurídico, este artículo remite a la aplicación de las reglas de la compraventa cuando la cesión del derecho es por un precio en dinero; de la permuta cuando la transferencia del derecho es a cambio de otra cosa u otro derecho; o a las de la donación cuando la transmisión es hecha gratuitamente.

2.3. Caracteres del contrato de cesión de derechos

Se puede caracterizar a este contrato tomando en cuenta la clasificación dispuesta en el art. 966 CCyC y ss. Se trata de un contrato:

a. **nominado** en tanto está regulado en este Capítulo;
b. **formal** dado que debe ser redactado por escrito e incluso en algunos casos debe ser redactado en escritura pública;
c. **bilateral** en los casos en que se pacte una contraprestación —cesión venta o cesión permuta—, o **unilateral** en el caso de cesión donación donde la obligación es solo para el cedente. Es un contrato a título oneroso en los casos de cesión compraventa y cesión permuta y a título gratuito en el caso de la cesión donación. Al haber desaparecido del Código la categoría de los contratos reales, ya no subsiste la discusión doctrinaria acerca del momento en el que se produce la transmisión de dominio. La finalidad típica de este contrato está constituida por la transmisión de la propiedad del crédito.

ARTÍCULO 1615.- ***Cesión en garantía.*** ***Si la cesión es en garantía, las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario.***

Fuentes y antecedentes: art. 3029 CC y Proyecto de 1998.

Remisiones: ver art. 2232 a art. 2237 CCyC.

1. Introducción

En este artículo se regula el régimen legal aplicable a los casos en los que el contrato de cesión es empleado como un negocio jurídico indirecto, de garantía para el respaldo de otras operaciones. Es un supuesto en el que el contrato conserva su estructura y régimen general, pero pasa a ser causalmente conexo con otro negocio jurídico, lo que puede determinar la aplicación de lo previsto en el art. 1075 CCyC.

2. Interpretación

2.1. Naturaleza de la cesión en garantía

La cesión en garantía es un negocio indirecto muy utilizado en la práctica comercial. Esta norma remite a la regulación específica de los arts. 2232 a 2237 CCyC atinentes a la prenda de créditos.

La fuente directa de este artículo es el Proyecto de Unificación de 1998, que a su vez lo toma del art. 3209 CC, que regulaba la prenda de créditos. En este caso, las partes celebran el contrato de cesión para garantizar el cumplimiento de otra obligación y, así el acreedor tiene dos deudores, el deudor cedente y el tercero deudor del crédito cedido.

Como alternativa también puede acudirse a la cesión fiduciaria del crédito prevista en el art. 1666 CCyC, que regula el contrato de fideicomiso mediante el cual el cedente (fiduciante) transmite la propiedad de bienes al cesionario (fiduciario) para que este último ejerza el mandato en beneficio del fideicomisario.

2.2. Las relaciones entre las partes

En este negocio jurídico el acreedor tiene dos deudores: el deudor cedente y el tercero, deudor del crédito cedido, y puede cobrar a cualquiera de ellos. Si el deudor cedente cumple, se debe devolver el crédito; pero si no lo hace, puede cobrarse al tercero. Si el acreedor acciona, tiene derecho a cobrar del tercero hasta el monto de su acreencia, debiendo restituir el saldo al cedente.

ARTÍCULO 1616.- ***Derechos que pueden ser cedidos.*** *Todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho.*

ARTÍCULO 1617.- ***Prohibición.*** *No pueden cederse los derechos inherentes a la persona humana.*

1. Introducción

En estas normas se regula lo relativo al objeto del contrato de cesión de derechos, con base en un principio amplio que otorga al contrato de cesión suma utilidad, especialmente en lo relativo a las operaciones que tienen por objeto bienes de los denominados intangibles, en el ámbito del mercado.

El límite establecido en el art. 1617 CCyC guarda coherencia sistémica con lo regulado en materia de derechos personalísimos.

2. Interpretación

2.1. Derechos que pueden ser objeto del contrato

Siguiendo el Proyecto de 1998, se establece la amplitud del objeto de este contrato, y al decir *"que todo derecho puede ser cedido"*, se remite a las normas generales que regulan el objeto de los contratos (arts. 1003 a 1010 CCyC), aclarando que las excepciones deben estar contenidas en la ley, en la misma convención que origina la transferencia, o surgir de la misma naturaleza del derecho, como la prohibición emanada del art. 1617 CCyC u otras limitaciones específicas, como por ejemplo: la prohibición de ceder el derecho a percibir alimentos (art. 539 CCyC) o la prohibición de ceder el pacto de preferencia, dispuesta en el art. 1165 CCyC.

Con respecto a las restricciones convencionales de transmisibilidad de derechos, hay que destacar que el art. 1972 CCyC establece la nulidad de la cláusula general de inenajenabilidad en los actos a título oneroso. En cambio, en los negocios jurídicos a título gratuito, se permite la cláusula de incesibilidad por un plazo máximo de diez años (art. 1972 CCyC).

2.2. La cuestión de los derechos inherentes a la persona humana

Cabe considerar que la restricción normativa se refiere a los derechos personalísimos regulados en el Capítulo 3 del Título I del Libro Primero del CCyC, pero cabe considerar también contenidos en el concepto los derechos cuya acción surge de determinadas condiciones personales del titular, como los determinados por obligaciones en los que la persona es esencial —*intuitu personae*— o dependen de la posición del sujeto en una relación de parentesco.

2.3. El empleo del contrato de cesión como negocio jurídico indirecto

En principio, nada obsta a que el contrato de cesión sea utilizado para concretar una finalidad diversa a la propia del tipo contractual, como negocio jurídico indirecto, en tanto la finalidad perseguida no resulte ilícita (art. 1014 CCyC) o se genere un supuesto de fraude a la ley (art. 12 CCyC).

A menudo este negocio jurídico es empleado con finalidad financiera, cuando se realiza con el objetivo inmediato de revender el crédito, o en operaciones de toma de control societario, realizadas por medio de la compra de créditos contra la empresa para condicionarla patrimonialmente, operación cuya licitud debe ser juzgada según las normas de la ley de sociedades y la sujeción a los principios de buena fe o abuso de posición dominante en el mercado.

ARTÍCULO 1618.- ***Forma.*** *La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual.*

Deben otorgarse por escritura pública:

a. *la cesión de derechos hereditarios;*
b. *la cesión de derechos litigiosos. Si no involucran derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento;*
c. *la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública.*

1. Introducción

El Código establece recaudos formales para la cesión de derechos. Puede ser efectuada por endoso o entrega material del instrumento en el que consta, cuando se cuenta con uno, o por escrito, en todo supuesto en el que no se cuenta con un instrumento que pueda ser materialmente entregado y no se trate de uno de los contratos en los que se impone la escritura pública, máxima exigencia formal, establecida para supuestos enunciados en la norma.

2. Interpretación

Esta norma debe ser interpretada en consonancia con el art. 286 CCyC, que dispone que la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos o por instrumentos particulares firmados o no firmados que pueden constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible y aunque su lectura exija medios técnicos.

En la elevación del Proyecto al Poder Ejecutivo, la Comisión Redactora, en los "Fundamentos…" explicó que las formas se clasifican distinguiendo entre absolutas, relativas y formalidades para la prueba, en lugar de la clásica bipartición entre formas *ad solemnitatem* y *ad probationem* del CC, que resultaba insuficiente. La Comisión Redactora destaca que se actualiza el criterio para considerar la expresión escrita a fin de incluir toda clase de soportes aunque su lectura exija medios técnicos, recogiendo la solución del art. 263 del Proyecto de 1998, que permite el uso de las nuevas tecnologías.

Se reconoce explícitamente la concepción moderna de documento, por lo que el contrato de cesión o transferencia de derechos puede hacerse constar en cualquier soporte. Así también, en el caso de la cesión de derechos litigiosos que no involucren derechos reales sobre inmuebles, se puede hacer constar en acta judicial siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del documento.

Cuando se trate de la cesión de derechos reales sobre inmuebles, la cesión de derechos hereditarios y la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado en escritura pública, requieren ser otorgados por escritura pública, pero ya no se establece que el incumplimiento respecto de la formalidad sea bajo pena de nulidad, por lo que resultará, en su caso, de aplicación la normativa contenida en el art. 1018 CCyC, que dispone que *"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…"*.

Con respecto a "*los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual*" se hace referencia a los títulos valores a la orden y al portador reglados en el Capítulo 6 del Título V del Libro Tercero del CCyC.

ARTÍCULO 1619.- *Obligaciones del cedente.* ***El cedente debe entregar al cesionario los documentos probatorios del derecho cedido que se encuentren en su poder. Si la cesión es parcial, el cedente debe entregar al cesionario una copia certificada de dichos documentos.***

1. Introducción

El artículo regula las obligaciones del cedente, imponiéndole entregar los documentos que el cesionario pueda necesitar para acreditar la titularidad del derecho que se le transmite, según la cesión sea parcial o total.

2. Interpretación

Este artículo, al igual que en el CC, exige al cedente del derecho que entregue al cesionario los instrumentos que tenga en su poder y que prueben la existencia del crédito o derecho cedido a su favor. Esta imposición se deriva del principio de buena fe contractual que se establecía en el art. 1198 CC y art. 9° del CCyC, de obligatoria interpretación para todo este cuerpo normativo, y por lo tanto, se trata de uno de los deberes secundarios o accesorios del contrato del que no modifica carácter consensual de este contrato que entre las partes se perfecciona por el consentimientos de los contratantes.

Se agrega un párrafo que no constaba en el Código anterior ni en el Proyecto de Unificación de 1998, que especifica que, para el caso de cesión parcial, el cedente debe entregarle al cesionario copia certificada de los documentos, lo que constituye una solución práctica pues es claro que, en tal supuesto, el cedente habrá de necesitar conservar el original para poder acreditar su derecho o, con base en él, otorgar nuevas cesiones que no se superpongan con la ya realizada a favor de quien recibe las copias certificadas.

ARTÍCULO 1620.- ***Efectos respecto de terceros.*** ***La cesión tiene efectos respecto de terceros desde su notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables.***

1. Introducción

La cuestión del momento de la oponibilidad de la cesión a los terceros es sumamente relevante, no solo por lo relativo a la producción de efectos del negocio jurídico, sino también porque el de cesión es un contrato que puede ser utilizado para realizar actos en perjuicio de terceros, como los acreedores del cedente, y es por ello que ya en el CC se establecía la notificación al deudor cedido como método para la determinación de la fecha cierta de la transmisión de los derechos, que se mantiene básicamente en el CCyC.

2. Interpretación

Esta norma sigue los lineamientos que establecía el art. 1459 CC, es decir que, respecto los terceros que tengan algún interés legítimo, el derecho recién se transmite al cesionario una vez notificado el cedido.

El acto de notificación al cedido produce el comienzo de los efectos frente a los terceros y, así el cesionario se transforma en el titular del crédito con efecto *erga omnes*. Son terceros interesados el deudor cedido —quien tiene el derecho a conocer a su acreedor para poder cancelar la obligación con efectos liberatorios—, los acreedores del cedente y los cesonarios sucesivos, para evitar ser víctimas de un acto fraudulento.

La norma solo establece la forma de la notificación, que debe ser por instrumento público o privado de fecha cierta en concordancia con los términos que dispone el art. 317 CCyC. En efecto, este artículo establece que "*la eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta*", agrega que "*adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después*", y determina que esta prueba debe ser apreciada rigurosamente por el juez.

Con respecto a la cesión de derechos registrables, ella debe observar los recaudos establecidos para el tipo de bien del que se trate y su publicidad y oponibilidad a terceros requiere de la pertinente inscripción.

ARTÍCULO 1621.- ***Actos anteriores a la notificación de la cesión.*** *Los pagos hechos por el cedido al cedente antes de serle notificada la cesión, así como las demás causas de extinción de la obligación, tienen efecto liberatorio para él.*

1. Introducción

Es del interés de las partes en el contrato de cesión el poner su existencia en conocimiento del deudor cedido, no solo para que este tome conocimiento de la sustitución subjetiva —y lo que de ella puede derivarse—, sino por los efectos frente a terceros, a los que nos hemos referido. Pero si no cumple con ese acto, el Código adopta un criterio protectorio de los intereses del deudor, posibilitando su liberación, en tanto pague al acreedor con quien se encuentra hasta ese momento vinculado.

2. Interpretación

Como consecuencia del denominado principio de buena fe contractual (art. 9° CCyC), los pagos efectuados al cedente antes de producirse o conocerse la notificación del contrato de cesión tiene efectos liberatorios.

Es que, en caso de pagar al cedente, por no haber sido notificado de la cesión, el deudor estará pagando bien; no siendo admisible que su posibilidad de liberación en tiempo y forma quede sujeta a la mayor o menor diligencia de las partes en el contrato de cesión del crédito correspondiente a la deuda que satisface.

ARTÍCULO 1622.- ***Concurrencia de cesionarios.*** *En la concurrencia entre cesionarios sucesivos, la preferencia corresponde al primero que ha notificado la transferencia al deudor, aunque ésta sea posterior en fecha.*

1. Introducción

En este artículo se establece una regla práctica, de arbitrio legislativo, para dar solución a los problemas de concurrencia de una pluralidad de cesionarios de un mismo crédito. La aplicación del criterio establecido en la norma podrá ser necesaria, tanto cuando se trate de superposición de cesiones totales, como cuando la coincidencia se produzca respecto de cesiones parciales y no se trate de derechos que puedan ser distribuidos entre todos los cesionarios.

2. Interpretación

La norma establece que, en caso de concurrencia de varios cesionarios, tendrá preferencia quien primero haya notificado al deudor cedido, sin importar la fecha en la que se haya celebrado la cesión.

La norma constituye una disposición de arbitrio del legislador, adoptada ante la necesidad de establecer un criterio de solución claro para este tipo de casos. Se prescinde de consideraciones respecto de la naturaleza del negocio, el tipo de instrumento en el que

él conste, y otras circunstancias, ajustando la prioridad a un factor objetivo concreto como es el de la notificación al deudor cedido.

ARTÍCULO 1623.- ***Concurso o quiebra del cedente.*** *En caso de concurso o quiebra del cedente, la cesión no tiene efectos respecto de los acreedores si es notificada después de la presentación en concurso o de la sentencia declarativa de la quiebra.*

1. Introducción

Se regula en este artículo el régimen de oponibilidad de la cesión de derechos al concurso o quiebra del cedente. La solución adoptada, que también responde a un criterio de arbitrio del legislador, guarda lógica sistémica.

2. Interpretación

Según lo regulado en el artículo en comentario, en caso de concurso de acreedores o de quiebra del cedente, para que la cesión de derechos sea eficaz, la notificación al deudor cedido debe haberse producido con anterioridad a la presentación en concurso o la declaración de quiebra. La disposición es clara y se ajusta a los criterios imperantes en materia concursal.

ARTÍCULO 1624.- ***Actos conservatorios.*** *Antes de la notificación de la cesión, tanto el cedente como el cesionario pueden realizar actos conservatorios del derecho.*

1. Introducción

El artículo regula lo relativo a la realización de actos conservatorios en el período que transcurre entre la celebración del contrato de cesión y la notificación al deudor cedido, que es cuando la cesión puede alcanzar eficacia frente al propio deudor y frente a terceros.

2. Interpretación

Mientras la cesión no fue notificada al deudor cedido, ambas partes, cedente y cesionario, conservan interés en la conservación del crédito, por lo que cualquiera de ellos se encontrará legitimado para realizar actos conservatorios del derecho del que se trate.

Cuando el acto conservatorio deba ser ejecutado frente al deudor cedido, y sea el cesionario quien lo concrete, deberá ir razonablemente acompañado de la notificación de la transmisión para dar cuenta de la legitimación de quien lo realiza.

ARTÍCULO 1625.- ***Cesión de crédito prendario.*** *La cesión de un crédito garantizado con una prenda no autoriza al cedente o a quien tenga la cosa prendada en su poder a entregarla al cesionario.*

1. Introducción

La norma regula lo relativo al desplazamiento de la cosa prendada en el caso de cesión de crédito garantizado con una prenda.

2. Interpretación

Según lo establecido en el artículo, en el caso de cesión de un crédito garantizado con una prenda, ni el cedente, ni el depositario ni el propio deudor, quien quiera que tenga la cosa gravada en su poder, deberá entregarla al cesionario con fundamento en la cesión realizada.

ARTÍCULO 1626.- ***Cesiones realizadas el mismo día.*** *Si se notifican varias cesiones en un mismo día y sin indicación de la hora, los cesionarios quedan en igual rango.*

1. Introducción

La norma establece una regla práctica para la solución de los conflictos de concurrencia de cesionarios que obtuvieron los derechos que invocan de negocios jurídicos realizados en la misma fecha.

2. Interpretación

La norma es clara y su criterio, sistémico, pues se aplica al problema generado por la concurrencia de una pluralidad de cesionarios que notifican la cesión en un mismo día, sin indicación horaria, la regla de la igualdad de los acreedores.

La referencia al horario de notificación permite concluir que el legislador ha establecido preeminencia horaria para la cesión anoticiada en primer término en un mismo día, de modo tal que, entre varias cesiones notificadas en la misma fecha, tendrá prioridad la primera en el tiempo. Pero, en esa línea de razonamiento, corresponde establecer que, de tener una notificación registrada la hora y otra u otras no, debe aplicarse la regla de la distribución paritaria, por la imposibilidad de saber si, en la que no tiene establecido el tiempo preciso, la notificación fue perfeccionada antes o después que la de la otra cesión, salvo que algún otro elemento permita considerar, en forma indubitable, que el acto se produjo en un determinado momento. Hace a la diligencia de quien practica la notificación el procurar que se asiente en ella la hora en la que se la lleva a cabo.

De tal modo, todos los cesionarios que notifiquen el mismo día compartirán el rango de preferencia, pero si puede establecerse el horario de la notificación se debe admitir la preferencia de quién notificara antes.

ARTÍCULO 1627.- ***Cesión parcial.*** *El cesionario parcial de un crédito no goza de ninguna preferencia sobre el cedente, a no ser que éste se la haya otorgado expresamente.*

1. Introducción

Podría considerarse que, por el carácter de derecho derivado del obtenido por el cesionario de su cedente, este mantendría una preferencia en el pago respecto de aquel, pero la norma en comentario efectúa una regulación básica ajustada al principio de igualdad de los acreedores, sin perjuicio de la variación que con relación a ello puedan establecer las partes contratantes.

2. Interpretación

Se prevé la posibilidad de que la transferencia del derecho sea parcial, es decir, que se transmita solo una cuota parte del crédito conservando el cedente la calidad de acreedor del cedido, pero ello no le da preferencia respecto del nuevo coacreedor, salvo que se haya pactado expresamente.

Rige también el criterio de la concurrencia paritaria entre coacreedores de una misma fuente negocial. Se prevé que el cedente pueda conferir al cesionario una preferencia; pero no que pueda establecerla a su favor, en detrimento de los derechos de este.

ARTÍCULO 1628.- ***Garantía por evicción.*** *Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza la existencia y legitimidad del derecho al tiempo de la cesión, excepto que se trate de un derecho litigioso o que se lo ceda como dudoso; pero no garantiza la solvencia del deudor cedido ni de sus fiadores, excepto pacto en contrario o mala fe.*

1. Introducción

La norma regula la aplicación al contrado de cesión de derechos, de la garantía de evicción, regulada en forma general en los arts. 1033 a 1050 CCyC. Su aplicación a este supuesto es viable tanto por lógica sistémica como por lo expresamente previsto en el art. 1631 CCyC.

La responsabilidad por saneamiento resulta un elemento natural de los contratos a los que se aplica, en los que rige supletoriamente aun cuando no hubiera sido establecida. Es, en principio, disponible, por lo que también puede ser alterada en sus alcances básicos y aún suprimida, según los casos y con las limitaciones que el ordenamiento jurídico dispone.

2. Interpretación

La norma prevé la aplicación de la garantía de evicción en las cesiones de naturaleza onerosa, esto es, en las habitualmente denominadas como cesión-venta o cesión-permuta; pero ello no excluye la posibilidad de aplicar el criterio establecido en el art. 1035 CCyC para el supuesto de transmisión a título gratuito. No obstante, de acuerdo a lo previsto en la regulación general, esta garantía rige en los casos en los que, sin mediar tal onerosidad, el donante asumió la garantía o actuó con mala fe o dolo, consistente en el ocultamiento de los vicios que conocía y sobre los que debía informar al adquirente. En los supuestos de cesión gratuita, deben considerarse de aplicación los arts. 1556 a 1558 CCyC.

ARTÍCULO 1629.- ***Cesión de derecho inexistente.*** *Si el derecho no existe al tiempo de la cesión, el cedente debe restituir al cesionario el precio recibido, con sus intereses. Si es de mala fe, debe además la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión.*

1. Introducción

El artículo regula el supuesto de inexistencia del derecho objeto de la cesión, al tiempo de su celebración; distinguiendo según hubiera o no mala fe del cedente.

Se mantienen, respecto de la inexistencia del derecho al tiempo de la celebración del contrato, los lineamientos de los arts. 1477 y 1478 CC.

2. Interpretación

La norma se refiere al supuesto en el que se hayan cedido derechos como existentes al tiempo de la cesión y no al caso de cesión de derechos eventuales o futuros, con aclaración de su carácter de tales.

Cuando el cedente transmitió un derecho inexistente al tiempo de la celebración del negocio jurídico, pueden darse dos hipótesis:

a. que haya realizado esa cesión ignorando la inexistencia del derecho, supuesto en el que el acto será inválido, por lo que el cedente deberá restituir al cesionario el precio recibido con más los intereses devengados desde la fecha de la percepción de la suma siempre que la cesión haya sido onerosa;
b. que supiera que el crédito no existía y ocultara tal circunstancia al cesionario, desplegando con ello una conducta dolosa, idónea también para configurar un supuesto de defraudación en materia penal. En este último supuesto, el cedente deberá pagar al cesionario la diferencia entre el precio de la cesión y el valor asignado al derecho cedido, teniendo en cuenta que este tipo de operaciones suele realizarse por un valor menor al del bien en el mercado ello teniendo en consideración el riesgo de cobro o satisfacción del derecho que toda cesión entraña. La expresión "*además*" indica que lo que deberá pagar el cedente al cesionario es la suma resultante de adicionar el monto percibido, los intereses devengados, y la suma que corresponda a la diferencia entre el valor de la cesión y el asignado por las partes o por el mercado al derecho cedido.

ARTÍCULO 1630.- ***Garantía de la solvencia del deudor.*** ***Si el cedente garantiza la solvencia del deudor cedido, se aplican las reglas de la fianza, con sujeción a lo que las partes hayan convenido.***

El cesionario sólo puede recurrir contra el cedente después de haber excutido los bienes del deudor, excepto que éste se halle concursado o quebrado.

1. Introducción

Todo contrato de cesión de derechos involucra un riesgo de incobrabilidad del crédito contra el deudor cedido. Es por ello que, para posibilitar su realización, que por lo general permite al cedente obtener liquidez por los fondos que le provee el cesionario en las operaciones a título oneroso, aquel garantiza la solvencia del deudor cedido.

2. Interpretación

La norma regula el supuesto de asunción del riesgo de incobrabilidad por el cedente, lo que se da cuando este garantiza al cesionario la solvencia del deudor. Ello importa establecer que, en caso de no resultar solvente el cedido, el cedente pagará al cesionario el monto del crédito que este debería haber percibido del deudor.

Según lo establecido aquí, se aplican a tal supuesto las reglas del contrato de fianza, regulado en los arts. 1574 a 1598 CCyC, lo que impone que el cesionario deba excutir los bienes del deudor cedido antes de dirigir su acción contra el cedente. Lo que no será necesario en caso de encontrarse aquel concursado o quebrado (en consonancia con lo establecido en el art. 1584, inc. a, CCyC), y entendemos que tampoco de darse los restantes

supuestos previstos en el art. 1584 CCyC o de mediar constitución de fianza solidaria (art. 1590 CCyC).

ARTÍCULO 1631.- ***Reglas subsidiarias.*** *En lo no previsto expresamente en este Capítulo, la garantía por evicción se rige por las normas establecidas en los artículos 1033 y siguientes.*

Remisiones: ver comentario al art. 1628 CCyC.

1. Introducción

La norma observa lógica sistémica y remite al régimen general establecido para la garantía de saneamiento, que comprende la garantía de evicción.

2. Interpretación

Si bien podía ello ser considerado como ineludible en una interpretación sistémica razonable del Código, la norma precisa que lo relativo a la garantía de evicción en el contrato de cesión de derechos se rige por el régimen general establecido en los arts. 1033 a 1050 CCyC, como ya se indicara en el comentario al art. 1628 CCyC.

SECCIÓN 2ª

Cesión de deudas

ARTÍCULO 1632.- ***Cesión de deuda.*** *Hay cesión de deuda si el acreedor, el deudor y un tercero, acuerdan que éste debe pagar la deuda, sin que haya novación.*

Si el acreedor no presta conformidad para la liberación del deudor, el tercero queda como codeudor subsidiario.

Fuentes y antecedentes: Proyecto de 1998 y arts. 814, 815, 816, 1498 y 3172 CC.

1. Introducción

El Código, siguiendo el modelo del Proyecto de 1998, regula la cesión de deudas, la asunción de deudas y la promesa de liberación. La cesión de deuda se disciplina como un acto triangular en el cual el acreedor, el deudor y un tercero acuerdan que este último pagará la deuda sin que se produzca la novación. La asunción de deuda se da cuando un tercero acuerda con el acreedor pagar la deuda de su deudor sin que se produzca novación y la promesa de liberación se configura cuando el tercero se obliga con el deudor a cumplir la deuda en su lugar. Este instituto tiene su fuente directa en el Proyecto de Unificación de 1998 e indirectamente de la doctrina de los arts. 814, 815 y 816 CC; en materia de locación en el art. 1498 CC; y en materia hipotecaria en el art. 3172 CC.

2. Interpretación

2.1. Definición normativa de cesión de deuda

El Código, también en este caso, define el contrato, estableciendo que "*Hay cesión de deuda si el acreedor, el deudor y un tercero, acuerdan que este debe pagar la deuda, sin que haya novación*", aspecto, este último, que caracteriza a este negocio jurídico, en el que hay continuidad del vínculo con sustitución subjetiva.

2.2. Dinámica del vínculo negocial

En la cesión de deuda se transmite el carácter de deudor a un sujeto distinto de las partes, quien toma a su cargo el deber de realizar el pago de la prestación de la que se trate, quedando intacta la estructura de la obligación.

Aparece aquí, como elemento necesario, la intervención del acreedor cedido. Dicha intervención debe ser requerida y de la actitud que asuma el acreedor cedido se pueden derivar dos situaciones diversas: si presta su conformidad, se libera al deudor original, quedando obligado solo el cesionario de deuda; si la rehúsa, el cesionario se convertirá en un codeudor solidario, quien deberá responder junto con el obligado original.

ARTÍCULO 1633.- ***Asunción de deuda.*** *Hay asunción de deuda si un tercero acuerda con el acreedor pagar la deuda de su deudor, sin que haya novación.*

Si el acreedor no presta conformidad para la liberación del deudor, la asunción se tiene por rechazada.

1. Introducción

Se regula en este artículo un supuesto diverso del considerado en el anterior, como es el de la asunción de deuda, que parte de una relación distinta, la establecida entre un tercero y el acreedor. Se trata de un negocio jurídico celebrado entre ellos, oponible al deudor original.

2. Interpretación

En este caso, el tercero contrata directamente con el acreedor en una relación obligacional preexistente y asume el pago debido por el deudor en ese vínculo. Tampoco aquí media novación, sino simple sustitución subjetiva con continuidad del negocio jurídico anterior. En este caso, se requiere la conformidad del acreedor y, de no contarse con ella, la asunción se tendrá por rechazada.

ARTÍCULO 1634.- ***Conformidad para la liberación del deudor.*** *En los casos de los dos artículos anteriores el deudor sólo queda liberado si el acreedor lo admite expresamente. Esta conformidad puede ser anterior, simultánea, o posterior a la cesión; pero es ineficaz si ha sido prestada en un contrato celebrado por adhesión.*

1. Introducción

El principio general establece que la renuncia a los derechos no se presume, y su aplicación a esta cuestión determina que la liberación del deudor original solo puede tenerse por operada si el acreedor lo admite expresamente. Se formula una diferenciación relativa a los contratos de adhesión.

2. Interpretación

La liberación del deudor solo se produce en caso de así declararlo expresamente el acreedor. No es necesario que se establezca esa conformidad en el acto mismo de la cesión, pues la norma establece que ella puede darse con antelación, ser simultánea o

aún posterior, siempre y cuando no haya sido establecida como cláusula en un contrato por adhesión a cláusulas predispuestas, en cuyo caso se verá privada de todo efecto, ello siguiendo con el esquema de interpretación general del nuevo paradigma contractual del Código Civil y Comercial.

ARTÍCULO 1635.- ***Promesa de liberación.*** *Hay promesa de liberación si el tercero se obliga frente al deudor a cumplir la deuda en su lugar. Esta promesa sólo vincula al tercero con el deudor, excepto que haya sido pactada como estipulación a favor de tercero.*

Remisiones: ver comentario al art. 1027 CCyC.

1. Introducción

El Código introduce aquí la promesa de liberación, ausente en la regulación de sus predecesores.

2. Interpretación

Según lo establecido en la norma, hay promesa de liberación si un tercero se obliga frente al deudor a cumplir la deuda en su lugar. Se trata de un negocio jurídico entre ellos, pero del que puede prevalerse el acreedor en caso de haber sido pactado como estipulación a favor de tercero, en los términos del art. 1027 CCyC, a cuyo comentario remitimos.

CAPÍTULO 27
Cesión de la posición contractual

ARTÍCULO 1636.- ***Transmisión.*** *En los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión.*

Si la conformidad es previa a la cesión, ésta sólo tiene efectos una vez notificada a las otras partes, en la forma establecida para la notificación al deudor cedido.

1. Introducción

El CCyC, tal como lo hizo el Proyecto de 1998, establece que, en los contratos con prestaciones pendientes, cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión.

Esto difiere de la cesión de créditos o de deudas porque se caracteriza como un único negocio en el que se transfieren el complejo de derechos y deberes que están adheridos a la calidad de parte, y que se encuentran unidos por la posición que se detenta en el contrato. Se transfieren todos los derechos patrimoniales, implicando la sustitución del contratante por un tercero que se coloca en la misma posición jurídica del transmitente. Lo que se transmite es la situación jurídica que ocupaba el contratante cedente al tercero cesionario. En la sustitución de la posición contractual resulta necesario que existan obligaciones recíprocas pendientes de ambas partes.

2. Interpretación

De acuerdo a lo establecido en el artículo en comentario, la cesión de posición contractual procede en caso de reunirse los siguientes requisitos:

a. que exista un contrato con prestaciones pendientes;
b. que al menos una de las partes en ese contrato quiera transmitir su calidad de tal a un tercero; y
c. que las restantes partes consientan esa transmisión, antes, simultáneamente o después de celebrado el acto que da cuenta de ella.

La autorización previa a la cesión puede ser establecida en el contrato que vincula a las distintas partes, enunciando allí el procedimiento a observar para el caso que alguna de ellas quiera ceder su posición contractual. En tal caso, de acuerdo a lo previsto en la norma, la cesión solo tendrá efectos una vez notificada a las restantes partes en la forma establecida para la notificación al deudor cedido por instrumento público o privado de fecha cierta (art. 1620 CCyC).

Pero aun cuando ello no haya sido así establecido, o la cesión se encuentre expresamente prohibida por el contrato —el contrato puede limitarla por considerar esencial la persona de la parte, puede excluir de los posibles cesionarios a determinados sujetos, como empresas de la competencia, o bien puede establecer un pacto de preferencia a favor de las restantes partes (art. 997 CCyC)—, ella puede tener lugar si es consentida por las distintas partes del contrato, en una suerte de modificación sobreviniente de las estipulaciones originales.

ARTÍCULO 1637.- ***Efectos.*** *Desde la cesión o, en su caso, desde la notificación a las otras partes, el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones, los que son asumidos por el cesionario.*

Sin embargo, los cocontratantes cedidos conservan sus acciones contra el cedente si han pactado con éste el mantenimiento de sus derechos para el caso de incumplimiento del cesionario. En tal caso, el cedido o los cedidos deben notificar el incumplimiento al cedente dentro de los treinta días de producido; de no hacerlo, el cedente queda libre de responsabilidad.

ARTÍCULO 1638.- ***Defensas.*** *Los contratantes pueden oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, excepto que hayan hecho expresa reserva al consentir la cesión.*

1. Introducción

Los artículos en comentario regulan los efectos propios de la cesión de posición contractual, tanto entre partes, como en relación a terceros.

2. Interpretación

2.1. Efectos de la cesión de posición contractual

De acuerdo a lo establecido en el art. 1637 CCyC, la asunción de la posición contractual del cedente por el cesionario opera entre ellos desde la cesión. Frente a las otras partes

del contrato base que generó la posición cedida, ella opera desde la notificación a las otras partes.

2.2. Acciones de los cocontratantes cedidos

Los cocontratantes cedidos, las otras partes en el contrato que originó la posición contractual objeto del contrato de cesión, pueden conservar las acciones que tenían contra el cedente. Ello requiere de un acuerdo por el que este asume el compromiso de responder como si no hubiera cedido su posición contractual, para el caso de incumplimiento del cesionario. En tal supuesto, de verificarse dicho incumplimiento, el cocontratante cedido —o ellos, si son varios— debe poner tal situación en conocimiento del cedente dentro de los treinta días de producida, produciéndose la caducidad de los derechos de los cedidos contra el cedente en caso de no cumplir con dicha notificación.

2.3. Defensas de los cocontratantes cedidos

Según lo previsto en el art 1638 CCyC, los cocontratantes cedidos pueden oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato; pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, las que solo podrán ser invocadas eficazmente en caso de haber hecho los cedidos expresa reserva de ello al tiempo de consentir la cesión. Se advierte que la norma requiere la mera reserva y no exige un pacto al respecto.

ARTÍCULO 1639.- ***Garantía.*** *El cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato. El pacto por el cual el cedente no garantiza la existencia y validez se tiene por no escrito si la nulidad o la inexistencia se debe a un hecho imputable al cedente.*

Si el cedente garantiza el cumplimiento de las obligaciones de los otros contratantes, responde como fiador.

Se aplican las normas sobre evicción en la cesión de derechos en general.

ARTÍCULO 1640.- ***Garantías de terceros.*** *Las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin autorización expresa de aquéllas.*

1. Introducción

Toda cesión irroga un riesgo para el cesionario; pues puede que sus expectativas negociales, las que lo llevaron a contratar como lo hizo, no se vean satisfechas. Entre cedente y cesionario, es el primero el que habitualmente tiene mejor acceso a la información relevante para la realización del negocio. Debe obrar de buena fe y proporcionar al cesionario la necesaria para que pueda evaluar la conveniencia de la operación que consideran concretar. Cuando deliberadamente oculta información relevante, o actúa de modo tal de desbaratar los derechos que ha acordado, debe responder por ello, aun cuando se haya establecido una cláusula de irresponsabilidad.

2. Interpretación

2.1. Garantía a cargo del cedente

El cedente proporciona garantía de evicción sobre la existencia y validez del conjunto de derechos y obligaciones que transmite por su posición contractual; la que se rige por las

normas sobre evicción en la cesión de derechos en general, regulada en los arts. 1033 a 1050 CCyC.

No obstante, las partes en la cesión pueden celebrar pactos que modifiquen tal obligación básica, tanto para disminuirla, limitarla a un monto o a supuestos específicos, o para aumentarla en la entidad patrimonial considerada.

2.2. Eficacia del pacto de irresponsabilidad del cedente frente al cesionario

El deber de obrar según las reglas de la buena fe que se exige a las partes se ve violado cuando el cedente realiza actos que provocan la nulidad o determinan la inexistencia de los derechos que transmite al cesionario. Por ello, de darse tal situación, se tendrá por no escrito todo pacto por el que se haya determinado la exclusión de la garantía debida por el cedente con relación a la existencia y validez del contenido de la cesión.

2.3. Pactos de garantía en favor del cesionario

Como estaba previsto en el Proyecto de 1998, el cedente puede garantizar al cesionario el cumplimiento de las obligaciones que en el programa prestacional del contrato original se encuentran a cargo de las otras partes. En tal caso, responde como fiador, con criterio parangonable al aplicado en el diseño del art. 1630 CCyC.

2.4. Garantías de terceros

En razón de lo establecido en el art. 1640 CCyC, las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la conformidad de quienes se obligaron por medio de ellas. La disposición tiene en consideración que, quien garantiza una obligación ajena, generalmente lo hace por una especial consideración hacia la persona del obligado principal, lo que determina que no necesariamente vaya a estar dispuesto a continuar prestando dicha garantía con relación a otra persona.

CAPÍTULO 28(*)
Transacción

ARTÍCULO 1641.- ***Concepto.*** *La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.*

1. Introducción

La transacción se encontraba regulada en el art. 832 CC como un medio extintivo de las obligaciones, mientras que en este artículo se la regula como un contrato con efectos extintivos. De esta forma se da por concluida la discusión que existe en la doctrina de nuestro país sobre las transacciones, las cuales para una parte eran consideradas como un acto jurídico bilateral extintivo de obligaciones y para otra como un contrato.

(*) Comentarios a los arts. 1641 a 1648 elaborados por Guillermina Colomer Iriarte.

2. Interpretación

2.1. Definición

El artículo comentado define a la transacción como un contrato por medio del cual las partes realizan concesiones recíprocas, teniendo en miras la extinción de obligaciones dudosas o litigiosas. El artículo solo hace referencia a la posibilidad de evitar un posible litigio, o en caso de haberlo, de concluir con él.

2.2. Elementos del contrato

A la hora de enumerar los elementos típicos de la transacción se requiere:

a. consentimiento, como regla general de los contratos consensuales;
b. incertidumbre, en los cuales debe evaluarse si los derechos son litigiosos —en juicio— o dudosos —inciertos en su existencia o extensión— que demuestren la existencia de una seguridad para evitar un conflicto o para extinguirlo;
c. concesiones recíprocas entre las partes: se trata de concesiones entre las partes que consisten en actos jurídicos unilaterales de renuncia y reconocimiento de derechos. Son recíprocas porque cada parte lo hace en la medida que la otra también lo haga sin que exista necesariamente igualdad en la contraprestación;
d. finalidad extintiva: es la esencia del contrato, le da sentido, es su objetivo y establece la finalidad económica social.

La falta de alguno de los elementos antes mencionados da lugar a que el contrato de transacción no logre perfeccionarse, aunque el mismo puede valerse como renuncia o reconocimiento y, aun así, producir efectos.

ARTÍCULO 1642.- ***Caracteres y efectos.*** ***La transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial. Es de interpretación restrictiva.***

Fuentes y antecedentes: arts. 835 y 850 CC.

1. Introducción

Los antecedentes de esta estipulación los encontramos en los arts. 835 y 850 CC. El CCyC sintetiza el espíritu del legislador y establece claramente dos características básicas: los efectos de la cosa juzgada no requieren homologación judicial y el contrato debe ser de interpretación restrictiva.

2. Interpretación

2.1. Caracteres del contrato

El contrato de transacción, además de los caracteres que enuncia el artículo comentado, es decir, el de cosa juzgada y la interpretación restrictiva, trata de un contrato bilateral, consensual, oneroso e indivisible.

2.2. Interpretación restrictiva

Vale decir que es muy importante que la interpretación de la transacción sea de manera estricta, ya que uno de los actos que conforman la transacción es la renuncia, lo que

significa el abandono a un derecho, es por eso que la norma debe prever que se interprete de manera limitada, teniendo en cuenta lo que las partes, en realidad, han querido transigir. Por ello, se limita al juez la posibilidad de aplicar la analogía como también el efecto de extinción del contrato de transacción a todos los casos, sino que debe tener en cuenta cada caso en particular, es decir, lo que las partes previeron expresamente en el contrato.

2.3. Cosa juzgada

La transacción es un contrato y, como tal, "*forma para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*" (art. 1197 CC). La cosa juzgada es uno de los efectos contractuales (art. 850 CC), sin embargo fue advertido por la doctrina que los efectos contractuales y la cosa juzgada, actuando conjuntamente, era llamativa (cuando no paradójica), puesto que se trata de institutos disímiles ya que hay contratos que pueden ser revisados judicialmente (excesiva onerosidad, resolución por incumplimiento, excepción de incumplimiento contractual). Entonces, el motivo por el cual corren por dos andariveles distintos, pero interrelacionados es que la cosa juzgada tiene como efecto dar seguridad y estabilidad a la extinción de derechos aunque deben distinguirse algunos supuesto. Si se trata de una transacción judicial es aplicable el régimen de la cosa juzgada cumpliendo así dos funciones: modo de extinción de derechos personales y modo de extinción del proceso, por eso se aplica el régimen de ejecución de sentencias y preclusión procesal.

Por otro lado, si hablamos de una transacción extrajudicial, es un contrato, pero no en los términos de extinción del proceso, por lo que no se aplica el régimen de ejecución de sentencias y se precisa de un trámite de conocimiento, salvo que haya un instrumento que establezca su ejecución. Entonces, con el efecto de la cosa juzgada no se puede discutir lo ya acordado, tanto en lo judicial y extrajudicial, y que es ejecutable por el procedimiento de sentencia en la transacción judicial pero no en la extrajudicial que requiere un proceso de conocimiento o de ejecución si consta en un título ejecutivo. También, si hay un juicio iniciado con identidad subjetiva y objetiva, es oponible la defensa de cosa juzgada, sea celebrada judicialmente o no.

Con respecto a que la homologación judicial en las transacciones no es necesaria, ello resulta una solución práctica. La doctrina ha coincidido en este punto, ya que lo que se persigue no es examinar si la transacción es justa o injusta, sino si se viola o no alguna norma de orden público. Por ello, mientras la transacción sea legal, el juez debe homologarla, lo cual para su ejecución dará lugar a la vía ejecutiva. En caso contrario, el contrato de transacción seguirá siendo válido para las partes, pero para su ejecución tendrán que recurrir por la vía de conocimiento.

ARTÍCULO 1643.- ***Forma.*** ***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.***

1. Introducción

El Código de Vélez consagraba sobre la forma de los contratos en su art. 1184, inc. 8, CC y en particular sobre la forma de las transacciones en los arts. 837 y 838 CC. Como regla

general, el art. 837 CC dispone que la transacción no está sujeta a ninguna forma para su existencia, pero para sus pruebas estará subordinada a las disposiciones que existan sobre las pruebas de los contratos, o sea en principio es un acto no formal pero va a depender del tipo de transacciones al que estemos haciendo referencia para que tal disposición cambie.

Sin embargo, en particular el art. 1184, inc. 8, CC insta a que la forma de las transacciones que versen sobre bienes inmuebles deben ser hechas por escritura pública y el art. 838 CC dispone, de manera particular también, en los casos sobre derechos litigiosos en los que se exige que debe presentarse ante el juez de la causa, firmada por los interesados, para que esta sea válida.

Si bien la redacción del artículo en comentario es distinta, no puede dejar de desatacarse que, de manera más sencilla, coincide con lo regulado por los artículos antes mencionados.

2. Interpretación

La primera parte del art. 1643 CCyC hace referencia, como regla general, a que las transacciones deben ser hechas por escrito, omitiendo aclarar si esta es una exigencia para la validez del acto o solo necesario como prueba.

La segunda parte del artículo hace referencia a los derechos litigiosos. En estos casos, la exigencia de la forma del contrato de transacciones es absoluta, ya que se requiere la presentación del mismo firmado por las partes ante el juez que entiende en la causa para que dicho contrato sea válido. Por último, dispone que hasta que las partes no presenten el instrumento, la transacción no se tendrá por concluida y las partes podrán desistir de ella. Se entiende que dicho desistimiento podrá hacerse, entonces, antes de que la transacción sea presentada ante el juez, pues una vez presentada ya no se tiene la posibilidad de desistir y la transacción comienza desde la fecha de su celebración a surtir sus efectos.

En conclusión, se entiende que la exigencia de la forma es tan solo a modo de prueba de las transacciones en caso de que versen sobre derechos litigiosos —como ya se dijo—, y en los casos en los que versen sobre derechos dudosos no se requiere de forma mientras así las partes lo dispongan.

ARTÍCULO 1644.- ***Prohibiciones.*** *No puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables.*

Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar.

1. Introducción

El artículo comentado hace referencia al objeto de las transacciones, o sea sobre qué cosas se puede o no transigir, aunque lo hace de manera más acotada respecto al CC que le dedicaba al tema del objeto de las transacciones más artículos —arts. 842 al 849 CC—, con más detalles respecto de cuáles eran las cosas sobre las que se podía o no transigir. En el art. 1644 CCyC se dispone que no se puede transigir sobre los derechos en los que

esté comprometido el orden público, sobre los derechos que sean irrenunciables y sobre los derechos derivados de las relaciones de familia. No obstante, hace una excepción al disponer que sí se podrá en los casos en los que se trate sobre derechos patrimoniales derivados de los mismos, salvo si estos resultan contrarios al orden público, a la moral y a las buenas costumbres.

2. Interpretación

2.1. Derechos en los que está comprometido el orden público

Ya lo disponía el Código Civil en su art. 21 y el CCyC en su art. 12, en el cual regula que las convenciones hechas entre los particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en las cuales se encuentre el orden público. En suma, las partes no pueden transigir sobre derechos que puedan afectar intereses sociales.

2.2. Derechos irrenunciables

La renuncia es uno de los elementos del contrato de transacción, a través del cual se renuncia a un interés propio y se reconoce el interés del otro; esto teniendo en miras la posibilidad de satisfacer el interés de ambas partes. Por ello es que el artículo comentado establece un límite sobre el objeto de las transacciones, a la hora de prohibir al titular, en una situación forzosa, la posibilidad de renunciar a determinados derechos, a través del cual se vería en riesgo la facultad de poder ejercerlos.

Cuando se habla de "derechos irrenunciables" se hace referencia a derechos inherentes al individuo por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, así, a modo de ejemplo, los derechos humanos, el derecho a la libertad, el derecho a profesar una religión, el derecho a los alimentos futuros, etc.

2.3. Derechos sobre relaciones de familia o estado de las personas

El artículo hace referencia a que no pueden ser posible de transigir todos los deberes y derechos con relación a los vínculos familiares, remarcando una excepción en los que sí se puede, y son los casos en los que tenga como objeto derechos patrimoniales.

Un ejemplo de los que la norma no permite realizar un contrato de transacción son los de derechos de filiación o un contrato en el cual se acuerde un divorcio en concordancia a una religión determinada.

Por ello, es razonable que dicha norma disponga de limitaciones sobre que derechos pueden o no ser objeto del contrato de transacción.

ARTÍCULO 1645.- ***Nulidad de la obligación transada.*** ***Si la obligación transada adolece de un vicio que causa su nulidad absoluta, la transacción es inválida. Si es de nulidad relativa, las partes conocen el vicio, y tratan sobre la nulidad, la transacción es válida.***

Fuentes y antecedentes: art. 858 CC.

1. Introducción

El artículo comentado retoma el antecedente previsto en el art. 858 CC, pero con algunas diferencias de expresión y una clara unidad conceptual.

2. Interpretación

La unidad conceptual se refiere a que el título nulo no hace referencia a la forma del acto, sino a la causa que le da sustento a la transacción. Por eso es importante distinguir si ese título es nulo de nulidad absoluta o relativa. Cuando las partes transigen sobre la base de un acto inválido, la transacción corre la misma suerte y es nula de nulidad absoluta. Por eso, el espíritu de la norma no trata sobre los errores en los que pueden incurrir los contratantes o la falta de causa, sino sobre la inexistencia de una relación jurídica eficaz.

Sin embargo, si las partes conocen el vicio del título que genera una nulidad relativa, la transacción es válida. Deben haber pactado expresamente sobre esa cuestión y debe ser anterior a la celebración del contrato.

ARTÍCULO 1646.- ***Sujetos.*** *No pueden hacer transacciones:*

a. *las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo;*
b. *los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial;*
c. *los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión.*

1. Introducción

El CC trataba la capacidad para hacer transacciones de los sujetos en los arts. 839 al 841, con el agregado del art. 833 sobre los supuestos con capacidad para contratar. El CCyC sintetiza los artículos anteriores, dándole mas claridad y dotándolo de mayor precisión.

2. Interpretación

El inc. a, que coincide con la redacción del art. 840 CC, requiere que la persona tenga capacidad de disponer quedando involucrados allí todos los que puedan celebrar contratos y disponer de sus bienes. Esto se encuentra legislado en los arts. 22, 23 y 24 CCyC y desarrollado en los arts. 25 al 61 CCyC.

El inc. b enumera a quienes tienen prohibiciones basadas en relaciones interpartes y aquellas derivadas de vínculos que prevén un resultado económico en función de la delegación de facultades representativas y de rendición de cuentas. La relación entre padres con sus hijos, tutores con sus pupilos y curadores con sus curados está legislada en el CCyC en los arts. 677 a 698 CCyC, 130 a 134 CCyC y 138 a 140 CCyC, respectivamente.

El inc. c, finalmente, se refiere al rol de los albaceas, legislado en el art. 2523 CCyC, y de forma coincidente con la redacción anterior, este inciso prohíbe realizar transacciones sobre su actuación como representante de derechos ajenos, requiriéndose expresamente una autorización judicial tras una audiencia previa con los interesados.

ARTÍCULO 1647.- ***Nulidad.*** *Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo 9 del Título IV del Libro Primero respecto de los actos jurídicos, la transacción es nula:*

a. *si alguna de las partes invoca títulos total o parcialmente inexistentes, o ineficaces;*

b. *si, al celebrarla, una de las partes ignora que el derecho que transa tiene otro título mejor;*

c. *si versa sobre un pleito ya resuelto por sentencia firme, siempre que la parte que la impugna lo haya ignorado.*

1. Introducción

Este artículo enumera las causas de nulidad de la transacción estableciendo tres causales principales:

a. invocación de títulos inexistentes o ineficaces;

b. existencia de un derecho con otro título mejor ignorada por las partes al momento de la celebración del acto jurídico;

c. si existe una resolución judicial con sentencia firme, ignorada por la parte que lo impugna.

Además de las reglas generales sobre ineficacia, el art. 1647 CCyC incorpora tres nuevos supuestos basados en la redacción de los arts. 857, 859 y 860 CC, en los que el Código establece supuestos genéricos basados en error, dolo, miedo, vicio, violencia y falsedad documental.

2. Interpretación

El inc. a sobre la invocación de títulos inexistentes o ineficaces trata sobre errores en el objeto del negocio, como por ejemplo la existencia de un documento falso, coincidente con la redacción de los arts. 857 y 859 CC. El inc. b proporciona una mirada distinta a la redacción del art. 859 CC dado que esta nueva redacción prevé la existencia de un mejor título mientras que la anterior aludía al descubrimiento de nueva documentación que probara que una parte carecía de todo derecho, estableciéndose así una invalidez relativa por un vicio de error. El inc. c, por último, está emparentado con el art. 860 CC en tanto una de las partes transige ignorando que sobre la cuestión ya hay cosa juzgada o sentencia judicial definitiva. Son necesarios, entonces, los siguientes elementos:

a. que quien pretende la nulidad ignore la existencia de una resolución judicial;

b. que esa resolución esté firme; y

c. que se trate de una transacción sobre derechos litigiosos.

ARTÍCULO 1648.- ***Errores aritméticos.*** ***Los errores aritméticos no obstan a la validez de la transacción, pero las partes tienen derecho a obtener la rectificación correspondiente.***

1. Introducción

El Código de Vélez contenía en su art. 861 CC una estipulación semejante a la enunciada en la norma en comentario, difiriendo en que en este caso no se hace referencia a la posibilidad de rescisión del contrato de transacción que sí está prevista en el art. 861 CC.

2. Interpretación

Más allá de la diferencia señalada en la introducción, ambas normas establecen el mismo contenido y la misma solución que consiste en autorizar a una de las partes a pedir la rectificación con el fin de enmendar las cifras erróneas cometidas por una de las partes o

por un tercero. Dicho error aritmético o de cálculo no es más que un error en las operaciones matemáticas, el cual no da derecho a pedir la nulidad ya que se considera un error accidental que afecta al cumplimiento de la transacción y no a su formación. Por ello, la transacción mantiene su eficacia.

CAPÍTULO 29(*)
Contrato de arbitraje

ARTÍCULO 1649.- ***Definición.*** *Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.*

1. Introducción

Consecuente con la búsqueda de actualización de las normas contenidas en el Código sustituido, este nuevo cuerpo normativo de fondo introduce cambios significativos en el tratamiento y alcance de ciertos institutos de derecho.

En este sentido, el abordaje del instituto del arbitraje es uno de los casos en los cuales es ostensible que el legislador ha producido un cambio completo de la óptica existente.

El sistema legal a través del cual se regulaba el arbitraje en Argentina se encontraba en la legislación procesal, careciendo hasta ese momento de una ley nacional. Es decir, al ser una materia procesal, cada Código Procesal provincial contenía una regulación propia, toda vez que en la Argentina la legislación procesal no ha sido delegada en el gobierno federal, y por ello queda reservada a las provincias.(86) El arbitraje entonces, era interpretado como un "*procedimiento especial*", con las consecuencias que ello implicaba en cuanto a la desuniformidad de tratamiento.

Desde el punto de vista de su efectiva instrumentación, si bien el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) contiene disposiciones sobre la posibilidad de someter cuestiones a arbitraje,(87) sobre ejecución de laudos extranjeros,(88) y sobre el tratamiento

(*) Comentarios a los arts. 1649 a 1665 elaborados por Verónica Sandler Obregón.

(86) Art. 121 CN.

(87) El art. 1° CPCCN establece como regla general que la competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable, agregando "*sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el Art. 12, inc. 4 de la Ley 48 exceptuándose la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de las partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la Republica, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prorroga está prohibida por la ley*".

(88) Dentro del tratamiento de los procesos de ejecución, el CPCCN contempla la conversión en título ejecutivo de las sentencias extranjeras, lo que se rige en primer lugar por los tratados existentes con el país de que provenga, y en el caso de no existir compromisos internacionales, se establece un procedimiento de *exequatur* para que el mismo pueda ser ejecutado en el país. Los requisitos se encuentran establecidos en el art. 517 CPCCN: que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada, que emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional, que sea consecuencia de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble si este ha sido

de los distintos tipos de procedimientos arbitrales,[89] la regulación del acuerdo arbitral es deficiente. El CPCCN prevé un "doble juego de acuerdos" como pasos necesarios para poner en funcionamiento el arbitraje.[90] Así, el CPCCN establece la necesidad de celebrar un "compromiso arbitral", con posterioridad al surgimiento del conflicto. Es decir que, más allá de la existencia de una cláusula compromisoria, esta no era suficiente por sí, pues en el CPCCN es exigencia legal que las partes suscribían el compromiso arbitral, formalizado una vez surgido el conflicto, por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa o ante aquel a quien hubiese correspondido su conocimiento.[91] Bajo este esquema, la cláusula compromisoria no es suficiente, siendo necesario que las partes firmen el compromiso arbitral en el cual, además de ratificar el sometimiento a arbitraje, precisen concretamente las materias que serían decididas por los árbitros. O, ante la falta de acuerdo para formalizar el compromiso, su contenido es definido a través de una sentencia judicial (art. 742 CPCCN).

La nueva regulación de fondo procura promover la seguridad jurídica de las transacciones comerciales como consecuencia de la dinámica comercial actual, y brindar herramientas útiles y soluciones contemporáneas a los operadores del mercado. De esta forma, tomando los avances existentes en el derecho comparado, la legislación argentina en materia de arbitraje se actualiza permitiendo presentar al arbitraje como una alternativa válida para resolver conflictos derivados de relaciones jurídicas que requieran la aplicación de ventajas propias del sistema: la aplicación de un foro neutral, celeridad, confidencialidad, especialidad en tema a decidir, flexibilidad, y otros aspectos exigidos como fruto de la globalización económica.

A lo largo de la historia, el arbitraje ha demostrado una creciente evolución,[92] permitiendo que su aplicación y elección sea cada vez más segura y eficaz a nivel mundial. Ahora bien; ninguno de estos objetivos podrían haberse logrado sino se hubiera partido de una estructura sólida. Para que haya arbitraje, debe existir un acuerdo de voluntades, en virtud del cual las partes se obligan a someter determinadas controversias a arbitraje. Eso constituye, precisamente, lo que el CCyC ahora denomina *"contrato de arbitraje"*.

El arbitraje es una justicia privada, de fuente convencional,[93] ya que su origen inmediato es el acuerdo a través de la cual las partes exteriorizan su voluntad de excluir la intervención de los tribunales judiciales, y someterse a la decisión de árbitros. En conclusión, este

trasladado a la República, que la demandada haya sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa, que la sentencia reúna los requisitos para ser considerada tal en el lugar que se hubiese dictado, y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional; que la sentencia no afecte el orden público del derecho argentino y que no sea incompatible con otra sentencia pronunciada con anterioridad o simultáneamente por un tribunal argentino. A estos requisitos hay que sumarle que la prórroga de jurisdicción sea admisible conforme el art. 1° CPCCN, y que las cuestiones objeto del arbitraje sean pasibles de transacción.

(89) El CPCCN dedica el Libro VI al Proceso Arbitral y dentro del mismo incluye los títulos sobre juicio arbitral, juicio de amigables componedores y el de pericia arbitral.

(90) Art. 739 CPCCN.

(91) Art. 742 CPCCN.

(92) Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada,* Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p. 20.

(93) Caivano, Roque J., *Arbitraje*, 2ª ed., Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2000, p. 93.

acuerdo o convenio arbitral configura un contrato en sí mismo y es la estructura adecuada para su desarrollo.

2. Interpretación

2.1. Naturaleza y efectos del acuerdo arbitral

Al tratarse de un acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas (arg. art. 957 CCyC) no cabe duda que el acuerdo arbitral constituye un verdadero contrato. Con todo, este contrato tiene un propósito específico, consistente en sustraer ciertos litigios de la jurisdicción ordinaria, sometiéndose a una justicia privada. El acuerdo arbitral implica entonces la obligación de las partes de resolver sus conflictos por vía arbitral, obligándose al mismo tiempo a no deducir respecto de las mismas acciones judiciales.

En definitiva, el acuerdo arbitral produce dos efectos principales:

i. los jueces estatales devienen incompetentes para intervenir en la resolución de aquellos conflictos que hayan sido sometidos a arbitraje, y

ii. los árbitros resultan investidos de atribuciones jurisdiccionales para resolver las controversias que se someten, comprendiendo la facultad de decidir sobre su propia competencia ante un cuestionamiento sobre la incompetencia del árbitro o tribunal.

Por todo lo expuesto, se puede evidenciar la naturaleza mixta del arbitraje —contractual por su origen, jurisdiccional por las atribuciones que de él derivan a los árbitros—, circunstancia recogida no solo por la doctrina y jurisprudencia internacional, sino también por nuestros tribunales nacionales[94] y ahora, por la legislación nacional.

2.2. La eliminación del compromiso arbitral

Como surge del texto de la norma, la sola existencia de un acuerdo o convenio arbitral entre las partes es suficiente para producir efectos. La mayoría de los instrumentos internacionales han abandonado el requisito del compromiso arbitral, reconociéndose la autosuficiencia del acuerdo arbitral, así este consista en una cláusula contenida en un contrato que contemple el arbitraje para resolver controversias futuras. En conclusión, un único acuerdo es válido y eficaz para producir la totalidad de sus efectos aunque no sea complementado o precisado por otro con posterioridad al surgimiento de la controversia. La figura del "compromiso arbitral", en suma, desaparece como categoría propia.

Asimismo, se deja de lado la diferenciación en cuanto al esquema de conflictos presentes o futuros, determinando que el sometimiento de arbitraje puede darse para *"todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir"* de una relación jurídica determinada.

Podemos concluir, entonces, que el acuerdo arbitral consistente en una cláusula contractual prevista para controversias futuras es suficiente para poner en funcionamiento el arbitraje. El "contrato de arbitraje" comprende en su concepto a las dos modalidades clásicas a través de las cuales se pactaba el arbitraje ("cláusula compromisoria" y "compromiso

(94) CSJN, "Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ Tribunal Arbitral", 11/11/1997, Fallos: 320:2379; CSJN, "Rocca, J. C. c/ Consultara S.A. s/ ordinario", 31/05/1999, Fallos: 322:1100.

arbitral") sorteando de esa manera los inconvenientes que generaba la exigencia legal de celebrar el segundo: ya no es necesario que las partes vuelvan a acordar una vez surgido el conflicto, ni tampoco recurrir al Poder Judicial para lograr su instrumentación en caso de falta de acuerdo.

2.3. Cuestiones comprometidas. El orden público

A los fines de poder determinar si una controversia es susceptible de ser resuelta por medio del arbitraje debemos analizar lo que se conoce como arbitrabilidad de la controversia.

La última parte del artículo analizado involucra una limitación a las materias que pueden ser objeto de un arbitraje, estableciendo que no pueden someterse a arbitraje las cuestiones en que se encuentre comprometido el orden público. Es decir que, la relación jurídica de la que surja la controversia objeto del contrato debe ser de derecho privado y no encontrarse afectado el orden público. La falta de un concepto preciso, claro o invariable puede dar lugar a dificultades de interpretación. También, en lo que hace al contenido de lo que se entienda por orden público "comprometido", dado que podría dejar fuera de la competencia arbitral cuestiones que, si bien pueden comprometer normas de orden público, son disponibles para las partes (cfr. arts. 736, 1644, 1651 CC).

En la práctica arbitral es frecuente encontrar discusiones en torno a la posibilidad de considerar arbitrables los conflictos que se relacionan con disposiciones de orden público y cuándo se configura su afectación. Lo que se discute, en síntesis, es si el solo hecho de que se aplique una norma imperativa a la controversia —por ejemplo, normas sobre patentes, o defensa de la competencia, etc.— es causal suficiente para excluir la competencia arbitral.

Es importante señalar que, habiendo reconocido la fuente convencional de la jurisdicción de los árbitros, estos solo pueden juzgar las cuestiones que afectan a esas partes y no las que afecten el interés general. Pero esto no implica *per se* que toda aplicación de una norma de orden público traduzca la no arbitrabilidad de la materia.[95] Esta postura, compartida por gran parte de la doctrina y jurisprudencia, es la que debería ser tomada a los efectos de interpretar el texto del art. 1649 CCyC: aunque el orden público pueda contener determinados contenidos imperativos, esto no implica que quede automáticamente excluida de aquellas que pueden ser decididas por árbitros. Serán estos quienes, inicialmente, al encontrarse confrontados con disposiciones legales imperativas relevantes, tendrán competencia para realizar un examen de la ley aplicable, a efectos de determinar la posible afectación del interés general[96] y, sobre esa base, determinar si la

(95) Ver Corte de Apelaciones de París, *Deko c. G. Dingler et Meva*, 23/03/1994, en *Revue de l´arbitrage*, 1994, n°. 3, p. 515, en donde la Corte de Apelaciones de Paris juzgó una cuestión relativa a un contrato de explotación de patentes de invención arbitrable, no obstante la legislación sobre patentes atribuía jurisdicción exclusiva a jurisdicción estatal. Entendiendo que los árbitros pueden resolver válidamente sobre el contrato relativo a la explotación de patentes, porque es una cuestión relativa al alcance de la concesión, produciendo efecto solo entre las partes, y no implica decidir sobre la patente en si misma, porque esta cuestión si trasciende la esfera del contrato y se aplica *erga omnes*.

(96) Paulsson, Jan, "*El orden público como criterio para negar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales*", en Guido Tawil y Eduardo Zuleta (dirs.), *Arbitraje Comercial internacional. Estudios de la Convención de Nueva York con motivo del 50to. aniversario, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008*, p. 610.

materia es en sí misma no-arbitrable (por ejemplo: la validez de un vínculo familiar) o si es de aquellas que no son consideradas automáticamente no-arbitrables (por ejemplo: normas relativas al fraude), y requerirán un análisis pormenorizado. Ello, desde luego, sin perjuicio del posterior control judicial de los tribunales a efectos de verificar la conformidad del laudo con el orden público.

En conclusión, no se puede postular de manera genérica que las cuestiones en las que esté la interpretación o aplicación de normas de orden público, son insusceptibles, de ser resueltas por árbitros.

ARTÍCULO 1650.- ***Forma.*** *El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento.*

La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

1. Introducción

Como se ha mencionado, uno de los avances más importantes de la reforma es el reconocimiento de la autosuficiencia de la cláusula arbitral y el tratamiento equivalente que se hace entre la cláusula arbitral (contenida en el contrato) y el compromiso arbitral (producida la controversia). Este artículo vuelve a reafirmar que una cláusula arbitral contenida en un contrato constituye, por sí sola, sin necesidad de ulterior ratificación o complementación, un contrato de arbitraje. Asimismo, siguiendo la tendencia prevaleciente a nivel internacional, la norma solo exige que el acuerdo arbitral conste por escrito, sin requisitos adicionales de forma, y prevé la posibilidad de que el acuerdo arbitral sea incorporado a un contrato por la referencia que en él se haga a otro documento que lo contemple.

2. Interpretación

El art. 1650 CCyC establece la forma en que debe ser expresado el consentimiento para someterse a arbitraje. Llama la atención la inexistencia de referencia alguna a formas que pueden considerarse equivalentes a la escritura, comunes hoy en base a los cambios y avances tecnológicos en soportes distintos del papel.

La forma es la manera en que la voluntad de las partes debe exteriorizarse para producir los efectos jurídicos deseados.[97] Para que la voluntad tenga efectos legales debe ser susceptible de ser aprehendida por los demás.[98] El acuerdo arbitral también necesita un hecho exterior por el cual el consentimiento de las partes de delegar la jurisdicción natural de los tribunales estatales a árbitros privados se manifieste. Para la mayoría de los instrumentos internacionales sobre la materia, el acuerdo arbitral debe ser hecho por escrito. Aunque puede constar en el mismo contrato o en un intercambio de instrumentos,

(97) González de Cossio, Francisco, "La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo", en Soto Coaguila, Carlos, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008, pp. 209/223.

(98) Alterini, Atilio A., *Contratos Civiles, Comerciales, De Consumo: Teoría General*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 183.

todos concuerdan con la necesidad de que existan "constancias documentales" de la voluntad de someterse a arbitraje.[99]

La Ley Modelo de UNCITRAL,[100] en la versión aprobada en 2006, buscó ajustarse a los cambios de paradigma existentes en la materia. Para ello, se revisó la redacción del art. 7° y se introdujeron dos posibilidades entre las cuales los Estados interesados en seguir sus postulados pueden optar. La Opción I CNUDMI/UNCITRAL del art. 7° mantiene la necesidad de que el acuerdo arbitral sea escrito (art. 7°, inc. 2), aunque la sutileza radica en la posibilidad de que este requisito se entienda cumplido si su contenido está registrado en cualquier forma, sea que el propio acuerdo arbitral o el contrato que lo contiene hayan sido concluidos en forma oral, por hechos o por otros medios (art. 7°, inc. 3). Es decir que, si bien se mantiene el requisito de la forma escrita, en base a la nueva redacción, el acuerdo arbitral ya no tiene que constar en un documento, reconociendo como equivalentes otros medios de celebrar el acuerdo arbitral (comprendido la forma oral) siempre que su contenido quede registrado, ni tampoco tiene que estar firmado por las partes.[101] La norma también prevé que la exigencia de la escritura puede ser cumplida por medios electrónicos de comunicación, siempre que la información consignada en ella sea accesible para su ulterior consulta, entendiéndose por "comunicación electrónica" a cualquier comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos, expresión que debe ser interpretada como comprensiva de información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros y sin limitarse, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax (art. 7°, inc. 4). Finalmente, se mantienen las otras formas admitidas por la versión anterior: por medio de intercambio de escritos de demanda y contestación en los que exista un acuerdo, sin que este sea negado por la otra parte. (art. 7°, inc. 5°), y la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato (art. 7°, inc. 6).

La Opción II del mismo artículo simplemente define al "acuerdo de arbitraje" como un acuerdo entre las partes para someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no, omitiendo toda referencia a requisito alguno de forma.

En resumen, el nuevo CCyC sigue la exigencia de materializar el acuerdo arbitral de forma escrita, aunque no contiene una enumeración de "equivalentes" a la escritura, como postula la Opción I del art. 7° de la Ley Modelo. Lo que sí recoge el art. 1650 CCyC es la denominada "incorporación por referencia" al establecer que *"… la referencia hecha en*

(99) La justificación basa en la necesidad de asegurar evidencia idónea de dicho contrato. *Report of the Secretary-General on the Revised Draft Set of Arbitration Rules, UNCITRAL, Ninth Session,* UN Doc. A/CN.9/112/Add. A, VII UNCITRAL YB 166, 167, 1976 ("*writing is required in order to avoid uncertainty as to whether the Rules have been made applicable*").

(100) United Nations Commission for the Unification of International Trade Law (en español, CNUDMI: Comisión Nacional de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

(101) Ley Modelo UNCITRAL, Opción I, Art. 7.3: "*Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio*".

un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato" (art. 1650, párr. 2, CCyC).

ARTÍCULO 1651.- ***Controversias excluidas.*** *Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias:*

a. *las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas;*
b. *las cuestiones de familia;*
c. *las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores;*
d. *los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto;*
e. *las derivadas de relaciones laborales.*

Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

1. Introducción

Como mencionábamos anteriormente, la arbitrabilidad marca el punto donde finaliza la autonomía de la voluntad y comienza la competencia judicial exclusiva.[102] Es decir, que las partes podrán someter a arbitraje todas aquellas cuestiones en las cuales el Estado no tenga una jurisdicción irrenunciable e imperativa. Justamente, este artículo determina qué materias el legislador ha reservado al conocimiento exclusivo de los tribunales judiciales.

2. Interpretación

2.1. Definición de la materia arbitrable

La condición de arbitrable de una materia depende fundamentalmente de la legislación de cada país, ya que cada Estado define qué materias pueden resolverse por arbitraje y cuáles quedan excluidas de su aplicación. Precisamente, el objetivo del art. 1651 CCyC es definir el ámbito de las materias arbitrables, estableciendo límites a la potestad de las partes para la delegación de jurisdicción a favor de jueces privados.

Asimismo, el CPCCN define el ámbito de las materias arbitrable por medio de la determinación de un principio general y excepciones, encontrando regulado de manera indirecta la arbitrabilidad en función de remisiones efectuadas a normas procesales. La postura adoptada se basa en el principio general de que "*toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el Art. 737, podrán ser sometidas a la decisión de jueces árbitros antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de este"* (art. 736 CPCCN). Mientras, las excepciones están determinadas por la naturaleza intransferible de los derechos involucrados en la controversia. El art. 737 CPCCN dispone "*no podrán comprometerse en árbitros bajo pena de nulidad las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción*". Como excepciones surgían las controversias relativas a la validez o nulidad del matrimonio, patria potestad y estado civil de las personas, entre otras, siempre en función de derechos respecto de los cuales la transacción era prohibida.

(102) Carbonneau, Thomas E. y Janson, Francois, *Cartesian logic and frontier politics, French and American concepts of arbitrability*, Tulane Journal of international and Comparative Law, vol. 2, n° 1, 1994, p. 193 y ss.

El art. 1651 CCyC aplica un método distinto en este aspecto, determinando que cualquier materia puede ser objeto de arbitraje salvo las expresamente excluidas. Sin embargo, como se analizará a continuación, el artículo restringe la autonomía de la voluntad de las partes, en discordancia con la tendencia moderna en el derecho comparado, que no limita las cuestiones que pueden someterse a arbitraje, reservando la noción de orden público solo con relación a la ejecutabilidad o nulidad del laudo y en la medida en que este sea contrario a aquél (cfr. art. 7°,inc. 1°; Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL, Asamblea General, resolución 40/1972, 11/12/1985).

2.2. Breve análisis de las materias excluidas

2.2.1. Cuestiones de familia

El art. 1651 CCyC excluye del contrato de arbitraje las materias que se refieren al estado civil o capacidad de las personas y cuestiones de familia. Esta limitación se encuentra en línea con la solución dada en el CPCCN (art. 737), pero el artículo agrega la mención de *"las cuestiones de familia"* sin especificar si abarca tanto las patrimoniales como las no patrimoniales.

Si se observa el Anteproyecto del CCyC, se puede advertir que este artículo solo hacía referencia a la exclusión de cuestiones **no patrimoniales de familia**, de modo que las cuestiones patrimoniales sí podían ser objeto de arbitraje. La modificación realizada por el Congreso eliminó esta distinción que resultaba acorde a la práctica y legislación emanada del derecho comparado. Será de notaria relevancia el tratamiento jurisprudencial que se le dé al tema en pos de no cercenar innecesariamente el ámbito de aplicación del arbitraje.

2.2.2. Cuestiones de derechos de usuarios y consumidores

Si bien a lo largo del ordenamiento jurídico argentino encontramos distintas normas, inclusive constitucionales,[103] que vinculan al arbitraje con los derechos de usuarios y consumidores, la norma en análisis excluye la aplicación del contrato de arbitraje a los conflictos en los que se encuentren involucrados aquellos, pese a que muchas normas, incluso de manera contradictoria, establecen la conveniencia de buscar sistemas alternativos de resolución de conflictos.

Precisamente, en función de una mirada global sobre el tratamiento del tema, consideramos que el art. 1651 CCyC podría ser interpretado de una manera favorable al arbitraje, entendiendo que no prohíbe su aplicación como forma de resolución de conflictos entre consumidores y usuarios, sino que simplemente no permite convenir en contratos de consumo el arbitraje para controversias futuras que puedan surgir del mismo. Ello permitiría interpretar que el propósito de la ley es evitar que el usuario o consumidor, parte débil de la relación contractual, se vea compulsivamente sometido a arbitraje a través de una cláusula predispuesta por el proveedor, pero no impediría instrumentar con posterioridad al surgimiento del conflicto ese sometimiento, a través de un acuerdo válido, libre y pleno que no deje lugar a dudas sobre su voluntad de recurrir al arbitraje.

Bajo esta interpretación se podría lograr un conveniente balance entre libertad y tutela del consumidor, permitiendo que el arbitraje sea la llave para la resolución de los conflictos

(103) Por ejemplo, el art. 59 de Ley de Defensa del Consumidor o el art. 42 CN que prevén el establecimiento de procedimientos y foros eficientes para la prevención y solución de conflictos entre usuarios y consumidores.

que afecten a consumidores, si es que estos, conociendo claramente las reglas del juego y cumpliéndose las garantías esenciales de todo procedimiento, aceptan someterse a ellas.

2.2.3. Cuestiones que surjan de contratos por adhesión

En base a lo comentado en el punto anterior, también podemos hacer alguna observación con relación a la exclusión de los contratos por adhesión, independientemente de las partes intervinientes y objeto del contrato, dado que plantea una interpretación restrictiva del acuerdo arbitral, partiendo de la base de una desigualdad entre los contratantes en el poder de negociación, lo cual alcanza los contratos celebrados entre empresarios, en los que en algunos casos no será necesaria la tutela con la misma intensidad que la prevista para el caso de los consumidores.

La solución no consiste en privar de validez a los pactos celebrados bajo esta modalidad, sino en intentar disminuir sus aspectos más problemáticos, por ejemplo establecer requisitos de forma o redacción tendientes asegurar que el contratante que adquiere la formula predispuesta tenga efectivo conocimiento de sus efectos.

En conclusión, y de la mano de la tendencia jurisprudencial en el tema,[104] no puede considerarse que el sometimiento a arbitraje deje de ser voluntario por estar la cláusula contenida en un contrato celebrado por adhesión, lo que no impide examinar su contenido o verificar que esta no resulte abusiva ni manifiestamente perjudicial para el adherente. Vale decir, que los acuerdos arbitrales contenidos en contratos comerciales, incluidos por adhesión deberían considerarse válidos y obligatorios, salvo que se verifique una utilización abusiva del recurso técnico contractual. Ello permite afirmar que, en rigor, no estamos en presencia de una materia no arbitrable *stricto sensu*, sino eventualmente de una estipulación inoponible a la parte que adhiere al contrato.

2.2.4. Cuestiones laborales

En la legislación preexistente[105] existía la posibilidad de recurrir al arbitraje por cuestiones relacionadas a derechos laborales. Esta circunstancia no se veía reflejada en la práctica, siendo en los hechos casi inexistente el sometimiento a arbitraje para estas controversias. Ello fundamentalmente a consecuencia de la multiplicidad de normas que regulan al instituto, muchas veces de manera superpuesta y contradictoria.

Esta circunstancia, sumada a los obstáculos que se establecen en las disposiciones legales aplicables a la materia —como por ejemplo, la improrrogabilidad de la jurisdicción de la Justicia Nacional del Trabajo, que establece la legislación procesal laboral— han llevado lamentablemente a la no aplicación del arbitraje en materia laboral, lo que en otros países ha resultado muy beneficioso en pro de la defensa de los trabajadores en relaciones laborales existentes en la modernidad.

2.2.5. Cuestiones con partes estatales

Se establece en la última parte del artículo que *"las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sea parte el Estado nacional o local"*.

(104) CJ San Juan, Sala I, "*MC Servicios de Consultora SRL c/ Minera Argentina Gold SA*", 12/06/2014..

(105) Decreto-ley 32.347/1944 ratificado por ley 12.948, derogado por ley 18.345, a su vez modificada por ley 24.635, entre otras.

La norma no excluye la posibilidad de que el Estado se someta a arbitraje, sino que dispone que, en su caso, no serán de aplicación las normas contenidas en este capítulo, sino las regulaciones específicas en el marco del derecho internacional privado de fuente convencional. Ello es congruente con el art. 1649 CCyC que limita la definición del contrato de arbitraje al acuerdo arbitral referido a cuestiones o controversias nacidas de relaciones jurídicas de derecho privado.

ARTÍCULO 1652.- ***Clases de arbitraje.*** ***Pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de derecho.***

1. Introducción

En el estudio del arbitraje encontramos la distinción entre las dos clases tradicionales de arbitraje: de derecho o de equidad. Estas categorías apuntan a definir el modo de actuación de los árbitros y la naturaleza de la decisión. El art. 1652 CCyC mantiene estas dos categorías, aunque introduce algunos cambios significativos en cuanto a la redacción anterior y sus efectos.

2. Interpretación

	Arbitraje de derecho	Arbitraje de equidad
Actuación árbitros	En este caso los árbitros actúan con sujeción a formas legales y decidirán sobre el fondo del asunto según el derecho positivo. Poseen un carácter jurídico que los obliga a sustentar el laudo en el derecho de fondo.	Los amigables componedores o arbitradores pueden prescindir de las normas jurídicas, tanto en la tramitación del proceso como en la fundamentación del laudo. Los árbitros deben resolver en equidad, según su leal saber y entender. Están dispensados por voluntad de las partes a sujetarse a reglas de procedimiento o aplicar las soluciones previstas en las normas de fondo para la resolución del caso.
Sistema recursivo	Los laudos son recurribles mediante los mismos recursos que caben contra sentencia de los jueces y ante un tribunal judicial (recurso de nulidad y aclaratorio). Causales de nulidad amplias y por vía de recurso. Mayor apego a las formas.	Los laudos son irrecurribles en función del criterio de valoración puntual de cada árbitro. Puede interponerse demanda de nulidad pero con causales restringidas (laudos dictados fuera de plazo o *extra petitum*) y se habilita una acción ante tribunal de primera instancia judicial. Menor apego a las formas.

En torno a la cuestión, es interesante señalar dos disposiciones novedosas producto de la nueva legislación. En primer lugar, si bien el CPCCN establece que si las partes nada hubieran estipulado al pactar el arbitraje respecto del carácter que revestirá, se entenderá que es de amigables componedores,[106] la nueva redacción del artículo modifica esta

(106) Art. 766, párr. 2, CPCCN.

presunción a favor de los arbitrajes de derecho, estableciendo que en caso de silencio se inclina ahora por el arbitraje de derecho.

En segundo lugar, se ha mantenido la denominación *"amigables componedores"* aun cuando se la ha criticado (transmite erróneamente la idea de un rol parecido al del mediador) o la de "arbitradores" (terminología adecuada para peritos y no árbitros) en función de las dudas que genera su aplicación en la práctica.

ARTÍCULO 1653.- ***Autonomía.*** ***El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.***

1. Introducción

A los efectos legales, el CCyC considera al convenio arbitral como un contrato independiente o autónomo, incorporando de esta manera en su redacción uno de los principios fundamentales del arbitraje moderno.

2. Interpretación

La autonomía del contrato de arbitraje implica considerarlo un acuerdo independiente y distinto del contrato principal en el cual está contenido, no sufriendo las incidencias propias de este. El fundamento que tiene este principio, llamado de "autonomía de la cláusula arbitral", es que si el convenio arbitral no fuese considerado autónomo o separado al contrato principal que lo contiene, bastaría con atacar la validez del contrato principal ante los tribunales judiciales nacionales para que las partes debieran esperar un fallo definitivo sobre la validez del contrato y del pacto, para luego proseguir con el arbitraje.[107]

Este principio no se encontraba regulado por el CPCCN, y tampoco existían normas que trataran directamente la cuestión a nivel nacional, ya que básicamente se consideraba al convenio arbitral accesorio al contrato principal. A nivel jurisprudencial no ha existido una posición uniforme ni unánime sobre el tema,[108] oscilando nuestros tribunales entre consagrar en plenitud el principio de autonomía del convenio arbitral o restringir la competencia de los árbitros al resultado de una sentencia previa de un juez que determine la validez o la nulidad del contrato base y cláusula arbitral.

A nivel internacional, la mayor parte de las legislaciones extranjeras y convenios internacionales han sentado reglas precisas al respeto, estableciendo claramente la autonomía

(107) Cantuarias Salaverry, Fernando: *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Lima, Editorial UPC, 2007, pp. 121 y ss.

(108) CSJN, "Otto Franke c/ Prov. De Buenos Aires", 19/12/18, Fallos 128:402, CNac. Apel. Com. Capital Federal, "Romero c/ Romero y Cía.", 29/10/26, *JA* XXII-1926-1177, CSJN, 27/12/74, *JA* 27-1975-115, CNac. Apel. Com. Capital Federal, "Cimic SRL c. Silva , Ricardo", LL-82-402, CNac. Apel. Com. Capital Federal, Sala A, *Peruzzotti, Arturo c. Asociación Argentina de Criadores de Ave, Conejos y Abejas*, 28/7/54, LL 76-324, CNac. Apel. Com. Capital Federal, Sala B, "Hadra y Cia S.A. c. Ferrarini, Dardo", 30/07/65, *JA* 1966- IV -116 entre otros.

de las claúsulas atributivas de jurisdicción frente a una posible invalidez del contrato que lo contiene.

En conclusión, cualquier controversia con relación a la inexistencia, ineficacia, resolución o invalidez u otro vicio del contrato que tiene incorporado el convenio arbitral deberá, en principio, ser sometida al conocimiento del tribunal arbitral, circunstancia que se encuentra íntimamente relacionada con el otro gran principio del arbitraje que es el principio *kompetenz-kompetenz* (competencia–competencia) que analizaremos a continuación.

ARTÍCULO 1654.- ***Competencia.*** ***Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.***

1. Introducción

Luego de establecer el principio de autonomía de la cláusula arbitral, el CCyC regula el principio *kompetenz–kompetenz*. Aunque, como se explicará más adelante, son principios que apuntan a cuestiones diversas, ambos forman parte de un esquema defensivo común, en aquellos casos en que la incompetencia del tribunal arbitral está sustentado en la invalidez de la cláusula arbitral, producto de la invalidez del contrato en que se hallaba incorporada.

2. Interpretación

El principio *kompetenz-kompetenz* es reconocido en el ámbito internacional y se utiliza para definir la posibilidad reconocida a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia cuando alguna de las partes la cuestione.

Generalmente, en la práctica, la aplicación de este principio se presenta de manera conjunta con el principio de la autonomía de la voluntad, ya que son los árbitros los primeros que tendrán que determinar su propia competencia para evaluar la validez o no de la cláusula arbitral contenida en un contrato eventualmente nulo.

Se ha reconocido que este principio genera un efecto positivo y otro negativo. El primero, tendiente a permitir que sean los propios árbitros quienes decidan acerca de su competencia; y el negativo, obligar a los tribunales judiciales a declinar su competencia ante la invocación de un acuerdo arbitral, salvo que el mismo resulte manifiestamente nulo o inaplicable. Este segundo efecto se observa en la primera parte del art. 1656 CCyC: conforme esta norma, "*el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable*".

ARTÍCULO 1655.- ***Dictado de medidas previas.*** ***Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante. La ejecución de las medidas cautelares***

y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial. Las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros.

Las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables.

1. Introducción

El artículo reconoce a los árbitros —salvo pacto expreso en contrario— la facultad de adoptar, a pedido de parte, las medidas cautelares necesarias en base a la controversia, sin que la falta de *imperium* impida a los árbitros el ejercicio de esa atribución. Este artículo deja atrás una histórica discusión acerca de las atribuciones cautelares de los árbitros, discusión que tuvo lugar a partir de normas procesales que motivaron interpretaciones erradas, infiriendo que los árbitros no podían dictar medidas cautelares (art. 753 CPCCN).

2. Interpretación

2.1. Generalidades

Los jueces estatales cuentan con la facultad de conocer y resolver lo asuntos sometidos a su jurisdicción, y de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, ejecutándolas con el empleo de la fuerza pública en caso necesario. Ahora bien, el acuerdo arbitral importa una prórroga de jurisdicción a favor de los árbitros, desplazando la de los jueces del Estado, cuya sustracción se produce. Es por esta razón que los árbitros serán los responsables del dictado de la medida cautelar, aunque requerirán del auxilio de los jueces para la ejecución compulsiva de la misma.

La falta de *imperium*, entendida como la falta de poder de coerción de los árbitros, no perjudica la obligatoriedad de sus decisiones. Los árbitros serán, en consecuencia, quienes tengan la potestad de evaluar la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares que las partes le soliciten durante el procedimiento, lo cual implica también reconocerle facultades para decidir sobre las condiciones para su dictado, levantamiento, sustitución y eventuales pedidos de ampliación o mejora.

2.2. Jurisdicción concurrente

El CCyC recepta la posición reconocida en numerosos instrumentos internacionales,[109] en cuanto a la posibilidad de que las medidas cautelares sean dictadas indistintamente por los tribunales judiciales o arbitrales, sin afectar la competencia de los árbitros establecida contractualmente.

2.3. Revisión judicial

Con relación a las medidas cautelares, se permite la opción de impugnar judicialmente las medidas cautelares tomadas por el tribunal arbitral. Teniendo en cuenta la búsqueda constante por tratar de evitar los mínimos y solamente necesarios contactos con los poderes

(109) Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) 2012, art. 28.2, Reglamento UNCITRAL 2010, art. 26.9, Ley Modelo de UNCITRAL 1985-2006, art. 9°, entre otros.

judiciales locales, con el fin de no dilatar ni atentar contra la naturaleza arbitral, consideramos riesgosa esta regulación, los tribunales judiciales habrán de ser muy cuidadosos para evitar factores de conflicto entre ambas competencias.

ARTÍCULO 1656.- ***Efectos. Revisión de los laudos arbitrales.*** *El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable.*

En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.

1. Introducción

La norma determina claramente los efectos del contrato de arbitraje respecto de la jurisdicción estatal y establece una regla de interpretación favorable a la eficacia del acuerdo arbitral. La parte final de la norma remite a causales de nulidad "conforme las disposiciones del presente Código", e impide la renuncia a la impugnación judicial del laudo definitivo que resulte contrario al ordenamiento jurídico (vale decir, susceptible de nulidad parcial o total); además hace judicialmente revisables los laudos en cuanto al fondo, aunque se hubiese renunciado al recurso de apelación.

2. Interpretación

El primer párrafo del art. 1656 CCyC reconoce el efecto negativo del acuerdo arbitral, que hemos explicado al comentar el art. 1649 CCyC, al convenir el sometimiento de ciertas cuestiones a juicio de árbitros las partes están renunciando a ser juzgadas por los tribunales judiciales. Adicionalmente, siguiendo las normas más modernas del derecho comparado, establece que esa renuncia se mantendrá aun cuando el arbitraje no se hubiese iniciado, obligando al juez estatal a quien se someta una controversia para cuya resolución se hubiese pactado el arbitraje a declararse incompetente, salvo que el acuerdo arbitral aparezca como manifiestamente nulo o inaplicable.

El segundo párrafo es igualmente acertado, al establecer una regla de interpretación que favorezca la eficacia del acuerdo arbitral. Esta disposición es especialmente útil en nuestro país, dado que existe una tendencia jurisprudencial a considerar que el acuerdo arbitral es de interpretación restrictiva y, que en caso de duda, debe estarse a la subsistencia de la jurisdicción judicial.(110)

El párrafo final referido al control judicial sobre el arbitraje, sienta una regla que parece ir en el sentido de la enorme mayoría de las leyes comparadas, al prever que el laudo solo será susceptible de un recurso de nulidad. Con escasas excepciones, las legislaciones de

(110) Ver, por ejemplo, CNCom., Sala E, "Nova Pharma Corporation S. A. c/ 3M Argentina S.A.", 28/04/2000, *Rev. ED*, 194-151; CNCom., Sala D, 22/12/1997, "Atorrasagasti, María Cristina c/ Atorrasagasti Bargues Piazza, *S.R.L.*", *Rev. ED*, 181-155, y la jurisprudencia anterior allí citada.

arbitraje establecen, siguiendo el esquema de la Ley Modelo de UNCITRAL que contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad, por causales universalmente reconocidas —causales que han sido tomadas de las previstas en la Convención de Nueva York de 1958 para denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero—:

a. que alguna de las partes hubiese estado sujeta a alguna incapacidad susceptible de invalidar el acuerdo arbitral;
b. que la recurrente no hubiese sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o que no hubiese podido (por cualquier otra razón) hacer valer sus medios de defensa;
c. que el laudo estuviese referido a una diferencia no sometida a juicio de árbitros, es decir, no incluida en el acuerdo arbitral, o contuviese decisiones en exceso de los términos del acuerdo arbitral;
d. que la constitución del tribunal o el procedimiento arbitral no se hubiesen ajustado al acuerdo celebrado por las partes, o en su defecto, a la ley;
e. que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
f. que el laudo es contrario al orden público. Ello ha importado erradicar el recurso de apelación ante el Poder Judicial, que autoriza una revisión sobre el fondo de las cuestiones resueltas por los árbitros, recurso que ya prácticamente no existe en ninguna parte del mundo. Bajo el esquema prevaleciente, que parece recoger esta parte del art. 1656, el laudo es inapelable y, en principio, solo sujeto al restringido control por vía de recurso de nulidad.

La remisión que establece a las causales de nulidad *"conforme con las disposiciones del presente Código"*, está reglada en los Códigos Procesales (*v. gr.* arts. 760 y 771 CPCCN y concs.). Además, establece que *"en el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico"*.

Esta expresión parece estar inspirada en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso "Cartellone",[111] que ha sido objeto de fundadas críticas.[112] En el caso, la Corte partió de interpretar que la metodología utilizada en el laudo para calcular los intereses que condenó a pagar a la demandada "*conduce a un resultado desproporcionado e irrazonable, que supera ostensiblemente la pretensión del acreedor y produce un inequívoco e injustificado despojo al deudor, lesivo de su derecho de propiedad, prescinde de la realidad económica y altera la relación entre el monto originariamente reclamado…*". A consecuencia de ello, la Corte se sintió legitimada a revisar los méritos del laudo y, aunque las partes habían renunciado al recurso de apelación —única vía que, en principio autoriza esa revisión— razonó que "*no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio*". Y concluyó estableciendo que si bien *"la apreciación de los hechos y la aplicación*

(111) CSJN, "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.", 01/06/2004, Fallos: 327: 1881.

(112) Ver, entre otras, Caivano, Roque J, *Alcances de la revisión judicial en el arbitraje* (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina in re 'Cartellone'), *Revista Brasileira de Arbitragem*, año II, n° 5, 2005, p. 159 y ss.

regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones", "*su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable*".

Conforme la doctrina que emana de dicho fallo, aunque no exista recurso de apelación (sea porque la ley no lo prevé, sea porque las partes lo renunciaron), bastará con invocar que la decisión de los árbitros es "contraria al ordenamiento jurídico" para abrir la vía judicial. Y, con independencia de la suerte que termine corriendo el recurso, su sola admisibilidad habrá hecho perder al laudo el carácter "final" que naturalmente ostenta, al tener que pasar por una instancia judicial de revisión plena.

La fórmula utilizada por el legislador es amplia y aumenta la posibilidad de la intervención judicial a revisar la validez de los laudos, por causales perfectamente definidas.[113] Esta redacción abre una vía de recurso muy amplia que puede convertir al arbitraje en una justicia "de primera instancia", susceptible de revisión judicial con la sola invocación de que el laudo contraría el ordenamiento jurídico.

ARTÍCULO 1657.- ***Arbitraje institucional.*** ***Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje.***

1. Introducción

El art. 1657 CCyC regula el denominado arbitraje institucional, que se contrapone con el arbitraje *ad hoc*. La ausencia de normas diferenciadas para esta clase de arbitrajes en la legislación procesal era una de las deficiencias normativas más ostensibles en nuestro país.

2. Interpretación

Las disposiciones del CPCCN, más bien pensadas para arbitrajes *ad hoc* —y derivados de o relacionados con un proceso judicial— nada decían sobre la prevalencia de las normas reglamentarias pactadas por las partes por sobre las establecidas en la ley. Ello, sin embargo, no fue óbice para que nuestros tribunales reconocieran que las normas del reglamento al que las partes se someten equivalen a un pacto expreso, al incorporarse por referencia al contrato de arbitraje.[114]

A modo de ejemplo, la Ley Modelo de UNCITRAL sienta, en su art. 2°, una regla general: "*A los efectos de la presente Ley*: (...) (*d*) *cuando una disposición de la presente ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión; (e) Cuando una disposición de la presente ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado*".

(113) Caivano, Roque J., "El control judicial en el arbitraje. Apuntes para una futura reforma de la legislación argentina", en *Revista Jurídica La Ley*, 2008-D, p.1274.

(114) CNCom., Sala A, "Papel de Tucumán S.A. c/ Banade", 07/09/2007, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2008-A, p. 813 y ss.

La norma en comentario, en suma, establece que el consentimiento de las partes transforma al reglamento de arbitraje en la "*ley contractual*", dándole fuerza obligatoria.

ARTÍCULO 1658.- ***Cláusulas facultativas.*** *Se puede convenir:*

a. *la sede del arbitraje;*
b. *el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento;*
c. *el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado;*
d. *el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo. Si no se ha pactado el plazo, rige el que establezca el reglamento de la entidad administradora del arbitraje, y en su defecto el que establezca el derecho de la sede;*
e. *la confidencialidad del arbitraje;*
f. *el modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje.*

1. Introducción

El art. 1658 CCyC establece una serie de cláusulas que las partes pueden incorporar al contrato de arbitraje. Ello forma parte del esquema general de libertad contractual y de la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación del arbitraje al cual se someten.

2. Interpretación

La lista de estipulaciones facultativas que menciona la norma incluye aspectos de suma importancia para el buen desarrollo del arbitraje, que conviene que las partes pacten de manera expresa, por las trascendentes consecuencias que de ellos se derivan. Dependiendo de las reglas aplicables al arbitraje, si las partes omitieron pactar sobre ellas, su determinación será hecha por los árbitros o por la institución administradora del arbitraje.

Respecto de la sede del arbitraje, conviene aclarar que este concepto no se vincula con la localización física del tribunal o de sus integrantes, ni tampoco con el lugar donde se llevarán a cabo las actuaciones procesales. La mayoría de las leyes y reglamentos permite que el tribunal delibere y realice actos procesales tales como las audiencias o las deliberaciones, en cualquier lugar que estime conveniente. La determinación de la sede tiene implicancias jurídicas: en un arbitraje internacional la ley procesal aplicable al arbitraje es la de la sede, sus tribunales son los competentes para cumplir las funciones de apoyo o de supervisión sobre el arbitraje (incluyendo las vías de recurso previstas contra el laudo), y el laudo se reputa dictado en ese lugar, no importa dónde se encuentren físicamente los árbitros en el momento de emitirlo.

El Código faculta a las partes a pactar el procedimiento que habrán de seguir los árbitros y, en su defecto, a los árbitros a determinarlo. En cualquiera de los dos casos debe recordarse que, sea que lo hayan estipulado las partes, sea que lo establezcan los árbitros, resulta de aplicación lo dispuesto en la parte final del art. 1662 CCyC: expresa que el procedimiento debe respetar la igualdad de las partes, el principio del contradictorio y otorgar a todas las partes suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. Los árbitros ostentan una jurisdicción que, además de privada, es temporaria. Recuérdese que, con el dictado del laudo, cesan sus atribuciones y se extingue su jurisdicción, salvo ciertas facultades residuales para el dictado de resoluciones aclaratorias o complementarias (art. 1665 CCyC). Ese carácter transitorio también implica que deben dictar el laudo

dentro de un cierto plazo, que resulta esencial desde que muchas legislaciones establecen como causal de nulidad del laudo su dictado fuera del plazo previsto (arts. 760 y 771 CPCCN).

La norma también faculta a las partes a convenir el régimen de confidencialidad aplicable al arbitraje. Esta es, también, una cuestión relevante, porque es discutida la existencia de un deber implícito de confidencialidad en el arbitraje, y la legislación argentina nada dispone sobre el particular, con excepción del deber que el art. 1662 CCyC impone a los árbitros. Es recomendable que las partes establezcan convencionalmente qué aspectos del arbitraje deben mantenerse en reserva y quiénes estarán obligados a ello. Porque en ausencia de pacto, y dejando a salvo el deber que la ley impone a los árbitros, podrá discutirse no solo la existencia de la confidencialidad sino también su alcance y sus consecuencias. De cualquier manera, debe señalarse que aun la confidencialidad que las partes puedan pactar no es absoluta: hay situaciones en las que, en virtud de obligaciones legales o contractuales, las partes tendrán que revelar cierta información.

Finalmente, la norma establece que las partes pueden convenir el modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje. Esta estipulación es igualmente importante porque no en todos los países existen las mismas prácticas ni rigen los mismos criterios para la determinación de las costas. En la Argentina, y en países de tradición del *civil law*, las costas normalmente se imponen a la parte vencida; pero en países del *common law* la regla —naturalmente sujeta a excepciones— es que ellas deben soportarse en el orden causado.

ARTÍCULO 1659.- ***Designación de los árbitros.*** *El tribunal arbitral debe estar compuesto por uno o más árbitros en número impar. Si nada se estipula, los árbitros deben ser tres. Las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.*

A falta de tal acuerdo:

a. *en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra un árbitro y los dos árbitros así designados nombran al tercero. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días de recibido el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación debe ser hecha, a petición de una de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial;*

b. *en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste debe ser nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial.*

Cuando la controversia implica más de dos partes y éstas no pueden llegar a un acuerdo sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, la entidad administradora del arbitraje, o en su defecto, el tribunal judicial debe designar al árbitro o los árbitros.

1. Introducción

El art. 1659 CCyC prevé tanto la composición del tribunal arbitral como el modo de integrarlo, siguiendo para ello las reglas más usuales y actuales en la materia.

2. Interpretación

En primer lugar, sienta como principio general: que las partes son libres de determinar la cantidad de árbitros, y el tribunal deberá integrarse con la pactada, con tal que sea en número impar. Esta última condición se justifica porque las decisiones en el seno del colegio arbitral se toman por mayoría y un número par de árbitros podría llevar a empates que harían más compleja la toma de las decisiones. Como regla supletoria para el supuesto de silencio de las partes sobre este particular, se prevé que el tribunal será de tres árbitros. En segundo lugar, también sienta el principio general de libertad a la hora de determinar el procedimiento de designación. Esta regla, sin embargo, debe correlacionarse con el art. 1661 CCyC que hace nulo el pacto que confiera a una de las partes una situación privilegiada en cuanto a la designación.

A continuación, el art. 1659 CCyC establece, siguiendo los cánones usuales, cómo se designarán los árbitros en ausencia de pacto expreso entre las partes. Como cuestión liminar en este punto debe recordarse que, si se trata de un arbitraje institucional, lo dispuesto en el reglamento de esa entidad se considerará como un acuerdo expreso, en tanto sus normas reglamentarias "*integran el contrato de arbitraje*" (art. 1657 CCyC). Y también que, aunque no sometan el arbitraje a la administración de una institución, pueden pactar encomendarle a ella solo la designación de los árbitros. En este caso, la entidad funge como "autoridad nominadora" de los árbitros y se aplican las reglas que tenga en vigencia a tal efecto. Adicionalmente, es oportuno anotar que esta autoridad nominadora es también quien, en su caso, debe resolver la recusación y eventual sustitución de los árbitros (art. 1663 CCyC).

Las disposiciones previstas para casos en que nada de lo anterior suceda son también pautas comunes en el derecho comparado. En arbitrajes con tres árbitros, cada parte tiene el derecho de nombrar uno y los dos árbitros designados por ellas son quienes nombran al tercero. En caso de que ellos no logren ponerse de acuerdo en el árbitro tercero, el mismo será designado por la entidad administradora o por la autoridad judicial. Del mismo modo se procederá si una de las partes omite ejercer su derecho (y cumplir su deber) de designar a uno de los árbitros. Si se trata de un tribunal unipersonal, la designación debe hacerse, en principio, de común acuerdo entre las partes. Pero, en caso de falta de acuerdo, aplica el mecanismo supletorio comentado *supra*: lo nombrará la entidad administradora del arbitraje o el tribunal judicial.

La parte final del art. 1659 CCyC se refiere al caso de arbitrajes con partes múltiples. En esta circunstancia, la existencia de más de dos partes (por ejemplo, varios demandantes o varios demandados) puede hacer de aplicación imposible las reglas establecidas precedentemente, porque los varios demandantes o demandados pueden tener intereses contrapuestos que les impidan ponerse de acuerdo entre sí para designar un árbitro común a esa "parte". La multiplicidad de partes en arbitraje, una situación cada vez más frecuente —especialmente en arbitrajes internacionales— justifica plenamente la norma. Y también la solución que propicia, en tanto manda que el o los árbitros sean designados por la institución que administre el arbitraje o por la autoridad judicial.

Esta solución se dio como consecuencia de advertir que, en arbitrajes con partes múltiples, el esquema tradicional no ofrece una respuesta apropiada. La regla habitual, que autoriza (y obliga) a **cada parte** a designar un árbitro, había sido históricamente interpretada en el sentido de que ello traducía la obligación adicional de que los varios demandantes o demandados se pusieran de acuerdo en un mismo árbitro y que, ante la falta de ese acuerdo, aplicaba la regla supletoria que manda designar ese árbitro por la entidad arbitral o el tribunal judicial. Esta circunstancia se vio identificada en el caso "*Dutco*" en

donde la decisión de la Corte de Casación francesa obligó a reinterpretar la norma habitual mencionada.(115) A consecuencia de ese fallo hoy varias leyes y reglamentos(116) han adoptado como regla que en arbitrajes con partes múltiples, a falta de acuerdo, todos los árbitros son designados por la autoridad nominadora, quedando inclusive sin efecto la designación que hubiese hecho la otra parte.

ARTÍCULO 1660.- ***Calidades de los árbitros.*** *Puede actuar como árbitro cualquier persona con plena capacidad civil. Las partes pueden estipular que los árbitros reúnan determinadas condiciones de nacionalidad, profesión o experiencia.*

1. Introducción

Siguiendo una regla habitual en las legislaciones de arbitraje, el Código establece apenas requisitos básicos para ser árbitro. El CPCCN, por ejemplo, permite que lo sea cualquier persona mayor de edad y que esté en el pleno ejercicio de los derechos civiles (art. 743). Aunque, con toda lógica, admite expresamente que las partes puedan convenir cualificaciones especiales.

2. Interpretación

A modo de comentario práctico, conviene señalar que esta facultad de las partes debe ser ejercida con prudencia. Por un lado, tiene la ventaja de que, al señalar ciertas condiciones en los árbitros, las partes se aseguran que aquellos que finalmente sean designados tendrán el perfil que ellas tuvieron en mira al pactar el arbitraje. Una estipulación en el contrato de arbitraje que establezca ciertas cualidades es vinculante para cualquiera que deba designar a los árbitros; la entidad administradora del arbitraje, la entidad nominadora de los árbitros o aun el tribunal judicial deberán respetar esa condición. Sin embargo, tampoco es razonable que se convengan tantas cualidades que luego sea difícil de encontrar árbitros que las reúnan, lo que puede ser fuente de dificultades o demoras en la constitución del tribunal.

ARTÍCULO 1661.- ***Nulidad.*** *Es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros.*

Fuentes y antecedentes: art. 26 de la Ley Peruana de Arbitraje (decreto legislativo 1071/2008), de idéntica concepción y redacción.

1. Introducción

La norma regula un específico supuesto de nulidad, esto es, el de alguna estipulación del contrato de arbitraje que ponga a una de las partes en situación de privilegio a la hora de designar a los árbitros.

(115) Cour de Cassation, Sala Civil 1ª, *BKMI v. Dutco*, 07/01/1992, en *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 470.

(116) Por ejemplo, art. 8° de las Reglas de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) y art. 15.2 de la Ley de Arbitraje Española (N° 60/2003). Esta solución fue receptada por distintos reglamentos de arbitraje por representar una mejor garantía en cuanto a la igualdad de las partes en el procedimiento.

2. Interpretación

Esta regla es plenamente justificada. Los árbitros, jueces privados que conocerán del caso y resolverán con efecto de cosa juzgada las controversias que las partes les sometan, constituyen la pieza fundamental del arbitraje. De allí que, además de prever formas de garantizar su independencia e imparcialidad, el CCyC ha contemplado la situación de su nombramiento, en el cual ambas partes deben tener iguales derechos. Ello, sin embargo, no significa que si una de las partes, teniendo el derecho (y el deber) de designar a uno de los árbitros, no lo hace, el nombramiento efectuado por la otra parte deba quedar sin efecto o altere esa igualdad. Lo que la norma postula es que ambas partes deben tener las mismas oportunidades de intervenir en el proceso de designación. Pero, si una de ellas elige no hacerlo, la constitución del tribunal será regular y válida. Debe recordarse que, conforme lo dispone el art. 1659 CCyC, en el arbitraje con tres árbitros cada parte nombra un árbitro y los dos árbitros así designados nombran al tercero, pero si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días de recibido el requerimiento de la otra parte para que lo haga, la designación de ese árbitro debe ser hecha por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial.

Conviene aclarar, a efectos de comprender el alcance de la norma, que en caso de que el mecanismo convenido para nombrar a los árbitros no fuera igualitario, la nulidad aplicable es una nulidad parcial del contrato, que afecta solo a la disposición del mismo que se refiera a la designación de los árbitros. El deber de arbitrar nacido del contrato de arbitraje permanece indudablemente, no obstante la inaplicabilidad de lo convenido respecto al nombramiento del tribunal.

ARTÍCULO 1662.- ***Obligaciones de los árbitros.*** *El árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes y se obliga a:*

a. *revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad;*
b. *permanecer en el tribunal arbitral hasta la terminación del arbitraje, excepto que justifique la existencia de un impedimento o una causa legítima de renuncia;*
c. *respetar la confidencialidad del procedimiento;*
d. *disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje;*
e. *participar personalmente de las audiencias;*
f. *deliberar con los demás árbitros;*
g. *dictar el laudo motivado y en el plazo establecido.*

En todos los casos los árbitros deben garantizar la igualdad de las partes y el principio del debate contradictorio, así como que se dé a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

1. Introducción

El art. 1662 CCyC contempla un contrato que, aunque derivado del contrato de arbitraje, es un contrato distinto, que la doctrina francesa denomina "contrato de árbitro".[117] La norma se refiere al acuerdo que se celebra entre las partes y el árbitro, del cual surgen un

(117) Clay, Thomas, *L'Arbitre*, París, Dalloz, 2001.

conjunto de derechos y obligaciones para ambas partes. La norma se limita a mencionar las obligaciones de los árbitros, pero omite mencionar las que nacen de aquél para las partes.

2. Interpretación

El primero, y quizá el más importante, de los deberes del árbitro consiste en ser y permanecer independiente e imparcial. Aunque apuntan al mismo objetivo, de asegurar una adecuada administración de justicia, ambos conceptos son diferentes: la independencia es una noción objetiva, que se relaciona con la inexistencia de vínculos del árbitro con las partes o sus abogados que puedan condicionar su juicio; la imparcialidad, en cambio, es una cuestión subjetiva, propia del estado de conciencia del árbitro, que le permite no tener favoritismos ni prejuicios respecto de las partes.(118) El "deber de revelación" a que alude el inc. a de la norma en comentario es una herramienta "preventiva" para asegurar la independencia e imparcialidad. Siguiendo las normas usuales del derecho comparado, el CCyC obliga a los árbitros a poner en conocimiento de las partes "*cualquier circunstancia*" que pueda afectar aquellas condiciones. Algunas normas, sin embargo, van un poco más allá y lo obligan a revelar cualquier circunstancia "susceptible, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad". Como puede apreciarse, el estándar de revelación de esta última norma es más amplio que el de nuestro Código, pues incluye la revelación de circunstancias que, aun cuando a criterio del árbitro puedan no afectar su independencia e imparcialidad, sean apenas "susceptibles" de crear una "duda razonable" sobre esas cualidades, "a los ojos de las partes".

La segunda obligación que el CCyC les impone es la de cumplir con su cometido hasta la terminación del proceso, salvo impedimento o causa legítima de renuncia. Ello se justifica no solo por la índole de las funciones que los árbitros están llamados a desempeñar, sino también porque, dado que sus deberes nacen de un contrato bilateral, con prestaciones recíprocas, ninguna de las partes del mismo —las partes del arbitraje y los árbitros— puede dejar unilateralmente de lado sus obligaciones o responsabilidades.

En tercer lugar, el CCyC establece el deber de confidencialidad de los árbitros. La norma se justifica a efectos de eliminar dudas, dado que en el derecho comparado se discute si este es un deber implícito de los árbitros o debe ser expresamente contemplado. Sin embargo, la norma no determina específicamente sobre qué materias o aspectos recae la confidencialidad que impone a los árbitros. Asimismo, la norma tampoco determina cuáles son las consecuencias de la infracción a ese deber, aunque es razonable pensar que podrá dar lugar al reclamo de los daños y perjuicios que la divulgación produzca a las partes.

Las restantes obligaciones son una consecuencia del carácter *intuitu personae* de la actuación de los árbitros. La atención de los actos procesales, incluyendo la asistencia a las audiencias, a las deliberaciones con los otros árbitros y la redacción del laudo, es absolutamente personal e indelegable. La condición de **juez** que una persona adquiere por su designación como árbitro, y la responsabilidad de la tarea que le cabe en la determinación de los derechos y obligaciones de las partes, le exige no solo una atención personal sino diligente.

La parte final de la norma incorpora una regla que, si bien es una de las obligaciones de los árbitros, es al mismo tiempo también un principio fundamental del procedimiento

(118) Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Law and practice of international commercial arbitration*, 4ª ed., Londres, Sweet/ Maxwell, 2004, pp. 236/238.

arbitral. La igualdad de las partes y los principios de contradicción y audiencia se vinculan con la garantía del debido proceso, capaz de afectar no solamente la responsabilidad de los árbitros sino también la validez del laudo. Justamente, una de las causales universalmente aceptadas de nulidad de los laudos es, precisamente, la irregularidad en el procedimiento o la afectación del debido proceso.

ARTÍCULO 1663.- ***Recusación de los árbitros.*** *Los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces de acuerdo al derecho de la sede del arbitraje. La recusación es resuelta por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial. Las partes pueden convenir que la recusación sea resuelta por los otros árbitros.*

1. Introducción

El CCyC también se encarga de brindar herramientas a las partes a los fines de poder cuestionar la designación de un árbitro, cuando exista una justa causa que impida su participación o continuidad en el proceso.

2. Interpretación

La primera consecuencia de esta disposición es que los árbitros no son recusables sin expresión de causa, lo cual es coherente con las normas del derecho comparado. Pueden ser recusados con causa por las mismas causales de recusación de los jueces, las que en ciertas circunstancias no son del todo adecuadas para medir la independencia e imparcialidad de los árbitros. A diferencia de los magistrados judiciales, que generalmente tienen vedado el ejercicio del comercio y de la profesión de abogados, los árbitros carecen de incompatibilidades de esta índole y, por tanto, son sujetos que actúan regularmente como abogados, y muchas veces en casos de arbitraje. En ese contexto, las posibilidades de que surjan conflictos de intereses que afecten su imparcialidad o independencia son, para los árbitros, infinitamente mayores que para los jueces, y la naturaleza de las relaciones que pueden tener con las partes del arbitraje (o con sus abogados) son diferentes de las causales previstas en los códigos procesales para aquellos. Ejemplos de la multiplicidad de situaciones que pueden afectar a árbitros están contemplados en las directrices de la *International Bar Association* sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional.

Esta diversidad, y la imposibilidad de establecer causales específicas y definidas, ha llevado a que las leyes y reglamentos de arbitraje contemplen una única causal, genérica y sujeta a interpretación "caso por caso". A modo de ejemplo, la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL prevé que los árbitros pueden ser recusados "*si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes*" (art. 12, inc. 2).

La norma correctamente atribuye la facultad de resolver la recusación a la entidad administradora del arbitraje, que usualmente tiene un órgano que se encarga de efectuar las designaciones y resolver las recusaciones de los árbitros. En arbitrajes *ad hoc*, ante la inexistencia de un mecanismo reglamentariamente previsto, es razonable derivar la recusación al tribunal judicial. Es por ello que la norma prevé expresamente la posibilidad de que las partes convengan facultar a los árbitros a resolver la recusación de alguno de ellos. Debe tenerse presente, sin embargo, que ello será posible siempre que el recusado sea uno solo de los árbitros que compongan un tribunal de tres, de modo que queden al menos

dos árbitros no-recusados que puedan resolver. Si los recusados fuesen dos, o aun siendo uno solo, los dos restantes no concordaran en la decisión, la cuestión debería remitirse a decisión judicial ante la imposibilidad de decidirla con base en el mecanismo pactado.

ARTÍCULO 1664.- ***Retribución de los árbitros.*** *Las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios de éstos o el modo de determinarlos. Si no lo hicieran, la regulación se hace por el tribunal judicial de acuerdo a las reglas locales aplicables a la actividad extrajudicial de los abogados.*

1. Introducción

Las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios de estos o el modo de determinarlos. Si no lo hicieran, la regulación se hace por el tribunal judicial de acuerdo a las reglas locales aplicables a la actividad extrajudicial de los abogados.

2. Interpretación

La actividad de los árbitros, consistente en la prestación de un servicio, es usualmente remunerada. Y el costo de ese servicio normalmente está a cargo de las mismas partes. Una de las obligaciones emergentes del acuerdo arbitral es la de sufragar los costos que el arbitraje insuma. Ello incluye, cuando surge de las normas reglamentarias a las cuales se sujetan, el deber de pagar las provisiones para honorarios y gastos que fije la entidad que administra el arbitraje.

La norma establece, como criterio general, la libertad y plena autonomía para convenir el régimen de honorarios de los árbitros. Con todo, es preciso aclarar que ese pacto, de existir, debe ser hecho entre todas las partes y todos los árbitros. Podemos además señalar que si las partes adoptan un reglamento que establece un régimen de honorarios para los árbitros, y estos aceptan el cargo con base en dicho reglamento, lo que disponga el mismo en relación con su remuneración debe considerarse un acuerdo entre las partes y el árbitro. Recuérdese que el art. 1657 del mismo Código dispone que los reglamentos de las entidades administradoras "*integran el contrato de arbitraje*".

Como regla supletoria, para el caso en que no existiera acuerdo, la norma manda aplicar la escala de honorarios para abogados correspondiente a la actividad extrajudicial. Ello, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, equivale a reducir la escala en un 50% de los que corresponderían por una actuación judicial (Ley 21.839, art. 57). Esta norma viene a solucionar un problema que, por la falta de definición legal, había motivado interpretaciones diversas.[119]

ARTÍCULO 1665.- ***Extinción de la competencia de los árbitros.*** *La competencia atribuida a los árbitros por el contrato de arbitraje se extingue con el dictado del laudo definitivo, excepto para el dictado de resoluciones aclaratorias o complementarias conforme a lo que las partes hayan estipulado o a las previsiones del derecho de la sede.*

1. Introducción

Aunque es reconocido que los árbitros cumplen funciones de naturaleza jurisdiccional, su jurisdicción, por ser privada y nacer del contrato de arbitraje, es transitoria.

(119) CSJN, Fallos: 315:3011, 23/12/1992; Fallos: 283:405, 27/09/1972; Fallos: 315:3011, 23/12/1992; Rev. ED 178:59, 11/11/1997; "Rocca, J. C. c/ Consultara S.A.", Fallos: 322:1100, 31/05/1999.

2. Interpretación

La autoridad para juzgar y administrar justicia está determinada **caso por caso** y, una vez agotado su cometido, la misma se extingue y devienen *functus officio*.[120] En otras palabras, quedan "desinvestidos" de tales atribuciones al finalizar su cometido, que solo conservan para cuestiones residuales como eventuales recursos de aclaración o, eventualmente, pronunciarse acerca de la admisibilidad de los recursos que se interpongan contra el laudo.[121]

CAPÍTULO 30(*)
Contrato de fideicomiso

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1666.- ***Definición.*** *Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada 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.*

Remisiones: ver comentario al art. 1669 CCyC.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial retoma la definición prevista por el art. 1° de la ley 24.441. Ubica al fideicomiso entre los contratos en particular, enunciando sucintamente las obligaciones y derechos medulares que le corresponden a cada uno de los sujetos intervinientes en el contrato. Esta definición ha sido reformulada, de acuerdo a las críticas que recibiera aquella por parte de la doctrina.

2. Interpretación

2.1. Concepto de fideicomiso

Este contrato se distingue por la transferencia —o por la obligación de efectuarla— de los bienes que sean objeto de la prestación al fiduciario para que este los administre, de acuerdo a las pautas establecidas por el fiduciante, a favor del beneficiario. Esta transferencia, si bien se considera gratuita, tiene como base el interés en el cumplimiento del encargo al que se obliga el fiduciario.

El fideicomiso tiene una estructura que le ha permitido adaptarse a diversas finalidades (como garantía, inversión, ahorro, administración), lo que ha favorecido su utilización cada vez más extendida. Aunque, por los mismos motivos, ha sido objeto de uso con fines fraudulentos, como puede ser en perjuicio de los acreedores o para la evasión impositiva.

(120) Chillón Medina, José M. y Merino Merchán, José F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 347.

(121) Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, n° 1452, Abeledo-Perrot, 1992.

(*) Comentarios a los arts. 1666 a 1700 elaborados por Sebastián Varni.

Esta flexibilidad ha sido aprovechada también para fideicomisos públicos, como el previsto por las leyes 26.167, 25.798 y 25.908, de refinanciación hipotecaria, —cuya validez fue confirmada por la CSJN—, como así también los normados por la ley 25.284, de salvataje de entidades deportivas.

2.2. El fideicomiso inmobiliario como supuesto de gran difusión

Una de las utilizaciones cada vez más común de este contrato se encuentra en el mercado inmobiliario, donde resulta una herramienta de financiación de proyectos de toda índole.

Si bien no se encuentra regulado por separado, esta operación de canalización de capitales en proyectos de vivienda posee características particulares que vale la pena destacar.

En estos casos, por lo general, habrá identidad entre los fiduciantes, los beneficiarios y los fideicomisarios, quienes revisten el carácter de aportantes, así como también serán quienes reciban los beneficios del fideicomiso, sea en forma de unidades construidas o el producto de su venta.

En estas estructuras contractuales puede haber dos tipos de fiduciantes:

a. aquellos originarios, quienes además de incorporar bienes, serán quienes fijen las pautas de actuación al fiduciario; y
b. los fiduciantes posteriores, quienes adhieren al contrato ya otorgado y tienen, en consecuencia, menos injerencia en la dirección del proyecto.

A estos últimos les resultará aplicable, en lo pertinente, la normativa relativa a contratos de consumo prevista en el Libro III, Título III.

Además de las partes descriptas en el artículo, suele aparecer la figura del desarrollador (también denominado *developer*), que será la empresa o persona física que organizará el negocio, que podrá o no revestir el carácter de fiduciario, y quien obtendrá un rédito por su actividad.

En este supuesto particular, a los fines de la resolución de los conflictos que puedan suscitarse durante ejecución del contrato, se deberá interpretar que las partes se han vinculado a través de una verdadera relación contractual asociativa, aun cuando no haya una vinculación societaria en los términos de la ley 19.550.

2.3. Características del contrato

Resulta evidente el carácter bilateral de este contrato, atento a la existencia de obligaciones tanto en cabeza del fiduciante (la de entregar los bienes), como del fiduciario (la de ejercer la propiedad en beneficio del beneficiario y entregar los bienes al finalizar el contrato, art. 966 CCyC).

Si bien la transferencia efectuada por el fiduciante a favor del fiduciario, se entiende gratuita, esto no lleva a clasificar el contrato como tal. El fideicomiso será un contrato gratuito cuando se pacte que el fiduciario no recibirá una retribución por su actividad, y será oneroso si esta contraprestación existe, aún cuando no esté determinada en el contrato, ya que podrá ser fijada consensual o judicialmente con posterioridad (art. 967 CCyC).

Respecto del carácter formal del contrato de fideicomiso (art. 969 CCyC), se remite al lector al comentario del art. 1669 CCyC.

ARTÍCULO 1667.- ***Contenido.*** *El contrato debe contener:*

a. *la individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, debe constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes;*

b. *la determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso, en su caso;*

c. *el plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria;*

d. *la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671;*

e. *el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1672;*

f. *los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa.*

1. Introducción

El Código enumera los elementos que obligatoriamente deberían ser incorporados al texto del contrato de fideicomiso.

Aunque no prevé sanción para el caso que alguno de los requisitos enunciados no sean plasmados en el contrato, resulta claro que no debe entenderse que la ausencia de cualquiera deba traer aparejada la nulidad del contrato. En efecto, los artículos siguientes aportan las soluciones para los casos en que se omita alguno de estos elementos. A continuación, se detallan los elementos que debe tener el contrato.

2. Interpretación

2.1. Los bienes y las pautas para su incorporación

Respecto de la individualización de los bienes objeto del fideicomiso, el inc. a de la norma prescribe la posibilidad de que no queden determinados al momento de la celebración del contrato o de la suscripción del testamento, sino que únicamente se fijen las pautas para su identificación futura. En relación a sus cualidades, deberá estarse a lo dispuesto por el art. 1670 CCyC.

Por otra parte, el inc. b CCyC establece que el contrato deberá contener la determinación del modo en que se integrarán otros bienes al fideicomiso. La disposición prevista en este inciso podría o no estar incluida: debe entenderse su ausencia como la inexistencia de limitación alguna. Habría entonces, libertad para efectuar incorporaciones siempre que tengan relación con el fin para el que fue concebido el fideicomiso.

2.2. El plazo

El inc. c se refiere al plazo o condición a la que se sujeta la propiedad fiduciaria como parte del contenido esencial. Su ausencia puede ser suplida judicialmente, de acuerdo al caso, teniendo en cuenta la finalidad de las partes al constituir el fideicomiso, indagando cuál ha sido su voluntad e integrando el contrato a partir de esta, en virtud del principio de conservación que emana del art. 1066 CCyC.

2.3. El beneficiario y el fideicomisario

Los incs. d y e enuncian que deberán estar determinados el beneficiario así como el fideicomisario. Este requisito no resulta necesariamente indispensable, ya su inobservancia pondrá en movimiento el régimen de suplencias previsto en los arts. 1671 y 1672 CCyC.

2.4. El fiduciario

Si bien el inc. f establece que deberán asentarse las obligaciones y derechos del fiduciario, esta convención no resulta de carácter esencial, toda vez que la restante normativa funcionará supletoriamente dando un marco a su actuación. Lo que resultará relevante, en caso de omitirse estos derechos y obligaciones, será dejar claramente establecida la finalidad de la operatoria, de vital importancia para entender los límites de la actuación de esta parte en la administración, así como para interpretar su eficiencia en el marco de lo previsto por el art. 1674 CCyC.

Por otro lado, de acuerdo al art. 1679 CCyC, para el supuesto de no haberse designado un fiduciario suplente ni determinado el modo de sustituir al titular, será el juez el que deberá designarlo entre las entidades autorizadas conforme al art. 1690 CCyC.

ARTÍCULO 1668.- ***Plazo. Condición.*** *El fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte.*

Si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto.

Cumplida la condición o pasados treinta años desde el contrato sin haberse cumplido, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos.

1. Introducción

El plazo o condición resulta un elemento esencial para el contrato, pues importa el límite temporal del patrimonio fideicomitido y el nacimiento, una vez cumplido, del derecho del fideicomisario para reclamar la entrega de los bienes.

Tal como se encuentra previsto en el Libro Primero, Título IV, Capítulo 7, los actos jurídicos pueden estar sujetos a diferentes modalidades. En este contrato serán de aplicación las modalidades de plazo o condición.

2. Interpretación

El CCyC mantiene el plazo máximo de treinta años para la duración del fideicomiso, tal como se encuentra previsto en la ley 24.441. La excepción está contemplada en los casos en que el beneficiario sea un incapaz o una persona con capacidad restringida, en cuyo caso el plazo máximo no resultará aplicable. En dichos supuestos podrá disponerse un plazo mayor o una condición resolutoria cuyo cumplimiento ocurra luego de transcurridos los treinta años.

Se trata de una norma de orden público, por lo que el plazo máximo de duración no puede ser dejado de lado por las partes, salvo en los supuestos de excepción ya mencionados.

La nueva redacción deja en claro que para el caso de excederse el plazo máximo previsto, no corresponde la nulidad del contrato, sino su adecuación al plazo antes referido.

También resulta procedente la incorporación de otras modalidades, como los plazos o condiciones suspensivas, en cuyo caso el fideicomiso entrará en vigencia una vez vencido dicho plazo u ocurrida la condición. Resulta evidente entonces, que el plazo máximo dispuesto en este artículo solo empezará a correr a partir de ese momento.

> **ARTÍCULO 1669.-** ***Forma.*** ***El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.***

1. Introducción

La forma del contrato está constituida por el conjunto de solemnidades requeridas para dotarlo de virtualidad jurídica.

El contrato de fideicomiso es formal, dado que exige la incorporación de ciertas cláusulas esenciales que requieren de una forma escrita.

2. Interpretación

2.1. El fideicomiso como contrato formal

Como se dijo, el contrato de fideicomiso es un contrato formal. Deberá ser plasmado en un instrumento público o privado, según el carácter de los bienes que constituyan el objeto de la prestación. Cabe aclarar que, en caso de que se incorporen posteriormente bienes cuya transferencia requieran ciertas formalidades, deberá inscribirse dicha transferencia junto con el texto del contrato de fideicomiso original.

Entonces, para el caso que los bienes incorporados al fideicomiso deban ser transmitidos por instrumento público, esa forma deberá ser utilizada para el contrato, y en caso de incumplimiento, será de aplicación la conversión del negocio jurídico, entendiendo que dicha transferencia, nula por incumplimiento de formas, será reputada como promesa para celebrar las formalidades correspondientes y perfeccionar dicha transmisión, como lo prevé el art. 1018 CCyC.

Como se verá al examinar el art. 1681 CCyC, la aceptación del beneficiario no requiere una forma en particular, y puede efectuarse incluso por medio de actos inequívocos.

2.2. Registro

Además de la registración de los bienes —que se impone a los que ostenten el carácter de registrables—, la norma parece prever la registración de todos los contratos en un registro de contratos de fideicomiso, donde deberían inscribirse todas las

contrataciones de este tipo, aún las que tengan como objeto únicamente bienes no registrables.

Esta registración, novedosa respecto de lo previsto en la ley 24.441, deberá cumplirse en el "Registro Público que corresponda", resultando evidente su finalidad protectoria respecto de los derechos de terceros interesados que quieran contratar con el fideicomiso, dado que les permitirá acceder a la documentación registrada públicamente y otorgar certeza a los límites del contrato.

La publicidad que brinda dicha inscripción confiere mayor seguridad jurídica respecto de terceros contratantes de buena fe, no solo en cuanto a las limitaciones en la actuación del fiduciario, sino también al hacer pública la finalidad del fideicomiso, que será el principio rector para interpretar su actuación diligente. Si bien esta registración no impedirá la actuación en exceso de los límites por parte del fiduciario, se entiende que propenderán a reducir el riesgo de que se lleve a cabo.

ARTÍCULO 1670.- ***Objeto.*** ***Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras.***

1. Introducción

El fideicomiso, además de tener una amplia gama de finalidades posibles, posee una gran amplitud en cuanto a los bienes que pueden ser objeto de la transferencia fiduciaria, por lo que podrán incorporarse no solo bienes muebles o inmuebles, sino también créditos e incluso universalidades.

Sin embargo, no todos los bienes incorporados al contrato estarán sujetos a un dominio fiduciario, ya que este derecho real —que se origina con la operación— solo puede recaer sobre cosas. Para los restantes bienes será de aplicación la figura de la cesión de créditos.

2. Interpretación

El artículo confiere una gran libertad respecto de la elección de los bienes que podrán integrar el fideicomiso, enunciando que serán todos los que se encuentren en el comercio.

Además pone fin a la discusión doctrinaria respecto de la posibilidad de incorporar universalidades como objeto de la prestación del fideicomiso, lo que resulta congruente con lo dispuesto en el art. 1667, inc. a, CCyC que habilita a denunciar en forma genérica los bienes que constituirán el patrimonio de afectación.

Al respecto, cabe recordar que se entiende por universalidad a la pluralidad de bienes que puede ser considerada como una unidad o como un todo; puede clasificarse en universalidades de hecho y de derecho.

Con coherencia sistémica y además, por razones de moral y buenas costumbres, la norma prohíbe el pacto sobre herencias futuras, tal como lo prevé el art. 1010 CCyC, ello es así dado que tiende a evitar la especulación sobre la muerte del titular de los bienes.

SECCIÓN 2ª
Sujetos

ARTÍCULO 1671.- ***Beneficiario.*** *El beneficiario puede ser una persona humana o jurídica, que puede existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deben constar los datos que permitan su individualización futura. Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario.*

Pueden designarse varios beneficiarios quienes, excepto disposición en contrario, se benefician por igual; para el caso de no aceptación o renuncia de uno o más designados, o cuando uno u otros no llegan a existir, se puede establecer el derecho de acrecer de los demás o, en su caso, designar beneficiarios sustitutos.

Si ningún beneficiario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, se entiende que el beneficiario es el fideicomisario. Si también el fideicomisario renuncia o no acepta, o si no llega a existir, el beneficiario debe ser el fiduciante.

El derecho del beneficiario, aunque no haya aceptado, puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante. Si la muerte extingue el derecho del beneficiario designado, se aplican las reglas de los párrafos precedentes.

1. Introducción

El beneficiario será la persona física o jurídica a favor de quien deberá ejercerse la propiedad fiduciaria, con los límites dispuestos por el fiduciante.

Los beneficios que habrá de percibir serán los frutos que devengue el patrimonio de afectación. Puede también ser un bien en particular cuando el negocio jurídico tenga como finalidad su construcción, como es el caso de los fideicomisos inmobiliarios.

2. Interpretación

2.1. Determinación del beneficiario

El Código define que el beneficiario deberá estar determinado en el contrato, previendo en su defecto que se fijen las pautas suficientes para su posterior individualización. Por eso, su designación, o las pautas para su determinación, como prevé el art. 1667, inc. c, CCyC constituye uno de los elementos esenciales del contrato.

La norma reproduce lo previsto en el art. 2° de la ley 24.441 respecto del régimen de reemplazos en caso de la no aceptación, renuncia o inexistencia de los beneficiarios y los fideicomisarios, e incorpora la posibilidad de que el fiduciante pueda ser beneficiario, circunstancia que se encontraba reservada en la mencionada ley para el caso de que los beneficiarios y fideicomisarios no aceptaran o renunciaran.

También se establece que el fiduciario podrá ser beneficiario del fideicomiso, circunstancia específicamente vedada en la normativa anterior, y que será examinada en el comentario al art. 1673 CCyC.

2.2. Naturaleza jurídica de su derecho

El derecho del beneficiario es crediticio, y como tal, susceptible de ser transmitido por actos entre vivos —salvo disposición en contrario—, o por causa de muerte, con la salve-

dad que se haya designado un beneficiario sustituto, en cuyo caso será este último quien comenzará a percibir los frutos al momento del fallecimiento del beneficiario original, y no los herederos de este.

De acuerdo a lo previsto por el art. 1686 CCyC los acreedores de los beneficiarios podrán subrogarse en sus derechos, pudiendo requerir directamente al fiduciante la percepción de los beneficios.

ARTÍCULO 1672.- ***Fideicomisario.*** *El fideicomisario es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. Puede ser el fiduciante, el beneficiario, o una persona distinta de ellos. No puede ser fideicomisario el fiduciario.*

Se aplican al fideicomisario los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 1671.

Si ningún fideicomisario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, el fideicomisario es el fiduciante.

1. Introducción

La norma incorpora expresamente la regulación de los derechos del fideicomisario, la que había sido omitida en la ley 24.441.

El fideicomisario será quien reciba del fiduciario los bienes del patrimonio de afectación una vez cumplida la condición o vencido el plazo pautado.

2. Interpretación

2.1. Determinación y naturaleza jurídica de su derecho

El artículo prevé expresamente que este sujeto podrá coincidir con el beneficiario o con el fiduciante, dejando atrás las posiciones que entendían que, como en el caso del beneficiario que resultaba ser fiduciante, esa sustitución estaba reservada para el caso de vacancia o renuncia.

También se prevé la aplicación del régimen de sustituciones dispuesto por el art. 1671 CCyC, en consecuencia, para el caso de que se hayan designado múltiples fideicomisarios, todos recibirán los bienes por partes iguales, pudiendo establecerse el derecho a acrecer en caso de renuncia o no aceptación de alguno de ellos.

Su derecho es personal y en consecuencia, susceptible de ser transmitido por actos entre vivos salvo pacto en contrario; y se entiende que se encuentra subordinado al cumplimiento de una modalidad suspensiva, sea un plazo o una condición. Vale decir, este derecho es plenamente existente, pero no completamente eficaz, pues no será exigible hasta el cumplimiento del plazo o la condición.

ARTÍCULO 1673.- ***Fiduciario.*** *El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica.*

Sólo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir.

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.

1. Introducción

El fiduciario es la figura central del contrato y sobre quien recae toda la atención, ya que de su actuación y obrar eficiente surgirá el provecho del negocio. Las obligaciones a su cargo resultarán del contrato, y si bien actúa en nombre propio y por cuenta propia, lo hace en beneficio de otra persona, el beneficiario.

El fiduciario será quien administrará el patrimonio fideicomitido en el marco de las pautas previstas por el fiduciante, y se obligará a transmitirlo al fideicomisario al vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición que determine la conclusión del fideicomiso.

Esta persona o personas, físicas o jurídicas, serán los depositarios de la confianza a la que remite el término "fideicomiso" y deberán regir su actuación como un "buen hombre de negocios", como se analiza en el artículo siguiente.

2. Interpretación

2.1. La oferta pública como límite

La norma determina que cualquier persona, física o jurídica, podrá ser fiduciario, fijando como límite la oferta al público.

En consecuencia, para estar en condiciones de ofrecer los servicios de fiduciario al público en general, será necesaria la autorización administrativa de los organismos de control de los mercados de valores.

Cuadra destacar que la oferta, a la que alude la norma, no se refiere al ofrecimiento al público en general de incorporarse como fiduciantes o beneficiarios de un fideicomiso en particular, sino al ofrecimiento de la persona jurídica para actuar en su carácter de fiduciario.

2.2. Fiduciario que es beneficiario

La norma incorpora la posibilidad, antes discutida en la doctrina, de que el fiduciario revista a su vez el carácter de beneficiario.

En este supuesto la norma agrava aún más el criterio con el cual deberá conducirse el fiduciario en la ejecución de su obligación de administración del patrimonio de afectación: deberá actuar procurando evitar situaciones que conlleven conflictos de intereses entre los restantes beneficiarios y aquel, dando preeminencia a las soluciones que beneficien a los restantes intervinientes en el contrato.

ARTÍCULO 1674.- ***Pauta de actuación. Solidaridad.*** *El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.*

En caso de designarse a más de un fiduciario para que actúen simultáneamente, sea en forma conjunta o indistinta, su responsabilidad es solidaria por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso.

1. Introducción

La norma conserva los parámetros de actuación establecidos en el art. 6° de la ley 24.441, incorporando la responsabilidad solidaria de los cofiduciarios, tal como estaba previsto en el Proyecto de 1998.

2. Interpretación

2.1. El buen hombre de negocios

La norma impone el estándar del "buen hombre de negocios" para medir la gestión llevada a cabo por el fiduciario. Este concepto tiene su antecedente en la legislación societaria, ámbito en el que se utiliza para juzgar la actuación de los administradores y representantes de las sociedades comerciales.

Como estándar agravado, alude directamente a cierta experticia del fiduciario en el manejo de los negocios que se le encomiendan y a la actuación con la debida diligencia para llevar a cabo la finalidad impuesta por el fiduciante. El alcance de esta obligación deberá juzgarse en base a las pautas dadas por este, como así también la finalidad del fideicomiso y la eficacia de las gestiones realizadas.

Si bien es evidente que, como obligación de medios no podría asegurarse un resultado —excepto pacto en contrario—, resulta de aplicación lo previsto en el art. 1725, último párrafo, CCyC en cuanto a la valoración agravada de la conducta desempeñada por el fiduciario en virtud de la confianza en él depositada.

Como concepto variable, el criterio referido no podrá ser examinado de igual manera en los distintos tipos de contratos de fideicomiso, que contienen diversas mandas y finalidades, como así tampoco frente a diferentes situaciones económico-financieras en las que el buen hombre de negocios desenvuelva su actividad. Todas estas variables deben apreciarse conforme las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Puede colegirse que, si bien no resulta indispensable el conocimiento acabado de la actividad en la que el fiduciario deberá realizar su gestión, pues las mandas podrían implicar una multiplicidad de negocios, este estándar le impone el indispensable asesoramiento en las operaciones que se encuentren más allá de su actividad habitual y fueran necesarias para la concreción de la finalidad fijada en el contrato.

2.2. Actuación personal

En merito a la confianza que recae sobre el fiduciario en este tipo de contratos, resulta evidente que la actividad personal del fiduciario es esencial para llevar a cabo los negocios que se le encomiendan.

Atento a ello, y toda vez que no existe normativa que lo autorice, se entiende que el fiduciario debe actuar personalmente en la administración del fideicomiso, no puede, excepto pacto en contrario, delegar en terceros sus funciones. Sin embargo, podrá valerse de mandatarios o agentes para ejecutar los actos de menor relevancia, aún sin la autorización de las partes.

2.3. Responsabilidad solidaria

La norma postula la responsabilidad solidaria en cuanto al cumplimiento de las obligaciones pautadas en el fideicomiso, a fin de lograr su finalidad, cuando se ha designado más de un fiduciario para que actúen en forma simultánea, conjunta o indistinta.

Si bien el artículo no lo menciona, la responsabilidad a la que refiere y que implica la obligación de responder por los daños causados por su gestión, se divide en dos frentes diferentes, el interno y el externo.

2.3.1. Responsabilidad interna

En primer término, existe la responsabilidad interna, que se relaciona con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el o los fiduciarios ante el fiduciante, el beneficiario y el fideicomisario. Es en este ámbito donde tendrá mayor preeminencia el estándar de buen hombre de negocios, ya que son las gestiones comprometidas ante las partes las que deberán merituarse en base a aquél.

Como se dijo, en este ámbito el fiduciario responde por la inejecución total o parcial de las mandas impuestas por el fiduciante y, salvo que se comprometa un resultado determinado, para ser considerado responsable deberá probarse que su actuación no ha sido diligente o que ha excedido las pautas fijadas en el contrato.

En estos casos, deberá responder con la totalidad de su patrimonio personal, y no con el límite del patrimonio de afectación. Para el caso de haberse designado más de un fiduciario, responderán todos solidariamente y con su patrimonio personal.

2.3.2. Responsabilidad frente a terceros

Por otra parte, existe la posibilidad de que se deba responder por la inejecución de obligaciones contraídas en la contratación con terceros en el marco de la administración del fideicomiso.

En este ámbito resulta relevante lo dispuesto por los arts. 1685 a 1687 CCyC, en cuanto a que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado. Es por eso que, salvo que la actuación del fiduciario sea en exceso de los deberes impuestos por el contrato, o que haya omitido el aseguramiento previsto por el art. 1685 CCyC, deberá responder únicamente con el patrimonio de afectación, dejando a salvo su patrimonio personal.

ARTÍCULO 1675.- ***Rendición de cuentas.*** *La rendición de cuentas puede ser solicitada por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario, en su caso, conforme a la ley y a las previsiones contractuales; deben ser rendidas con una periodicidad no mayor a un año.*

1. Introducción

La obligación de rendir cuentas se encuentra en la mayoría de los contratos que, como el fideicomiso, conllevan la gestión de bienes de o a favor de terceros. Esta obligación, periódica e indispensable implica la información a las partes de las tareas realizadas en la administración del patrimonio fideicomitido.

2. Interpretación

2.1. Alcance de la rendición de cuentas

La rendición de cuentas deberá ser circunstanciada y documentada. Las operaciones llevadas a cabo con los bienes que le fueran transmitidos deben estar claramente expuestas, así como las ganancias resultantes de los negocios realizados y el avance respecto de la finalidad para la que fuera constituido el fideicomiso. La rendición puede efectuarse de

cualquier manera, siempre que contenga el detalle de las operaciones relevantes efectuadas respecto del patrimonio de afectación (cfr. art. 858 CCyC y ss.).

La rendición de cuentas deberá ser aprobada por las partes en forma expresa o tácita, o en su defecto, podrán impugnarla por la vía judicial.

2.2. Legitimados para pedirla

La norma amplía el espectro de legitimados activos para pedir la rendición de cuentas al fiduciario, acotada en la legislación anterior únicamente al beneficiario.

Resulta evidente el interés legítimo en la evolución de la gestión que tiene tanto el fiduciante y el fideicomisario, más allá de no ser los beneficiarios directos de los negocios que lleva a cabo el fiduciario. Esta legitimación es coincidente con la prevista para pedir la remoción por incumplimiento (art. 1678, inc. a, CCyC).

ARTÍCULO 1676.- ***Dispensas prohibidas.*** ***El contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos.***

1. Introducción

La norma marca límites de orden público respecto de las dispensas que el fiduciante no podrá efectuar a favor del fiduciario, con miras a la protección de terceros que puedan eventualmente contratar con él, así como respecto de los acreedores de los sujetos del contrato.

2. Interpretación

2.1. Dispensa de rendir cuentas

Como se dijo, la rendición de cuentas resulta una obligación esencial en los negocios que se efectúan a favor de un tercero. Nos encontramos ante una norma de orden público, la que no puede ser dejada de lado por las partes.

Ahora bien, debe entenderse que la prohibición a la que refiere el artículo bajo análisis solo alcanza a la dispensa anticipada de esta obligación por parte del fiduciante, que sería nula si se incorporase a las disposiciones del fideicomiso. Pero nada obsta a que los restantes legitimados para exigirla, así como el fiduciante, dispensen de esta obligación una vez constituido el fideicomiso, ya que como cláusula que se pauta en beneficio de aquellos resultaría renunciable. Para el caso de que alguno de los legitimados sea un incapaz, se requerirá la autorización judicial para esta eximición.

2.2. Dispensa de culpa o dolo

Habrá dispensa de culpa cuando el cocontratante exima a la otra parte de responsabilidad en caso de que se verifique un obrar culposo en la inejecución de alguna de las obligaciones asumidas.

La norma mantiene la pauta fijada en la ley 24.441 en cuanto a un riguroso criterio respecto de la prohibición de cualquier eximición, sea de culpa o de dolo, en la actuación del fiduciario, o de sus dependientes, si se valiera de ellos para la ejecución de sus obligaciones.

2.3. Prohibición de adquirir los bienes

La prohibición está directamente relacionada con la creación de un patrimonio especial. De esta manera, el fiduciario tiene vedada la posibilidad de transmitir directa o indirectamente los bienes del patrimonio de afectación a su patrimonio personal. Esta prohibición tiende a evitar confusiones en los límites de cada uno de ellos que puedan resultar en perjuicio de las partes del contrato, o de sus acreedores.

ARTÍCULO 1677.- ***Reembolso de gastos. Retribución.*** *Excepto estipulación en contrario, el fiduciario tiene derecho al reembolso de los gastos y a una retribución, ambos a cargo de quien o quienes se estipula en el contrato. Si la retribución no se fija en el contrato, la debe fijar el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda, la importancia de los deberes a cumplir, la eficacia de la gestión cumplida y las demás circunstancias en que actúa el fiduciario.*

1. Introducción

Dentro de los derechos otorgados al fiduciario se encuentra el de percibir una remuneración —la que, en caso de no estar pactada, se presumirá como existente—, así como la de ser reembolsado de los gastos producto de su ejecución. Esta regla emana de la obligación que asume en ejecutar actos en interés de terceros, y que sean estos los que provean los medios para dicha ejecución.

2. Interpretación

2.1. Retribución

Como se dijera al enunciar los caracteres del contrato, se entiende que el contrato es, en principio, oneroso, y que por ello el fiduciario tendrá derecho a una remuneración en relación a la actividad desarrollada en el ejercicio de su función de administrador del patrimonio de afectación.

Sin perjuicio de ello, nada obsta a que se acuerde la actuación gratuita por parte del fiduciario, y aún más, la no obligatoriedad del reintegro de los gastos que ocasione su gestión, atento que resulta materia disponible para las partes.

La norma deja abierta la posibilidad para que en cada contrato en particular la remuneración del fiduciario se encuentre a cargo de cualquiera de los sujetos intervinientes, alejándose de la posición asumida en el Proyecto de 1998, donde tanto el rembolso de gastos como la remuneración se encontraban —salvo pacto en contrario— a cargo de los bienes fideicomitidos.

2.2. Pautas para la fijación

Para el supuesto en que no se acordara una retribución al momento de constituir el fideicomiso, esta podrá ser fijada judicialmente. Se debe entender que, tanto el fiduciante, como el beneficiario y el fiduciario se encuentran legitimados para requerir la fijación de esta retribución.

Para ello, resulta evidente que el juez deberá tener en cuenta ciertas pautas, como ser la índole de la tarea encomendada, la importancia de los deberes a cumplir, así como su eficiencia y eficacia en la gestión en relación a la consecución del fin último del fideicomiso.

Este último elemento resulta novedoso respecto de la normativa vigente, pues el art. 8° de la ley 24.441 hacía referencia únicamente a los dos primeros elementos como base para la determinación de la retribución del fiduciario.

Ahora bien, la retribución referida podrá ser fija o variable, y puede consistir en un porcentaje de los beneficios obtenidos, o bien un porcentaje del valor de los bienes del fideicomiso. A su vez, podrá pactarse la percepción de la remuneración en forma mensual, anual o por el período que las partes estimen conveniente, y puede también acordarse una única retribución al cumplirse el plazo o la condición que ponga fin al contrato.

2.3. Reembolso de gastos

El fiduciario tiene derecho al reembolso de los gastos irrogados por su gestión, dado que constituyen el resultado de una gestión en interés ajeno, y serán el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario los obligados a afrontarlos, de acuerdo con lo establecido en el contrato.

El derecho al reembolso también es disponible y podrá ser pactado en contrario, haciéndose cargo el fiduciario de los gastos con su patrimonio personal.

En consecuencia, salvo pacto en contrario, el fiduciario, una vez aprobada la rendición de cuentas, podrá requerir el reembolso de los gastos, sin que exista un límite temporal para ello, por lo que nada obsta a que se reclame periódicamente o al finalizar su gestión.

ARTÍCULO 1678.- ***Cese del fiduciario.*** *El fiduciario cesa por:*

a. *remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones o por hallarse imposibilitado material o jurídicamente para el desempeño de su función, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario o del fideicomisario, con citación del fiduciante;*
b. *incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente declaradas, y muerte, si es una persona humana;*
c. *disolución, si es una persona jurídica; esta causal no se aplica en casos de fusión o absorción, sin perjuicio de la aplicación del inciso a), en su caso;*
d. *quiebra o liquidación;*
e. *renuncia, si en el contrato se la autoriza expresamente, o en caso de causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño de la función; la renuncia tiene efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.*

1. Introducción

El cese del fiduciario implica la culminación de su administración respecto del patrimonio de afectación por alguna de las causales previstas en el contrato o en la ley, y su remplazo por el sustituto bajo el régimen previsto en el art. 1679. Ello no afecta la continuidad del fideicomiso, el que seguirá vigente hasta cumplirse el plazo o condición resolutoria.

2. Interpretación

2.1. Supuestos particulares

La remoción por incumplimiento no requiere, de por sí, que la inejecución parcial o total de alguna de las obligaciones haya causado un daño. Esto último será la base para reclamar la indemnización respectiva en caso de corresponder. Pero aún cuando no existiera

ese daño, el incumplimiento puede acarrear la remoción a través de un procedimiento judicial.

Con relación a la entidad del incumplimiento, se entiende que cualquiera sea la obligación que no haya sido cumplida íntegramente podrá ser causa de remoción. Empero, la inejecución de una obligación de escasa importancia no conllevará necesariamente esa consecuencia cuando las obligaciones principales y la gestión llevada a cabo por el fiduciario hayan conducido eficazmente a dar cumplimiento con la finalidad del fideicomiso.

Al respecto, cabe recordar que el contrato de fideicomiso se sustenta, entre otras cosas, en la confianza y en las facultades de gestión del fiduciario. En consecuencia, no es desatinado suponer que cualquier incumplimiento, de la índole que sea, afectará la confianza depositada en él. Sin perjuicio de ello, no debe confundirse la remoción por incumplimiento de las obligaciones, aquí prevista, con la revocación, cuya facultad puede reservarse el fiduciante en los términos del art. 1697 CCyC.

Para el supuesto de que existan una pluralidad de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios, deberá preverse contractualmente la mayoría necesaria para peticionar la remoción.

En caso de silencio, cabe considerar que cualquier fiduciante, beneficiario o fideicomisario puede solicitar la remoción del fiduciario, ya que la canalización de la petición en el marco de un proceso judicial impedirá el uso abusivo de este derecho, vale decir, aquel fundado en incumplimientos intrascendentes (art. 10 de la ley 24.441).

Finalmente, la norma establece que la petición de remoción del fiduciario podrá ser formulada por el beneficiario o el fideicomisario, con citación del fiduciante, originante del contrato. Resulta evidente que también podría ser solicitada por los acreedores del beneficiario o el fideicomisario, en caso de que se subroguen en los derechos de estos.

2.2. Otros supuestos en personas físicas

También cesará el fiduciario en su cargo, en caso de inhabilitación o capacidad restringida declaradas judicialmente, ampliando los supuestos previstos por la legislación anterior, que contemplaba únicamente la muerte y la incapacidad judicialmente declarada.

2.3. Supuestos de cese en personas jurídicas

La disolución de la persona jurídica abre el proceso de liquidación que dará lugar a su extinción. En consecuencia, ese acontecimiento pone fin a la actuación como fiduciario en el marco del contrato. La norma contempla la excepción en caso de fusión o absorción, manteniendo los restantes supuestos de disolución previstos en el art. 163 CCyC.

2.4. Quiebra

La quiebra trae aparejada la pérdida de la administración de los bienes del fallido, y en caso de que ello ocurra con el fiduciario, le impide continuar con el ejercicio del patrimonio de afectación en virtud de la desaparición de la confianza depositada en él, derivada de su insolvencia.

2.5. Renuncia del fiduciario

Para que la renuncia del fiduciario tenga validez, deberá estar prevista en el contrato, aun sin expresión de la causa. Pero, a falta de esta estipulación, la norma prevé que podrá ser invocada con fundamento en una causa grave o en la imposibilidad material o jurídica para continuar con la gestión del patrimonio.

Ahora bien, la norma establece que la renuncia solo tendrá efecto una vez efectuada la transferencia del patrimonio al fiduciario sustituto, por lo que se impone al renunciante continuar con su función hasta ese momento, con todas las facultades y responsabilidades contractuales íntegras.

Acaecida la renuncia, será de aplicación lo dispuesto en el art. 1679, párr. 1, CCyC. Se designará al fiduciario previsto en el contrato o se activará el procedimiento para su elección y designación.

Se entiende, en estos casos, que los legitimados activos para solicitar al juez la designación del sustituto, son el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario. Ahora bien, una vez cumplido un tiempo prudencial, corresponde otorgarle legitimación al fiduciario para instar la designación del nuevo fiduciario, pues de lo contrario, se le impondría una obligación *sine die*, dado que, como ya se dijo, tiene a su cargo la administración hasta la aceptación del sustituto y la transferencia a su favor de los bienes.

Cabe señalar también, que nada impide que la renuncia, causada o incausada, genere una obligación de resarcir a las restantes partes del contrato, lo que puede ocurrir cuando el éxito del negocio común dependa de las condiciones personales del fiduciario saliente.

Por último, en el supuesto de una pluralidad de fiduciarios, ante la renuncia de uno de ellos en los términos del presente inciso, salvo pacto en contrario, se entiende que, si bien será necesaria la designación de uno nuevo, el renunciante cesará una vez transmitidos los bienes al sustituto o los restantes fiduciarios en ejercicio. La diferencia radica en que en los casos de renuncia del único fiduciario, estaríamos ante la acefalía del patrimonio de afectación, mientras que —de existir una gestión plural— esta podrá continuarse sin perjuicio de las medidas que puedan requerirse tendientes al contralor de la administración de los fiduciarios que subsistan en el cargo.

ARTÍCULO 1679.- ***Sustitución del fiduciario.*** *Producida una causa de cese del fiduciario, lo reemplaza el sustituto indicado en el contrato o el designado de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hay o no acepta, el juez debe designar como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 1690.*

En caso de muerte del fiduciario, los interesados pueden prescindir de la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de bienes.

En los restantes casos de los incisos b), c) y d) del artículo 1678, cualquier interesado puede solicitar al juez la comprobación del acaecimiento de la causal y la indicación del sustituto o el procedimiento para su designación, conforme con el contrato o la ley, por el procedimiento más breve previsto por la ley procesal local. En todos los supuestos del artículo 1678 el juez puede, a pedido del fiduciante, del beneficiario, del fideicomisario o de un acreedor del patrimonio separado, designar un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio, si hay peligro en la demora.

Si la designación del nuevo fiduciario se realiza con intervención judicial, debe ser oído el fiduciante.

Los bienes fideicomitidos deben ser transmitidos al nuevo fiduciario. Si son registrables es forma suficiente del título el instrumento judicial, notarial o privado autenticado, en los que conste la designación del nuevo fiduciario. La toma de razón también puede ser rogada por el nuevo fiduciario.

1. Introducción

El cese del fiduciario no implica la disolución del fideicomiso, ni la suspensión de las prestaciones a su cargo, sino que produce una mera modificación en la administración, facultando a las partes a acudir al procedimiento previsto en el contrato para su remplazo, y en su defecto, instar la vía judicial para la designación de un sustituto. El art. 1679 CCyC amplía la escueta regulación prevista en el art. 10 de la ley 24.441 para el trámite de sustitución del fiduciario.

2. Interpretación

2.1. Sustitución en base a normas contractuales

El primer supuesto previsto por la norma supone que el fiduciante, al constituir el fideicomiso, designó un fiduciario suplente, para que, en caso de cese, renuncia o no aceptación del fiduciario titular, se haga cargo de la administración del fideicomiso en las mismas condiciones.

Ante la ausencia de previsión respecto de la designación de un fiduciario sustituto, o ante su cese, renuncia o no aceptación, podrá disponerse un procedimiento de selección del nuevo fiduciario, quien —resulta aconsejable— deberá poseer una aptitud profesional similar al titular.

La norma aclara que en el supuesto de muerte, una vez acreditada, los interesados podrán prescindir de la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de los bienes, esto, claro está, ante el supuesto de previsión en el contrato de un fiduciario sustituto o un procedimiento de elección.

2.2. El proceso de sustitución

2.2.1. Legitimados

Para iniciar el proceso de sustitución judicial en base al art. 1678, incs. b, c, y d, CCyC, la legitimación activa es amplia y esta prevista para cualquier interesado. Por lo que resultan legitimados el beneficiario y el fideicomisario, así como sus acreedores y también quienes resulten acreedores del fideicomiso en obligaciones contraídas en su ejecución, y cualquier otro tercero que acredite su interés, allegando la documentación que pruebe los extremos invocados para solicitar la sustitución.

A partir de allí, el juez, dentro del procedimiento más breve que prevea el ordenamiento procesal local, deberá comprobar si en las previsiones contractuales se ha identificado a un sustituto o se ha establecido un proceso de elección. En su defecto deberá designar un fiduciario de entre los autorizados a ofrecer sus servicios al público.

Si bien surgiría una aparente contradicción respecto de la necesariedad de la intervención judicial en caso de existir un sustituto determinado en el contrato o un procedimiento para su elección, en virtud de lo previsto por el párrafo primero, debe entenderse que la posibilidad de decidir la sustitución sin ocurrir ante los tribunales se refiere al fiduciario; en todos los demás casos, en que sea solicitado por terceros interesados, estos deberán acudir a la vía judicial. Por ello, el art 1679, párr. 4, CCyC de la norma establece que en caso de designación solicitada judicialmente, deberá ser oído el fiduciante.

Para el caso de fideicomiso testamentario será competente para este proceso el juez de la sucesión.

2.2.2. Medidas conservatorias

En el marco del proceso de sustitución, las partes, acreditando sumariamente la verosimilitud de su derecho y el peligro en la demora, podrán requerir las medidas conservatorias del patrimonio fideicomitido que crean necesarias.

Así también podrán peticionar la designación de un fiduciario judicial provisorio hasta la determinación de quien será el sustituto definitivo para la administración de los bienes.

Debe tenerse en cuenta que el proceso de selección de un nuevo fiduciario puede llevar un tiempo considerable, y resultará imperativo para todas las partes interesadas evitar la acefalía del fideicomiso, a fin de prevenir moras en los pagos de obligaciones asumidas, pérdidas de inversiones, u otras circunstancias.

ARTÍCULO 1680.- ***Fideicomiso en garantía.*** *Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes.*

1. Introducción

Una de las finalidades para las que se ha aplicado esta figura contractual es la de la garantía, y no debe confundirse con los derechos reales de garantía, previstos en el Libro Cuarto, Título XII.

El fideicomiso en garantía posibilita la percepción de los créditos garantizados a través de las sumas de dinero que ingresan al patrimonio fiduciario por el producido de los bienes fideicomitidos. Estos fondos serán consecuencia de su disposición, privada o judicial, por parte del fiduciario ante la sola comunicación del beneficiario, evitando el proceso de ejecución de dicha garantía, que ha sido aislada por el contrato de los restantes acreedores, otorgando mayor certeza respecto de la posibilidad de cobrarla.

2. Interpretación

2.1. Definición de fideicomiso en garantía

Habrá fideicomiso en garantía cuando una parte con causa en una deuda anterior o contemporánea, transmita la propiedad fiduciaria de uno o varios bienes a un tercero o a su acreedor, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de su obligación con este, quien detentará el rol de beneficiario en el contrato.

2.2. Formas de estructuración

En la práctica, el fideicomiso de garantía se constituye, en principio, con dos variantes diferentes: la primera, donde el fiduciante, deudor de la obligación principal que se pretende garantizar, transfiere los bienes en propiedad fiduciaria a favor del acreedor, quien es a su vez fiduciario y procederá a la ejecución de la garantía en caso de incumplimiento del deudor, cobrándose su crédito directamente sin intervención judicial ni de terceros.

La segunda, donde el fiduciario contrata como tal y hasta el límite del patrimonio de afectación con el acreedor, como garante del deudor, de acuerdo a lo pactado con este. El primero ejercerá la administración de la propiedad fiduciaria de acuerdo a las pautas de actuación previstas por el deudor, quien reviste el carácter de fiduciante, en beneficio del acreedor, para abonarle su acreencia, debiendo entregar el remanente de los bienes, si existiera, al fideicomisario. En caso de cumplimiento de la obligación principal por el deudor, el fiduciante deberá reintegrar la totalidad de los bienes del patrimonio afectado a la garantía.

2.3. Afectación de las sumas al pago de obligaciones garantizadas

Cuando la finalidad del contrato sea la de garantizar obligaciones asumidas por el fiduciante, o hayan sido afianzadas por este, la norma otorga al fiduciario la potestad de destinar las sumas que ingresen al patrimonio, sea por cobro judicial o extrajudicial, de los derechos o créditos incorporados en el patrimonio de afectación, al pago de los créditos garantizados.

Esta norma viene a suplir una eventual omisión de las partes respecto de los límites y derechos del fiduciario en caso de un fideicomiso de garantía, así como a otorgar un marco interpretativo del contrato en caso de vaguedad en las mandas otorgadas por el fiduciante.

Resulta indudable que si el propósito del fideicomiso es la garantía, los bienes fideicomitidos son la prenda del acreedor y serán el objeto de la ejecución a fin de la cancelación de su crédito. En ese mismo sentido deberán aplicarse las sumas que puedan ingresar al fideicomiso por los supuestos mencionados.

En ese sentido también se establece, como pauta de actuación para el fiduciario, que deberá optar por disponer de los bienes a través del mecanismo que procure su mayor precio posible.

2.4. Ventajas del fideicomiso en garantía

Este contrato con finalidad de garantía conlleva ventajas para todos los sujetos intervinientes en su estructuración, en comparación a las tradicionales garantías reales.

Por un lado, al fiduciante le permite la utilización de activos que no serían considerados aptos en otros tipos de garantía; así también, evita el procedimiento judicial y reduce la sobregarantía.

Por otra parte, para el acreedor, tendrá como ventaja una más eficiente ejecución de la garantía, reduciendo plazos y costos en caso de realización de los bienes extrajudicialmente. Además, el acreedor, que será beneficiario, tendrá, al igual que en la prenda y la hipoteca, preferencia de pago sobre los demás acreedores del fiduciante, no por un privilegio establecido sobre la cosa, sino porque los bienes han salido del patrimonio del deudor, incorporándose al de afectación.

ARTÍCULO 1681.- ***Aceptación del beneficiario y del fideicomisario. Fraude.*** *Para recibir las prestaciones del fideicomiso, el beneficiario y el fideicomisario deben aceptar su calidad de tales.*

La aceptación se presume cuando intervienen en el contrato de fideicomiso, cuando realizan actos que inequívocamente la suponen o son titulares de certificados de participación o de títulos de deuda en los fideicomisos financieros.

No mediando aceptación en los términos indicados, el fiduciario puede requerirla mediante acto auténtico fijando a tal fin un plazo prudencial. No producida la aceptación, debe solicitar al juez que la requiera sin otra substanciación, fijando a tal fin el modo de notificación al interesado que resulte más adecuado.

El beneficiario y el fideicomisario pueden, en la medida de su interés, reclamar por el debido cumplimiento del contrato y la revocación de los actos realizados por el fiduciario en fraude de sus intereses, sin perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe.

1. Introducción

El contrato de fideicomiso se perfecciona con la manifestación de la voluntad del fiduciante y del fiduciario; la aceptación de los beneficiarios y fideicomisarios no resulta necesaria para su perfeccionamiento, pues aun cuando no llegaran a aceptar, se pondría en movimiento el proceso de sustitución previsto por los arts. 1671 y 1672 CCyC.

2. Interpretación

2.1. Forma de la aceptación

La norma prevé que la aceptación del beneficio podrá ser expresa, con la suscripción del contrato, o tácita, en caso de que se realicen actos que la supongan inequívocamente, en concordancia con la definición que emana del art. 979 CCyC. Agrega que también se considerará aceptado el beneficio, con la titularidad de los certificados de participación, en los fideicomisos financieros.

2.2. Legitimación y proceso para requerir la aceptación

Si los beneficiarios o fideicomisarios no hubieran aceptado expresa o tácitamente, podrá el fiduciario requerirla, debiendo para ello notificarlos por un medio fehaciente, otorgando un plazo prudencial, que deberá tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

Esta facultad resulta inherente a la dinámica del contrato, ya que para poder dar acabado cumplimiento con su obligación principal, que es entregar los beneficios, deberá encontrarse determinado quien será el que los reciba, toda vez que en virtud de lo dispuesto por el art. 1671 CCyC, en caso de falta de aceptación o renuncia, se aplicarán los supuestos de sustitución para el caso de no haberse previsto un beneficiario suplente.

En virtud de que la falta de aceptación produce el cese del derecho del beneficiario, que pasará a estar en cabeza del sustituto, del fideicomisario o del fiduciante —según lo pactado—, la intervención judicial para definir el modo más adecuado de notificación, así como también la fijación del plazo de aceptación, tiene como finalidad controlar su debido cumplimiento y evitar el perjuicio de terceros acreedores del beneficiario a quien se pretende citar, pues estos podrán subrogarse en los derechos de aquel, aceptando el beneficio.

2.3. Legitimación para la acción de cumplimiento

La norma otorga legitimación procesal, tanto al beneficiario como al fideicomisario, para las acciones de cumplimiento del contrato, así como para pedir la revocación de los actos realizados en fraude a sus intereses.

En relación al beneficiario, esta legitimación deriva del derecho actual que tiene de percibir los frutos, sumado a la posibilidad de exigir la rendición de cuentas prevista en el art. 1675 CCyC para un debido control del patrimonio fideicomitido.

Por parte del fideicomisario, si bien su derecho se encuentra sujeto a una condición, la legitimación surge del interés en la conservación del valor del patrimonio que, en última instancia le corresponderá recibir, sin perjuicio que los bienes que lo integren sean los que originalmente se hayan transmitido.

SECCIÓN 3ª
Efectos

ARTÍCULO 1682.- ***Propiedad fiduciaria.*** *Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria, regida por las disposiciones de este Capítulo y por las que correspondan a la naturaleza de los bienes.*

ARTÍCULO 1683.- ***Efectos frente a terceros.*** *El carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos.*

Remisiones: ver Libro Tercero, Título IV, Capítulo 31 del CCyC.

1. Introducción

La norma retoma lo previsto en los arts. 11 y 12 de la ley 24.441, estableciendo la constitución de una propiedad fiduciaria sobre los bienes objeto del fideicomiso, así como el nacimiento de ese carácter en relación a su oponibilidad a terceros desde el momento del cumplimiento, de las exigencias requeridas de acuerdo al tipo de bienes que se transmitan. Asimismo, reemplaza el término "dominio" utilizado en la legislación anterior, por el de "propiedad".

2. Interpretación

2.1. Dominio fiduciario. Remisión

En cuanto a los caracteres y particularidades del dominio fiduciario, como derecho real, cabe remitir a la lectura del Libro Tercero, Título IV, Capítulo 31 del CCyC.

2.2. Dominio y propiedad fiduciaria

En primera lugar, corresponde distinguir dominio fiduciario de propiedad fiduciaria. El primero es un derecho real, que implica un dominio imperfecto sobre una cosa, careciendo del carácter de perpetuidad propio del dominio pleno. El fiduciario tiene un dominio pleno, con los límites previstos en el contrato en términos temporales y en cuanto a sus facultades.

La propiedad fiduciaria, en cambio, refiere al derecho patrimonial con los límites temporales que prevé el contrato, que adquiere el fiduciario en relación a determinados bienes, recibidos con una finalidad determinada. Es más abarcadora, ya que se extiende a las cosas recibidas y también a otros bienes, como créditos o derechos sobre los que no podría constituirse un derecho real por no ser cosas.

2.3. Efectos frente a terceros

En su actuación como representante del fideicomiso, el fiduciario deberá contraer obligaciones con terceros interesados. A fin de que la transmisión fiduciaria tenga efectos respecto a estos, deberá cumplir con los requisitos previstos por la ley de acuerdo a la naturaleza de los bienes trasferidos.

La propiedad fiduciaria será oponible frente a terceros a partir del registro del acto de hacerlos públicos. Los actos cuya publicidad no haya sido cumplida, serán igualmente existentes y válidos entre las partes, mas inoponibles frente a los terceros ajenos.

Esto se extiende también a terceros contratantes con el fiduciante respecto de bienes que integran el fideicomiso, ya que hasta no haberse publicitado la transferencia fiduciaria, esta les resulta inoponible, por lo que hasta dicho momento podrían atacar esos bienes.

El registro de la propiedad fiduciaria no es siempre el requisito de publicidad requerido. En otros casos puede incluir notificaciones, como el caso de la cesión de créditos.

ARTÍCULO 1684.- ***Registración. Bienes incorporados.*** *Si se trata de bienes registrables, los registros correspondientes deben tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario.*

Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes.

1. Introducción

En consonancia con lo expuesto en los arts. 1669 y 1683 CCyC, la norma prevé que los registros correspondientes deberán tomar razón de la propiedad fiduciaria transmitida.

De acuerdo a lo estipulado por el art. 1683 CCyC, la registración es el punto de partida para que la propiedad fiduciaria produzca efectos con relación a terceros, en los casos de bienes registrables.

2. Interpretación

2.1. Registración

Sin perjuicio que la registración pueda efectuarla el fiduciante, el fiduciario tiene la obligación de colaborar en el trámite, a fin de poner a su nombre los bienes transmitidos.

En algunos casos, la toma de razón tendrá efectos declarativos, y en otros constitutivos. Estos registros cumplen una importante función al otorgar seguridad jurídica a los terceros, al hacer públicos los límites del fideicomiso, no pudiendo alegar aquellos su desconocimiento.

Más allá que lo que deba inscribirse sea la propiedad fiduciaria, para un mejor ejercicio de los derechos de terceros, se entiende que la inscripción deberá comprender el plazo o la condición previstos en el contrato así como las cláusulas que puedan llegar a afectarlos —la cláusula de revocación, o los supuestos particulares de extinción que surjan del contrato—. También deberán inscribirse las disposiciones que importen limitaciones a disponer o gravar los bienes, si existieren.

2.2. Frutos

El fiduciario, como titular del dominio, aunque imperfecto, es el único y verdadero dueño de las cosas, y en consecuencia tiene el derecho a la percepción de los frutos, sean naturales o civiles, así como también de los productos, toda vez que su derecho real tiene únicamente las limitaciones temporales y las previstas en la manda contractual.

Por otra parte, resulta evidente que, ante la enajenación de bienes, o de los frutos de aquellos que sean parte del patrimonio de afectación, y la utilización del dinero obtenido para la adquisición de otros bienes, estos ingresan a aquel patrimonio fiduciario, y no confundiéndose con el propio.

La excepción prevista por este artículo no debe entenderse en el sentido de dar derecho al fiduciario a incorporar los frutos, productos o los bienes que se adquieran a su patrimonio personal, ni al del beneficiario, sino que, en caso de que el fiduciario quiera destinar los frutos o productos a la compra de otros bienes, debe estar legitimado para ello por el contrato, a fin de incorporarlos por vía de subrogación real.

ARTÍCULO 1685.- ***Patrimonio separado. Seguro.*** *Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario.*

Sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables. El fiduciario es responsable en los términos de los artículos 1757 y concordantes cuando no haya contratado seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos.

1. Introducción

La base del contrato de fideicomiso se encuentra delineada en este artículo, esto es, la posibilidad de afectar una cantidad de bienes a una finalidad determinada, aislándola del resto del patrimonio del fiduciante, del fiduciario, del beneficiario y del fideicomisario.

2. Interpretación

2.1. El patrimonio separado y de afectación

Los patrimonios de afectación son creados por las partes en normas de alcance particular regulando su duración, los bienes que serán incorporados, las facultades de quien habrá de administrarlo y sus limitaciones. Este patrimonio de afectación resulta una excepción a la regla general por la cual cada persona no tiene más que un patrimonio.

2.2. Responsabilidad por el daño causado por el riesgo de los bienes del patrimonio fideicomitido

El fiduciario, en el transcurso de la ejecución del fideicomiso, contraerá obligaciones con terceros en nombre de este. Pero, además de dichas obligaciones, deberá responder —por ser su dueño— por los daños causados a terceros no contratantes con el fideicomiso en razón del riesgo o vicio de las cosas transmitidas, o si la actividad que

con ellas se realiza resulta riesgosa por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

Nos encontramos, como refiere el art. 1757 CCyC, frente a una responsabilidad objetiva, por lo que no podrá eximirse demostrando la falta de culpa, debiendo acreditar una causa ajena.

2.3. Seguro y límite de responsabilidad

La norma rectifica, además, lo previsto por el criticado art. 14 de la ley 24.441, que disponía que en caso de responsabilidad frente a terceros, el fiduciario respondía únicamente hasta el valor de la cosa, con la excepción del supuesto en que debió "razonablemente" asegurarse, en cuyo caso respondería con todo su patrimonio personal.

Esa normativa abría la puerta a situaciones injustas donde los terceros víctimas de un hecho ilícito causado por el riesgo o vicio de la cosa fideicomitida, podrían tener que conformarse con el valor de la cosa, lo que en muchos casos constituía una indemnización incompleta o insuficiente.

Con su nueva redacción, la norma ha dejado de lado el tope indemnizatorio referido, manteniendo la responsabilidad del fiduciario en su carácter de tal para el caso de haber contratado un seguro razonable, o dentro de los previstos por la reglamentación correspondiente.

Sin perjuicio de ello, el fiduciario deberá afrontar la responsabilidad en forma personal y con la totalidad de su patrimonio para el caso de no haber contratado seguro de responsabilidad civil que cubra los daños contra terceros.

La obligación de contratar se ve agravada con relación a la prevista por la normativa anterior, ya que no solo se requiere la contratación de un seguro, sino que para poder eximirse de responsabilidad con su patrimonio personal, deberán evitarse las situaciones de infraseguro, por una cobertura que no sea completa.

Por otro lado, puede darse la situación en la cual el fiduciario deba responder por su actuación personal con su patrimonio personal con base en una responsabilidad subjetiva, y al mismo tiempo, con el patrimonio de afectación, como titular fiduciario de la cosa cuyo vicio o riesgo causara el daño. En este caso, nos encontraríamos ante una obligación concurrente, regida de acuerdo a lo previsto por el art. 850 CCyC.

ARTÍCULO 1686.- ***Acción por acreedores.*** ***Los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal. Los acreedores del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su deudor.***

1. Introducción

La norma ratifica la idea de separación e inmunidad del patrimonio fideicomitido, lo que resulta la nota distintiva y esencial de esta figura contractual. Esta inmunidad puede ser únicamente dejada de lado en base a las acciones de fraude y de ineficacia concursal.

El artículo también otorga a los acreedores del beneficiario y del fideicomisario la facultad de subrogarse en los derechos de sus deudores, para ejercer las acciones pertinentes en miras a ejecutar sus acreencias y proteger el patrimonio de su deudor.

2. Interpretación

2.1. Separación e inmunidad de patrimonios

Como consecuencia de la separación de patrimonios, los bienes objeto del fideicomiso quedan exentos de la acción de los acreedores del fiduciante.

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 1683 CCyC, para que esta transferencia a un patrimonio distinto al del fiduciante sea oponible a sus acreedores, previamente deberán encontrarse cumplidos los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes que lo integren.

2.2. Actuación del patrimonio fideicomitido en juicio

El fiduciario, en cumplimiento de las obligaciones asumidas al ejercer el patrimonio que le fue transmitido, contraerá obligaciones con terceros, las que deberán ser satisfechas con los bienes incorporados en el fideicomiso como dispone el art. 1687 CCyC.

El fideicomiso es nada más que un contrato, vale decir, no tiene personería jurídica propia, sin perjuicio del patrimonio separado que se crea como consecuencia de aquel. Por ende, resulta claro que el deudor de las obligaciones es el fiduciario, ya que el sujeto pasivo deberá ser siempre una persona humana o jurídica, a pesar de que responda únicamente con los bienes del patrimonio de afectación. Por eso, en caso de demanda judicial, deberá ser demandado en su persona y en carácter de fiduciario.

2.3. Fraude e ineficacia concursal

El fideicomiso, por su capacidad de aislar bienes de titularidad del fiduciante, con la posibilidad de que no ingresen nuevos bienes a su patrimonio en contraprestación, puede frustrar la expectativa de cobro de los acreedores de aquel toda vez que se vería disminuida su prenda común, por lo menos hasta tanto se cumpla el plazo o condición previstos en el contrato.

Como se dijo, los acreedores del fiduciante no tienen acción contra los bienes fideicomitidos, con excepción de los derechos en los que puedan subrogarse en caso que el fiduciante sea también beneficiario.

Sin perjuicio de ello, si la afectación de los bienes se efectúa maliciosamente, con el único fin de reducir el patrimonio que podrían atacar los acreedores del fiduciante, nos encontraremos dentro de un supuesto de fraude, tal como lo prevé en el Libro Primero, Parte General, Título IV, Capítulo 6, Sección 3ª, que trae como consecuencia la inoponibilidad del acto celebrado —en este caso el contrato de fideicomiso— en perjuicio de los accionantes, hasta el importe de sus respectivos créditos.

Para que esa acción sea viable, deberán encontrarse acreditados los presupuestos previstos por el art. 339 CCyC, vale decir, que el crédito sea anterior al fideicomiso, o que este se haya efectuado con miras a defraudar futuros acreedores, que la transferencia fiduciaria haya causado o agravado la insolvencia del fiduciante, y que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido que el acto agravó o causó la insolvencia.

La norma agrega a la acción de fraude, ya prevista en el art. 15 de la ley 24.441, la acción de ineficacia concursal, que podrá ser ejercida a fin de hacer inoponibles a los acreedores los efectos del fideicomiso.

Si bien con la normativa anterior esta acción de ineficacia ya se entendía como viable en virtud de que en estos casos el fraude se presume, la norma actual la incorpora expresamente.

En consecuencia, el fideicomiso podrá ser declarado inoponible respecto de los acreedores cuando resulte perjudicial para ellos, haya sido suscripto por el fiduciante, luego fallido, durante el período de sospecha, y siempre que quien fuera su cocontratante tuviera conocimiento de la cesación de pagos de aquel. De acuerdo a lo dispuesto por la ley concursal, el tercero, para repeler esta acción deberá demostrar que el acto no causó perjuicio al patrimonio del fallido.

Por otra parte, y más allá de lo previsto por el art. 1686 CCyC, la referida normativa concursal prevé la declaración de inoponibilidad, aún sin petición de parte, de los fideicomisos constituidos durante el período de sospecha, cuando importen un acto a título gratuito, un pago anticipado de deudas cuyo vencimiento debía producirse con posterioridad a la quiebra, o la constitución de una preferencia respecto de una obligación no vencida, o que no la tenía en su origen, como podría ser el caso de la afectación de un bien a través de un fideicomiso de garantía.

2.4. Intervención de los acreedores del beneficiario y del fideicomisario

En virtud de la creación del patrimonio de afectación y los derechos que el fideicomiso otorga, los acreedores del beneficiario y del fideicomisario no podrán atacar los bienes transmitidos, toda vez que estos se encuentran en cabeza del fiduciario.

Sin perjuicio de ello, la norma prevé la intervención de dichos acreedores en subrogación de los derechos de sus deudores. En consecuencia, podrán aquellos reclamar la rendición de cuentas prevista en el art. 1675 CCyC, solicitar el cese del fiduciario de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1678, inc. a, CCyC, así como exigir la percepción de los frutos, para el caso del beneficiario, y la entrega de los bienes, para el caso del fideicomisario.

ARTÍCULO 1687.- ***Deudas. Liquidación.*** *Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo son satisfechas con los bienes fideicomitidos. Tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario, excepto compromiso expreso de éstos.*

Lo dispuesto en este artículo no impide la responsabilidad del fiduciario por aplicación de los principios generales, si así corresponde.

La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.

1. Introducción

La norma reitera el régimen de separación de patrimonios delineado por el artículo anterior por el que los bienes de los intervinientes en el fideicomiso —fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario— no responden por las obligaciones que surgen de la ejecución del patrimonio fideicomitido. Por otra parte, se modifica el trámite de liquidación del

patrimonio de afectación, disponiendo que se realizará a través de un proceso judicial, a diferencia del sistema extrajudicial previsto por el art. 16 de la ley 24.441.

2. Interpretación

2.1. Cláusula de asunción de deudas de los otros sujetos

El artículo prevé el supuesto por el cual alguno de los sujetos intervinientes en el fideicomiso asuma el cumplimiento, directamente o en subsidio, de las obligaciones asumidas por el fiduciario en la gestión del patrimonio de afectación. Esta disposición deberá entenderse como una garantía personal, la que redundará en una mayor seguridad para el cumplimiento de los compromisos asumidos con los cocontratantes por el fideicomiso.

Ahora bien, aun cuando no se encuentre previsto, resulta evidente que tanto el beneficiario como el fiduciante podrán incorporar recursos al patrimonio fideicomitido para evitar un estado de insolvencia.

2.2. Supuesto de responsabilidad por actuación del fiduciario

La norma dispone que el fiduciario será responsable con su patrimonio personal en caso de que en su administración exceda los límites del fideicomiso, como así también cuando con su actuación agrave una situación de insolvencia derivada de la falta de cumplimiento de sus obligaciones en tiempo oportuno.

2.3. Liquidación del patrimonio insolvente

Para el caso que los bienes del fideicomiso no sean suficientes para hacer frente a las obligaciones asumidas, sean de causa contractual o extracontractual, la norma prevé la liquidación del patrimonio de afectación, manteniendo al fideicomiso ajeno al régimen de concursos y quiebras.

El término "insuficiencia" utilizado por la norma no debe asimilarse al supuesto de "cesación de pagos" de la normativa concursal. Aquel es un concepto más restringido que implica la relación que se establece entre el patrimonio de afectación y las obligaciones contraídas en la ejecución del contrato. También cabe diferenciar entre la insuficiencia definitiva —que tiene como consecuencia la liquidación— y las temporarias que pueden ser sorteadas en el transcurso del tiempo.

Además, se modifica radicalmente el procedimiento de liquidación, dejando de lado el extrajudicial, previsto por la ley 24.441, y remplazándolo por un proceso con intervención judicial.

Este proceso de liquidación, con intervención de un juez, constituye un camino intermedio entre el anterior proceso extrajudicial y la aplicación estricta de las normas de la Ley de Concursos y Quiebras, ya que no se aplicarán automáticamente, sino en la medida en que sean pertinentes.

El art. 1687 CCyC confiere al juez interviniente amplias facultades para proceder a la liquidación y puede aprovechar los instrumentos previstos en la normativa concursal y falencial. El proceso judicial, además, tiene como objetivo evitar la indefensión de las partes, así como de los terceros, en particular los acreedores, asegurando un eficaz régimen de publicidad como así también una mejor determinación del pasivo y eventualmente una distribución del remanente entre los beneficiarios o fideicomisarios.

Por último, a diferencia de lo establecido en la ley 24.441, el art. 1687 CCyC prevé que será el juez quien designe quien llevará a cabo la liquidación y no el fiduciario, lo que resulta una solución razonable si se tiene en cuenta que fue la administración de este la que llevó al estado de insuficiencia.

ARTÍCULO 1688.- ***Actos de disposición y gravámenes.*** *El fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario.*

El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario.

Si se nombran varios fiduciarios, se configura un condominio en función de lo previsto en el artículo 1674, los actos de disposición deben ser otorgados por todos conjuntamente, excepto pacto en contrario, y ninguno de ellos puede ejercer la acción de partición mientras dure el fideicomiso.

Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en esta norma.

1. Introducción

En su carácter de titular de dominio, aun cuando este sea imperfecto, el fiduciario posee, en principio, las mismas facultades que el titular de un dominio perfecto. Esto incluye el *ius abutendi*, propio del dominio pleno, que le permite disponer de los bienes fideicomitidos.

2. Interpretación

2.1. La disposición de los bienes del patrimonio separado

La norma regula dos aspectos fundamentales para el desenvolvimiento del contrato en relación a los restantes sujetos y a los terceros que contratarán con el fiduciario, como son la posibilidad de disponer y de gravar los bienes que forman parte del patrimonio de afectación.

Como se dijo, esta facultad deriva de su carácter de titular de dominio, y salvo pacto en contrario podrá ejercerla de acuerdo a su buen saber y entender en miras a cumplir con la finalidad del contrato.

Si bien las cláusulas de inenajenabilidad, según lo previsto en el art. 1972 CCyC, resultan nulas, excepto que se refieran a persona o personas determinadas, esta limitación no se aplica al dominio fiduciario en virtud de lo dispuesto por el art. 1703 CCyC.

2.2. Limitaciones a la facultad de disponer o gravar

2.2.1. Cláusulas de limitación

Como se dijo, las cláusulas de limitación a la disposición de bienes son válidas, y pueden ser dispuestas por el fiduciante. Sin perjuicio de ello, la facultad de disponer y gravar de los bienes por parte del fiduciario no es estrictamente libre, sino que solo podrá ser ejercida cuando sea conveniente para el cumplimiento de la finalidad para la que fue dispuesto el fideicomiso.

2.2.2. Cláusula de consentimiento del fiduciante o beneficiario

Por otra parte, podrá pautarse en el contrato que el fiduciario deba requerir previamente al fiduciante o al beneficiario su conformidad para disponer o gravar los bienes, incluso en los casos en que el acto sea de utilidad para el propósito del fideicomiso.

En tal supuesto no se estaría frente a una limitación propiamente dicha de la facultad de disposición, sino que se deberá juzgar como una mera consulta que, para el caso de llevar a cabo la enajenación sin dicho consentimiento, podrá acarrearle responsabilidad personal frente a los otros sujetos del contrato.

2.3. Los terceros adquirentes

De acuerdo a lo dispuesto, no podrán ser atacados los actos de disposición realizados por el fiduciario en el marco de lo normado por este artículo. Para ello, habrá de tenerse en cuenta si este adecuó su actuación a las limitaciones y facultades previstas por el fiduciante, teniendo en miras además la finalidad del contrato. Resulta evidente que para que estos actos queden a salvo, el tercero cocontratante debe haber actuado de buena fe y a título oneroso. En consecuencia, serán atacables los actos realizados en exceso de las limitaciones contractuales si pudieron ser conocidas por el tercero, en virtud de encontrarse inscriptas en los registros correspondientes, o si este no ha llevado a cabo las medidas necesarias para tomar conocimiento de las restricciones contractualmente incorporadas en el fideicomiso.

2.4. Condominio fiduciario

La legislación anterior no consideraba ni prohibía la posibilidad del nombramiento de más de un fiduciario. A partir de esta norma, esta designación plural implica la creación de un condominio fiduciario. En estos casos estará vedado, salvo autorización en contrario en el contrato, la disposición de cada uno de los fiduciarios de su parte alícuota. A su vez, prohíbe el ejercicio de la acción de partición mientras dure el plazo del fideicomiso, estableciéndose una indivisión forzosa.

ARTÍCULO 1689.- ***Acciones.*** ***El fiduciario está legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, contra terceros, el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario.***

El juez puede autorizar al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo haga sin motivo suficiente.

1. Introducción

La legitimación procesal del fiduciario para intervenir en juicios y defender el patrimonio fideicomitido deriva directamente de su titularidad fiduciaria, así como también de las obligaciones asumidas en el contrato. Esa defensa tendrá el doble carácter de derecho como dueño y de obligación como administrador de un patrimonio con una finalidad que le ha sido impuesta.

2. Interpretación

2.1. Acciones

Las acciones que podrá y deberá ejercer el fiduciario son de toda índole: personales, reales y posesorias. Incluirán, desde ya, la acción personal para reclamar la entrega de las

cosas para el caso que el fiduciante no haga la tradición o no cumpla con las formalidades en caso que la naturaleza de los bienes lo requiera; así como reclamar la entrega del legado al heredero para el caso de haber sido constituido por testamento. Tendrá además la facultad de ejercer todas las acciones personales para la ejecución de los contratos que celebre en carácter de ejecutor de la manda fiduciaria. También tendrá la potestad para ejercer las acciones reales, sea para adquirir el dominio de las cosas que se incorporan al patrimonio cuando estas no están en poder del fiduciante al momento de la constitución; sea para el caso de sufrir un ataque o una turbación en su derecho una vez operada la adquisición del dominio por título y modo.

Por otra parte, puede ejercer las acciones derivadas de la posesión de los bienes para obtener la restitución o manutención, así como también las acciones policiales.

Se deja establecido expresamente que la legitimación pasiva de estas acciones no recaerá únicamente sobre terceros, sino también sobre los sujetos del contrato.

2.2. Ejercicio de las acciones por un tercero

El ejercicio por parte de los restantes sujetos del contrato de las acciones de defensa del patrimonio se puede asimilar a la acción oblicua o subrogatoria. La norma prevé, al igual que en el art. 18 de la ley 24.441, la autorización previa del juez cuando haya verificado que la inacción del fiduciario no tenga motivo suficiente, lo cual brinda mayor seguridad jurídica a los sujetos que serán demandados.

Resulta evidente que la autorización a terceros para que ejerzan estas acciones no implica el cese del fiduciario, pero otorgan una pauta determinante a los fines de evaluar el incumplimiento de las obligaciones asumidas que deriven en su remoción, salvo, claro está, que la inacción se deba a una imposibilidad material de cumplimiento u obrar no culpable.

SECCIÓN 4ª
Fideicomiso financiero

ARTÍCULO 1690.- ***Definición.*** ***Fideicomiso financiero es el contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos.***

1. Introducción

El fideicomiso financiero es un supuesto especial de fideicomiso que se distingue por la emisión de títulos que serán garantizados con el patrimonio de afectación, así como por la calidad particular de sus sujetos —un fiduciario— que será una entidad financiera o una sociedad autorizada para actuar como fiduciario financiero por el organismo de control de los mercados de valores; siendo los beneficiarios los titulares de los títulos mencionados.

2. Interpretación

2.1. La titulización o securitización. Concepto

El fideicomiso financiero se encuentra vinculado intrínsicamente con el concepto de titulización o securitización. La titulización es un proceso que tendrá como finalidad la posibilidad de transformar activos ilíquidos en títulos valores, es decir, en activos líquidos.

En este proceso, una cartera de créditos se agrupará y será el respaldo de los títulos emitidos que serán colocados en el mercado para ser adquiridos por los inversores minoristas o mayoristas.

2.2. Estructura

El fideicomiso financiero, como mecanismo para lograr liquidez en base a activos ilíquidos, depende para su creación de la existencia de contratos previos que originen esos activos o créditos, que deberán tener ciertos caracteres de homogeneidad. Si bien no se encuentra previsto, resulta recomendable que exista una pluralidad de créditos para asegurar que el volumen involucrado justifique los costos de la operatoria. Ese volumen de créditos brindará, a su vez, mayor seguridad en virtud de la dispersión del riesgo de incumplimiento ante la multiplicidad de deudores.

En esta especie particular de fideicomiso, el originante, quien ocuparía el rol de fiduciante en la estructura tradicional, es el titular de los créditos originados en el o los contratos primigenios.

Estos créditos serán transmitidos por cesión o venta a una entidad que estará facultada a emitir títulos de deuda por la autoridad de control del mercado de valores, que se denomina emisor o vehículo. Al desprenderse de los créditos y aislarlos en el emisor, se evita transmitir a los títulos, que formarán parte de la emisión, el riesgo crediticio y empresarial del originante.

Por su parte, el emisor, quien ocuparía la posición de fiduciario, será el nuevo titular jurídico de los bienes que recibe del originante y será el emisor de los títulos valores respaldados por dichos bienes.

En esta estructura, los beneficiarios, como aclara la norma, serán los titulares de los títulos emitidos.

Resulta habitual que la colocación en el mercado de los títulos emitidos se haga a través de una entidad financiera minorista, ya que será esta la que tenga un contacto más directo con los inversores.

Para finalizar, las sumas percibidas por el cobro de los créditos que respaldan la emisión, se destinarán al pago del capital y los dividendos de los títulos en poder de los beneficiarios.

2.3. Ventajas

En principio, se entiende que, para que se justifique poner en movimiento una estructura compleja como la del fideicomiso financiero, las ventajas para los sujetos intervinientes deben ser variadas.

Las principales ventajas para el originante están dadas por el menor costo de obtención de fondos, ya que —como se dijo— al aislar los créditos, su cobrabilidad resulta lo único relevante a fin de colocar el título en el mercado, más allá de la capacidad de pago del originante. Así también, para el fiduciante, se eliminaría el riesgo de descalce producido por la divergencia entre los plazos de toma de fondos, que por lo general es a corto plazo, y una financiación a plazos más extensos.

Por otro lado, para el sistema financiero, la introducción de una fuente alternativa de financiamiento a través de la toma de capitales del mercado debería llevar a un progresivo descenso en los costos financieros.

ARTÍCULO 1691.- ***Títulos valores. Ofertas al público.*** *Los títulos valores referidos en el artículo 1690 pueden ofrecerse al público en los términos de la normativa sobre oferta pública de títulos valores. En ese supuesto, el organismo de contralor de los mercados de valores debe ser autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, quien puede dictar normas reglamentarias que incluyan la determinación de los requisitos a cumplir para actuar como fiduciario.*

Remisiones: ver Libro Tercero, Título V, Capítulo 6 del CCyC.

1. Introducción

De acuerdo a lo dispuesto por este artículo, los certificados de participación y los títulos representativos de deuda tienen el carácter de títulos valores y les serán aplicables en lo pertinente lo previsto por el Libro Tercero, Título V, Capítulo 6 del CCyC.

2. Interpretación

Siendo títulos valores, son autónomos y, por lo tanto, susceptibles de una fácil circulación, aumentando su apetecibilidad por parte de los inversores. Se trata de títulos que otorgan un derecho de ejercicio continuado, que será igual para todos los tenedores de títulos de la misma clase.

De acuerdo a lo establecido por los arts. 1815 y 1816 CCyC, estos títulos incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación, otorgando a cada titular un derecho autónomo. A quienes sean sus portadores de buena fe y los hayan adquirido conforme su ley de circulación, les son inoponibles las defensas personales que puedan existir contra anteriores portadores.

Por otra parte, la Comisión Nacional de Valores, en su carácter de autoridad de aplicación, ha dispuesto que los certificados de participación deberán ser ofrecidos al público en general, debiendo darse el cumplimiento acabado con el derecho de información de los adquirentes, que deberá adaptarse al perfil subjetivo de todos los destinatarios de la oferta.

ARTÍCULO 1692.- ***Contenido del contrato de fideicomiso financiero.*** *Además de las exigencias de contenido generales previstas en el artículo 1667, el contrato de fideicomiso financiero debe contener los términos y condiciones de emisión de los títulos valores, las reglas para la adopción de decisiones por parte de los beneficiarios que incluyan las previsiones para el caso de insuficiencia o insolvencia del patrimonio fideicomitido, y la denominación o identificación particular del fideicomiso financiero.*

Remisiones: ver art. 1667 CCyC.

1. Introducción

El fideicomiso financiero, como subtipo particular, no está exento del cumplimiento de la normativa general, por lo que el contrato deberá incluir los mismos elementos previstos en el art. 1667 CCyC.

El Código incorpora como requisito de contenido para estos contratos que deberán incluirse las reglas para la adopción de decisiones, así como también la denominación o

identificación particular del fideicomiso, lo que resulta una novedad respecto de lo previsto por el art. 20 de la ley 24.441.

2. Interpretación

Sin perjuicio de la remisión a los elementos previstos por el art. 1667 CCyC, la reglamentación emanada de la Comisión Nacional de Valores como autoridad de aplicación dispone en sus normas, en el Título V, Capítulo IV, Sección XI "Contenido del Contrato de Fideicomiso", que el contrato de fideicomiso financiero deberá contener: la identificación de los sujetos del fideicomiso —fiduciantes, fiduciario o fiduciarios, y fideicomisario—; identificación del fideicomiso, que deberá utilizar la denominación "fideicomiso financiero"; el procedimiento de liquidación; el procedimiento y la obligación de rendir cuentas a los beneficiarios; la remuneración del fiduciario; y los términos y condiciones de emisión.

Por otra parte, en la misma normativa se exige que cuando el fiduciario delegue la ejecución de las funciones de administración se deberá establecer que el subcontratante deberá rendir diariamente al fiduciario el/los informe/s de gestión y/o cobranzas y, en su caso, en el plazo máximo de tres días hábiles de recibidos los fondos de las cobranzas depositar los mismos en una cuenta del fideicomiso, operada exclusivamente por el fiduciario; y el deber de todos aquellos sujetos que cumplan funciones vinculadas a la administración, cobro, gestión de mora y/o custodia de los bienes fideicomitidos de informar en forma inmediata al fiduciario todo hecho que pudiera afectar el normal cumplimiento de la función asignada.

SECCIÓN 5ª

Certificados de participación y títulos de deuda

ARTÍCULO 1693.- ***Emisión y caracteres. Certificados globales.*** *Sin perjuicio de la posibilidad de emisión de títulos valores atípicos, en los términos del artículo 1820, los certificados de participación son emitidos por el fiduciario. Los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitidos pueden ser emitidos por el fiduciario o por terceros. Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda pueden ser al portador, nominativos endosables o nominativos no endosables, cartulares o escriturales, según lo permita la legislación pertinente. Los certificados deben ser emitidos sobre la base de un prospecto en el que consten las condiciones de la emisión, las enunciaciones necesarias para identificar el fideicomiso al que pertenecen, y la descripción de los derechos que confieren.*

Pueden emitirse certificados globales de los certificados de participación y de los títulos de deuda, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. A tal fin se consideran definitivos, negociables y divisibles.

ARTÍCULO 1694.- ***Clases. Series.*** *Pueden emitirse diversas clases de certificados de participación o títulos representativos de deuda, con derechos diferentes. Dentro de cada clase se deben otorgar los mismos derechos. La emisión puede dividirse en series. Los títulos representativos de deuda dan a sus titulares el derecho a reclamar por vía ejecutiva.*

1. Introducción

Los arts. 1693 y 1694 CCyC refrendan lo normado por los arts. 21 y 22 de la ley 24.441. El primero, dejando a salvo el supuesto previsto por el art. 1820 CCyC, prevé dos clases distintas de títulos: los representativos de deuda y los certificados de participación.

La emisión de estos títulos es la manifestación escritural del fideicomiso financiero y serán estos los instrumentos a través de los cuales se llegará a los inversores particulares.

2. Interpretación

2.1. Títulos representativos de deuda

Los títulos representativos de deuda que se encontraran garantizados por los bienes integrantes del patrimonio de afectación pueden ser emitidos por el fiduciario o por terceros, y a fin de informar claramente a los tenedores de títulos de las circunstancias de su emisión, deberán contener la denominación y firma del representante del emisor o del fiduciario, la identificación del fideicomiso, el monto de la deuda emitida, la clase y número de serie y el plazo de vigencia.

Sin perjuicio de ello, deberá aclararse que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones del fideicomiso.

2.2. Certificados de participación

Los certificados de participación están intrínsicamente relacionados con la evolución del patrimonio fideicomitido y pueden ser únicamente emitidos por el fiduciario, pues es el titular de los bienes. Al hacerlo deberá enunciar los mismos contenidos que en el caso de los títulos representativos de deuda, informando también los derechos que se les confieren a los titulares.

En estos casos, el acreedor de los créditos que se transmitan —si ha conservado la gestión del cobro—, o quien se haya dispuesto en el contrato, percibirá las sumas producidas por esas acreencias y las transferirá a los titulares de los títulos, pudiendo descontar previamente de los gastos de administración si así estuviera previsto.

Los tenedores de los títulos asumirán el riesgo de la administración del patrimonio de afectación compuesto por los créditos, así como, para el caso de no existir garantías colaterales, su imposibilidad de cobro. Cabe resaltar que, como el acreedor primigenio se ha desprendido de la titularidad de los créditos, estos ya no figurarán en sus balances, como así tampoco aparecerán como pasivo los certificados emitidos.

2.3. Título ejecutivo

El art. 1694, último párrafo, CCyC prevé que los títulos representativos de deuda constituyen títulos ejecutivos a los fines procesales, otorgándole acceso a la vía expedita para su ejecución, circunstancia que no se extiende a los certificados de participación.

SECCIÓN 6ª
Asambleas de tenedores de títulos representativos de deuda o certificados de participación

ARTÍCULO 1695.- ***Asambleas.*** *En ausencia de disposiciones contractuales en contrario, o reglamentaciones del organismo de contralor de los mercados de valores, en los fideicomisos financieros con oferta pública las*

decisiones colectivas de los beneficiarios del fideicomiso financiero se deben adoptar por asamblea, a la que se aplican las reglas de convocatoria, quórum, funcionamiento y mayorías de las sociedades anónimas, excepto en el caso en que se trate la insuficiencia del patrimonio fideicomitido o la reestructuración de sus pagos a los beneficiarios. En este último supuesto, se aplican las reglas de las asambleas extraordinarias de sociedades anónimas, pero ninguna decisión es válida sin el voto favorable de tres cuartas partes de los títulos emitidos y en circulación.

ARTÍCULO 1696.- ***Cómputo.*** *En el supuesto de existencia de títulos representativos de deuda y certificados de participación en un mismo fideicomiso financiero, el cómputo del quórum y las mayorías se debe hacer sobre el valor nominal conjunto de los títulos valores en circulación. Sin embargo, excepto disposición en contrario en el contrato, ninguna decisión vinculada con la insuficiencia del patrimonio fideicomitido o la reestructuración de pagos a los beneficiarios es válida sin el voto favorable de tres cuartas partes de los títulos representativos de deuda emitidos y en circulación, excluidos los títulos representativos de deuda subordinados.*

1. Introducción

La asamblea de tenedores de títulos se encontraba prevista en el art. 23 de la ley 24.441, pero únicamente para el caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitido, otorgándole facultades para resolver sobre las formas de administración y liquidación del fideicomiso.

2. Interpretación

El art. 1695 CCyC dispone la adopción, por parte de la asamblea de los beneficiarios, de las decisiones colectivas en los fideicomisos de oferta pública, remitiendo a las normas previstas para las sociedades anónimas, cuya aplicación procederá, únicamente, cuando no se haya pactado contractualmente en contrario, o existan disposiciones del organismo de contralor de mercado de valores al respecto que regulen la cuestión.

La norma remite para las decisiones que no incluyan la reestructuración de pagos a los beneficiarios y la insuficiencia del patrimonio fideicomitido, a las reglas de las sociedades anónimas. Vale decir que deberán ser convocadas por el fiduciario, o cuando sean requeridas por el 5% del valor nominal de conjunto de los títulos valores en circulación, debiendo mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión y orden del día.

La constitución de la asamblea, en estos casos, requiere de la presencia de tenedores de títulos que representen la mayoría del valor nominal del conjunto de los títulos valores en circulación. Las resoluciones serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes.

Para el supuesto que la asamblea se convoque para los supuestos de insuficiencia del patrimonio o la reestructuración de los pagos a los beneficiarios, la norma remite a las reglas de las asambleas extraordinarias de las sociedades anónimas. En consecuencia, deberá constituirse con la presencia de tenedores de títulos que representen el sesenta por ciento del valor nominal del conjunto de títulos en circulación, si el contrato no exige quórum mayor.

En estos casos, las resoluciones serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes, salvo cuando el fideicomiso exija mayor número. Sin perjuicio de la normativa a la cual se remite, el art. 1696 CCyC prevé que las decisiones vinculadas con estos temas, para

ser válidas, deberán tomarse con el voto favorable de tres cuartas partes de los títulos representativos de deuda emitidos y en circulación, excluidos los títulos representativos de deuda subordinados.

SECCIÓN 7ª
Extinción del fideicomiso

ARTÍCULO 1697.- ***Causales.*** *El fideicomiso se extingue por:*

a. *el cumplimiento del plazo o la condición a que se ha sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal;*
b. *la revocación del fiduciante, si se ha reservado expresamente esa facultad; la revocación no tiene efecto retroactivo; la revocación es ineficaz en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda;*
c. *cualquier otra causal prevista en el contrato.*

ARTÍCULO 1698.- ***Efectos.*** *Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan.*

1. Introducción

El Código enumera las causales de extinción del fideicomiso, que conlleva también la extinción del dominio o propiedad fiduciaria respecto de los bienes que integran el patrimonio de afectación y el nacimiento de la obligación del fiduciario de entregar los bienes.

2. Interpretación

La norma prevé, siguiendo lo dispuesto por la ley 24.441, los mismos tres supuestos de extinción, con el agregado de la ineficacia de revocación para el caso de los fideicomisos financieros, una vez iniciada la oferta pública de los certificados de participación o los títulos de deuda.

2.1. Causas de extinción del fideicomiso

2.1.1. Cumplimiento de plazo o condición

El vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición resolutoria resultan el modo normal de conclusión del fideicomiso. De acuerdo a lo previsto por el art. 1668 CCyC, si la condición no se cumpliese dentro de los 30 años de celebrado, el contrato se considerará extinguido, salvo cuando el beneficiario sea un incapaz, o una persona con capacidad restringida.

La condición, a diferencia del plazo, depende de un evento futuro e incierto, que puede o no ocurrir. Ante el supuesto que esta condición resolutoria se torne de imposible cumplimiento, debe entenderse la extinción del fideicomiso. En este caso, el fiduciario entregará los bienes al fideicomisario.

Vencido el plazo, la mora es automática. Sin perjuicio de ello, la separación de patrimonios subsiste hasta la entrega efectiva de los bienes al fideicomisario.

2.1.2. Revocación

Para que la revocación por parte del fiduciante tenga efectos, es necesario que este se haya reservado expresamente esa facultad en el contrato. Esta revocación no tiene efecto retroactivo.

La novedad de este artículo es que prevé la ineficacia de la revocación en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda, con el fin de proteger a los terceros que pudieran ser beneficiarios, en su carácter de titulares de los certificados de participación y títulos de deuda.

Como todas estas causales, la revocación tiene por efecto la extinción del contrato y el nacimiento de la obligación de entrega de los bienes, por lo que no cabría interpretar que la revocación implica la restitución de los bienes al fiduciante, a menos que este haya sido designado fideicomisario.

2.1.3. Otras causales contractuales

Como norma de carácter abierto, la norma prevé que podrán incorporarse cláusulas de extinción, sea en el contrato o en el testamento, que dependerán de la finalidad y la estructura que adopte el fideicomiso.

2. Efectos y estilo correspondiente

La extinción del fideicomiso genera efectos respecto de los sujetos del contrato o testamento, así como también en relación a terceros ajenos a él. Cabe destacar que el hecho extintivo, sea el vencimiento de plazo, cumplimiento de la condición, revocación o cualquier otro, no exime automáticamente de responsabilidad al fiduciario, sobre quien recaerá la obligación de entrega de los bienes, así como también el deber de colaboración a fin de dar cumplimiento con los requisitos registrales de acuerdo a la especie de bienes de que se trate. Además, deberá mantenerse en su gestión hasta que se haga la entrega efectiva de los bienes, de ser necesario para evitar perjuicios a las partes.

Para el caso de fallecimiento del fideicomisario, los bienes deberán ser entregados a su sucesor, excepto que se haya designado un suplente, en cuyo caso será este último quien reciba los bienes. De acuerdo a lo que prevé el último párrafo del art. 1672 CCyC, si ningún fideicomisario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, los bienes deberán ser transmitidos al fiduciante.

Internamente, la extinción hace nacer el derecho del fideicomisario de exigir la entrega de los bienes integrantes del patrimonio de afectación. Estos bienes, pueden no ser los mismos que originalmente fueron transmitidos, pues aquellos, de no existir cláusulas que limiten su disposición, podrán haber sido remplazados por otros en el marco de la gestión del fideicomiso.

Cesa también la propiedad fiduciaria que estuviera a su cargo en virtud que el fideicomisario recibe el dominio o propiedad plena de los bienes, sin limitaciones temporales o contractuales.

En relación a los terceros, la extinción surtirá efectos a partir de la inscripción en los registros correspondientes para el caso de bienes registrables, y con la entrega o las distintas formalidades requeridas dependiendo su naturaleza, en los restantes.

SECCIÓN 8ª
Fideicomiso testamentario

ARTÍCULO 1699.- ***Reglas aplicables.*** *El fideicomiso también puede constituirse por testamento, el que debe contener, al menos, las enunciaciones requeridas por el artículo 1667.*

Se aplican los artículos 2448 y 2493 y las normas de este Capítulo; las referidas al contrato de fideicomiso deben entenderse relativas al testamento.

En caso de que el fiduciario designado no acepte su designación se aplica lo dispuesto en el 1679.

El plazo máximo previsto en el artículo 1668 se computa a partir de la muerte del fiduciante.

1. Introducción

El fideicomiso testamentario es aquel instrumento que permite designar un fiduciario para que, al momento de la muerte del originante, administre una porción del haber relicto, a favor de uno o varios terceros. Al regularlo, el Código remite a las normas establecidas para los fideicomisos de fuente contractual, con la aclaración que el plazo del fideicomiso se computará a partir de la muerte del fiduciante.

2. Interpretación

2.1. Acto unilateral

La aceptación de los beneficiarios y del fiduciante no implica que se modifique la esencia de acto unilateral del testamento como negocio constitutivo, pues este habrá sido creado con la voluntad del testador, sin perjuicio de comenzar sus efectos al momento de su fallecimiento.

2.2. Utilidad y ventajas

La constitución de fideicomisos testamentarios puede resultar una herramienta de gran utilidad para beneficiar o proteger personas incapaces, de edad avanzada o aquellas sin conocimiento en el manejo de ciertos negocios.

A través de este instrumento, el causante podrá dar forma a una estructura que asegure el sostén económico de los beneficiarios, proveyéndoles recursos para solventar su educación, profesión o los gastos de salud, entre otros.

2.3. El fiduciario testamentario

Para asegurar el cumplimiento de la voluntad del testador y no dejarlo librado a la voluntad de aceptación del cargo del fiduciario, el art. 1699 CCyC dispone que, en caso que el fiduciario no acepte su designación, no hubiere un suplente que lo haga y no haya un proceso para su selección, deberá el juez o tribunal ante quien tramita la sucesión designar una de las entidades autorizadas (art. 1690 CCyC).

2.4. Objeto

En virtud de la incorporación de la posibilidad que las universalidades sean objeto del contrato de fideicomiso (art. 1670 CCyC), se ha abierto la puerta para que la totalidad de la herencia o una parte alícuota de ella se transmita al patrimonio de afectación. Por supuesto, como dispone el artículo referido, podrán también ser objeto del contrato todos los bienes que se encuentren en el comercio.

2.5. Forma y contenido

El Código no prevé forma alguna en particular para la constitución de fideicomiso por testamento, pudiendo extenderse por testamento ológrafo o por acto público, sin perjuicio de los bienes que sean su objeto. De acuerdo a lo normado por los arts. 2474 y 2475 CCyC, la inobservancia de las formalidades previstas en el Código es causal de nulidad total, pero podrá ser confirmado reproduciendo las disposiciones testamentarias en un nuevo testamento otorgado con los requisitos pertinentes.

En cuanto al contenido, el art. 1699 CCyC remite a lo dispuesto por el art. 1667 CCyC como contenido mínimo. Vale decir, deberán enunciarse los bienes que integrarán el fideicomiso o una descripción de las características que deberán reunir, el plazo o condición, así como la identificación de los sujetos intervinientes, los derechos y obligaciones del fiduciario, y el procedimiento para su sustitución.

Resulta conveniente incorporar al contrato la finalidad que se pretende alcanzar con él, para dar un marco de actuación al fiduciario en su ejercicio del patrimonio que le es encargado y poder así evaluar su actividad, en términos de eficiencia y eficacia.

2.6. Revocación

En los casos de fideicomiso testamentario, la revocación, como supuesto de extinción, prevista en el art. 1697, inc. b, CCyC podrá ser ejercida hasta el momento del fallecimiento del fiduciante, aún cuando no haya sido prevista en el testamento, circunstancia esta última que resulta un requisito ineludible en el caso de los contratos. Ello en virtud de lo previsto por el art. 2511 CCyC, que establece que la revocación del testamento podrá ser efectuada por la sola voluntad del testador, y que aquel no otorga derechos a los beneficiarios sino a partir de la muerte del causante. Esta facultad, agrega la norma, es irrenunciable e irrestringible.

2.7. El fideicomiso y los límites de la legítima

Ante la existencia de herederos forzosos, el fideicomiso solo podrá constituirse sobre la porción disponible del haber relicto, para de no afectar sus legítimas. Esto se desprende del principio de intangibilidad de la legítima, que consiste en que los herederos legitimados no pueden ser privados de ella, como así tampoco pueden disminuirse sus proporciones, comprometerlas o supeditarlas a plazos.

Para el caso que el fideicomiso constituido por contrato o por testamento afecte la legítima de los herederos forzosos, estos estarán legitimados para ejercer las acciones de reducción y complemento para la defensa de su integridad.

2.8. Mejora a favor de heredero con discapacidad

2.8.1. Fundamento y alcance

Una de las novedades incorporadas por el Código Civil y Comercial se encuentra en el art. 2448 CCyC, que prevé como excepción que podrá afectarse un tercio de la legítima para aplicarla a una mejora destinada a ascendientes o descendientes con discapacidad, incluso a través de un fideicomiso.

Esta excepción, aunque la norma no lo mencione, podrá extenderse al caso del cónyuge supérstite que sufra una discapacidad como la allí descripta.

Esta excepción se encuentra en línea con lo dispuesto por el art. 75, inc. 23, CN, que prevé la promoción de medidas que protección de las personas con discapacidad a fin de

asegurarles el pleno goce y ejercicio de sus derechos, así como lo previsto en el "Preámbulo" de la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, que se expresa en el mismo sentido. La mejora, también, se enrola en la tendencia de ampliar las facultades para testar del causante a través de la reducción de las legítimas, pudiendo afectarlas en este caso excepcionalmente.

Ahora bien, de acuerdo al texto de la norma, el causante podrá disponer de un tercio de las legítimas, además de la porción disponible. Vale decir que para poder utilizar esta mejora excepcional, deberá beneficiar al heredero que padece la discapacidad con la porción disponible.

2.8.2. Persona con discapacidad

El art. 1699 CCyC remite al art. 2448 CCyC, que prevé un concepto de discapacidad más amplio que el previsto por el art. 32 CCyC para la incapacidad, y que coincide con el dispuesto en el art. 48 CCyC. En consecuencia, para resultar beneficiado con esta mejora, no es requisito la incapacidad sino un grado menor, que implica padecer una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental que, en relación a la edad y medio social, implique desventajas considerables para su integración social, familiar, educacional o laboral.

ARTÍCULO 1700.- ***Nulidad.*** *Es nulo el fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitido para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura.*

1. Introducción

La sustitución fideicomisaria se encontraba prohibida en el Código Civil, de acuerdo a la nota del art. 3724 CC. El Código Civil y Comercial mantiene esa prohibición en este artículo.

2. Interpretación

Definida como la institución por la cual se impone un segundo heredero al heredero instituido, quien tiene la carga de la conservación de los bienes, los que pasarán al sustituido al momento de la muerte del primero, la sustitución fideicomisaria ha sido considerada un obstáculo para el normal desenvolvimiento de los bienes.

Por otra parte, no podría admitirse que a través del fideicomiso, en los términos en que se encuentra regulado en el ordenamiento, pueda configurarse una sustitución fideicomisaria, ya que de acuerdo a lo previsto por el art. 1678 CCyC, la muerte del fiduciario no extingue el fideicomiso, sino que será continuado por el fiduciario sustituto.

CAPÍTULO 31(*)
Dominio fiduciario

ARTÍCULO 1701.- ***Dominio fiduciario. Definición.*** *Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.*

(*) Comentarios a los arts. 1701 a 1707 elaborados por Federico Causse.

ARTÍCULO 1702.- ***Normas aplicables.*** *Son aplicables al dominio fiduciario las normas que rigen los derechos reales en general y, en particular, el dominio, previstas en los Títulos I y III del Libro Cuarto de este Código.*

1. Introducción

El precepto destaca las características y causas de constitución del derecho de dominio imperfecto, que define como fiduciario. Su ubicación en este Libro III resulta extraña por cuanto la regulación del derecho de propiedad "dominio" ha sido desarrollada desde el art. 1941 CCyC en adelante. Allí se aprecian los caracteres que en esta definición se subrayan. El reenvío de este Capítulo 31 es al art. 1964 CCyC que, bajo el título de dominio imperfecto, admite, a la par del revocable, el fiduciario y el desmembrado. Demás está decir que con la sanción de la ley 26.994 se derogaron los arts. 1° a 26 de la ley 24.441, que precisamente refería al contrato de fideicomiso y a la especie de dominio fiduciario, quedando hoy alcanzados por la regulación del CCyC.

2. Interpretación

El dominio, como los restantes derechos reales, se adquiere con título y modos suficientes. El art. 1892 CCyC describe los presupuestos del título y la tradición o inscripción registral como modos. Es claro que se trata de un derecho real sobre cosa propia (art. 1888 CCyC), pudiendo como todos ellos recaer sobre cosas registrables o no registrables (art. 1890 CCyC).

Todo dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario (art. 1941 CCyC). Trátase de una presunción *iuris tantum*, y es claro que, constituido por contrato o por testamento, el dominio fiduciario tiene la particularidad de durar hasta la extinción del fideicomiso que lo causa, siendo ese el título suficiente que no probaría sino la afectación del carácter perpetuo y su duración acotada. No debe desdeñarse la interpretación que afirma que, incluso el del caso, constituye un dominio "perpetuo" si no está expuesto a extinguirse por su no uso. Mas si se advierte la observación fundada en las vicisitudes del ejercicio del derecho, en rigor, soslaya lo que es la esencia del derecho adquirido en estas condiciones, que es la extinción.

Se denomina "imperfecto", entonces, al dominio que está sometido a una condición o plazo resolutorio pues, precisamente, tales modalidades afectan la continuidad del ejercicio del derecho.

A la perpetuidad, definida en el art. 1942 CCyC, por el contrario, se la establece señalando: "*No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio*" y "*No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que este adquiera el dominio por prescripción adquisitiva*". Ello no hace más que reiterar conceptos ya abordados por la legislación anterior.

El dominio —perfecto o imperfecto— supone la titularidad individual del derecho de propiedad. Cuando pertenece en común a varias personas y corresponde a cada por una parte indivisa, nos encontramos ante un "condominio" (art. 1983 CCyC).

Podría pensarse que el dominio fiduciario solo puede corresponderle a un sujeto. La redacción de este artículo parece admitir esta única hipótesis. Sin embargo, resulta posible que la transmisión con fuente en un fideicomiso haya sido a favor de más de uno, solución que la regulación que comentamos no prohíbe. De ahí que también es posible

que exista condominio fiduciario. Ya lo anuncia el art. 1984 CCyC cuando señala que las normas que regulan el dominio se aplican subsidiariamente a este título, que es el correspondiente al condominio.

Precisados los contornos vinculados con la afectación del carácter perpetuo propio del dominio perfecto, cuanto de la posibilidad que ello se verifique incluso en un condominio, cabe avanzar sobre aspectos que se vinculan con la constitución a través del contrato de fideicomiso. Es que la figura del dominio fiduciario que tratamos supone la facción del contrato de fideicomiso que regula el Capítulo 30 (art. 1666 CCyC y ss.).

Allí se verifica que una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir a otra, denominada fiduciario, la propiedad de bienes. Como relación jurídica, queda cumplida con la formalización del contrato al que alude el artículo. Vale este de título suficiente, del cual se desprenderá, como una de las obligaciones, la entrega de la cosa, dando origen al dominio fiduciario.

La definición del contrato la presta el art. 1666 CCyC: "*Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada 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*".

Fuera de la posibilidad de constituir un contrato real —el CCyC no los incorpora—, se establece que hay contrato de fideicomiso cuando se transmita o se prometa transmitir la propiedad de bienes a un fiduciario. Puede formalizarse en escritura pública o contrato privado, según si el bien o los bienes que lo integran lo requieran. Es más, debe distinguirse si el contrato transmite la propiedad de una cosa o solo es fuente para imponer al fiduciario a hacerlo, en cuyo caso la disposición de este último —en caso de recaer sobre inmuebles— merece la escritura pública por imposición del art. 1017, inc. a, CCyC, que dice: "*Deben ser otorgados por escritura pública: a. los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles…*".

Otro de los trazos que cabe destacar en la nueva regulación es la posibilidad de que el beneficiario pueda ser un tercero, como el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario.

Una característica común a la especie de dominio imperfecto revocable es la que este dominio está sujeto a la condición resolutoria o plazo al que se halla sujeto, con la finalidad de transmitirla al fideicomisario. Este último —que puede ser una persona humana o jurídica, o varias— puede no estar individualizado e incluso no existir, aunque deben estar incorporados en el contrato los datos para su individualización futura. En caso de ser varios, recibirán por igual los objetos que lo integren, y pudiéndose pactar el derecho de acrecer o la designación de beneficiarios sustitutos. Como derecho en expectativa, el derecho del beneficiario puede ser objeto de cesión. Incluso puede ser objeto de transmisión por causa de muerte. El derecho del beneficiario, aunque no haya aceptado, puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante. Si la muerte extingue el derecho del beneficiario designado, se aplican las reglas indicadas para el caso de no aceptación, renuncia o que no llegare a existir. Si hubiere otros beneficiarios, rige el derecho de acrecer, si se lo hubiere previsto, o, en su caso, corresponde recurrir al beneficiario sustituto; y si fuere el único, cabe considerar que el beneficiario es el fideicomisario, y si también este renuncia o no acepta, o si no llega a existir, el beneficiario debe ser el fiduciante (art. 1671 CCyC).

Como acontece en el dominio revocable, esta hipótesis de dominio imperfecto tiene un plazo máximo de 30 años, excepto que el beneficiario fuera incapaz o un sujeto de capacidad restringida, en cuyo caso puede durar hasta que ella cese.

Cabe volver sobre el objeto del contrato de fideicomiso para subrayar que en él pueden tener cabida, no solo el derecho real de dominio, sino también derechos personales. En todos los casos, en el instrumento deben volcarse todos los elementos suficientes para su individualización, lo que es igual a admitir que el objeto puede ser futuro; de ahí las pautas en tal sentido. Según el art. 1670 CCyC pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras.

Fideicomisario puede ser el fiduciante o el beneficiario, e incluso una persona distinta a ellos (art. 1672 CCyC). Quien no puede revestir tal calidad, de acuerdo a lo dispuesto en esta norma, es el fiduciario. El art. 1673 CCyC permite que lo sea cualquier persona, admitiendo incluso las entidades financieras y personas jurídicas.

En la regulación se admite el fideicomiso en garantía (art. 1680 CCyC). A través de esta figura se autoriza al fiduciario a aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio con causa en los derechos o créditos fideicomitidos. Los fiduciantes revisten la condición de deudores. Dichos fondos, precisamente, son aplicados a la garantía.

ARTÍCULO 1703.- ***Excepciones a la normativa general.*** ***El dominio fiduciario hace excepción a la normativa general del dominio y, en particular, del dominio imperfecto en cuanto es posible incluir en el contrato de fideicomiso las limitaciones a las facultades del propietario contenidas en las disposiciones del Capítulo 30 y del presente Capítulo.***

1. Introducción

Una nota que particulariza esta clase de dominio imperfecto refiere a las cláusulas que restringen las potestades del propietario. A ello se refiere esta norma que se glosa.

2. Interpretación

Una de las cuestiones que caracteriza a la nueva regulación del dominio fiduciario estriba en la admisión por vía contractual de limitaciones a las facultades del propietario.

Ello no podría ser de otro modo pues, siguiendo el estatuto legal reconocido para los derechos de propiedad en general, el contenido de cada derecho tiene su causa en la ley únicamente. Modificarlo —lo anuncia el art. 1882 con reenvío al art. 1884 CCyC— importaría una configuración nula.

Dicho entonces lo anterior, resulta claro que la limitación puede introducirse por vía contractual, justo con anterioridad a que el dominio sea adquirido. Luego, no puede ser recortado sino del mismo modo en que se admiten las limitaciones, que son a través de la constitución de derechos reales, lo cual comporta un desmembramiento.

Las limitaciones al propietario, a su vez, solo pueden ser aquellas autorizadas en los capítulos 30 y 31. La más significativa tiene que ver con las limitaciones a las facultades de disposición del fiduciario. No contabilizamos, entre las limitaciones, las relativas al plazo de vigencia autorizado para este dominio imperfecto, puesto que esa es una característica

que hace a su esencia. En este sentido, es posible pactar el plazo pero no puede superar el de 30 años (art. 1668 CCyC).

Y es en este punto en el que el art. 1688, párr. 2, CCyC autoriza prever como limitación *"incluso la de enajenar"*, las que debieran en su caso estar inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables.

Es de suponer que la inscripción, en este caso, traduce una anotación a consignarse en el registro de anotaciones personales, lo cual la convierte en una verdadera cláusula de inenajenabilidad. Es claro que su oponibilidad dependerá de su publicidad.

Cuando el fideicomiso tiene por causa fuente a un testamento, entendemos que las mismas limitaciones resultan factibles atento la remisión que fluye del art. 1699 CCyC.

ARTÍCULO 1704.- ***Facultades.*** *El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas.*

Interpretación

Las facultades del fiduciario se vinculan en el aspecto normativo con la prescripción contenida en el art. 1688, párr. 1, CCyC. Señala dicho precepto: "*El fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario*".

Desde esta disposición puede extraerse una incontrastable realidad, que se conjuga con lo que estamos anotando: las facultades del titular de dominio fiduciario son idénticas a las que tiene el dueño perfecto desde que basta su voluntad para desarrollar los actos de disposición o de administración que entienda menester.

Sin embargo, tal como arriba apuntamos y resulta del art. 1703 CCyC, las facultades pueden encontrarse limitadas contractualmente. Si así lo fuera, es claro que el fiduciario no podrá realizar determinados actos, juzgándose inoponibles los que realizare en contravención con lo pactado.

Ampliando más la cuestión vinculada con la oponibilidad, cabe hacer eje en lo normado por el art. 1893 CCyC. Puntualmente, los aspectos referidos a la condición de terceros interesados y de buena fe, cuanto la resultante del conocimiento extraregistral que de tales cláusulas pudieren tener quienes contrataran con el fiduciario.

ARTÍCULO 1705.- ***Irretroactividad.*** *La extinción del dominio fiduciario no tiene efecto retroactivo respecto de los actos realizados por el fiduciario, excepto que no se ajusten a los fines del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas, y que el tercer adquirente carezca de buena fe y título oneroso.*

ARTÍCULO 1706.- ***Readquisición del dominio perfecto.*** *Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad.*

1. Introducción

Una vez cumplido el plazo o la condición, atento a la extinción del dominio para quien lo tenía imperfecto, su anterior propietario lo readquiere sin materializar acto alguno para recuperar la posesión entregada. En este punto, la ley fija un supuesto de modificación automática de la relación de poder ejercida por el propietario imperfecto, quien pasa, por imposición legal, de poseedor a tenedor representante del titular de dominio, que lo readquiere.

2. Interpretación

Con un mecanismo análogo al que se impone para el dominio revocable, el precepto admite con fuente exclusivamente en la ley, la mutación de la relación de poder ejercida. Constituye un valioso avance en la materia pues la antigua legislación solo daba como alternativas para el recupero material de la cosa su lisa y llana entrega. Ahora, al quedar inmediatamente constituido en poseedor en nombre ajeno (tenedor), el texto acuerda la mutación instantánea de la posesión, que no puede ser otra que la de ejercer sobre la cosa una tenencia.

Cierra el precepto con el traslado de estas nociones a la órbita registral y, en particular, a las cumplidas según la inscripción sea constitutiva o declarativa.

ARTÍCULO 1707.- ***Efectos.*** *Cuando la extinción no es retroactiva son oponibles al dueño perfecto todos los actos realizados por el titular del dominio fiduciario. Si la extinción es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 1703, 1704 y 1705 CCyC.

Interpretación

Hemos anticipado en los comentarios anteriores que la extinción podía ser no retroactiva. Ello, que supone el principio en materia de dominio revocable, permite una consecuencia lógica, cual es la oponibilidad. En cambio, si fuere pactado un efecto distinto, por imperio de ello, el dueño perfecto readquiere el dominio sin cargas.

La regulación se integra con lo normado por los arts. 1703, y en particular, con los arts. 1704 y 1705 CCyC, a cuya glosa cabe remitirse.

TÍTULO V
Otras fuentes de las obligaciones

CAPÍTULO 1
Responsabilidad civil

SECCIÓN 1ª(*)
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1708.- ***Funciones de la responsabilidad.*** *Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.*

Remisiones: ver comentario al art. 1710 CCyC y ss.

(*) Comentarios a los arts. 1708 a 1756 elaborados por Sebastián Picasso y Luis R. J. Sáenz.

Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica

1. Introducción

El CCyC establece expresamente, en el artículo objeto de este comentario, cuáles son las funciones de la responsabilidad civil. En los últimos tiempos la doctrina y la jurisprudencia nacionales se encuentran contestes en cuanto a que el objeto perseguido por el derecho de daños no se limita al resarcimiento del perjuicio ocasionado, sino que comprende otros fines, y en particular, la prevención del daño antes de que se produzca (faz preventiva). En cambio, es más debatido si ese sector del derecho tiene también una faz punitiva.

El art. 1708 CCyC culmina todo debate al respecto, pues por un lado amplía el ámbito del derecho de daños también a la prevención de perjuicios futuros o en curso de producción, y por el otro descarta la supuesta función punitiva.

2. Interpretación

2.1. Las funciones del derecho de daños en el CC

El CC, inspirado en las ideas del liberalismo clásico imperantes en la época de su elaboración, establece un sistema de responsabilidad civil de corte netamente resarcitorio, es decir, que persigue, cuando el daño ya se ha producido, que quien produjo el perjuicio restablezca —mediante el pago de una indemnización— la situación anterior al momento de producirse el hecho ilícito. Este sistema se mantuvo, incluso luego de la reforma instaurada por el ley 17.711, aunque se evolucionó hacia la reparación tanto en especie como por equivalente (art. 1083 CC).

2.2. La función preventiva

Ya en los primeros años del s. XX la teoría general de la responsabilidad civil comenzó a experimentar importantes cambios que se prolongaron durante toda esa centuria y los primeros años del s. XXI. Esa compleja evolución puede esquematizarse como un tránsito desde un sistema centrado en la sanción de la conducta subjetivamente reprochable del agente hacia otro que pone el acento en el resarcimiento de todo perjuicio injustamente sufrido.

Correlativamente, el actual derecho de daños se enfoca en la prevención del perjuicio como finalidad primordial. Se trata de revisar la función clásicamente otorgada a esta rama del derecho —es decir, la resarcitoria— y poner el acento en actuar con anterioridad a que el daño se produzca.

Haciéndose eco de esas posturas, el art. 1708 CCyC añade a la función preventiva a la tradicional finalidad resarcitoria del derecho de daños.

La función resarcitoria, ya consagrada en el CC, actúa cuando el daño ya se ha producido, y tiene por fin que el sindicado —como responsable— repare el perjuicio, sea en especie o por equivalente dinerario.

Por el contrario, la función preventiva busca actuar con anterioridad a que el perjuicio se produzca, o que, si ya se ha producido, no se agrave. De esta forma, queda consagrada en el ordenamiento jurídico la función preventiva genérica (más allá de lo que establecen al respecto, algunos microsistemas jurídicos respecto de determinados supuestos específicos, como sucede con la Ley General del Ambiente, 25.675), en paridad con la función resarcitoria ya mencionada.

Así, mientras que el derecho privado tradicional presuponía que la tutela preventiva era tarea del Estado y del derecho administrativo —y quedaba para el ámbito civil actuar después de que ocurría la lesión—, en la actualidad surge un sinnúmero de herramientas tendientes a obtener la prevención del daño antes de que este se produzca. En ese sentido, el CCyC no se limita a consagrar la nueva función preventiva, sino que, además, sienta las bases y principios del deber genérico de prevenir el daño, y de la acción tendiente a evitarlo (art. 1710 CCyC y ss., a cuyos comentarios remitimos).

2.3. La desaparición de la función punitiva del sistema general de derecho de daños

Un sector importante de la doctrina nacional confiere al derecho de daños una tercera función,[122] la punitiva. Esta tercera finalidad no tendría ya por objeto prevenir o resarcir el perjuicio, sin sancionar a quien causa un daño a otro deliberadamente, o con el propósito de obtener un rédito. Esta última función cobraría relevancia en los supuestos en que quien ocasionó el daño lo hizo con dolo, o al menos con negligencia grave, teniendo en cuenta que le era más beneficioso perjudicar a la víctima que no hacerlo. Su objetivo sería censurar la actuación deliberada del agente cuando el resarcimiento del perjuicio no es suficiente para cumplir dicha tarea.[123]

En el Anteproyecto entregado al Poder Ejecutivo nacional por la Comisión de Reforma dicha función también estaba consagrada, tanto por su enumeración en el artículo en comentario, como por la consagración de la sanción pecuniaria disuasiva en el art. 1714 CCyC. Sin embargo, fue excluida por el legislador del texto definitivo del Código, lo que sella la suerte de los daños punitivos, que no integran el nuevo sistema del derecho de daños. Eso no es causal, pues la aludida función punitiva —como lo señaló en sus "Fundamentos" la Comisión Bicameral creada en el ámbito del Congreso Nacional— es ejercida por otras ramas del derecho, tales como el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

De este modo, queda claro que los "daños punitivos" contemplados por la Ley de Defensa del Consumidor (art. 52 bis de la ley 24.240) son una sanción materialmente penal, ajena al ámbito del derecho de daños.

ARTÍCULO 1709.- ***Prelación normativa.*** ***En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:***

a. ***las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;***
b. ***la autonomía de la voluntad;***
c. ***las normas supletorias de la ley especial;***
d. ***las normas supletorias de este Código.***

(122) Es preciso aclarar que las tres mencionadas en el cuerpo del texto no agotan el abanico de funciones que se le han asignado a esta rama del derecho, al menos desde la doctrina. Sin embargo, las restantes no han tenido la trascendencia de las allí indicadas.

(123) Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. 4, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 573; Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en *Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Félix A. Trigo Represas*, t. II, Bs. As., La Rocca, p. 283.

1. Introducción

El CC pretendía, siguiendo la tendencia de su tiempo, contener la regulación completa y sistemática de todas las relaciones civiles. Sin embargo, dicho sistema entró en crisis durante el s. XX; entre otras razones, porque la complejidad creciente de las relaciones sociales y económicas, y la necesidad de intervenir en las relaciones privadas para imponer determinadas medidas de política económica, o proteger a la parte débil, derivaron en la creación de diversos microsistemas legales, al margen de los Códigos. El CCyC, por el contrario, parte de la preservación de dichos microsistemas, con los que interactúa. Eso señala la importancia, en el ámbito del derecho de daños, de establecer reglas de prelación normativa que armonicen las complejas relaciones que pueden establecerse entre el sistema general del Código y los diversos microsistemas normativos.

2. Interpretación

El proceso de codificación actual se asienta en una realidad muy distinta de la que existía al momento de sancionarse los códigos decimonónicos del s. XIX. En efecto, dichos cuerpos legales, que fueron producto de la Revolución Francesa, tenían por objeto poner fin a la dispersión legislativa y de fuentes que existía en el antiguo régimen, y centralizar todo el sistema jurídico en un cuerpo único, claro y accesible.

Sin embargo, con el advenimiento de las revoluciones industrial y tecnológica, además de las importantes transformaciones sociales que se produjeron durante el s. XX, la pretendida completitud de los códigos resultó insuficiente, lo que produjo una importante dispersión legislativa. Este último proceso de descodificación estuvo marcado por la sanción, al margen de los códigos, de diversas normas especiales relativas a aspectos del derecho privado; muchas de ellas constituyen "microsistemas" que abordan sectores puntuales de las relaciones humanas de manera coherente y sistemática.

El CCyC, dando cuenta de ese fenómeno, no pretende ya condensar todo el derecho privado, sino únicamente sus principios generales. De esta forma, el CCyC se propone como el centro de un sistema solar en cuyo derredor orbitan los diversos microsistemas (la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Sociedades, la Ley de Concursos y Quiebras, etc.), que guardan permanente diálogo con el sistema común. Es por ello que el nuevo sistema del derecho de daños requiere una disposición que regule esa interacción permanente y establezca criterios de prelación que deberán seguirse para determinar las normas aplicables en materia de responsabilidad civil.

El art. 1709 CCyC establece, en primer lugar, la prelación de las normas indisponibles del Código, pero también de las normas especiales. En segundo término, para el caso en que no resulte aplicable al caso una regla imperativa, tendrá prelación la autonomía de la voluntad. En tercer lugar, serán de aplicación las reglas supletorias de la norma especial y, por último, las disposiciones del mismo carácter del Código. Se trata de reglas de buen sentido, que resultan de la interacción de dos viejos principios jurídicos: aquel según el cual la ley especial prevalece sobre la general (*specialia generalibus derogant*) y el que establece que las normas indisponibles prevalecen sobre las supletorias.

A modo de ejemplo, las partes de un contrato paritario podrían acordar una limitación de la indemnización para el caso de incumplimiento, por aplicación de la regla establecida en el art. 958 CCyC. Sin embargo, si se trata de un contrato por adhesión, o si el negocio se celebra en el marco de una relación de consumo, dicha estipulación será abusiva, por aplicación de la regla imperativa establecida en los arts. 988: 1117 CCyC y arts. 37 de la ley 24.240.

SECCIÓN 2ª

Función preventiva y punición excesiva

ARTÍCULO 1710.- ***Deber de prevención del daño.*** *Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:*

a. *evitar causar un daño no justificado;*

b. *adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;*

c. *no agravar el daño, si ya se produjo.*

Remisiones: ver comentario al art. 1717 CCyC.

1. Introducción

La función preventiva, tal como está estructurada en el CCyC, transita por dos grandes carriles. En primer lugar, en el artículo en comentario se establece expresamente el deber general de no dañar y —correlativamente— un deber genérico de prevención del daño, que comprende no solo el perjuicio que aún no se ha causado como la disminución de la magnitud del que se está produciendo. En segundo término, a partir del artículo siguiente se trata acerca de la acción preventiva.

2. Interpretación

El inc. a del art. 1710 CCyC consagra expresamente el deber general de no dañar a otros, que —según lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación—[124] tiene rango constitucional. La transgresión de tal deber, además de habilitar la acción preventiva de los arts. 1711 a 1713 CCyC, funda la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil (art. 1717 CCyC).

El inc. b establece el deber genérico de evitar la producción de un daño, o de disminuir sus efectos, si este ya se produjo. Como tal, el deber consagrado en la norma puede hacerse valer *erga omnes*, es decir, no solo frente a quien causó el daño por medio de alguna acción suya, sino también contra todo aquel que pueda prevenir el perjuicio o evitar que se agrave, siempre que hacerlo se encuentre en su esfera de actuación.[125] Resulta preciso, para clarificar los alcances de la norma, establecer los supuestos en que dicho deber resulta aplicable, como así también quiénes se encuentran obligados a actuar en la prevención.

2.1. Supuestos comprendidos

Cuando la norma se refiere a disminuir la magnitud del daño, parte del aspecto cualitativo (entidad o medida del daño), y su extensión en el tiempo o prolongación. De esta manera,

(124) CSJN, "Santa Coloma, Luis Federico y otros", Fallos: 308:1160, 05/08/1986; "Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina", 1986, Fallos: 308:1118; "Peón, Juan D. y otra c/ Centro Médico del Sud SA", 17/03/1998, en *LL* 1998-D, p. 596; "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA", 21/09/2004, en *ED*, 25/10/2004, p. 5.

(125) Seguí, Adela, "La prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino", en *JA* 2012-IV.

la tutela comprende todas las etapas y supuestos posibles en que se puede evitar el perjuicio, e incluye a los daños continuados. Este último supuesto puede presentarse, por ejemplo, en los daños ambientales causados por la contaminación que continúa generándose aun después de descubierto el perjuicio, o los supuestos de daños al honor o a la intimidad, que pueden producirse por la difusión de una imagen correspondiente a la esfera privada de la persona.

Finalmente, el deber se completa con la exigencia de no agravar el daño ya producido, que es un supuesto distinto de los anteriormente relatados, pues el sujeto obligado no ha de esperar el reclamo indemnizatorio, ni el dictado de una sentencia para reparar el perjuicio, sino que, estando a su alcance hacerlo, debe evitar que el daño ya causado se agrave. Este último caso también comprende la situación de la propia víctima que, pudiendo hacerlo, no toma las medidas necesarias para disminuir el daño que ella misma sufrió, lo que puede conducir a que la futura indemnización únicamente comprenda el perjuicio originalmente ocasionado, mas no la agravación imputable al propio damnificado.

2.2. El deber genérico de prevención. Legitimación pasiva

La norma en análisis pone el deber de prevenir el perjuicio en cabeza de todos aquellos que se encuentren en posición de evitar la producción del daño. Pero resta determinar si este deber recae sobre todos, en general, o solo sobre aquellos que se encuentran en una situación específica que les permite evitar que el daño se produzca.

Este último aspecto del deber consagrado en el art. 1710 CCyC se vincula con los casos en que la omisión de un sujeto puede constituir un obrar antijurídico. En este sentido, cabe tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto por el art. 1717 CCyC (a cuyo comentario remitimos), en materia de omisiones la antijuridicidad también es material y atípica, pues basta con la violación del deber general de no dañar. Sin embargo, la existencia de un previo deber de actuar debe ser evaluada en cada caso sobre la base de las pautas que proporciona el artículo en comentario. Y esta norma señala expresamente que ese deber incumbe a toda persona "en tanto dependa de ella", y hace referencia a la adopción de "*medidas razonables*" para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, todo ello en función del principio de buena fe (art. 1717, inc. b, CCyC). En particular, la mención de este último estándar conecta la cuestión con la teoría del abuso del derecho, pues este se configura —entre otros casos— cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe (art. 10 CCyC).[126]

Conjugando todas esas pautas puede decirse que, en los términos del art. 1710 CCyC, existe un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal situación se presenta, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar evitar un daño a un tercero.[127] En tal sentido, en los fundamentos del Anteproyecto de Código..." se dice que este deber de prevención pesa sobre toda persona, en tanto dependa de ella, es decir que la posibilidad de prevenir debe encontrarse en su esfera de control, pues en caso contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecte la libertad.

(126) Picasso, Sebastián, "La antijuridicidad en el Proyecto de Código", en *LL* 2013-E, 1.

(127) Picasso, Sebastián, *ibid.*; Zavala de González, Matilde M., *Resarcimiento de daños...*, *op. cit.*, p. 95.

Sin perjuicio de ello, es claro que las consideraciones que anteceden se aplican a las denominadas "omisiones puras", es decir, aquellas que implican una total ausencia de acción. Por el contrario, los casos de "comisión por omisión" (es decir, cuando hay una omisión que se inserta en el marco de un curso general de acción positivo —por ejemplo, cuando el agente que ocasiona el perjuicio omite realizar una conducta tendiente a disminuir la magnitud del daño que ha ocasionado—) pueden ser directamente descriptos como acciones, y escapan a las reglas especiales que acabamos de mencionar.(128)

En conclusión, mientras que para el autor del perjuicio el deber de actuar en la prevención del daño es indudable, los terceros únicamente estarán obligados a ello si la posibilidad de evitar la producción del nocimiento —sin sufrir daños ni pérdidas— está en su esfera de actuación, pues en caso contrario el deber previsto en el art. 1710 CCyC no le incumbirá. Sin embargo, incurrirá en una infracción al deber contenido en dicha disposición si, pese a poder evitar el perjuicio, cuando podía hacerlo, omite realizar dicha conducta.

ARTÍCULO 1711.- ***Acción preventiva.*** ***La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.***

1. Introducción

El CCyC no se limita a consagrar el deber genérico de prevenir el daño, sino que también sienta las reglas básicas de la acción preventiva, en cuanto a los supuestos en que ella procede (en la norma en comentario), los legitimados para promover la acción (art. 1712 CCyC), y las facultades con que cuenta el juez al momento del dictado de la sentencia en este tipo de acciones (art. 1713 CCyC).

2. Interpretación

2.1. La tutela civil inhibitoria en el ordenamiento jurídico anterior

Ya se ha dicho que el CC centraba la responsabilidad en el resarcimiento del daño ocasionado por el hecho ilícito. Sin embargo, existían diversas normas dispersas en el sistema que cumplían una función preventiva en algunos supuestos específicos. Así, podemos encontrar, en el CC, a la acción por daño temido (art. 2499 CC), o la acción negatoria, consideradas las acciones inhibitorias clásicas.

Por su parte, diversos microsistemas jurídicos más modernos preveían acciones preventivas específicas para su ámbito. Por ejemplo, la Ley General del Ambiente (25.675) consagra la acción de amparo tendiente a obtener la cesación de las actividades generadoras del daño ambiental colectivo, y legitima para promoverla a toda persona, sea esta pública o privada (art. 30). Por su parte, la Ley de Defensa del Consumidor consagra, en su art. 52, la acción judicial tendiente a prevenir los daños que pueda sufrir la parte débil de la relación de consumo, cuando sus intereses se encuentren *"amenazados"*.

(128) Bueres, Alberto J., "Comentario al art. 1066", en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3-A, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 1.

Finalmente, en el ámbito procesal encontramos algunas herramientas que pueden utilizarse con la intención de prevenir el daño o evitar su agravamiento, como las medidas cautelares genéricas y las autosatisfactivas.

Con todo, es claro que dichas herramientas, si bien son muy útiles, no resultan suficientes para hacer efectiva la tutela preventiva en todos los casos. En efecto, algunas de ellas rigen únicamente en relaciones jurídicas específicas, como ocurre en el ámbito del derecho del consumo y del ambiente. Otras, si bien pueden utilizarse con un objetivo preventivo, no fueron confeccionadas con ese fin, como ocurre en el caso de las medidas cautelares. En efecto, estas últimas tienen por objeto preservar el derecho del demandante hasta el dictado de la sentencia, que —partiendo de la trilogía clásica— será constitutiva, declarativa o condenatoria. Sin embargo, en el caso de la acción preventiva, la sentencia definitiva también será anticipatoria,[129] y la medida cautelar a dictarse coincide con el objeto de la pretensión.

2.2. La acción preventiva

El artículo en comentario consagra la tutela inhibitoria genérica como instrumento autónomo de las distintas herramientas particulares existentes en el ordenamiento jurídico hasta la actualidad.

En cuanto a los caracteres de la acción preventiva así consagrada, la disposición en análisis establece que ella procede frente a cualquier acción u omisión antijurídica. Ello, en concordancia con lo que dispone en cuanto a la ilicitud el art. 1717 del mismo cuerpo legal, implica que la contradicción entre el accionar y el ordenamiento jurídico debe apreciarse desde un punto de vista objetivo, es decir, prescindiendo de toda valoración en cuanto a la reprochabilidad de la conducta del agente que ocasionó el perjuicio.

En segundo lugar, para que proceda la acción preventiva debe ser previsible la producción o el agravamiento del daño. Es claro entonces que no será preciso que se haya efectivizado un daño cierto en la esfera jurídica de la víctima, sino que basta la amenaza para que resulte procedente la tutela preventiva.[130]

Más allá de ello, no es suficiente para justificar la promoción de la acción inhibitoria el mero creer subjetivo de la víctima, sino que es preciso que sea causalmente previsible que el accionar del agente ocasionará un perjuicio a la víctima. Desde el aspecto probatorio, el demandante deberá aportar elementos ajenos a su mera subjetividad que permitan tener por acreditado que existe un riesgo cierto de que el daño se produzca. Por ejemplo, si una persona construye un local bailable sin cumplir con las normas de insonorización vigentes, fácilmente puede presumirse que el funcionamiento de dicho comercio afecte a los vecinos colindantes. Las reglas de la teoría de la causalidad adecuada (lo que resulta previsible según el curso normal y ordinario de las cosas) constituirán un importante parámetro para apreciar la probabilidad de que el perjuicio se produzca.

Por último, la norma prevé una particularidad de la acción preventiva que la diferencia sustancialmente del proceso resarcitorio clásico. En efecto, para la procedencia de la demanda tendiente a evitar que el daño se produzca no será preciso que se encuentre configurado un factor de atribución. Es que, en este tipo de acciones, es muy común que

(129) Seguí, Adela, "La prevención de los daños...", *op. cit.*

(130) Lorenzetti, Ricardo L., "La tutela civil inhibitoria", en *LL* 1995-C, p. 1217.

la pretensión se dirija a detener una conducta que aún no ha comenzado a realizarse, por lo que difícilmente puede evaluarse si el factor de atribución se encuentra presente. Esta previsión cobra especial relevancia cuando el accionar del agente, para que surja el deber de resarcir el daño ya ocasionado, requiere la configuración de un factor de atribución subjetivo (dolo o culpa).

ARTÍCULO 1712.- ***Legitimación.*** ***Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.***

1. Introducción

El art. 1712 CCyC se refiere a la legitimación para promover la acción preventiva, y la regula con un criterio amplio.

2. Interpretación

La norma en análisis consagra una legitimación amplia para promover la acción preventiva, pues establece que puede iniciarla todo aquel que ostente un "*interés razonable*" en la prevención del daño.

Dejando de lado casos específicos, una primera aproximación general al tema podría pasar por considerar que, en principio, tienen un interés razonable en la prevención los sujetos mencionados por el art. 43 CN para la acción de amparo; es decir, el propio damnificado, el Estado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos conculcados, siempre que se encuentren registradas como tales conforme a la legislación aplicable.

Sin embargo, el art. 1712 CCyC no se refiere expresamente a los sujetos enumerados anteriormente, sino que prevé una regla más amplia, y sujeta a la interpretación en cada caso particular. Por otra parte —como ya lo hemos adelantado— existen determinados microsistemas que regulan reglas de legitimación específicas. Es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de defensa del medio ambiente, en donde la ley 25.675 prevé una legitimación activa de gran amplitud para la promoción de la acción tendiente a evitar que el perjuicio ambiental se produzca, o detener su agravamiento (art. 30). Lo mismo ocurre en el ámbito tuitivo del consumidor, en donde la ley 24.240 legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios autorizadas en los términos del art. 56 de la ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal (art. 52 LDC).

Es decir que —más allá de que el art. 43 de nuestra Carta Magna pueda servir de pauta orientadora— el art. 1712 CCyC no regula un *numerus clausus* de legitimados, cuestión que podrá variar según los casos, y también en función de cuál sea la regulación específica de la relación jurídica en que se encuentra inmersa la acción preventiva.

Más allá de la amplia legitimación activa regulada en la norma, no debe perderse de vista que es un requisito primordial, no ya de la acción preventiva, sino del proceso judicial en general, que quien promueva la acción plantee un caso concreto. Esto es que el interesado deberá demostrar que persigue la determinación del derecho debatido, y que tiene un interés jurídico suficiente en la resolución de la controversia.[131] Por ende, en la acción preventiva debe demostrarse que quien acciona es titular de un derecho subjetivo o un

(131) CSJN, "Halabi, Ernesto c/ PEN - Ley 25.873", 24/02/2009, en *LL* 2009-B, p. 157.

interés legítimo, o que cuenta con legitimación suficiente para tutelar un interés difuso determinado, como así también que existe una amenaza cierta de que se produzca un daño ilegítimo.

ARTÍCULO 1713.- ***Sentencia.*** *La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.*

1. Introducción

El art. 1713 CCyC se refiere a las facultades del juez que interviene en la acción preventiva para evitar que concrete el perjuicio en cabeza de la víctima. A tal fin, la disposición confiere un amplio poder a los magistrados para adoptar las medidas que resulten más apropiadas, y se aparta del principio dispositivo que, en general, rige en el derecho privado.

2. Interpretación

Es claro que —como ya se ha señalado en el comentario al art. 1710 CCyC— la acción preventiva presenta aristas particulares y específicas que la distinguen del proceso civil y comercial clásico. Dichas especificidades del sistema preventivo son tratadas por diversas normas vinculadas con el derecho de daños, en particular, en cuanto a los requisitos que se deben reunir para que proceda la acción preventiva (art. 1711 CCyC) y la legitimación activa para promover este tipo de litigios (art. 1712 CCyC). Para completar el sistema, la norma en comentario establece el alcance que podrá tener la sentencia a dictarse en este tipo de procesos.

La primera nota distintiva que, al respecto, trae el art. 1713 CCyC, es que el juez podrá actuar de oficio, es decir, podrá apartarse de las pretensiones esbozadas por las partes y adoptar la decisión que considere pertinente con el objeto de prevenir la producción del daño. De esta forma, el Código deja de lado, en lo que se refiere a la faz preventiva del derecho de daños, el principio de congruencia.

Por otra parte, la norma en estudio consagra la posibilidad de que el juez dicte una sentencia que imponga obligaciones, ya sean de dar, de hacer o de no hacer. Esta expresa referencia es consecuencia de las características particulares que tiene la sentencia en la tutela inhibitoria. En este sentido, cabe recordar que el proceso civil y comercial clásico parte de la idea de que la decisión definitiva a adoptarse en el litigio podrá ser constitutiva, declarativa o condenatoria. Sin embargo, la acción preventiva se aparta del proceso dispositivo clásico, y confiere facultades al juez para imponer conductas al agente que no han existido hasta ese momento o que, incluso, no fueron peticionadas en su oportunidad.

Por otra parte, el art. 1713 CCyC establece un marco para la actuación del juez, quien, al dictar la sentencia preventiva, deberá ponderar los criterios de menor restricción posible, y de medio más idóneo para garantizar la obtención de la finalidad. Lo que se busca es que el magistrado cuente con amplias facultades para adoptar la decisión que mejor se adapte a la prevención del daño cuya producción se teme, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso poner de relieve que la disposición se refiere específicamente a la acción preventiva, es decir, a la promovida con la intención de evitar

que un perjuicio se produzca. Sin perjuicio de ello, esta disposición podría aplicarse analógicamente para fundar, en casos excepcionales, un "mandato preventivo", es decir, una orden judicial oficiosa, de carácter excepcional, y cuyo objetivo es que, en el marco de un proceso cuyo fin no es la prevención del daño, y el magistrado tome conocimiento de la posibilidad cierta de que el perjuicio se produzca, repita o agrave, pueda adoptar las medidas necesarias para que ello no suceda. La jurisprudencia ilustra algunos precedentes en los cuales los magistrados han admitido el mandato preventivo.[132]

ARTÍCULO 1714.- ***Punición excesiva.*** *Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.*

ARTÍCULO 1715.- ***Facultades del juez.*** *En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.*

Remisiones: ver comentario al art. 1708 CCyC.

1. Introducción

Los artículos en comentario —que se analizan conjuntamente dado que se trata de dos normas complementarias— se refieren a las facultades del juez de morigerar o, directamente, eliminar las sanciones que se hayan impuesto al responsable cuando constituyan una punición excesiva.

2. Interpretación

2.1. Los arts. 1714 y 1715 en el Anteproyecto enviado al Poder Ejecutivo nacional

Las disposiciones en comentario, en el texto original del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Reforma, estaban integradas en un solo artículo (art. 1715), y se encontraban precedidas de una norma específicamente referida a los daños punitivos (art. 1714).

Sin embargo, la Comisión Bicameral creada en el ámbito del Congreso nacional decidió eliminar este último instituto, y selló la discusión referida a las funciones de la responsabilidad civil que, por expresa previsión del CCyC, son la preventiva y la resarcitoria (remitimos, en este aspecto, al comentario al art. 1708 CCyC).

2.2. Los arts. 1714 y 1715 luego de la reforma por el Poder Legislativo nacional

Luego de extraer del Código al instituto de los daños punitivos, la Comisión Bicameral mantuvo la regulación de la punición excesiva, con su texto desdoblado en los dos artículos objeto de este comentario. En ese sentido, la Comisión consideró que su campo de aplicación se extiende más allá de la supresión de los daños punitivos, y resulta aplicable

(132) CNac. Apel. Civ., Sala A, "L., D. A. c/ Trenes de Buenos Aires SA y otro s/ Daños y perjuicios", 20/03/14; SCJ Buenos Aires, "Carrizo, Carlos A. y otra c/ Tejeda, Gustavo J. y otra", 30/03/2005, en *LLBA* (mayo), p. 451; CApel. Civ. y Com. Azul, Sala 2, "P., N. y O. c/ Z., S. y O.", 27/03/2013, Abeledo-Perrot, AP/JUR/264/2013; CApel. Civ. y Com. Junín, "B., P. c/ Prov. de Buenos Aires - Dirección de Vialidad", 06/11/2008, Abeledo-Perrot Nº 70049780.

a otras sanciones civiles, como las conminatorias (reguladas en el art. 804 CCyC), y la regulación expresa de la ley 24.240 en materia de sanciones disuasivas (art. 52 bis). Asimismo, también quedan comprendidas en su ejido las eventuales penas pecuniarias que se impongan al agente, en el ámbito específico del poder punitivo.

Sin embargo, debe señalarse que la facultad del juez de morigerar las sanciones conminatorias ya se encuentra prevista en el mismo art. 804 del mismo cuerpo legal. Así las cosas, es claro que el impacto principal de la norma se dará en el ámbito de los daños punitivos consagrados en el art. 52 bis del régimen tuitivo del consumidor, pues, en caso de que la sanción aparezca como irrazonable, el magistrado actuante puede recurrir a las facultades comprendidas en las normas en comentario para morigerar la sanción. Máxime cuando, además, la conducta que se imputa al proveedor haya sido objeto de una sanción administrativa (art. 47 y concs. de la ley citada en último término).

SECCIÓN 3ª
Función resarcitoria

ARTÍCULO 1716.- ***Deber de reparar.*** *La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.*

1. Introducción

A diferencia de lo que ocurría en el Código de Vélez Sarsfield, el CCyC unifica las órbitas de responsabilidad, que se regirán, en principio, por las mismas reglas. Sin embargo, ello no es óbice a que subsistan algunas diferencias entre el régimen aplicable al daño que emana del incumplimiento de una obligación preexistente, y el que se deriva de un hecho ilícito *stricto sensu*.

2. Interpretación

2.1. La unificación de las órbitas

Los códigos decimonónicos —entre ellos, el de Vélez Sarsfield— consagraron una neta división entre la responsabilidad civil contractual (en el derecho argentino, se trata en realidad de la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones, incluso surgidas de fuentes no contractuales, tales como la ley, los cuasicontratos, o la voluntad unilateral) y la extracontractual. Varios fundamentos fueron avanzados por la doctrina de esa época para fundar esa postura "dualista"; entre otras cosas, se decía que los intereses en juego eran distintos en cada uno de esos sectores, porque mientras la responsabilidad contractual tutelaba únicamente el interés de las partes, plasmada en un derecho relativo (el de crédito), la extracontractual protegía derechos absolutos, y se ponía en funcionamiento ante una violación de la ley, lo que implicaba que en este último caso estaba comprometido el interés general.

Sin embargo, un largo proceso que tuvo lugar a partir de los últimos años del siglo XIX fue dando por tierra con esa neta distinción entre las dos esferas. Si bien pueden identificarse varios fenómenos como determinantes de esa evolución, sin duda alguna el más importante de ellos fue el cambio de eje de la responsabilidad civil que pasó de castigar a un responsable a pretender resarcir todo daño injustamente sufrido. Desde esta última perspectiva, carece de sentido que la reparación de perjuicios que son idénticos esté sujeta a

un régimen distinto según que ese daño resulte del incumplimiento de una obligación o de la violación del deber general de no dañar.

En nuestro país, hace ya tiempo que existía consenso doctrinal en el sentido de propiciar una reforma del CC que unificara los dos subsistemas de responsabilidad. Esta corriente ya había tenido, incluso, manifestaciones concretas en algunos microsistemas, como sucede con la ley 24.240, que regula de manera unitaria los daños sufridos por los consumidores en el ámbito de la relación de consumo.

Sin perjuicio de otras varias, las diferencias de regulación más importantes que subsistían entre las dos órbitas en el código de Vélez eran las siguientes:

a. el resarcimiento se extendía en la responsabilidad extracontractual a las consecuencias inmediatas y las mediatas, y podía comprender también casuales cuando mediaba dolo del autor del daño (arts. 903 a 905 CC), mientras que el deudor que incumplía una obligación únicamente debía indemnizar —en principio— las consecuencias "inmediatas y necesarias" (art. 520 CCyC), y las mediatas solo en caso de incumplimiento "malicioso" (art. 521 CC);

b. la acción para reclamar el resarcimiento en la responsabilidad aquiliana prescribía a los dos años (art. 4037 CC), mientras que en la esfera contractual se aplicaba —en principio— el término genérico de diez años (art. 4023 CC); y

c. aun en ausencia de base legal, la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias postulaban que mientras en la responsabilidad extracontractual la mora se producía de pleno derecho desde el momento en que se sufría cada daño (y, a partir de allí, corrían los intereses), en la contractual era preciso interpelar al deudor.

El CCyC parte del principio opuesto, pues la norma en comentario dispone que cualquiera sea la fuente de la responsabilidad (el incumplimiento de obligaciones, o la violación del deber general de no dañar) serán aplicables —en principio— las mismas reglas. Como consecuencia de ello, desaparecen las diferencias antes aludidas:

a. se fija un plazo común de tres años para la prescripción liberatoria de las acciones de responsabilidad civil (art. 2561, párr. 2, CCyC), cualquiera sea la fuente del deber de resarcir; y si bien se prevén plazos distintos para supuestos especiales (arts. 2561, párr. 2 y 3; 2562, incs. b y d, y 2563, inc. c, CCyC), ellos no se fundan en la naturaleza obligacional o extracontractual de la responsabilidad en esos casos;

b. el deber de resarcir se extiende a las consecuencias inmediatas y mediatas, lo cual es aplicable tanto en el ámbito aquiliano como en el obligacional —con la excepción de los contratos paritarios, como se verá—; y

c. el curso de los intereses comienza con la producción de cada perjuicio (art. 1748 CCyC), lo que echa por tierra todo debate en cuanto a la forma en que se produce la mora en ambas órbitas.

Finalmente, la unificación de las órbitas de responsabilidad trae, como correlato inevitable, la desaparición de la obligación de seguridad del derecho común (aunque subsiste en el derecho del consumo), que en un régimen unificado carece de todo sentido. Así, puede leerse en los "Fundamentos" del Anteproyecto que se unifican los supuestos que habían generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual. En tales situaciones, la reparación del daño se regirá, según los casos, por los arts. 1749 CCyC (responsabilidad por culpa o dolo) o 1757 CCyC

y 1758 CCyC (riesgo), según que se hayan empleado o no cosas viciosas o riesgosas para ejecutar la obligación, o bien que la actividad desplegada por el deudor pueda o no calificarse en sí misma como peligrosa en los términos del art. 1757 CCyC. Coherentemente con este sistema, y previendo los problemas que podría generar la aplicación a los profesionales liberales (particularmente, los médicos) de la responsabilidad por riesgo creado en los términos de los arts. 1757 y 1758 CCyC, el art. 1768 CCyC establece que cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no se rige por aquellas normas, excepto que el daño provenga de su vicio. Asimismo, en el ámbito del contrato de transporte, si bien aparecen referencias a la obligación de seguridad (arts. 1289, inc. c, 1291 CCyC y concs.), el art. 1286 CCyC somete la reparación de los daños a las personas transportadas al régimen de los arts. 1757 CC y ss., es decir, a la responsabilidad por riesgo o vicio de las cosas.

2.2. Las diferencias que subsisten

Más allá de lo antes dicho, no debe perderse de vista que la unificación de las dos órbitas no diluye la distinta estructura del contrato —o más ampliamente, del incumplimiento de obligaciones— respecto del hecho ilícito, sino que se propone, simplemente, unificar las consecuencias de ambos, sometiéndolos, salvo casos de excepción, a las mismas reglas. Es por ello que el CCyC mantiene estas diferencias irreductibles, que derivan de la distinta naturaleza del hecho generador de responsabilidad en cada una de las hipótesis.

En primer lugar, mientras que la antijuridicidad es atípica en el ámbito extracontractual, no sucede lo mismo en la órbita obligacional, pues en este último caso el perjuicio se produce como consecuencia de la infracción de una obligación específica, que ligaba al deudor de la ejecución de determinada conducta.

En segundo término, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad extracontractual, el incumplimiento de una obligación no solo da lugar a la reparación del daño causado, sino que también genera el derecho del acreedor a exigir la ejecución forzada de lo debido, incluso si esa ejecución se logra por equivalente dinerario (art. 730, inc. c, CCyC). Es claro que se trata de remedios diferentes, que tiene presupuestos propios: mientras que, para lograr la ejecución forzada, basta al acreedor con alegar el incumplimiento; para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados es preciso que acredite los presupuestos de la responsabilidad civil; en especial, la existencia de un daño resarcible.

Asimismo, en la responsabilidad extracontractual la determinación del factor de atribución depende de las circunstancias del hecho que generó el daño (si intervinieron cosas viciosas o riesgosas, si fue un hecho propio del agente, etc.), o de la relación que tiene quien dañó con un tercero (dependiente, hijo menor, etc.). Por el contrario, en el ámbito obligacional el deber de resarcir nace como consecuencia de la infracción de una obligación, que es un vínculo específico que constriñe a uno o algunos sujetos a cumplir cierta conducta en relación a otro u otros, en todos los casos determinados o determinables. Es por ello que, en este último supuesto, el factor de atribución depende del alcance del deber de conducta asumido por el obligado (solo conducta diligente, o un resultado concreto), y de la forma en que, de hecho, se incumple. Así, cuando lo debido sea un resultado se aplica el art. 1723 CCyC, razón por la cual el incumplimiento se configura por la falta de obtención del fin perseguido por el acreedor. Por el contrario, si el plan prestacional consiste en una conducta diligente jugará el art. 1724 CCyC, y la configuración del incumplimiento —y de la responsabilidad del obligado— requerirá de la presencia de culpa del *solvens*.

Por otra parte, si bien el caso fortuito libera siempre de responsabilidad (art. 1730 CCyC), en el campo de las obligaciones ese efecto únicamente se produce si el *casus* genera una imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta (art. 1732 CCyC).

En cuanto a la relación causal, cuando la obligación incumplida surge de un contrato celebrado paritariamente el CCyC se aparta de la teoría de la causalidad adecuada, pues dispone que en tal caso el deudor únicamente responde por las consecuencias que hayan sido previstas o previsibles para las partes (y no para un hombre medio) al momento en que se celebró el contrato (y no al momento del incumplimiento), con la salvedad de los casos en que haya actuado con dolo (art. 1728 CCyC).

Por lo demás, el deudor contractual responde siempre en forma directa (art. 1749 CCyC), incluso si el incumplimiento es materializado por un tercero (art. 732 CCyC). En cambio, en el terreno extracontractual el principal responde indirectamente por el daño causado por su dependiente (art. 1753 CCyC).

Finalmente, para los casos de pluralidad de responsables el art. 1751 CCyC establece el principio según el cual todos ellos responden frente a la víctima por el total de la deuda, ya sea que las obligaciones respectivas sean solidarias o concurrentes. Sin embargo, en materia de obligaciones el art. 828 CCyC mantiene el principio de la simple mancomunación, pues expresamente dispone que la solidaridad no se presume, y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación.

ARTÍCULO 1717.- ***Antijuridicidad.*** ***Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.***

Remisiones: ver comentario al art. 1710 CCyC.

1. Introducción

El CCyC consagra una antijuridicidad objetiva y material, por lo que ya no existe duda en cuanto a que la ilicitud civil, a diferencia de la penal, es atípica, pues no es necesario que la ley detalle, en cada caso, cuál es la conducta prohibida.

2. Interpretación

Si bien el Código de Vélez Sarsfield estructuró una antijuridicidad subjetiva —requería culpabilidad— y formal —típica— (arts. 1066 y 1067 CC), esas reglas fueron superadas hace décadas por una interpretación que hace prevalecer el principio *alterum non laedere* como eje del sistema, a partir del texto constitucional (art. 19 CN).

Siguiendo estas últimas tendencias, el CCyC consagra, en el artículo en comentario, una antijuridicidad objetiva y material. En consecuencia, cualquier acción u omisión no justificada que causa un daño será antijurídica, con lo que para que se configure este presupuesto basta con que se viole el deber general de no dañar a otro. Es decir que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal, el ilícito civil es atípico, porque no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida.

Sin embargo, cabe hacer excepción a este principio en el caso de la responsabilidad obligacional, dado que allí el daño resultará necesariamente del incumplimiento de una obligación preexistente, que precisa la conducta que el deudor estaba obligado a ejecutar.

Por otra parte, la antijuridicidad no requiere, en el CCyC, de la concurrencia de un factor de atribución, porque si bien este último es presupuesto de la responsabilidad civil, para la prevención del daño basta con la prueba de un hecho dañoso (actual o inminentemente), sin necesidad de que medie aquel factor (art. 1711 CCyC).

Asimismo, hay que señalar que el principio de la atipicidad del ilícito también rige para las omisiones, pues el art. 1710 CCyC (a cuyo comentario remitimos) permite afirmar que toda persona tiene el deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal cosa sucederá, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar evitar un daño a un tercero.

Finalmente, es preciso aclarar que en ciertas circunstancias excepcionales puede existir responsabilidad por actos lícitos (responsabilidad del Estado por actividad legítima; daños causados en estado de necesidad —art. 1718, inc. c, CCyC—, etc.).

ARTÍCULO 1718.- ***Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho.*** *Está justificado el hecho que causa un daño:*

a. *en ejercicio regular de un derecho;*

b. *en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena;*

c. *para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.*

1. Introducción

El CCyC, a diferencia de lo que ocurría en el CC, se refiere expresamente a las causas de justificación, que —en tanto importan un permiso para dañar en un caso concreto— obstan a la ilicitud del hecho o la omisión que lo produce. Así, la norma en comentario se refiere al ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad, mientras que el art. 1719 CCyC excluye como tal a la asunción de riesgos. Finalmente, el art. 1720 CCyC establece los requisitos que debe reunir el consentimiento del damnificado para actuar como causa de justificación.

2. Interpretación

2.1. El ejercicio regular de un derecho

De conformidad con lo establecido en el inc. a del artículo en comentario, el ejercicio regular de un derecho funciona como una causa de justificación de los daños que pudieren resultar de él (por ejemplo, los sufridos por ruidos en inmuebles vecinos que no exceden la normal tolerancia).

Sin embargo, esta justificación tiene como límite el ejercicio abusivo del derecho. De acuerdo a lo establecido por el art. 10 CCyC —sustancialmente similar al art. 1071 del Código

Civil de Vélez Sarsfield—, el derecho debe ser ejercido de conformidad con los fines del ordenamiento jurídico y los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Cuando esos límites se transgreden se configura el abuso, y el acto —pese a encontrarse formalmente dentro de los límites del derecho— se torna ilícito.

Aunque no se lo disponga expresamente, también deben considerarse incluidos en la previsión legal los casos en que el daño se causa en cumplimiento de un deber legal (por ejemplo, un policía que esposa y detiene a un delincuente).

2.2. La legítima defensa

El inc. b del art. 1718 CCyC se refiere a los daños causados en legítima defensa, ya sea propia o de terceros. La aplicación de esta causa de justificación requiere:

a. existencia de una agresión ilícita, actual o inminente. Dado que es ilícito dañar (art. 1717 CCyC), la agresión tendiente a causar daño a quien se defiende o a un tercero será ilícita en los términos de la norma, salvo que quien agrede actúe a su vez en ejercicio de una causa de justificación;[133]
b. ausencia de provocación de parte de quien se defiende o del tercero contra quien se dirige la agresión;
c. empleo de un medio racionalmente proporcionado para defenderse, en relación con el usado por el atacante (por ejemplo, no actúa en legítima defensa quien responde con disparos de arma de fuego a un simple empujón propinado por el agresor). El empleo de medios excesivos impide prevalerse de la causa de justificación, y convierte en antijurídico el acto dañoso.

Finalmente, la última parte del inciso toma partido en un tema polémico, referido a los daños causados a terceros por quien actúa en legítima defensa (por ejemplo, quien al repeler a balazos la agresión de un delincuente hiere a un tercero que pasaba por el lugar). El texto descarta la postura según la cual en tal caso los daños causados al tercero también estarían cubiertos por la causa de justificación —lo que llevaría a que aquel únicamente pudiese reclamar una indemnización de equidad (no plena)— y se inclina, en cambio, por considerar que la legítima defensa justifica únicamente los daños que se causan a quien es agresor, mas no los sufridos por terceros ajenos a ese ataque. En este último caso, el tercero víctima tiene derecho a obtener una reparación plena.

2.3. El estado de necesidad

Este supuesto —regulado en el último apartado del art. 1718 CCyC— se distingue de la legítima defensa por cuanto aquí el perjudicado es una persona ajena al hecho. El agente debe encontrarse frente a una situación de peligro que él no ha contribuido a causar, y que genera la amenaza, para él o para un tercero, de sufrir un mal (un daño) actual o inminente. La única posibilidad de evitar ese daño debe ser la producción de otro de menor entidad; en tal caso, si el agente opta por causar este último perjuicio habrá obrado en legítima defensa, y su acción no será antijurídica.

Para que resulte de aplicación esta causa de justificación es preciso que el mal que se ha ocasionado sea menor que el que se evita, razón por la cual no rige la causal si ambos daños son de igual entidad.

(133) Orgaz, Alfredo, *La ilicitud*, Córdoba, Lerner, 1974, p. 116 y ss.

De reunirse esos requisitos, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo, lo que puede conducir a que la reparación no cubra la totalidad del perjuicio realmente sufrido por la víctima. La justificación de esta solución se encuentra en que en este supuesto (contrariamente a lo que sucede en el inciso anterior) nos encontramos ante un caso de responsabilidad por acto lícito.

ARTÍCULO 1719.- ***Asunción de riesgos.*** *La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.*

Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido.

1. Introducción

La norma en comentario se refiere a dos institutos distintos. En primer lugar, y en lo que se refiere a la asunción de riesgos, excluye en forma definitiva a esta figura como una causa de justificación del daño ocasionado. En segundo término, regula los daños sufridos por los actos de abnegación o altruismo.

2. Interpretación

2.1. La asunción de riesgos

La doctrina argentina y comparada ha debatido largamente si el hecho de que una persona se exponga voluntariamente a una situación de peligro constituye una causa de justificación de los daños que resulten de ella. Un sector de los autores nacionales, reflejado en una importante línea jurisprudencial, entendía que esa "aceptación" o "asunción" de riesgos podría exonerar de responsabilidad en ciertas situaciones (este criterio se suele predicar en casos donde, en realidad, la causa del daño es el comportamiento culposo de la víctima, con lo que se confunden ambos institutos). En otras (transporte benévolo, práctica de deportes riesgosos), ella llevaría —siempre según esta postura— a una subjetivación de la responsabilidad, al impedir al damnificado echar mano de la responsabilidad objetiva resultante de la aplicación de la teoría del riesgo, o de una obligación de seguridad de resultado.

Siguiendo estas ideas, el artículo en comentario establece con toda claridad que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso, ni exime de responsabilidad. Así, el ordenamiento impide entonces, que la supuesta asunción o aceptación de riesgos por la víctima sea aducida para excusar la responsabilidad del dañador —o de los responsables indirectos—, o bien para excluir la aplicación de un factor de atribución objetivo expresamente establecido por la ley.

La única excepción que contempla el artículo en análisis se refiere a aquellos supuestos en los cuales la supuesta "aceptación de riesgos" pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal. En este caso, la exoneración no se producirá a nivel de la antijuridicidad (porque la aceptación de riesgos no es una causal

de justificación), sino de la relación causal, y resultará aplicable el art. 1729 CCyC. Aquí no se trata ya de la mera exposición voluntaria a una situación de peligro genérico y abstracto, sino de la exposición imprudente a un peligro concreto, que tiene aptitud para erigirse en causa o concausa adecuada del perjuicio (por ejemplo, aceptar ser transportado por quien conduce manifiestamente en estado de ebriedad, o en la caja descubierta de una camioneta).

Cabe aclarar que la exclusión prevista en el art. 1719 CCyC no se aplica a los daños causados entre jugadores que practican determinados deportes (fútbol, rugby, boxeo, etc.). En esos supuestos, hay acuerdo en que los participantes asumen la posibilidad de sufrir ciertos daños derivados de los riesgos propios del deporte en cuestión y, por tal razón no se responde por los perjuicios que aparezcan como una contingencia posible del desarrollo normal del juego (por ejemplo, patada en un pie al disputar por la pelota durante un partido de fútbol), sino solo de los excesivos o extraordinarios (en el mismo ejemplo, un puñetazo en la cabeza). Esta conclusión no podrá fundarse en una supuesta aceptación de los riesgos del juego (lo prohíbe la norma en comentario), sino en la autorización estatal de tales deportes y de las reglas que los rigen, o en el consentimiento del damnificado (art. 1720 CCyC).

2.2. Actos de abnegación o altruismo

El segundo párrafo del art. 1719 CCyC se refiere a los denominados "actos de abnegación o altruismo", es decir, los supuestos en los cuales la víctima del daño se expone voluntariamente a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro (por ejemplo, quien ingresa en un inmueble incendiado para rescatar a sus ocupantes, y sufre quemaduras). La previsión tiene el sentido de excluir la posibilidad de considerar que ese acto pueda constituir un hecho del damnificado que dé lugar a la ruptura total o parcial del nexo de causalidad, en los términos del art. 1729 CCyC.

La acción que se promueva en razón de los perjuicios sufridos en esa situación podrá dirigirse contra quien creó la situación de peligro o contra el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la norma en comentario dispone que la demanda solo prosperará en la medida del "enriquecimiento" por él obtenido, lo que debe ser interpretado en un sentido amplio, no limitado exclusivamente a la comparación de bienes patrimoniales (por ejemplo, quien salva su vida a raíz de un acto de abnegación ajeno puede considerarse "enriquecido" frente al salvador que, al sacarlo del inmueble incendiado, sufre importantes quemaduras en su brazo).

ARTÍCULO 1720.- ***Consentimiento del damnificado.*** ***Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles.***

1. Introducción

El CCyC regula los alcances del consentimiento del damnificado como causal de justificación como pauta general, y sin perjuicio de lo que dispongan al respecto las normas específicas.

2. Interpretación

Cuando la víctima consiente el daño sufrido, ello constituye una causal de justificación, y elimina toda nota de antijuridicidad, lo que conduce al rechazo de la pretensión indemnizatoria promovida por el damnificado. Esto es una consecuencia directa del principio de

autodeterminación o autonomía personal, que permite a cada persona adoptar en soledad las decisiones que hacen a su vida, con excepción de aquellas acciones que perjudican a terceros (art. 19 CN). En ejercicio de ese derecho, la víctima puede —en principio— aceptar voluntariamente ser dañada, y esa aceptación excluye —también en principio— la antijuridicidad del hecho o la omisión dañosa.

Si bien el consentimiento de la víctima puede canalizarse por medio de un contrato —y en tal caso será de aplicación el principio de libertad contractual consagrado en el art. 958 CCyC—, también es concebible que se preste en materias no contractuales, por medio de un acto jurídico unilateral (por ejemplo, una persona autoriza a otra a practicar tiro al blanco contra la pared del fondo de su jardín).

Sin embargo, por tratarse de una excepción a la regla general, no todo consentimiento del damnificado será suficiente para excluir la responsabilidad del agente. Ello conduce a analizar sobre qué clases de bienes puede recaer, y cuáles son los recaudos que debe cumplir dicho consentimiento.

En este sentido, es preciso tener en cuenta que, aun con anterioridad a la elaboración del CCyC, la doctrina argentina se encontraba conteste en que los derechos personalísimos, por sus características particulares, solo pueden ser objeto de la voluntad de la víctima en tanto y en cuanto sean disponibles. Es por ello que la norma en comentario establece que la lesión debe recaer sobre esta última clase de bienes. En consecuencia, mientras que nada impide que el damnificado admita que se produzca un daño a sus bienes patrimoniales, no ocurrirá lo mismo con los bienes personalísimos, que únicamente podrán encuadrar en esta causa de justificación cuando sean disponibles, de conformidad con lo dispuesto por el art. 55 CCyC.

Para que exista esta causa de justificación, es preciso que el damnificado haya prestado un consentimiento libre e informado. El hecho de que sea libre se vincula con que debe tratarse de un acto voluntario, en los términos del art. 260 CCyC, mientras que el carácter de informado hace referencia a aquellas situaciones en las cuales la ley pone a cargo de la parte fuerte de la relación contractual el deber de suministrar información cabal a la otra. En el ámbito médico, el art. 59 del cuerpo legal en estudio establece los extremos que debe cumplir el consentimiento informado para ser válido, en forma concordante con lo dispuesto en la materia por la Ley 26.529 de Derechos del Paciente.

Finalmente, el art. 1720 CCyC excluye, en forma expresa, las cláusulas que impliquen el consentimiento de la víctima cuando ellas resulten abusivas, por lo que resultan aplicables las reglas consagradas en los arts. 988 y 989 para los contratos por adhesión, y las que rigen en el ámbito específico del derecho del consumo (arts. 1119 a 1122 CCyC, y art. 37 y ss. de la ley 24.240).

ARTÍCULO 1721.- ***Factores de atribución.*** ***La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.***

1. Introducción

Los factores de atribución, entendidos como criterios legales para imputar el daño a uno o más responsables, se clasifican en subjetivos y objetivos. La culpa es un factor residual para aquellos casos en que no pueda aplicarse —directamente o por analogía— un factor objetivo.

2. Interpretación

El factor de atribución, presupuesto esencial de la responsabilidad, es el fundamento que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño, haciendo recaer su peso sobre quien en justicia corresponde. Es la razón jurídica por la cual se debe responder.

Mientras que los factores de atribución subjetivos (culpa y dolo) ponen el acento en el reproche de la conducta del responsable, los factores objetivos prescinden del análisis valorativo de la conducta y se centran en elementos objetivos que varían en cada supuesto (la creación de un riesgo, el análisis de las circunstancias del caso sobre la base de la equidad, el hecho de haber prometido un resultado, etc.).

Los códigos decimonónicos —entre los cuales se encuentra el CC—, inspirados por los principios del liberalismo clásico, únicamente concebían la existencia del deber de resarcir el daño sobre la base de factores subjetivos de atribución. Ello era así pues el centro de gravitación de la responsabilidad civil clásica era el reproche de la conducta desarrollada por quien ocasiona el daño, y no su reparación.

Sin embargo, la evolución de la responsabilidad civil durante el pasado siglo implicó, entre otras cosas, un cambio copernicano en cuanto al elemento primordial del sistema, que pasó del castigo de una conducta culpable a la reparación de todo perjuicio injustamente sufrido por una víctima inocente.

En el marco de esa evolución, la reforma de la ley 17.711 al CC introdujo expresamente diversos factores objetivos de atribución (el riesgo —art. 1113, párr. 2, segundo supuesto—, la equidad —art. 907, párr. 2—, etc.), los cuales quitan toda trascendencia a la valoración subjetiva del accionar del dañador y ponen su acento en otro de los elementos relevantes del hecho dañoso como, por ejemplo, que el daño fue ocasionado por una cosa viciosa o riesgosa.

Asimismo, la aparición de dichos factores objetivos también fue consecuencia de la reinterpretación de los viejos textos del Código por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Por ejemplo, en materia de responsabilidad del principal por el hecho del dependiente se pasó de considerar que el factor de atribución era la culpa (en el caso, la negligencia *in eligendo* o *in vigilando* del agente) a concluir que el principal responde objetivamente por el accionar de su dependiente, por aplicación del factor de atribución garantía, pese a que el texto en cuestión (art. 1113, párr. 1, CC) permaneció inalterado.

Como consecuencia de esa evolución, hace tiempo que resulta indiscutible en la teoría de la responsabilidad civil que existen factores subjetivos y objetivos de atribución.

Siguiendo las tendencias antes aludidas, el art. 1721 CCyC en análisis consagra la existencia de ambos tipos de factores de atribución. Al mencionar ambos tipos de factores indistintamente, la norma culmina toda discusión en cuanto a la igualdad cualitativa entre ambos supuestos. Sin embargo, si se aprecia la cuestión desde un punto de vista cuantitativo se advierte que, en puridad, los factores objetivos son de mucho mayor número y aplicables en los supuestos más variados (por ejemplo, responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, art. 1753 CCyC; por el hecho de los hijos, art. 1754 CCyC; por el hecho de las cosas viciosas y riesgosas y de ciertas actividades, art. 1757 CC y ss., etc.).

Más allá de ello, el art. 1721 CCyC adopta una posición determinada en cuanto a un aspecto que ha merecido un arduo debate en la doctrina: si la culpa actúa como norma del cierre del sistema, o si se trata de un factor de atribución más. La cuestión no es menor

pues, para la doctrina anterior a la reforma, considerar a la culpa como norma de clausura impedía aplicar, por la vía analógica, los factores objetivos de atribución a casos distintos de los expresamente establecidos.

La Comisión de Reforma ha optado por hacer mención a la culpa como pauta residual, pero ha aclarado expresamente en los "Fundamentos" del Anteproyecto que eso no impide aplicar analógicamente los factores objetivos. Así, si nos encontramos, por ejemplo, ante un supuesto en que interviene una cosa riesgosa o una actividad peligrosa, nada impide la aplicación de la analogía, porque implica definir un supuesto de hecho similar al contemplado en el art. 1757 del nuevo cuerpo legal. Por lo tanto —siempre en la tesitura de la mencionada Comisión—, solamente rige la culpa como factor residual cuando haya una laguna, es decir, cuando no exista ninguna norma respecto de la cual sea posible una interpretación por analogía.

ARTÍCULO 1722.- ***Factor objetivo.*** *El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.*

1. Introducción

El artículo en comentario tiene una doble importancia. En primer lugar, porque define a los factores objetivos de atribución y establece que, en tal caso, la culpabilidad del agente carece de toda relevancia. En segundo término, porque menciona las eximentes que —en principio— debe probar el sindicado como responsable cuando el factor es objetivo.

2. Interpretación

La responsabilidad objetiva se define por contraposición a la subjetiva. Si esta última se sustenta en la culpabilidad (*lato sensu*) del agente, la primera prescinde totalmente de ella y discierne el deber de responder sobre la base de criterios que varían de un factor a otro (la creación de un riesgo, o la obtención de un provecho a partir de él, la equidad, etc.), pero que en ningún caso imponen una indagación de la subjetividad del agente, o un juicio de reproche hacia su conducta. Por eso, dice la norma en comentario, el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante para atribuir responsabilidad. A esto cabe añadir que, en tales casos, el sindicado como responsable tampoco se exonera probando su falta de culpa (su diligencia). Es decir, en la responsabilidad objetiva la culpa no es criterio ni de imputación ni de eximición de responsabilidad.

En cuanto a las eximentes, es frecuente afirmar que si la responsabilidad es objetiva el demandado se exonera únicamente mediante la prueba de la causa ajena, y así lo dice también el artículo en análisis. Sin embargo, también en la responsabilidad subjetiva la fractura del nexo causal exonera de responsabilidad, razón por la cual esa eximente (que en puridad corresponde a otro elemento de la responsabilidad, la relación causal) no es propia y exclusiva de los factores objetivos. Por el contrario, cada factor objetivo de atribución tiene su propia "faz negativa", en el sentido de que el sindicado como responsable podrá eximirse si demuestra que no se dan las condiciones exigidas por la ley para que se aplique el factor en cuestión (por ejemplo, que la cosa que causó el daño no era riesgosa, o fue usada en contra de la voluntad del dueño o guardián; que no había relación de dependencia, etc.).

ARTÍCULO 1723.- ***Responsabilidad objetiva.*** *Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.*

1. Introducción

En la responsabilidad que surge del incumplimiento de una obligación preexistente, el factor de atribución queda determinado por la extensión de lo debido por el *solvens*. Así, si este último se comprometió a desarrollar un plan de conducta diligente a fin de satisfacer el interés perseguido por el acreedor, pero no aseguró la obtención de dicho fin, nos encontramos ante una obligación de medios, y el factor de atribución aplicable es subjetivo. Por el contrario, si la satisfacción de dicho interés fue asegurada por el deudor, entonces la obligación es de resultado y, por ende, el factor de atribución es objetivo.

2. Interpretación

Para que nazca la responsabilidad por incumplimiento obligacional es un recaudo ineludible que exista un incumplimiento de la obligación comprometida por el deudor (arts. 1716 y 1749 CCyC). Una vez acreditado el incumplimiento, y los perjuicios que guardan relación de causalidad adecuada con aquel, el deudor deberá resarcir el daño ocasionado, salvo que acredite que la obligación se ha extinguido por alguna razón, principalmente, por la imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 955 y 1732 CCyC.

Así las cosas, para determinar que se configuró el mentado incumplimiento debemos determinar, en primer lugar, qué era lo debido por el *solvens*, pues el incumplimiento se define, justamente, por contraposición con lo que el deudor debía hacer para cumplir.

Ahora bien, según los casos, el deudor puede haberse obligado a más o a menos, a actuar diligentemente en pos de la obtención de un resultado, pero sin garantizarlo (obligación de medios), o directamente a alcanzar esa finalidad, y de ese modo satisfacer el interés del acreedor (obligación de resultado). El incumplimiento se configura, entonces, de distinta forma en cada uno de los supuestos antes enunciados. En las obligaciones de medios, al menos en principio, el incumplimiento del deudor surge del desarrollo negligente del plan de conducta comprometido, por lo cual debe acreditarse su culpa. Por el contrario, en las de fines es irrelevante si el deudor cumplió diligentemente o no la obligación: la no obtención del resultado debido configurará, por sí misma, su incumplimiento.

Esta distinción, ampliamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, se ve ahora reflejada expresamente en el CCyC. No solo en la norma que ahora se comenta, sino también en la clasificación que realiza el art. 774 CCyC respecto de la prestación de un servicio, en donde distingue claramente entre los supuestos en que el deudor se compromete a realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito (inc. a), de aquellos en los cuales se procura al acreedor el resultado eficaz comprometido, con o sin independencia de su eficacia (incs. b y c). También el art. 1768 CCyC dispone que la responsabilidad del profesional liberal es subjetiva, salvo que haya comprometido un resultado concreto.

Ahora bien, para determinar cuándo nos encontramos ante una obligación de fines o de medios debemos recurrir a las pautas brindadas por las normas mencionadas en último término. Si lo *"convenido por las partes"* y las *"circunstancias de la obligación"* permiten advertir que se comprometió un resultado determinado, la diligencia del deudor será irrelevante a los fines de configurar el incumplimiento (art. 1723 CCyC). Por el contrario,

en las obligaciones de hacer deberá valorarse si el deudor se comprometió a desarrollar cierta actividad, con la diligencia apropiada (art. 774, inc. a, CCyC), supuesto en el cual nos encontramos ante una obligación de medios, o le procuró al deudor cierto resultado concreto, asegurando la eficacia o no del fin comprometido (art. 774, incs. b y c, CCyC).

Finalmente, es preciso tener en cuenta que la norma en comentario no se refiere a la carga de la prueba de la culpa del deudor, sino a cuál es el factor de atribución aplicable en el caso. Para la carga de la prueba rige el principio del art. 1734 CCyC: el acreedor deberá probar el incumplimiento, lo que en la obligación de medios equivale a probar la culpa, y en las de resultado, la falta de consecución de este último. Sin embargo, la carga de la prueba de la culpa podrá ser invertida en ciertos casos, por aplicación del art. 1735 CCyC.

ARTÍCULO 1724.- ***Factores subjetivos.*** ***Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.***

1. Introducción

El artículo en comentario define a los factores subjetivos de atribución, la culpa y el dolo.

2. Interpretación

El art. 1724 CCyC, respecto de la culpa, mantiene en líneas generales la definición que daba el art. 512 CC, que contaba con una amplia aceptación por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Así, la culpa se define como la omisión de la diligencia (y no "las diligencias" —los trámites—, como lo decía el texto de Vélez, que ahora se ha corregido en este punto) que exige la naturaleza de la obligación, y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Asimismo, la culpa puede manifestarse como negligencia, imprudencia o impericia ("formas" de la culpa). La negligencia consiste en no prever lo que era previsible o, habiéndolo hecho, no adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño. La imprudencia, por su parte, se traduce en una conducta positiva, precipitada o irreflexiva, que es llevada a cabo sin prever las consecuencias. Finalmente, la impericia consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte.

La culpa —a diferencia de lo que ocurre con la relación causal— se aprecia en concreto, sobre la base de la naturaleza de la obligación, y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. No tiene cabida en nuestro derecho, entonces, la teoría de la prestación o graduación de culpas (de cuño romano-bizantino) que clasifica a dicho elemento en grave, leve y levísima. Esta última postura ya había sido rechazada por Vélez Sarsfield al elaborar el CC, y se ve ratificada por la nueva disposición.

En cuanto a la valoración de la conducta del agente (art. 1725 CCyC), el juez deberá analizar las circunstancias del caso concreto a los efectos de estimar el mayor o menor deber de previsión, y con estos elementos conformará un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial, específico, que represente la conducta con la que debió actuar

quien ocasionó el daño. En síntesis, la culpa se analiza en concreto, pero utilizando un tipo comparativo abstracto.

En cuanto al dolo, cabe recordar que el Código de Vélez Sarsfield contemplaba tres tipos de dolo distintos, el dolo como vicio de la voluntad (art. 931 CC y ss.), el dolo obligacional (art. 522 CC) y el dolo delictual (art. 1072 CC). Mientras el primero aparece regulado en el art. 271 y ss. CCyC, los otros dos supuestos enunciados (incumplimiento intencional y dolo delictual) confluyen en la norma en comentario, en un solo concepto de dolo para el ámbito contractual y extracontractual. Asimismo, y como lo señaló la Comisión de Reformas en los "Fundamentos...", se elimina el requisito de la mala fe, previsto en el Proyecto del año 1998.

Finalmente corresponde señalar que, mientras el CC se refería únicamente al dolo directo (es decir, aquel dirigido a causar un daño, art. 1071 CC), el art. 1724 CCyC incorpora también el dolo eventual (la acción no se ejecuta para causar el daño, pero el autor del hecho desdeña el perjuicio que puede ocasionar), al referirse, además de la intencionalidad, a la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

ARTÍCULO 1725.- ***Valoración de la conducta.*** *Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoració n de la previsibilidad de las consecuencias.*

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

1. Introducción

La disposición en análisis se refiere a la valoración de la conducta del sindicado como responsable en aquellos supuestos en que el agente sea un experto, o cuando existe una confianza particular entre las partes del contrato.

2. Interpretación

El CC contenía dos disposiciones referidas a las cuestiones que ahora son tratadas en el art. 1725 CCyC en comentario. En primer lugar, el art. 902 CC se refería a una mayor graduación de las consecuencias en virtud del mayor deber de diligencia que pudiera caber al agente. A su turno, el art. 909 CC preveía —en su primera parte— la apreciación del grado de responsabilidad que los hechos voluntarios engendran, prescindiendo —en principio— de la calificación especial o facultad intelectual de la persona involucrada. A su vez, en el segundo apartado se refería a una excepción a este principio, que surge cuando se trata de contratos que suponen una confianza especial entre las partes, caso en el cual se estima el grado de responsabilidad por la condición especial del agente.

En su primer párrafo la norma en estudio sienta el principio conforme al cual, cuanto mayor es la diligencia exigible al agente, mayor será el estándar con el cual se valorará

su conducta. Esta regla es aplicable, principalmente, en los casos de profesionales, especialistas, técnicos, científicos o cualquiera que haya recibido una educación superior. Las condiciones personales del agente deben ser tenidas en cuenta a los efectos de estimar el mayor o menor deber de previsión, con arreglo a lo dispuesto en este artículo.

El segundo y el tercer párrafo complementan este principio con la regla según la cual en los contratos no se toma en cuenta la condición especial de las partes, salvo en aquellos que suponen una confianza especial (mandato, contratos médicos, etc.), caso en el cual estas condiciones especiales también son tomadas en cuenta —junto con las demás circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar— para elaborar el parámetro abstracto de comparación que sirve de base al juicio de culpabilidad.

Pese a que una lectura desprevenida podría dar a entender lo contrario, el art. 1725 CCyC se refiere únicamente a la eventual agravación del estándar aplicable a la valoración de la culpa, y no es aplicable en materia de relación causal. No debe perderse de vista que la relación causal se aprecia, en todos los casos, en forma objetiva y abstracta, prescindiendo de la valoración de la conducta del agente, o de lo que este efectivamente sabía en el caso concreto.

ARTÍCULO 1726.- ***Relación causal.*** *Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.*

ARTÍCULO 1727.- ***Tipos de consecuencias.*** *Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".*

1. Introducción

Al igual que ocurría en vigencia del CC, el nuevo cuerpo legal civil y comercial adopta la teoría de la causalidad adecuada para determinar el nexo causal entre el accionar del agente y el daño producido. Asimismo, se mantiene el régimen de las consecuencias para determinar la extensión del resarcimiento, que se equipara en las dos órbitas de responsabilidad.

2. Interpretación

La relación causal es uno de los elementos primordiales de la responsabilidad civil. Desde el punto de vista material, la causalidad consiste en una cadena de causas y efectos que se rige por las leyes de la física. Sin embargo, la llamada "causalidad jurídica" es un juicio de imputación en virtud del cual el intérprete —siguiendo criterios predefinidos por la ley— eleva una o algunas de las condiciones de un resultado a la categoría de "causa".

Es preciso tener en cuenta que la teoría de la relación causal cumple una doble función. En primer lugar, permite determinar la autoría (es decir, quien resulta responsable de un determinado daño) y, a su vez, cuál es la extensión del resarcimiento (qué consecuencias deben ser resarcidas). Eso quiere decir, en otras palabras, que este elemento permite vincular, por un lado, el hecho ilícito con un determinado resultado, que consiste en la

lesión o afectación de cierto bien (daño "fáctico") y, por el otro, establece un vínculo entre este segundo elemento (lesión a un bien) y las consecuencias que de él se derivan, que son, en puridad, lo que es objeto de reparación.

En cuanto a la primera función enunciada, tanto en nuestro país como en el derecho comparado existen diversas teorías para determinar el nexo causal, y explicar cuándo un antecedente se eleva a la categoría de causa jurídica de un daño (equivalencia de las condiciones, causa más próxima, causa eficiente, entre muchas otras). El art. 1726 CCyC toma partido, en este aspecto, por la teoría propugnada por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia argentinas, la de la causalidad adecuada. Conforme esta postura, no todas las condiciones necesarias de un resultado son causa de él, sino solo aquella que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir ese resultado. Se elabora partiendo de un juicio de probabilidad, es decir, si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir, regular o normalmente, un resultado. No basta con que entre ambos extremos (hecho y resultado) medie una relación causal desde un punto de vista físico, sino que es preciso, además, que el resultado aparezca como una consecuencia previsible del hecho.

La segunda aplicación de este elemento de la responsabilidad civil, vinculada con la extensión del resarcimiento, aparece en primer lugar en el art. 1726 CCyC, a cuyo tenor —a diferencia de lo que ocurría con el CC—, salvo disposición legal en contrario, la indemnización debe comprender las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, tanto en el ámbito contractual como extracontractual. Por su parte, el art. 1727 CCyC define los distintos tipos de consecuencias.

En primer lugar, las consecuencias inmediatas son aquellas que surgen, directamente, como consecuencia del acto mismo, sin que entre este y la consecuencia medie un hecho distinto. Es cierto que la norma se refiere a las *"que acostumbran suceder conforme el curso natural y ordinario de las cosas"*, pero esta última es una característica tanto de las consecuencias inmediatas como de las mediatas, que guardan relación adecuada de causalidad con el hecho ilícito. Las consecuencias mediatas, por su parte, son aquellas que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. Finalmente, las consecuencias mediatas que no pueden preverse son llamadas "casuales". A su respecto no hay relación causal adecuada, pues entre el hecho originario y el daño se interponen otro u otros hechos que no son previsibles de acuerdo al curso normal de los acontecimientos.

ARTÍCULO 1728.- ***Previsibilidad contractual.*** ***En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.***

1. Introducción

Cuando el daño se produce como consecuencia del incumplimiento de un contrato celebrado paritariamente entre las partes, la causalidad adecuada es desplazada por un estándar distinto, la previsibilidad contractual.

2. Interpretación

Conforme a lo dispuesto por los arts. 1726 y 1727 CCyC, la extensión del resarcimiento se determina recurriendo a la teoría de la causalidad adecuada, esto es, las consecuencias

que eran previsibles (en abstracto) para un hombre medio en conocimiento de todas las circunstancias del caso (independientemente de si el agente las conocía de hecho o no), conforme el curso normal y ordinario de los acontecimientos, al momento de producirse el hecho ilícito.

Sin embargo, dicha regla no resulta extensible a la órbita del contrato, en donde es preciso tener en cuenta las consecuencias que las partes previeron o pudieron prever al tiempo de celebrar el contrato. Así, entre la causalidad adecuada y la regla de la previsibilidad contractual hay diferencias relevantes. En primer lugar, si bien ambas se fundan en lo que era previsible, la primera toma como parámetro al hombre "medio" (apreciación en abstracto), mientras que la segunda se centra en lo que las partes que celebraron el contrato pudieron prever en el caso concreto (apreciación en concreto). En segundo término, la causalidad adecuada pone al intérprete —a fin de determinar si era previsible o no determinada consecuencia— en el momento en que se produjo el hecho ilícito, mientras que, en materia contractual, se toma en cuenta lo que resultaba previsible para las partes al momento de celebrar el negocio, y no el del incumplimiento.(134)

La distinción que realiza la norma se vincula con que, en el ámbito contractual, son las partes las que mejor determinan el nivel de riesgos que quieren aceptar, y el precio que están dispuestas a pagar por ello. Es por esa razón que la regla de la previsibilidad determinada por los contratantes al momento de celebrar el negocio es primordial, pues, en caso contrario —esto es, si el magistrado fijara los alcances del deber de resarcir— las partes reaccionarán fijando precios más altos en cobertura de sus seguridades.(135)

Para ejemplificar la cuestión basta con traer a colación un ejemplo proporcionado por Lorenzetti. Un banco suele emplear los servicios de seguridad de una compañía para el transporte de los sacos de monedas a distribuir por sus sucursales. Sin informar a la compañía de seguridad, la entidad financiera envía sacos con monedas para coleccionistas, de valor diez veces superior al de las monedas transportadas en entregas previas. Los sacos son robados en un asalto. Partiendo de la regla sentada en el artículo objeto de este comentario, la compañía de seguridad solo tiene el deber de indemnizar por la pérdida sufrida que se corresponda con el valor de los sacos de monedas regularmente transportados, ya que este es el único tipo de daño que pudo ser previsto. El valor de la pérdida de los sacos de las nuevas monedas ha transformado la pérdida previsible en otra de diferente naturaleza.(136)

Sentado lo anterior, es preciso tener en cuenta que la limitación enunciada en el art. 1728 CCyC se refiere únicamente al incumplimiento contractual, por lo que no resulta aplicable a los daños causados por el incumplimiento de obligaciones no contractuales. Asimismo, como se señaló expresamente en los "Fundamentos del Anteproyecto de Código...", la regla de la previsibilidad contractual no es aplicable a los contratos de consumo, pues dicha limitación se asienta, justamente, en que las partes han podido negociar libremente los alcances y características de la relación contractual que las vincula,

(134) Picasso, Sebastián, *La singularidad de la responsabilidad contractual,* Bs. As., AbeledoPerrot, 2011, p. 233.

(135) Lorenzetti, Ricardo L., "Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad", en *JA*, 25/04/2001, p. 56.

(136) *Ibid.*

situación que no se presenta en el ámbito protectorio del consumidor. En este último caso regirán las reglas establecidas en los arts. 1726 y 1727 CCyC.

Por último, si el deudor actuó con dolo la previsibilidad se medirá al momento en que se configura el incumplimiento.

ARTÍCULO 1729.- ***Hecho del damnificado.*** *La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.*

1. Introducción

El hecho de la víctima (expresión que viene a reemplazar a la de "culpa" de la víctima, empleada tradicionalmente) constituye uno de los tres supuestos englobados bajo la denominación de "causa ajena". En este caso, la conducta de la víctima ha sido causa o concausa adecuada del daño y, en esa medida, da lugar a la exoneración del sindicado como responsable, o a la disminución de la indemnización.

2. Interpretación

El nexo causal entre el hecho ilícito —o el incumplimiento contractual— y el daño es un elemento primordial de la responsabilidad civil. Sin embargo, el vínculo de causalidad se interrumpirá cuando el resultado sea consecuencia de una causa ajena. Los supuestos de causa ajena, que pueden —según los casos— exonerar total o parcialmente al agente, son el hecho de la víctima, el de un tercero por el cual no se debe responder y el caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo en comentario se refiere al primero de los casos enunciados (hecho de la víctima), mientras que los subsiguientes tratan, respectivamente, acerca del caso fortuito o fuerza mayor y el hecho de un tercero.

Hay hecho de la víctima cuando el propio damnificado despliega una conducta que —de acuerdo al curso normal de los acontecimientos— es apta para producir total o parcialmente el resultado dañoso. Por ejemplo, el peatón que cruza la calle por fuera de la línea peatonal, el paciente que no sigue las prescripciones médicas, el esquiador que sale de la pista y pretende descender por una zona no autorizada, etc.

Puede ocurrir que el accionar de la víctima sea causa exclusiva del resultado, supuesto en el cual el agente se eximirá totalmente de responsabilidad. Pero también puede suceder que el accionar del damnificado concurra con el del sindicado como responsable, caso en el cual la indemnización otorgada deberá disminuirse en la proporción de participación causal del perjudicado en el hecho ilícito. Finalmente, también puede suceder que el hecho del damnificado, si bien no rompe el nexo de causalidad entre el accionar del agente y el resultado (daño-evento), sí sea causa adecuada de alguna consecuencia dañosa (daño-consecuencia) sufrida por la víctima (por ejemplo, si un motociclista sufre un daño grave en su cabeza debido a que no circulaba con el casco reglamentario).

Ahora bien, para que el hecho de la víctima desplace totalmente la autoría del agente y se constituya en causa exclusiva del perjuicio, es preciso que reúna los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. Es decir, debe tratarse de un hecho imprevisible o inevitable, y

exterior al demandado (art. 1730 CCyC). Ello es así por cuanto únicamente el *casus* rompe totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio.

Si el hecho de la víctima no encuadra en un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, entonces concurrirá con el accionar del sindicado como responsable en la producción del hecho dañoso. El demandado solo responderá en la medida en que su hecho haya contribuido causalmente al resultado, pues en la proporción restante el daño será soportado por el perjudicado, y quedará sin resarcir.

Más allá de ello, el art. 1729 CCyC echa luz sobre una antigua discusión en cuanto a si es preciso que el hecho de la víctima sea culpable. Al respecto cabe recordar que un sector de la doctrina argentina postulaba que, para que se configure la eximente, el hecho debe ser imputable al damnificado y, si no lo es, no excusa la responsabilidad del demandado, más allá de las consideraciones que quepa realizar por razones de equidad.(137)

La norma en análisis sella toda discusión al respecto, pues expresamente se refiere al "hecho del damnificado". Así las cosas, para que opere la interrupción total o parcial del nexo de causalidad basta —en principio— con el simple hecho de la víctima, sin que sea necesario valorar la subjetividad de la conducta de este último. Ello es así pues lo relevante a los fines de la interrupción del nexo causal no es la gravedad del accionar del agente, sino la operatividad causal de su conducta, que excluye o limita el deber indemnizatorio de terceros. Cabe recordar, en este sentido, que en materia de vínculo causal lo que importa es sopesar la relación puramente material entre causa y efecto. Desde este punto de vista, el accionar de una persona carente de discernimiento (en los términos del art. 261 CCyC) tiene la misma aptitud causal que el de quien obra un acto voluntario.

Más allá de ello, la norma en análisis deja a salvo los supuestos en que una disposición específica requiere un accionar subjetivamente reprochable de la víctima para que pueda eximirse de responsabilidad al agente.

ARTÍCULO 1730.- ***Caso fortuito. Fuerza mayor.*** ***Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario.***

Este Código emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos.

1. Introducción

Hay caso fortuito o de fuerza mayor cuando un hecho imprevisible o inevitable, ajeno al presunto responsable, viene a constituirse en la verdadera causa adecuada del daño, y desplaza a la conducta del agente. En tal caso, el sindicado como responsable se exime totalmente de responsabilidad. De hecho, el hecho de la víctima y el de un tercero por quien no se debe responder únicamente exoneran si reúnen las notas tipificantes del caso fortuito.

2. Interpretación

Al igual de lo que ocurría con los arts. 513 y 514 CC, el art. 1730 CCyC trata al caso fortuito y a la fuerza mayor como sinónimos, por lo que ambos tienen los mismos efectos.

(137) Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1997, p. 307.

En ambos supuestos se está haciendo referencia a la misma cosa: un hecho que, por resultar imprevisible o inevitable, fractura totalmente la cadena causal y se constituye en la verdadera causa adecuada de los daños sufridos por la víctima. En tanto se reúnan tales caracteres, poco importa si la eximente es consecuencia de un hecho de la naturaleza (terremoto, inundación, etc.), o de acciones humanas ajenas al demandado, y que este no puede impedir (hecho del príncipe, etc.).

El caso fortuito o fuerza mayor presenta como caracteres la imprevisibilidad, la inevitabilidad y la ajenidad.

El primero de ellos (imprevisibilidad) debe evaluarse teniendo en cuenta no lo que efectivamente previó el agente en el caso concreto, sino lo que podría haber previsto un hombre medio que estuviera en conocimiento de las circunstancias del caso (estándar de la causalidad adecuada).

En cuanto a la inevitabilidad, es claro que si un hecho no ha podido preverse, entonces tampoco pudo evitarse, por lo que el hecho imprevisible es, lógicamente, también inevitable. Sin embargo, cuando el hecho ha sido previsto, se constituirá como caso fortuito o fuerza mayor en tanto y en cuanto constituya un obstáculo invencible, es decir, que el sindicado como responsable no pudo vencer o superar.

Finalmente, es preciso que el agente no haya colocado ningún antecedente idóneo (por acción u omisión) que haga posible el suceso lesivo sobreviniente. Ello implica tanto que el daño no debe haber sido facilitado por la culpa del responsable como que el supuesto caso fortuito no debe constituir una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad. Este recaudo, si bien no es mencionado por la norma en estudio, surge del art. 1733, incs. d y e, CCyC.

En cuanto a sus efectos, es importante poner de resalto que el Código establece que, salvo disposición legal en contrario, el caso fortuito *"exime de responsabilidad"*, lo cual deja ver bien a las claras que siempre que existe un caso fortuito la exoneración es total. Esto veda la aplicación de la llamada "teoría de la causalidad parcial", cuyos sostenedores propugnan la posibilidad de adscribir una parte de la eficacia causal al caso fortuito, y otra al hecho del sindicado como responsable. Esta tesitura es ajena al sistema seguido por el CCyC; si el hecho fue irresistible para el demandado, entonces hay caso fortuito (y no hay responsabilidad), y si no lo fue, o si fue originado por la culpa del sindicado como responsable, este último responde por el total del daño sufrido por la víctima.

ARTÍCULO 1731.- ***Hecho de un tercero.*** ***Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito.***

Remisiones: ver comentario al art. 1751 CCyC.

1. Introducción

El hecho de un tercero por quien el sindicado como responsable no debe responder únicamente exime a aquel en la medida en que reúna los caracteres del caso fortuito. De lo contrario, ambos (demandado y tercero) responden frente a la víctima concurrente o solidariamente, según los casos.

2. Interpretación

En el CC no existía una norma análoga a la presente. El hecho de un tercero como eximente surgía del art. 1113 de dicho cuerpo legal, en cuanto mencionaba que el sindicado como responsable se exime acreditando el hecho de un tercero por el que no debe responder. Sin embargo, ello no impedía que la eximente sea admitida en general para cualquier supuesto de responsabilidad.

El art. 1731 CCyC consagra el hecho de un tercero como eximente en forma general, esto es, para cualquier supuesto de responsabilidad.

Para que el accionar del tercero actúe como eximente es preciso, a tenor del claro texto del art. 1731 CCyC, que reúna los caracteres del caso fortuito, esto es, que se trate de un hecho imprevisible o inevitable para el sindicado como responsable, y que sea exterior a él.

Sobre este último extremo, ha sido objeto de debate si el hecho del tercero puede eximir parcialmente de responsabilidad al agente. En este sentido, con anterioridad a la reforma un sector de la doctrina nacional postulaba que, en los casos de responsabilidad por riesgo, el demandado quedaba liberado parcialmente del deber de resarcir cuando concurría el hecho de un tercero, es decir, que el sindicado como responsable debía la indemnización en la proporción en que su accionar había concurrido causalmente a la producción del daño. Según otra tesis, tanto el demandado como el tercero respondían indistintamente frente a la víctima, quien podía demandar a los dos o a cualquiera de ellos por el total de la indemnización, sin perjuicio del posterior ejercicio de las acciones regresivas que correspondan.

Sin duda esta última ha sido la postura adoptada en el CCyC. En tal sentido, el art. 1751 CCyC —a cuyo comentario remitimos— dispone que, si existe una pluralidad de responsables, ellos responderán solidariamente frente al damnificado cuando la causa del deber de resarcir es única, y en forma concurrente cuando se asiente en causas distintas. Es decir que, salvo que el hecho del tercero constituya un caso fortuito (lo que producirá la exoneración total del sindicado como responsable), este último y el tercero responderán por el total de la indemnización frente a la víctima, sin perjuicio de las acciones de contribución o de repetición que, según los casos, pudieran deducir entre ellos luego de pagada la deuda.

La referencia que realiza la norma en comentario a la eximición parcial queda limitada, por ende, a la relación entre el sindicado como responsable y el tercero, una vez pagada la indemnización a la víctima, que se regirá por las disposiciones aplicables a las obligaciones concurrentes o solidarias, según los casos (arts. 833 y ss. y 850 y ss. CCyC).

ARTÍCULO 1732.- ***Imposibilidad de cumplimiento.*** ***El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos.***

Remisiones: ver art. 956 CCyC.

1. Introducción

En el ámbito de la responsabilidad que nace como consecuencia del incumplimiento de una obligación, el deudor se exonera de responsabilidad acreditando que el caso

fortuito ocasionó la imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta, y no imputable al obligado.

2. Interpretación

2.1. La cuestión en el CC

En el CC la cuestión vinculada con la imposibilidad de cumplimiento del deudor se encontraba regulada en el art. 888 y ss. Así, el artículo citado en primer término establece, expresamente, que la obligación se extingue cuando la prestación deviene física o legalmente imposible, sin culpa del deudor. Por su parte, el art. 889 dispone que, cuando ello ocurra por culpa del *solvens*, o si este se hizo responsable del caso fortuito o fuerza mayor, entonces deberá resarcir los "*daños e intereses*" generados por la imposibilidad.

Más allá de ello, la regulación de esa imponente obra del s. XIX dejaba abierta la puerta a diversas interpretaciones respecto de la imposibilidad de cumplimiento. Entre ellas, en cuanto a cómo se configuraba dicha imposibilidad, si era objetiva o subjetiva, o absoluta o relativa. Por otra parte, el efecto extintivo de la imposibilidad no estaba directamente conectado, en el articulado del Código, con el efecto liberatorio derivado del caso fortuito, que era regulado por los arts. 513 y 514 CC.

2.2. La imposibilidad de cumplimiento en el CCyC

2.2.1. La imposibilidad de cumplimiento como eximente

Tanto en materia extracontractual como en la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones el caso fortuito exime de responsabilidad. Sin embargo, mientras que en el primer caso ese efecto deriva de la ruptura del nexo causal entre el obrar del sindicado como responsable y el daño (pues la verdadera causa adecuada del perjuicio viene a ser entonces el caso fortuito), en materia de obligaciones el *casus* únicamente libera en tanto y en cuanto genera un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor. La imposibilidad de cumplimiento causada por caso fortuito extingue la obligación (art. 955 CCyC) y, precisamente por esa circunstancia, libera al *solvens* de responsabilidad —en tanto no subsiste ninguna obligación incumplida (art. 1732 CCyC)—.

2.2.2. Caracteres de la imposibilidad de cumplimiento

A diferencia de lo que ocurría en el CC, el Código Civil y Comercial se refiere expresamente a los caracteres que debe reunir la imposibilidad de cumplimiento para exonerar al deudor.

En primer lugar, es preciso que la imposibilidad sea sobrevenida, esto es, se debe haber producido luego de celebrado el vínculo obligatorio. Si es anterior o concomitante, entonces el negocio será nulo por imposibilidad de su objeto (art. 725 CCyC).

Asimismo, y ya ingresando en las reglas establecidas por la norma en comentario, la imposibilidad, en primer término, debe ser objetiva, y reviste tal carácter cuando está constituida por un impedimento inherente a la prestación en sí y por sí considerada. Por ende, a fin de valorar este recaudo son irrelevantes las condiciones personales o patrimoniales propias del deudor (por ejemplo, insolvencia), en la medida en que ellas no se conecten de manera inmediata con la prestación en sí y por sí considerada.

En segundo término, la imposibilidad debe ser absoluta, es decir, la prestación no debe poder ser cumplida en modo alguno, y el impedimento no puede ser vencido por las

fuerzas humanas. Por lo tanto, el hecho de que la prestación a su cargo se haya tornado más onerosa no desliga al *solvens* de responsabilidad, si bien podría eventualmente dar lugar a la aplicación de otros remedios, como la teoría de la imprevisión.

Sin embargo, el artículo en comentario añade que la imposibilidad debe apreciarse conforme a las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos. Con ello se busca, para casos excepcionales, morigerar el carácter absoluto de la imposibilidad (por ejemplo, en casos de la llamada "imposibilidad moral", como en el ejemplo de la cantante cuyo hijo cae gravemente enfermo el día previsto para la representación, o cuando el cumplimiento requiera de medios anormales o excepcionales ajenos al programa de prestación, como el caso del reloj que por negligencia del deudor ha caído al fondo de un lago, y cuya recuperación precisaría contratar buzos y submarinos).

Asimismo, para que la imposibilidad exima es preciso que no sea imputable a la culpa del obligado (arts. 955 y 1732 CCyC). Entonces, si la prestación se torna imposible por negligencia del *solvens*, la obligación subsiste, y el obligado deberá el valor de la prestación —que se regirá por las normas referidas a la ejecución forzada— y los mayores daños ocasionados al acreedor más allá de aquel valor.

Finalmente, cabe señalar que únicamente la imposibilidad definitiva libera totalmente de responsabilidad. La imposibilidad transitoria únicamente exime al obligado de la reparación de los daños causados por el retraso, salvo los casos especiales enunciados por el art. 956 CCyC, al que corresponde remitir en este punto.

ARTÍCULO 1733.- ***Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento.*** *Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:*

a. *si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad;*
b. *si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento;*
c. *si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento;*
d. *si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa;*
e. *si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad;*
f. *si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.*

1. Introducción

El artículo en análisis se refiere a determinados supuestos en los cuales, pese a que se configuran los caracteres del caso fortuito, o de la imposibilidad de cumplimiento derivada de aquel, el responsable debe afrontar igualmente la indemnización de los daños ocasionados.

2. Interpretación

Como se ha señalado en el comentario a los artículos que preceden, el caso fortuito, o la imposibilidad de cumplimiento generada por aquel —en los casos de responsabilidad

por incumplimiento obligacional— exoneran de responsabilidad al agente. Sin embargo, existen diversos supuestos en los cuales estas reglas no resultan aplicables, y son los enumerados en la norma en comentario. De esta manera, el art. 1733 CCyC complementa los arts. 1730 y 1732 CCyC, referidos, respectivamente, al caso fortuito y a la imposibilidad de cumplimiento. Nos referiremos, a continuación, a los supuestos enumerados por la norma.

2.1. Asunción contractual del caso fortuito

En principio, las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido (art. 958 CCyC), y lo que acuerden será obligatorio para ellas (art. 959 CCyC). Por ende, en ejercicio de estas facultades una de las partes del vínculo podrá asumir el cumplimiento, aun cuando exista caso fortuito o se configure una imposibilidad de cumplimiento.

Esta regla, sin embargo, no es aplicable a todos los negocios. Así, no podrá invocarla el predisponente en un contrato por adhesión, pues dicha cláusula sería abusiva (art. 988, inc. b, CCyC), ni resulta de aplicación a los contratos de consumo (arts. 988, inc. b, y 1117 CCyC).

2.2. Responsabilidad por caso fortuito derivada de una disposición legal

En casos excepcionales, la ley establece expresamente que el caso fortuito no libera. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el deudor se encuentra en mora al momento de configurarse la imposibilidad (art. 1733, inc. c, CCyC). También existen diversos microsistemas que prevén que el agente no se eximirá por el caso fortuito ordinario y requieren una eximente agravada, como ocurre en materia de daño ambiental (art. 29 de la ley 25.675).

2.3. Mora del deudor

Cuando el deudor se encuentre en mora al momento de configurarse la imposibilidad de cumplimiento, deberá responder igualmente frente al acreedor. Ello es consecuencia de que uno de los efectos de la mora es la traslación del riesgo de la prestación al *solvens*.

Sin embargo, la norma permite, igualmente, que el deudor se exonere si la prestación habría perecido igualmente en caso de haberse encontrado en poder del acreedor.

2.4. Caso fortuito causado por la culpa del responsable

Cuando el caso fortuito sobreviene por la culpa del agente, este no se exime de responsabilidad, pues no se cumple el requisito de la ajenidad propio del caso fortuito. Es el caso del deudor que, en vez de guardar en el establo al animal que debía entregar al acreedor, lo deja a la intemperie, como consecuencia de lo cual muere al ser alcanzado por un rayo en medio de una fuerte tormenta.

2.5. Contingencia propia al riesgo de la cosa o de la actividad

Aunque un acontecimiento pueda calificarse como imprevisible o inevitable, no será caso fortuito si no reúne también la nota de "ajenidad", lo cual implica que debe ser "exterior" o ajeno al agente. Si, en cambio, se trata de una contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad peligrosa, no es apto para exonerar al sindicado como responsable. Así, la falla en los frenos de un automotor debido a un defecto de fabricación puede ser imprevisible e irresistible para su conductor, pero no lo exime de responsabilidad frente a la tercera víctima del accidente de tránsito, por tratarse de una contingencia propia del riesgo que representa la circulación automotriz.

La regla en examen determina, entre otras cosas, que no puede invocarse como caso fortuito el llamado "riesgo del desarrollo" (en la responsabilidad por productos elaborados), la imposibilidad de detectar la contaminación de la sangre por el virus de HIV en el llamado "período de ventana" (en la responsabilidad del centro de salud que transfundió la sangre), ni la imposibilidad de eliminar el riesgo del contagio de infecciones intrahospitalarias (en la responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos).

2.6. Obligación de restituir como consecuencia de un hecho ilícito

El obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito no puede invocar válidamente el caso fortuito para eximirse de esa obligación. Este principio recibe una aplicación particular en el art. 1936 CCyC, que hace responsable al poseedor de mala fe por la destrucción total o parcial de la cosa, excepto si ella se habría producido igualmente si la cosa hubiera estado en poder de quien tiene derecho a su restitución. Sin embargo, siempre a tenor de la norma citada, esta última eximente no rige para el poseedor vicioso.

ARTÍCULO 1734.- ***Prueba de los factores de atribución y de las eximentes.*** *Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.*

Remisiones: ver comentario al art. 1735 CCyC.

1. Introducción

Si bien la cuestión referida a la carga de la prueba se encuentra regida, en principio, por las normas procesales, el CCyC trae algunas reglas especiales en cuanto a la prueba de los elementos de responsabilidad, en especial sobre el factor de atribución (arts. 1734 y 1735 CCyC), la prueba de la relación causal (art. 1736 CCyC), y la prueba del daño (art. 1744 CCyC). Con la salvedad del art. 1735 CCyC, estas reglas resultan una aplicación del principio según el cual cada una de las partes debe probar los hechos que constituyen los presupuestos de aplicación de la norma que invoca (art. 377 CPCCN y normas concordes de los códigos provinciales).

2. Interpretación

La norma en estudio pone en cabeza del demandante la prueba del factor de atribución. Así, en principio, el actor deberá acreditar, según los casos, la existencia de una conducta negligente del demandado, la intervención en la producción del daño de una cosa o actividad riesgosa, etc.

Sin embargo, el hecho de que la carga de la prueba recaiga sobre el actor no implica que él deba aportar prueba directa del hecho, sino que puede también recurrir a la prueba indiciaria, a través de la cual el juez puede elaborar una presunción a partir de indicios serios, graves y concordantes (art. 163, inc. 5, CPCCN).

Como lo señala el mismo art. 1734 CCyC, pueden existir disposiciones legales contrarias a este principio. Con ello, la norma se refiere a los supuestos en que se presume la culpa del agente, como ocurre en la responsabilidad de los tutores o curadores (art. 1756 CCyC), o cuando el juez se encuentra facultado para aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, con el alcance que surge de lo dispuesto en el art. 1735 CCyC, a cuyo comentario cabe remitir.

En el ámbito específico del incumplimiento obligacional, es preciso tener en cuenta que la prueba del factor de atribución se encuentra subsumida en la del incumplimiento. En efecto, si nos encontramos ante una obligación de resultado, al acreedor le bastará con demostrar la no satisfacción de su interés para que aparezca acreditado el factor de atribución objetivo (art. 1723 CCyC). Por el contrario, en las obligaciones de medios, en las que lo comprometido es un plan de conducta diligente a cargo del *solvens*, para demostrar el incumplimiento el acreedor deberá acreditar la culpa del deudor, lo que importará probar tanto el factor de atribución (negligencia) como el incumplimiento.

Finalmente, la norma añade que también la prueba de las eximentes está a cargo de quien las alegue, por lo que es el demandado quien debe acreditarlas.

ARTÍCULO 1735.- ***Facultades judiciales.*** *No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.*

1. Introducción

El artículo en comentario consagra la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que cuenta con amplia aceptación por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, lo hace con matices, limitando su ámbito a la prueba del factor subjetivo de atribución, y estableciendo algunas pautas tendientes a preservar el derecho de defensa del demandado.

2. Interpretación

El art. 1734 CCyC —en cuya virtud la carga de la prueba del factor de atribución recae sobre el actor en el proceso de daños— reconoce una excepción en lo atinente a la prueba de la culpa del sindicado como responsable, en aquellos casos en que el juez tenga fundados motivos para considerar que este último está en mejores condiciones para acreditar su propia diligencia.

Se parte de la idea de que la víctima, muchas veces, se enfrenta a serias dificultades a la hora de acreditar la culpa del agente (un caso típico está constituido por la responsabilidad médica). Frente a esas dificultades, ha cobrado gran predicamento en la jurisprudencia y la doctrina nacionales la teoría denominada "de las cargas probatorias dinámicas", que permitiría, en ciertos casos, invertir la carga de la prueba de determinados hechos. De acuerdo a esa doctrina, la carga de la prueba de un hecho debe ser puesta en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones de producirla. Por eso sería "dinámica", pues no dependería de reglas rígidas que la distribuyan de antemano, sino que podría ser modulada por el juez según quién pueda producir más fácilmente la prueba en cada caso.

Más allá de su amplia aceptación, la teoría en cuestión ha sido objeto de diversas críticas, que pueden resumirse en dos puntos principales:

a. la teoría no tiene fundamento normativo, e implica vulnerar, a través de una creación doctrinal y jurisprudencial, el régimen de distribución de la carga de la prueba previsto expresamente por la ley; y

b. la teoría viola el derecho de defensa en juicio de la parte a la que el juez asigna, recién al momento de la sentencia, la carga de probar hechos que según la regla legal de distribución de la carga de la prueba no estaban a su cargo.

La norma en estudio adopta una posición intermedia que da debida respuesta a las críticas antes enunciadas.

En primer lugar, la teoría de las cargas probatorias dinámicas aparece como excepción, y para un ámbito de prueba acotado, el de la culpa del agente. Entonces, únicamente podrá modificarse la clásica regla de distribución de dicha carga cuando se trate de probar ese factor subjetivo de atribución, pero no podrá recurrirse a ella fuera de este supuesto.

Por otra parte, la norma preserva debidamente el derecho de defensa del demandado en el litigio, pues establece que el juez debe comunicar a las partes que va a recurrir a esta teoría en el caso particular, y debe permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa. En ese sentido, la Comisión de Reforma señaló, en los "Fundamentos del Anteproyecto de Código": *"el juez debe hacer una valoración de las posiciones probatorias, y si va a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas, debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio"*.

Correrá por cuenta de los magistrados en cada jurisdicción arbitrar las medidas necesarias para adaptar el procedimiento local a los requisitos que ahora menciona este artículo. En líneas generales, el juez podría comunicar al demandado su decisión de asignarle la carga de la prueba de su propia diligencia hasta la oportunidad de abrir la causa a prueba, y otorgarle, en su caso, un plazo suplementario para ofrecer los elementos dirigidos a acreditar ese extremo. Posteriormente, ya abierta la causa a prueba y ordenada la producción de la ofrecida por los litigantes, el principio de preclusión procesal impediría hacer uso de esta facultad.

ARTÍCULO 1736.- ***Prueba de la relación de causalidad.*** ***La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.***

1. Introducción

Del mismo modo que para la carga de la prueba del factor de atribución (art. 1734 CCyC) y del daño (art. 1744 CCyC), la disposición en análisis sienta las reglas básicas de la carga de la prueba en cuanto a la relación de causalidad y sus eximentes. Se establece que —en principio— es el actor quien debe acreditar su existencia, mientras que sobre el demandado recae el deber de acreditar la existencia de una causa ajena o de la imposibilidad de cumplimiento.

2. Interpretación

Como regla general, en el proceso de daños es la víctima quien invoca la relación causal entre el daño y el hecho atribuido al autor y, por ende, recae sobre ella la prueba de dicho elemento, conforme a la regla establecida en el art. 1736 CCyC.

El actor en el proceso de daños deberá, entonces, probar la relación de causalidad material o fáctica (es decir, que entre el hecho del agente y el daño puede predicarse la

existencia de causalidad desde el punto de vista físico), y además que ese nexo así establecido es adecuado (causalidad jurídica), porque el resultado suele derivarse del hecho ilícito según la experiencia de vida, lo que importa tanto como afirmar que ese resultado era previsible. Si se está ante un incumplimiento contractual (pero no de obligaciones no contractuales), la prueba de la causalidad adecuada se ve desplazada por la de que las partes previeron o pudieron haber previsto dicha consecuencia al momento de celebración del negocio (art. 1728 CCyC).

Por otra parte, la regla sentada por el artículo en comentario cede frente a la existencia de presunciones de causalidad material (caso de los arts. 1760 y 1761 CCyC, que presumen *iuris tantum* la autoría de todos los integrantes del grupo del cual provino el daño causado por un autor anónimo) o de adecuación causal (arts. 1757 y 1758 CCyC, pues en los daños causados por cosas o actividades riesgosas la víctima únicamente debe acreditar el contacto material entre la cosa o la actividad y el daño, y queda a cargo del demandado probar la causa ajena).

Por último, y en cuanto a la prueba de los eximentes, la norma establece que se encuentra a cargo de quien los alega, de forma tal que la prueba de la ruptura del nexo causal recaerá sobre el agente, y la de la imposibilidad de cumplimiento —propia del ámbito obligacional—, en el deudor incumplidor.

SECCIÓN 4ª
Daño resarcible

ARTÍCULO 1737.- ***Concepto de daño.*** ***Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.***

1. Introducción

La norma en comentario define al daño jurídico como la lesión de un derecho o interés no reprobado por el derecho. Pese a la mención de los derechos, la clave pasa por la lesión de intereses (sean o no el sustrato de un derecho subjetivo) que las personas tienen en relación con el bien menoscabado por el hecho dañoso. Asimismo, el artículo menciona algunos de los bienes que pueden verse afectados por el hecho ilícito, y de cuya lesión surgirán las consecuencias resarcibles.

2. Interpretación

El art. 1737 CCyC establece qué debe entenderse como daño jurídico, y adopta una definición explícita del daño resarcible. Asimismo, menciona algunos de los bienes que pueden verse afectados por el hecho ilícito, esto es, respecto del daño desde el punto de vista fáctico o naturalístico (siguiendo la expresión de Bueres).[138]

Al respecto es preciso recordar que el daño, apreciado desde un punto de vista material, consiste en la lesión que recae sobre un bien —u objeto de satisfacción, como lo señala Zannoni—,[139] y es distinto del perjuicio desde un punto de vista jurídico. Es el daño

(138) Bueres Alberto J., "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta", en Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, *Derecho de daños. Libro homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., La Rocca, 1996, p. 295.

(139) Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 2005, p. 50.

fáctico que resulta indispensable para la construcción del hecho idóneo en que se funda la responsabilidad, y que debe diferenciarse —como queda dicho— del daño jurídico, en cuanto objeto del resarcimiento. La afectación del bien (en la enunciación del artículo, la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva), que causa la lesión de los intereses que un sujeto de derecho tiene sobre él, presupone la lesión a cosas, derechos, bienes inmateriales con valor económico; pero también puede tratarse del proyecto existencial, la intimidad, el honor, etc., que constituyen para el derecho objetos de satisfacción no patrimoniales.

El daño jurídico, por el contrario, consiste en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial (daño jurídico *lato sensu*), que produce consecuencias en el espíritu o en el patrimonio (daño jurídico *stricto sensu*). La mención al interés lesionado se realiza en la norma en comentario, mientras que la de las consecuencias derivadas de él (que son propiamente lo que se resarce) resulta de los arts. 1738 y 1741 CCyC.

De este modo, el Código adopta una postura acorde con el centro neurálgico del nuevo sistema de derecho privado, que es la tutela de la persona humana. En efecto, señala que el perjuicio en sentido jurídico —no fáctico— es la lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. El interés es el valor relativo que un bien determinado tiene para un sujeto. De esta forma, el perjuicio debe entenderse desde el ángulo del individuo, de manera tal que si existen diversos damnificados pueden existir diversos intereses para cada uno de ellos. Es la posibilidad de que una o varias personas puedan ver satisfechas sus necesidades mediante un bien o bienes determinados. El bien afectado (daño fáctico) es el objeto que permite satisfacer una necesidad, mientras que el interés (cuya privación constituye el daño jurídico *lato sensu*) es la posibilidad que tiene el individuo de ver satisfecha la necesidad que le proporciona el bien en cuestión. Finalmente, las consecuencias derivadas de la lesión del interés, que necesariamente tienen la misma naturaleza (patrimonial o extrapatrimonial) que este último, constituyen el daño resarcible propiamente dicho.

Para describir el ámbito de cada uno de estos dos conceptos a través de un ejemplo, basta con imaginar un accidente de tránsito en el cual una persona sufre lesiones de gravedad en su integridad física. En este supuesto el perjuicio resarcible no es la lesión que padeció, sino las consecuencias derivadas de la afectación de los intereses que respecto de su integridad física tenía la víctima. Así, serán reparables:

a. los gastos de atención y tratamiento médico en que tuvo que incurrir (consecuencias patrimoniales que configuran un daño emergente);
b. la incapacidad sobreviniente (entendida como la pérdida de valores económicos futuros producto de la disminución de las aptitudes de la víctima para realizar tareas económicamente mensurables) y las ganancias que se vio privada de obtener por las curaciones a las que fue sometida (consecuencias patrimoniales que configuran un lucro cesante); y
c. la afectación de su integridad espiritual como consecuencia del hecho ilícito (consecuencias extrapatrimoniales que constituyen un daño moral).

Todas ellas son consecuencia, como se aprecia a primera vista, de la lesión que recayó sobre el mismo bien jurídico: la integridad física del damnificado que, a la postre, no constituye un daño jurídico.

Finalmente, cabe señalar que la norma en comentario se refiere a todo interés *"no reprobado por el ordenamiento jurídico"*. Como lógico corolario de ello, no es preciso que el

interés en cuestión se encuentre admitido expresamente por el ordenamiento jurídico (derecho subjetivo), sino que también serán resarcibles las consecuencias que surgen de la afectación de un interés legítimo o simple (por ejemplo, daño patrimonial reclamado por uno de los convivientes ante la muerte del otro, cuando la convivencia no alcanza el plazo del art. 510, inc. e, CCyC; daño patrimonial sufrido por el guardador de hecho de un menor como consecuencia de la muerte de este, etc.).

> **ARTÍCULO 1738.-** ***Indemnización.*** *La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.*

Remisiones: ver comentario al art. 1741 CCyC.

1. Introducción

Mientras que el art. 1737 CCyC nos da un concepto de daño jurídico, y lo entiende como la lesión a un interés no reprobado por la ley, la norma en análisis se refiere a las consecuencias resarcibles por la afectación de dicho interés. A su vez, enuncia determinadas consecuencias resarcibles, que son especialmente relevantes dado el bien afectado desde el punto de vista fáctico.

2. Interpretación

Previo a ingresar en el análisis particular de la norma en comentario es preciso recordar que, si bien el daño resarcible *lato sensu* es la afectación de un interés lícito, no puede perderse de vista que existe una homogeneidad entre la sustancia del daño y su efecto o secuela. En efecto, si el interés afectado es patrimonial, la consecuencia es entonces de la misma índole, y si el interés vulnerado es moral, la consecuencia, por lo tanto, también lo ha de ser. Entonces, el daño jurídico debe ser entendido como la ofensa a un interés ajeno lícito, que provoca consecuencias (o alteraciones) desfavorables en el patrimonio o en el espíritu.

Esta última postura es la que ha adoptado el CCyC. En efecto, mientras que el art. 1737 CCyC define al daño jurídico como la lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, el art. 1738 CCyC menciona al daño emergente y al lucro cesante —esto es, las consecuencias resarcibles desde el punto de vista patrimonial—, y también a las consecuencias de la lesión de los derechos personalísimos de la víctima, que en puridad pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Por su parte, el art. 1741 CCyC—a cuyo comentario cabe remitir— regula la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.

Es claro entonces que el Código sigue manteniendo la clasificación dual del daño, que lo divide en patrimonial (o material) y moral (o extrapatrimonial), y no admite ninguna otra categoría (lo cual, por otra parte, violaría el principio lógico de tercero excluido, pues lo que no es patrimonial es extrapatrimonial, y viceversa). La mención a la salud psicofísica, las afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en el proyecto de vida no implica entonces postular la existencia de "nuevos daños" (porque todas esas son

descripciones de posibles formas de nocividad desde el punto de vista del bien sobre el que recae la lesión, es decir, en sentido fáctico o "naturalístico", no jurídico), sino enfatizar que la tutela se centra en la persona, y que la violación de sus derechos personalísimos dará lugar a la reparación de las **consecuencias** patrimoniales o extrapatrimoniales que de ella resulten.

2.1. El daño emergente

La norma en comentario se refiere en primer lugar al daño emergente, que puede producirse tanto por la destrucción, deterioro o privación del uso o goce de bienes materiales como por los gastos que, en razón del evento dañoso, la víctima ha debido realizar. En ambos casos se produce un detrimento o disminución del patrimonio del damnificado como consecuencia del hecho que se analiza.(140) Es preciso tener en cuenta, sin embargo, que cuando se resarce el daño emergente no se está indemnizando el valor del bien comprometido, sino el interés que aquel satisfacía en la esfera patrimonial del damnificado, que puede o no coincidir con el valor objetivo del bien en sí mismo.(141)

Entre otros, se encuentran comprendidos en el daño emergente los gastos de reparación o reposición de las cosas menoscabadas como consecuencia del acto ilícito, los gastos médicos, farmacéuticos y de transporte (a los cuales alude expresamente el art. 1746 CCyC), los gastos de tratamiento psicológico, etc.

2.2. El lucro cesante

El art. 1738 CCyC se refiere también al lucro cesante, es decir, a la privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial de la víctima. Este ítem se presenta cuando el hecho ilícito impide al damnificado obtener ciertos lucros o ganancias que se traducirían en un enriquecimiento económico.(142) Es el cercenamiento de utilidades o beneficios materiales susceptibles de apreciación pecuniaria, es decir, de algún enriquecimiento valorable desde una óptica económica.(143)

El art. 1738 CCyC requiere, para que proceda el resarcimiento, que exista una probabilidad objetiva de obtención del beneficio económico. Alude, en definitiva, a la certidumbre que debe presentar el lucro cesante para ser resarcible. No se trata de una cuestión sencilla pues, por definición, el daño se encuentra constituido por la privación de una ganancia que no se obtuvo, es decir, por un hecho que no ocurrió ni va a suceder. Por ende, para probar la certeza del lucro cesante solo es factible recurrir a la vía presuncional, pero eso no implica que el lucro cesante sea un daño presunto. Por el contrario, es necesario que la víctima aporte indicios precisos, graves y concordantes, que permitan presumir la existencia del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue. A esto alude la norma en estudio cuando requiere que exista una "*probabilidad objetiva*" de obtener el beneficio.

(140) Zannoni, Eduardo A., *El daño...*, *op. cit.*, p. 88; Vázquez Ferreyra, Roberto, *Responsabilidad civil por daños*, Bs. As., Depalma, 1993, p. 169 y ss.; Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, Bs. As., La Ley, 2004, p. 457; Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general...*, *op. cit.*, p. 735.

(141) Zannoni, Eduardo A., *El daño...*, *op. cit.*, p. 56.

(142) *Ibid*, p. 89.

(143) Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento...*, *op. cit.*, t. 2-A, p. 309.

Dentro de los diversos rubros que pueden quedar comprendidos en el ámbito del lucro cesante tiene especial trascendencia la incapacidad sobreviniente, que puede definirse como la inhabilidad o impedimento, o bien la dificultad, apreciable en algún grado, para el ejercicio de las funciones vitales.(144) Así, la incapacidad sobreviniente no es la lesión a la integridad física de la persona, que no tiene un valor económico en sí misma, sino el daño patrimonial consistente en la pérdida de utilidades futuras, o de la posibilidad de realizar tareas económicamente mensurables, en función de lo que la persona puede o no producir haciendo uso de dicha integridad. El CCyC se refiere a este rubro específicamente en el art. 1746.

2.3. La pérdida de chance

Finalmente, el artículo en análisis se refiere al daño por pérdida de chance, concepto que, si bien gozaba de un amplio predicamento por parte de la doctrina y la jurisprudencia, no había sido consagrado normativamente. Se trata de un perjuicio autónomo, que surge cuando lo afectado por el hecho ilícito es la frustración de la posibilidad actual y cierta con que cuenta la víctima de que un acontecimiento futuro se produzca o no se produzca, sin que pueda saberse con certeza si, de no haberse producido el hecho dañoso, ese resultado esperado o temido habría efectivamente ocurrido.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con los conceptos antes enunciados (daño emergente y lucro cesante), la pérdida de chance es un daño "fáctico" o "naturalístico", y no una consecuencia resarcible. Es decir, es el menoscabo material, la privación de un bien (la chance) del cual se extraen las consecuencias resarcibles, que pueden ser, por ende, tanto de naturaleza patrimonial como extrapatrimonial.

Por ejemplo, si un paciente fallece a causa de la falta de atención en debido tiempo y forma de la patología que lo afecta —producto de la cual el enfermo únicamente tenía posibilidades de sobrevivir—, las consecuencias resarcibles a favor de su cónyuge e hijos por la omisión en que incurrieron los galenos que lo atendieron surgen de la pérdida de chance de la víctima de obtener su curación. Respecto de los damnificados indirectos, esa chance satisfacía tanto intereses patrimoniales (seguir recibiendo aportes económicos de la víctima directa) como espirituales (sobrevida de su padre y esposo), razón por la cual la privación de aquel porcentaje de posibilidades produce consecuencias resarcibles en ambas esferas. La valuación de esos perjuicios se practicará, entonces, mediante un procedimiento consistente en calcular el "resultado final" (daños morales y patrimoniales que la muerte causa a los damnificados indirectos, pero que no son resarcibles en tanto tales) y afectar ese valor al porcentaje de chances (en el ejemplo, de sobrevida) con el que contaba el damnificado directo.

2.4. La afectación de los derechos personalísimos de la víctima

En su segunda parte el art. 1738 CCyC pone el énfasis en el resarcimiento de las consecuencias que emanan de la afectación de determinados bienes jurídicos que merecen especial tutela, es decir, los derechos personalísimos de la víctima. El texto menciona la integridad personal, la salud psicofísica, las afecciones espirituales legítimas, y las que resultan de la interferencia en el proyecto de vida.

Como ya se ha dicho, todos estos constituyen daños desde un punto de vista fáctico (no jurídico), y es por ello que el art. 1738 CCyC se refiere expresamente a que lo resarcible

(144) *Ibid.*, p. 343.

son las consecuencias (patrimoniales o extrapatrimoniales) de su afectación. La mención de esos derechos personalísimo no tiene, entonces, el propósito de abrir la puerta a supuestos "nuevos daños" (como el llamado "daño al proyecto de vida", que carece de autonomía), sino simplemente el de ratificar la tutela preferente que el Código otorga a la persona humana.

ARTÍCULO 1739.- ***Requisitos.*** *Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.*

1. Introducción

El artículo en comentario establece los requisitos que debe reunir el perjuicio para ser resarcible. Asimismo, se refiere expresamente a los caracteres que deben configurarse para que proceda la reparación por pérdida de una chance.

2. Interpretación

La norma en estudio se refiere a tres cuestiones que merecen un tratamiento independiente. En primer lugar, menciona dos de los requisitos del daño resarcible (certeza y subsistencia), y sugiere un tercero (la personalidad del daño), mientras que el restante (la afectación de intereses no prohibidos por el ordenamiento) se encuentra mencionado en el art. 1737 CCyC. En segundo término, se refiere a algunas de las clasificaciones posibles del daño —que se conectan, de todos modos, con los mencionados requisitos—. Finalmente, regula los caracteres que debe reunir el daño por pérdida de chance para que proceda el resarcimiento.

2.1. Los presupuestos del daño resarcible

2.1.1. La certeza del daño

El principal presupuesto para que el daño sea resarcible es que sea cierto, es decir, que exista realmente y no se trate de un perjuicio meramente eventual o hipotético. Así, el simple peligro o la sola amenaza o perspectiva de daño —que puede eventualmente dar lugar a la tutela preventiva— no es suficiente para tornarlo indemnizable. Tanto es así que, si se indemnizara un perjuicio incierto y, finalmente, este no llegara a consumarse, existiría un enriquecimiento sin causa por parte de la víctima.

Si hay certeza, poco importa que el daño sea actual o futuro, pues en ambos casos procederá su reparación. También en la pérdida de chance se exige certeza acerca de la existencia de un porcentaje de posibilidades de obtener un beneficio o evitar un perjuicio, que se vio frustrado por la comisión del hecho ilícito.

2.1.2. La subsistencia del daño

Para que sea resarcible, el perjuicio debe subsistir al momento de dictarse la sentencia, pues nadie puede reclamar la reparación de un daño que ya ha sido resarcido. Si el propio responsable es quien ha indemnizado el daño, su obligación queda extinguida por pago, o por alguno de los otros modos de extinción previstos en el ordenamiento jurídico. Si

lo reparó un tercero (por ejemplo, compañía de seguros), la deuda de responsabilidad subsiste —en principio— respecto de este. Si, finalmente, el bien menoscabado (daño fáctico, pero no jurídico) es reparado por la víctima, entonces el perjuicio subsiste en su patrimonio, y debe ser resarcido.

2.1.3. La personalidad del daño

El perjuicio, para ser resarcible, debe ser personal de quien reclama su indemnización. Esto implica que únicamente la persona que sufrió el daño (aquella cuyos intereses fueron lesionados mediante el hecho lesivo) puede requerir su reparación, y resulta inadmisible reclamar a nombre propio la reparación de daños ocasionados a terceros.

Este presupuesto no se encuentra mencionado expresamente en la norma en análisis, pero —además de resultar evidente— se infiere de la referencia que ella realiza a la reparación del perjuicio "directo o indirecto". Tanto si quien reclama la reparación es la víctima del hecho ilícito (damnificado directo) como si se trata de un tercero que ve lesionado un interés propio como consecuencia de aquel (damnificado indirecto) la pretensión resarcitoria se refiere a la vulneración de intereses propios o personales de quien demanda, lo que excluye implícitamente el supuesto inverso.

2.1.4. La afectación de intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico

Si bien no es menester que el hecho lesivo conculque un derecho subjetivo de la víctima, se requiere al menos que el interés vulnerado sea lícito, es decir, no reprobado por el ordenamiento jurídico (art. 1737 CCyC). Por ese motivo, no es reparable, por ejemplo, el lucro cesante sufrido por quien a raíz del hecho se vio privado de ganancias derivadas de una actividad ilícita, o que no contaba con la habilitación normativamente exigida.

2.2. Clasificaciones del daño previstas en el art. 1739 CCyC

2.2.1. Daño directo o indirecto

Si bien esta clasificación puede tener distintas acepciones, consideramos que la norma parte del punto de vista de quienes son los legitimados activos para reclamar el resarcimiento del perjuicio que se les ha ocasionado. En consecuencia, es daño directo el que padece la víctima que sufrió el daño "fáctico" (el sujeto pasivo del hecho ilícito), mientras que es daño indirecto el que sufre otra persona *par ricochet* (de rebote), es decir, en aquellos casos en que el hecho ilícito lesiona intereses de terceros que, sin embargo, no han sido sujetos pasivos de él.

En los dos casos el daño es resarcible, con la excepción de lo dispuesto en el art. 1741 CCyC para el daño moral, donde la ley opera una restricción de la legitimación activa.

2.2.2. Actual o futuro

El art. 1739 CCyC establece expresamente que es reparable tanto el daño actual como el futuro. El primero es aquel que, cronológicamente, ya se ha producido al momento del dictado de la sentencia, mientras que el daño futuro es el que todavía no se ha producido, pero que ciertamente ocurrirá luego de la decisión judicial (por ejemplo, si como consecuencia del hecho es ineludible efectuar gastos de tratamiento futuro).

2.3. Los presupuestos de la reparación de la pérdida de chance

En su segunda parte la norma se refiere específicamente a los recaudos que debe reunir la pérdida de chance para ser resarcible. En este sentido, establece que este tipo de daño debe guardar una relación adecuada de causalidad con el hecho ilícito. Esa previsión

despeja todo tipo de duda en cuanto a que el daño por pérdida de chance no constituye una herramienta auxiliar para despejar la incertidumbre respecto del nexo causal. Por el contrario, para que las consecuencias de este daño fáctico sean resarcibles es preciso que exista una relación de causalidad adecuada entre el actuar del agente y la pérdida de la oportunidad.

Es que, en el caso del daño por pérdida de chance, no existe relación causal entre el hecho ilícito y el suceso (resultado final) que, en definitiva, se produce (por ejemplo, muerte del paciente). Por el contrario, este resultado bien podría haber ocurrido, o —según los casos— haberse evitado, si el hecho ilícito no hubiera tenido lugar. Sin embargo, sí debe existir una relación de causalidad adecuada entre el actuar del sindicado como responsable y la pérdida de la oportunidad en sí misma, es decir que la víctima debe estar en una situación en donde únicamente tiene un porcentaje de chances de evitar la producción del resultado final (por ejemplo, chances de sobrevida), y el hecho ilícito debe hacerle perder esas chances (es, por ejemplo, el caso del médico que por impericia omite detectar a tiempo una dolencia cuyo tratamiento oportuno logra en cierto porcentaje de casos evitar la muerte).

Por otra parte, el artículo establece que el daño por pérdida de chance es indemnizable *"... en la medida en que su contingencia sea razonable"*. Este apartado de la norma en estudio se vincula con el hecho de que, para que las consecuencias que se derivan de este tipo de daño sean resarcibles —y como ocurre con todo tipo de daño—, la pérdida de la oportunidad debe constituir un daño cierto. Lo que sucede es que, en la pérdida de chance, la certeza adquiere aristas particulares. En efecto, en todos los casos en que se encuentra involucrada la pérdida de una chance, la víctima solo contaba con una posibilidad o probabilidad de ver finalmente obtenida la ganancia o evitado el perjuicio. La principal característica de este tipo de daño, entonces, es justamente que lo único que existe es una posibilidad, pero no una certeza sobre la obtención del resultado perseguido por el damnificado. El eventual beneficio que espera la víctima puede o no ocurrir y, en definitiva, nunca se sabrá si se habría producido de no mediar el evento dañoso.

Pero la incertidumbre respecto de este eventual resultado no afecta la certeza de la chance, que se verifica a través de la comprobación de la existencia de una oportunidad que, por el accionar del agente, se ha visto perdida. Por el contrario, si la posibilidad no existe (por ejemplo, si la enfermedad era fatal y el paciente no contaba con la posibilidad de curarse), entonces el daño por pérdida de chance es hipotético o eventual y, por ende, no resarcible, de conformidad con lo establecido por la norma en comentario.

Por consiguiente, debe entenderse que la razonabilidad de la contingencia de la chance perdida no se refiere a que ella sea estadísticamente importante, sino a que efectivamente haya existido una posibilidad de evitar el perjuicio u obtener una ganancia. Demostrada la existencia de esa chance, procede su resarcimiento aunque ella hubiera sido numéricamente poco significativa (por ejemplo, chance de curación o mejoría del 5%).

ARTÍCULO 1740.- ***Reparación plena.*** ***La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor,***

la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

1. Introducción

El de reparación integral del daño es un principio general del derecho que tiene, además, rango constitucional (art. 19 CN). El CCyC lo consagra específicamente en la norma en examen.

2. Interpretación

2.1. El principio de reparación integral

Como es sabido, este principio tiene raigambre constitucional, y se deduce del principio *alterum non laedere*, que a su vez resulta de una interpretación *a contrario sensu* del art. 19 CN, a cuyo tenor las acciones que no perjudiquen a terceros están exentas de la autoridad de los magistrados. La CSJN tiene dicho, al respecto: *"la indemnización debe ser integral o justa (...) ya que si no lo fuera y quedara subsistente el daño en todo o en parte, no existiría indemnización"*.(145)

La reparación plena o integral es uno de los pilares fundamentales sobre los que se erige nuestro sistema de responsabilidad por daños, y supone la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y su reparación. Por eso, cuando alguien ha sufrido un perjuicio, ya sea este patrimonial o moral, debe percibir una indemnización que le permita que el estado de cosas actual sea razonablemente coincidente con el estado en que se encontraba antes de sufrir el daño. Lo que se persigue, entonces, es suprimir los efectos nocivos del suceso dañoso, de la manera más completa posible.(146)

Sin embargo, decir que debe indemnizarse todo el daño ocasionado no implica que todo perjuicio sea resarcible, sino que solo lo es el admitido por el ordenamiento jurídico. Se trata, entonces, de la plenitud jurídica de la indemnización (derecho a ser reparado en toda la extensión establecida por la ley). Por ejemplo, las consecuencias no previstas por las partes al momento de contratar pueden, desde un punto de vista material, generar una disminución del patrimonio de la víctima, pero no serán resarcibles, pues exceden el límite impuesto por el art. 1741 CCyC. En este sentido, y conforme a la jurisprudencia elaborada por nuestro Cimero Tribunal, el principio de reparación plena se encuentra circunscripto al resarcimiento de los daños que son admitidos por el ordenamiento jurídico; en especial, con el alcance que emana del CC, que es una suerte de "piso" mínimo cuyo alcance excede incluso al derecho privado. Partiendo de esas premisas, es contraria al principio de reparación integral toda indemnización inferior al estándar que emana del CCyC, siempre que la restricción no se encuentre justificada por motivos razonables.

(145) CSJN, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA", 21/09/2004, en *RCyS* 2004, p. 542; "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios", 27/11/2012, en *LL* 2012-F, p. 559; "Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Cía.", 08/04/2008, en *LL* 2008-C, p. 247.

(146) Sappia, M. Candelaria y Márquez, José F., "La reparación integral del daño. Su consolidación en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de CCyC 2012", en *RCyS* 2013-IX, p. 121.

2.2. La reparación en especie o por equivalente dinerario

La norma en comentario establece —siguiendo una regla clásica— que la reparación consiste en la restitución de las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad al hecho ilícito. El resarcimiento tiende entonces a borrar los efectos del acto dañoso, de modo que todo suceda como si el hecho ilícito nunca hubiera tenido lugar.

Ahora bien, dicha reparación puede tener lugar en especie o por equivalente dinerario. La primera de ellas implica, justamente, volver las costas materialmente al estado que tenían con anterioridad al hecho ilícito (por ejemplo, reparación de los deterioros causados en una cosa de propiedad del damnificado). Por el contrario, la reparación por equivalente se configura cuando el responsable paga a la víctima una suma de dinero que tiene por función recomponer su patrimonio y compensar el perjuicio extrapatrimonial que sufrió. En este último caso, la indemnización debe ser equivalente a los valores patrimoniales menoscabados (consecuencias con repercusión en el patrimonio), pero es imposible establecer una equivalencia exacta en lo que atañe al daño moral; en ese último supuesto, el dinero es una forma de procurar a la víctima satisfacciones sustitutivas que compensen las consecuencias espirituales del hecho ilícito (art. 1741, *in fine,* CCyC). Finalmente, también es concebible que la reparación tenga lugar parcialmente en especie, y otra parte en dinero (por ejemplo, la publicación de la sentencia condenatoria puede computarse como una reparación en especie de parte del perjuicio causado por la lesión al honor, y adicionarse a la indemnización en dinero de la porción restante del daño).

El CCyC prevé que la víctima puede optar por una u otra vía, es decir, por la restitución de las cosas a su estado anterior, o por una indemnización en dinero. Pero la primera opción no será de aplicación cuando la reparación *in natura* se haya vuelto imposible (por ejemplo, porque se trata de lesiones sufridas por la víctima en su integridad física o moral), o cuando resulte excesivamente oneroso o abusivo.

Finalmente, cabe aclarar que la norma en estudio se refiere a la reparación en especie del daño sufrido por la víctima, pero no a la ejecución forzada de la o las prestaciones incumplidas, cuando la responsabilidad deriva de la inejecución de una obligación. Esta última sanción (la ejecución forzada) es algo completamente distinto de la responsabilidad civil, dado que el acreedor insatisfecho no necesita demostrar un daño para que ella resulte procedente, y le basta, en cambio, con probar el título y alegar el incumplimiento, lo que desplaza sobre el deudor la prueba del pago, salvo en el caso de las obligaciones de no hacer (arts. 730 y 894 CCyC y concs.).

2.3. La publicación de la sentencia

El art. 1740 CCyC dispone que, en los casos en que el hecho ilícito haya afectado el honor, la intimidad o la identidad personal, el juez podrá ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable. Esta enunciación no tiene el sentido de constituir un *numerus clausus*, por lo que también podría resultar procedente la publicación de la sentencia frente a la lesión de otros derechos personalísimos, tales como los datos personales, la voz o la imagen.

Se trata de una condena accesoria de la indemnización, que podrá computarse como una reparación parcial en especie. Es decir, el magistrado ordenará la publicación de la sentencia y el resarcimiento en dinero de la porción restante del daño.

Finalmente, la publicación de la sentencia se encuentra supeditada a un pedido expreso del damnificado, por lo el juez no puede disponerla de oficio.

ARTÍCULO 1741.- ***Indemnización de las consecuencias no patrimoniales.*** *Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.*

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

Remisiones: ver comentario al art. 1739 CCyC.

1. Introducción

El artículo en comentario se refiere específicamente a la reparación del daño moral; se ocupa de delimitar la legitimación activa, y de establecer el criterio para su valuación.

2. Interpretación

De conformidad con la definición de daño jurídico que emana del art. 1738 CCyC, puede definirse al daño moral (denominado en este artículo "*consecuencias no patrimoniales*") como la lesión de un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole. La consecuencia resarcible, en estos casos, consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial.(147)

En el CC existía una norma que regulaba —y restringía— la legitimación activa para reclamar el daño moral en el ámbito extracontractual (art. 1078 CC). Sin embargo, el art. 522 CC, referido a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, no contenía idéntica limitación, pues en ese caso la legitimación ya estaba circunscripta a las partes (acreedor y deudor) por el principio del efecto relativo de las obligaciones. Asimismo, a partir de la diversa redacción de esos dos artículos, cierta doctrina sostenía que el daño moral era excepcional o de interpretación restrictiva en materia de obligaciones, mientras que procedía ampliamente en la responsabilidad aquiliana.

El CCyC, coherentemente con el principio de unidad de la responsabilidad civil, trata al daño moral de manera unificada en la disposición en examen, que es aplicable por igual a la responsabilidad surgida del incumplimiento de obligaciones o de hechos ilícitos extracontractuales (art. 1716 CCyC). Por consiguiente, ya no es posible predicar la existencia de ninguna diferencia entre ambas órbitas en lo atinente a la reparación del daño moral, que procederá siempre que se encuentre probada la afectación de intereses extrapatrimoniales que causa consecuencias de la misma índole, y cuya reparación estará sujeta, en ambos casos, a idéntica legitimación.

Por otra parte, la restricción a la legitimación activa que en materia de daño moral establecía el art. 1078 CC para la órbita extracontractual sufrió diversos embates en los últimos tiempos por parte de la jurisprudencia, que la declaró inconstitucional en varios

(147) Pizarro, Ramón D., *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho*, Bs. As., Hammurabi, 2004, p. 31.

supuestos, debido a que muchas veces resultaba irrazonable. Así, se declaró la inconstitucionalidad de dicha disposición frente al reclamo del daño moral sufrido por los padres como consecuencia de la gran discapacidad que padeció —en razón del hecho ilícito— su hijo menor de edad; al padecido por la hermana de una víctima de violación seguida de muerte, por el padrastro y los hermanos, por la concubina, etc.

El CCyC, haciéndose eco de dicha línea jurisprudencial, amplía la legitimación activa para reclamar el daño moral. En ese sentido, continúa manteniendo el principio según el cual únicamente puede reclamar daño moral el damnificado directo (con lo cual se restringe en este caso la legitimación que surge del art. 1739 CCyC —a cuyo comentario cabe remitir en lo que atañe a la definición de ambas clases de legitimados—, que abarca a las víctimas directas e indirectas y que, por consiguiente, queda limitada al ámbito del daño patrimonial), pero establece que los damnificados indirectos pueden reclamar también la reparación del perjuicio extrapatrimonial en los supuestos en que la víctima directa, como consecuencia del hecho, muera o sufra una "*gran discapacidad*". Entendemos que esta última categoría ("gran discapacidad") debe interpretarse según las circunstancias de cada caso, y sin sujeción a un porcentaje rígido. En particular, debe tenerse en cuenta la afectación que dicha lesión a la integridad física de la víctima ocasione a los damnificados indirectos.

Asimismo, en vez de referirse a los "herederos forzosos" (lo cual llevó, en el régimen anterior, a una discusión acerca de si estos últimos estaban legitimados *iure proprio* o *iure hereditatis*), el Código menciona ahora a los ascendientes, los descendientes y el cónyuge, y añade que ellos tienen legitimación "*a título personal*" (es decir, no en calidad de herederos, sino por el perjuicio que cada uno de ellos sufre personalmente como consecuencia de la muerte o gran discapacidad de la víctima directa). Además, incluye la posibilidad de que ejerzan la acción resarcitoria quienes convivían con la víctima, recibiendo trato familiar ostensible. En esta última figura quedan comprendidos, entre otros, los convivientes, y —en la medida en que se dé el requisito de la convivencia— los progenitores e hijos afines (art. 672 CCyC y ss.).

También regula el artículo la posibilidad de que la acción por resarcimiento del daño moral se transmita *mortis causa* a los herederos de la víctima directa, pero requiere, en tal caso, que esta última la haya interpuesto en vida.

Finalmente, el art. 1741 CCyC, en su último párrafo, se refiere al carácter sustitutivo y compensatorio de la indemnización otorgada en concepto de resarcimiento del daño moral. Con eso queda sellada la discusión en cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de perjuicio, y se consagra el carácter netamente resarcitorio (y no punitivo) de esta categoría, lo cual, además, es acorde a la exclusión de la función punitiva en el art. 1708 CCyC. Adicionalmente, el criterio de las satisfacciones sustitutivas —en línea con la reciente jurisprudencia de la CSJN—[148] brinda una importantísima pauta para la valuación del daño moral, pues señala que la suma otorgada por este concepto debe mensurarse en función de los placeres o actividades que ella permita realizar a la víctima y que sirvan como una suerte de compensación (y no de equivalente, pues por definición no lo hay en esta materia) de los sinsabores o angustias, o bien del desmedro existencial por ella sufrido.

(148) CSJN, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", 12/04/2011, en *RCyS*, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós.

ARTÍCULO 1742.- ***Atenuación de la responsabilidad.*** *El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.*

Remisiones: ver comentario al art. 1740 CCyC.

1. Introducción

El artículo en comentario confiere la facultad al juez que interviene en la causa de reducir la indemnización por motivos de equidad. Esta norma resulta especialmente de aplicación en los supuestos de daños ocasionados por actos involuntarios (art. 1750 CCyC).

2. Interpretación

El art. 1742 CCyC consagra una excepción al principio general de la reparación plena previsto en el art. 1740 CCyC —a cuyo comentario remitimos— y faculta al juez a atenuar la indemnización en algunos casos excepcionales, y por razones de equidad.

Con anterioridad a la reforma se había discutido si esta posibilidad, consagrada en el art. 1069 del Código de Vélez Sarsfield, era aplicable solo a la órbita extracontractual —en razón de la ubicación en dicho cuerpo legal de la norma— o también al incumplimiento de obligaciones. Dicha discusión carece de relevancia en el Código Civil y Comercial, dado que la unificación de las dos órbitas torna aplicable el art. 1742 CCyC en los ámbitos obligacional y extracontractual, sin distinciones.

La disposición en análisis contempla diversas pautas que el juez debe tener en cuenta a la hora de apreciar si procede atenuar la indemnización; los examinaremos seguidamente.

a. **El patrimonio del deudor**. En primer lugar, la norma tiene en cuenta la situación patrimonial del responsable. En atención al carácter excepcional de la atenuación, cabe exigir que su patrimonio esté seriamente comprometido, y que, ya sea por una mala situación anterior al hecho, o producto de lo cuantioso del resarcimiento, el deudor únicamente cuente con los recursos suficientes para su subsistencia.

b. **La situación patrimonial de la víctima**. A diferencia de lo que dispuesto en el Código Civil, la norma en estudio menciona expresamente a la situación patrimonial del damnificado entre las pautas a tener en cuenta para morigerar la indemnización. En este sentido, un sector de la doctrina ha postulado que la atenuación del resarcimiento debe excluirse cuando el damnificado se encuentre en una situación patrimonial difícil, que le impida, por ejemplo, atender a su subsistencia o a la de sus familiares. Resultaría injusto atender exclusivamente a la condición económica del obligado, y prescindir de aquella en que se encuentra o queda el damnificado.

c. **Circunstancias del hecho**. Finalmente, el artículo en comentario deja abierta la posibilidad de que el juez también tome en cuenta las demás características del hecho dañoso, para valorar debidamente la procedencia o no de la atenuación.

d. **Ausencia de dolo del responsable**. Más allá de los requisitos antes aludidos, la norma en estudio impide la atenuación de la responsabilidad en los casos en que el agente haya actuado con dolo. Es una aplicación del principio tradicional según el cual el dolo impide al responsable prevalerse de topes o limitaciones a la reparación, convencionales o legales. Cabe recordar que el dolo no únicamente consiste, en el Código, en la intención de ocasionar el daño, sino también en la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724, *in fine*, CCyC). La norma únicamente

se refiere al dolo, pero la gravedad de la culpa del responsable puede también ser valorada por el juez como parte de las "circunstancias de hecho" a las cuales se refiere el artículo.

Es claro que la atenuación debe apreciarse con criterio restrictivo, pues rige, en principio, la reparación plena, y la atenuación es una excepción a dicha regla general.

ARTÍCULO 1743.- ***Dispensa anticipada de la responsabilidad.*** *Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.*

1. Introducción

La norma en comentario establece diversos límites a la posibilidad de pactar cláusulas por las cuales las partes pactan anticipadamente una limitación o exoneración de responsabilidad.

2. Interpretación

Partiendo del principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 958 CCyC, y el efecto vinculante de las relaciones negociales (art. 959 CCyC), es lógico que el legislador haya previsto la posibilidad de que las partes pacten una dispensa anticipada de responsabilidad, para los casos en que así lo hayan previsto. De hecho, lo mismo resulta del art. 1720 CCyC, que prevé al consentimiento de la víctima como una causa de justificación. Sin embargo, este principio cuenta con diversas e importantes excepciones, que son expuestas en la norma en comentario.

Cabe aclarar que el ámbito de aplicación de esta disposición se encuentra circunscripto a la órbita de las obligaciones, pues solo puede concebirse la dispensa respecto del incumplimiento de prestaciones determinadas. En cambio, en el terreno de los hechos ilícitos deben considerarse nulas las cláusulas por las cuales una persona abdique anticipadamente de su derecho a ser indemnizado —o lo limite— frente a cualquier daño que le cause la otra. La norma enuncia los supuestos en que la dispensa —o limitación— de responsabilidad es inválida.

En primer lugar, será improcedente el convenio cuando la dispensa o la limitación de la responsabilidad se refiera a la lesión de derechos indisponibles. La cuestión atañe específicamente a los derechos personalísimos, que son disponibles como regla general —en la medida en que ello no sea contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres (art. 55 CCyC)—, pero con una importante excepción en lo atinente a los derechos sobre el propio cuerpo. Aquí únicamente se valida el consentimiento de la víctima si se trata de bienes renovables o media una necesidad terapéutica (art. 56 CCyC).

Por otra parte, también será improcedente la cláusula de dispensa contraria a la buena fe y las buenas costumbres. En este aspecto el legislador incorporó una fórmula amplia, a la que podrá recurrir el juez para impedir la dispensa o limitación de responsabilidad.

En tercer lugar, tampoco será de recibo la dispensa cuando una norma especial la prohíba. Así, por ejemplo, no podrán pactarse cláusulas de tal calibre en el ámbito tuitivo del consumidor, por expresa prohibición del art. 37 de la ley 24.240 y del art. 1117 CCyC.

Asimismo, será también inválido este tipo de cláusulas cuando sean abusivas, conforme a lo dispuesto por el art. 988 CCyC y concs.

Finalmente, la norma en comentario impide pactar la liberación anticipada del dolo del deudor. En este aspecto el CCyC sigue la regla ya sentada por el art. 507 CC, pues lo contrario se prestaría a abusos por parte del deudor y vulneraría la buena fe. El artículo en comentario añade que tampoco será dispensable la responsabilidad por el dolo de los auxiliares del deudor, lo cual es coherente con los arts. 732 y 1749 CCyC (el deudor responde directamente tanto por su propio hecho como por el de las personas que emplea para cumplir).

ARTÍCULO 1744.- ***Prueba del daño.*** ***El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.***

1. Introducción

La norma en análisis sienta la regla general de que, en principio, será la víctima quien deberá acreditar el daño, salvo que exista una presunción legal en contrario, o los indicios existentes en la causa permitan presumirlo.

2. Interpretación

El CCyC, al igual de lo que ocurre con la prueba del factor de atribución y de la relación causal, sienta las reglas básicas de distribución de la carga de la prueba, y establece que el daño debe ser probado por quien lo invoca, es decir, por la víctima que pretende el resarcimiento de los daños que le fueron ocasionados.

Al respecto, cabe recordar que el daño es el elemento esencial constitutivo de la acción, por lo cual corresponde al accionante su demostración. Por ello, será este último quien deberá acreditar que la afectación o pérdida de un determinado bien jurídico ha lesionado un interés patrimonial o extrapatrimonial que le es personal, y que ello ha generado consecuencias resarcibles. Asimismo, la prueba del daño implica acreditar los elementos que lo tornan resarcible, esto es, que es personal de quien acciona, subsistente a la fecha de la sentencia, consiste en la lesión de un interés no prohibido y presenta un grado de certeza suficiente que amerita su resarcimiento.

Si bien la prueba del daño implica también —en principio— la de su monto, no debe perderse de vista que los códigos procesales suelen acordar al juez la posibilidad de determinar el monto del resarcimiento, aunque no esté directamente probado (art. 165 CPCCN). En tal caso corresponde fijarlo con parquedad, procurando que la falta de prueba no redunde en un enriquecimiento injustificado de la víctima.

Ahora bien, puede suceder, como lo señala la disposición en examen, que la ley presuma el daño, supuesto en el cual el damnificado se verá relegado de aportar pruebas que lo demuestren.

En primer lugar, existen presunciones *iuris et de iure* de daño; por ejemplo, en materia de cláusula penal, pues el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede —en principio— probar que el *accipiens* no ha sufrido ningún daño (art. 794 CCyC). Lo mismo ocurre en materia de seña (arts. 1059 y 1060 CCyC), y en las obligaciones de dar sumas de dinero, donde el interés moratorio se debe desde la mora (art. 1745 del mismo cuerpo legal).

En segundo término, la ley establece a veces presunciones *iuris tantum* de daño, como ocurre en el supuesto de la indemnización por fallecimiento (ver comentario al art. 1745 CCyC).

Finalmente, la norma se refiere a los supuestos en que el daño surja notorio de los propios hechos del caso. Se refiere, por un lado, a los casos en que el juez presume, en base a indicios serios, graves y concordantes, la existencia del perjuicio reclamado. Y por el otro, a aquellos casos en que el perjuicio se encuentra acreditado *in re ipsa*, esto es, surge patente de los propios hechos.

Respecto de las presunciones judiciales, cabe recordar que en muchos supuestos el juez presume la existencia de ciertos perjuicios, aun a falta de prueba directa. Esto no quiere decir que no exista prueba alguna en la causa, sino que, a partir de determinados hechos demostrados (indicios), y aplicando las reglas de la experiencia, el magistrado concluye que es muy probable que el daño se haya efectivamente producido. No deben confundirse las presunciones judiciales con las legales, pues estas últimas implican una inversión de la carga de la prueba, mientras que en las primeras el juez infiere el hecho a partir de los datos aportados por el interesado (por ejemplo, privación del uso del automotor).

Pero puede ocurrir también que el indicio suficiente para presumir la producción del daño esté constituido por las características del hecho dañoso en sí mismo. En estos casos el perjuicio se encuentra acreditado *in re ipsa*. Por ejemplo, no es preciso probar el dolor (daño moral) experimentado ante la muerte de un hijo, o por una lesión incapacitante, pues la consecuencia surge evidente del hecho y del carácter de legitimado activo del demandante.

ARTÍCULO 1745.- ***Indemnización por fallecimiento.*** *En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:*

a. *los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;*

b. *lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;*

c. *la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido.*

1. Introducción

La norma en estudio establece las principales presunciones legales de daño patrimonial por fallecimiento y se refiere, en particular, a los gastos funerarios (inc. a), los de manutención de los familiares cercanos (inc. b), y la pérdida de chance de ayuda futura (inc. c).

2. Interpretación

El CCyC, al igual de lo que ocurría con los arts. 1084 y 1085 del Código de Vélez Sarsfield, establece los componentes del daño material en caso de fallecimiento del damnificado, corrientemente llamado "valor vida". No debe perderse de vista, de todos modos, que

este último término es técnicamente desacertado, pues es sabido que la vida humana no tiene un valor económico, ni es susceptible de apreciación económica en sí misma. El concepto encierra, entonces, a las consecuencias resarcibles que se generan en cabeza de los damnificados indirectos como consecuencia de la afectación del bien jurídico perteneciente al damnificado directo (vida).

La norma se refiere, en primer lugar, a los gastos necesarios para la asistencia y posterior funeral del fallecido, que constituyen un daño emergente. Asimismo, establece expresamente que se encuentra legitimado para reclamar su reparación quien haya realizado esas erogaciones, aun cuando se encontrara obligado legalmente a hacerlo.

El segundo inciso establece que integran la indemnización los alimentos del cónyuge, del conviviente y de los hijos menores, hasta los 21 años de edad, con derecho alimentario, como así también de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente. Se trata —como ya se sostenía respecto de los arts. 1084 y 1085 del Código de Vélez— de una presunción *iuris tantum* de daño a favor de las personas mencionadas. Esto no quita que puedan existir otros damnificados legitimados para demandar (por ejemplo, hijos mayores), aunque en tal caso les corresponde producir la prueba del perjuicio que han sufrido como consecuencia de la muerte de la víctima directa (art. 1744 CCyC).

A diferencia de lo que ocurría con el art. 1084 CC, que se refería a lo necesario para la "subsistencia" de la viuda y de los hijos del muerto, la norma en comentario alude a la prestación alimentaria que les corresponda. Se trata de toda la ayuda que el fallecido habría prestado a los legitimados en vida, de no haberse producido el hecho ilícito (lucro cesante). Se vincula con los requerimientos materiales para la continuidad de la vida. Aunque la ley no lo mencione expresamente en este artículo, razones sistemáticas y de coherencia conducen a concluir que para el cálculo de este rubro también debe recurrirse a una fórmula matemática, como lo establece el art. 1746 CCyC para la incapacidad sobreviniente.

La presunción alcanza, en primer lugar, al cónyuge o conviviente. También incluye a los hijos menores, aunque extiende la presunción hasta los 21 años de edad, sin perjuicio de que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años (art. 25 CCyC). Esto es así porque la presunción subsiste mientras el fallecido deba prestar alimentos, lo que ocurre hasta los 21 años de edad del descendiente, salvo supuestos especiales (art. 658 CCyC). Asimismo, se mantiene la presunción, cualquiera sea la edad del hijo, cuando este último sea incapaz o con capacidad restringida, sin que sea preciso que medie una declaración judicial en tal sentido. El hecho de que exista un deber alimentario frente al reclamante por parte de un tercero no excluye la presunción.

En su tercer apartado, la norma en comentario menciona como resarcible a la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos. Se consagra, de esta forma, una reiterada doctrina y jurisprudencia nacional y provincial que considera procedente el resarcimiento de este tipo de daño cuando, como consecuencia del hecho ilícito, fallece el hijo menor de los demandantes.[149] Se trata de situaciones en que el hijo aún no realizaba efectivamente aportes a sus progenitores, pero en los cuales existía la posibilidad cierta de que estos recibieran su ayuda en el futuro. Si, por el contrario, el hijo fallecido ya hubiese estado realizando aportes en favor de sus progenitores, se estaría ante un lucro cesante, y no una pérdida de chance. Finalmente, el artículo en estudio no

(149) CSJN, "Schauman de Scaiola, Martha S. c/ Prov. de Santa Cruz", 06/07/1999, en *RCyS* 2000, p. 478.

limita a los padres la legitimación para reclamar la pérdida de chance, sino que la extiende a quienes tengan la guarda del menor fallecido.

ARTÍCULO 1746.- ***Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica.*** *En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.*

1. Introducción

El artículo en análisis se refiere a algunas consecuencias patrimoniales de especial relevancia. En especial, a la incapacidad sobreviniente, su cuantificación y caracteres, y a los gastos médicos, de farmacia y de transporte.

2. Interpretación

2.1. La incapacidad sobreviniente

Dentro de los diversos rubros que pueden resarcirse en el marco del lucro cesante reviste particular trascendencia la incapacidad sobreviniente. En un sentido meramente "naturalístico" (daño fáctico, no jurídico), la incapacidad sobreviniente es el resultado de una lesión sobre el cuerpo o la psiquis de la víctima que la inhabilita, en algún grado, para el ejercicio de funciones vitales. Pero el menoscabo de esos bienes (el cuerpo, la salud, la psiquis) puede conculcar o aminorar intereses patrimoniales o extrapatrimoniales de la víctima, y dar lugar a la reparación de las consecuencias resarcibles que se produzcan en una u otra de esas esferas. Desde el punto de vista patrimonial, la "incapacidad sobreviniente" se traduce, entonces, en un lucro cesante derivado de la disminución de la aptitud del damnificado para realizar tareas patrimonialmente mensurables (trabajar, pero también desplegar otras actividades de la vida cotidiana que pueden cifrarse en dinero). Desde ese punto de vista la trata la norma en comentario. La integridad psíquica de las personas no tiene, entonces, valor en sí misma (pues es objeto del derecho personalísimo a la integridad física, de naturaleza extrapatrimonial), sino en función de lo que aquellas pueden producir haciendo uso de dicha integridad.

Más allá de la cuantificación de la incapacidad sobreviniente —cuestión que se abordará en el apartado siguiente—, el art. 1746 CCyC dispone expresamente que el sindicado, como responsable, no podrá oponer como defensa frente al reclamo de una reparación por incapacidad sobreviniente, la tarea laboral que siga desarrollando la víctima pese a su incapacidad. Esto es así porque es perfectamente concebible que la víctima siga trabajando luego del hecho, pero de todos modos haya experimentado una disminución de sus aptitudes para realizar otras tareas que tienen valor pecuniario. Por la misma razón, tampoco exime del deber de reparar la existencia de un tercero obligado a afrontar los alimentos del demandante.

2.2. La cuantificación de la incapacidad sobreviniente

El artículo en estudio se refiere expresamente a la cuantificación de la indemnización por incapacidad sobreviniente, y establece que ella debe fijarse mediante la determinación de un capital que, invertido en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente —mediante la utilización de una porción de ese capital y los intereses que obtenga por aquella inversión— una cantidad equivalente a los ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. La única forma de calcular ese capital, teniendo en cuenta todas las variables mencionadas por el artículo, es el empleo de fórmulas matemáticas, y es prístino que la ley está imponiendo su utilización por los jueces para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad sobreviniente.

Aunque el texto no lo diga expresamente, también debe emplearse ese procedimiento en el supuesto de muerte de la víctima (tratada por el art. 1745 CCyC) porque, en ese caso, se trata igualmente de resarcir un lucro cesante, constituido por lo que la víctima directa habría aportado a los damnificados indirectos de haber seguido con vida. Sería incongruente acudir a los cálculos matemáticos en un caso y no en el otro, cuando se trata de evaluar el mismo tipo de perjuicios.

En consecuencia, y a la luz de esta nueva disposición —inexistente en el CC—, es necesario que la judicatura, al calcular el monto a resarcir por incapacidad sobreviniente, tome en cuenta las distintas fórmulas que existen para computar el valor presente de una renta constante no perpetua.

Cabe aclarar que el punto de partida para el cálculo no debe ser únicamente lo que la víctima ganaba efectivamente en el momento del hecho, sino que también corresponde computar sus posibilidades de mejora económica futura (por ejemplo, chances de ascensos o aumentos de sueldo) y la pérdida de su aptitud para realizar otras tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables.

2.3. Los gastos médicos, farmacéuticos y de transporte

El art. 1746 CCyC presume expresamente los gastos médicos, farmacéuticos y de transporte, siempre que resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. Se trata de una presunción legal *iuris tantum*, que admite, por lo tanto, prueba en contrario. Se trata de una recepción legal de criterios ya arraigados en la jurisprudencia nacional, que habitualmente consideraba que, en estos casos, los gastos en cuestión se presumen en función de la índole de las lesiones.

ARTÍCULO 1747.- ***Acumulabilidad del daño moratorio.*** ***El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva.***

1. Introducción

El artículo se refiere a las distintas clases de daños que pueden existir en la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones, y establece, como principio general, que esos rubros son acumulables. También distingue los daños propiamente dichos del valor de la prestación, que no es un daño sino la misma prestación original evaluada

en dinero (y se rige por lo tanto por las normas del cumplimiento forzado, y no de la responsabilidad civil).

2. Interpretación

Referirse a la cuestión vinculada con los supuestos en que resulta procedente el reclamo del daño moratorio y compensatorio impone, en primer lugar, distinguir con claridad ambos conceptos y, a su vez, el del valor de la prestación, pues se trata de institutos claramente disímiles.

En primer lugar es preciso tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el incumplimiento de una obligación no solo da lugar a la reparación del daño causado, sino que también genera el derecho a exigir la ejecución forzada de lo debido, de conformidad con lo establecido en el art. 730 CCyC. Se trata, claro está, de sanciones diferentes, pues para lograr la ejecución forzada de la obligación al acreedor le basta con demostrar su título y alegar la existencia de un incumplimiento (salvo en el caso de las obligaciones de no hacer), mientras que, si pretende el resarcimiento de los daños que generó dicho incumplimiento, debe acreditar todos los presupuestos del deber de resarcir (daño, relación de causalidad, e incumplimiento —pues este último presupone al mismo tiempo la antijuridicidad y el factor de atribución—).

Ahora bien, en los términos del art. 730 CCyC, el acreedor insatisfecho puede optar por demandar —a título de cumplimiento forzado— el valor de la prestación (ejecución forzada por equivalente dinerario). Es particularmente el caso en los supuestos de imposibilidad definitiva de cumplimiento imputable al obligado (art. 955 CCyC). Para obtener esa ejecución por equivalente al *accipiens* le basta con demostrar su título y alegar el incumplimiento para hacer efectiva la ejecución forzada (salvo que el deudor pruebe el pago), sin necesidad de acreditar los elementos de la responsabilidad civil, que se vinculan, en todo caso, con los mayores daños que dicho incumplimiento le haya generado.

Supóngase un caso en el cual el deudor se comprometió a entregar un inmueble, pero dicho bien fue destruido por culpa del obligado. Ante esta situación, el primer derecho que nace en cabeza del acreedor es el de reclamar el valor del bien que se perdió por la negligencia de su contraparte (valor de la prestación), sin que sea menester que demuestre que dicho incumplimiento le generó un daño. Por el contrario, si además busca el resarcimiento de los mayores perjuicios que le generó la falta de entrega del inmueble (por ejemplo, pretendía comenzar un emprendimiento comercial que se frustró por el incumplimiento de la obligación), entonces no bastará con alegar la inejecución sino que, además, deberá ser él quien demuestre el incumplimiento y las consecuencias cuyo resarcimiento pretende, como así también su conexión causal con dicho incumplimiento.

Deslindado entonces el ámbito de cada uno de los institutos enunciados e ingresando en la órbita propia de los daños derivados del incumplimiento, cabe señalar que la infracción del plan prestacional puede consistir tanto en la frustración definitiva del interés del acreedor (incumplimiento absoluto o definitivo) como en un cumplimiento imperfecto o defectuoso, y también en el retardo en la ejecución (mora). En este último supuesto la ejecución en especie aún es posible, y subsiste el interés del acreedor en el cumplimiento. El *accipiens* puede entonces reclamar —al margen de la ejecución forzada de la prestación, o su equivalente dinerario— el daño moratorio, que es el derivado del retardo del deudor, de la falta de cumplimiento temporáneo (por ejemplo, el lucro cesante derivado de no haber podido alquilar, durante el tiempo en que duró la mora, el inmueble comprado y no entregado en plazo).

Por el contrario, el daño compensatorio puede definirse como el perjuicio que ocasiona al acreedor el incumplimiento definitivo de la prestación. Pero dicho perjuicio compensatorio —como queda dicho— no es equivalente al valor de la prestación, sino que se adiciona a este último, en caso de que el *accipiens* acredite los mayores daños que le fueron ocasionados más allá de dicho valor. Así las cosas, el daño compensatorio no está integrado por el valor que la prestación implica en el patrimonio del acreedor, sino únicamente por los mayores daños que el incumplimiento le produjo (por ejemplo, ante la destrucción de la cosa vendida imputable al vendedor, el comprador le reclama los daños derivados de la imposibilidad de entregarla a un tercero con quien ya había pactado su reventa).

Es por eso que la norma en comentario se refiere, por un lado, al valor de la prestación y, por el otro, al daño moratorio y compensatorio.

El art. 1747 CCyC es claro en cuanto a que el daño moratorio es acumulable al compensatorio, además de la facultad del acreedor de reclamar el valor de la prestación. Por ende, en el supuesto en que se presente un incumplimiento temporal de la obligación que, luego, se transforma en definitivo, el acreedor puede reclamar el valor de la prestación (ejecución forzada por equivalente dinerario), el daño moratorio (el que sufrió mientras duró el estado de mora), y el daño compensatorio (los demás perjuicios causados como consecuencia de la frustración definitiva del plan prestacional).

Ahora bien, puede suceder que las partes hayan previsto una cláusula penal. En este último caso, la norma en examen debe armonizarse con lo dispuesto por el art. 790 CCyC y ss. En este sentido, de los arts. 793 y 797 CCyC resulta que pueden presentarse dos supuestos.

En primer lugar, puede suceder que las partes hayan pactado únicamente una cláusula penal moratoria (solo para el caso de retardo en el cumplimiento), caso en el cual el acreedor puede pedir la ejecución forzada (o el valor de la prestación) y adicionarle la cláusula penal (arts. 793, 797 y 1747 CCyC).

En segundo término, la cláusula penal puede haberse acordado frente al incumplimiento definitivo de la obligación. En tal supuesto, la posibilidad de acumular los distintos conceptos que resulta del artículo en análisis queda desplazada por la disposición especial del art. 797 CCyC, que precisa que el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas. En este caso, la pena remplaza tanto a la prestación (o su valor) como a los restantes daños derivados del incumplimiento. La excepción viene dada por la posibilidad (prevista también en el art. 797 CCyC) de que se haya estipulado que, por el pago de la pena, no se extingue la obligación principal, caso en el cual el acreedor podrá acumular ambos conceptos (prestación —o su valor— y pena).

Finalmente, y en otro orden de cosas, también puede ocurrir que el acreedor, en vez de optar por la ejecución forzada en especie o por equivalente, prefiera resolver el contrato, haciendo uso de la facultad que le confieren el art. 1081 CCyC y ss. (siempre, claro está, que se den los requisitos exigidos por esa norma). En este último supuesto, amén de los efectos propios de la resolución, el contratante cumplidor podrá reclamar el resarcimiento del daño moratorio generado mientras perduró el incumplimiento de la parte contraria, como así también el daño compensatorio que es consecuencia de la resolución. En cambio, le estará vedado reclamar el valor de la prestación, que no es daño, sino el equivalente de aquella (cumplimiento forzado). Dado que la resolución produce la extinción retroactiva del contrato, y de las obligaciones surgidas de él, las partes ya no se deben las

prestaciones comprometidas (ni su valor), y si las han cumplido tienen derecho a solicitar su restitución.

ARTÍCULO 1748.- ***Curso de los intereses.*** *El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio.*

1. Introducción

La disposición en análisis se refiere al comienzo del curso de los intereses, que tiene lugar, tanto en el ámbito extracontractual como en el incumplimiento obligacional, al momento de producirse cada perjuicio.

2. Interpretación

La cuestión fue objeto de un acalorado debate en el ámbito del Código Civil de Vélez Sarsfield. En efecto, si bien existía acuerdo en que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual los intereses se devengan desde el momento en que se produce cada perjuicio, una posición mayoritaria consideraba que, en la órbita contractual, el comienzo del cómputo de los intereses recién se producía —como principio— a partir de la interpelación al deudor. Para esa corriente, si no mediaba una interpelación anterior, la víctima únicamente podía reclamar los intereses a partir de la notificación de la demanda o, en su caso, de la mediación prejudicial.

Para otra postura, el régimen de los intereses no variaba según la naturaleza de la responsabilidad, y también frente al incumplimiento de obligaciones aquellos se debían desde el momento en que se produce cada perjuicio. Causado el daño, nace en cabeza del responsable una obligación dineraria, consistente en resarcir ese perjuicio, que es claramente distinta del deber preexistente vulnerado, y cuyo régimen es idéntico en ambos supuestos. No es posible, entonces, sostener que la mora en el pago de esa indemnización (y el pertinente curso de los intereses) se produce *ex re* en un caso, y *ex personam* en el otro.

El CCyC ha optado claramente por esta última postura. Prueba de ello es tanto la denominación del Título V del Libro III, en el que se enmarca el Capítulo I sobre la responsabilidad civil ("Otras fuentes de las obligaciones"), como el art. 1716 CCyC, que señala que la violación del deber de no dañar y el incumplimiento de una obligación dan lugar a la reparación del daño causado. En ambos casos es prístino que para el Código ambos hechos generadores (incumplimiento obligacional y hecho ilícito extracontractual) son fuente de una nueva obligación (la de reparar), y esa obligación —que en la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones coexiste con la obligación original, cuyo cumplimiento forzado el acreedor está facultado a solicitar— está regida —salvo las excepciones expresamente contempladas por la ley— por idéntico régimen. En ese régimen se enmarca la norma que ahora se comenta, que es entonces aplicable indistintamente a la responsabilidad obligacional y la aquiliana. En ambos casos, entonces, el curso de los intereses comienza con la producción de cada perjuicio.

La solución es acorde con el principio de reparación integral, pues la distinción entre ambas órbitas en este punto implicaría una restricción irrazonable de la indemnización que corresponde al acreedor de una obligación frente a la víctima de un hecho ilícito.

SECCIÓN 5ª
Responsabilidad directa

ARTÍCULO 1749.- ***Sujetos responsables.*** ***Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.***

1. Introducción

El artículo en comentario se refiere a la responsabilidad directa tanto en el ámbito extracontractual como en los supuestos en que el daño es consecuencia de un incumplimiento obligacional. Sin embargo, las características de la responsabilidad así consagrada son muy distintas en una y otra órbita.

2. Interpretación

2.1. Sistemática del CCyC

El CCyC clasifica los supuestos de responsabilidad según las circunstancias del hecho generador. En efecto, en la Sección 5ª se refiere a la "*responsabilidad directa*", que aquí tiene el sentido de referirse a la que recae sobre el propio agente (por su hecho propio), o sobre el deudor por el incumplimiento de la obligación. La siguiente sección se refiere a los supuestos en que el daño que se imputa al responsable es ocasionado por el accionar de otro sujeto (por ejemplo, responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, art. 1753 CCyC). Asimismo, la Sección 7ª regula los supuestos en que el daño resulta del hecho de una cosa viciosa o riesgosa, o de una actividad peligrosa (art. 1757 CCyC y ss.). Finalmente, los arts. 1760 a 1762 CCyC se refieren a los supuestos en que el daño es ocasionado por el accionar de un grupo.

2.2. Responsabilidad directa

El art. 1749 CCyC resulta de aplicación en dos supuestos claramente disímiles. En primer lugar, se trata la responsabilidad extracontractual por hecho propio, mientras que en segundo término se regula la responsabilidad del deudor frente al incumplimiento de una obligación.

Respecto del primer supuesto, el ámbito de aplicación de la norma queda circunscripto únicamente a los supuestos en que el perjuicio es ocasionado por la acción u omisión propia del agente. Es decir, solo alcanza a los perjuicios causados sin cosas (que quedan subsumidas en la regulación de los arts. 1757 y concs. CCyC), o con empleo de cosas meramente instrumentales (es decir, que carecen de un accionar independiente a la conducta humana propiamente dicha). Puede tratarse tanto de daños causados mediante el empleo físico del cuerpo (golpes, empujones, manipulación de cosas instrumentales) como de los resultantes de otra clase de conductas del agente (por ejemplo, injurias o calumnias).

Es evidente que, aunque la norma no lo diga, el supuesto se refiere a los daños causados por la culpa o el dolo del agente, con lo que viene a ser el equivalente, en el Código, de los arts. 1109 y 1072 del Código de Vélez. Por si hiciese falta, resulta de aplicación la regla del art. 1721 CCyC, según la cual cuando no hay una norma que establezca el factor de atribución la responsabilidad se imputa en base a la culpa.

2.3. La responsabilidad directa en el incumplimiento obligacional

Además de la responsabilidad por hecho propio en el ámbito aquiliano, la norma en análisis se refiere a la responsabilidad directa del deudor derivada del incumplimiento

obligacional. En este supuesto, para que surja el deber de resarcir el daño es preciso que se configure un incumplimiento (arts. 1716, 1749 CCyC y concs.). Acreditado este, el deudor debe resarcir el daño ocasionado, salvo que demuestre la existencia de una imposibilidad de cumplimiento total, absoluta, objetiva y no imputable (arts. 1732 y 955 CCyC).

Naturalmente que ese incumplimiento se configurará de manera distinta en las obligaciones de medios y en las de resultado, porque mientras que en las primeras el inexacto cumplimiento requerirá una culpa del deudor, en las segundas bastará con la sola falta de consecución del resultado (arts. 774, 1723, 1768 y concs.).

Por otra parte, el deudor obligacional (a diferencia de lo que ocurre cuando el daño es consecuencia de un hecho ilícito extracontractual) responde siempre en forma directa, sea que él haya ejecutado personalmente la prestación, sea que lo haya hecho por intermedio de un dependiente o auxiliar. Eso es así porque el obligado al cumplimiento de la obligación es siempre el *solvens*, más allá de quién haya materializado de hecho el incumplimiento (art. 732 CCyC).

En consecuencia, si el deudor pone a un tercero a cumplir en su lugar, el incumplimiento materializado por este tercero lo hace responsable en los términos del art. 1749 CCyC. No se trata de un mero debate académico, sino que la distinción tiene consecuencias prácticas ineludibles. Una no menor consiste en que para que el deudor responda por el accionar de sus auxiliares no es preciso acreditar que se encuentran reunidos los extremos requeridos por el art. 1753 CCyC para que surja la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (particularmente, relación de dependencia y hecho ilícito del subordinado).

ARTÍCULO 1750.- ***Daños causados por actos involuntarios.*** *El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1742.*

El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza.

1. Introducción

El CCyC consagra la posibilidad de responsabilizar a quien ocasiona un daño actuando involuntariamente, aunque el deber de resarcir nace en ese caso por razones de equidad. Asimismo, excluye la responsabilidad de quien causa un daño forzado por una fuerza irresistible.

2. Interpretación

El artículo en análisis se refiere a dos supuestos que, en apariencia, parecen distintos, pero que se encuentran íntimamente vinculados. En primer lugar, se refiere a la responsabilidad por equidad, cuando el daño deriva de un acto involuntario. En segundo término prevé que, cuando el daño haya sido ocasionado mediando una fuerza irresistible, el autor no deberá responder frente a la víctima.

2.1. La indemnización por equidad

Cabe recordar que, para que surja la responsabilidad extracontractual directa prevista en el art. 1749 CCyC —ya comentado— es preciso que el acto sea imputable al agente, ya sea a título de culpa o dolo (art. 1721 CCyC). Asimismo, para que eso sea posible es preciso que el acto desarrollado por el sindicado como responsable sea voluntario, es decir,

que haya sido ejecutado con discernimiento, intención y libertad (arts. 260 y 261 CCyC). Cuando falta alguno de esos elementos, no puede imputarse responsabilidad en los términos del art. 1749 CCyC en cuestión. Eso conduce a la pregunta de, si en estos casos, es procedente el resarcimiento a la víctima por parte de quien actuó involuntariamente, y cuál sería el alcance de dicha indemnización.

Esta cuestión ya se había planteado en el CC. En efecto, el codificador había previsto, en el art. 907 de dicho cuerpo legal, que la indemnización por el daño ocasionado por un hecho involuntario solo procedía cuando el agente se había enriquecido como consecuencia de su accionar. No se trataba entonces de un resarcimiento, sino de una aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa. La ley 17.711 incorporó al artículo citado en último término la indemnización por razones de equidad. Con este agregado se pretendió garantizar la reparación de los daños ocasionados por los hechos involuntarios partiendo de una base equitativa y de un fundamento moral de justicia distributiva, a los fines de mantener el equilibrio vulnerado por el hecho dañoso involuntario.

El mismo camino transita el CCyC, que dispone que el autor de un daño causado por un acto involuntario (por ausencia de discernimiento o porque el agente obró en el marco del error, el dolo o la violencia) responde por razones de equidad. Los jueces deben analizar el caso a la luz de las pautas establecidas en el art. 1742 CCyC para la atenuación de la indemnización, es decir, la situación personal de la víctima, el patrimonio del deudor y las demás circunstancias del caso.

Es preciso tener en cuenta que, conforme al sistema instaurado en el CCyC, el accionar involuntario del agente será igualmente ilícito, pues la antijuridicidad consagrada en el art. 1717 CCyC es objetiva, es decir, no requiere que la conducta del agente sea reprochable desde un punto de vista subjetivo. Por ende, el hecho será ilícito aun cuando no exista voluntariedad.

2.2. Daños causados por fuerza irresistible

En su segundo párrafo la norma excluye la responsabilidad del sujeto quien causa un daño movido por una fuerza irresistible. Esta parte de la norma requiere algunas aclaraciones. Ya se ha dicho que para que un acto sea considerado voluntario es preciso que sea ejecutado con discernimiento, intención y libertad (art. 260 CCyC). El elemento que obsta al último presupuesto mencionado es la fuerza o intimidación, prevista en el art. 276 del mismo cuerpo legal. Así, dentro del vicio de violencia quedan comprendidas tanto la fuerza física irresistible como la intimidación o violencia moral.

En el primer supuesto (fuerza física irresistible) es claro que el autor material del daño únicamente actuó como sujeto pasivo de la acción de otro, por lo que el autor real del daño —y, en consecuencia, responsable— es aquel que empleó una fuerza irresistible sujetando a la víctima contra su voluntad, como instrumento suyo. Por el contrario, cuando el vicio nace como consecuencia de la intimidación (es decir, del temor de sufrir un mal inminente o grave) quien sufre la amenaza actúa por su propia determinación, la cual, provocada por el miedo, se dirige a evitar que se la amenaza se concrete. En consecuencia, la existencia de la intimidación puede influir en el agente de manera más o menos intensa, pero lo cierto es que no excluye por completo la subjetividad del amenazado.[150]

(150) Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, t. IV, Bs. As., La Ley, 2010, p. 796.

Lo que sucede es que en el caso en que la violencia es generada por la fuerza física irresistible ejercida por otro no existe —en puridad— una acción humana (acto) de la víctima de dicha violencia, quien únicamente actúa como proyectil de otro. Es por eso que la norma en comentario restringe la exclusión de responsabilidad a este supuesto particular, mientras que en el caso de la intimidación subsiste el deber de responder —siempre por razones de equidad— por el daño ocasionado por el acto involuntario.

ARTÍCULO 1751.- ***Pluralidad de responsables.*** ***Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.***

1. Introducción

En los supuestos en que existen diversos responsables del daño, nace la necesidad de determinar la forma en que debe responder cada uno de ellos frente a la víctima. La norma en análisis se ocupa de la cuestión y establece que cuando la responsabilidad de todos los involucrados tiene una causa única (lo cual debe entenderse en el sentido de que todos responden con el mismo fundamento) su responsabilidad es solidaria, mientras que cuando tienen causas distintas (cada uno responde por un título diferente) responden concurrentemente.

2. Interpretación

2.1. Obligaciones solidarias y concurrentes. Delimitación de conceptos y efectos

Entre los distintos supuestos de solidaridad, la pasiva es aquella en la cual existe una pluralidad de deudores y un solo acreedor, quien puede reclamar de cualquiera de los primeros el pago íntegro de la deuda. La característica más relevante —en lo que aquí interesa— de las obligaciones solidarias es que los diferentes vínculos coligados que unen a acreedores y deudores deben tener su origen en una causa fuente común (art. 827 CCyC). En efecto, la pluralidad de causas generadoras es incompatible con la idea de solidaridad y conduce, como lógica consecuencia, a la existencia de varias obligaciones distintas.(151)

Por su parte, las obligaciones concurrentes son aquellas que tienen identidad de acreedor y de objeto debido, pero presentan distinta causa y deudor. A diferencia de lo que sucede en la obligación solidaria (que es una relación jurídica única), en las obligaciones concurrentes encontramos una pluralidad de obligaciones que presentan los caracteres antes enunciados, es decir, tienen un mismo objeto y mismo acreedor.

Ahora bien, la distinta naturaleza de cada uno de los supuestos analizados determina que existan efectos disímiles. Así, en el supuesto de las obligaciones solidarias, los efectos de la interrupción, suspensión y cumplimiento del plazo de prescripción se propagan a todos los deudores involucrados (art. 839 CCyC), mientras que en el ámbito de las obligaciones concurrentes *"... la prescripción cumplida y la interrupción y suspensión de su curso no producen efectos expansivos respecto de los otros obligados concurrentes"* (art. 851, inc. e, CCyC).

(151) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Obligaciones*, t. 1, Bs. As., Hammurabi, 2004, p. 570 y ss.

Por otra parte, la mora de uno de los deudores, en las obligaciones concurrentes, no produce efectos expansivos respecto de los demás (art. 851, inc. f, CCyC), lo que sí ocurre en el ámbito de las obligaciones solidarias (art. 838 CCyC).

En cuanto a la acción de contribución, esta tiene un distinto funcionamiento según a cuál tipo de obligación nos refiramos. En efecto, en las obligaciones solidarias el deudor que efectúa el pago puede repetirlo de los demás obligados conforme a la participación que cada uno de ellos tuvo en la deuda (art. 840 CCyC), y las cuotas de dicha contribución se determinan según la fuente y la finalidad de la obligación, o la causa de la responsabilidad (art. 841, inc. b, CCyC). Por el contrario, en las obligaciones concurrentes la acción de contribución con que cuenta el *solvens* que paga la deuda contra los otros obligados concurrentes se rige por las relaciones causales que originaron la concurrencia (art. 851, inc. h, CCyC). Esta distinción parte de la idea de que en las obligaciones solidarias hay relaciones internas entre los codeudores, que se rigen por los principios de participación y contribución, mientras que en las concurrentes no existe tal vínculo.[152]

En definitiva, la norma en comentario dispone claramente la regla según la cual todos los corresponsables (sin importar en qué proporción cada uno de ellos contribuyó a causar el daño) responden frente a la víctima por el total de la indemnización, ya sea en carácter de responsables solidarios o concurrentes. Las diferencias entre estas categorías fincan en la propagación o no de ciertos efectos entre los corresponsables (hay cierta propagación en las obligaciones solidarias, y ninguna en las concurrentes) y en la posibilidad o no de deducir una acción automática de contribución por el solo hecho de haber pagado la deuda (posibilidad que existe en las obligaciones solidarias, y no en las concurrentes).

Más allá de lo expuesto, lo cierto es que la regla general sentada por el artículo en examen encuentra una excepción en el supuesto de los daños ocasionados por el incumplimiento obligacional, pues aquí el CCyC mantiene, en el art. 828, el principio de la simple mancomunación, dado que la solidaridad no se presume, y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación.

2.2. Supuestos de obligaciones solidarias y concurrentes en materia de responsabilidad civil en el CCyC

Como claramente lo dice el artículo en comentario, la determinación de los supuestos en que los sindicados como responsables deben responder solidaria o concurrentemente por los daños ocasionados por el hecho ilícito depende de si el deber de resarcir de cada uno de ellos tiene una causa independiente, o si todos responden por la misma causa. Por "causa" debe entenderse aquí no solo ni tanto la causa fuente de la obligación, sino el título jurídico por el cual responde cada corresponsable.

Así, en el ámbito de las obligaciones solidarias se encuentran comprendidas la responsabilidad por hecho propio (cuando distintas personas hayan actuado como copartícipes o cómplices, art. 1749 CCyC), la de los miembros de un grupo cuando el autor del daño es anónimo (arts. 1760 y 1761 CCyC) y la de los integrantes de un grupo de riesgo (art. 1762 CCyC).

En cambio, es concurrente la responsabilidad del principal y el dependiente por el daño ocasionado por este último en ejercicio o con ocasión de la función (art. 1753 CCyC), la de los padres con la de sus hijos por el accionar de estos últimos (art. 1754 CCyC y ss.), o

(152) *Ibid.*, p. 608.

la de los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores por el daño producido por quienes se encuentren bajo su cuidado (art. 1756 CCyC). También lo es la responsabilidad del dueño y el guardián de la cosa viciosa o riesgosa, o de los que realizaron, se sirvieron u obtuvieron un provecho de la actividad riesgosa o peligrosa (art. 1757 CCyC y ss.). Es igualmente concurrente la responsabilidad del dueño y guardián de un vehículo cuando concurre con la del conductor dependiente —por ende, no guardián— (arts. 1749 y 1757 CCyC), o la del deudor obligacional, cuando su deber de responder concurre con la responsabilidad por hecho propio del tercero ejecutor de la obligación (art. 1749 CCyC).

ARTÍCULO 1752.- ***Encubrimiento.*** ***El encubridor responde en cuanto su cooperación ha causado daño.***

1. Introducción

A diferencia del derecho penal, el encubridor únicamente responde si hay relación causal entre su accionar y algún daño sufrido por la víctima.

2. Interpretación

El art. 1081 CC, análogo al art. 1751 CCyC, no mencionaba a los encubridores entre los supuestos obligados solidariamente a resarcir el daño. Eso conducía a la duda sobre si el encubridor debía o no responder por el perjuicio. La norma en análisis sella todo debate al respecto, al establecer que el encubridor responde por el daño ocasionado, aunque únicamente en cuanto ha cooperado a la producción del daño.

Cabe recordar que el encubrimiento constituye una figura penalmente independiente, tipificada en los delitos contra la administración de justicia. Se configura cuando, sin promesa anterior, después de la ejecución del delito, se ayuda a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse de la acción de ella, o se omite denunciar el hecho, estando obligado a hacerlo (art. 277 CP).

El encubridor, en puridad, constituye una figura autónoma del autor, consejero o cómplice del ilícito, pues se relaciona, necesariamente, con delitos cometidos por terceros. Es que la actividad del encubridor no se une causalmente a la del sujeto encubierto. Si tal vinculación existiere, aunque fuese estrictamente subjetiva (es decir, promesa de encubrir un delito que se va a cometer), la conducta del encubridor pasaría a ser una participación en el hecho desarrollado por el tercero.(153)

Ahora bien, conforme a lo establecido por el ya citado art. 277 CP, para que se configure la figura del encubridor es preciso que se encuentren reunidos tres requisitos:

a. que se haya cometido un delito anterior;
b. que la intervención del sujeto activo sea posterior al delito preexistente, en el que no participa; y
c. que no exista una promesa anterior por parte del encubridor.

Como surge del primer recaudo mencionado, debe existir un delito anterior o previo. Lo relevante es que al momento de ejecutarse el encubrimiento esté expedita la persecución

(153) Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, Bs. As., Astrea, 1999, p. 339.

penal del delito. En los delitos de acción privada, el encubrimiento solo es posible en la medida en que el ofendido prosiga la acción. En segundo término, es preciso que la conducta encubridora sea posterior al delito, esto es, debe comenzar a desarrollarse una vez consumado este último o cuando han dejado de producirse los actos que configuran la tentativa, de forma tal que no haya significado un aporte material en el proceso de su producción, sea en calidad de autor, cómplice o instigador. Finalmente, es preciso que no exista una promesa anterior al delito de desarrollar la conducta encubridora, pues, en caso contrario, el encubridor no será tal, sino que habrá participado en el hecho ilícito.(154)

Partiendo de esas premisas, es claro que la responsabilidad del encubridor se configura en forma distinta a la de los autores, consejeros o cómplices, pues, por definición, el encubridor no participó en el hecho ilícito que tuvo como consecuencia el daño cuyo resarcimiento se pretende. Es por eso que el art. 1752 CCyC prevé que el encubridor responde solo cuando su accionar ha cooperado en la producción del daño que sufrió el damnificado. Esto es, cuando es justamente su aporte causal lo que lo obliga a responder, y no su participación directa en el hecho del autor.

En consecuencia, el encubridor no responde solidariamente con los autores del hecho ilícito, pues su deber de resarcir los daños ocasionados emana de su propio accionar, que es independiente de la obligación que recae sobre el autor principal. Se aplican en la materia las reglas correspondientes a las obligaciones concurrentes, y no a las solidarias, pues, siguiendo el principio sentado por el art. 1751 CCyC, el deber de responder del encubridor tiene una causa distinta de la que obliga a los autores principales.

SECCIÓN 6ª
Responsabilidad por el hecho de terceros

ARTÍCULO 1753.- ***Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente.*** *El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.*

La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal.

La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

1. Introducción

La norma en análisis regula la responsabilidad por el hecho ajeno en la órbita extracontractual. En particular, establece que la responsabilidad del principal es siempre objetiva, y prevé los recaudos que deben presentarse para imputar a este último el accionar de su dependiente.

2. Interpretación

2.1. Régimen de la responsabilidad por hecho ajeno en el CC y en el CCyC

En el CC la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente se encontraba regulada en el primer párrafo del art. 1113, para el ámbito aquiliano. Esta disposición no

(154) D'Alessio, Andrés J. (dir.) y Divito, Mauro A. (coord.), *Código Penal de la Nación Comentado y anotado*, t. II, Bs. As., La Ley, 2011, p. 1386 y ss.

sufrió ningún tipo de modificación en su texto original, pero sí fue objeto de diversas interpretaciones por parte de la doctrina y la jurisprudencia a lo largo del tiempo. En particular, la interpretación dominante pasó de considerar que la responsabilidad del principal se fundaba en su culpa *in vigilando* o *in eligendo* a sostener que esa responsabilidad era objetiva, aunque se discutía si el factor de atribución era la garantía (teoría mayoritaria) o el riesgo. Asimismo, se debatió largamente qué relación debía existir entre el daño y las funciones para imputar responsabilidad al principal.

A raíz de ello, el CCyC regula, en la norma en estudio, los presupuestos para que nazca la responsabilidad por el hecho ajeno en el ámbito **aquiliano**, despejando todas las dudas sobre las controversias enunciadas en el párrafo que antecede.

2.2. Ámbito de aplicación del art. 1753 CCyC

La regulación del deber de principal de responder frente a la víctima por el hecho ilícito de su dependiente se circunscribía, en el CC anterior, a la órbita extracontractual. Sin embargo, con la unificación de las órbitas de responsabilidad, cabe preguntarse qué sucede cuando el deber de resarcir nace del incumplimiento obligacional materializado por el tercero ejecutor de la prestación.

A fin de delimitar conceptos es preciso tener en cuenta que, en este último supuesto, una persona (deudor) está obligada frente a otra (acreedor) a desarrollar un determinado plan de conducta. Ya sea que cumpla esa conducta personalmente, o bien que la haga ejecutar por otro, el eventual incumplimiento hará, en todos los casos, responsable al deudor original, pues era él y solo él el obligado contractualmente. El hecho de que el *solvens* introduzca a un tercero para ejecutar la prestación en su lugar en nada altera la naturaleza o el fundamento de dicha responsabilidad, pues el deudor es responsable ante todo en tanto que deudor contractual, y poco importa que sea por su hecho propio o por el hecho ajeno. En síntesis, la sustitución del deudor por un tercero a efectos de ejecutar materialmente el plan de prestación es irrelevante para el acreedor, frente a quien el responsable contractualmente será siempre el obligado.[155]

Esta idea se plasmó en el art. 732 CCyC, que expresamente establece: *"El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado"*. Es decir, no existen diferencias entre el actuar personal del deudor o el de los terceros de los cuales se sirve para el cumplimiento de la obligación.

Partiendo de esas premisas, es claro que el deudor responde en forma directa tanto por su incumplimiento personal como por el causado por el tercero ejecutor que ha cumplido materialmente la prestación. Nada de eso sucede con la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, que está estructurada por el artículo en comentario como una responsabilidad indirecta, y requiere que se configuren ciertos requisitos (en particular, existencia de una relación de dependencia, y hecho ilícito del dependiente) que resultan extraños a la responsabilidad del deudor obligacional por el hecho del ejecutor material de la prestación. Este último responde, en efecto, incluso por el incumplimiento causado por personas que no son sus dependientes (como sucedería si quien se presenta a cumplir la prestación es un socio del deudor), y prescinde por completo de la necesidad de imputar responsabilidad al ejecutor material (por ejemplo, en un contrato de obra, el comitente no tiene por qué establecer la responsabilidad de los obreros o albañiles que

(155) Picasso, Sebastián, *La singularidad..., op. cit.*, p. 208.

la han construido —quienes bien podrían no responder por ningún título—; le basta con constatar el incumplimiento del resultado prometido para hacer responsable al dueño de la obra).

Es claro, entonces, que la responsabilidad del deudor de una obligación por el incumplimiento causado por los terceros que ha puesto a ejecutarla no se rige por la norma objeto de este comentario, sino por el art. 732 CCyC. El art. 1753 CCyC se refiere únicamente a los supuestos en que el daño es producido por el dependiente sin que exista un vínculo preexistente entre el principal y la víctima. En ese marco, la referencia que hace este último artículo a los daños que causen las personas "*de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones*" se encuentra limitada a los perjuicios que ellas causen a terceros, no acreedores de la obligación que se ejecuta (por ejemplo, dependiente de una empresa constructora que mientras trabaja en una obra deja caer un adoquín y lastima a un transeúnte que pasaba por allí).

2.3. El factor de atribución aplicable

Durante la vigencia del CC la doctrina debatió largamente sobre cuál era el factor de atribución aplicable en estos casos. Así, Llambías sostenía que la responsabilidad del principal se sustentaba en la culpa, ya sea en la elección del dependiente o su vigilancia.(156)

Por el contrario, la postura actualmente mayoritaria sostiene que la responsabilidad del principal es objetiva, y su verdadero fundamento se encuentra en la idea de la "garantía" hacia los terceros. Se trata entonces, de un deber legal como medio para brindar una más eficaz protección a la víctima, ante la posible insolvencia del autor directo del daño.(157) Asimismo, se ha dicho que el subordinado aparece a los ojos de los demás actuando como si fuera el principal mismo, la prolongación de su persona o su *longa manu*.(158)

Esta última idea es la plasmada en el artículo en análisis, que expresamente establece la responsabilidad objetiva del principal por el accionar de su dependiente. Entonces, el deber de responder del comitente es inexcusable y debe resarcir el daño ocasionado a la víctima, siempre que se encuentren reunidos los presupuestos de este tipo de responsabilidad.

2.4. Los presupuestos del deber de responder del principal

Como surge claramente del art. 1753 CCyC, para que el hecho del dependiente sea imputable al principal es preciso que se encuentren reunidos tres recaudos, a saber:

1. debe existir una relación de dependencia entre el dependiente y el principal;
2. el daño debe haber sido causado en ejercicio o en ocasión de la función; y
3. debe existir un hecho ilícito del subordinado.

2.4.1. Relación de dependencia

Para que nazca el deber de responder del principal es preciso que exista un vínculo de dependencia o subordinación entre el principal y el autor del hecho ilícito. También en este aspecto existió una evolución trascendente de la doctrina y jurisprudencia anterior a

(156) Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. IV-A, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012, p. 191; Colombo, Leonardo A., *Culpa aquiliana*, La Ley, Bs. As., 1944, p. 304.

(157) Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las...*, t. V, *op. cit.*, p. 28.

(158) Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general...*, *op. cit.*, p. 386.

la reforma, desde la postura restringida, que consideraba que debía existir un contrato de locación de servicios entre el comitente y su subordinado, hasta la posición actualmente mayoritaria, que considera que también se encuentra reunido ese presupuesto cuando existe un encargo ocasional por parte del principal.(159)

La dependencia no precisa entonces la existencia de un poder jurídico de subordinación, y se contenta con que el dependiente haya obrado, de hecho, sobre la base de un pedido o autorización del principal, y en interés de este último (aunque también pueda existir un interés propio del dependiente). Asimismo, la noción de dependencia presupone el poder virtual o efectivo de impartir órdenes o instrucciones al autorizado acerca de la manera en que deben ejecutarse las funciones. Supone, necesariamente, que el principal tenga la facultad de dirigir la actividad del dependiente, dentro de ciertos límites.(160) La falta de cualquiera de dichos elementos impide tener por configurada la relación de dependencia requerida por el artículo en comentario.

2.4.2. Daño ocasionado en ejercicio o con ocasión de la función

Además de la dependencia, para imputar responsabilidad al principal es preciso que exista una necesaria relación entre las tareas propias del subordinado y el daño producido. La norma en análisis establece, en ese sentido, que el perjuicio debe haber sido ocasionado en ejercicio o con ocasión de la función del dependiente.

Hay ejercicio de la función encomendada cuando el dependiente ejecuta el acto dañoso practicando el cargo recibido. Por ejemplo, si su tarea consiste en la conducción de un ómnibus de pasajeros en un determinado recorrido, y provoca una lesión a un transeúnte durante ese itinerario.

En cuanto al daño causado "con ocasión" de las funciones, solo comprende aquellos actos ajenos o extraños a la función, pero que únicamente pudieron ser llevados a cabo por el dependiente en tal calidad o por mediar esas funciones. Es decir que no habrían podido realizar, de ninguna manera, de no ser por el desarrollo de la función. De esta manera, no existe responsabilidad del comitente si la función del subordinado solo facilitó el hecho ilícito, pero no era indispensable para su comisión.(161)

2.4.3. Acto ilícito del dependiente

En principio, para que nazca el deber de responder por el accionar del subordinado es preciso que exista un hecho ilícito de este último. Eso no quiere decir que la víctima está precisada a obtener previamente la condena del dependiente, pues le basta con establecer que este obró un hecho que lo haría personalmente responsable. Tampoco es preciso que el factor de atribución de responsabilidad respecto del dependiente sea subjetivo (culpa o dolo), puesto que la ley no distingue uno u otro caso y se limita a establecer que la responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente. Por consiguiente, puede suceder que este último responda, por ejemplo, por equidad (art. 1750 CCyC) o en

(159) *Ibid.*, p. 388.

(160) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Obligaciones...*, *op. cit.*, p. 458; Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento...*, t. 4, *op. cit.*, p. 626.

(161) Sáenz, Luis R. J., "La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente", en Ricardo L. Lorenzetti (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Responsabilidad civil*, t. III, Bs. As., La Ley, 2013, p. 95.

tanto dueño de la cosa riesgosa que empleó para cumplir su cometido (art. 1757 CCyC), y eso será suficiente para que nazca la responsabilidad refleja o indirecta del principal.

Sin embargo, como lo señala la norma en comentario, el principal también responde cuando el daño es ocasionado por un acto involuntario del dependiente. En este supuesto, si el juez considera —en los términos del art. 1750 CCyC— que no es equitativo en el caso que el dependiente responda, la responsabilidad del comitente será —excepcionalmente— directa y no refleja.

2.5. Relaciones entre principal y dependiente

El Código establece que el principal y el dependiente responden concurrentemente, lo cual es de toda lógica porque la responsabilidad de ambos tiene —en los términos del art. 1751 CCyC— causas distintas. El principal responde indirectamente y a título de garantía, mientras que el dependiente lo hará, según los casos, por su hecho propio, o en tanto dueño de la cosa que empleó, etc.

El principal que resarció a la víctima no tiene una acción automática contra su dependiente, sino que ella resultará de las relaciones causales que originaron la concurrencia (art. 851, inc. h, CCyC).

ARTÍCULO 1754.- ***Hecho de los hijos.*** ***Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos.***

Remisiones: ver comentario al art. 1756 CCyC.

1. Introducción

La norma en estudio, junto con el artículo siguiente, estructura una responsabilidad indirecta de los padres por el accionar de sus hijos menores de edad que se encuentren bajo su responsabilidad parental, y prevé los presupuestos, alcances y eximentes del deber de resarcir de los progenitores.

2. Interpretación

2.1. Presupuestos

El art. 1754 CCyC se refiere a la responsabilidad de los padres por el daño ocasionado por sus hijos, y la sujeta a la concurrencia de tres presupuestos.

2.1.1. Minoridad del hijo

El primer recaudo que debe encontrarse presente para que nazca la responsabilidad de los padres es que el hijo sea menor de edad, es decir, que no haya cumplido los 18 años de edad (art. 25 CCyC). En esa franja etaria se encuentran comprendidos tanto los supuestos en que el niño actuó con discernimiento como aquellos en los que no se encuentra reunido ese carácter (según que sea mayor o menor de diez años, art. 261, inc. b, CCyC).

La solución legal, ya existente en el régimen anterior, se justifica en que el deber de resarcir no emana del hecho de ser los progenitores del agente, sino de la responsabilidad

parental que les compete durante la minoridad. Por eso cabe deslindar este supuesto de responsabilidad de la que pueda caber a los padres por el accionar de su hijo mayor de edad, pero incapaz o con capacidad restringida. En estos últimos supuestos, los progenitores revestirán —en principio— la calidad de curadores de su hijo (art. 138 CCyC y ss.) y, por ende, su eventual responsabilidad se regirá por lo dispuesto en el art. 1756 CCyC, a cuyo comentario se remite.

2.1.2. Que el menor se encuentre bajo la responsabilidad parental del responsable

Para que el hecho del menor sea imputable a sus progenitores es preciso que aquel se encuentre bajo su responsabilidad parental. En principio la responsabilidad parental incumbe a ambos progenitores, tanto si conviven como cuando cesa la convivencia o se produce el divorcio de la pareja, o la nulidad del matrimonio (art. 641, incs. a y b, CCyC). La responsabilidad parental solo cesa en los supuestos previstos en el art. 699 CCyC, o cuando uno de los progenitores queda privado de ella por las causales mencionadas en el art. 700 CCyC. Igualmente, en este último supuesto, subsiste la responsabilidad civil del progenitor privado de la responsabilidad parental, como se explica al comentar el art. 1755 CCyC.

2.1.3. Que el menor conviva con el responsable

Conforme a lo establecido por el artículo en comentario, para que nazca el deber de resarcir por parte de los progenitores, es preciso que el menor conviva con ellos. Sin embargo, esto no quiere decir que, al momento de producirse el hecho, el niño se encuentre efectivamente conviviendo con sus progenitores desde un punto de vista material. La locución "convivencia" debe ser interpretada con un criterio flexible, es decir, partiendo de la idea de que se configura cuando los progenitores, aun cuando no convivan materialmente con el menor, puedan ejercer la vigilancia y educación de su hijo. Se trata de que los padres compartan la vida de su descendiente, sin que sea determinante que puedan vivir o dormir en una casa distinta, pero más o menos cercana, como para no quebrantar dicha convivencia con sus padres.[162]

2.2. Naturaleza del deber de responder de los padres por el accionar de sus hijos menores de edad

Como se verá al comentar el art. 1755 CCyC, la responsabilidad de los padres es objetiva. La norma en estudio establece expresamente que ellos (ambos) responden solidariamente por los daños causados por sus hijos. En cambio, si estos últimos también son responsables (por ejemplo, en los términos del art. 1750 CCyC), lo harán concurrentemente con sus padres (sin perjuicio de que estos respondan solidariamente el uno con el otro), por tener ambas deudas una causa distinta (art. 1751 CCyC).

> **ARTÍCULO 1755.-** ***Cesación de la responsabilidad paterna.*** ***La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643.***

(162) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Obligaciones*, *op. cit.*, p. 510.

Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible.

Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

1. Introducción

El artículo en estudio consagra la responsabilidad objetiva de los padres por el accionar de sus hijos y, asimismo, establece las eximentes específicas de este supuesto de responsabilidad.

2. Interpretación

2.1. Factor de atribución aplicable

El art. 1755 CCyC es claro en cuanto a la responsabilidad objetiva de los padres por el hecho de sus hijos menores de edad. En cambio, la cuestión era discutida en el régimen de los arts. 1114 a 1116 CC, incluso luego de la reforma instaurada por la ley 24.830. En efecto, un sector de la doctrina postulaba la responsabilidad subjetiva de los padres, con sustento en la eximente prevista en el art. 1116 del Código de Vélez, mientras que otro considera que se trataba de un supuesto de responsabilidad objetiva, que podía fundarse tanto en el factor de atribución garantía como en el riesgo que emana de la patria potestad.

El CCyC termina con todo debate al respecto, por un lado, al consagrar que la responsabilidad de los padres es de corte netamente objetivo y, por el otro, al excluir la posibilidad de que los progenitores se eximan de responsabilidad acreditando que les ha sido imposible evitar la producción del daño.

En consecuencia, como principio general los padres, para eximirse de responder, deben acreditar la causa ajena (art. 1722 CCyC).

2.2. Eximentes específicas

Más allá de que, como acaba de referirse, los padres responden objetivamente por el accionar de sus hijos menores de edad y, por ende, se eximen demostrando la existencia de una causa ajena, la norma en análisis regula algunas eximentes específicas, que se tratan a continuación.

2.2.1. Puesta del menor bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente

El art. 1755 CCyC exime de responsabilidad a los progenitores cuando el menor se encuentre bajo la vigilancia de otra persona, sea transitoria o permanentemente. La primera nota distintiva de esta disposición es que modifica la norma análoga del CC (art. 1115), que solo eximía a los padres cuando el menor era puesto bajo la vigilancia de otra persona en forma permanente.

Ahora bien, para que se configure esta causal es preciso que se haya desplazado el deber de contralor sobre el menor hacia otra persona física o jurídica. Dicha transferencia debe ser legítima, es decir, debe estar destinada a la formación, educación, rehabilitación o

seguridad del menor.[163] Se trata, por ejemplo, del supuesto en que el niño es dejado en el establecimiento escolar, en cuyo caso la responsabilidad por el accionar del educando se traslada al titular de la institución, en los términos del art. 1756 CCyC.

Asimismo, el desplazamiento en el cuidado del menor debe ser circunstancial, pues, de lo contrario, se estaría delegando la responsabilidad parental.

Por otra parte, es preciso que no exista dependencia entre la persona a la cual se entregó el cuidado del menor y sus progenitores, pues en el caso que sea así no existirá una transmisión de la vigilancia activa del menor: el cuidador actuará bajo las órdenes y dirección del padre o madre al cual se encuentra subordinado.

Sin perjuicio de ello, la norma en análisis establece expresamente que no se configura esta eximente en los casos en que los padres han delegado voluntariamente la responsabilidad parental. En este sentido, cabe recordar que el art. 643 CCyC faculta a los progenitores a delegar, en interés del hijo y por razones justificadas, la responsabilidad parental a un pariente, acuerdo que debe ser homologado judicialmente. En estos casos, la norma citada en último término es clara en cuanto a que la delegación no implica la suspensión de la titularidad en la responsabilidad parental, por lo que es una consecuencia lógica que se mantenga en estos casos la responsabilidad de los padres por el accionar de sus hijos.

2.2.2. La falta de convivencia del menor con sus progenitores y la extinción de la responsabilidad parental

Al comentar el artículo que antecede se ha visto que uno de los presupuestos de la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos es que estos últimos convivan con ellos. También es preciso que los padres ejerzan la responsabilidad parental.

Sin embargo, la inexistencia de estos presupuestos no siempre actúa como eximente del deber de resarcir de los progenitores. En efecto, y a tenor de lo establecido por el art. 1755 CCyC, en los casos en que el cese de la convivencia o la extinción o suspensión de la responsabilidad parental estén fundados en una causa atribuible al padre o madre del niño, subsiste el deber de resarcir el daño ocasionado por este último. La *ratio legis* de esta previsión se encuentra en que sería injusto que quien ha incurrido en las más groseras violaciones a los deberes que le impone la responsabilidad parental, a punto de haber sido privado de ella, quede en mejor situación que aquel que ha cumplido acabadamente con aquellos.[164]

Partiendo de esas premisas, subsiste el deber de resarcir el daño en cabeza de los padres cuando se presenten los supuestos de privación de la responsabilidad parental enumerados en el art. 700 CCyC (condena como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo —inc. a—; abandono del menor —inc. b—, y poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo —inc. c—), como así también cuando se produce la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental por convivir el hijo con un tercero, que fue separado de sus progenitores por razones graves (art. 702, inc. d, CCyC).

(163) *Ibid.*, p. 513.

(164) Zavala de González, Matilde, *op. cit.*, p. 668; Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Obligaciones...*, t. 4, *op. cit.*, p. 509.

2.2.3. El ejercicio de tareas inherentes a la profesión, de funciones subordinadas encomendadas por terceros, y el cumplimiento de las obligaciones válidamente contraídas por el menor

Como lo ha dicho la doctrina con anterioridad a la reforma, es claro que, en los actos vinculados con el trabajo, profesión o la actividad comercial del menor, es prácticamente imposible que los padres ejerzan alguna vigilancia o contralor, y el hijo puede obrar laboral o profesionalmente aun contra la voluntad paterna (art. 30 CCyC). Es por eso que, en estos casos, el menor responde de manera exclusiva por los hechos dañosos causados en ejercicio de su trabajo, profesión o comercio.[165]

ARTÍCULO 1756.- ***Otras personas encargadas.*** *Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo.*

Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia.

El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control.

1. Introducción

La norma objeto de este comentario se refiere a dos supuestos de responsabilidad distintos. En primer lugar, trata acerca del deber de responder de los delegados en la responsabilidad parental, tutores y curadores por el accionar de los incapaces que se encuentran bajo su protección. En segundo término, se refiere a la responsabilidad de los establecimientos de internación por los daños ocasionados a terceros por las personas que se encuentran bajo su cuidado. En ambos casos la responsabilidad es subjetiva, aunque en el primero hay una inversión de la carga de la prueba de la culpa.

2. Interpretación

2.1. El deber de responder de los delegados en la responsabilidad parental, tutores y curadores

En el CC, y partir de la reforma instaurada por la ley 24.830, la responsabilidad de los tutores y curadores por el daño ocasionado por las personas que se encuentren bajo su cuidado quedó equiparada a la responsabilidad de los padres (art. 1114 CC). El nuevo ordenamiento civil y comercial, aunque agrava la responsabilidad de los padres, mantiene el régimen anterior para el caso de los tutores y curadores, quienes podrán invocar (además de las eximentes previstas para la responsabilidad de los padres) que les ha sido imposible evitar la producción del daño para eximirse de responder.

Asimismo, la disposición en estudio incorpora la figura del delegado en la responsabilidad parental (art. 643 CCyC), quien responderá con el mismo alcance que los tutores y curadores.

Ahora bien, el art. 1756 CC consagra una presunción *iuris tantum* de culpa en cabeza de las personas mencionadas, únicamente puede desvirtuarse si los encargados del menor o

(165) Zavala de González, Matilde, *op. cit.*, p. 666.

incapaz demuestran que les ha sido imposible impedir el daño o, lo que es igual, si acreditan su obrar diligente.(166) Por ende, para liberarse deberán demostrar que ejercieron una razonable vigilancia del menor o incapaz, y les otorgaron una buena educación.(167) Por ejemplo, se ha considerado que no existe una vigilancia activa cuando los niños juegan en la calle, con hondas o gomeras, o tiran piedras, o cuando vagabundean solos por la vía pública; o si se les permite el uso de armas de fuego u otros instrumentos peligrosos, o cuando se consiente la realización de actividades peligrosas para su edad o su capacidad.(168)

2.2. El deber de responder de los establecimientos de internación

En su segundo apartado, el art. 1756 CCyC establece que los establecimientos que tengan a su cargo personas internadas responden subjetivamente por el cuidado de las que, transitoria o permanentemente, se encuentren bajo su vigilancia y control.

El análisis de este supuesto de responsabilidad torna necesario distinguir entre los supuestos en que el daño es ocasionado por la persona internada a terceros y aquellos otros en que el damnificado es quien se encuentra bajo el cuidado de la institución.

En el primer caso, es claro que el establecimiento asistencial responde subjetivamente frente a los terceros, quienes deben acreditar la negligencia de la institución en el cuidado y control de la persona que se encuentra a su cuidado.

Por el contrario, si el daño es sufrido por la persona internada, en principio resulta de aplicación el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor (arts. 1º y 2º de la ley 24.240), de forma tal que el establecimiento responde objetivamente por la infracción de la obligación de seguridad (arts. 5º y 6º de este último cuerpo legal).

SECCIÓN 7ª(*)

Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades

ARTÍCULO 1757.- ***Hecho de las cosas y actividades riesgosas.*** *Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.*

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

1. Introducción

La norma en comentario, en concordancia con el art. 1758 CCyC, establecen los caracteres de la responsabilidad que emana de los daños ocasionados con la intervención de cosas viciosas o riesgosas o por actividades peligrosas.

(166) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Obligaciones...*, t. 4, *op. cit.*, p. 515.

(167) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1116 del Código Civil", en Augusto C. Belluscio (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, t. 5, Bs. As. Astrea, 2007, p. 621.

(168) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G, *Obligaciones...*, t. 4, *op. cit.*

(*) Comentarios a los arts. 1757a 1780 elaborados por Luis R. J. Sáenz.

2. Interpretación

2.1. La responsabilidad por el hecho de las cosas en el CC

Es sabido que en el CC no existía la responsabilidad por riesgo, como así tampoco ningún supuesto de responsabilidad objetiva. Ello fue así por la sencilla razón de que la sola idea de que nazca la obligación de resarcir el daño ocasionado sin la intervención de una conducta subjetivamente reprochable era inimaginable.

Muchos años después, el supuesto ahora regulado en los arts. 1757 y 1758 CCyC fue uno de los puntos más trascendentes de la reforma instaurada al ordenamiento civil anterior por la reforma del año 1968 (ley 17.711), que modificó el art. 1113 de dicho cuerpo legal, e incorporó la responsabilidad objetiva en el ámbito extracontractual. En particular, la del dueño o guardián de una cosa viciosa o riesgosa por los daños ocasionados por el accionar de aquella, quien únicamente se eximía acreditando la ruptura del nexo causal o la pérdida de la guarda de la cosa.

Más allá de ello, en la misma disposición se preveía la responsabilidad por los daños ocasionados "con" la cosa, supuesto en el cual se presume la culpa del agente. Sin perjuicio de que este último régimen de responsabilidad fue muy raramente aplicado por la jurisprudencia, lo cierto es que la distinción entre el daño ocasionado por el vicio o riesgo de la cosa, o con la cosa, se mantuvo vigente hasta la actualidad.

2.2. Supuestos de aplicación de la norma. Cosas viciosas o riesgosas. Actividades peligrosas

El primer caso previsto en el art. 1757 CCyC presupone el accionar de una cosa riesgosa o viciosa en la producción del daño. Al respecto, cabe recordar que las cosas pueden ser riesgosas:

a. por su propia naturaleza, esto es, cuando, conforme a su estado natural, constituyen un peligro potencial para terceros;
b. cuando la cosa, que no es peligrosa o riesgosa por su naturaleza, ve potenciada esa aptitud para generar daños por la propia conducta del responsable que multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de dañosidad. En este último caso quedan comprendidos distintos supuestos, por ejemplo, aquel en que el daño es causado por el funcionamiento particular de la cosa (automóvil), o cuando el peligro nace del estado en que se encuentra (fusil cargado), o de la posición en que se localiza (madera transportada en un camión que cae sobre un automóvil al que precede en la ruta).[169]

En cuanto a las cosas viciosas, ellas son relevantes, a los fines previstos en la norma objeto de comentario, cuando, debido al defecto que presenta, la cosa tiene virtualidad suficiente para convertirse en una fuente potencial de riesgos para terceros. Es que el riesgo o contingencia del daño es la mera consecuencia o derivación del vicio propio de la cosa.[170]

Sobre el riesgo de la actividad, ella puede ser peligrosa por su naturaleza, es decir, con motivo de sus características intrínsecas o habituales, o por las circunstancias de su realización, es decir, por factores contingentes referidos a la manera de llevarlas a cabo. El primer supuesto se presenta, por ejemplo, por la explotación de la energía nuclear, que

(169) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Obligaciones*, t. 4, Bs. As., Hammurabi, 2004, p. 561.

(170) *Ibid.*, p. 563.

es siempre peligrosa, y susceptible de generar accidentes para terceros. En cuanto al segundo caso, se configura cuando existen factores contingentes referidos a la manera de llevar a cabo la actividad. Se trata de un riesgo accidental, que puede o no presentarse, según el caso.(171) Se vincula con las circunstancias que son determinantes para la calificación riesgosa de la actividad desplegada, que se vinculan, principalmente, con los medios o elementos empleados para el despliegue de la actividad, que pueden y deben ser controlados por su titular.(172)

2.3. Régimen de la responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas en el CCyC

El art. 1757 CCyC consagra dos supuestos de responsabilidad distintos, que generan efectos similares. En primer término, regula la responsabilidad por el daño ocasionado por las cosas viciosas o riesgosas y; en segundo término, incluye en el mismo régimen el daño producido por las actividades peligrosas o riesgosas por su naturaleza.

a. **Responsabilidad por vicio o riesgo de la cosa.** La primera nota distintiva de la disposición en estudio es que elimina la categoría de daños causados "con" las cosas que, como ya lo hemos adelantado, se encontraba prácticamente vacía de contenido, pues era de muy esporádica utilización por la jurisprudencia. El art. 1757 CCyC centra su campo de aplicación, entonces, en aquellos supuestos en que el daño es ocasionado por las cosas viciosas o riesgosas, es decir, los supuestos en que el perjuicio es producido por el hecho de la cosa, en los que esta interviene activamente en la producción del resultado. Así las cosas, resulta de aplicación la disposición en comentario cuando el daño sea ocasionado por una cosa que, por su naturaleza, estado o modo de utilización engendra daños para terceros.

   Por otra parte, y como surge del artículo en comentario, la responsabilidad es, en estos casos, objetiva, es decir que la conducta subjetivamente reprochable del agente es irrelevante a los fines de imputarle responsabilidad. El factor de atribución aplicable es el riesgo. Por ende, para eximirse de responsabilidad el sindicado como responsable deberá acreditar la causa ajena, es decir, el hecho de la víctima, de un tercero por el cual no debe responder o el caso fortuito o fuerza mayor (arts. 1722, 1729, 1730 y 1731 CCyC).

   Partiendo de esa premisa, a la víctima le bastará con acreditar el contacto material entre el hecho de la cosa y el daño, para que surja la presunción de adecuación causal, es decir, que el accionar de la cosa viciosa o riesgosa fue la que, conforme el curso normal y ordinario de los acontecimientos, produjo el resultado.

b. **Los daños ocasionados por las actividades peligrosas**. La disposición en análisis prevé también la responsabilidad objetiva por el daño ocasionado por las actividades riesgosas. Cabe recordar, sobre este último aspecto, que una actividad es riesgosa cuando, por su propia naturaleza o por las circunstancias de su realización, genera un riesgo o peligro para terceros. No es relevante la intervención de cosas en la realización de la actividad.

   Con anterioridad a la reforma, estos supuestos eran considerados comprendidos en el supuesto previsto —por analogía— en el art. 1113, *in fine*, CC. En estos casos,

(171) Zavala De González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. 4, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 610.

(172) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *op. cit.*, p. 599.

quien realiza la actividad, se sirve u obtiene un provecho de ella (art. 1758 CCyC) debe resarcir el daño ocasionado.

2.4. La autorización legal para utilizar la cosa o realizar la actividad

El art. 1757 CCyC dispone expresamente que la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad reputada riesgosa no funciona como una eximente del deber de responder. Este principio es fundamental pues, como es sabido, en general la utilización de cosas riesgosas por su naturaleza es admitida por el ordenamiento jurídico (por ejemplo, utilización de automotores). Por ende, la sola utilización de la cosa no es en sí mismo un hecho ilícito, pero se volverá tal cuando el accionar de esta última ocasione un daño a un tercero (art. 1717 CCyC). Lo mismo sucede en el caso de las actividades peligrosas, que muchas veces están autorizadas por la normativa aplicable.

Tampoco podrá oponerse a la acción incoada por la víctima la adopción de las medidas de prevención necesarias para evitar la producción del daño.

ARTÍCULO 1758.- ***Sujetos responsables.*** *El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.*

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

Remisiones: ver comentario al art. 1941 CCyC.

1. Introducción

La norma en análisis establece la legitimación pasiva en materia de daños ocasionados con cosas viciosas o riesgosas o actividades riesgosas. Asimismo, consagra la eximente específica de este supuesto de responsabilidad, la pérdida de la guarda no voluntaria de la cosa.

2. Interpretación

2.1. La legitimación pasiva en los supuestos de daños ocasionados por cosas viciosas o riesgosas

Respecto del primer supuesto contemplado por la norma, se consagra la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa viciosa o riesgosa, al igual de lo que ocurría en el art. 1113, párr. 2 *in fine*, CC.

En cuanto al dueño de la cosa que ocasiona el daño, es aquel que ostenta la titularidad de dominio, en los términos del art. 1941 CCyC, a cuyo comentario remitimos. Por ende, será dueño de una cosa mueble registrable quien cuente con la inscripción registral pertinente (art. 1892 CCyC), y en los casos de cosas muebles no registrables conforme a las reglas de la apropiación, establecidas en el art. 1947 CCyC.

Más allá de ello, la principal reforma en la materia está dada por la figura del guardián, pues el nuevo ordenamiento civil y comercial no se limita a mencionarlo, sino que también establece los recaudos que deben reunirse para que el sindicado como responsable

reúna tal calidad. En efecto, es guardián de la cosa quien ostenta su uso, control y dirección. Por ende, en los términos del art. 1758 CCyC, es guardián quien se sirve de la cosa, ejerciendo, de manera autónoma, el poder de control y gobierno de ella, aunque no pueda llegar a servirse de la cosa. Es preciso que el ejercicio de dicho poder sobre la cosa sea autónomo e independiente respecto de cualquier otra persona, por lo que, quien utiliza o emplea la cosa siguiendo las instrucciones o directivas de otro, no asume la condición de guardián.(173) La norma consagra el criterio seguido por la jurisprudencia francesa, a partir del célebre *arrêt Franck* de la Corte de Casación de ese país.(174)

Ahora bien, es claro que la disposición en estudio requiere, para que surja la figura del guardián, que se encuentren reunidos los tres presupuestos. Es decir que el sindicado como responsable debe tener el uso, la dirección y el control de la cosa. El art. 1758 CCyC es claro al utilizar el término copulativo "y" que, valga la redundancia, sirve para unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo.(175) No se trata de un detalle, o de una discusión meramente académica, pues es la suma de los tres elementos lo que permite configurar el poder de control autónomo sobre la cosa. Por ende, si quien utiliza la cosa lo hace siguiendo instrucciones u órdenes de otro, no es guardián, pues dicho carácter le corresponde a quien le imparte las indicaciones en cuyo interés se ejerce la guarda. Por su parte, también debe responder como guardián quien obtiene un provecho de la cosa, es decir, quien se sirve de ella para su beneficio.

2.2. La legitimación pasiva por los daños ocasionados por el desarrollo de actividades riesgosas o peligrosas

En los supuestos en los cuales el daño es consecuencia de una actividad riesgosa o peligrosa, responde quien realiza tal actividad, se sirve u obtiene un provecho de ella. Ello es así pues, en este caso, no existe un dueño de la actividad, sino que es responsable quien ejerce un poder fáctico sobre su desarrollo, quien la ejecuta o desarrolla con un poder real autónomo e independiente de dirección sobre ella. La responsabilidad recae, entonces, sobre quien genera, fiscaliza, supervisa, controla o potencia, de forma autónoma, la actividad riesgosa.(176)

2.3. La pérdida de la guardia no voluntaria como eximente

Amén de las previsiones relativas a la legitimación pasiva en el régimen de responsabilidad en estudio, la norma consagra una eximente más en este supuesto del deber de resarcir: la pérdida de la guarda no voluntaria. Esta eximente, ya vigente en el marco del CC, encuentra su razón de ser en el hecho de que, en estos casos, el dueño o guardián cesa en el poder que ejerce sobre la cosa, que pasa a la esfera de actuación de otra persona, que es el legitimado pasivo. Se configurará esta eximente, entonces, cuando el dueño o guardián haya sido privado de la cosa por el obrar de un tercero (hurto, robo, apropiación, etc.). Sin embargo, cuando el sindicado como responsable haya transmitido la guarda vo-

(173) Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad por riesgo creado y de empresa*, t. II, Bs. As., La Ley, 2006, p. 263.

(174) Corte de Casación Francia, Cámaras reunidas, *Franck:* GAJC n° 194, 02/12/1941, obs. F. Terré et Y. Lequette.

(175) [En línea] www.rae.es

(176) Pizarro, Ramón D., *op. cit.*, t. III, p. 543.

luntariamente a un tercero, se presume que ha autorizado o consentido el uso de la cosa por parte de este último.[177]

ARTÍCULO 1759.- ***Daño causado por animales.*** ***El daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el artículo 1757.***

1. Introducción

El artículo en estudio equipara la responsabilidad por los daños ocasionados por animales a la de las cosas viciosas o riesgosas o los derivados de actividades riesgosas o peligrosas.

2. Interpretación

2.1. La responsabilidad por el hecho de los animales en el CC

El ordenamiento civil derogado establecía un complejo sistema para regular la responsabilidad por los daños causados por los animales, en el art. 1124 y ss. La primera disposición citada establecía la responsabilidad del dueño del animal doméstico o feroz por el daño que causare, o de quien se servía del animal.

Asimismo, los artículos siguientes hacían alusión a la eximición del dueño del animal cuando este último fuese excitado por un tercero (art. 1125 CC), a la responsabilidad del dueño aun cuando el animal se encuentre bajo la guarda de un dependiente, o cuando el hecho no sea propio del accionar de la especie (art. 1126 CC), la eximición del guardián por el extravío no culpable del animal (art. 1127 CC), los daños ocasionados por un animal a otro (art. 1130 CC, etc.).

2.2. El régimen de responsabilidad por los daños ocasionados por animales en el CCyC

El art. 1759 CCyC simplifica el régimen de responsabilidad por los daños ocasionados por animales, al equipararlo al de la responsabilidad por el daño ocasionado por cosas viciosas o riesgosas. Ello es consecuencia de que, en puridad, los animales revisten la categoría de cosas muebles (art. 227 CCyC), por lo que en el sistema del nuevo ordenamiento civil y comercial no resulta pertinente efectuar una diferenciación respecto de los daños que pueden ocasionar el accionar de las cosas en general.

Asimismo, la norma en estudio sella toda discusión en cuanto a cuál es el factor de atribución aplicable en estos casos. En efecto, con anterioridad a la reforma se discutió en la doctrina si nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva o subjetiva, y la postura clásica sustentaba que la imputación del dueño o guardián era a título de culpa, por no haber vigilado adecuadamente al animal para que no produjera daño alguno. Sin embargo, el CCyC adopta, en esta materia, la posición sustentada por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, en cuanto a que el dueño o guardián del animal responden objetivamente, pues han creado un riesgo del cual se benefician y cuyas consecuencias es justo que afronten.[178]

(177) Pizarro, Ramón D., *op. cit.*, t. II, p. 458.

(178) Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1997, p. 441.

Los legitimados pasivos son el dueño y guardián del animal. Es dueño quien tiene la posesión de aquel, salvo que se trate de un supuesto en que la legislación específica requiera la registración de la cosa (art. 1895 CCyC). En cuanto al guardián, y siguiendo la regla sentada al respecto por el art. 1758 CCyC, es quien ostenta un poder de dirección, control y uso independiente del animal, como quien se sirve de él, o percibe un beneficio económico de su utilización.

Para eximirse de responder el sindicado como responsable debe acreditar la ruptura del nexo causal o la pérdida no voluntaria de la cosa (arts. 1757 y 1758 CCyC), con lo que la regla del anterior ordenamiento civil, conforme a la cual el guardián se exime cuando el animal haya sido excitado por un tercero, deja de existir.

SECCIÓN 8ª
Responsabilidad colectiva y anónima

ARTÍCULO 1760.- ***Cosa suspendida o arrojada.*** ***Si de una parte de un edificio cae una cosa, o si ésta es arrojada, los dueños y ocupantes de dicha parte responden solidariamente por el daño que cause. Sólo se libera quien demuestre que no participó en su producción.***

1. Introducción

La norma en análisis se refiere al régimen de responsabilidad por los daños ocasionados por las cosas caídas o arrojadas de una parte del edificio.

2. Interpretación

El art. 1760 CCyC regula un supuesto especial de responsabilidad colectiva, en la cual se ocasiona un daño al tercero con una cosa caída o arrojada de un edificio. Es claro que, en puridad, se trata de un supuesto particular de aplicación de la responsabilidad colectiva, por lo cual el caso previsto guarda una relación de género-especie con el supuesto genérico previsto en el art. 1761 CCyC, referido al deber de responder del grupo, cuando el autor material del daño se mantenga anónimo.(179)

La disposición en estudio establece los caracteres particulares del régimen de responsabilidad colectiva por el integrante anónimo de un grupo, a los cuales nos referiremos a continuación.

2.1. Cosa arrojada o caída que ocasiona un daño

El primer elemento requerido para que nazca la responsabilidad que emana de la norma en análisis es que el daño sea ocasionado por una cosa arrojada o caída de una parte del edificio. El texto del art. 1760 CCyC es, en este punto, más claro que el del art. 1119 CC, que se refería a las cosas arrojadas o derramadas (*actio de effusis et deiectis*) o suspendidas y expuestas a caer (*actio de positis vel suspensis*).(180)

(179) Parellada, Carlos A., "Responsabilidad colectiva y daño anónimo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Comisión Decreto N° 191/2011", en *RCyS*, 2012-X, p. 5.

(180) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1119 del Código Civil", en Augusto C. Belluscio (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, t. 5, Bs. As. Astrea, 2007, p. 652.

Asimismo, cabe destacar que el texto del artículo en comentario, a diferencia de lo que ocurría en el Código Civil, no prevé el lugar donde debe caer la cosa para que se configure el supuesto de responsabilidad. Por el contrario, en el ordenamiento civil anterior se requería que el daño *"... los que transiten, por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito"*.[181]

Quedan incorporados en el ámbito de la responsabilidad colectiva así consagrada los casos en que la cosa es arrojada o cae desde un edificio. Incluye, entonces, tanto los supuestos en que la cosa haya sido arrojada, como aquellos en los que cae una mampostería, o revoques, macetas, carteles, adornos, o cualquier otra clase de elementos que puedan caer desde las aperturas de las paredes o de los balcones. Es decir, ambos supuestos, hecho del hombre o hecho de la cosa, son tratados en la normativa de la misma forma.[182]

2.2. Legitimación pasiva

En el ordenamiento civil anterior era complejo determinar el alcance de los responsables, identificados por el art. 1119 CC como los *"padres de familia"* o *"los inquilinos de la casa"*. En efecto, se criticaba la fórmula utilizada por ser confusa, aunque existía acuerdo en cuanto a que se refería a aquellos que ejercen la autoridad doméstica sobre un grupo de personas que viven en común, por un lado, y por el otro al dueño, locatario, usufructuario, usuario, poseedor, comodatario, depositario, etc.[183]

Como sea, el CCyC elabora una fórmula más sencilla al establecer que deberán responder los dueños y ocupantes de dicha parte del edificio. Por ende, la responsabilidad alcanza tanto al titular de dominio de la cosa, como a todo aquel que ostente algún tipo de control sobre ella, cualquiera sea su título (locatario, usufructuario, comodatario, etc.).

En especial, es preciso destacar que el consorcio de copropietarios es una persona jurídica (art. 2044 CCyC), de forma tal que, si en la parte del edificio de la cual cayó o fue arrojada la cosa, además de las distintas unidades funcionales, existe una parte común (por ejemplo, el techo, azotea, terraza o patio solar, art. 2041, inc. c, CCyC), el consorcio también deberá responder, en su carácter de titular de esa parte.

Por otra parte, la norma es clara en cuanto a que el deber de resarcir el daño ocasionado alcanza tanto a los dueños como a los ocupantes, esto es, que la existencia de un habitante que no revista la primera calidad (por ejemplo, un inquilino) no excluye la responsabilidad del titular de dominio del bien.

Todos los sujetos mencionados en la norma en comentario son responsables solidariamente por el daño ocasionado a la víctima. Más allá de la expresa previsión normativa, ello es una consecuencia de la regla general establecida en el art. 1751 del mismo cuerpo legal, dado que la causa del deber de resarcir es la misma para todos.

.....

(181) Tanzi, Silvia Y. y Cassazza, María S., "Responsabilidad colectiva, anónima y por la actividad peligrosa de un grupo en el CCyC", en *LL*, 2015-A, p. 745; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1119...", *op. cit.*, p. 652.

(182) Parellada, Carlos A., *op. cit.*

(183) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1119...", *op. cit.*, p. 651.

2.3. Eximentes

La norma en estudio es clara en cuanto a que únicamente se libera quien demuestre que no participó en la producción del daño. Ello implica establecer una presunción en favor de la víctima que ha sufrido el daño por la caída de la cosa desde el edificio, de que los autores son los ocupantes, y que los dueños deben responder en forma solidaria con aquellos.(184) Más allá de esta clara regla, existen dos notas distintivas que también deben tenerse en cuenta.

En primer lugar, el art. 1760 CCyC se refiere, expresamente, a que la cosa debe haber caído o sido arrojada desde una "parte" del edificio. Con ello se quita todo manto de duda al hecho de que la responsabilidad colectiva consagrada no alcanza a las personas que habiten o sean propietarios de una parte distinta del bien del cual provino la cosa (por ejemplo, los habitantes del contrafrente, o cuyas ventanas no dan a la arteria desde la cual, ineludiblemente, cayó o fue arrojada la cosa dañosa).

En segundo término, tampoco debe encontrarse individualizada la unidad funcional desde la cual se arrojó o cayó la cosa, pues, en este último supuesto, solo debe responder el propietario del bien particular. Lo que sucede es que, identificado el causante del daño, ya el supuesto de responsabilidad aplicable no será el establecido en la norma objeto de este comentario, sino que quien arrojó en efecto la cosa debe responder directamente por su accionar (art. 1749 CCyC), o por el hecho de la cosa que cayó desde su propiedad (art. 1757 CCyC y ss.). Por ende, no se trata de un eximente de responsabilidad, sino de un presupuesto de aplicación del artículo en análisis.

2.4. Factor de atribución

Sin embargo, es claro que la eventual conducta subjetivamente reprochable del autor nada tendrá que ver con la imputación de responsabilidad. En efecto, el sindicado como responsable no solo puede no ser culpable, sino que incluso puede no ser el autor material del daño.(185) Es por ello que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva y, por ende, resultan de aplicación las pautas previstas al respecto por los arts. 1722 y 1723 CCyC.(186)

ARTÍCULO 1761.- ***Autor anónimo.*** ***Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción.***

Remisiones: ver comentario al art. 1761 CCyC.

1. Introducción

El artículo en estudio regula la responsabilidad por el accionar del integrante de un grupo que ocasiona un daño, y no puede ser identificado.

(184) Tanzi, Silvia Y. y Cassazza, María S., *op. cit.*

(185) Bustamante Alsina, Jorge, *op. cit.*, p. 631.

(186) Parellada, Carlos A., *op. cit.*; Tanzi, Silvia Y. y Cassazza, María S., *op. cit.*

2. Interpretación

La norma en análisis consagra la responsabilidad colectiva del grupo cuando resulta imposible identificar al autor material del daño. Se trata de un supuesto de responsabilidad inexistente en el CC, sin perjuicio de lo cual la doctrina y jurisprudencia consideraban aplicable los arts. 1119 de dicho cuerpo legal y 95 CP.

2.1. Distintos supuestos de intervención de un grupo en la producción del daño

Previo a ingresar en el análisis particular del caso reglado por la disposición transcripta, es preciso poner de resalto que la intervención plural de un grupo en la producción de un daño puede adoptar distintas características.

En primer lugar, la intervención es conjunta o común cuando varios sujetos, individualmente considerados, cooperan o toman parte en la producción del resultado dañoso, en calidad de coautores, consejeros, cómplices o auxiliares de un acto ilícito.(187) En este supuesto, existen varios hechos ilícitos individuales entre sí, pero conexos en cuanto producen un resultado lesivo común.(188) Es claro que cada uno de ellos responde directamente por su accionar, en los términos del art. 1749 CCyC, y se encuentran solidariamente obligados a resarcir el daño ocasionado a la víctima (art. 1751 del mismo cuerpo legal).

En segundo término, el accionar plural puede ser concurrente, en los casos en que el mismo daño es provocado por la acción, independiente entre sí, de dos o más personas, con la particularidad de que, aun sin mediar el hecho de la otra, el resultado se habría producido igualmente. Tal es el supuesto en que distintos individuos arrojan desechos tóxicos a un curso fluvial, provocando la contaminación de las aguas; o cuando dos personas suministran una dosis de veneno a la víctima, y cualquiera de ellas pudo ocasionarle la muerte en forma independiente. También en este caso el accionar de cada uno de ellos es individual, pero todos deben responder frente al damnificado por la totalidad del daño ocasionado.(189)

La doctrina distingue el supuesto en el cual la intervención es alternativa o disyunta, es decir, en donde el daño es atribuible a una persona o a otra, pero de manera alternativa o excluyente. En este último caso es en el cual se encuentra comprendido el accionar de un miembro no identificado dentro de un grupo circunstancial dañoso individualizado de posibles responsables.(190) Por ejemplo, si varios cazadores disparan simultáneamente sus armas, pero la víctima solo ha recibido el impacto de un disparo que le provoca la muerte. Solo uno de ellos ha sido el autor del daño, pero no puede establecerse cuál de los agentes es el que provocó el resultado dañoso, por lo que la autoría permanece en el anonimato.(191) Como podrá advertir el lector, este es justamente el supuesto regulado por la disposición *sub examine*.

(187) Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad...*, t. III, *op. cit*, p. 552.

(188) Burgos, Débora, "La responsabilidad colectiva y anónima en el CCyC", en *RCyS* 2015-IV, p. 198.

(189) Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad...*, t. III, *op. cit.*, p. 553.

(190) *Ibid.*, p. 553.

(191) Parellada, Carlos A., *op. cit.*

Finalmente, existen supuestos en los cuales ya no se responsabiliza al grupo por el accionar de uno de sus integrantes, que permanece anónimo, sino que lo que se toma en cuenta es el accionar del grupo en general. La autoría individual de cada uno de los integrantes es, a diferencia de los casos mencionados en los párrafos que anteceden, irrelevante, pues lo que tiene en cuenta la ley a los fines de imputar el hecho dañoso es el accionar del grupo en sí mismo. La autoría es del colectivo, y ya no interesa la conducta particular de uno de sus integrantes. Se trata del supuesto de los daños causados por el accionar riesgoso o peligroso de un grupo, regulado por el art. 1761 CCyC, a cuyo comentario remitimos.

2.2. Los caracteres y presupuestos de la responsabilidad colectiva por el daño ocasionado por el autor anónimo

Para que resulte aplicable la normativa en análisis es preciso, en primer lugar, que exista un grupo determinado. No se trata de cualquier reunión individual de personas, sino que debe existir una "pertenencia" de cada uno de sus integrantes al conjunto, a través de un lazo de cohesión, más o menos definido.(192) La pertenencia al mismo se concreta a través de un cierto lazo o vínculo de adhesión al mismo, que puede ser más o menos intenso, consciente o inconsciente. El grupo requiere de algún grado de interacción, o de conexidad o de intercomunicación entre sus miembros.(193)

En segundo término, es un recaudo ineludible que exista un daño ocasionado por alguno de los miembros del grupo en cuestión, pero no puede discernirse cuál de sus integrantes fue el que lo produjo. Estamos ante un supuesto en que la autoría individual del daño permanece desconocida, y dicho anonimato es básico y esencial para que se configure el supuesto de responsabilidad en estudio. Es que, en puridad, la responsabilidad del autor anónimo es un supuesto de responsabilidad provisorio y subsidiario, pues rige y se mantiene vigente en tanto y en cuanto no se determine la identidad del o de los responsables particulares del daño. Si estos últimos se encuentran identificados, entonces el régimen previsto en el art. 1761 CCyC ya no será aplicable, y los autores materiales responderán directamente por el daño que se produjo.(194)

Es también un presupuesto de aplicación de la norma en estudio que el grupo no haya desarrollado una actividad peligrosa, pues en este caso será de aplicación lo dispuesto por el art. 1762 del mismo cuerpo legal.

Acreditados los extremos antes aludidos, se encuentran obligados a resarcir el daño ocasionado todas las personas que conforman el grupo de autores probables del menoscabo. Esa probabilidad de autoría debe ser demostrada en forma inequívoca, mediante la prueba de la relación causal que se remonta desde el daño sufrido hasta el grupo considerado. También pesa sobre el damnificado la carga de acreditar que el demandado formaba parte del colectivo en cuestión.

Una vez demostrados estos extremos, la norma presume la autoría en todos los integrantes del grupo, quienes deberán responder solidariamente por la indemnización del daño ocasionado al damnificado.(195)

(192) Tanzi, Silvia Y. y Cassazza, María S., *op. cit.*

(193) Pizarro, Ramón D.,*Responsabilidad...*, t. III, *op. cit.*, p. 566.

(194) *Ibid.,* p. 555.

(195) Parellada, Carlos A., *op. cit.*

En cuanto al factor de atribución aplicable en estos supuestos, es claro que —por los fundamentos que expusimos al comentar el artículo que antecede— nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, por lo cual será irrelevante la subjetividad de la conducta de los integrantes del grupo a los fines de determinar su responsabilidad. Es preciso poner de resalto que, en vigencia del CC, aun quienes postulaban la responsabilidad objetiva del colectivo considerado señalaban que el factor aplicable es el riesgo creado.[196] No coincidimos con esta última doctrina, pues sustentar el régimen de responsabilidad del autor anónimo en el riesgo conduciría a la conclusión de que únicamente nace este deber de responder cuando el grupo desarrolla una actividad que revista tales características, y ese no es un recaudo previsto por el art. 1761 CCyC para su aplicación. Por ello, creemos que la responsabilidad del grupo se rige por las reglas de la garantía, pues la norma pone en cabeza del colectivo un deber de indemnidad frente al eventual damnificado por el daño que le pueda ocasionar cualquiera de sus integrantes.

Respecto de los eximentes que puede oponer el sindicado como responsable, debe demostrar que no ha participado en la producción del daño. Es decir, que su accionar no contribuyó a la producción del resultado dañoso, por lo que no hay relación de causalidad entre el daño y su conducta. Así, puede probar que no formó parte del grupo de autores probables o, más aun, probar quién es el autor material del daño, mediante la prueba inequívoca y la demostración de que la autoría es exclusiva. Igualmente, para que se configure esta última causal no basta con acreditar quien fue el causante del perjuicio, sino que también debe comprobarse que el demandado no ha contribuido a la producción del daño.[197]

ARTÍCULO 1762.- ***Actividad peligrosa de un grupo.*** ***Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo.***

1. Introducción

La disposición en estudio regula los supuestos en los cuales el daño es ocasionado por un grupo peligroso o riesgoso *per se*, y hace responsable solidariamente a todos sus integrantes por el daño sufrido por la víctima.

2. Interpretación

El art. 1762 CCyC incorpora al sistema de responsabilidad por daños el supuesto de los daños causados por el accionar de un grupo peligroso. Se trata de un caso de particular gravedad, en donde el riesgo creado que justifica la imputación de responsabilidad asume un carácter extraordinario, y está referido al grupo en sí propio considerado, y no al anonimato en la causación del daño.[198] La norma prevé el supuesto

(196) Bustamante Alsina, Jorge, *op. cit.*, p. 631; Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad...*, t. III, *op. cit.*, p. 563.

(197) Parellada, Carlos A., *op. cit.*

(198) Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad...*, t. III, *op. cit.*, p. 575.

fáctico de un daño que tiene causa en la actividad riesgosa para terceros de un grupo de personas.[199]

Con la incorporación al ordenamiento jurídico de este supuesto de responsabilidad se construye una herramienta jurídica dirigida a regular, en forma más estricta, el accionar de grupos que causan daños que, en la mayoría de los casos, devienen difusos (*v. gr.*, patotas, grupos de agentes contaminantes, etcétera). La autoría del riesgo se confunde en buena medida con la autoría del daño. Es por ello que el perjuicio se atribuye al grupo y se responde por el solo hecho de pertenecer a él.[200]

En la actividad del grupo considerado existen conductas individuales, pero dicha autoría material es independiente, y la norma prescinde de la consideración de cada una de las conductas, pues existe una unidad o indivisibilidad de la acción que constituye la causa del daño, y que surge de la circunstancia de la inescindibilidad de las acciones individuales.[201] Si quisiéramos ver la cuestión a partir de un ejemplo, supongamos un grupo de personas que organiza una "picada" de autos en la vía pública, y como consecuencia del desarrollo de esa actividad uno de los automovilistas atropella a un peatón que cruzaba la calle. A partir de este supuesto podemos apreciar cómo la actuación particular deviene intrascendente, dado que es la actividad del grupo —que creó un riesgo que se patentizó en el daño sufrido por el transeúnte— lo relevante a los fines de imputar responsabilidad a la totalidad de los integrantes del colectivo considerado.

Para que nazca el deber de resarcir el daño ocasionado en estos casos, es preciso que se encuentre acreditado en la causa que existió la actuación de un grupo —en los términos que hemos expuesto al comentar el art. 1761 CCyC— que realizó una actividad riesgosa o peligrosa para terceros. Asimismo, para que el accionar del grupo en cuestión sea considerado riesgoso o peligroso, es necesario que se encuentren reunidos los recaudos estipulados en el art. 1757 del mismo cuerpo legal, es decir, que la actividad sea peligrosa por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización; la prueba de esas características, como la relación causal entre el daño y la actividad peligrosa del grupo, debe ser aportada por el damnificado.

Sobre este último aspecto corresponde señalar que esa relación causal —entre el accionar del grupo y el daño padecido por la víctima— no se presume y la prueba pesa sobre el damnificado de conformidad con lo dispuesto por el art. 1736 CCyC.

A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad colectiva por el accionar del autor anónimo, la identificación del sujeto particular que ocasionó el daño no exime de responsabilidad a los restantes integrantes del grupo. Es por ello que, como claramente lo dispone el artículo en comentario, los integrantes del colectivo únicamente se eximen demostrando que no participaron del grupo.[202] Los sujetos responsables son quienes hayan desarrollado la actividad riesgosa para los terceros; su responsabilidad es solidaria, más allá de las acciones de regreso que les correspondan.

(199) Parellada, Carlos A., *op. cit.*

(200) Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad...*, t. III, *op. cit.*, p. 575.

(201) Parellada, Carlos A., *op. cit.*

(202) Burgos, Débora, "La responsabilidad colectiva y anónima en el CCyC", en *RCyS* 2015-IV, p. 198.

SECCIÓN 9ª

Supuestos especiales de responsabilidad

ARTÍCULO 1763.- ***Responsabilidad de la persona jurídica.*** *La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones.*

Remisiones: ver comentario al art. 1753 CCyC.

1. Introducción

El artículo en estudio establece la responsabilidad de la persona jurídica por el accionar de sus directores y administradores.

2. Interpretación

El accionar de las personas jurídicas puede, sin lugar a dudas, generar daños de distinta índole y por diversas circunstancias particulares, que tornan aplicables diferentes disposiciones del sistema de reparación de daños instaurado por el CCyC, o de los microsistemas vigentes para determinadas relaciones jurídicas.

Si el ente ideal celebra un contrato con otra persona física o jurídica, el vínculo se rige, de tratarse de negocios paritarios, conforme a las disposiciones aplicables a los contratos y, en lo que aquí interesa, a la responsabilidad que emana del incumplimiento obligacional (arts. 1721, 1723, 1728, 1749 y concs. del cuerpo legal citado en último término). Asimismo, es muy común que las personas jurídicas actúen como proveedoras de bienes y servicios, en cuyo caso, de ser estos adquiridos o utilizados por un consumidor (en los términos del art. 1092 CCyC y art. 1° de la ley 24.240), la eventual responsabilidad por daños del primero se dilucida a través de las normas propias del sistema tuitivo del consumidor (arts. 5° y 6°, 10 bis y 40 de la ley citada en último término), sin desmedro de que, en otros casos, es posible que la cuestión se rija por disposiciones aplicables a otros microsistemas jurídicos (por ejemplo de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo).

Por otra parte, también puede suceder que la persona jurídica deba responder por el daño ocasionado a terceros por sus dependientes, en cuyo caso su deber de responder se rige por las reglas aplicables en la materia (arts. 1753 CCyC y concs.), o por el accionar de las cosas viciosas o riesgosas de las cuales es dueño o guardián, o por la actividad peligrosa que realiza, o de la que se sirve u obtiene un provecho de ella (arts. 1757 CCyC y ss.).

Con todo, el artículo objeto de este comentario se refiere a un supuesto muy acotado de responsabilidad de la persona jurídica, vinculado con los daños que generen quienes la dirigen o administran en ejercicio y con ocasión de sus funciones, y siempre que no exista un vínculo obligacional con el damnificado.

Sentado lo anterior, e ingresando en el análisis particular de la regla establecida en el artículo en análisis, este supuesto de responsabilidad resulta aplicable, en primer lugar, cuando el daño sea ocasionado por quienes dirigen o administran la persona jurídica. A su vez, el menoscabo debe ser producido en ejercicio o con ocasión de la función desarrollada por ellos. En cuanto al alcance de dicha previsión, resultan aplicables las mismas reglas que rigen la responsabilidad por el hecho de los dependientes, por el cual remitimos a lo dicho en el comentario al art. 1753 CCyC. Igualmente, corresponde señalar que la ampliación del término "con ocasión" permite considerar incluidos, dentro del

ámbito de responsabilidad, no solo los actos propios de la esfera de la incumbencia de los directores o administradores, sino también los supuestos de ejecución defectuosa de las funciones, o los de ejercicio aparente o abuso de estas.(203)

En cuanto al factor de atribución aplicable en estos casos, se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva. Ello es así por cuanto, como lo ha dicho Orgaz, las personas jurídicas, que carecen de toda subjetividad, no pueden ser tratadas sino objetivamente: los principios de la responsabilidad subjetiva le son absolutamente extraños. Es inútil mencionar, en estos casos, la voluntad y la culpa, conceptos que, respecto de los entes ideales, carecen en absoluto de sentido.(204)

ARTÍCULO 1764.- ***Inaplicabilidad de normas.*** *Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.*

ARTÍCULO 1765.- ***Responsabilidad del Estado.*** *La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.*

ARTÍCULO 1766.- ***Responsabilidad del funcionario y del empleado público.*** *Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.*

1. Introducción

Las disposiciones en estudio establecen que el régimen de responsabilidad establecido en el CCyC es inaplicable, de manera directa o subsidiaria, a la responsabilidad del Estado y del funcionario o empleado público que se regirá por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local.

2. Interpretación

En el texto originario del Anteproyecto de Reforma, la responsabilidad del Estado y del funcionario público se encontraba regulada en los arts. 1764 y 1765. En efecto, el primero de los artículos mencionados regulaba la responsabilidad objetiva del Estado, quien debía responder objetivamente por los daños causados en el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar al autor. A su vez, el art. 1765 regía sobre la responsabilidad del funcionario público, y el art. 1766 culminaba estipulando las reglas aplicables a la responsabilidad lícita de la administración, para los casos en que su accionar genere un desigual reparto de las cargas públicas.

Sin embargo, el Poder Ejecutivo nacional, en el Proyecto que remitió a consideración del Poder Legislativo, modificó estas disposiciones. Así, los arts. 1764 a 1766 excluyen

(203) Pizarro, Ramón D., "Comentario al art. 43 del Código Civil", en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1-A, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 435.

(204) Orgaz, Alfredo, "Observaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas", en *LL* 3, p. 135.

del ámbito del Código la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios públicos, que se regirá conforme a las normas del derecho administrativo nacional o local. Es más, el art. 1764 dispone expresamente que las disposiciones atinentes a la responsabilidad civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

A tenor de ello, en el ámbito nacional, la ley 26.944 reguló la responsabilidad por actividad lícita e ilícita del Estado.

Más allá de ello, es preciso efectuar dos aclaraciones en cuanto a la aplicación del Código en esta materia. En primer lugar, la limitación establecida en los artículos ya citados, que impide la aplicación directa o subsidiaria del nuevo ordenamiento civil, no veda la aplicación analógica del derecho común cuando ello sea necesario.(205)

En segundo término, resulta de aplicación a la administración pública el régimen tuitivo del consumidor, de forma tal que, en aquellos casos en que exista una relación de consumo entre el particular y el Estado —conforme a lo dispuesto por los arts. 1° y 2° de la ley 24.240 y 1092 CCyC—, resulta de aplicación el art. 42 de la Carta Magna nacional, como así también las disposiciones expresas que, en materia de este tipo de acciones, contiene el estatuto del consumidor.

ARTÍCULO 1767.- ***Responsabilidad de los establecimientos educativos.*** *El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito.*

El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora.

Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria.

1. Introducción

La norma en estudio sienta los presupuestos principales de la responsabilidad de los establecimientos educativos por los daños que sufran sus alumnos, o que estos últimos causen a terceros.

2. Interpretación

Si bien la disposición en comentario no implica una reforma estructural de la responsabilidad de las instituciones educativas, en comparación con el texto del art. 1117 CC, modificado por la ley 24.830, sí presenta diferencias de relevancia respecto del texto original del artículo citado en último término. En efecto, originariamente este artículo preveía la responsabilidad subjetiva de los directores de colegio y maestros artesanos por el daño causado por sus alumnos y aprendices.

A diferencia de lo que ocurría en la norma de Vélez Sarsfield, el art. 1767 CCyC establece la responsabilidad del "titular" de la institución, es decir, la de la persona que detente el carácter de propietario de la institución a la que concurre el alumno dañador o damnificado.

(205) Cassagne, Juan Carlos, "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el CCyC proyectado", en *Revista Jurídica La Ley*, 01/10/2012, p. 1.

Sobre este último aspecto, corresponde señalar que el concepto de titularidad no debe ser asimilado al del dueño del inmueble en el que se desarrollan las actividades, sino a la persona que regentea la empresa educativa, esto es, quien organiza y gestiona el desarrolle de la actividad por su propio interés.[206] A su vez, la disposición solo es aplicable a los establecimientos de enseñanza que se encuentren incluidos en las normas que rigen el sistema educativo nacional, provincial o municipal. Engloba, por lo tanto, a todos aquellos centros de enseñanza que imparten la educación mínima regulada mediante la normativa educativa específica, sean de gestiones privadas o estatales.[207] Quedan fuera de su ámbito los establecimientos de educación superior o universitaria.

En cuanto al factor de atribución, es claro que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, fundado en el deber de indemnidad que asume el titular del establecimiento, tanto frente a terceros como por los daños que puedan sufrir los alumnos durante el desarrollo de la actividad educativa. Se trata de un caso de responsabilidad objetiva agravada, pues el titular únicamente se exime demostrando el caso fortuito o fuerza mayor, es decir, que el hecho fue imprevisible o inevitable para el explotador de la actividad educativa.

El supuesto previsto por la norma es muy amplio —daño causado o sufrido por el alumno—, lo que hace que, muchas veces, el deber de resarcir del titular del establecimiento se rija por otras disposiciones más específicas. Así, y partiendo de los daños ocasionados por el alumno, lo cierto es que este puede lesionar, por ejemplo, a uno de sus docentes, pero en este caso el deber de resarcir a cargo del titular del establecimiento se rige por las normas aplicables al vínculo laboral que lo une con el profesor damnificado. Por otra parte, podría ocurrir también que el daño sea ocasionado por un educando a otro, o que el perjuicio sea sufrido por el alumno, y la cuestión puede recaer en el ámbito tuitivo del consumidor, por lo que serán aplicables las reglas que allí se estipulan para la infracción de la obligación de seguridad (arts. 5° y 6° de la ley 24.240). Es decir, aun teniendo en cuenta la amplitud de la disposición en análisis, lo cierto es que su aplicación se encuentra prácticamente circunscripta a los daños que pueda ocasionar el alumno a terceros ajenos al establecimiento educativo.

En segundo lugar, es preciso que se trate de un daño ocasionado por un alumno menor de edad, requisito expresamente establecido en el artículo en comentario.

Asimismo, la responsabilidad del titular del establecimiento se extiende mientras el estudiante se encuentre bajo control de la autoridad educativa. Por ende, si el menor no se encuentra bajo la vigilancia del establecimiento escolar, el organizador de la institución no puede ser responsabilizado por los daños causados o sufridos por él. Sin embargo, la norma rige también a los supuestos en que el menor debe hallarse bajo el control de la autoridad, es decir, por los daños sufridos u ocasionados mientras los educandos se encuentran realizando una actividad educacional fuera del establecimiento (*v. gr.* viaje de estudios, excursión cultural, etc.),[208] o cuando el alumno ingresa a la institución pero se

(206) Reyna, Carlos A., "Comentario al art. 1117 del Código Civil", en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3B, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 21.

(207) Sagarna, Fernando, "Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el CCyC", en *RCYS-IV*, p. 255.

(208) Villagrán, Santiago, "La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el Proyecto de Código", en *LL* 2013-A, p. 635.

escapa, o sus padres desconocen que en el horario escolar se hallaba fuera del ámbito educativo, debido a que no se le permitió el ingreso, etc.[209]

Finalmente, se establece la obligación de la autoridad educativa de contratar un seguro de responsabilidad civil. Sobre este aspecto del art. 1767 CCyC corresponde poner de resalto que no basta la contratación de un seguro que cubra únicamente un riesgo ínfimo en cabeza de la institución educativa, sino que es preciso que la cobertura resulte suficiente como para solventar la indemnización de los daños que razonablemente puedan producirse como consecuencia del desarrollo de la actividad. En caso contrario, la cláusula que limite la cobertura sería contraria a lo expresamente dispuesto por la norma mencionada y, por ende, insalvablemente nula.[210]

ARTÍCULO 1768.- ***Profesionales liberales.*** *La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.*

1. Introducción

El CCyC regula expresamente las particularidades del deber de resarcir de los profesionales liberales, especialmente frente a un sistema de responsabilidad unificado.

2. Interpretación

Entre las diversas innovaciones que presenta el sistema de derecho de daños instaurado en el CCyC existe una norma específica que, a diferencia del ordenamiento anterior, regula la responsabilidad de los profesionales liberales, tomando en cuenta las notas tipificantes de la relación que se entabla entre el experto y el profano, y del sistema especial de responsabilidad en los casos en que el profesional ocasiona un daño a su cliente en el desarrollo de su actividad.

Cabe destacar que, en esta materia, la unificación de las órbitas de responsabilidad tiene consecuencias ineludibles que tornan necesario regular específicamente las singularidades del deber de resarcir de los profesionales liberales (que en el régimen anterior discurría por el ámbito negocial), tanto por el incumplimiento de la prestación principal a su cargo, como por las consecuencias de su accionar que, en el régimen anterior, podían quedar comprendidas en el marco de la obligación de seguridad que ha desaparecido del derecho común con la reforma.

Sentado ello, el art. 1768 CCyC establece, en primer lugar, que el deber de resarcir el daño que pesa sobre los profesionales liberales se rige por las reglas aplicables a las obligaciones de hacer. Así las cosas, cobra especial relevancia en la materia el art. 774 CCyC

(209) Sagarna, Fernando, *op. cit.*

(210) CNac. Apel. Civ., Sala H, "G. R., J. H. y otros c/ C., V. J. s/ Daños y perjuicios", 02/06/2014, en *RCyS* 2015-II, p. 98.

(referido a la prestación de servicios) en cuanto a que la prestación a cargo del experto puede consistir, por un lado, en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, más allá de su éxito (inc. a) o en la obtención del resultado concreto o eficaz perseguido por el acreedor (incs. b y c). Esto es, que el incumplimiento del profesional liberal queda patentizado según cual sea la prestación a la cual se haya comprometido (de medios o de resultado).

Igualmente, el artículo en análisis establece expresamente que el deber de resarcir el daño a cargo del experto se rige, en principio, por las normas aplicables a la responsabilidad subjetiva. Esta última disposición se afinca en el hecho de que, en general, el incumplimiento de los profesionales liberales se concreta por su accionar negligente en la prestación del plan de conducta comprometido. Tal es la situación, por ejemplo, de los médicos, quienes no se comprometen a obtener la cura del enfermo, o del abogado, quien tampoco garantiza el fin perseguido por su cliente en el litigio en el cual lo representa o patrocina.

Sin embargo, en el mismo apartado el art. 1768 CCyC deja a salvo la posibilidad de que el experto se haya comprometido a obtener la satisfacción del resultado perseguido por el acreedor. Es que, amén de que existen muchas profesiones en las cuales el deudor garantiza el interés del acreedor (*v. gr.* ingenieros, arquitectos o constructores), también en los supuestos clásicos de obligaciones de medios puede suceder que el experto contraiga una obligación de resultado. Por ejemplo, en materia de responsabilidad médica, el supuesto en que el galeno se compromete a llevar adelante una cirugía estética embellecedora, o cuando el abogado se compromete a redactar un contrato, un estatuto societario, o a realizar una partición, etc. Es decir, más allá del principio general establecido en la norma, lo cierto es que no resulta posible determinar *ex ante* la naturaleza de la obligación comprometida, que es de medios o de resultado según el caso.

En síntesis de lo dicho, el art. 1768 CCyC establece que el profesional liberal responde, por el incumplimiento de la prestación principal, en principio subjetivamente, y es preciso acreditar su culpa para que se patentice el incumplimiento. Sin embargo, en aquellos supuestos en que el experto se haya comprometido a obtener el resultado perseguido por el acreedor, o cuando incumpla total, parcial o tardíamente la obligación de medios, el factor de atribución es la garantía, de forma tal que su diligencia o negligencia es irrelevante a los fines de determinar su responsabilidad.

En cuanto a la apreciación de la culpa en el supuesto particular de los profesionales liberales resultan aplicables las reglas sentadas por los arts. 1724 y 1725 CCyC. Así las cosas, la culpa del experto —valorada en concreto— debe apreciarse en comparación con el parámetro general de conducta que se elabora partiendo de las circunstancias particulares del caso, sin perder de vista que no es la misma diligencia la exigible respecto del hombre medio que la que debe existir en el accionar del experto.

En su segunda parte el art. 1768 CCyC excluye a los profesionales liberales del sistema de responsabilidad por el hecho de las cosas viciosas o riesgosas y por actividades peligrosas. Esta previsión tiene en miras, principalmente, el accionar de los médicos que muchas veces pueden encuadrar en alguna de estas figuras, sea que utilizan cosas *per se* riesgosas en el desarrollo de su tarea profesional (*v. gr.* bisturí) o que la actividad que desarrollan es peligrosa en sí misma (*v. gr.* operación quirúrgica). Por lo tanto, la exclusión se vuelve necesaria al producirse la unificación de las órbitas de responsabilidad, pues supuestos como los enunciados precedentemente, que antes se regían por las normas propias de la órbita obligacional, podrían llegar a recaer —indebidamente— en un

régimen de responsabilidad que no es adecuado para regular la cuestión. Por ejemplo, si el deber de resarcir del médico se rigiera por las normas aplicables a la responsabilidad por el hecho de las cosas viciosas o riesgosas (art. 1757 CCyC y ss.), el factor de atribución aplicable sería objetivo —el riesgo—, lo que resulta absurdo dado el contenido de la prestación comprometida por el experto.

Sin embargo, dicha exclusión no es aplicable en los supuestos en que el daño derive del vicio que presenta la cosa involucrada, pues en este caso particular lo que ocasiona el daño no es el accionar del médico, sino el hecho de la cosa en sí misma, derivado de su mal funcionamiento. En consecuencia, residualmente se prevé la aplicación del art. 1757 CCyC cuando el daño sea causado por el vicio de la cosa que, como tal, desborda la actividad del galeno y el control material que ejercía sobre ellas.

A fin de ejemplificar este último supuesto, cabe traer a colación un caso sometido a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el cual, al ser sometido un menor de edad a una intervención quirúrgica quedó en estado vegetativo por la inhalación excesiva de vapores anestésicos por una falla del aparato que los suministraba.(211) Aquí se aprecia que el actuar de los profesionales de la medicina, en cuanto al diagnóstico y tratamiento del paciente nada tuvo que ver con el perjuicio padecido por la víctima, que fue el resultado del accionar defectuoso de la cosa de la cual se sirvieron para el desarrollo de su tarea. Lo mismo sucede en el caso en que la víctima sufre una quemadura a raíz del bisturí eléctrico utilizado en la intervención quirúrgica, supuesto en el cual el hecho del médico tampoco tiene que ver con el resultado que se produce.(212)

ARTÍCULO 1769.- ***Accidentes de tránsito.*** ***Los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos.***

1. Introducción

El artículo en estudio establece expresamente que resultan de aplicación las disposiciones referidas a los daños causados por la intervención de cosas a los accidentes automovilísticos.

2. Interpretación

2.1. Responsabilidad por los daños ocasionados con automotores en circulación

El art. 1769 CCyC remite, en materia de responsabilidad por daños ocasionados por automotores en circulación, a las reglas establecidas por el art. 1757 y ss. del mismo cuerpo legal, para los perjuicios causados por el accionar de cosas viciosas o riesgosas. Ello no es casual pues la doctrina y jurisprudencia se encuentran contestes en que el automotor es una típica cosa riesgosa. Es más, se trata de una cosa que, por su propia naturaleza, es riesgosa o peligrosa para terceros.(213)

(211) SCJ Buenos Aires, "L. A. C. c/ Prov. de Buenos Aires", 16/05/2007, en *RCyS* 2007-854.

(212) CNac. Apel. Civ., Sala K, "G., H. C. c/ P., S. G. y otros", 17/04/2006, en *RCyS* 2006-1364.

(213) Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad...*, t. II, *op. cit.*, p. 198; Bustamante Alsina, Jorge, *op. cit.*, p. 412; Galdós, Jorge M., "Los accidentes de automotores y la teoría del riesgo creado (En la doctrina de la

Por ende —y sin perjuicio de remitirnos, en este aspecto, al comentario de los artículos mencionados en último término—, es claro que a la víctima del accidente de circulación le basta con acreditar el perjuicio sufrido y la intervención de la cosa que lo produjo o, lo que es lo mismo, la relación de causalidad puramente material entre vehículo y el daño. Ello es así en la medida en que sobre el creador del riesgo gravita una presunción de adecuación causal, que solo puede ser desvirtuada si se acredita la intervención de una causa ajena. Es decir, si comprueba el hecho del damnificado, de un tercero por quien no tenga el deber jurídico de responder o el caso fortuito o fuerza mayor.(214)

Este principio es claro cuando la víctima del hecho ilícito es un peatón o algún supuesto equivalente (por ejemplo, bicicleta). Sin embargo, resulta más complejo establecer los contornos de la responsabilidad por el hecho de las cosas viciosas o riesgosas cuando el daño proviene de una colisión plural de automotores. A ello nos referiremos en el apartado siguiente.

2.2. Los daños ocasionados por la colisión plural de automotores

Como claramente lo señala Pizarro, en la colisión plural de automotores se genera el problema de determinar si los riesgos recíprocamente introducidos se contrarrestan o, por el contrario, subsisten y se acumulan. Asimismo, si rige o no la presunción de adecuación causal enunciada en el apartado que antecede.(215)

En efecto, en nuestro país algunos autores han sostenido la llamada teoría de la "neutralización de riesgos". En este sentido, Bustamante Alsina sostenía que las responsabilidades recíprocas se neutralizan cuando los riesgos son equivalentes. Por ende, el damnificado que pretende el resarcimiento de su daño debe probar la culpa del otro conforme al régimen general de la responsabilidad por hecho propio. Así las cosas, para esta teoría, si ninguna culpa puede probarse, cada uno cargará con su daño.(216)

Por su parte, Llambías consideraba que en estos casos debían distribuirse paritariamente los daños. En efecto, afirmaba este autor que la falta de prueba acerca de la incidencia causal del hecho de cada uno de los vehículos que han intervenido en una colisión plural de automotores genera que el dueño o guardián de cada uno de ellos queda obligado a indemnizar el 50% del daño que contribuyó a causar y que ha sufrido el otro implicado.(217)

Sin embargo, es otra la postura adoptada por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacionales. En efecto, los daños sufridos por cada una de las eventuales víctimas se rige por la responsabilidad genérica por el daño ocasionado por el vicio o riesgo de la cosa, de forma tal que el dueño o guardián del automotor responde a título objetivo por la

.....

Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Buenos Aires)", en *LL* 1991-C, p. 719 y ss., entre muchos otros.

(214) Trigo Represas, Félix A., "Concurrencia de riesgo de la cosa y de culpa de la víctima", en *LL* 1993-B, p. 306.

(215) Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad...*, t. II, *op. cit.*, p. 274.

(216) Bustamante Alsina, Jorge, *op. cit.*, p. 265.

(217) Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., LexisNexis, 2007, t. IV-B, p. 173.

totalidad de los daños sufridos por el propietario o los ocupantes del otro, salvo que demuestre alguna eximente.[218]

El mismo criterio adoptó la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en Pleno, pues estableció que cuando media una colisión plural de automotores en movimiento no resulta aplicable el art. 1109 CC. Ello implica que el resarcimiento de los daños sufridos por cada una de las eventuales víctimas se rige por las reglas de la responsabilidad por el hecho de las cosas viciosas o riesgosas, a cuyo tenor el dueño o guardián de cada automotor responde a título objetivo por la totalidad de los daños sufridos por el propietario o los ocupantes del otro (o por los terceros damnificados indirectos), salvo que demuestre alguna eximente.[219]

De ese modo, quedó descartada no solamente la tesis de la neutralización de las presunciones, sino igualmente la de la distribución paritaria de los daños.

En conclusión, en los supuestos en que exista una colisión plural de automotores, el actor debe acreditar los presupuestos que tornan viable la acción (esto es, el accionar de la cosa y el contacto material entre esta última y el daño padecido), y el demandado la causa ajena para eximirse de responder. Asimismo, de mediar reconvención, la presunción rige a favor de ambas partes por lo que deben demostrar la relación de causalidad adecuada entre el accionar de la cosa cuyo hecho invocan y el daño padecido.

ARTÍCULO 1770.- ***Protección de la vida privada.*** ***El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.***

1. Introducción

El CCyC establece las facultades con que cuenta la persona afectada en su intimidad para que cesen dichas actividades (faz preventiva), como para obtener el resarcimiento de los daños que dicho accionar le haya generado (faz resarcitoria). Asimismo, faculta al juez, a pedido del damnificado, a publicar la sentencia si ello es adecuado para que la víctima obtenga una reparación plena.

2. Interpretación

2.1. Sistemática del derecho a la intimidad en el CCyC

En el CC, la norma análoga a la que ahora es objeto de comentario no solo establecía las facultades con que contaba el agraviado frente a la afectación de su intimidad, sino que actuaba como disposición reglamentaria del art. 19 CN, tutelando el derecho a la intimidad.

(218) CSJN, "ENTEL c/ Provincia de Buenos Aires", 22/12/1987, Fallos: 310:2804.

(219) CNAC. APEL. CIV., en Pleno, "Valdez, Estanislao Francisco c/ El Puente SAT y otro", 10/11/1994, en *LL* 1995-A, p. 136.

Por el contrario, en el CCyC el art. 1770 no es la única norma que se refiere a la protección de la intimidad, toda vez que el derecho a la intimidad se encuentra tutelado expresamente en el art. 52 del mismo cuerpo legal, que consagra a la dignidad de la persona (integrada por su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad) como un derecho personalísimo y, por tal, como centro gravitante de todo el sistema del derecho privado. Partiendo de esta idea, en el sistema del Código Civil y Comercial la norma citada en último término consagra a la protección de la intimidad como un derecho personalísimo, y el artículo ahora en comentario actúa como norma de aplicación, es decir, establece las herramientas a las cuales podrá recurrir el damnificado para obtener la prevención del daño o su resarcimiento.

2.2. Titulares del derecho

Es claro que, como surge de los arts. 52 y 1770 CCyC, toda persona física se encuentra amparada en su intimidad. En cuanto a las personas jurídicas, ya la doctrina anterior a la reforma se había expresado en contra de que exista un derecho a la intimidad de tales entes. En este sentido, decía Goldenberg, el respeto a la vida íntima que consagra la norma, la mención a la publicación de retratos, a la mortificación de "costumbres" o "sentimientos" revela con elocuencia la índole del bien jurídico tutelado que solo puede concebirse con referencia al ser humano como portador natural de la personalidad.(220) Esta conclusión se ve reforzada en el nuevo ordenamiento civil y comercial, que, al referirse a los atributos de la persona jurídica, no menciona en ningún momento a la intimidad (arts. 151 a 156 CCyC).

2.3. Presupuesto de aplicación de la norma

El elemento primordial que debe estar presente para que el damnificado pueda recurrir a los remedios previstos en la norma en comentario es que exista un entrometimiento arbitrario por parte del sindicado como responsable en su vida. Sin perjuicio de que el término "entrometerse" ha sido criticado desde el punto de vista técnico, lo cierto es que resulta esclarecedor para la comprensión popular de su alcance pues significa "*penetrar o meterse donde no se lo llama*".(221)

Ahora bien, como lo establece claramente la disposición en estudio, el entrometimiento debe ser arbitrario. Por ende, si se tratara del ejercicio regular de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal no resulta de aplicación el art. 1770 CCyC (*v. gr.* entrometimiento necesario para la administración de justicia; mantenimiento del orden público, etc.). Asimismo, tampoco se configura tal entrometimiento cuando haya consentimiento del ofendido.

Lo que determina la ilicitud, entonces, es la arbitrariedad, es decir, el haber llevado a cabo la acción de entrometimiento sin contar con un derecho a hacerlo. Esto no sucederá solo cuando se actúa con culpa o dolo, sino cuando se hace un ejercicio irregular del propio derecho.(222)

(220) Goldenberg, Isidoro H., "La tutela jurídica de la vida privada", en *LL* 1976-A, p. 576.

(221) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1071 bis del Código Civil", t. 5, *op. cit.*, p. 78.

(222) Tobías, José W., *Derecho de las personas*, Bs. As., La Ley, 2009, p. 664.

2.4. Formas de afectar el derecho a la intimidad

El art. 1770 CCyC enuncia, al igual que el art. 1071 bis CC, algunos supuestos en que puede producirse un entrometimiento arbitrario en la intimidad del damnificado. Sin perjuicio de ello, no debe perderse de vista que dichos casos son meramente enunciativos, pues, como surge de la letra de la norma, también será aplicable cuando se afecte la intimidad *"de cualquier modo"*.[223]

a. **Publicación de retratos**. El primer supuesto enunciado por la norma es aquel en que se difunde un retrato y, de esta forma, se afecta la intimidad de la persona. En este aspecto el derecho a la intimidad se roza con el derecho a la imagen, tutelado específicamente por el art. 53 CCyC.

   Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la publicación del retrato del afectado puede afectar su imagen sin afectar su intimidad (por ejemplo, por la publicación de la imagen de una modelo promocionando un determinado producto, sin que ella haya autorizado su utilización, o cuando ya venció el contrato en virtud del cual se difundió la imagen por primera vez), mientras que en otros supuestos pueden afectarse ambos derechos conjuntamente (si se publica una imagen de una persona en su ámbito privado).[224]

b. **Difusión de correspondencia**. También constituye un ilícito, en los términos de la norma comentada, la difusión indebida de la correspondencia de la persona afectada, cualquiera sea el medio por el cual se lo realice, siempre y cuando no exista una causal de justificación.

c. **Mortificación de costumbres o sentimientos**. Este supuesto comprende todo tipo de turbación, ofensas al pudor, molestias, trastornos, inquietudes, etc. que genere el accionar del agente. Es claro que el caso previsto es muy amplio y, como tal, queda supeditado al prudente arbitrio judicial, pues el magistrado que entiende en la causa deberá valorar las distintas circunstancias del caso para determinar la afectación de la intimidad.[225]

2.5. Remedios previstos en la norma

a. **Acción preventiva.** Si bien el art. 1770 CCyC se refiere al cese de la afectación y al resarcimiento del daño ocasionado, es claro que el damnificado puede recurrir también a la acción preventiva, aun cuando su intimidad todavía no haya sido afectada.

   En este sentido, es importante tener en cuenta que en el sistema de Vélez Sarsfield tal acción era inviable al no existir una tutela inhibitoria genérica a la cual pueda recurrir la víctima.[226]

   Por el contrario, en el régimen del nuevo Código el damnificado podrá recurrir a la acción preventiva genérica, siempre que se encuentren reunidos los recaudos de admisibilidad previstos en el art. 1711 CCyC (acción u omisión antijurídica y previsibilidad del daño).

(223) *Ibid.*, p. 665.

(224) *Ibid.*, p. 666; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1071 bis...", *op. cit.*, p. 81.

(225) *Ibid.*.

(226) *Ibid.*, p. 83.

b. **Acción de cese**. Cuando la afectación de la intimidad ya comenzó a producirse, puede promoverse una acción tendiente al cese de tal accionar y, de esta forma, evitar que el daño se siga produciendo o disminuir su magnitud.

c. **Resarcimiento del daño ocasionado**. En el supuesto en que el daño ya se haya producido, la víctima tiene derecho a obtener el resarcimiento del daño que se le ha ocasionado.

   En este aspecto, cabe recordar que el art. 1071 bis CC preveía que procedía una *"indemnización equitativa y conforme a las circunstancias del caso"*. La referencia que efectuaba la norma generó discusiones en cuanto al alcance del resarcimiento, pues no quedaba claro si procedía la reparación plena del perjuicio ocasionado o el si el juez podía disminuir el monto del resarcimiento atento al alcance del art. 907 de dicho cuerpo legal.

   Más allá de que la doctrina anterior a la reforma consideraba que la indemnización correspondiente no debía fundarse en razones de equidad, sino que correspondía resarcir el perjuicio en forma íntegra,[227] lo cierto es que el art. 1770 CCyC despeja toda duda al respecto pues suprime el término "equitativa" de forma tal que poca duda puede existir en cuanto a que el damnificado debe ser indemnizado plenamente por el daño padecido (art. 1740 CCyC).

d. **Publicación de la sentencia**. Finalmente, el interesado podrá requerir la publicación de la sentencia. Para valorar la procedencia de esta pretensión, será necesario que el juez tenga en consideración la mayor o menor difusión del hecho si la persona agraviada es o no un sujeto que ha adquirido notoriedad, fama o estado público, etc.[228]

ARTÍCULO 1771.- ***Acusación calumniosa.*** ***En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave.***

El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querella si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

1. Introducción

La norma en estudio se refiere a la responsabilidad derivada de la acusación calumniosa, y prevé que únicamente procede la acción resarcitoria cuando haya existido dolo o culpa grave del denunciante.

2. Interpretación

El art. 1771 CCyC regula el supuesto de responsabilidad por la acusación calumniosa y establece expresamente que el denunciante únicamente responderá en los supuestos en que haya actuado con dolo o culpa grave. A su vez, la norma establece específicamente que únicamente debe responder el denunciante o querellante cuando se pruebe que no tenía razones justificadas para creer que el damnificado estaba implicado en el hecho.

(227) Tobías, José W., *op. cit.*, p. 666; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1071 bis...", *op. cit.*, pp. 668 y 84.

(228) *Ibid.*, p. 84.

En forma concordante, el art. 1779, inc. a, CCyC refuerza esta idea al señalar que es improcedente la reparación del daño cuando se haya demostrado la verdad del hecho reputado calumnioso.

Estas disposiciones adoptan, en general, los presupuestos que habían sido elaborados por la doctrina y jurisprudencia para la procedencia de la acción por daños por la acusación calumniosa que estaban consagrados en los arts. 1089 y 1090 CC.

En primer lugar, el sistema parte de la idea de que quien realiza una acusación calumniosa contra otro y, de esta forma lesiona su honor, debe resarcir los daños ocasionados. Los presupuestos de esta figura son la imputación de un delito de acción pública, la correspondiente denuncia ante la autoridad (policial o judicial), la falsedad de lo denunciado y el conocimiento por parte del denunciante de esa falsedad.

Sobre este último recaudo, es preciso poner de resalto que la simple existencia de una decisión judicial que absuelva o sobresea al imputado no es suficiente para que este pueda reclamar la reparación de los daños que le fueron causados. Por el contrario, es preciso que exista un factor subjetivo de atribución que debe ser el dolo o, al menos, la culpa grave del denunciante. Al respecto, es clara la norma en cuanto a que se requiere, como mínimo, una negligencia agravada. Y ello es así por cuanto es imprescindible, como principio, preservar el interés social en la investigación y represión de los delitos penales, por lo que debe mediar una culpa grave o grosera sin que pueda exigirse al denunciante una diligencia mayor que la que normalmente, y según las circunstancias del caso, corresponda a una situación semejante. En efecto, a quien denuncia la posible comisión de un delito de acción pública no es dable exigirle que evalúe la normal probabilidad de que sea acogida su pretensión, o que tenga que existir una prudente preparación de los medios de prueba.

SECCIÓN 10ª

Ejercicio de las acciones de responsabilidad

ARTÍCULO 1772.- ***Daños causados a cosas o bienes. Sujetos legitimados.*** *La reparación del menoscabo a un bien o a una cosa puede ser reclamado por:*

a. *el titular de un derecho real sobre la cosa o bien;*
b. *el tenedor y el poseedor de buena fe de la cosa o bien.*

1. Introducción

El artículo objeto de este comentario regula la legitimación activa para reclamar el daño ocasionado a las cosas o bienes de la víctima.

2. Interpretación

La norma en análisis se refiere a los sujetos que se encuentra habilitados para reclamar las consecuencias resarcibles que nacen en su patrimonio como consecuencia del daño que recae sobre las cosas o bienes. Como lo ha señalado la doctrina con referencia al art. 1095 CC, la circunstancia de mencionar a otros sujetos distintos del dueño se vincula con que no se trata de una acción real, que nazca del dominio, sino de una acción personal que puede nacer en cabeza de cualquiera de las personas que tengan la cosa.[229]

(229) *Ibid.*, p. 280.

El art. 1095 CC fue criticado por la doctrina en cuanto a que su enumeración de los sujetos legitimados es confusa, pues menciona al dueño de la cosa, al que tuviese el derecho de posesión de ella o la "*simple posesión*" del locatario, comodatario o depositario. Es por ello que el art. 1772 CCyC se refiere, con mayor claridad, al titular de dominio de la cosa, y a quienes tengan la posesión o tenencia de buena fe de la cosa o bien.

Sin perjuicio de ello, es claro que también esta última norma realiza una enumeración meramente enunciativa, pues cualquier persona que sufra un daño cierto por la afectación de la cosa o bien se encuentra legitimada a obtener el resarcimiento de dicho perjuicio.(230) Partiendo del concepto de daño resarcible que emana del art. 1737 CCyC, fácil resulta advertir que, en puridad, el daño que recae sobre la cosa o bien constituye el daño "fáctico", del cual luego surgirán las consecuencias resarcibles, que no se vinculan únicamente con el valor del bien o cosa afectada y, por ende, no nacen únicamente en cabeza de quien era el propietario de la cosa (damnificado directo), sino también respecto de los que puedan haber sufrido cualquier tipo de afectación por su destrucción o deterioro (damnificados indirectos). Por ejemplo, supongamos un grupo familiar compuesto por tres hermanos, de los cuales uno de ellos es propietario de una obra pictórica confeccionada por su bisabuelo, y que es un símbolo importante para la familia. La destrucción de dicha cosa traerá, sin lugar a dudas, una afectación del patrimonio de su dueño en cuanto al valor de ella en el mercado (daño material), pero también puede ocasionar un daño espiritual (moral) tanto en cabeza del damnificado directo, como de sus hermanos.

ARTÍCULO 1773.- ***Acción contra el responsable directo e indirecto.*** ***El legitimado tiene derecho a interponer su acción, conjunta o separadamente, contra el responsable directo y el indirecto.***

1. Introducción

El artículo en estudio faculta a la víctima a dirigir la demanda contra el autor directo o indirecto del daño, en forma indistinta. Ello implica que podrá dirigir la demanda únicamente contra el responsable indirecto, sin necesidad de traer a juicio al autor del perjuicio.

2. Interpretación

En el régimen del CCyC, puede ocurrir que el deber de resarcir se extienda tanto al responsable directo del daño (quien debe responder por cuanto su acción u omisión produjo un daño injustificado, art. 1749 CCyC; el que causó un perjuicio actuando involuntariamente, art. 1750 CCyC; o el encubridor, con el alcance de su cooperación en la producción del daño, art. 1752 CCyC), como al indirecto, es decir, quien debe responder por el accionar de otro (la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, art. 1753 CCyC; la de los padres por el accionar de sus hijos, arts. 1754 y 1755 CCyC; o la de los tutores, curadores o delegados en la responsabilidad parental por la conducta de las personas que se encuentran a su cuidado, art. 1756 CCyC).

(230) Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Comentario al art. 1095 del Código Civil", en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3A, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 287; Kemelmajer de Carlucci, Aída,"Comentario al art. 1095...", en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas..., op. cit.*

La norma en comentario faculta a la víctima a dirigir la acción resarcitoria tanto contra el responsable directo del daño como el indirecto. Así, el damnificado podrá, por un lado, demandar únicamente al autor del hecho ilícito, o podrá también dirigir su pretensión contra quien debe resarcir el daño en forma refleja o indirecta. La trascendencia de la norma se asienta en que no es preciso demandar a quien ocasionó personalmente el menoscabo para accionar contra el restante responsable.

Ya en vigencia del CC, la doctrina entendía que la regla sentada por el art. 1122 de dicho cuerpo normativo (que se refería a la posibilidad de perseguir la indemnización del daño contra el principal directamente, sin traer a juicio al autor material del hecho) era aplicable a cualquier supuesto de responsabilidad por hecho ajeno.(231) Con la sanción de la norma en estudio se quita todo manto de duda sobre la cuestión.

SECCIÓN 11ª
Acciones civil y penal

ARTÍCULO 1774.- ***Independencia.*** ***La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales.***

1. Introducción

El artículo en análisis establece la independencia de la acción civil respecto de la penal. Asimismo, dispone que la pretensión resarcitoria podrá interponerse ante el juez penal —es decir, conjuntamente con la acción punitiva— o en forma autónoma en sede civil.

2. Interpretación

Cuando un acto ilícito civil configura, a su vez, un delito del derecho criminal, se plantean cuestiones derivadas de la diversidad de regímenes aplicables a cada uno de esos ámbitos. En el primer caso, corresponde establecer el resarcimiento derivado del accionar ilícito del agente y, en el segundo, imponer una sanción del tipo represiva, conforme a las disposiciones del ordenamiento punitivo.

Si bien ambas corresponden a una misma conducta antijurídica, esta constituye dos ilicitudes diferentes cuando la acción ilícita se integra conceptualmente con las consecuencias que en cada hipótesis le vienen impuestas. No se trata de un mero debate teórico, sino que de ella deriva el diverso tratamiento legislativo de cada una de esas ilicitudes, inspirado sea en el mero interés particular del damnificado que tiene en vista el ilícito civil, o del interés público que —en principio— compromete la ilicitud penal.(232)

La norma en comentario, al igual que lo que ocurría en vigencia del CC (art. 1096, aunque con mayor claridad terminológica) consagra la independencia sustancial de las acciones civil y penal derivadas del mismo hecho. Ello, más allá de que ambas acciones pueden

(231) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1122 del Código Civil", en Augusto C. Belluscio (dir.) y Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, t. 5, Bs. As. Astrea, 2007, p. 662.

(232) Bustamante Alsina, Jorge, *op. cit.*, p. 583.

promoverse, conjuntamente, ante el magistrado actuante en la sede punitiva, o sean interpuestas en forma independiente para el conocimiento de los jueces actuantes en el fuero civil y penal.

Lo que no debe perderse de vista es que la disposición en análisis, más allá de que confiere a la parte la posibilidad de optar por promover la acción en una u otra jurisdicción, deja a salvo lo que puedan disponer las normas procesales locales en cuanto a la autonomía procesal, no sustancial, de ambos litigios.

ARTÍCULO 1775.- ***Suspensión del dictado de la sentencia civil.*** *Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos:*

a. *si median causas de extinción de la acción penal;*
b. *si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado;*
c. *si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad.*

1. Introducción

Como lógico corolario de la independencia sustancial de las acciones prevista en el art. 1774 CCyC, y a fin de evitar el dictado de sentencias contradictorias, la norma en estudio establece el principio de suspensión del dictado de la sentencia civil hasta tanto exista decisión definitiva en la sede punitiva, salvo las excepciones allí previstas.

2. Interpretación

La regla establecida por el artículo anterior impone solucionar el problema del riesgo del dictado de sentencias contradictorias en las sedes penal y civil. En efecto, dado que las acciones derivadas del mismo hecho, que reúnen ambas calidades, tienen independencia sustancial, y pueden ser promovidas autónomamente en ambas jurisdicciones, existe el peligro de que los jueces actuantes dicten decisiones disímiles, con el evidente escándalo jurídico que ello acarrearía. Es por ello que la norma en comentario establece la prejudicialidad penal sobre la civil, al establecer el principio conforme al cual no se dictará sentencia en la jurisdicción en la cual se discute el resarcimiento del daño hasta tanto no haya recaído una decisión definitiva en la sede punitiva.

Es claro que, como lo establece claramente el art. 1775 CCyC, lo que debe suspenderse es el dictado de la decisión definitiva, por lo cual la pendencia del proceso penal no obsta a la prosecución del civil. Así las cosas, el juez de esta última jurisdicción debe suspender el trámite de la causa en ocasión del dictado de la sentencia, sin que nada obste a la sustanciación del proceso y a la producción de las pruebas de las cuales se pretendan valer las partes.

Ahora bien, el artículo en comentario consagra, a su vez, supuestos de excepción a la regla general antes enunciada, en los cuales, pese a estar pendiente la acción penal, el magistrado civil podrá expedirse sobre la pretensión resarcitoria sometida a su conocimiento.

El primero de ellos es aquel en que median causas de extinción de la acción penal. Se trata, sin lugar a dudas, del supuesto más evidente, pues, como lo ha dicho la doctrina, no

se trata de una verdadera excepción, sino de la culminación del proceso penal que, por lo tanto, ya no se encuentra pendiente.[233] En este punto, la previsión del CCyC es mucho más amplia que la análoga del ordenamiento civil por derogarse, que únicamente preveía el supuesto de extinción de la acción penal por fallecimiento del imputado. Por ende, tampoco procede la suspensión en caso de prescripción de la acción penal, amnistía o pago voluntario del máximo de la multa.[234]

El segundo supuesto previsto por el artículo en análisis es aquel en el cual la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración del derecho a ser indemnizado. Con ello, se consagra la jurisprudencia de la CSJN conforme a la cual resulta improcedente suspender el dictado de la sentencia civil por la existencia de una causa penal en trámite cuando la dilación de esta última ocasiona un agravio a la garantía constitucional del derecho de defensa.[235] Quedan comprendidos en este inciso los supuestos en que el proceso penal se paraliza *sine die* por la ausencia del imputado, o cuando se suspende el juicio a prueba, en los términos de los arts. 76 bis, ter y quater CP.

Finalmente, el art. 1775 CCyC excluye del principio general antes aludido a los supuestos en que, en la sede resarcitoria, sea aplicable un factor de atribución objetivo en el caso. La idea que trasunta en esta excepción es que, por regla, la decisión que se adopta en la sede punitiva se funda en la falta de prueba de la culpa del imputado, presupuesto que, en los supuestos de responsabilidad objetiva, es irrelevante. Es por ello que, suspender el dictado de la sentencia civil en estos litigios tiene como consecuencia que se retrasa innecesariamente la acción resarcitoria, cuando el riesgo de que se dicten sentencias contradictorias es mucho menor que en otros casos. Igualmente, no debe perderse de vista que, para el supuesto excepcional en que efectivamente la solución adoptada en la sentencia penal posterior sea contradictoria con lo dicho en la decisión resarcitoria, el art. 1780 CCyC prevé una acción de revisión de esta última sentencia.

ARTÍCULO 1776.- ***Condena penal.*** ***La sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado.***

1. Introducción

El artículo en comentario establece los efectos de la cosa juzgada penal en sede civil, cuando en esta última sede se haya condenado al sindicado como responsable.

2. Interpretación

Como lo hemos dicho anteriormente, el CCyC estructura un sistema de prevalencia de la sentencia penal sobre la civil, construido, en un primer momento, a través del principio de la suspensión del dictado de la sentencia en esta última sede, hasta tanto se encuentre

(233) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1101 del Código Civil", en Augusto C. Belluscio (dir.) y Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil...*, *op. cit.*, p. 302. Igualmente no debe perderse de vista que la autora se refería al supuesto de fallecimiento del imputado, que era el caso expresamente enumerado en el art. 1101 CC.

(234) *Ibid.*, p. 303.

(235) CSJN, "Atanor SA c/ Dirección General de Fabricaciones Militares", 11/07/2007, en *LL* 2007-E, p. 13; "Ataka Co. Ltda. c/ González, Ricardo y otros", 20/11/1973, en *RCyS* 2004-III, p. 129.

firme la decisión que se adopta en la sede punitiva (prejudicialidad). Sin embargo, ello no es suficiente, pues es preciso determinar, una vez dictada la sentencia penal, cuáles serán sus efectos en la posterior decisión a dictarse en la acción resarcitoria. A esta última cuestión se refieren los arts. 1776 y 1777 CCyC, el primero de ellos en cuanto a los efectos de la condena, y el segundo respecto de la absolución del imputado.

Aclarado ello, e ingresando en las previsiones específicas de la norma en comentario, es claro que el art. 1776 CCyC adopta un sistema de prevalencia de la cuestiones juzgadas en sede penal, cuya discusión no puede encararse nuevamente en el litigio por daños. Sin embargo, esa prevalencia es matizada por la norma, y se limita a dos aspectos fundamentales a tener en cuenta: la existencia del hecho principal y la culpa del condenado.

Respecto del primer aspecto, la noción comprende en sí la calificación que sobre ese "hecho principal" haga el sentenciante penal (por ejemplo, delito de homicidio, de lesiones culposas, de calumnias, etc.), así como las circunstancias inherentes al mismo (de tiempo, lugar, etc.). Pero ello deja al margen aspectos tales como la concurrencia culposa de la víctima y un tercero, la magnitud del daño sufrido y la relación de causalidad entre el hecho y el daño.[236] En otras palabras, el juez civil no podría decir que el hecho no existió o que el condenado no fue su autor, o que no hubo homicidio sino omisión de auxilio.[237]

En lo que hace a la culpa del condenado, la norma es clara en cuanto a que, declarada tal, es incontrovertible en la sede civil que el accionar del sindicado como responsable fue negligente. Sin embargo, este principio no es absoluto. En efecto, la declaración penal no obliga al sentenciante civil acerca de la eventual graduación de la culpa, la cual puede no ser compartida.[238] Asimismo, como el sentenciante penal no juzga el comportamiento de la víctima sino el del victimario, nada impedirá —en principio— que el juez civil aprecie la conducta de la víctima, en función de la incidencia que ella adquiera.[239] Lo mismo podría decirse respecto de la eventual valoración por el juez civil respecto de la concurrencia del accionar de un tercero en el resultado dañoso, pero esta última afirmación carece de efectos prácticos, atento a que —como ya lo hemos dicho— el hecho del tercero solo actúa como eximente cuando rompe totalmente el nexo causal (arts. 1731 y 1751 CCyC).

En cuanto a la extensión y magnitud del daño, su valoración por el juez civil estará limitada cuando lo decidido al respecto en la sede punitiva sea trascendente a los fines de tipificar el delito (por ejemplo, calificar las lesiones como graves o leves). Por el contrario, si dicha valoración es intrascendente, la sentencia punitiva no hará cosa juzgada sobre el punto.

ARTÍCULO 1777.- ***Inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal.*** ***Si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil.***

(236) Saux, Edgardo I., "Comentario al art. 1102 del Código Civil", en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3A, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 317.

(237) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1102 del Código Civil", en Augusto C. Belluscio (dir.) y Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil..., op. cit.*, p. 307.

(238) *Ibid.*, p. 308.

(239) Saux, Edgardo I., "Comentario al art. 1102...", en Augusto C. Belluscio (dir.) y Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil..., op. cit.*, p. 319.

Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil.

1. Introducción

Mientras que el art. 1776 CCyC se refiere a los efectos de la cosa juzgada penal en la jurisdicción civil cuando recae una condena contra el acusado, la norma en estudio analiza dichos efectos cuando la decisión es absolutoria.

2. Interpretación

El art. 1777 CCyC se refiere a los efectos de la sentencia penal en la civil cuando la primera decide absolver al imputado.

En primer lugar, la norma en análisis vuelve sobre la idea del "hecho principal" debatido en la causa penal. Es decir que el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que tuvo por verificados el magistrado actuante en la sede punitiva. En consecuencia, si el acusado es absuelto en la jurisdicción criminal por no haberse acreditado la existencia del hecho que se le imputa, no puede ser objeto de un nuevo juicio civil, fundándose en que cometió el hecho, pues sería volver sobre la cosa juzgada, y exponerse al escándalo jurídico de la existencia de decisiones contradictorias.(240)

Asimismo, tampoco puede el juez civil reingresar en el análisis de la cuestión vinculada con la autoría del imputado, es decir, cuando la sentencia penal que absuelve al imputado lo hace declarando que él no fue el autor material del hecho investigado. Se trata de la propia inexistencia del hecho en su "faz subjetiva", esto es, el suceso ocurrió, pero no fue realizado por el sindicado como responsable.(241)

Sin embargo, y como expresamente lo dispone la norma, la decisión penal no hace cosa juzgada, en primer lugar, cuando el magistrado actuante en dicha sede considere que el acto no encuadra en un tipo penal. Ello es así pues, mientras que el sistema penal parte de ilicitud típica, la antijuridicidad civil, por expresa previsión del art. 1717 CCyC, es atípica, y basta la infracción al deber genérico de no dañar.

Tampoco tendrá relevancia la decisión penal cuando la absolución se funde en la falta de responsabilidad del agente. Con ello se despeja todo tipo de duda en cuanto a la intrascendencia de esa decisión en la acción resarcitoria cuando se absuelva al imputado por el beneficio de la duda, o cuando se sustente en la falta de culpa del autor. Sobre este último aspecto, la doctrina es unánime en cuanto a que la apreciación de la negligencia del agente es más estricta en sede civil que en la jurisdicción represiva, por lo que la absolución por esta causal no impide al magistrado que actúa en la litigio de daños volver a valorar la reprochabilidad de la conducta del sindicado como responsable.(242)

(240) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1103 del Código Civil", en Augusto C. Belluscio (dir.) y Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil..., op. cit.*, p. 311.

(241) Saux, Edgardo I., "Comentario al art. 1103 del Código Civil", en Augusto C. Belluscio (dir.) y Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil..., op. cit.*, p. 324.

(242) *Ibid.*, p. 329.

ARTÍCULO 1778.- ***Excusas absolutorias.*** *Las excusas absolutorias penales no afectan a la acción civil, excepto disposición legal expresa en contrario.*

1. Introducción

Conforme a lo establecido en el artículo en análisis, las excusas absolutorias previstas en el ámbito penal carecen de efectos en sede civil.

2. Interpretación

Las excusas absolutorias penales comprenden los supuestos en los cuales, por razones de utilidad o conveniencia, la ley declara al autor impune de un hecho típico y antijurídico, pese a que no concurra en su favor ninguna causa que excluya la culpabilidad. Encuadran en esta figura, entonces, el conjunto de circunstancias que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos, no obstante estar presentes en ellos las notas distintivas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad.(243)

El supuesto que más trascendencia ha tenido en el derecho civil es aquel en el cual el acusado de injuria o calumnia queda exento de pena por su retractación pública, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo (art. 117 CP). Como la retractación configura un supuesto de excusa absolutoria que cancela la punibilidad, la admisión de la excusa evita la pena al autor, pero deja subsistentes las consecuencias civiles de su delito.(244)

Lo mismo sucede en los supuestos previstos en el art. 185 del cuerpo legal punitivo, que establece la exención de responsabilidad penal de los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta (inc. a), del consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge (inc. b), y de los hermanos y cuñados si viven juntos (inc. c), respecto de los delitos de hurto, defraudación y daños. Pero aquí también la excepción regulada por la norma —conforme a lo dispuesto por el artículo citado en último término— no alcanza a la eventual responsabilidad civil de los responsables.

Es por ello que la norma en comentario establece expresamente que las excusas absolutorias carecen de efecto alguno en sede civil, pues, en primer lugar, en todos estos casos los presupuestos del deber de resarcir permanecen intactos y, en segundo término, las razones que dan lugar a la exención penal no obstan a la prosecución del litigio tendiente a obtener el resarcimiento del daño ocasionado.

ARTÍCULO 1779.- ***Impedimento de reparación del daño.*** *Impiden la reparación del daño:*

a. *la prueba de la verdad del hecho reputado calumnioso;*
b. *en los delitos contra la vida, haber sido coautor o cómplice, o no haber impedido el hecho pudiendo hacerlo.*

1. Introducción

La norma en análisis se refiere a dos supuestos en los cuales no procede la indemnización del daño ocasionado. En primer lugar, en los casos en que se encuentre demostrada la veracidad del hecho reputado calumnioso. En segundo término, cuando quien pretende

(243) Terragni, Marco A., "Excusas absolutorias: interpretación de la ley", en *LL* 2014-E, p. 153.

(244) D'Alessio, Andrés J. (dir.) y Divito, Mauro A. (coord.), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, t. II, Bs. As., La Ley, 2011, p. 213.

el resarcimiento fue coautor o cómplice del delito contra la vida, o no evitó la producción del daño.

2. Interpretación

El art. 1779 CCyC establece dos supuestos en los cuales no resulta procedente la indemnización del daño ocasionado a la víctima.

2.1. Verdad de los hechos vertidos en la acusación reputada calumniosa

Para que proceda el resarcimiento de los daños ocasionados por una acusación calumniosa, conforme a lo dispuesto por el art. 1771 CCyC, es preciso que existan elementos que demuestren que las imputaciones que se efectuaron contra el demandante no encontraban sustento alguno en los hechos, y son, por el contrario, fruto de un obrar doloso o gravemente negligente de parte del denunciante.

Si, por el contrario, existiera un razonable basamento objetivo para esas imputaciones, o si ellas hubiesen sido efectuadas con la suficiente verosimilitud de quien creyó actuar real y fundadamente con la convicción de que contaba con elementos suficientes para avalar su postura, nos hallaríamos ante un supuesto de ejercicio regular de un derecho, lo que inhibiría a la acción de responsabilidad.[245]

Partiendo de esas premisas, es evidente que si no solo se acredita el accionar diligente del denunciante, sino que además, se demuestra que el hecho imputado era verídico, poca duda puede existir en cuanto a la improcedencia de todo tipo de indemnización.

2.2. La intervención como coautor o cómplice, o el incumplimiento del deber de prevención

En su segundo inciso la disposición en estudio restringe el reclamo del resarcimiento que le corresponda a los damnificados indirectos del hecho ilícito, en los supuestos en que hayan sido coautores o cómplices de un delito contra la vida de la víctima directa. De esta forma, todo aquel que haya intervenido en tal carácter en el hecho ilícito contra la vida del damnificado directo, se encontrará impedido de reclamar la indemnización que eventualmente le corresponda.

En la misma situación se encuentra el sujeto comprendido en el art. 1710 CCyC, es decir, la persona que, teniendo bajo su ejido la posibilidad de evitar el daño, no lo hace.

> **ARTÍCULO 1780.-** ***Sentencia penal posterior.*** *La sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos:*
>
> a. *si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación;*
> b. *en el caso previsto en el artículo 1775 inciso c) si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor;*
> c. *otros casos previstos por la ley.*

(245) CNAC. APEL. CIV., Sala H, "S. R. c/ M. M. M. s/ Daños y perjuicios", 14/09/2014, Expte. N° 95.653/09.

1. Introducción

El artículo en comentario establece el principio conforme al cual, pese a la preeminencia de la cosa juzgada penal sobre la civil, una vez firme la decisión en esta última jurisdicción, la decisión punitiva posterior en sentido contrario no tendrá efectos sobre ella. Sin embargo, la misma disposición consagra, para algunos supuestos especiales, una acción de revisión de la decisión adoptada en sede civil.

2. Interpretación

El supuesto previsto por la norma es aquel en el cual, no habiéndose iniciado la acción penal (por ejemplo, por ausencia del imputado o por falta de instancia del ofendido cuando esta última depende de instancia privada), o encontrándose pendiente la decisión de aquella (por ejemplo, por presentarse alguno de los supuestos de excepción enumerados en el art. 1775 CCyC), se sustancia el proceso civil y se dicta en él sentencia que adquiere el carácter de cosa juzgada, y luego de ello se dicta la sentencia penal, cuya conclusión es contraria a la adoptada en la acción resarcitoria.

Al respecto, el artículo en análisis mantiene el principio de inmutabilidad de la sentencia civil anterior, admitiendo así una excepción al régimen de orden público que vincula el resultado de ambos procesos cuando se refieren a un mismo hecho, privilegiando la seguridad jurídica y la intangibilidad de la *res iudicata* cuando ella ha sido expedida regularmente.(246)

Sin embargo, aun en vigencia del ordenamiento civil anterior —que consagraba la misma regla en el art. 1106 CC— se consideraban dos excepciones a tal principio. En primer lugar, aquel en el cual la sentencia civil es nula (por ejemplo, si se empleó dolo o violencia contra el juez interviniente), en cuyo caso cae la autoridad de la cosa juzgada. En segundo término, el previsto en el art. 243 de la ley 19.551, en cuanto a la conducta del fallido.(247)

Más allá de ello, lo novedoso de la norma en comentario es que consagra, como excepción del principio antes enunciado, la existencia de una acción de revisión de la sentencia civil anterior, en los supuestos expresamente previstos en el artículo.

El primer caso en que esta novel acción es procedente es aquel en el cual, pese a que existe una sentencia penal anterior, esta es revisada respecto de los extremos que también fueron valorados en la decisión civil. Es claro que, para que sea procedente la acción de revisión en estos casos, es preciso que la modificación del decisorio penal se vincule con la existencia del hecho generador de responsabilidad o la autoría del agente. Esto es, no procederá la acción cuando la nueva decisión penal se expida sobre extremos irrelevantes para la acción resarcitoria. Por ejemplo, si se absuelve al dueño y conductor del automotor por su falta de culpa en el evento dañoso, cuando en el litigio por daños fue condenado en su calidad de propietario de la cosa riesgosa.

Igualmente la disposición prevé expresamente que tampoco podrá modificarse la sentencia civil si el dictado de una nueva decisión en la sede punitiva se vincula con una modificación de la legislación penal. Esto sucede, por ejemplo, cuando se absuelve al condenado por la desaparición del tipo tenido en cuenta en la primera sentencia.

(246) Saux, Edgardo I., "Comentario al art. 1106 del Código Civil", *op cit.*, t. 3-A, p. 342.

(247) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comentario al art. 1106 del Código Civil", *op cit*, p. 324.

En su segundo inciso el art. 1780 CCyC se refiere a la revisión de la decisión adoptada en la acción resarcitoria cuando su dictado no se haya suspendido pese a la existencia de una acción penal en trámite, por resultar de aplicación al caso un factor objetivo de atribución (art. 1775, inc. c, CCyC). Sin embargo, para que proceda la revisión de la sentencia civil en este último supuesto es preciso que la decisión penal sea contraria en cuanto a los presupuestos tenidos en cuenta por el art. 1777 CCyC, es decir, que considere que el sindicado como responsable no participó en el hecho ilícito, o que dicho suceso nunca ocurrió.

Finalmente, en su tercer inciso el artículo en comentario deja abierta la posibilidad de que la legislación especial regule otros supuestos de procedencia de la acción de revisión allí consagrada.

CAPÍTULO 2(*)
Gestión de negocios

ARTÍCULO 1781.- ***Definición.*** ***Hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente.***

Fuentes y antecedentes: art. 1708 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

1. Introducción

En el CC redactado por Vélez Sarsfield se legislaba a esta figura entre las normas que regulaban las obligaciones nacidas de los contratos (arts. 2288 a 2305 CC). Esta ubicación en aquel Código generaba una discusión en la doctrina respecto de su naturaleza jurídica.

En cambio, el CCyC regula el instituto como una fuente autónoma de obligaciones (así se establece expresamente en los "Fundamentos" del Proyecto de CCyC, decreto PEN 191/2011) y lo hace con una redacción simple y más comprensible que el régimen anterior.

La presente norma estaba redactada de igual manera en el art. 1708 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

2. Interpretación

2.1. Definición

La regla general es que nadie debe entrometerse en la esfera jurídica ajena, aunque aparece una excepción que es la gestión de negocios ajenos. Son aquellos casos en los que una persona humana (llamada "gestor") asume espontáneamente y de manera diligente un negocio referido al patrimonio que pertenece a otro (el dueño del negocio o gestionado), quien se halla ausente (no tiene conocimiento) o imposibilitado de hacerse cargo o de oponerse. El gestor actúa en el interés exclusivo del dueño del negocio, y debe cumplir con ciertos requisitos para que proceda la configuración de este instituto, que son:

a. debe mediar un motivo razonable;
b. no debe haber intención de hacer una liberalidad; y

(*) Comentarios a los arts. 1781 a 1793 elaborados por Eduardo Mac Donnell.

c. la persona que asume el negocio no debe estar autorizada ni obligada, sea por convención o por imposición legal.

La gestión puede consistir en actos materiales o jurídicos llevados a cabo por el gestor en beneficio del dueño del negocio.

Cabe aclarar que su interpretación es restringida. Esto significa que la intromisión del gestor en un negocio ajeno debe ser cuando hay un patrimonio que puede sufrir un menoscabo y su dueño está imposibilitado de atender sus asuntos, sea por desconocimiento o por imposibilidad de actuar. Es que, a diferencia de lo que sucedía en el régimen de Vélez Sarsfield, ahora debe mediar un motivo razonable del gestor, a fin de evitar una injerencia de terceros en negocios que no les pertenecen. Es ese motivo razonable el que justifica que una persona pueda inmiscuirse en negocios ajenos y, sobre todo, es lo que da licitud a la actividad desplegada por el gestor.

Por último, cabe apuntar que la gestión de negocios ajenos puede dividirse en tres etapas: el comienzo, la continuación y la conclusión.[248] Solo en la primera etapa el gestor actúa de manera espontánea, y en interés del gestionado, aunque no se sepa quién es este último. En la siguiente fase existe un deber jurídico de continuar la gestión de manera diligente y según la conveniencia e intención del dueño del negocio (arts. 1782, inc. c, y 1785 CCyC). En el último estadio se ubica la finalización de la gestión (art. 1782, inc. c, CCyC), que puede suceder por conclusión del negocio o porque el gestionado asume por sí el negocio o, en algunos casos, porque se opone a la actuación del gestor (arts. 1783 y 1789 CCyC). Sin perjuicio de esto último, quien asume un negocio ajeno concluye definitivamente su actuación una vez que rinde cuentas al gestionado, obligación que está siempre presente, haya terminado la gestión con la finalización del negocio o antes por otras circunstancias (art. 1782, inc. e, CCyC).

2.2. Naturaleza jurídica

A diferencia del CC, que regulaba a la gestión de negocios ajenos entre las obligaciones que nacen de los contratos, el CCyC la regula en el Libro Tercero —Derechos Personales—, Título V —Otras fuentes de las obligaciones—, Capítulo 2. Por este motivo, el instituto en estudio es una fuente de las obligaciones, y ya no se discute si es un cuasicontrato, o un acto unilateral de representación, o un acto voluntario lícito del gestor, o un acto jurídico de este último, como se lo hacía con la regulación anterior.

La gestión de negocios ajenos encuentra sus propias normas, lo que hace que sea una fuente autónoma de obligaciones, con sus propios efectos y, para los casos no contemplados, se recurre supletoriamente a las disposiciones del mandato (art. 1790 CCyC).

2.3. Diferencias con el mandato

Es fácil de distinguir el instituto bajo análisis con el mandato expreso (arts. 1319 y 1320 CCyC), pues en este último hay un contrato que liga a las partes, es decir, un acuerdo de voluntades entre el dueño del negocio (mandante) y quien realiza esa gestión (mandatario), lo que no sucede en la gestión de negocios ajenos, en donde no hay autorización ni obligación previas de llevar adelante aquella actividad. Además, el mandato solamente se refiere a actos jurídicos (art. 1319 CCyC), mientras que la gestión de negocios ajenos puede tratarse también de actos materiales.

(248) Compagnucci de Caso, Rubén H., *La gestión de negocios y el principio de no injerencia*, La Ley, 1998-E, p. 867.

Quizás lo más difícil de distinguir en la práctica es el mandato tácito de la gestión de negocios ajenos. Para establecer esa diferencia debe estarse al conocimiento que tiene el dueño del negocio sobre la actividad que ejerce el gestor. Si hay conocimiento del dueño y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que hay mandato tácito (art. 1319, párr. 2, CCyC). Por el contrario, si el dueño del negocio ignora la gestión, o cuando tiene conocimiento de aquella pero está imposibilitado de oponerse, se estará ante la gestión de negocios ajenos, cuya ratificación posterior por el gestionado traerá aparejado los efectos del mandato desde el día en que la gestión comenzó (art. 1790 CCyC).

2.4. Requisitos

Los requisitos para que se configure el presente instituto son:

1. **Que una persona asume la gestión de un negocio ajeno**

Para cumplir con esta exigencia no debe haber conocimiento del dueño del negocio de la actuación del gestor, o aquel debe estar con una imposibilidad de asumir ese negocio.

Lo importante es que el gestor actúa en interés de otro[249] que no tiene conocimiento de que se lleva adelante el negocio del cual es dueño, o bien está imposibilitado de asumirlo u oponerse. En este último supuesto, debe tratarse de una imposibilidad de oposición, ya que si guarda silencio, es decir, no se opone pudiendo hacerlo, se configura un mandato tácito. El gestor actúa en interés y por cuenta del dueño del negocio.

Si se trata de actos ajenos pero que se ejercen como propios, no se daría el presente requisito impuesto en la norma en estudio. El gestor debe saber desde el principio que asume la conducción de un negocio que no es propio, que es ajeno. De lo contrario, podría configurarse un enriquecimiento ilícito del beneficiario (art. 1794 CCyC). Es, por ejemplo, el caso del heredero aparente, quien administra una herencia que es de otro en la creencia que le era propia, en cuyo caso no tendrá derecho de rembolso contra el beneficiario de su actuación (verdadero heredero), sino que deberá iniciar la acción de enriquecimiento ilícito.

2. **Debe ser realizada oficiosamente**

Esto significa que una persona asume voluntariamente, de forma espontánea y con intención de proteger un patrimonio que pertenece a otra persona, sin tener representación alguna y por un acto unilateral, la realización de un negocio que no le es propio (es decir, es ajeno).

3. **Debe mediar un motivo razonable**

Quien lleve a cabo la gestión debe tener una justificación para comenzar un negocio ajeno, pues de lo contrario estaría vedada su intromisión por la prohibición de injerencia en los negocios ajenos. Es decir, el motivo razonable al que se hace referencia es lo que le da licitud a la actuación del gestor, que de otra manera tendría prohibido inmiscuirse en el negocio que no le pertenece. Ese motivo puede ser un acto espontáneo, de amistad, de humanidad, etc.

Se tiende a evitar, con la razonabilidad, que el gestor haga una invasión en la esfera privada del gestionado, lo que sería una intromisión ilícita. Es por ese motivo que su actuación deberá ser en interés del dueño del negocio.

(249) Compagnucci de Caso, Rubén H., "De la gestión de negocios ajenos", en Alberto J. Bueres (dir.); Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 4-E, Bs. As., Hammurabi, 2008, p. 519 y ss.

Si el gestionado tiene posibilidades de asumir el negocio —por sí o por otra persona en su nombre— no se justifica la actuación del gestor, quien de realizar la gestión se entrometería en asuntos ajenos y se configuraría un acto ilícito. Lo mismo sucede si hay una prohibición expresa del dueño del negocio, siempre que no haya un interés propio del gestor (art. 1783, inc. a, CCyC), en cuyo caso podrá continuar la gestión bajo su responsabilidad.

4. **No debe existir intención de hacer una liberalidad**

Con la gestión se intenta beneficiar al dueño del negocio, por el motivo que sea, sin que eso signifique que se hace una donación o, mucho menos, que se intenta conseguir una retribución a cambio, sino todo lo contrario. El gestor actúa con la intención de obligar al dueño del negocio a que se le rembolsen los gastos más los intereses desde la fecha en la que se hizo el desembolso (art. 1785, inc. a, CCyC). El gestor interviene en un negocio ajeno o parcialmente ajeno para evitar un perjuicio del dueño de aquel y no en busca de un provecho propio.

No hay gestión de negocios ajenos cuando lo que intenta el gestor es hacer una actividad por gratitud o en busca de obtener un lucro a través del gestionado, ya que en esos supuestos no existe el elemento esencial que es el de asumir un negocio que pertenece a otro con intención de obligar al dueño del negocio.

La gestión de negocios ajenos es siempre gratuita, salvo el supuesto contemplado en el art. 1785, inc. d, CCyC ya que el gestor no tiene derecho a reclamar una retribución por su desempeño, sino que su petición se limita al rembolso de lo gastado más los intereses.

5. **La persona que se hace cargo de la gestión no debe estar autorizada ni obligada, sea por convención o por imposición de la ley**

Si la persona que realiza el negocio estaba autorizada por medio de una convención con el dueño de aquel, lo que existe entre las partes es un mandato (art. 1319 CCyC) y no una gestión de negocios ajenos. Lo mismo sucede si es la ley la que impone que la persona que realiza el negocio deba hacerlo en determinados casos, pues en esos supuestos no existen los restantes requisitos a los que se hizo referencia con anterioridad.

En resumidas cuentas, no debe existir una relación jurídica preexistente entre el gestor y el dueño del negocio, ni tratarse de una gestión en cumplimiento de una obligación legal.

2.5. Ejemplos

Son ejemplos de gestión de negocios ajenos: apagar un incendio en la casa del vecino; levantar una cosecha cuyo dueño está imposibilitado de hacerlo; arreglar el techo del vecino que no se encuentra en la casa, para lo cual el gestor debió comprar los materiales; cuando el apoderado realiza un acto que no está autorizado en el poder; el tenedor de un inmueble que paga una deuda del dueño del bien que se encuentra ausente a fin de evitar la ejecución de la propiedad, entre otros.

ARTÍCULO 1782.- ***Obligaciones del gestor.*** ***El gestor está obligado a:***

a. *avisar sin demora al dueño del negocio que asumió la gestión, y aguardar su respuesta, siempre que esperarla no resulte perjudicial;*

b. *actuar conforme a la conveniencia y a la intención, real o presunta, del dueño del negocio;*

c. *continuar la gestión hasta que el dueño del negocio tenga posibilidad de asumirla por sí mismo o, en su caso, hasta concluirla;*

d. *proporcionar al dueño del negocio información adecuada respecto de la gestión;*

e. *una vez concluida la gestión, rendir cuentas al dueño del negocio.*

Fuentes y antecedentes: art. 1709 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

1. Introducción

En la norma en comentario se establecen los alcances de las obligaciones que asume el gestor desde su comienzo (avisar sin demora al dueño del negocio que asumió la gestión), hasta su culminación (rendir cuentas). Por consiguiente, en este artículo se sintetiza todo aquello a lo que está obligado el gestor de negocios ajenos.

En el CC esas obligaciones se encontraban dispersas en los arts. 2290 y 2296 CC. La fuente de la norma en estudio es el art. 1709 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, con una modificación en la redacción del inc. b.

2. Interpretación

Respecto de las obligaciones del gestor, en el inc. a se establece que el gestor tiene que comunicar al gestionado lo antes posible que lleva a cabo un negocio que le pertenece, para que este resuelva que quiere hacer al respecto. El gestor debe esperar instrucciones del dueño del negocio y está obligado a abstenerse de continuar con su actividad hasta que el gestionado indique cómo seguir. Todo eso es siempre y cuando la espera no traiga aparejado un perjuicio para el dueño del negocio, lo que funciona como una excepción al principio de comunicación sin demora. La importancia de dar aviso sin demora al dueño del negocio radica en que se debe poner a este en la posibilidad de hacerse cargo de su negocio por sí mismo y, asimismo, actúa como un límite a las decisiones que tome el gestor en su actuación. En caso de fallecimiento del gestionado, el aviso debe ser realizado a sus herederos.

Además, se vincula con la obligación que tiene el gestor de continuar la gestión hasta que el gestionado prohíba su continuación o asuma por sí mismo el negocio, pues hasta que el gestor no de aviso al dueño del negocio de la actividad que emprendió, este no podrá tomar una decisión al respecto (asumir el negocio o prohibir su continuación).

Si el gestor mantiene oculto el negocio ajeno que lleva adelante, y cesa la ausencia o la imposibilidad del gestionado, sin que el primero haya dado aviso al segundo, se configura una intromisión injustificada en los asuntos ajenos del dueño del negocio y, por lo tanto, ilícita.

El inc. b se refiere a que el gestor debe actuar como lo hubiese hecho el dueño del negocio y según el interés y conveniencia de este último. Por lo tanto, deberá analizarse la conducta del gestor *in abstracto* y compararla con lo que hubiese hecho el verdadero dueño del negocio. Por eso se refiere a "real" o a "presunta", pues a veces el gestor no conoce al gestionado o no sabe qué haría en el caso concreto.

En el inc. c se exige que el gestor continúe el negocio a fin de que no se produzcan perjuicios en el patrimonio del dueño del negocio, hasta que el gestionado pueda actuar por sí mismo, o hasta la culminación del negocio de que se trate.

Debe interpretarse que en este inciso se encuentra contemplado el supuesto establecido en el art. 1783, inc. a, CCyC. Por lo tanto, el gestor tiene que continuar la gestión hasta que el dueño del negocio prohíba su continuación.

Esta obligación que se impone al gestor está íntimamente vinculada con la diligencia que debe tener en el negocio, ya que abandonarlo puede acarrear su responsabilidad en los términos del art. 1786 CCyC. Es decir, el abandono de la gestión hará responsable al gestor por los daños y perjuicios que provoque al dueño del negocio.

Aunque en el artículo no mencione nada, para el caso de muerte del gestionado, la relación del gestor se vincula con sus herederos, y debe continuar la gestión hasta que estos asuman los negocios del difunto o hasta que se opongan a la continuación de aquella, si es que aún no se encuentra finalizada.

Por lo regulado en el art. 1790 CCyC, en caso de muerte del gestor, se aplica el art. 1333 CCyC. Es decir, los herederos del gestor deben proseguir los negocios que no admitan demora, hasta que el dueño del negocio o sus herederos dispongan sobre ellos.

Lo importante de esta obligación que se le impone al gestor es que debe terminar lo que él inició por un acto unilateral y voluntario, y tiene prohibido abandonarlo. Solo puede finalizar su actuación antes de la culminación del negocio en dos supuestos:

a. cuando el gestionado ratifica la gestión y asume sus negocios, lo que incluye las obligaciones contraídas por el gestor; y
b. cuando el gestionado prohíba la continuación del gestor.

De lo contrario, si no sucede ninguno de los casos mencionados con anterioridad, el gestor deberá culminar el negocio.

El inc. d establece que el gestor tiene el deber de brindar una información veraz al dueño del negocio. Esto es consecuencia del principio de buena fe que establece este Código en su art. 9°. Además, está concatenado con la obligación de dar aviso sin demora al dueño del negocio que se impone en el inc. a de este artículo.

La información se refiere a los actos llevados a cabo por el gestor, cuáles se encuentran concluidos o pendientes, y cuál fue el objetivo que tuvo en cuenta con cada uno de esos actos, a fin de que el gestionado tome una decisión sobre cómo continuar el negocio en caso de que aún no se haya terminado.

Si la gestión ya estuviese concluida, la información adecuada deberá estar reflejada en la rendición de cuentas que tiene que realizar el gestor.

El inc. e determina que, una vez que el gestor concluye la gestión debe rendir las cuentas de su actuación. Esta exigencia también surge expresamente del art. 860, inc. a, CCyC y consiste en una obligación de hacer para el gestor.

El principal objetivo de la rendición de cuentas es que el dueño del negocio tenga un acabado conocimiento de los actos cumplidos, como fueron conducidas las diferentes tareas y, además, para saber si lo que recibió de aquella gestión es lo debido por el gestor (art. 858 CCyC y ss.).

La rendición consiste en mostrar la documentación que respalda las cuentas que presente el gestor al dueño del negocio y, una vez aprobadas, concluirá definitivamente su actuación. El gestor debe demostrar, a través de cualquier medio de prueba, las inversiones realizadas, lo recibido durante su gestión, las obligaciones asumidas frente a terceros y/o los trabajos realizados.

Por otra parte, la rendición de cuentas está concatenada con las obligaciones que surgen del art. 1785 CCyC en cabeza del dueño del negocio. Pues de esta rendición saldrán los importes a rembolsar con sus respectivos intereses, las obligaciones de las que deberá hacerse cargo el dueño del negocio, los daños sufridos por el gestor en el ejercicio de su tarea y, en el caso de corresponder, a que se lo remunere por la actividad desplegada.

No basta con presentar las cuentas al dueño del negocio para dar por concluida su gestión, sino que debe esperar su aprobación, sea aquella privada o judicial. Una vez aprobada, deberá procederse de acuerdo a lo estipulado en el art. 864 CCyC: el dueño del negocio debe pagar el saldo, es decir, rembolsar los gastos en los que hubiera incurrido el gestor más intereses, o asumir las obligaciones frente a terceros; y el gestor debe devolver los títulos y documentos que haya recibido durante su actividad. Sin embargo, el gestor puede optar por el derecho de retención hasta tanto no sea desinteresado por el dueño del negocio.

Si bien la actividad del gestor puede concluir antes de rendir cuentas, por finalización del negocio por cualquiera de las formas que sea, subsistirá una relación jurídica con el dueño del negocio hasta tanto cumpla con esta obligación. Por eso, no termina la gestión de negocios ajenos hasta tanto sean aprobadas las cuentas presentadas al gestionado, aunque la actuación del gestor haya concluido.

En el caso de que el gestor no presente la rendición de cuenta, el dueño del negocio podrá exigirla judicialmente. En aquel juicio, el juez primero tiene que establecer si existe la obligación de rendir cuentas, y recién después se procederá a rendirlas para su aprobación.

ARTÍCULO 1783.- ***Conclusión de la gestión.*** *La gestión concluye:*

a. *cuando el dueño le prohíbe al gestor continuar actuando. El gestor, sin embargo, puede continuarla, bajo su responsabilidad, en la medida en que lo haga por un interés propio;*
b. *cuando el negocio concluye.*

Fuentes y antecedentes: art. 1710 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

1. Introducción

En este artículo se estipulan las formas de conclusión de la gestión de negocios ajenos. En el CC (arts. 2296, 2298, 2300, 2301 y 2303 CC) no había una norma específica en la cual se contemplara la conclusión de este instituto como lo hace el CCyC. Esta norma estaba igualmente redactada en el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 (art. 1710).

2. Interpretación

Si bien en este artículo se establecen dos modos de conclusión de la gestión de negocios ajenos, debe sumarse un tercero, que es cuando el dueño del negocio asume por sí la actividad que desarrollaba el gestor (art. 1782, inc. c, CCyC). Las formas estipuladas en la norma para la conclusión de la gestión desarrollada por el gestor son:

2.1. Cuando el gestionado prohíbe al gestor continuar su actuación

El dueño del negocio está facultado a poner fin a la gestión si prohíbe al gestor que continúe con la actividad que ya emprendió. Desde el momento en que el dueño del negocio prohíbe al gestor continuar con su actividad, se daría uno de los supuestos de conclusión

de la gestión de negocios ajenos. Sin embargo, el artículo dispone una excepción, que es cuando hay un interés propio del gestor en la actividad que lleva adelante. En ese caso, el gestor podrá continuar su tarea aun contra la voluntad del dueño del negocio y bajo su responsabilidad.

Esta forma de concluir la gestión está íntimamente ligada a la obligación que tiene el gestor de dar aviso sin demora al dueño del negocio (art. 1782, inc. a, CCyC). Una vez que el gestor anotició al gestionado sobre la actividad que lleva adelante, está obligado a aguardar su respuesta, y es en ese momento en el cual el dueño del negocio puede oponerse a la continuación de la actividad desarrollada por el gestor.

Por otra parte, no se exige que el gestionado tenga alguna razón fundada para prohibir la continuación de la gestión. De existir tal prohibición, la regla general es que el gestor no puede continuar con su actividad, salvo que tenga un interés propio, que serían aquellos casos en los que el negocio es parcialmente ajeno, o la prohibición es contraria a normas legales o de orden público. Si no se da alguno de estos supuestos, el gestor no tiene justificación para entrometerse en un negocio cuyo dueño prohibió su actividad. Por eso, en estos casos no hay que probar si la prohibición del gestionado era o no válida o fundada, sino que es el gestor quien tiene que acreditar que continuó la gestión debido a que tenía un interés legítimo.

Por ejemplo, si se trata de una cosa mueble prendada que está en riesgo y el gestor es acreedor prendario de aquella. Ante la oposición del dueño de la cosa mueble, el acreedor prendario podrá continuar la gestión con la intención de no perder o evitar que se deteriore la cosa. Pero en ese supuesto no se evalúa si la oposición del dueño del negocio fue válida, sino que lo que debe demostrarse es que había un interés propio del gestor en que la cosa no se deteriore o deje de existir. Si no existe ese interés legítimo, el gestor no está autorizado a conservar la cosa mueble ante la oposición del gestionado.

Para que la prohibición produzca sus efectos, debe ser comunicada al gestor de manera fehaciente por cualquier medio y además, debe tratarse de una orden clara y que no deje lugar a dudas de que el dueño del negocio no quiere que el gestor continúe. Sin embargo, los actos ya cumplidos por el gestor se reputarán válidos y solo se podrán prohibir los que están en ejecución o próximos a realizarse.

Es evidente que si hay oposición del dueño del negocio no se configura el presente instituto pues la intromisión de la persona que realiza la gestión se transforma en un acto ilícito y sin justificación.

Si el gestor continúa su actividad ya anoticiado de la prohibición de hacerlo por el dueño del negocio y no demuestra un interés legítimo, será responsable del daño patrimonial y extrapatrimonial que sufra el gestionado como consecuencia de la gestión, y no tiene derecho al rembolso de los gastos que haya realizado, ni a que se lo libere de las obligaciones contraídas con terceros, y mucho menos a que se le indemnicen los daños y perjuicios generados como consecuencia de su actividad en el negocio.

En cambio, si existe la prohibición del dueño del negocio pero no llegó a ser conocida por el gestor quien continúa con la gestión, no se reputará una intromisión ilícita y tendrá derecho a que se le rembolsen todos los gastos realizados hasta que sea efectivamente notificado de la decisión del gestionado.

En síntesis, si hay oposición del dueño del negocio notificada fehacientemente al gestor, este último carece de legitimación para entrometerse en aquellos asuntos, salvo que

exista un interés legítimo propio en efectuar esa actividad, cuya acreditación estará en cabeza suya.

2.2. La conclusión del negocio

En este caso termina la actuación del gestor cuando el negocio ajeno se agota o finaliza. Aunque quedan varias relaciones jurídicas entre las partes ya concluido el negocio.

En efecto, el gestor está obligado a rendir cuentas de su actividad (art. 1782, inc. e, CCyC). Por lo que el dueño del negocio tiene derecho a exigir la rendición de cuentas de los actos llevados a cabo por el gestor y a que se le entreguen las cosas y documentos que la gestión produjo. También puede iniciar una acción de daños y perjuicios contra el gestor por los actos que lo perjudicaron como consecuencia de la culpa de este último (art. 1786 CCyC).

Por su parte, el gestor tiene derecho a que el dueño del negocio rembolse el saldo que surja a su favor de la rendición de cuentas, y a que se lo libere de las obligaciones que haya asumido como consecuencia de la gestión. En ciertos casos particulares, tiene derecho a que se lo remunere (art. 1785, inc. d, CCyC).

ARTÍCULO 1784.- ***Obligación frente a terceros.*** ***El gestor queda personalmente obligado frente a terceros. Sólo se libera si el dueño del negocio ratifica su gestión, o asume sus obligaciones; y siempre que ello no afecte a terceros de buena fe.***

Fuentes y antecedentes: art. 1711 del Proyecto del Código Civil Unificado de 1998.

1. Introducción

La redacción del presente artículo despeja todas las interpretaciones a las que daba lugar el art. 2305 redactado por Vélez Sarsfield. Es una reproducción del art. 1711 del Proyecto del Código Civil Unificado de 1998. Lo importante a destacarse de esta norma es que el gestor queda personalmente obligado frente a los terceros durante la gestión de negocios ajenos.

2. Interpretación

2.1. Obligación frente a terceros

Mientras que el dueño del negocio no haya ratificado la gestión o hasta que no asuma las obligaciones que aquella genera, el obligado frente a los terceros es el gestor.

Aquí poco importa si el gestor se obliga en su propio nombre o a nombre del gestionado, pues hasta que no haya una manifestación del dueño del negocio en la cual ratifique o asuma las obligaciones, es el gestor quien queda personalmente obligado frente a los terceros. Es que no existe representación del gestor respecto del dueño del negocio, por ello este último no queda obligado frente a los terceros con los que contrata el primero.

Esta normativa es amplia, pues el gestor queda obligado por cualquier acto y los terceros tienen acción contra este hasta tanto el dueño del negocio no aparezca en la relación existente. Hasta entonces, el gestionado es un tercero ajeno a las partes intervinientes en la gestión de negocios ajenos.

Una vez realizada la ratificación, los efectos se asimilan a los del contrato de mandato y es el gestionado quien queda obligado frente a los terceros desde el día en que comenzó la

actividad del gestor (arts. 1789 y 1790 CCyC). Si el gestor había contratado a nombre del gestionado, entonces queda liberado. En cambio, si lo había hecho a nombre propio, el dueño del negocio, además de ratificar la gestión, deberá asumir esas obligaciones para liberar al gestor (obligación que le impone el art. 1785, inc. b, CCyC cuando la gestión fuese conducida útilmente), de lo contrario los terceros tienen acción contra ambos (gestor y gestionado).

Por ejemplo, cuando el gestor contrata con un tercero una cosechadora para levantar la soja del campo vecino ante el peligro de perderse lo sembrado por ausencia del dueño del campo, quien se encuentra imposibilitado porque está internado en un hospital de la zona. En este caso, es el gestor el que queda obligado personalmente frente a ese tercero que levanta la cosecha, hasta que el dueño del campo salga de su imposibilidad y asuma aquella obligación contraída por el primero. Si se había contratado a nombre del dueño del campo la maquinaria, entonces bastará la ratificación de aquel y quedará liberado el gestor de las obligaciones de ese contrato. En cambio, si el gestor contrató a su propio nombre, necesitará que el dueño del negocio asuma las obligaciones frente a ese tercero para quedar liberado. De lo contrario, gestor y gestionado deben responder ante el dueño de las maquinarias por aquella cosecha.

En síntesis, dos son las vías que tiene el gestor para liberarse de las obligaciones contraídas con terceros: que el dueño del negocio ratifique la gestión, o cuando asume sus obligaciones.

2.2. Tercero de buena fe

En el artículo se establece una excepción a la liberación del gestor referente a los terceros de buena fe. Aun cuando el dueño del negocio ratifique la gestión o asuma las obligaciones que de aquella se derivan, el gestor no se libera respecto a los terceros de buena fe.

Es decir, los terceros en caso de ser de buena fe, tienen acción contra el dueño del negocio que ratificó la gestión o asumió la obligación, y también contra el gestor. Por lo tanto, podrán perseguir el pago de su crédito por el gestor, por el dueño del negocio, o por ambos indistintamente. Después, de corresponder, existirá acción de repetición entre gestor y gestionado. De esta manera se protege a los terceros de buena fe.

2.3. Acción subrogatoria

Aunque la norma en estudio no diga nada, no hay ningún impedimento para que los terceros ejerzan la acción subrogatoria contemplada en el art. 739 CCyC.

Por lo tanto, los acreedores pueden ir contra el dueño del negocio cuando no haya ratificado la gestión o no haya asumido las obligaciones que le competen, pero solo respecto de las acciones que contra este tenía el gestor. Es decir, los terceros solo tienen una acción de rembolso contra el dueño del negocio, pero no pueden exigirle el cumplimiento de las obligaciones, a las que queda atado el gestor, que es el único comprometido ante la falta de ratificación o asunción de obligaciones del gestionado.

ARTÍCULO 1785.- ***Gestión conducida útilmente.*** *Si la gestión es conducida útilmente, el dueño del negocio está obligado frente al gestor, aunque la ventaja que debía resultar no se haya producido, o haya cesado:*

a. *a reembolsarle el valor de los gastos necesarios y útiles, con los intereses legales desde el día en que fueron hechos;*

b. *a liberarlo de las obligaciones personales que haya contraído a causa de la gestión;*

c. *a repararle los daños que, por causas ajenas a su responsabilidad, haya sufrido en el ejercicio de la gestión;*

d. *a remunerarlo, si la gestión corresponde al ejercicio de su actividad profesional, o si es equitativo en las circunstancias del caso.*

Remisiones: ver comentario al art. 1787 CCyC.

1. Introducción

Al igual que lo disponía el art. 1712 del Proyecto de Código Civil de 1998 (con una modificación de la redacción del inc. a), en el presente Código se estipulan los efectos de una gestión conducida útilmente.

En este artículo se determinan las obligaciones que tiene el dueño del negocio frente al gestor, cuando la gestión fue conducida útilmente. En el Código de Vélez Sarsfield esas obligaciones del gestionado se encontraban diseminadas en los arts. 2298, 2300, 2301 y 2302 CC.

2. Interpretación

La norma establece que si la gestión es conducida útilmente, entonces el gestionado queda obligado frente al gestor, independientemente de que el resultado no haya sido el deseado.

2.1. Gestión útil

La obligación del gestor es llevar su tarea de manera diligente, lo que implica que debe cumplir de manera regular su gestión.[250]

El artículo en comentario se refiere a la conducción de la gestión, por lo que la expresión "útilmente" es claramente sinónimo de diligencia, eficacia, y no se refiere a la utilidad o ganancia alcanzada por la actividad del gestor. No interesa el resultado de la gestión siempre y cuando aquella se haya ejercido con eficacia y diligencia.

Es que si se le exigiera al gestor de negocios ajenos que garantice un resultado que otorgue una ganancia al dueño del negocio, esta figura desaparecería, pues nadie se metería en un asunto de este tipo.

Demostrada que la gestión del negocio fue realizada de manera útil (diligente/eficaz), surgen en cabeza del gestionado una serie de obligaciones frente a quien llevó a cabo las tareas (gestor), sin importar el resultado de aquella actividad.

No debe confundirse la utilidad de un negocio con el provecho que saque el dueño. La gestión puede ser conducida útilmente y no representar ningún provecho para el dueño del negocio. En este punto, Vélez Sarsfield daba un ejemplo que puede ser empleado aquí también: si el gestor hace reconocer y liquidar un crédito a favor del dueño del negocio, y terminada la liquidación el deudor quiebra, el crédito es perdido, por lo que el gestionado no saca ningún provecho de la gestión y, sin embargo, la gestión fue útilmente emprendida.

(250) Spota, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, t. VII, Bs. As., La Ley, 2009, p. 1024 y ss.

Por lo tanto, si el gestor no alcanza la ventaja que debía resultar, ya sea por causas imprevistas o imprevisibles, eso no es obstáculo para considerar que la gestión fue realizada útilmente.

Para que la intromisión sea conducida útilmente, debe mediar razonabilidad. Esto significa que debe estar justificada la intervención del gestor, de lo contrario no corresponde que se inmiscuya en asuntos ajenos. Aquí no interesan las buenas intenciones que tenga el gestor, sino que tiene que ser una intervención razonable y que no se haya podido postergar hasta que el negocio sea asumido por su dueño.

El llevar adelante una gestión "útilmente" no debe confundirse con la utilidad necesaria para la liberación de responsabilidad del gestor en un supuesto de caso fortuito. A fin de entender la diferencia, se remite a la explicación del art. 1787 CCyC.

2.2. Consecuencias de la gestión conducida útilmente

Las obligaciones que se generan al dueño del negocio ante una gestión conducida útilmente se consigan a continuación.

a. ***a reembolsarle el valor de los gastos necesarios y útiles, con los intereses legales desde el día en que fueron hechos;***

El gestor puede reclamar al dueño del negocio todos los gastos necesarios y útiles en los que incurrió para llevar adelante su gestión, como por ejemplo aquellos gastos que se efectuaron para conservar el negocio o para poder continuar aquel.

El detalle de los gastos y la fecha en que fueron realizados surgirá de la rendición de cuentas que debe efectuar el gestor (art. 1782, inc. e, CCyC). Una vez aprobada (por el gestionado o por sentencia judicial), el dueño del negocio tendrá que abonar el saldo correspondiente.

Dos son los requisitos que necesita acreditar el gestor del negocio ante cada gasto realizado:

a. que aquel debía desembolsarse necesariamente, de lo contrario la gestión no hubiese podido llevarse adelante; y

b. que fue útil para el negocio, que son los gastos realizados para conseguir el mejor resultado por el gestor. De lo contrario, ante la falta de esta prueba, el dueño del negocio no tiene la obligación de rembolsar al gestor, y este último tendrá la acción de enriquecimiento ilícito contra el primero.

También se establece en este inciso que los intereses comienzan a correr a partir del momento en que se hicieron los gastos. La finalidad de los intereses desde esa fecha es la de dejar indemne al gestor. Esto concuerda con lo estipulado en el art. 1748 CCyC. Y se agrega que ellos serán los legales, por lo que deberá estarse a cada gasto en concreto.

Por lo tanto, los intereses no corren desde la mora del dueño del negocio, la que sería después de aprobada la rendición de cuentas, sino que será desde la fecha en que se hizo el gasto, porque así lo dispone el artículo en comentario.

b. ***a liberarlo de las obligaciones personales que haya contraído a causa de la gestión;***

El dueño del negocio deberá liberar al gestor de todas aquellas obligaciones que haya contraído como consecuencia de la gestión del negocio conducido útilmente, ya sea que las haya asumido a nombre propio o del gestionado.

La obligación impuesta en este inciso es solidaria cuando hay varios dueños del negocio (art. 1788, inc. b, CCyC).

Si se trata de obligaciones ya concluidas al momento de la liberación por parte del dueño del negocio, estas deberán ser incluidas en la rendición de cuentas que debe realizar el gestor. Si se trata de obligaciones aún pendientes, será el gestionado quien tiene la obligación de asumirlas y cumplirlas, y de esa forma dejar liberado al gestor.

Sin embargo, los terceros de buena fe tienen acción tanto contra el gestor como contra el gestionado (art. 1784 CCyC), por lo que ante ellos no se libera quien llevó a cabo la gestión de un negocio ajeno.

c. *a repararle los daños que, por causas ajenas a su responsabilidad, haya sufrido en el ejercicio de la gestión;*

A diferencia del sistema anterior, que establecía que el dueño del negocio no debía responder por los perjuicios que resultasen al gestor (art. 2300 CC), en el CCyC se consagra la regla contraria. Así, el dueño del negocio debe reparar los daños sufridos por el gestor como consecuencia del ejercicio de su gestión, y que no hayan sido provocados por responsabilidad de este último.

El gestor tiene derecho a que el dueño del negocio le indemnice los daños sufridos a causa de la gestión que realizara, siempre que el perjuicio no haya sido provocado por su culpa.

En cuanto al daño emergente, estaría satisfecho con la rendición de cuentas y el rembolso que debe hacer el dueño del negocio. Por lo que aquí se incluyen todos los otros daños cuya prueba está en cabeza del gestor, quien deberá acreditar el perjuicio y que aquel se produjo como consecuencia de la gestión desarrollada, y por causas ajenas a su responsabilidad.

d. *a remunerarlo, si la gestión corresponde al ejercicio de su actividad profesional, o si es equitativo en las circunstancias del caso.*

Como la gestión de negocio se realiza sin el consentimiento del dueño del negocio, no cabe una remuneración al gestor por sus tareas, más allá que este último tampoco tiene intención de hacer una liberalidad (art. 1781 CCyC). Se destaca que en este inciso hay una excepción a aquel principio, donde se establece que el gestor de negocio podrá reclamarle una suma de dinero en dos supuestos:

a. cuando la gestión sea el ejercicio de su actividad profesional; y
b. cuando sea equitativo según las circunstancias del caso.

Por lo tanto, la regla es la gratuidad de la gestión de negocios ajenos, con la excepción de aquellos casos en los cuales el gestor es un profesional de la actividad desplegada o los actos realizados son trabajos que suele hacer como medio de vida, en cuyos supuestos deberá ser remunerado por su gestión.

El fundamento radica en que el gestor realizó una actividad en beneficio del dueño del negocio que de haberla hecho para otra persona hubiese cobrado una retribución. Además, el gestionado, si hubiese contratado a alguien de las características del gestor, habría abonado sus honorarios. Por ese motivo, la remuneración del gestor se la incluye dentro de los gastos de la gestión.

Atento a ello, para que sea admitida la retribución, debe cumplirse con el requisito de que haya mediado un motivo razonable que justifique la intromisión en un asunto ajeno. Esto

es para marcar un límite y no fomentar la intervención de profesionales en asuntos que no le son propios, en busca de una retribución a través de este instituto.

Sin perjuicio de lo dicho, si no se cumplen con los requisitos enumerados en el art. 1781 CCyC, quien llevó a cabo el negocio podrá recurrir a la acción de enriquecimiento sin causa.

ARTÍCULO 1786.- ***Responsabilidad del gestor por culpa.*** ***El gestor es responsable ante el dueño del negocio por el daño que le haya causado por su culpa. Su diligencia se aprecia con referencia concreta a su actuación en los asuntos propios; son pautas a considerar, entre otras, si se trata de una gestión urgente, si procura librar al dueño del negocio de un perjuicio, y si actúa por motivos de amistad o de afección.***

Remisiones: ver arts. 1721, 1724 y 1725 CCyC.

1. Introducción

En el Código Civil de Vélez Sarsfield el art. 2291 establecía la responsabilidad del gestor por "*toda culpa en el ejercicio de la gestión*".

En la redacción de la norma en comentario se hace referencia al daño que sufra el dueño del negocio por la culpa del gestor. De similar manera estaba redactado en el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 (art. 1713), aunque en la norma en comentario se da una mejor redacción al artículo que la proyectada en aquel momento.

La diligencia del gestor se aprecia en base a la actuación en sus propios asuntos. También se hace hincapié en las pautas a tener en cuenta, entre otras, si fue una gestión urgente, si se procuraba liberar al gestionado de un perjuicio, o si la gestión se llevó a cabo por motivos de amistad o de afección, lo que servirá como parámetro para determinar la diligencia o no de la actuación del gestor.(251)

2. Interpretación

El gestor deberá actuar con la mayor diligencia posible, pues responde por el daño que le haya causado al dueño del negocio como consecuencia de su culpa. Por lo tanto, el factor de atribución de responsabilidad en la gestión de negocios ajenos es la culpa.

Se remite a la lectura de los arts. 1721, 1724 y 1725 CCyC para mayor precisión de la responsabilidad por culpa. El art. 1721 CCyC consagra que, en ausencia de normativa, el factor de atribución de responsabilidad es la culpa, y en el art. 1724 CCyC se define a esta como "*la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo, y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión*".

La culpa será evaluada con referencia a la actuación que el gestor aplica en los actos propios. Es decir, para considerar si hubo culpa del gestor, deberá analizarse la diligencia que aquel tiene en sus propios asuntos. Se evaluará su actuación no solo respecto del negocio principal, sino que también se incluyen aquellos negocios accesorios que debe concretar para conseguir el primero.

(251) Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, actualizado por Alejandro Borda, t. II, Bs. As., La Ley, 2008, p. 517 y ss.

El artículo cita como pautas a tener en cuenta, si se trata de una gestión urgente, o cuando el dueño del negocio no puede intervenir a tiempo para evitar un perjuicio en su patrimonio, o si el gestor actúa por motivos de amistad o de afecto. Esta enumeración no es taxativa, pues en el artículo se dice "*entre otras*".

Por consiguiente, la persona que asume la gestión de un negocio que pertenece a otro debe emplear la máxima diligencia en su ejercicio, salvo supuestos de excepción en donde la exigencia se relativiza, es decir, es menor, pues se trató de un caso de urgencia, de amistad, o de afección, o de un perjuicio al patrimonio del gestionado. También esos supuestos de excepción pueden ser utilizados por el juez para moderar la cuantía del resarcimiento del dueño del negocio.

Por lo tanto, la responsabilidad del gestor estará íntimamente ligada a cada caso en particular y al modo en que se desarrolla en sus propios asuntos.

ARTÍCULO 1787.- ***Responsabilidad del gestor por caso fortuito.*** *El gestor es responsable ante el dueño del negocio, aun por el daño que resulte de caso fortuito, excepto en cuanto la gestión le haya sido útil a aquél:*

a. *si actúa contra su voluntad expresa;*
b. *si emprende actividades arriesgadas, ajenas a las habituales del dueño del negocio;*
c. *si pospone el interés del dueño del negocio frente al suyo;*
d. *si no tiene las aptitudes necesarias para el negocio, o su intervención impide la de otra persona más idónea.*

1. Introducción

Con relación a la responsabilidad del gestor por caso fortuito, el CCyC sigue la línea de lo que estipulaba el CC redactado por Vélez Sarsfield en sus arts. 2294 y 2295.

De similar manera se regulaba este supuesto en el art. 1714 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

2. Interpretación

Cuando en el transcurso de la gestión el dueño del negocio sufre algún daño por caso fortuito, no hay responsabilidad del gestor, salvo los supuestos enumerados en este artículo, en cuyo caso deberá responder este último, a no ser que demuestre que la gestión ha sido útil al gestionado, y de esta manera no responde ni siquiera del *casus*.

Ahora bien, el término "útil" empleado en la presente norma es diferente al utilizado en el art. 1785 CCyC. En efecto, esta última norma habla de "*gestión conducida útilmente*", en referencia a la conducta desarrollada por el gestor y, como se dijo en esa oportunidad, debe interpretarse como sinónimo de diligente, eficaz. Por el contrario, en este artículo la expresión "*útil*" está empleada en función del dueño del negocio y, por lo tanto, en la utilidad o aprovechamiento que el gestionado logró de la gestión.

Avala esta diferencia en la palabra "útil" los casos enumerados en el propio artículo en estudio, que no dejan dudas que son supuestos en los cuales el gestor actúa sin diligencia o ineficazmente y, sin embargo, si se demuestra la utilidad o beneficio alcanzado por el dueño del negocio, no deberá responder por el caso fortuito.

Por consiguiente, el gestor de negocio es responsable ante el dueño por caso fortuito cuando su gestión no fue útil para este último. En otras palabras, si hay aprovechamiento del dueño del negocio por la gestión llevada adelante, se produce una compensación entre el perjuicio y el beneficio, que hace que el gestor no sea responsable por ausencia de relación causal entre el hecho y el resultado.

En síntesis, la regla es que el gestor no responde por caso fortuito a; no ser que actúe contra la voluntad expresa del dueño del negocio, o emprenda actividades arriesgadas, ajenas a las habituales de aquel, o si obra en su propio interés, o si no tenía las aptitudes necesarias para el negocio, o si su intervención impidió la de otra persona más idónea, en cuyos supuestos responderá por el *casus*. Pero, si el gestor demuestra que su gestión fue útil (provecho/beneficio) para el dueño del negocio, no responderá por el caso fortuito ni siquiera en los supuestos antes mencionados.

2.1. Supuestos en los que el gestor responde por caso fortuito si no demuestra que la gestión fue útil para el gestionado

El inc. a se refiere a la actuación que lleva adelante el gestor cuando el dueño del negocio expresamente le prohibió que realizase tal actividad. Al actuar contra la voluntad del gestionado, se produciría una injerencia en la esfera privada de aquel y, de este modo, la gestión sería ilícita. O bien, se puede interpretar que la persona que actúa de esta manera, es decir, en contra de la voluntad del dueño del negocio, lo hace con intención de hacer una liberalidad.

De allí que el gestor no tenga derecho a reclamar suma alguna desembolsada después de la negativa del dueño del negocio y, además, que deba responder por los daños generados a este último por el caso fortuito, salvo que demuestre que hubo un beneficio del gestionado a raíz de su actuación.

Es que la gestión así realizada no puede considerarse diligente para el dueño del negocio, quien no deseaba que aquella se llevara adelante.

Recordemos que una vez expresada la voluntad del gestionado de que el gestor no continúe con el negocio, se concluye la gestión de negocios ajenos (art. 1783 CCyC). Por otro lado, la notificación del dueño del negocio debe ser expresa y efectivizarse antes de que se produzca el caso fortuito, ya que si es posterior, el gestor no responderá por aquel evento extraordinario. Esa notificación anterior podrá ser demostrada por cualquier medio por el dueño del negocio.

Por su parte, el supuesto que refiere el inc. b estaba también previsto en el Código Civil de Vélez Sarsfield, en el art. 2294, primera parte, CC. Se mantiene un criterio subjetivo, pues se tiene en cuenta los usos y hábitos del dueño del negocio.

Es cuando el gestor encara una gestión de manera imprudente, al hacer operaciones arriesgadas y peligrosas que el dueño del negocio no hubiese emprendido, y con ella se generan daños al gestionado, los que deberán ser resarcidos. Por más que luego el gestor demuestre que en esa maniobra arriesgada y peligrosa prestó la mayor diligencia posible, deberá igualmente responder.

En estos casos, el gestor del negocio ajeno también responderá por las consecuencias que no son previsibles, es decir, por caso fortuito, a no ser que esas operaciones representaron algún provecho para el gestionado.

Ahora, si el dueño del negocio acostumbraba a realizar este tipo de actividades (arriesgadas o ajenas a las habituales), la gestión se considerará útil con las consecuencias que esto significa.

Respecto de la responsabilidad que establece el inc. c, hay que señalar que aquí se desnaturaliza el instituto, pues el gestor deja de actuar en interés del dueño del negocio para hacerlo en el suyo propio. Esta conducta es claramente indebida y, por lo tanto, el gestor responderá por los daños ocasionados al gestionado, por su culpa. Además, por lo estipulado en el presente inciso, no puede invocar el caso fortuito para liberarse, a no ser que su actividad haya sido útil para el dueño del negocio.

En relación a lo que señala el inc. d, es evidente que llevar adelante un negocio cuando no se tiene la idoneidad para hacerlo es un obrar culposo, pues es un comportamiento que al menos es negligente desde el principio, y que más que beneficiar al dueño del negocio le va a generar un gran perjuicio. Por ese motivo, si el gestor no es competente para llevar adelante el negocio deberá abstenerse de hacerlo, ya que corre el riesgo no solo de responder por los perjuicios que genere al gestionado, sino también por caso fortuito.

Determinar que la intervención del gestor impidió que otra persona "*más idónea*" se haga cargo del negocio es de difícil prueba. El dueño del negocio tendría que demostrar que existía otra persona, que tenía más aptitudes que la del gestor, y que no se hizo cargo de la gestión que ya se llevaba adelante, porque había alguien que intervenía. Será el juez quién tendrá que valorar la prueba para determinar que se cumplió este supuesto de hecho. Demostrado tal extremo, el gestor responderá por los daños ocasionados al gestionado, aun cuando aquellos se hayan producido por caso fortuito.

Por lo dicho, queda claro que si el gestionado obtuvo algún beneficio por la gestión, también quedará liberado el gestor.

2.2. Aplicación restrictiva de estos supuestos

Al tratarse de una excepción a la regla general que establece el art. 1730 CCyC, en cuanto a que el caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad al deudor (en este caso, al gestor), los supuestos aquí contemplados deben ser interpretados de manera restrictiva. Además, se suman los casos enumerados en el art. 1733 CCyC.

ARTÍCULO 1788.- ***Responsabilidad solidaria.*** ***Son solidariamente responsables:***

a. ***los gestores que asumen conjuntamente el negocio ajeno;***
b. ***los varios dueños del negocio, frente al gestor.***

Remisiones: ver comentario a los arts. 827 a 849 CCyC.

1. Introducción

A diferencia del Código Civil de Vélez Sarsfield en donde se disponía la "no solidaridad" (art. 2293 CC), es decir, la responsabilidad era mancomunada, en este Código se produce un cambio fundamental.

Se consagra la responsabilidad solidaria entre los gestores, y entre los dueños del negocio y el gestor. De la misma manera lo disponía el art. 1715 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998. Para un detallado análisis de las obligaciones solidarias, se remite a la lectura de los arts. 827 a 849 de este Código comentado.

2. Interpretación

2.1. Responsabilidad de los gestores

El CCyC dispone la solidaridad de la responsabilidad de los distintos gestores que asumen conjuntamente el negocio ajeno.

Es decir, el gestor responde por su actuación y por la de aquellas personas que haya escogido para continuar con la gestión.

Por lo tanto, todos los gestores que hayan actuado en el negocio serán solidariamente responsables tanto frente a terceros como ante el dueño del negocio. Esto quiere decir que el perjudicado por la actuación de cualquiera de los gestores podrá ir contra uno o contra todos ellos para satisfacer sus derechos.

Una vez satisfecho el acreedor, el gestor que hubiese respondido tendrá una acción de repetición contra el o los gestores que considere pertinente.

El fundamento de la solidaridad radica en que la actividad que emprendieron todos los gestores que actuaron en la gestión de negocios ajenos es un acto ilícito pero que se encuentra justificado. Por lo que al provocarse daños al gestionado o a terceros como consecuencia de la gestión se pierde esa justificación y se configura un acto antijurídico.(252)

2.2. Responsabilidad de los dueños del negocio frente al gestor

En estos supuestos, el gestor emprende un negocio que es ajeno y que aquel tiene varios dueños, como ser condóminos, coherederos, etc. También se consagra la responsabilidad solidaria de los varios dueños del negocio, por lo que el gestor podrá ir contra cualquiera de ellos por el total de su reclamo.

Después, una vez satisfecho el gestor, el gestionado que haya respondido tendrá una acción de repetición contra los otros dueños del negocio.

Puede suceder que intervenga un tercero de buena fe en el negocio y sea quien sale perjudicado. Antes de la ratificación de la gestión por el dueño, este tercero podrá reclamar solidariamente a los gestores que hayan intervenido, y estos últimos repetir contra cualquiera de los dueños del negocio, que también responden solidariamente frente al o los gestores.

ARTÍCULO 1789.- ***Ratificación.*** ***El dueño del negocio queda obligado frente a los terceros por los actos cumplidos en su nombre, si ratifica la gestión, si asume las obligaciones del gestor o si la gestión es útilmente conducida.***

Fuentes y antecedentes: art. 1716 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

1. Introducción

Vélez Sarsfield había dispuesto, en el art. 2304 CC, que la ratificación del dueño del negocio era equiparable a un mandato, con efecto retroactivo al día en que se había iniciado la gestión.

(252) Lavalle Cobo, Jorge E., "Comentario a los arts. 2288 a 2305", en Augusto C. Belluscio (dir.); Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Bs. As., Astrea, 2004, p. 1142 y ss.

El CCyC trae mayor claridad y dispone que el dueño del negocio queda obligado frente a los terceros en tres supuestos: ante la ratificación de la gestión de negocios ajenos, si asume las obligaciones que contrajo el gestor, o si la gestión fue útilmente conducida.

De la misma forma estaba redactado en el art. 1716 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

2. Interpretación

En este artículo se disponen los supuestos en los cuales el dueño del negocio queda obligado frente a los terceros por los actos concretados por el gestor en su nombre. En consecuencia, si ocurre alguno de los tres supuestos enumerados en esta norma, el gestor quedará liberado de responsabilidad frente a terceros y será el dueño del negocio quien pasará a ocupar el lugar de aquel.

En síntesis, producido cualquiera de los casos enumerados en este artículo, la consecuencia será la liberación del gestor frente a terceros.

2.1. Casos de liberación del gestor

2.1.1. Cuando el dueño del negocio ratifica la gestión

La ratificación es un acto jurídico unilateral por intermedio del cual el gestionado convalida la actuación del gestor. Esa manifestación de voluntad puede ser expresa (por escrito o de forma verbal) o tácita (cuando surge del comportamiento del gestionado que no deje dudas sobre su voluntad de ratificar el negocio).

El efecto que produce la ratificación del dueño del negocio es dar validez a todo lo actuado por el gestor, por lo que reconoce la utilidad de la gestión. Además, ante la ratificación de la gestión de negocios ajenos, la relación que une al gestor y al gestionado pasa a tener los efectos de un mandato (art. 1790 CCyC).

Por tal motivo, el dueño del negocio, una vez realizada la ratificación, libera al gestor (art. 1784 CCyC) y asume como suyas todas las obligaciones frente a terceros.

Sin embargo, la ratificación no significa que el dueño del negocio aprueba todo lo realizado por el gestor, sino que este deberá rendir cuentas y allí se debatirá cuáles actos fueron necesarios y útiles, merecedores de rembolso (art. 1785, inc. a, CCyC).

Por consiguiente, la ratificación de la gestión que realiza el gestor tiene importantes consecuencias jurídicas:

a. otorga validez a todos los actos llevados a cabo en la gestión;
b. libera al gestor de las obligaciones frente a terceros, ya que las asume el gestionado, salvo el caso de terceros de buena fe; y
c. se producen los efectos del mandato entre el dueño del negocio y el gestor.

Al existir solidaridad entre los dueños del negocio (art. 1788 CCyC), la ratificación de uno de ellos obligará al resto y producirá todos los efectos respecto del gestor.

2.1.2. Si asume las obligaciones del gestor

Al igual que sucede ante la ratificación de la gestión, si el gestionado toma para sí la obligación que contrajo quien realizara el negocio en su nombre, va a quedar él mismo obligado y liberará al gestor.

Debe tenerse en cuenta que la asunción de las obligaciones por el dueño del negocio no libera al gestor respecto de los terceros de buena fe que sean afectados por aquel acto (art. 1784 CCyC).

Aquí también, ante pluralidad de dueños del negocio, la asunción por uno de ellos es suficiente para liberar al gestor.

2.1.3. Si la gestión es útilmente conducida

El art. 1789, *in fine*, CCyC está íntimamente vinculado con el art. 1785 CCyC. Significa que si el gestor lleva a cabo la gestión de manera diligente y eficaz, esa circunstancia provocará que el dueño del negocio quede obligado frente a los terceros.

El supuesto en estudio es para el caso de que el gestionado todavía no haya ratificado ni asumido las obligaciones del gestor. Entonces, ante la falta de aquellos dos supuestos, lo único que obliga al dueño del negocio va a ser una gestión conducida útilmente por el gestor.

2.2. Prueba

El acto de ratificación no tiene establecida una forma expresa. Por lo tanto, puede ser realizada por el dueño del negocio de cualquier manera, y el gestor tendrá todos los medios de prueba para demostrar que aquella se produjo, sean testigos, documental, presunciones, pericial caligráfica.

ARTÍCULO 1790.- ***Aplicación de normas del mandato.*** ***Las normas del mandato se aplican supletoriamente a la gestión de negocios.***

Si el dueño del negocio ratifica la gestión, aunque el gestor crea hacer un negocio propio, se producen los efectos del mandato, entre partes y respecto de terceros, desde el día en que aquélla comenzó.

Fuentes y antecedentes: art. 1717 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

1. Introducción

Esta norma se relaciona con el art. 2304 CC, aunque con la gran diferencia de que en aquel cuerpo normativo la gestión de negocios no era una fuente autónoma de obligaciones. Aquí hay una transcripción del art. 1717 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

2. Interpretación

Se remite a las normas del mandato de manera supletoria. Es decir, todo aquello que no esté previsto en los artículos que regulan el instituto de la gestión de negocios ajenos, deberá ser resuelto en base a las normas del mandato.

La ratificación no modifica la gestión de negocio en un mandato. El artículo es claro en establecer que la ratificación de la actividad del gestor por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato.

Por lo tanto, una vez que el dueño del negocio ratifica la gestión realizada por el gestor, quedará sometido a las reglas del mandato. Esto significa que el gestor tiene derecho a una retribución desde la ratificación y que podrá renunciar a continuar la gestión sin llegar a su finalización (arts. 1322 y 1329, inc. d, CCyC). Además, el dueño del negocio frente

a terceros responde por los actos concretados por el gestor, como si hubiese existido mandato (a esto hace referencia el artículo cuando dice "*se producen los efectos del mandato*").

Ahora bien, el codificador hace una aclaración respecto de aquel gestor que realiza la tarea en la creencia de que es un negocio propio el emprendido, o sea, lo lleva a cabo en su propio interés ya que cree que es su negocio. En ese supuesto, no hay una gestión de negocios ajenos porque faltan aquellos requisitos exigidos en el art. 1781 CCyC. Por este motivo, una vez ratificada la actividad por el verdadero dueño del negocio, surge entre las partes y también frente a los terceros involucrados, las reglas del mandato.

La ratificación produce efectos de manera retroactiva al momento en que comenzó la gestión de negocio ajeno. Es decir, tanto el gestor como los terceros tienen acción contra el gestionado desde el día en que comenzó la gestión de negocios ajenos, y no desde la ratificación.

Esto se interpreta de la siguiente manera: mientras se lleva a cabo la gestión de negocios ajenos sin que el dueño del negocio la haya ratificado, se aplicarán las normas específicas de este instituto y, supletoriamente, cuando no haya una solución en esos artículos, se deberá resolver de acuerdo a las del mandato. Una vez ratificada la gestión, se aplicarán las normas del mandato con efecto retroactivo al día en que comenzó la actuación del gestor.

CAPÍTULO 3
Empleo útil

ARTÍCULO 1791.- ***Caracterización.*** ***Quien, sin ser gestor de negocios ni mandatario, realiza un gasto, en interés total o parcialmente ajeno, tiene derecho a que le sea reembolsado su valor, en cuanto haya resultado de utilidad, aunque después ésta llegue a cesar.***

El reembolso incluye los intereses, desde la fecha en que el gasto se efectúa.

Fuentes y antecedentes: art. 1718 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

1. Introducción

En el presente artículo se regula el empleo útil, y se establece que quien realiza un gasto sin ser gestor de negocios ni mandatario tiene derecho a que le sea rembolsado, más los intereses desde la fecha en que se efectúa el gasto.

Estaba regulado de la misma manera en el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, en el art. 1718.

2. Interpretación

2.1. Definición

El empleo útil es cuando una persona realiza un gasto que beneficia a determinada persona sin tener mandato de este último, ni ser un gestor de negocios ajenos. En este supuesto, quien hizo la erogación tendrá derecho a reclamar de quien aprovecha el empleo útil (beneficiario) el rembolso de su valor, siempre que aquel haya resultado de utilidad en algún momento, aunque luego esa utilidad haya cesado.[253]

(253) Spota, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, t. VII, Bs. As., La Ley, 2009, p. 1024 y ss.

Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica

Lo importante del empleo útil es que se refiere a un gasto, y no a la administración o la gestión de negocios, ni tampoco hay intención de obligar al beneficiario con terceros. Es un gasto que realiza una persona y que tendrá esta figura para reclamar que se le devuelva el dinero gastado, más sus intereses desde que se hizo la erogación.

El fundamento de este instituto es el enriquecimiento sin causa en el que estaría inmerso el beneficiario del gasto realizado. Por lo tanto, es una subespecie del enriquecimiento sin causa.

El rembolso supone los intereses desde la fecha en la que se realiza el gasto.

2.2. Requisitos

Los requisitos están enumerados en la propia norma y, cumplidos estos, la persona que hizo el desembolso tendrá derecho a que le sea rembolsado su valor, lo que incluye sus intereses desde la fecha en que haya sido efectuado. Aquellos son:

1. La persona debe actuar sin ser gestor de negocio ni mandatario

Si la persona tiene un mandato o actúa como gestor de un negocio ajeno, su desempeño encuadraría en aquellos institutos y, por lo tanto, debería estarse a las normas que regulan al mandato o a la gestión de negocios ajenos, según sea el caso.

En este supuesto, no hay acto de apoderamiento ni expreso ni tácito (mandato), ni tampoco existe intención de hacer un negocio de otro y obligar a su dueño (gestión de negocios ajenos). Aquí hay una erogación realizada por una persona en provecho de otra, que es la beneficiaria del empleo útil y quien obtiene una ventaja apreciable en dinero.

Si lo buscado fue hacer una liberalidad a favor del beneficiario, no habrá empleo útil, pues quien realiza el desembolso no tiene intención de reclamar su restitución y, por lo tanto, nunca reclamará el rembolso del gasto hecho.

2. Que se realice un gasto, cuyo interés debe ser total o parcialmente ajeno

Habrá que juzgar en cada caso si la persona que hace el gasto actúa en interés totalmente ajeno o aquel era parcial. En el último supuesto —parcialmente ajeno— se deberá graduar en cuánto es ese interés ajeno, lo que repercutirá en la suma de dinero a devolverse por quien aprovecha el empleo útil.

3. Que represente alguna utilidad para el beneficiario

Debe haber un beneficio, una utilidad para quien aprovecha el gasto. Puede tratarse de un incremento del precio o de una ventaja económica o de mejoras en la cosa. Lo importante es que el patrimonio del beneficiario se enriquece sin causa legítima, ya sea porque con la actuación de quien hace el desembolso se logra aumentar el patrimonio del beneficiario o porque con aquella se evita que ese patrimonio disminuya.

El gasto desembolsado no solo puede repercutir en el patrimonio del beneficiario, sino que también se puede referir a la persona del enriquecido. En el primer supuesto se incrementa el patrimonio del beneficiario o se ahorra de realizar ciertos gastos que habría tenido que desembolsar, por ejemplo, los gastos de sepultura. En cambio, en el segundo caso, es cuando se brinda asistencia o alimentos por necesidad y urgencia sin ser gestor y sin tener un deber legal con el alimentante.

Esa utilidad pudo haber cesado al momento de realizarse el reclamo por parte del acreedor, aunque el derecho al cobro seguirá viable. Por lo que se exige que haya una ventaja

para el beneficiario al inicio del empleo útil, aunque después aquella no exista más, o sea, cuando cesa por caso fortuito o por culpa del beneficiario.

2.3. Efectos

Si se dan los requisitos anteriores, es decir, alguien realiza un gasto, en interés total o parcialmente ajeno, sin ser mandatario ni gestor de negocios ajenos, esa persona tendrá derecho a que le sea rembolsado su valor, en cuanto haya resultado de utilidad para el beneficiario. Ya se dijo que la utilidad es evaluada al inicio, sin importar si luego aquella cesa.

El rembolso se refiere a aquel dinero que se haya efectuado en el correspondiente gasto, y sus intereses serán desde que se hizo la erogación (art. 767 CCyC).

2.4. Diferencia con la gestión de negocios ajenos

La gestión de negocios ajenos se refiere a la actividad desplegada por el gestor, ya sean actos materiales o jurídicos, de manera amplia, con la intención de administrar un negocio que pertenece a otra persona, sin tener mandato ni estar obligado por una convención o por la ley. En cambio, el empleo útil se limita a un gasto que otorga una utilidad para un tercero sin intención de hacer un negocio de otro, por lo que es más específico.

Además, en la gestión de negocios ajenos puede no existir una utilidad para el dueño del negocio, lo que no sucede en el empleo útil, en donde la utilidad debe haberse producido en el beneficiario para tener acción de rembolso.

2.5. Ejemplos

Algunos ejemplos que ilustran al empleo útil son: cuando una persona realiza gastos necesarios y urgentes de asistencia médica y alimentos, el condómino que realiza un gasto por una mejora urgente en la cosa común, el gasto para retirar un obstáculo en la vía pública que podría traer consecuencias peligrosas para terceros, los materiales para la construcción pagados por la novia para edificar en el terreno de su pareja y después se rompe el noviazgo, etc.

ARTÍCULO 1792.- ***Gastos funerarios.*** ***Están comprendidos en el artículo 1791 los gastos funerarios que tienen relación razonable con las circunstancias de la persona y los usos del lugar.***

Fuentes y antecedentes: art. 1719 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

1. Introducción

En el CC estaban regulados estos gastos en los arts. 2307 y 2308. En el CCyC aparece dentro del género empleo útil. Estos gastos deben tener una relación razonable, y se pone el acento en las circunstancias de la persona del difunto y los usos del lugar. Se reproduce el art. 1719 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

2. Interpretación

A través de este artículo se afirma que los gastos funerarios realizados por una persona en beneficio de otra es un caso de empleo útil. Por tal motivo, quien haya realizado la erogación tendrá derecho al rembolso del valor por parte de los beneficiarios, que son los obligados a soportar aquellos.

Este caso específico de empleo útil se refiere a las erogaciones vinculadas con la inhumación de los restos de una persona. Como ejemplos de estos gastos se pueden incluir: el velatorio, el coche fúnebre y los automóviles que acompañan la caravana hasta el cementerio, el entierro y la sepultura, los avisos en los medios de prensa, los gastos municipales que existan, las oraciones dedicadas al difunto (responsos), la lápida, los oficios religiosos durante el velatorio o el sepelio, las misas de cuerpo presente, o las ofrendas florales.(254)

El fundamento de esta figura radica en el ahorro que representa para el beneficiario el gasto realizado por quien hizo la erogación.

Sin embargo, para que esos gastos puedan ser peticionados por quien los hizo, tendrán que haber sido razonables "*con las circunstancias de la persona y los usos del lugar*". Esto quiere decir que el parámetro a tener en cuenta para saber si el gasto funerario fue razonable serán las circunstancias de la persona, sumado a los usos del lugar. Una vez fijado aquel parámetro, deberá evaluarse si el gasto fue excesivo, en cuyo caso quien lo haya realizado no tendrá derecho a ser rembolsado en aquella suma desembolsada en exceso. Por lo que la extensión del rembolso estará determinada por las circunstancias de hecho en cada caso en particular.

En cuanto a la condición socioeconómica del difunto, si este era humilde y se hace una erogación muy alta, es evidente que aquel gasto no será razonable. Para valorar este punto se tendrá en cuenta la vida que llevaba el difunto, pues esa cuestión pudo haber confundido a quien realiza la erogación. Es decir, si se trata de una persona humilde la que fallece, es lógico que los gastos a hacerse serán económicos, más allá que luego se descubra que el difunto escondía una gran fortuna. Igualmente pasará si sucede lo contrario. Es decir, si el muerto ostentaba una vida de lujos y, una vez hecha una erogación costosa, se descubre que eran apariencias y en realidad no tenía el dinero que demostraba en vida. En esos casos excepcionales, también se deberán rembolsar los gastos incurridos por quien hizo el desembolso.

Por otra parte, deberán considerarse los usos del lugar. Esto significa que un gasto puede ser apreciado innecesario y extra en algún lugar; pero en otros, ser algo común que no puede faltar. Por ejemplo, si se hace una inversión costosa para embalsamar al cadáver. Empero, si los usos del lugar son que a todos los occisos los embalsaman, este gasto estará incluido. Tal extremo deberá ser demostrado, de lo contrario se lo considerará de gasto extra y quien lo hizo no tendrá derecho a su rembolso.

Por lo tanto, la cuantía del rembolso de este tipo de gastos surgirá del parámetro de la circunstancia de la persona y de los usos del lugar, de lo que tendrá derecho de cobro quien los realiza. Por ese motivo, deberá demostrar los gastos que hizo, las sumas abonadas de manera detallada, la importancia de cada uno de los rubros abonados, la fortuna del difunto y los usos del lugar. Así, todo aquel gasto que esté por encima de ese parámetro, tendrá que ser solventado por quien hizo el desembolso.

Será el juez quien deberá ajustar las sumas que el beneficiario tendrá que abonar a quien haya realizado el gasto.

(254) Fornari, María J., "Comentario a los arts. 2306 a 2310", en Augusto C. Belluscio (dir.); Eduardo A. Zannoni (coord.), *op. cit.*, p. 1191 y ss.

ARTÍCULO 1793.- ***Obligados al reembolso.*** *El acreedor tiene derecho a demandar el reembolso:*

a. *a quien recibe la utilidad;*
b. *a los herederos del difunto, en el caso de gastos funerarios;*
c. *al tercero adquirente a título gratuito del bien que recibe la utilidad, pero sólo hasta el valor de ella al tiempo de la adquisición.*

1. Introducción

Los obligados al rembolso estaban ubicados en los arts. 2306, 2308 y 2310 CC, cuya aplicación era dificultosa en los casos concretos por la forma en la que estaban redactadas aquellas normas.

El CCyC adopta el criterio sustentado en el art. 1720 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, y agrupa de manera más fácil y clara a todos los sujetos obligados al rembolso según el caso.

2. Interpretación

Se establecen las personas a las cuales el acreedor, o sea, aquel que hizo la erogación, podrá reclamar el valor de lo gastado más sus intereses.

Quienes están obligados a devolver las sumas desembolsadas son, según las circunstancias:

1. Quien recibe la utilidad

Cuando se hace el gasto como consecuencia de esta figura, el principal obligado será el beneficiario de aquella erogación. Por lo tanto, el acreedor (quien hizo el desembolso) tendrá derecho a reclamar el rembolso al beneficiario o, en términos del artículo, de quien recibe la utilidad.

Por consiguiente, para identificar al obligado al rembolso, habrá que estarse a aquella persona que recibe una utilidad como consecuencia del gasto abonado por el acreedor. Aquel que se beneficia con ese pago, deberá devolver lo abonado por quien hizo el desembolso.

2. Los herederos del difunto

Los herederos del difunto quedarán obligados frente a aquella persona que realiza las erogaciones vinculadas con los gastos funerarios. Los herederos harán frente a su obligación con los bienes de la herencia y en proporción a lo que le corresponda a cada uno. Cuando esos bienes sean insuficientes o directamente no existan, los herederos deberán igualmente pagar al acreedor, ya que en el artículo la deuda no se pone a cargo de la sucesión.

3. Al tercero adquirente a título gratuito del bien que recibe la utilidad

Este supuesto es cuando la cosa que se incrementa en su valor como consecuencia del empleo útil es transferida a un tercero a título gratuito. En ese caso, el acreedor podrá reclamar el valor de los gastos y sus intereses a quien lo posee, pero con la limitación de que aquel importe no deberá exceder el valor de la cosa al tiempo de la adquisición. También tiene la opción de ir contra el que transmite la cosa con mayor valor en forma gratuita.

El fundamento de poder perseguirse la cosa en manos de quien la recibe de manera gratuita radica en que este obtuvo el beneficio alcanzado por la cosa por el empleo útil, lo que no estaría presente si se abona un precio, ya que en este último supuesto el tercero adquirente se hizo cargo de ese beneficio al abonar el precio.

De tratarse de un supuesto de transmisión a título oneroso del bien que recibe la utilidad, el empobrecido carece de acción contra el nuevo titular de la cosa. Pero mantiene la acción contra el anterior propietario, es decir, aquel que tenía la cosa al momento de realizarse el empleo útil y que luego fue transferida onerosamente.

CAPÍTULO 4(*)

Enriquecimiento sin causa

SECCIÓN 1ª

Disposiciones generales

ARTÍCULO 1794.- ***Caracterización.*** *Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido.*

Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación adopta el método utilizado en el Proyecto de 1998, en el que se incluyeron disposiciones generales para el enriquecimiento sin causa, y específicas para el pago indebido.

La figura del enriquecimiento sin causa ha sido objeto de un profuso análisis jurisprudencial y doctrinario, pues con anterioridad al nuevo ordenamiento legal no existía una norma de carácter general, sino aplicaciones puntuales en diferentes artículos del Código Civil (arts. 589, 728, 784, 907, 1165, 2306, 2309, 2427, 2440, 2441, 2568, 2570 y 2594 CC) y notas del mismo cuerpo legal (arts. 43, 499, 784 y 2589 CC).

La ubicación de este instituto en el Título V, denominado "Otras fuentes de las obligaciones", pone fin a la discusión acerca de su naturaleza jurídica, porque ahora es receptada en forma expresa y sistemática como una fuente autónoma de las obligaciones. Este criterio también es adoptado en otros ordenamientos legales como en el de Suiza, Alemania, Bolivia, Perú, entre otros.

2. Interpretación

2.1. Concepto

Habrá enriquecimiento sin causa cuando medie el desplazamiento de un bien, o un valor, del patrimonio de una persona, al patrimonio de otra, sin que exista un título o causa jurídica que justifique ese traspaso.(255)

(*) Comentarios a los arts. 1794 a 1814 elaborados por Eduardo Civitate.

(255) Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 4ª ed., vol. IV-B, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, p. 263.

En otras palabras, el instituto del enriquecimiento sin causa puede definirse como aquel principio general del derecho por el cual nadie puede enriquecerse a expensas del patrimonio de otro, sin ningún motivo legítimo.

La figura en estudio representa una fuente autónoma de obligaciones pues origina un deber de restitución o reintegro. El empobrecido cuenta con la llamada acción *in rem verso*, cuyo objetivo es la restitución del bien o cosa, o en su caso, su valor cuando no se encontrare la cosa en ese patrimonio.

2.2. Requisitos

Para que proceda la acción de restitución se deben reunir los siguientes requisitos:

1. Enriquecimiento

El enriquecimiento constituye toda ventaja, utilidad o provecho apreciable en dinero de una persona y consiste no solo en un aumento en el activo del patrimonio, sea por el ingreso de un bien o por la revalorización del mismo (por ejemplo, el ingreso de una suma de dinero o la refacción de un inmueble que conlleva un mayor valor), sino también en una disminución del pasivo, tal como sucede con la cancelación total o parcial de una deuda. Asimismo, se entiende que hay enriquecimiento cuando se evita una disminución en el activo (por ejemplo, ahorro de un gasto que habría tenido que efectuarse).

Cabe señalar que, si bien la ventaja, utilidad o provecho debe entenderse en sentido amplio, queda excluido el beneficio meramente moral sin contenido patrimonial.

Del Código Civil y Comercial se desprende que el enriquecimiento puede originarse por el hecho del enriquecido (por ejemplo, el dueño de un inmueble que construye con materiales ajenos debe el valor de estos últimos —art. 1962 párr. 1, CCyC— por el hecho del empobrecido (por ejemplo, pago indebido —art. 1796 CCyC—); por el hecho de un tercero (por ejemplo, la construcción referida *ut supra* es realizada por un tercero —art. 1962, párr. 2, CCyC—; o bien por un hecho natural (por ejemplo, avulsión —art. 1961 CCyC—).

El monto del enriquecimiento actúa como tope del resarcimiento al empobrecido, con lo cual, el deudor no va a responder por encima de la ventaja que obtuvo.

En cuanto al momento en que debe valuarse el enriquecimiento, la doctrina no es pacífica. Así, mientras algunos autores sostienen que el beneficio debe valorarse al momento de la sentencia, otros consideran que debe ser apreciado a la fecha de la demanda.

El art. 1794, párr. 2, CCyC contempla un supuesto particular de enriquecimiento, originado por un aumento del activo a raíz de la incorporación de un bien determinado al patrimonio. La norma establece que la reparación es en especie si al momento de la demanda el enriquecido tiene el bien aún en su poder. Esta exigencia de permanencia se asocia a la idea de que el enriquecimiento debe valuarse al momento de incoar la demanda.

2. Empobrecimiento

El empobrecimiento comprende las mermas causadas por el egreso de bienes del patrimonio, o la destrucción o deterioro injustificado de los mismos, así como también el no ingreso de las ganancias que deberían incorporarse.[256]

(256) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, vol. 4, Bs. As., Hammurabi, 2008, p. 104.

Al igual que el enriquecimiento, el empobrecimiento puede proceder de un hecho del enriquecido, del empobrecido, de un tercero o de la naturaleza (consecuencia lógica del requisito de la correlatividad entre el empobrecimiento y enriquecimiento).

La mengua determina la medida de la acción, ya que el acreedor no puede reclamar por encima del empobrecimiento, aunque el enriquecido haya obtenido un incremento superior. El empobrecimiento debe ser cuantificado al momento en que la merma tuvo lugar.

3. Correlación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento

Tal como lo dispone el art. 1794 CCyC, el enriquecimiento debe ser "*a expensas de otro*", lo cual implica que debe haber una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento.

Es motivo de controversia doctrinaria si esta correlación admite la intermediación patrimonial de un tercero. La doctrina clásica no la acepta pues considera que si así fuese, no se podría afirmar que falta la causa de adquisición del beneficio porque el enriquecido la habría obtenido de un tercero. Otra posición, afirma que puede verificarse dicha intermediación en la medida en que se demuestre que el enriquecimiento se ha producido exclusivamente por el empobrecimiento del actor. En este sentido, cabe recordar un precedente francés de fines del s. XIX en el que se reconoció el derecho de un vendedor de abonos —a quien el arrendatario no le había pagado— a accionar por el enriquecimiento sin causa contra el dueño del campo, quien se había beneficiado con ellos.

4. Ausencia de una causa lícita

En la medida que todo enriquecimiento tiene un hecho que le da origen, no resulta apropiado hablar de falta de causa sino de ausencia de una causa lícita.

Este requisito se verifica cuando en el cambio de titularidad de los bienes del patrimonio de una persona no media un título o causa legítima que lo justifique.

En este orden de ideas, habrá causa lícita cuando el desplazamiento patrimonial se origine en una ley, un contrato u otra fuente. Por el contario, no la habrá cuando el enriquecido carezca de un título justificativo que le permita mantener el bien en su patrimonio.

5. Inexistencia de otra acción

Este requisito será desarrollado en el comentario del art. 1795 CCyC.

2.3. Alcance de la acción

La reparación no puede exceder el enriquecimiento del deudor ni tampoco el efectivo empobrecimiento del acreedor. El límite de la restitución siempre será la cantidad menor.

De esta manera, si el empobrecimiento es mayor, el deudor pierde todo su beneficio y permanece en el empobrecido una pérdida que no podrá recuperar. Si, en cambio, el enriquecimiento es mayor, el acreedor obtiene toda su pérdida y queda en cabeza del deudor un remanente de beneficio.

ARTÍCULO 1795.- ***Improcedencia de la acción.*** *La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido.*

1. Introducción

Este requisito fue tema de un amplio debate doctrinario que, definitivamente, ha quedado zanjado con la redacción del art. 1795 CCyC. La aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa procede solo para el caso de que el ordenamiento legal no conceda otra acción específica para fundar el reclamo.

2. Interpretación

2.1. Subsidiaridad. Ausencia de otra acción

La aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa no es procedente cuando el acreedor cuenta con otro remedio contra el deudor para reparar el menoscabo. La subsidiaridad se fundamenta en la idea de que este instituto se consagra como una acción de cierre solo ejercitable para cubrir alguna laguna legal.[257]

Hay quienes postulan una subsidiaridad relativa que solo exige la falta de otra acción prevista por el ordenamiento al momento de recurrir a este instituto. Sin embargo, esta posición llevaría a una inseguridad jurídica pues habilitaría al empobrecido que perdiese una acción (por cosa juzgada, prescripción o caducidad) a iniciar una nueva demanda a través de esta figura. Cabe recordar que la acción *in rem verso* prescribe a los cinco años de acuerdo a plazo genérico dispuesto en el art. 2560 CCyC, mientras que la mayoría de las demás acciones prescriben a los dos o tres años, según los arts. 2561 y 2562 CCyC.

SECCIÓN 2ª

Pago indebido

ARTÍCULO 1796.- ***Casos.*** *El pago es repetible, si:*

a. *la causa de deber no existe, o no subsiste, porque no hay obligación válida; esa causa deja de existir; o es realizado en consideración a una causa futura, que no se va a producir;*
b. *paga quien no está obligado, o no lo está en los alcances en que paga, a menos que lo haga como tercero;*
c. *recibe el pago quien no es acreedor, a menos que se entregue como liberalidad;*
d. *la causa del pago es ilícita o inmoral;*
e. *el pago es obtenido por medios ilícitos.*

ARTÍCULO 1797.- ***Irrelevancia del error.*** *La repetición del pago no está sujeta a que haya sido hecho con error.*

ARTÍCULO 1798.- ***Alcances de la repetición.*** *La repetición obliga a restituir lo recibido, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir.*

ARTÍCULO 1799.- ***Situaciones especiales.*** *En particular:*

a. *la restitución a cargo de una persona incapaz o con capacidad restringida no puede exceder el provecho que haya obtenido;*
b. *en el caso del inciso b) del artículo 1796, la restitución no procede si el acreedor, de buena fe, se priva de su título, o renuncia a las*

(257) *Ibid.*, p. 111.

garantías; quien realiza el pago tiene subrogación legal en los derechos de aquél;

c. *en el caso del inciso d) del artículo 1796, la parte que no actúa con torpeza tiene derecho a la restitución; si ambas partes actúan torpemente, el crédito tiene el mismo destino que las herencias vacantes.*

1. Introducción

El CC regulaba esta figura en el Capítulo VIII, denominado "De lo dado en pago de lo que no se debe" del Título dedicado al pago.

El CCyC en forma acertada enuncia los supuestos de pago indebido en el Capítulo 4 que trata el enriquecimiento sin causa. Ello así, pues al ser una fuente de obligaciones se presenta como el fundamento de la acción por restitución en el caso de pago indebido. Si bien el CCyC emplea la expresión "pago indebido", resultaría más acertado el título "cobro de lo indebido" pues, en puridad, el pago es el cumplimiento de una obligación, y en el caso no existe esta última por la ausencia de alguno de sus elementos tipificantes, ya sea el sujeto (*solvens y accipiens*), el objeto (aquello que se paga) o la causa. En otras, palabras, el pago supone la obligación que se paga. Pero si no hay obligación, tampoco hay pago, y lo que parecía serlo es, como pago, un acto jurídico inexistente.[258]

2. Interpretación

2.1. Concepto

Se denomina "pago indebido" a aquel que no habilita al *accipiens* para retener lo pagado y que por el contrario faculta al *solvens* o pagador para iniciar una acción de repetición para que aquel le restituya lo dado en pago.[259]

De conformidad con la metodología del presente Código habrá pago indebido cuando se verifique alguno de los supuestos descriptos en la norma en estudio.

2.2. Supuestos en que procede la repetición

El pago indebido comprende tres supuestos.

2.2.1. Pago por quien no está obligado o a quien no es acreedor

2.2.1.1. Cuando paga quien no está obligado, o no lo está con los alcances en que efectúa el pago (art. 1796, inc. b, CCyC)

Cuando paga quien no es el deudor o si bien lo es, no está obligado en la misma medida en que efectuó el pago.

Sin embargo, en los siguientes casos el acreedor no tendrá derecho a la repetición:

a. Cuando el pago haya sido efectuado como tercero (art. 1796, inc. b, *in fine*, CCyC): en este caso el *solvens* realizó el pago a sabiendas de que la deuda es ajena y se subroga en los derechos del acreedor.

(258) Llambías, Jorge J., *op. cit.*, vol. II B, p. 274.

(259) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *op. cit.*, p. 147.

b. Cuando el acreedor a raíz del pago se prive de su título o en caso de una deuda con garantía, renuncie a esta última (art. 1799, inc. b, CCyC): se configura este supuesto cuando el *accipiens* destruye el documento, devuelve el pagaré a su firmante o al tercero pagador, deja prescribir la acción contra el deudor, no renueva la inscripción de las garantías o da por cancelada la fianza.

La prohibición de iniciar una acción de repetición se funda en la idea de que si ella prosperase, el *accipiens* tendría mayor dificultad para cobrar al deudor en razón de la posible falta de elementos probatorios.

Para que se verifique este supuesto debe mediar buena fe del *accipiens* tanto al momento de recibir el pago como al privarse de su título o renunciar a su garantía, que refleja la confianza en el pago. Si por el contrario, aquel actúa de mala fe, procederá la repetición contra él, como si no hubiese quedado un perjuicio o deterioro en su posición de acreedor.

No obstante, el que ha pagado puede ejercer la acción de reintegro contra el verdadero deudor, pues el ordenamiento le otorga la subrogación legal en los derechos del acreedor, tal como lo prevé el art. 915, inc. b, CCyC.

2.2.1.2. Cuando el accipiens no es acreedor (art. 1796, inc. c, CCyC)

En este caso, quien recibe el pago no es acreedor. El *accipiens* carece de título para recibir el pago.

Sin embargo, cuando el pago haya sido entregado como liberalidad (art. 1796, inc. c, *in fine,* CCyC), el *solvens* no tendrá derecho a repetir. En este supuesto el pago tiene por causa el *animus donandi.*

2.2.2. Pago sin causa legítima

2.2.2.1. Cuando no existe la causa o no subsiste porque no hay obligación válida (art. 1796, inc. a, CCyC)

La primera parte del inc. a del art. 1796 establece que el pago no será repetible si la causa de deber no existe o no subsiste, porque no hay obligación válida.

Es sabido que todo pago supone la existencia de la obligación que se paga. En este entendimiento, si la obligación no es válida, el *accipiens* carece de título y por consiguiente está obligado a devolverlo.

2.2.2.2. Cuando el pago se efectuó en virtud de una causa que dejó de existir (art. 1796, inc. a, CCyC)

La obligación existía en el momento de pagar, pero con posterioridad y a raíz de un hecho sobreviniente, la obligación se desvanece en forma retroactiva, y de esta manera el pago resulta sin causa.

El ejemplo clásico es el seguro contra robo. Cuando la compañía de seguros paga la indemnización por el robo de un automóvil, se presenta un pago con causa; pero si luego el vehículo es encontrado, la causa decae y por consiguiente el pago es sin causa.

Puede mencionarse el supuesto de resolución de un contrato por una causa sobreviniente que opera retroactivamente. En este caso, los pagos relacionados con el contrato se reputan efectuados sin causa porque el convenio ha dejado de existir.

2.2.2.3. Cuando el pago fue realizado por una causa futura de imposible cumplimiento (art. 1796, inc. a, CCyC)

La última parte del inciso en comentario alude al supuesto en que el pago es realizado considerando una causa futura que no se va a producir.

Es el caso de la *condictio causa data non secuta* estudiado por el codificador en la nota al art. 793 CC, que versa sobre la suma entregada con carácter dotal en vista de una celebración de matrimonio ulterior. Es indiscutible que la causa del pago está dada por las futuras nupcias, pero si el matrimonio no puede llevarse a cabo por existir impedimento de ligamen, media frustración de la fuente del pago.(260)

2.2.2.4. Cuando la causa de la obligación es ilícita o inmoral (art. 1796, inc. d, CCyC)

Son ejemplos de obligaciones que tienen causa inmoral las provenientes de una resolución favorable de un funcionario, de los contratos sobre trata de personas, de la cesión de clientela profesional o del arrendamiento de una finca con fines ilícitos, entre otros.

Asimismo, un caso típico de pago de causa ilícita es cuando el contribuyente abona un impuesto ilegal o inconstitucional y solicita la repetición.

Esta norma es congruente con lo dispuesto en el art. 279 CCyC que regula el objeto de los actos jurídicos que no puede ser prohibido por la ley ni contrario a la moral ni a las buenas costumbres.

El Código prevé una excepción que impide la repetición y se presenta cuando existe torpeza en quien hizo el pago. El art. 1799, inc. c, CCyC establece que podrá repetir la víctima que no actúe con torpeza. Así, por ejemplo, si el *solvens* efectuó un pago para que otro se abstenga de cometer un delito, procede la repetición, porque lo inmoral es percibir un precio para obrar honestamente. Admite la acción, solo a favor del *solvens* que es inocente en la ilicitud o inmoralidad de que está teñida la obligación.

Ahora bien, si ambas partes actúan torpemente, el titular del crédito será el Estado pues tiene el mismo destino que las herencias vacantes. La irrepetibilidad del pago cuando existe torpeza recíproca tiene su origen en el principio *quod propriam turpitudinem alengans non est audiendu.*

Esta solución es cuestionada por quienes sostienen que nunca se daría en la práctica ya que nadie va a intentar la repetición si no va a aprovecharse con el resultado de la pretensión.(261)

Cabe poner de relieve que el art. 795 CC también disponía la imposibilidad del *solvens* de repetir lo pagado, sin embargo el crédito quedaba en cabeza del *accipiens* quien se favorecía con la retención del bien.

2.2.3. Pago obtenido por medios ilícitos (art. 1796, inc. e, CCyC)

Se trata de un supuesto en el que la causa del pago es lícita pero en virtud de la ilicitud de los medios utilizados para conseguirlo —violencia física o moral hacia el *solvens*— el ordenamiento legal lo invalida.

(260) Gesualdi, Dora M., "Comentario al art. 793 del Código Civil", en Alberto J. Bueres (dir.); Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, vol. 2-B, Bs. As., Hammurabi, 1998, p. 212.

(261) *Ibid.*, p. 214.

La ley no quiere consentir los efectos legales de un procedimiento ilícito, aun cuando el *accipiens* tenía derecho a recibir el pago porque había una causa lícita. Así, quien ha obtenido el pago deberá devolverlo, y luego reclamar su crédito.

2.3. Irrelevancia del error

La irrelevancia del error para acudir a la repetición dispuesta en el art. 1797 CCyC es un corolario de la idea de que el pago indebido es un supuesto de enriquecimiento sin causa. En este entendimiento, el principio que prohíbe enriquecerse a costa de otro sin una causa lícita no puede ser soslayado porque el *solvens* haya actuado con torpeza.

En otras palabras, no corresponde analizar si el error es excusable pues el fundamento de la acción de repetición reside en el principio del enriquecimiento sin causa y se basa en la falta de título justificativo que legitime la permanencia de un valor ajeno al patrimonio del *accipiens*.

2.4. Alcance de la repetición

El art. 1798 CCyC remite a las reglas de las obligaciones de dar para restituir previstas en los arts. 759 a 761 CCyC.

2.5. Límite a la restitución

El art. 1799, inc. a, CCyC dispone que cuando el enriquecido es una persona incapaz o con capacidad restringida, la restitución no podrá exceder el provecho que hubiese obtenido.

Es coherente con lo dispuesto en el art. 1000 CCyC que regula los efectos de la nulidad del contrato celebrado con un incapaz o con capacidad restringida. Habilita a la parte capaz a exigir la restitución o el rembolso de lo que ha pagado o gastado, en cuando y en cuanto la parte incapaz se haya enriquecido.

CAPÍTULO 5
Declaración unilateral de voluntad

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1800.- ***Regla general.*** ***La declaración unilateral de voluntad causa una obligación jurídicamente exigible en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres. Se le aplican subsidiariamente las normas relativas a los contratos.***

1. Introducción

El CC si bien no preveía esta figura de manera explícita contempló supuestos de la oferta a plazo y la promesa de recompensa, que son ejemplos de la declaración unilateral de voluntad.

Existen distintas posiciones doctrinarias en torno a este tema. Por un lado, una postura extrema sostiene que la declaración unilateral de voluntad es suficiente por sí sola para generar una obligación perfecta, válida y eficaz, hayan sido previstos o no dichos efectos por una normativa específica.[262] Por otro lado, la doctrina clásica niega la po-

(262) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *op. cit.*, p. 41.

sibilidad de que esta figura sea una fuente de obligaciones pues no bastaría la mera manifestación del deudor para que nazca el vínculo obligatorio. Finalmente, una posición intermedia considera que la declaración unilateral, a modo excepcional, genera una obligación solo cuando la ley así lo determine por razones de interés social o por el principio de la buena fe.

El actual CCyC reconoce expresamente a la declaración unilateral de voluntad como una fuente autónoma de obligaciones en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres. En este sentido sigue el criterio del Proyecto de 1998, en sus arts. 1729 y ss.

Asimismo, cabe señalar que este instituto ha sido incorporado expresamente en el CC de países como Italia, Brasil, Paraguay, Perú y Portugal, entre otros.

2. Interpretación

2.1. Concepto

La declaración unilateral de voluntad consiste en el poder de la sola voluntad del deudor para crearse obligaciones a su cargo perfectamente válidas y exigibles, antes de la concurrencia de la voluntad del acreedor; y cuyo apartamiento, lógicamente, le impondrá responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados.(263)

Como todo acto voluntario, debe reunir los requisitos intrínsecos del art. 260 CCyC: discernimiento, intención y libertad.

De acuerdo a este instituto alguien puede quedar obligado por su sola voluntad y prescindir de la voluntad de otro. Sin embargo, cabe aclarar que siempre es necesaria la existencia del acreedor. La diferencia con el contrato radicaría en que este hace nacer la obligación en el momento de la aceptación de la oferta, mientras que en la declaración unilateral de la voluntad, la obligación surgiría cuando se emite la declaración.(264)

2.2. Exigibilidad de la obligación

De acuerdo al CCyC, para que la declaración unilateral sea una fuente de obligación debe encontrarse prevista por la ley o por los usos y costumbres. Este último punto es acorde con lo dispuesto en el art. 1° CCyC que dispone que "*los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*".

En definitiva, el CCyC recepta una postura intermedia pues considera que la declaración unilateral de voluntad tiene fuerza obligatoria solo cuando la ley se refiere a ella o también cuando surge del uso y costumbre.

2.3. Aplicación supletoria

Serán de aplicación subsidiaria las normas relativas a los contratos. En este sentido deberá acudirse a las disposiciones previstas en el art. 957 CCyC y ss.

(263) Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, vol. II, La Plata, Platense, 1972, p. 845.

(264) Compagnucci de Caso, Rubén H., *Manual de obligaciones*, Bs. As., Astrea, 1997, p. 55.

ARTÍCULO 1801.- ***Reconocimiento y promesa de pago.*** *La promesa de pago de una obligación realizada unilateralmente hace presumir la existencia de una fuente válida, excepto prueba en contrario. Para el reconocimiento se aplica el artículo 733.*

Fuentes y antecedentes: art. 1741 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

El Código Civil de Vélez Sarsfield regulaba el reconocimiento de las obligaciones en los arts. 718 a 723 al tratar las obligaciones en relación a las personas. El actual CCyC incluye al reconocimiento y promesa de pago en la Sección 1ª relativa a las disposiciones generales de la declaración unilateral de voluntad. Sin embargo, en puridad, no debería estar regulado en dicha Sección, pues se trata de un supuesto específico de la mencionada fuente de obligaciones.

El texto actual de la norma comentada tiene su antecedente en el art. 1741 del Proyecto de 1998.

2. Interpretación

2.1. Concepto

El reconocimiento de la obligación es un acto jurídico unilateral por el cual alguien admite que se encuentra obligado con respecto a otra persona, lo que implica la existencia de una fuente o causa válida de la obligación.

2.2. Caracteres

Es un acto unilateral pues no depende de la aceptación del acreedor para su configuración ya que es suficiente con la manifestación de voluntad del deudor de reconocer la deuda.

Es irrevocable, en la medida que una vez realizada la declaración, no cabría revocarla.

Es declarativo, devela la existencia de una obligación preexistente que sería la razón determinante del acto jurídico. Requiere que se identifique el acreedor y el crédito.

2.3. Presunción de validez de la fuente

La norma dispone que con la promesa de pago de una obligación realizada unilateralmente se presume la existencia de una fuente válida, excepto prueba en contrario.

En este sentido, el ordenamiento legal supone la validez y el carácter vinculante de la promesa y pone en cabeza del promitente la carga de probar la inexistencia de una fuente válida.

2.4. Forma

En cuanto a la forma del reconocimiento la norma remite al art. 733 CCyC que trata al reconocimiento de una obligación como una manifestación de voluntad expresa o tácita, por la que el deudor admite estar obligado al cumplimiento de una prestación.

Si el reconocimiento es expreso, es preferente que del instrumento surjan el acreedor, la causa de la obligación, el tiempo en el que fue contraída y el objeto del crédito. Sin

embargo, su omisión no anula el reconocimiento si se puede probar de modo indubitable cuál es la obligación que ha querido reconocerse.[265]

Si en cambio el reconocimiento es tácito, la declaración se deduce de cualquier acto que realice el emisor que implique el reconocimiento del derecho del acreedor, por ejemplo el pedido de prórroga para el pago de una obligación, la defensa de prescripción opuesta al cobro de una deuda, la constitución de garantías relativas a una obligación anterior, etc.

2.5. Efectos del reconocimiento o promesa de pago

a. Constituye el medio de prueba de la obligación original.
b. Interrumpe la prescripción de la eventual acción del acreedor mientras ella no haya operado.

ARTÍCULO 1802.- ***Cartas de crédito.*** ***Las obligaciones que resultan para el emisor o confirmante de las cartas de crédito emitidas por bancos u otras entidades autorizadas son declaraciones unilaterales de voluntad. En estos casos puede utilizarse cualquier clase de instrumento particular.***

1. Introducción

Esta figura estuvo receptada en el Libro Segundo del Código de Comercio, denominado "De los contratos del comercio", entre los arts. 484 a 491.

La ubicación metodológica de este instituto dentro del Capítulo 5 del Código responde a la idea de que las obligaciones que surgen de las cartas de crédito emitidas por bancos u otras entidades financieras constituyen verdaderas declaraciones unilaterales de voluntad.

2. Interpretación

La carta de crédito es un instrumento comercial en virtud del cual un sujeto, designado "dador", lo expide y entrega a otro, designado "tomador", otorgándole un mandato para que en ejercicio de este retire de manos de terceros —uno o varios—, designados "destinatarios", dinero (o mercaderías) hasta cierto límite y dentro de un plazo determinado.[266]

En otras palabras, el banco o una entidad financiera por cuenta y orden de un cliente se obliga a pagar a un tercero una suma de dinero, o a aceptar y descontar letras de cambio, o a autorizar a otra entidad crediticia a pagar, aceptar o descontar dichas letras, contra la presentación de los documentos exigidos, en la medida que se cumplan los términos y las condiciones contenidos en la carta de crédito.

Justamente, esta obligación del banco emisor tiene su fuente en su voluntad unilateral. Es muy utilizada la figura en las operaciones de compraventa internacionales y existen diferentes tipos de cartas de crédito en el circuito financiero.

(265) Borda Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, vol. I, 9ª ed., Bs. As., La Ley, 2008, p. 500.

(266) Fernández, Raymundo L. y Gómez Leo, Osvaldo R., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, vol. III B, Bs. As., Depalma, 1991, p. 100.

Por último, la norma establece que para la instrumentación de esta figura se puede utilizar cualquier tipo de documentación particular.

SECCIÓN 2ª

Promesa pública de recompensa

ARTÍCULO 1803.- ***Obligatoriedad.*** *El que mediante anuncios públicos promete recompensar, con una prestación pecuniaria o una distinción, a quien ejecute determinado acto, cumpla determinados requisitos o se encuentre en cierta situación, queda obligado por esa promesa desde el momento en que llega a conocimiento del público.*

1. Introducción

En el CC la idea de la oferta estaba asociada al consentimiento contractual, y requería la aceptación de la otra parte. Por esta razón, la oferta estaba regulada en el art. 1148, Capítulo I,"Del consentimiento en los contratos", de la Sección Tercera, "De las obligaciones que nacen de los contratos".

El anterior ordenamiento civil regulaba en forma insuficiente este instituto pues estaba contemplado —en forma incidental— solamente para el supuesto de recompensa por restitución de una cosa perdida al tratar la apropiación de las cosas dentro del Libro III "De los derechos reales" (art. 2531 CC y ss.).

Por otra parte, el Código de Comercio establecía que las ofertas indeterminadas, contenidas en un prospecto o en una circular, no obligaban a quien las había hecho, de acuerdo al Título IV —"De la compra-venta mercantil"—, del Libro II —"De los contratos del comercio"—, art. 454 CCom.

2. Interpretación

2.1. Concepto

Se debate si la promesa es un supuesto de manifestación de voluntad con aptitud suficiente para generar un vínculo jurídico válido o si es un contrato en el cual la oferta está dirigida a persona indeterminada, cuya aceptación opera cuando se ejecuta materialmente el acto solicitado.[267] Sin embargo, la ubicación metodológica actual de esta figura pone fin a esta controversia ya que es reputada como una fuente de obligaciones.

La promesa pública de recompensa es una declaración unilateral de voluntad, corporizada bajo la forma de una llamada a la solidaridad, mediante la cual una persona se obliga a cumplir una prestación a favor de la persona que, entre muchas, obtenga un determinado resultado o preste un cierto servicio, generalmente de índole afectiva o extrapatrimonial.[268]

Su finalidad es la obtención de un resultado (*v. gr.* una creación científica, el hallazgo de un objeto perdido, el descubrimiento de un crimen).

(267) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *op. cit.*, p. 56.

(268) Trigo Represas Félix A. y López Mesa Marcelo J., comentado por Marcelo J. López Mesa, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 2ª ed. act. y amp., vol. I, Bs. As., La Ley, p. 558.

El oferente debe mantener la promesa por un determinado tiempo en razón de que hace a la seriedad de los actos, al principio de buena fe que los rige, y a crear la confianza en los destinatarios de la declaración.

2.2. Elementos

2.2.1. Promesa

Es la prestación a la que el oferente está obligado a cumplir a favor de quien realice determinado acto, cumpla determinados requisitos o se encuentre en cierta situación.

La prestación en que consiste la recompensa puede ser de dar (una suma de dinero, una cosa cierta) o de hacer (*v. gr.* otorgar una beca).

2.2.2. Publicidad

La promesa debe efectuarse a través de anuncios públicos. Si bien no requiere de formalidad alguna, lo que permite que pueda canalizarse a través de cualquier vía (*v. gr.* carteles en la vía pública, conferencias, radio, televisión, periódico), debe tenerse en cuenta que en caso de que el promitente decida revocar la promesa tendrá que utilizar los mismos medios de publicidad.

2.2.3. Indeterminación del sujeto

La promesa no debe estar dirigida a una persona determinada. Será acreedor de la prestación quien cumpla con la condición anunciada. Es irrelevante que haya procedido o no con intención de obtener ese beneficio.

2.2.4. Obligatoriedad

El oferente queda vinculado por la promesa desde el momento que llega a conocimiento del público y no a partir de la aceptación.

Esta obligatoriedad se deriva de la naturaleza del instituto al ser reputado como una fuente autónoma de obligaciones, lo que implica que el deber del promitente surja pura y exclusivamente de su propia voluntad sin requerir la presencia de ninguna otra. Si por ejemplo, una persona pierde un objeto, publica una recompensa a quien lo devuelva y alguien lo encuentra antes de su publicación, se considera que esta persona ejecutó el hecho y se convierte en acreedor, sin que para ello haya sido necesario ni conocer la promesa, ni aceptarla.[269]

ARTÍCULO 1804.- ***Plazo expreso o tácito.*** ***La promesa formulada sin plazo, expreso ni tácito, caduca dentro del plazo de seis meses del último acto de publicidad, si nadie comunica al promitente el acaecimiento del hecho o de la situación prevista.***

1. Introducción

Existe cierta similitud con el art. 2535 CC en la medida que establecía un plazo de seis meses contado también desde el último acto de publicidad. Sin embargo, dicho término se relaciona con el tiempo esperable para que alguien se presente y justifique el dominio

(269) Trigo Represas Félix A. y López Mesa Marcelo J., comentado por Marcelo J. López Mesa, *op. cit.*, p. 564.

de la cosa perdida. En cambio, en la presente norma, el plazo se vincula con la caducidad de la promesa.

2. Interpretación

La promesa puede tener un plazo de manera expresa o en forma tácita cuando resulta de la naturaleza o fin de aquella.

Cuando la promesa fue realizada sin plazo, el artículo prevé que aquella caduca a los seis meses desde el último acto de publicidad, siempre que nadie comunique al promitente el acaecimiento del hecho o de la situación prevista.

Para que proceda la recompensa, no basta que el acaecimiento del hecho o del cumplimiento de los requisitos se produzca antes de cumplirse los seis meses, sino que es necesario que el promitente se encuentre notificado con anterioridad al vencimiento del plazo de caducidad.

Una vez transcurrido los seis meses, el promitente queda desvinculado de la obligación a la que se había obligado.

ARTÍCULO 1805.- ***Revocación.*** *La promesa sin plazo puede ser retractada en todo tiempo por el promitente. Si tiene plazo, sólo puede revocarse antes del vencimiento, con justa causa. En ambos casos, la revocación surte efecto desde que es hecha pública por un medio de publicidad idéntico o equivalente al utilizado para la promesa. Es inoponible a quien ha efectuado el hecho o verificado la situación prevista antes del primer acto de publicidad de la revocación.*

1. Introducción

Cabe señalar que esta norma no tiene una disposición similar en el Código de Vélez Sarsfield. En cambio, presenta cierta similitud con lo dispuesto en el art. 7° de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor que establece que la revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer.

2. Interpretación

2.1. Oportunidad

Al tratar la revocación la normativa distingue si la promesa fue fijada con o sin plazo. Si aquella carece de término, el oferente tendrá derecho a revocarla en cualquier momento. Si en cambio existe un plazo, la promesa solo podrá ser revocada antes de su vencimiento, excepto que medie una justa causa.

La norma no define qué debe considerarse como justa causa, con lo cual deberá analizarse cada caso en particular, según las condiciones personales del promitente y de las circunstancias en que la promesa fue emitida y revocada.

2.2. Eficacia

Para que la revocación surta efectos deberá ser dada a publicidad por el mismo medio o equivalente al utilizado para anunciar la promesa.

En el caso de que la promesa se haya dado a conocer por diferentes modos (*v. gr.* en la radio y en la televisión), la retractación deberá hacerse en cada uno de los medios utilizados.

Sin embargo, no operará la revocación si antes de ser publicada se produce el cumplimiento del hecho o la situación que procuraba la recompensa. En este caso, el Código no exige que se comunique el acaecimiento del hecho o la verificación de la situación, a diferencia del art. 1804 CCyC cuando regula la promesa sin plazo.

ARTÍCULO 1806.- ***Atribución de la recompensa. Cooperación de varias personas.*** *Si varias personas acreditan por separado el cumplimiento del hecho, los requisitos o la situación previstos en la promesa, la recompensa corresponde a quien primero lo ha comunicado al promitente en forma fehaciente.*

Si la notificación es simultánea, el promitente debe distribuir la recompensa en partes iguales; si la prestación es indivisible, la debe atribuir por sorteo.

Si varias personas contribuyen a un mismo resultado, se aplica lo que los contribuyentes han convenido y puesto en conocimiento del promitente por medio fehaciente.

A falta de notificación de convenio unánime, el promitente entrega lo prometido por partes iguales a todos y, si es indivisible, lo atribuye por sorteo; sin perjuicio de las acciones entre los contribuyentes, las que en todos los casos se dirimen por amigables componedores.

Fuentes y antecedentes: art. 1734 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

Esta disposición no tiene antecedentes en el CC ni en el CCom. La norma en comentario es idéntica a la prevista en el art. 1734 del Proyecto de 1998. El artículo prevé el mecanismo para atribuir la recompensa en el caso de que concurran varios acreedores solicitando la recompensa.

2. Interpretación

2.1. Pluralidad de acreedores que cumplieron por separado el hecho o la situación previstos en la promesa

Este supuesto no se verifica cuando el objeto buscado es único (*v. gr.* una mascota), sino cuando se requiere la prestación que pueden realizar varios a la vez (*v. gr.* se pide datos sobre un asesinato y concurren varias personas con información relativa al crimen).

Se atribuye la recompensa a quien primero notifica al promitente que ha cumplido con el hecho o situación previstos en la promesa y no a quien primero realiza el acto premiado. Esta solución se basa en el principio de prelación temporal *prior in tempore, potior in jure*, que significa "primero en el tiempo, mejor en el derecho".

Para que el promitente pueda conocer a quien deberá adjudicar la recompensa, la notificación tiene que ser cursada de una forma fehaciente (carta documento, notificación notarial, etc.).

En el caso de que varios acreedores comuniquen en forma simultánea el cumplimiento del hecho o situación, el promitente debe distribuir la recompensa en partes iguales. Esta solución se corresponde con lo dispuesto en el art. 808 CCyC que regula las obligaciones divisibles y determina que la obligación debe fraccionarse en tantos créditos o deudas iguales, como acreedores o deudores haya.

En el caso que el bien sea indivisible y por consiguiente no sea posible distribuirlo entre todos los acreedores, la norma prevé que se asigne por sorteo. De esta forma se evita que el promitente se vea obligado a realizar un esfuerzo mayor al que se comprometió.

Si alguno de los acreedores renuncia, el promitente queda liberado en la medida de la cuota pues no media solidaridad entre los ejecutores. Sí, se declara la nulidad del derecho de un acreedor, su parte beneficia a los demás ejecutores.

2.2. Pluralidad de acreedores que contribuyeron a un mismo resultado

Cuando varios acreedores contribuyeron a un mismo resultado, el CCyC prevé que se notifique al promitente por un medio fehaciente la existencia de un convenio que da solución a la forma en que procede la adjudicación.

En caso de que no se notifique lo convenido, la recompensa se distribuirá por partes iguales y en caso de ser indivisibles, se atribuirá por sorteo. Adopta la misma solución en caso de varios acreedores que notificaron en forma simultánea.

2.3. Amigables componedores

Para el supuesto de un eventual conflicto entre los distintos ejecutores, la norma obliga a que estos se sometan a un proceso de amigables componedores. El legislador consideró que la nimiedad de la controversia no amerita el acceso a los tribunales judiciales y arbitrales.

El proceso de amigables componedores se encuentra regulado entre los arts. 766 a 772 CPCCN. Cabe señalar que la sentencia que se dicte es irrecurrible.

SECCIÓN 3ª
Concurso público

ARTÍCULO 1807.- ***Concurso público.*** *La promesa de recompensa al vencedor de un concurso, requiere para su validez que el anuncio respectivo contenga el plazo de presentación de los interesados y de realización de los trabajos previstos.*

El dictamen del jurado designado en los anuncios obliga a los interesados. A falta de designación, se entiende que la adjudicación queda reservada al promitente.

El promitente no puede exigir la cesión de los derechos pecuniarios sobre la obra premiada si esa transmisión no fue prevista en las bases del concurso.

1. Introducción

Con la vigencia del CCyC el concurso público se encuentra expresamente regulado pues anteriormente este instituto carecía de una reglamentación específica en el derecho privado.

El concurso público es una especie del género promesa pública de recompensa que se utiliza frecuentemente en la elección de cargos públicos, en el otorgamiento de becas de estudios, premios por trabajos científicos o literarios, para adjudicar bienes, etc.

Es un supuesto de declaración de voluntad donde el promitente se obliga a premiar a quien resulte vencedor de acuerdo a las condiciones exigidas.

Si bien es una modalidad de la promesa de recompensa y tiene las siguientes particularidades: la promesa está destinada a quienes se presenten y la adjudicación del premio depende de un jurado que evaluará el mérito.

2. Interpretación

2.1. Concepto

El concurso configura una promesa dirigida a quienes se encuentren en determinada situación, acrediten cierta experiencia o solvencia en alguna rama científica, reúnan ciertas condiciones o desarrollen alguna actividad especial; quien convoca al concurso promete a los participantes que al que resulte ganador en la competencia, se le adjudicará un determinado premio, previa apreciación de méritos efectuado por un jurado designado al efecto.[270]

2.2. Plazo

Para que el concurso resulte válido el anuncio debe contener el plazo de presentación de los concursados y el de realización de los trabajos previstos para evitar que el promitente retarde su prestación con el pretexto de esperar más concursantes.

Por otra parte, la falta de designación de plazo no refleja la seriedad del concurso ya que deja librado al organizador la admisión de nuevos aspirantes, sin que ello pudiera ser rectificado por los ya presentados que, habiéndolo hecho en esas condiciones abiertas, carecerían de acción para imponer el cierre del concurso.[271]

Los competidores están obligados a inscribirse con anterioridad al vencimiento del plazo fijado en la convocatoria, de lo contrario los otros concursantes podrán impugnar su participación.

2.3. Jurado

Por lo general, la designación del jurado la efectúa el promitente en forma imparcial y de buena fe y lo especifica en las bases de la convocatoria. Sus integrantes no pueden ser remplazados arbitrariamente. Eventualmente, en ausencia de un jurado, el promitente se reserva la facultad de hacer la adjudicación del premio o el discernimiento del cargo.

La elección del ganador está reservada a un jurado, designado en las bases del concurso y dado a conocer en los anuncios, que actúa discrecionalmente en la apreciación de los méritos de los concursantes.

El dictamen es vinculante para los participantes, lo que implica que deben acatar la decisión. Sin embargo, puede ser objeto de impugnación si se aparta de las reglas de las bases del concurso (*v. gr.* si se pronuncia fuera de término) o si demostrase que el ganador incurre en plagio.

(270) Trigo Represas Félix A. y López Mesa Marcelo J., comentado por López Mesa, Marcelo J., *op. cit.*, p. 592.

(271) Llambías, Jorge J., *op. cit.*, vol. IV-B, p. 250.

Si la decisión del jurado no es unánime y en caso de que no se haya previsto en las bases del concurso, debe adoptarse el voto de la mayoría de sus miembros.

2.4. Cesión al promitente de los derechos pecuniarios sobre la obra premiada

En principio, quien resulte ganador del concurso se reserva los derechos de su obra. Empero, el promitente puede solicitar a los concursantes la cesión de los derechos de la obra que pueda ser premiada, si fue expresamente previsto en las bases del concurso.

2.5. Bases del concurso

Las bases del concurso se encuentran insertas en la convocatoria y constituyen las reglas en la que se va a regir el mismo. En ellas se establecen el plazo del concurso, los requisitos que deben reunir los postulantes, la realización de los trabajos previstos, el jurado, etc.

> **ARTÍCULO 1808.-** ***Destinatarios.*** *La promesa referida en el artículo 1807 puede ser efectuada respecto de cualquier persona o personas determinadas por ciertas calidades que deben ser claramente anunciadas. No pueden efectuarse llamados que realicen diferencias arbitrarias por raza, sexo, religión, ideología, nacionalidad, opinión política o gremial, posición económica o social, o basadas en otra discriminación ilegal.*

Fuentes y antecedentes: art. 1735 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

Sin bien la norma no tiene relación con otra disposición del CC ni del CCom., su redacción es casi idéntica al art. 1735 del Proyecto de 1998.

Toda vez que prohíbe los llamados a concursos discriminatorios, su contenido se encuentra directamente vinculado con cuestiones de derechos humanos regulados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales.

2. Interpretación

El artículo establece que el destinatario de los concursos puede ser cualquier persona o bien solo personas determinadas que cumplan ciertas cualidades, las que deben estar anunciadas en forma clara.

Por supuesto que un concurso puede llegar a tener como destinatario a un determinado grupo de personas (*v. gr.* profesionales dentro de un rango de edad y un promedio), sin embargo el llamado a participar en los concursos no puede ser arbitrario y así evitar la participación de ciertas personas. En otras palabras, los concursos no pueden ser discriminatorios en cuanto a raza, sexo, religión, ideología o cualquier otro llamado que haga una diferencia arbitraria.

Sin embargo, está permitida la discriminación positiva, que consiste en la disposición de acciones o la toma de medidas tendientes a remover desigualdades.

Esta prohibición de realizar llamados que impliquen diferencias arbitrarias denota la idea de la constitucionalización del derecho privado, al estar ligado con lo dispuesto en el art. 43 CN que prevé la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación.

ARTÍCULO 1809.- ***Decisión del jurado.*** *El dictamen del jurado obliga a los interesados. Si el jurado decide que todos o varios de los concursantes tienen el mismo mérito, el premio es distribuido en partes iguales entre los designados. Si el premio es indivisible, se adjudica por sorteo. El jurado puede declarar desierto cualquiera de los premios llamados a concurso.*

1. Introducción

Al igual que los anteriores artículos que tratan el concurso público, esta norma no guarda relación con ninguna del CC y el CCom.

2. Interpretación

La obligatoriedad del dictamen fue también referida en el art. 1807 CCyC. Cuando a criterio del jurado varios participantes tengan igualdad de méritos, el premio será distribuido en partes iguales entre los ganadores. Si el premio es indivisible se adjudicará por sorteo. Esta solución es análoga a la prevista en el art. 1806 CCyC en el caso de notificación simultánea en la promesa de recompensa.

El jurado prevé la posibilidad de declarar desierto el concurso si estimase que los merecimientos son insuficientes para optar al premio ofrecido (deserción total) o a alguno de ellos (deserción parcial). La decisión si bien es discrecional debe estar debidamente fundada.

SECCIÓN 4ª

Garantías unilaterales

ARTÍCULO 1810.- ***Garantías unilaterales.*** *Constituyen una declaración unilateral de voluntad y están regidas por las disposiciones de este Capítulo las llamadas "garantías de cumplimiento a primera demanda", "a primer requerimiento" y aquellas en que de cualquier otra manera se establece que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos.*

El pago faculta a la promoción de las acciones recursorias correspondientes.

En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante puede requerir que el juez fije una caución adecuada que el beneficiario debe satisfacer antes del cobro.

1. Introducción

El CCyC recepta expresamente las garantías unilaterales. Su ubicación metodológica dentro de la Sección 4ª del Capítulo 5 responde a la idea de que esta figura constituye una declaración unilateral de voluntad, y en consecuencia, una fuente autónoma de obligaciones.

El instituto ya había sido regulado con anterioridad en los Proyectos de 1987, 1993 y 1998.

2. Interpretación

2.1. Terminología

Esta figura tiene distintas denominaciones, tales como "garantía de cumplimiento a primera demanda", "a primer requerimiento", "abstracta", "automática", "por simple demanda", "a primera solicitud", "autónoma", entre otras. Todas ellas reflejan la idea de que el fiador se compromete a pagar inmediatamente ante la primera presentación del beneficiario. El pago es incondicionado a las defensas o excepciones derivadas del contrato principal.

2.2. Concepto

La garantía unilateral constituye un instrumento que contiene una declaración unilateral de voluntad a través de la cual una persona con una sólida posición financiera, denominada "garante" (generalmente un banco o una entidad financiera), se obliga a pagar un determinado importe a otra (beneficiario), a efectos de garantizar la prestación de un tercero (ordenante o principal) a simple demanda del beneficiario mismo y, por regla, con renuncia a hacer valer cualquier excepción relativa a la existencia, validez o coercibilidad del vínculo garantido, al cual el garante permanece extraño.(272)

2.3. Ventajas

El instituto en estudio surge como una respuesta a las deficiencias del contrato de fianza, pues la garantía unilateral al ser abstracta, es independiente del contrato base lo que la hace operativa aun cuando la obligación principal sea inválida.

Esta figura es muy utilizada en los negocios de construcción de grandes obras o en compraventas internacionales y asegura el cumplimiento de la prestación principal al estar en cabeza de una entidad solvente (emisor).

2.4. Relaciones jurídicas involucradas

En este tipo de garantías subyacen varias relaciones jurídicas. A saber:

a. La relación entre el ordenante o principal (deudor) y el beneficiario (acreedor): el deudor podría ser una empresa argentina importadora y el beneficiario una sociedad del exterior.
b. La relación jurídica entre el ordenante y el garante (emisor): el garante se compromete a cumplir con las obligaciones del ordenante.
c. Relación entre el garante y el beneficiario: se verifica cuando el beneficiario reclama la prestación supuestamente incumplida por el deudor.

2.5. Carácter autónomo o abstracto de la garantía

El garante no debe entrometerse en las cuestiones que se suscitan entre el ordenante y el beneficiario. Solo debe limitarse a controlar las condiciones de validez externas del requerimiento y, en principio, no puede oponer al beneficiario ni las defensas que nacen del contrato base, ni las excepciones que surgen del vínculo que lo une al ordenante.

.....

(272) Kemelmajer de Carlucci, Aída R., "Las garantías a primera demanda", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Garantías*, vol. 2, 1996. p. 94.

2.6. Acciones recursorias

Cuando el emisor paga la prestación debida puede generarse distintas acciones de repetición.

2.6.1. Acción del emisor contra el ordenante

El garante que pagó tiene una acción recursoria contra el ordenante. Sin embargo, no es habitual que se verifique este supuesto porque el emisor cuenta con una contragarantía exigida previamente al ordenante, que le permite obtener el rembolso sin acudir al aparato judicial.

Generalmente las contragarantías consisten en una suma líquida depositada en una cuenta bancaria abierta por el garante, una prenda de valores mobiliarios cotizables en bolsa, una prenda de mercaderías, una prenda o cesión en garantía de una póliza, etc.

2.6.2. Acción del ordenante contra el beneficiario

Procede cuando el beneficiario no debió haber cobrado del garante, sea porque el contrato base era nulo o estaba resuelto o porque la prestación principal fue cumplida por el ordenante, entre otros supuestos.

El garante carece de acción pues dado el carácter autónomo y abstracto de la garantía su legitimación no puede ampararse en el contrato base.

2.6.3. Acción del garante contra el beneficiario

Su procedencia es excepcional, pues en principio, el garante va a satisfacer su crédito con la contragarantía exigida al ordenante. Sin embargo, en caso de que este último no satisfaga la obligación ni tampoco accione contra el beneficiario, podrá el garante subrogarse en los derechos de ordenante y accionar contra el beneficiario.

2.7. Límites a la autonomía. Fraude o abuso manifiesto del beneficiario

La regla general es que cuando el beneficiario reclama el pago de la garantía el emisor debe cumplir. Esta seguridad y liquidez derivan del carácter autónomo y abstracto de la garantía unilateral que —como ya se señaló— supone una renuncia a oponer las defensas que pudiera tener el obligado principal contra el beneficiario de la garantía. En definitiva, el garante debe cumplir con la prestación sin cuestionar su procedencia.

Sin embargo, esta situación puede originar abusos del beneficiario en contra de la buena fe. Un claro ejemplo de abuso sería si el beneficiario pretendiese cobrar sin haber cumplido con sus obligaciones o cuando la deuda principal estuviese prescripta.

De verificarse este extremo, la norma faculta al garante o al ordenante a solicitar judicialmente que el beneficiario otorgue una caución antes del cobro.

Ahora bien, no cualquier fraude o abuso da lugar al garante a repeler el derecho del beneficiario. La norma adopta un criterio restrictivo pues admite esta excepción en la medida que los presupuestos surjan de prueba líquida, es decir de un medio probatorio de rápido examen. Pueden citarse como ejemplos la sentencia firme que declare la nulidad del contrato base o un certificado que constata el arribo de las mercaderías a destino.

ARTÍCULO 1811.- ***Sujetos.*** *Pueden emitir esta clase de garantías:*

a. *las personas públicas;*

b. *las personas jurídicas privadas en las que sus socios, fundadores o integrantes no responden ilimitadamente;*

c. *en cualquier caso, las entidades financieras y compañías de seguros, y los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior, sean o no parte directa en ellas.*

Fuentes y antecedentes: art. 1743 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

Esta norma reproduce en forma textual el art. 1743 del Proyecto de 1998 y define quiénes pueden ser emisores de las garantías unilaterales.

2. Interpretación

2.1. Sujetos que pueden ser garantes

Los sujetos que están habilitados para emitir la garantía unilateral son:

a. **Las personas públicas.** Están comprendidos todos los entes enumerados en el art. 146 CCyC (Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad de Buenos Aires, los municipios, los Estados extranjeros, la Iglesia Católica, entre otros).

b. **Las personas jurídicas privadas en la que sus integrantes no respondan ilimitadamente.** Están enunciadas en el art. 148 CCyC entre las que figuran las sociedades, las asociaciones civiles, fundaciones, cooperativas, etc.

c. **Las entidades financieras y compañías de seguros, en cualquier caso y los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior, sean o no parte directa en ellas.**

2.2. Sujetos excluidos

Quedan excluidas las personas físicas y las jurídicas en las que sus integrantes responden en forma ilimitada por las deudas del ente.

Esta prohibición se fundamenta en la necesidad de proteger el patrimonio de las personas físicas de las consecuencias derivadas de la calidad abstracta de la garantía que obliga al pago de la prestación sin poder cuestionar su procedencia.

Las personas habilitadas para ser emisores se presumen que son solventes y por consiguiente estarían en condiciones de afrontar la obligación.

ARTÍCULO 1812.- ***Forma.*** *Las garantías previstas en esta Sección deben constar en instrumento público o privado.*

Si son otorgadas por entidades financieras o compañías de seguros, pueden asumirse también en cualquier clase de instrumento particular.

Fuentes y antecedentes: art. 1744 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

Esta norma no cuenta con antecedentes en el CC ni en el CCom. pero su contenido es igual al art. 1744 del Proyecto de 1998.

2. Interpretación

Los emisores pueden extender la garantía en un instrumento público o privado. El art. 289 CCyC enuncia como instrumentos públicos, entre otros, a las escrituras públicas, los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos. Asimismo, en el art. 287 CCyC define a los instrumentos privados como aquellos instrumentos particulares firmados.

La norma permite que las entidades financieras y las compañías de seguros puedan asumir la garantía en cualquier clase de instrumento particular, o sea, incluso en un instrumento particular no firmado (art. 287, párr. 2, CCyC).

ARTÍCULO 1813.- ***Cesión de garantía.*** *Los derechos del beneficiario emergentes de la garantía no pueden transmitirse separadamente del contrato o relación con la que la garantía está funcionalmente vinculada, antes de acaecer el incumplimiento o el plazo que habilita el reclamo contra el emisor, excepto pacto en contrario.*

Una vez ocurrido el hecho o vencido el plazo que habilita ese reclamo, los derechos del beneficiario pueden ser cedidos independientemente de cualquier otra relación. Sin perjuicio de ello, el cesionario queda vinculado a las eventuales acciones de repetición que puedan corresponder contra el beneficiario según la garantía.

Fuentes y antecedentes: art. 1745 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

No existen antecedentes en el CC ni en el CCom. pero su texto es copia del art. 1745 del Proyecto de 1998.

2. Interpretación

2.1. Intransmisibilidad de los derechos del beneficiario

Cuando aún no se produjo el incumplimiento de la obligación principal, el CCyC adopta como regla general la prohibición de que el beneficiario ceda sus derechos sin el contrato base.

Esta prohibición se funda en la idea de que si media fraude o abuso del beneficiario la acción recursiva puede recaer en un insolvente (cesionario).

Sin embargo, excepcionalmente podría haber una cesión de la sola garantía cuando este supuesto haya sido expresamente previsto en el contrato base.

2.2. Cesión de la garantía

En caso de que se verifiquen las condiciones para admitir el reclamo del beneficiario, por no haber cumplido el ordenante, los derechos de aquel pueden ser cedidos sin limitación, en la medida que el beneficiario ya no tiene un derecho a la garantía, sino un derecho de crédito.

Sin embargo, cabe añadir que el cesionario va a responder contra eventuales acciones de repetición que puedan ejercerse contra el cedente.

ARTÍCULO 1814.- ***Irrevocabilidad.*** ***La garantía unilateral es irrevocable a menos que se disponga en el acto de su creación que es revocable.***

Fuentes y antecedentes: art. 1746 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

Esta norma no tiene antecedentes en el CC ni en el CCom. pero fue previsto en el art. 1746 del Proyecto de 1998 y lo reproduce en forma textual.

2. Interpretación

El CCyC recepta como regla la irrevocabilidad de la garantía a favor de la seguridad jurídica del beneficiario. Es fundamental para este último tener la seguridad de que la garantía exista hasta que el deudor cumpla con su prestación.

No obstante, este principio general cede si en el acto en el que se instrumentó la garantía se estableció la posibilidad de que el emisor pueda revocarla.

CAPÍTULO 6(*)
Títulos valores

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1815.- ***Concepto.*** ***Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo, sujeto a lo previsto en el artículo 1816.***

Cuando en este Código se hace mención a bienes o cosas muebles registrables, no se comprenden los títulos valores.

1. Introducción

1.1. La nueva y necesaria regulación sobre títulos valores

¿Cómo encaró el legislador reformista la materia de los títulos valores en el Código unificado? El Código Civil y Comercial contiene una regulación general sobre los títulos valores en el Capítulo 6, arts. 1815 a 1881, y que reconoce como fuente principal el Anteproyecto de CCyC de 1998. Este Capítulo, incluido dentro del Libro Tercero, Título V "Otras fuentes de las obligaciones", se divide en cuatro secciones que contienen: disposiciones generales, normas sobre títulos valores cartulares, sobre títulos valores no cartulares, y acerca de deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o sus registros. De modo que se reconocen dos especies de títulos valores, los cartulares y los no cartulares.

¿Era necesaria una regulación de este tipo en nuestro derecho? El vetusto y devenido anárquico Código de Comercio que dejó de tener vigencia a partir del 01/08/2015, contenía una regulación en sus arts. 742 a 770 que resultaba hoy claramente insuficiente frente a las necesidades actuales del tráfico y la circulación económica.

(*) Comentarios a los arts. 1815 a 1881 elaborados por Javier Cosentino.

Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica

La tradicional estructura de los títulos de crédito clásicos por un lado —básicamente letra de cambio, pagaré y cheque, con su regulación propia—, y los restantes títulos valores —títulos de deuda, acciones, bonos, etc.— se vio claramente desbordada como derivación de la llamada *securitizacion* operada en los Estados Unidos de Norteamérica a partir de la década de 1970 debido a la necesidad de los grandes inversores (bancos, compañías de seguros y otros) de colocar los fondos que captaban del público, para lo cual se crearon títulos circulatorios garantizados con activos hipotecados.

En nuestro país, la ley 24.441 le dio un fuerte impulso a la titularización al introducir el fideicomiso financiero y la emisión de letras hipotecarias.

Por otra parte, debe considerarse la incidencia que tuvo la expansión de la globalización, fenómeno que se desarrolla con fuerza en las últimas décadas del siglo pasado y que consiste básicamente en la integración de los países debido a la reducción de los costos de transporte y comunicación, y a la desaparición de ciertos obstáculos a los flujos de bienes y servicios entre las naciones, no necesariamente capitalistas o democráticas.

Entendemos, en coincidencia con lo señalado por Héctor Alegría, que la globalización se origina en la eclosión de las comunicaciones, que genera la expansión de otras áreas en las que incide y que dieron lugar a la renovación del derecho en lo atinente al derecho internacional, administrativo, laboral, penal, del consumo, de las comunicaciones, medio ambiente, mercado de capitales y otros.[273]

En Argentina, la globalización irrumpe con fuerza a partir de los años 90 acompañada de la política neoliberal desarrollada por el gobierno de entonces.En este contexto, hacia mediados de esa década aparecen en nuestro país diversos institutos financieros originarios del derecho anglosajón, como las obligaciones negociables y los contratos de *leasing* y de fideicomiso. La regulación positiva existente era insuficiente y a su vez, era claro que la legislación del Título XI del Código de Comercio requería una actualización.

Es necesario resaltar que la ley 26.994 de aprobación del CCyC, determina la derogación del Código de Comercio pero se mantiene la vigencia de las leyes que en la actualidad lo integran, lo complementan o se encuentran a él incorporadas, de manera tal que continuarán en vigor las siguientes normas relacionadas con los títulos valores: ley 928 de *warrant* aduanero, ley 9643 de *warrants*, leyes 20.643 y 24.587 de nominatividad de títulos valores privados, leyes 23.576 y 23.962 de obligaciones negociables, ley 24.083 de fondos comunes de inversión, ley 24.452 de cheques, ley 24.760 de facturas de crédito, ley 26.831 de mercado de capitales, y decreto-ley 5965/1963 de letra de cambio y pagaré.

Evitaremos en lo posible referirnos a los títulos regulados por dichas normas que no se modifican, existiendo profusa doctrina sobre ellos en nuestro medio.

A todas estas disposiciones específicas, les resultarán aplicables en forma subsidiaria las normas de este Capítulo 6 en aquellas materias que no estuvieran reguladas, quedando plasmado un sistema general que abarca los títulos ya legislados bajo reglas comunes y que permite la elaboración de una teoría general sobre títulos valores.

Coincidimos con Alegría en cuanto a que mediante la introducción de normas generales sobre títulos valores se evitan superposiciones legislativas, opera como base de integración

(273) Alegría, Héctor, "Globalización y derecho", suplemento La Ley, 2011, p. 26.

de los sistemas que rigen cada especie y ofrece un fondo interpretativo propio, de manera tal que no resulte necesario recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho.(274)

Debe señalarse, por fin, que tratándose de instrumentos de circulación, "su imagen excede el margen del derecho mercantil, aplicándose y desarrollándose en otros campos de los que participan".(275)

1.2. Terminología

La doctrina no se ha puesto de acuerdo en la utilización de una terminología que caracterice al grupo de documentos con características similares. Es por ello que en nuestro medio se ha usado indistintamente la de títulos valores, títulos de crédito, títulos circulatorios, títulos negociables, títulos mobiliarios y otros.

Más allá de que la doctrina italiana siempre se ha referido en esta materia a "títulos de crédito" y así se plasmó en el CC de 1942 (arts. 1992 y ss.), entendemos que la denominación genérica que contiene el CCyC, acuñada en la doctrina germana, es la más adecuada, ya que la referencia al término valor alude al diverso derecho de contenido patrimonial que puede contener el documento. Por otra parte, es la incorporada a nuestra legislación por la Ley 17.811 de Bolsas y Mercados de Valores en su art. 6°, inc. a) seguida por la Comisión Nacional de Valores y por el reglamento de autorización, suspensión, retiro y cancelación de la cotización de títulos valores de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. La ley 26.831 de Mercado de Capitales que derogó la ley 17.811 mencionada, refiere a "valores negociables" en su art. 2°, definiéndolos como aquellos títulos valores emitidos tanto en forma cartular como a los incorporados a un registro de anotaciones en cuenta. Finalmente, el art. 226 de la Ley de Sociedades Comerciales establece que son aplicables a las acciones, las normas sobre títulos valores en todo aquello no modificado por la propia ley.

1.3. Definición

No obstante lo dicho, seguimos aquí al notable jurista italiano Vivante, quien refiriéndose al título de crédito, luego de elaborar una teoría general sobre la base del Código de Comercio italiano de 1882, lo definió como el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo en él expresado.(276)

Este concepto fija los principios fundamentales constantes en la materia, aplicables en general a las más diversas especies de títulos, ya sea que se los llame títulos valores o títulos de crédito, sin perjuicio de la existencia de diversas clases de ellos.

Debemos señalar, sin embargo, que tales principios van modificando su alcance con el devenir del tráfico mercantil, en tanto el fenómeno de la emisión de títulos en masa y la desmaterialización, obligan a redefinir las nociones clásicas que emergen de dicha conceptualización, según se indicará.

(274) Alegría, Héctor, "Los títulos valores en el proyecto de CCyC de 2012", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3, p. 285.

(275) Duncan Parodi, Horacio, *Títulos de Crédito*, 1ª ed., vol. I, Bs. As., Ábaco, 2000, p. 311.

(276) Vivante, Césare, *Tratatto de diritto commerciale*, vol. IV, Torino, Fratelli Boca Editori, 1899, p. 154.

1.4. Estructura

La estructura de los títulos valores se asienta sobre tres pilares:

1. La instrumentación

Se trata de documentos que poseen fuerte valor probatorio, ya que acreditan la relación crediticia y la asunción de la obligación de cumplir con una prestación determinada. Poseen, a su vez, carácter constitutivo en tanto su libramiento origina el derecho del portador legitimado a exigir el cumplimiento, y función dispositiva porque debe detentarse su posesión material para poder ejercer los derechos que de ellos dimanan.

Aunque el título es un papel al cual se le incorpora un derecho, actualmente la relevancia del sustrato material se halla en crisis debido al desarrollo de la tecnología y en especial de los medios electrónicos de reproducción que ha ocasionado un proceso de desmaterialización de los títulos valores de notable influencia en la negociación. Citamos como ejemplo más común, lo atinente a las acciones escriturales de sociedades anónimas previstas en el art. 208 de la ley 19.550, que no se representan en títulos y que en definitiva se traducen en asientos en cuentas.

Salvo estos casos, el título valor es un documento en tanto elemento material que hace las veces de soporte jurídico del derecho.

2. La declaración obligacional cambiaria

El documento contiene una declaración de voluntad que es constitutiva dado que el derecho se constituye con el documento, y por ello el documento es necesario para ejercer los derechos que contiene. Se trata de una declaración unilateral de voluntad del emitente, que plasma el contenido de la obligación asumida en favor del portador legitimado. Tal declaración debe ajustarse a las formalidades exigidas por las distintas normas que regulan los títulos en particular.

Esta declaración no es recepticia, dado que el emisor queda obligado sin necesidad de aceptación por el portador.

3. Incorporación

Así se denomina a la conexión entre el derecho incorpóreo y la cosa mueble título, es decir entre la declaración cambiaria y el documento, necesaria para el ejercicio de los derechos que surgen de él. Para ejercer el derecho incorporado, es imprescindible disponer del instrumento, y por ello finalmente, el título posee carácter declarativo, constitutivo (ver punto precedente) y dispositivo.

1.5. Caracteres

De la definición expuesta en el acápite 1.3, se desprenden los caracteres principales de los títulos valores.

1.5.1. Necesariedad

Ningún derecho que emane del título puede ejercerse sin la posesión del documento, que debe ser exhibido a tales efectos. Si es destruido, el derecho queda suspendido hasta que sea sustituido por el equivalente. La función de legitimación es consecuencia de este principio, de modo que el simple poseedor del título queda investido formalmente para ejercer el derecho como si fuera el titular. Así, se sustituye la concepción de la titularidad

material o real del derecho por la de la titularidad formal o aparente con la finalidad de brindar la mayor seguridad posible a la negociación del título.

La titularidad aparente constituirá al poseedor del documento en su tenedor legitimado, quien al ostentar a su vez la propiedad formal del título, se encontrará habilitado para ejercer el derecho contenido en él.

Este carácter solo quedará evidenciado en los títulos materiales, es decir, los cartulares. En los títulos inmateriales, el derecho queda plasmado en un asiento en cuentas o libros de registro.

1.5.2. Literalidad

Ello implica que la extensión y el contenido del derecho expresado en el título, se constriñe estrictamente a su propio texto, sin que resulten admisibles referencias a otros documentos distintos. Se sigue de ello que el portador legitimado no podrá invocar derechos que excedan el tenor literal del instrumento; a él no le serán oponibles defensas que vayan más allá de lo escrito. Y, como contrapartida, el deudor no podrá alegar circunstancias extracartáceas para liberarse cumpliendo con una prestación distinta a la emergente del título.

Además, este principio otorga una importante seguridad en la circulación, dado que al tercero, para interiorizarse acerca de los límites de su derecho, le resulta suficiente con el examen atento del documento. En el caso de títulos inmateriales, el alcance del derecho se halla expresado en el instrumento de emisión o prospecto que el emitente elabora y somete a aprobación, en caso de oferta pública, o en el estatuto o ley de referencia.

1.5.3. Autonomía

En la materia, por la función e importancia que posee ya referida y que también se menciona en el art. 1816 que sigue, la circunstancia de que los títulos valores se hallen destinados a circular ha llevado a la necesidad de asegurar al sujeto que recibe el título que su adquisición es originaria y no derivada del transmitente o transmitentes anteriores.

Quien recibe el título no adquiere un nuevo derecho; el derecho transmitido se mantiene en sus términos originarios, operando una independencia en cada adquisición respecto de las situaciones personales anteriores. El derecho del adquirente deviene por la propiedad del documento y no por el derecho del transmitente.

Ello implica que al portador legitimado, no podrán oponérsele excepciones o defensas de carácter personal —no formal— que en su caso pudieran existir entre anteriores portadores del documento. Entonces, el título se desprende de las relaciones personales originadas entre anteriores sujetos vinculados a través de él.

Y a su vez, quien se hace del título de buena fe de quien no es su propietario, puede repeler la reivindicación a que pudiera ser sometido no obstante que el instrumento fuese robado o perdido, en lo que la doctrina ha llamado unánimemente como adquisición *a non domino*.

Se nota claramente la diferencia que acaece entre dicha adquisición y la transmisión operada mediante la cesión de derechos contractual, en donde la apropiación del cesionario es derivada del cedente y el crédito se traslada de un patrimonio a otro con todos sus accesorios y en el estado en que se halla, de manera tal que el deudor puede oponer al cesionario las defensas que poseía contra el transmitente. Y el cesionario solo puede hacer valer sus derechos contra el cedente.

Tales principios derivados de la naturaleza contractual del instituto, no resultan compatibles con los propios de los títulos valores, en donde debe imperar la seguridad, certeza y celeridad, garantizadas mediante la autonomía del derecho cartular.

Este el principio trascendental que rige todo el sistema de los títulos valores y que preside el régimen del Código, presente en todos ellos.

1.5.4. Síntesis

La interacción entre los tres principios de necesariedad, literalidad y autonomía, tratándose de documentos circulatorios, otorga seguridad al acreedor tanto como al deudor, más cobra especial relevancia frente al tercero portador de buena fe del título, a quien el sistema busca tutelar preferentemente, brindándole confianza y facilitándole la negociación del documento. Sin perjuicio de ello, hacemos notar que el CCyC distingue entre títulos cartulares y no cartulares, no siendo aplicables a estos últimos los principios de necesariedad y literalidad como consecuencia del fenómeno conocido como de la "desmaterialización". Volveremos sobre ello a partir del art. 1850 y su comentario.

1.5.5. Caracteres contingentes

Debemos mencionar, por su relevancia y debido a que se presentan en la mayoría de los títulos circulatorios, los caracteres que denominamos "contingentes", siguiendo a Barbieri[277] en este punto, en tanto no necesariamente se hallan presentes en todos los títulos, mas ello no resulta determinante a los fines de incluir o excluir alguna figura de la nómina de títulos valores:

a. **Abstracción.**

El derecho incorporado al título puede ser exigido con independencia de la relación causal o negocio subyacente. Desde la creación hasta el cobro del título pasando por la circulación en su caso, por aplicación del carácter abstracto de estos documentos, la causa, que es el negocio jurídico que subyace a su libramiento y condición de su existencia, se torna, en el caso, irrelevante desde el punto de vista jurídico. Ello no implica negar la causa sino desvincularla del propio título, aunque ello no ocurre en forma absoluta en el universo de títulos existente, variando entre ellos conforme a su naturaleza y por ello decimos que es contingente cediendo, por ejemplo, en los títulos emitidos en serie.

b. **Formalidad.**

Se trata este de un campo, el del derecho cambiario, en donde impera la formalidad como casi en ninguna otra área del derecho. Ello se explica por la necesidad de otorgar la máxima seguridad jurídica a estos títulos, generalmente destinados a circular en el comercio. Tal formalidad no es creación del positivismo, sino que fue originada por los comerciantes necesitados de reemplazar la moneda metal por un equivalente valor de mayor funcionalidad, para lo cual lo rodearon de formalidades precisamente en orden a lograr la mayor seguridad en las transacciones. Es así que las legislaciones dictadas sobre cada título en particular establecen las formalidades a las que deben ajustarse, imponiendo los requisitos extrínsecos que deben contener para que sean válidos como títulos valores. A nuestro parecer, se trata de un carácter contingente precisamente porque son distintas las formas requeridas según el título, que en su caso solo admiten subsanación de requisitos como derivación del propio texto regulatorio. Es lo que en doctrina se ha llamado unánimemente "formalidad tasada".

(277) Barbieri, Pablo, *Títulos Circulatorios*, Bs. As., Universidad, 2010, pp. 51/52.

Y además debido a que la formalidad se desdibuja en el caso de títulos desmaterializados, en tanto el derecho se ciñe en general a los términos del instrumento de emisión, contrato o ley particular.

De la formalidad deriva el rigor cambiario, que es sustancial, y que se integra por un conjunto de disposiciones de fondo que estructuran la multiplicidad de obligaciones que se incorporan mediante una solidaridad plena entre los firmantes de la letra, respetando el principio de autonomía.

En este ámbito la forma reemplaza a la sustancia del negocio, tratándose el juicio ejecutivo de la manifestación más clara del rigor cambiario formal, que funciona no solo en favor del acreedor sino también del deudor del título, ya que este sabe que pagando a quien presenta el documento y acredita su carácter de portador legitimado, va a quedar plenamente liberado.

c. **Completividad.**

El título debe bastarse a sí mismo. No admite complementaciones con elementos externos extraños para que el portador pueda ejercer los derechos que de él emanan, y en caso de que se hubieran hecho constar en la letra, carecen de valor cambiario. Ello es consecuencia de la simpleza y celeridad buscada en la negociación de los títulos valores.

1.6. Función social. Circulación

Los títulos valores se hallan destinados a circular en el comercio, y de forma segura pero simple, facilitando de tal modo el tránsito de la riqueza. De ahí la importancia de su régimen de transmisión. Poseen hoy en el tráfico mercantil, una relevancia similar al contrato. En algunos casos se trata de instrumentos de crédito indispensables a los fines de la realización de ciertas operaciones, ya que permiten diferir el cumplimiento de la obligación en el tiempo. En otros casos son considerados medio de pago, reemplazando al dinero efectivo.

Pero la verdadera función social que poseen reside en la fácil, rápida y segura circulación de créditos, exigencia absoluta del tráfico mercantil.

La naturaleza eminentemente circulatoria de los títulos valores permanece inalterada no obstante la progresiva desaparición del título como instrumento materializado, para transmutarse en asientos en cuentas virtuales o en libros de registro, circunstancia que según nuestro parecer, en algún momento futuro alcanzará también a las relaciones individuales y no solo a valores emitidos en serie o en masa.

2. Interpretación

2.1. Incorporación

Como señalamos, al papel se le incorpora un derecho dando lugar al nacimiento de un documento. Ese derecho consiste básicamente en una obligación a cumplir una prestación, obligación que no se halla sometida a condicionamiento de ninguna naturaleza debido básicamente a su desvinculación causal, por lo que no es admisible subordinar su cumplimiento a contraprestación alguna del acreedor o del portador.

La obligación es a su vez irrevocable, ya que una vez exteriorizada y emitido el título, no es posible volver sobre ella y dejarla sin efecto por la sola voluntad del emitente.

2.2. Prestación

La prestación debe poseer contenido patrimonial, y dependerá del título pertinente. Podrá tratarse de una suma de dinero, por lo común, pero puede también consistir en la entrega de mercaderías depositadas como en el caso del *warrant*, participación en sociedades y otros.

El artículo que comentamos refiere al cumplimiento de una prestación y no de una suma dineraria, lo cual resulta congruente con lo previsto por el art. 765 que determina que las obligaciones en moneda extranjera deben considerarse como obligaciones de dar cantidades de cosas y no de sumas de dinero.

2.3. Autonomía

La norma hace hincapié en el principio de autonomía sujetándolo a lo que dispone el artículo siguiente sobre el particular, sin mencionar a los otros dos principios más arriba referidos de necesariedad y literalidad, que son luego nombrados en los arts. 1830 y 1831 como propios de los títulos valores cartulares, circunstancia que nos parece adecuada en orden al fenómeno de la desmaterialización plasmada en el art. 1850 y ss.

2.4. Cosas muebles

De acuerdo al art. 227 del CCyC, son cosas muebles aquellas que pueden desplazarse por sí mismas o mediante una fuerza externa. Por ende, el papel es una cosa mueble cuya naturaleza no se modifica por el hecho de que se le haya incorporado un derecho. No obstante que el título tiene naturaleza de cosa mueble, el art. 1815 se preocupa de delimitar la inaplicabilidad del régimen sobre cosas muebles registrables a los títulos valores sin que ello implique un cambio en su naturaleza jurídica, por lo que debe interpretarse que lo buscado es apartar del campo del derecho cambiario la regulación general sobre bienes muebles. Nótese que en los "Fçundamentos" del Anteproyecto, la Comisión creada a los fines de su elaboración (decreto 191/2011), indicó que los títulos valores no eran considerados cosas muebles "registrables", como finalmente señala la norma.

Resulta relevante destacar que de conformidad con el art. 1892 del CCyC, la tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión, régimen que no se adapta al previsto específicamente para la adquisición de derechos sobre el papel en materia de títulos valores, resultando igualmente inaplicables los dispositivos sobre reivindicación del art. 2252 y ss. Debido a las exigencias del tráfico mercantil, las normas sobre posesión, tenencia y dominio del Código no resultan apropiadas para su aplicación a los títulos valores.

Nótese que es característica prominente de los títulos valores su circulatoriedad, mucho más acentuada en general que la común a cosas muebles, acrecentándose el riesgo de abuso de confianza. A su vez, la oferta pública de la inmensa mayoría de títulos torna necesario otorgarle mayor certeza y seguridad que la negociación de cosas muebles.

ARTÍCULO 1816.- ***Autonomía.*** *El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo, y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores.*

A los efectos de este artículo, el portador es de mala fe si al adquirir el título procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado.

1. Introducción

El Código centraliza la conceptualización de los títulos valores en el carácter de autonomía del derecho común a todos ellos, dejando, como señaláramos, los de necesariedad y literalidad para los denominados "cartulares" dado que no todos se representan documentalmente.

2. Interpretación

2.1. La autonomía del derecho del adquirente

Indicamos al comentar el artículo precedente, que la autonomía para el adquirente del título importaba reconocerle un derecho propio independiente de la persona del transmitente o de los anteriores tenedores. Su derecho no es derivado sino originario, resguardado de las relaciones creadas entre el deudor de la obligación y los poseedores pretéritos del título o de los vicios que pudieren afectarlos. El derecho no se transmite sino que se adquiere en forma originaria cada vez que es adquirido el documento, sin que interese la invalidez de alguna otra obligación cambiaria

La adquisición del título se configura en condición necesaria para la adquisición del derecho, dado que la propiedad del documento determina la titularidad del crédito, de modo tal que ese derecho es consecuencia de una relación jurídica real originada entre portador y título. Cabe destacar que el título, como indicamos, es una cosa mueble que representa el derecho que tiene incorporado, y aunque no se aplique el régimen general de cosas muebles, no se modifica su naturaleza jurídica como también señaláramos.

Una de las consecuencias más importantes derivadas de la autonomía cambiaria, es la imposibilidad para el requerido a cumplir la prestación, de oponer defensas de carácter personal que tuviere contra los portadores anteriores del documento, dada la adquisición en origen del derecho del portador legitimado. Ello otorga agilidad y seguridad en la circulación del instrumento, y es de suma relevancia a la hora de accionar judicialmente, al posibilitarse el acceso a un pleito especial —ejecutivo— en donde no serán admisibles excepciones relativas a contingencias acaecidas con precedentes portadores, de manera que el proceso llegará a su conclusión de manera expeditiva permitiendo el acceso a la ejecución propiamente dicha.

2.2. El portador de buena fe

Como dejáramos expuesto, los institutos de derecho común referidos al dominio, posesión, tenencia y régimen de cosa muebles, no resultan aplicables en la materia. De la aplicación de los caracteres sustanciales ya referidos de literalidad, necesariedad y autonomía, y de la naturaleza constitutiva y dispositiva del documento, extraemos la noción de legitimación cambiaria como la facultad legal que posee un sujeto para ejercer los derechos y acciones emergentes de un título valor.

El portador legitimado será entonces, quien ostente esa facultad que quedará condicionada al régimen de emisión y circulación propio de cada título, y además será indispensable detentarlo materialmente para ejercitar los derechos propios que de él surgen.

Adquiere notable importancia la figura del tercer portador de buena fe del título, ya que es a su respecto que el principio de autonomía cobra relevancia en tanto en definitiva, el propósito buscado es resguardar su derecho justificando el mecanismo legal establecido, que se evidencia al ponerse en marcha la circulación del documento.

Si el título no circula este principio pierde importancia, ya que lo perseguido es otorgar una adecuada solución al problema del deudor ante el tercero portador y no entre obligados inmediatos, dándole seguridad de modo que se incline a adquirir el título. Entre relacionados de manera inmediata, operan las disposiciones de derecho común.

Y si se transmite en forma no cambiaria por los medios de derecho común, ya sea por actos entre vivos o *mortis causa* y de manera particular —por ejemplo, por cesión— o universal —herencia o fusión—, se excluye la autonomía ya que el nuevo titular es continuador de la persona transmitente y, por ende, se hallará sujeto a las defensas oponibles a su antecesor, no bastándole la posesión para el ejercicio de los derechos propios del documento.

A su vez, formando parte del principio de autonomía, opera el de la adquisición *a non domino* según el cual quien se hace del título de buena fe adquiriéndolo de quien no es el propietario, no es pasible de ser requerido por reivindicación por más que el documento fuese robado o perdido.

Cuando en la adquisición del documento el portador procede con conocimiento del perjuicio que se le ocasiona al deudor —sabe que el título es robado o perdido, o cualquier otra circunstancia por la cual conoce que el transmitente carece de derecho suficiente—, es catalogado como de mala fe y por ende pierde las ventajas derivadas de la autonomía, podrán oponérsele todas las defensas de cualquier naturaleza existentes y además será susceptible de reivindicación del título. Es decir, pierde la tutela real.

Ahora bien, por lo general, la mala fe no queda plasmada en el propio instrumento y difícilmente surja de él, de modo que en su caso habrá que proceder a desplegar las medidas investigativas que requiera la situación particular, de modo que la existencia de mala fe no podrá ser invocada como defensa en la acción cambiaria ejecutiva, dada su propia restrictividad cognoscitiva.

ARTÍCULO 1817.- ***Pago liberatorio.*** ***El deudor que paga al portador del título valor conforme con su ley de circulación queda liberado, excepto que al momento del pago, disponga de pruebas que demuestren la mala fe del que lo requiere. Sin embargo, si el deudor no recibe el título valor, se aplica lo dispuesto por el artículo 1819.***

1. Introducción

De conformidad con las normas de derecho común, el pago implica el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación (art. 865 CCyC) y debe reunir los requisitos del art. 867 de identidad, integridad, puntualidad y localización. De acuerdo al art. 880, el pago efectuado por el deudor que satisface al acreedor, lo libera extinguiendo el crédito. Culmina por ende, la vinculación entre ellos.

2. Interpretación

2.1. El pago cambiario

Tales postulados resultan de aplicación en materia de títulos valores. La particularidad en el caso viene dada por la circunstancia de que el acreedor viene a ser el portador legitimado del título, facultado para presentarlo al cobro. Y si la letra ha circulado, el legitimado pasivo que cumple la prestación posee derecho a hacerse de ella a fin de ejercitar las acciones pertinentes que surjan de su posición en la relación cambiaria. Se trata del caso

típico del endosante que cumple con la obligación y luego busca el reembolso respecto de obligados anteriores, aunque siempre habrá que estarse a la naturaleza propia de cada título. Aquí se extingue la obligación cambiaria de quien abona, pero no se cancela el título.

Lo indicado importa que en ciertos supuestos, la obligación quedará definitiva extinguida cuando el pago sea efectuado por el emisor del documento o el designado para el pago según el caso, *v. gr.* el aceptante en la letra de cambio.

Y tampoco quedará cancelada cuando la prestación se cumpla en la persona de quien no se halla legitimado para recibirlo, por lo que deberá el deudor responder frente al auténtico portador legítimo.

En torno a los principios que gobiernan el pago, señalaremos como notas particulares, con respecto al de identidad, cuando se tratase de título librado en moneda extranjera, por aplicación del art. 765 del CCyC, el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal en el país quedando la cuestión reducida a la determinación del tipo de cambio aplicable, de existir más de uno. En cuanto a la integridad, en el derecho cambiario se admite la posibilidad de efectuar pagos parciales.

En relación a la prueba del pago, la forma cambiaria típica de acreditar que se ha cancelado la prestación contenida en el título, es mediante la posesión de él, ya que quien paga tiene derecho a hacerse del documento y según el caso, ejercer los derechos que correspondan contra otros obligados. Sin embargo, no existiendo normas que regulen el punto, podrá acreditarse por cualquier medio no obstante que en materia procesal, solo resulte admisible en juicio ejecutivo la excepción de pago documentado. En materia de letra de cambio y pagaré, el pago parcial debe hacerse constar en el propio título de acuerdo a lo previsto por el decreto-ley 5965/1963, art. 42.

2.2. La consignación cambiaria

Todo sujeto que resulte obligado en virtud del título se halla facultado para depositar la prestación que es objeto de él judicialmente junto con sus accesorios por ante el juez que resulte competente, liberándose de tal modo de su responsabilidad por la falta de cumplimiento, en caso de que no le sea presentado el documento para el cobro en el plazo consignado.

A falta de normas expresas sobre el punto —en materia de letra de cambio y pagaré, el decreto-ley 5965/1963, art. 45 contiene disposiciones específicas—, resulta de aplicación el art. 904 incs. b y c, por el cual procede la consignación cuando se verifica incertidumbre sobre la persona del acreedor, o cuando el deudor no puede realizar un pago seguro y válido por causal que no le es imputable.

También el art. 906 inc. a referido a la forma que debe observar la consignación, que determina que si la prestación es suma dineraria, debe depositarse en el banco pertinente a la orden del juez, y el art. 907 en torno a los efectos extintivos de la admisión del pedido.

Entendemos, por último, que no existe óbice alguno a la posibilidad de acudir al mecanismo de la consignación extrajudicial del art. 910 y ss.

2.3. Mala fe del portador

Nos expresamos sobre la mala fe en el acápite 2.2 del comentario al artículo precedente, que se asienta sobre el conocimiento del portador acerca de la desposesión involuntaria a que fue sometido el real propietario del título o de la falta de derecho suficiente de quien se lo transmite.

La disposición que comentamos indica que el deudor que paga queda liberado de responsabilidad, salvo que posea pruebas de la mala fe del requirente. Es decir que no basta que tenga un conocimiento efectivo de la existencia de la actitud maliciosa, sino que debe poseer pruebas concretas que acrediten ese obrar ilícito de modo que pueda no pagar y repeler la pretensión de cobro. Si las posee e igualmente cumple, incurre en mala fe.

Si carece de tales medios acreditativos, el pago lo liberará sepa o no acerca de la mala fe del pretenso acreedor, ya que no puede exigírsele que no cancele la obligación frente al requerimiento que se le hace si luego no podrá probar esa mala fe.

La prueba podrá ser de cualquier especie de las previstas en los ordenamientos procesales, ya que la norma no contiene limitaciones, más cabe volver sobre las dificultades con las que se encontrará el obligado para plantear la cuestión en pleito ejecutivo, en donde no son admitidas defensas que importen un acabado debate y prueba sobre las relaciones que subyacen el libramiento y transmisión del documento.

Finalmente, no es entendible el envío que se efectúa en la última parte de la disposición al art. 1819 que refiere al derecho que posee quien adquiere el título de manera legítima a conservarlo. Cabe destacar que la norma se basa en el art. 1750 del Anteproyecto de CC de 1998, que es de igual contenido con excepción de la mentada remisión, que es omitida.

ARTÍCULO 1818.- ***Accesorios.*** ***La transferencia de un título valor comprende los accesorios que son inherentes a la prestación en él incorporada.***

1. Introducción

Si se trata la prestación a cumplir del pago de una suma de dinero, los accesorios hacen referencia a los intereses que devenga el capital por el paso del tiempo en favor de la persona que se ve privada de su uso.

En los arts. 767, 768 y 769, el CCyC prevé los tres tipos de intereses admitidos en la legislación que se deroga contemporáneamente con la vigencia de dicho Código: compensatorios, moratorios y punitorios.

Los primeros compensan la falta del dinero de su titular y pueden ser pactados por las partes o fijados por el juez; los moratorios se devengan a partir de la mora y pueden también convenirse o disponerse judicialmente según tasas de leyes especiales o las que fije el Banco Central, y los punitorios, que son pactados y se rigen por las normas sobre cláusula penal (art. 790 y ss.).

2. Interpretación

Por lo general, los títulos cartulares se transmiten mediante endoso, instituto al que nos referiremos en oportunidad de emitir nuestra interpretación del art. 1838 y subsiguientes.

Pero operada la transferencia del documento por el medio que fuere —entre vivos o por causa de muerte, de manera particular o universal—, conjuntamente se transfieren los accesorios, cuya existencia y naturaleza dependerá de la prestación a cumplir consignada en el título.

Ello no es más que la aplicación del principio según el cual lo accesorio sigue la suerte del principal.

Este Capítulo 6 no contiene disposiciones específicas en materia de intereses en cuanto a tasa y clase, por lo que procederá estarse a las resultas de las que rijan las distintas especies de títulos, como por ejemplo en materia de letra de cambio y pagaré, en donde pueden disponerse estipulaciones sobre réditos solo en aquellas letras con vencimiento relativo, es decir a la vista o a cierto tiempo vista (decreto-ley 5965/1963, art. 5°). En cambio, en el caso del cheque, la ley 24.452 las prohíbe expresamente en su art. 9°.

ARTÍCULO 1819.- ***Titularidad.*** ***Quien adquiere un título valor a título oneroso, sin culpa grave y conforme con su ley de circulación, no está obligado a desprenderse del título valor y, en su caso, no está sujeto a reivindicación ni a la repetición de lo cobrado.***

1. Introducción

Podemos afirmar que el artículo en análisis, es aplicación del derecho de propiedad que emana del art. 17 CN y, en general, de otros principios del derecho que por ejemplo, gobiernan la adquisición de buena fe por un tercero (arts. 760 y 1166 CCyC, por ejemplo, entre otros).

2. Interpretación

2.1. Legitimación y circulación

A los fines de la adquisición del título, ya nos hemos expresado sobre la legitimación del adquirente para ejercitar sus derechos. Pero, tal como lo expresa la norma, habrá que atender siempre a la ley de circulación del documento específico de que se trate que abonen esa legitimación y que regula los efectos de la transferencia. La adquisición conforme a normas de derecho común es factible (ver comentario al art. 1816, punto 2.2), pero entonces se tornará posible la reivindicación del título.

2.2. Circunstancias determinantes del derecho del adquirente

En primer término, la adquisición debe serlo a título oneroso. Se trata de una nota que se pone de manifiesto en situaciones de conflicto de derechos, en donde el legislador siempre ha privilegiado a adquirentes a título oneroso frente a quienes han sido beneficiados por una liberalidad (art. 2260 del Código).

A su vez, debe haber procedido sin culpa grave. Por culpa grave debemos entender la omisión de quien recibe el documento, de arbitrar las medidas mínimas indispensables para advertir de manera inmediata los defectos de transmisión. Para que se torne operativa, las imperfecciones deben surgir en forma fácilmente perceptible del solo análisis del título. Respecto de la mala fe ya nos hemos referido y no se menciona por su obviedad.

2.3. Consecuencias

Cumplidos los extremos indicados, adquisición a título oneroso conforme ley de circulación y actuación diligente en la compulsa del documento, el adquirente no podrá ser cuestionado en su derecho como titular y por tanto será imposible exigirla la reivindicación del título o reclamársele lo percibido por su transferencia.

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.

Remisiones: ver comentario al art. 1850 CCyC.

1. Introducción

Se establece la posibilidad de crear títulos con la mayor amplitud, por parte de cualquier sujeto, persona humana o jurídica, privada o pública.

La norma zanja una cuestión que había ocasionado un largo debate en la doctrina especializada, ya que para la mayoría de los autores la libertad de emitir títulos valores debía quedar limitada a las especies legisladas, no obstante el decreto 677/2001 de transparencia del mercado en sus considerandos previó la libertad de creación de valores negociables, reglando el régimen jurídico de los valores escriturales o anotados en cuenta. La ley 23.697 también admitió la posibilidad para cooperativas y sociedades de capital de emitir títulos valores en serie ofertables públicamente en los tipos y condiciones que se determinen (art. 40). Esta libertad impera en el derecho anglosajón, utilizada ampliamente en EEUU.

Las condiciones de la emisión quedan deferidas a la voluntad del emisor, quien es soberano para disponer acerca de la denominación del título o clase, forma de circulación, garantías, rescate, plazos, posibilidad de convertibilidad en otra clase, derechos de terceros titulares y otras regulaciones.

Se indica que las disposiciones que hacen a la circulación del documento, deben ajustarse a las leyes generales sobre la materia, por lo común mediante endoso o cesión de derechos.

Las condiciones de la emisión deben ser expresadas de manera clara y que no ocasionen confusión con otra clase de títulos que se hallen previstos en las leyes en vigor.

2. Interpretación

2.1. Amplitud creativa

La amplitud con que se dispone la libertad de creación de títulos por cualquier persona y los contenidos de las condiciones de emisión, reconoce como límite único el impuesto por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, de conformidad con lo que señala el art. 958 CCyC.

Esta amplitud se enmarca dentro de la impronta de la autonomía de la voluntad genérica de la que se halla imbuida el Código por obra de sus autores, que marca el sesgo general de la legislación y que se pone de manifiesto en diversas normas relativas a los contratos

(arts. 958, 990, 1015, 1446 entre otros), sin perjuicio de regulaciones específicas en determinadas materias de obligatoria observancia, como en lo atinente a relaciones de consumo y contratos de adhesión, en protección de intereses de orden público.

No contiene la norma restricciones en torno a la posibilidad de emisión de títulos causales, pero los abstractos no previstos legislativamente no podrán emitirse, salvo en lo relativo a los destinados a la oferta pública en los términos del segundo párrafo.

Queda recepcionada, de esta forma, la posibilidad de rápida adaptación a las modificaciones que se operan en el tráfico comercial, abriendo paso a la celeridad y conveniencia práctica en una materia en donde se ha tendido históricamente a la regulación uniforme, debido a la necesidad de otorgar certeza a la circulación.

Pero, como indicamos, si se trata de títulos abstractos, solo se autoriza la emisión de aquellos regulados por ley salvo el caso de oferta pública o cuando los emisores sean entidades financieras o de seguros, o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de control. De manera tal que el margen librado a la posibilidad de creación, se halla muy acotado.

2.2. Oferta pública

La segunda parte del artículo refiere a títulos valores abstractos atípicos. Los títulos abstractos son autosuficientes o completos, no se hace referencia a la causa de emisión o resulta irrelevante en materia cambiaria, a diferencia de los causales, en donde existen menciones en el propio documento sobre la causa origen del libramiento que deben ser atendidas.

El destino a oferta pública de los títulos debe quedar ligado al cumplimiento de los requisitos dispuestos por las disposiciones específicas.

Para la emisión de estos títulos abstractos no regulados, opera la restricción de emisión acotada a personas jurídicas sujetas a regulación del Estado registradas en los mercados de valores y sometidas a su contralor.

El texto de la norma recuerda al art. 3º de la ley 26.831 de Mercado de Capitales que admite la creación de valores negociables por parte de cualquier persona jurídica para su negociación en los mercados de valores, en tanto no exista confusión con el tipo, denominación y condiciones con otros valores negociables previstos por la ley vigente. Remitimos al comentario al art. 1850, CCyC.

ARTÍCULO 1821.- ***Defensas oponibles.*** *El deudor sólo puede oponer al portador del título valor las siguientes defensas:*

a. *las personales que tiene respecto de él, excepto el caso de transmisiones en procuración, o fiduciarias con análoga finalidad;*
b. *las que derivan del tenor literal del título o, en su caso, del tenor del documento inscripto de conformidad con el artículo 1850;*
c. *las que se fundan en la falsedad de su firma o en un defecto de capacidad o de representación al momento en que se constituye su obligación, excepto que la autoría de la firma o de la declaración obligatoria sea consentida o asumida como propia o que la actuación del representante sea ratificada;*
d. *las que se derivan de la falta de legitimación del portador;*

e. *la de alteración del texto del título o, en su caso, del texto inscripto según el artículo 1850;*

f. *las de prescripción o caducidad;*

g. *las que se fundan en la cancelación del título valor o en la suspensión de su pago ordenada conforme a lo previsto en este Capítulo;*

h. *las de carácter procesal que establecen las leyes respectivas.*

1. Introducción

La disposición en análisis cubre una laguna de importancia, ya que las normas especiales tales como el decreto-ley 5965/1963 de letra de cambio y pagaré o la ley 24.452 de Cheques, carecen de previsiones sobre excepciones oponibles, quedando como materia regulada en los códigos procesales locales. El artículo se enmarca dentro de la tutela orientada a resguardar debidamente la circulación del crédito, dentro de un sistema gobernado por la autonomía en donde se protege la adquisición de buena fe aún de quien no es el propietario.

Es importante destacar que de accionarse por vía ejecutiva, además de la posibilidad de oponer las excepciones previstas por los códigos procesales locales y de la Nación, el interesado podrá recurrir a las señaladas por este artículo. La referencia a que solamente podrán invocarse las defensas enunciadas, implica que el elenco de excepciones oponibles deba interpretarse de manera taxativa.

2. Interpretación

2.1. Defensas personales

En el inc. a se mencionan las llamadas "defensas personales" que pueden ser opuestas a ciertos acreedores con sustento en una relación particular, y en donde resalta el principio de autonomía, dado que el deudor de la prestación contenida en el título, solo puede levantar defensas basadas en su relación directa con el portador legitimado.

Se hace excepción al caso típico del endoso en procuración y de las transmisiones fiduciarias o análogas, ya que son supuestos en donde será necesario determinar que la adquisición del tercero se ajusta a la finalidad circulatoria que se intenta proteger, lo que implica que se trate de sujetos distintos con intereses autónomos.

2.2. Excepciones documentales

Son mencionadas en el inc. b las excepciones que provienen del tenor literal del documento, que derivan de defectos formales esenciales que en los códigos procesales está plasmada generalmente como de "inhabilidad de título", y que puede ser opuesta por cualquiera de los requeridos con total independencia del carácter del sujeto requirente. La norma engloba a los títulos inscriptos conforme al art. 1850 y a aquellos admitidos a la oferta pública.

2.3. Falsedad de firma y defectos de capacidad o representación

2.3.1. Firmas falsas

Son casos en los que no es posible imputar responsabilidad al suscriptor emisor o transmitente, sin perjuicio de la que corresponda al falsificador conforme art. 1825 CCyC.

En el inc. c se recepta la clásica excepción de falsedad de los códigos procesales que procede en caso de que la rúbrica hubiera sido falsificada. La firma es la forma habitual

de rubricar actos públicos o privados del sujeto firmante. La trascendente novedad que contiene la norma consiste en la posibilidad de que la firma falsa sea consentida o ratificada por aquel quien se le imputa, resurgiendo por ende la posibilidad de imputación de responsabilidad al imputado.

Vale recordar que en virtud del principio de autonomía que impera en la materia, la falsedad de una firma no comunica su vicio a las restantes firmas que tuviere la letra.

La cuestión acerca de la carga de la prueba de la falsedad ha engendrado ciertas discrepancias en la doctrina y jurisprudencia. Como principio, los hechos constitutivos de la pretensión deben ser probados por quien los invoca. Y la suscripción del documento se trata precisamente de un hecho constitutivo. El título es a su vez un instrumento privado, por lo que sí es negado el reconocimiento de la firma, debe ser probada por quien intenta hacerlo valer, es decir, el portador legítimo.

Sin embargo, en materia de letra de cambio y pagaré, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió en el fallo plenario "Rondinelli de Andrade, E., c/ Mazzone, Guerino" de fecha 28/07/1970, que la prueba quedaba en cabeza del deudor negante de la firma cuya autoría se le imputaba, en consonancia con lo previsto por el art. 549 CPCCN, que dispone que al ejecutado corresponde la carga de la prueba de los hechos en que se funden sus excepciones.

Hacemos notar sobre el punto que esta solución resulta básicamente de mayor practicidad a los fines de la prueba, pero no se compadece con los principios sustanciales atinentes a los títulos valores y que hemos desarrollado, ni con lo previsto por el derecho común en relación a los instrumentos privados.

A su vez, el citado plenario fue dictado en el marco de un proceso ejecutivo, de modo que si la acción fuera extracambiaria o cambiaria ejercida en juicio ordinario, al accionante correspondería probar la firma y no al demandado.

Sin perjuicio de ello, el fallo es de aplicación estricta a los supuestos allí enunciados y no extensible al universo de títulos, en tanto no puede ser interpretado por analogía a casos distintos.

Nos inclinamos, por ende, por la solución que en general ha apoyado la doctrina, en cuanto a que es a cargo de quien quiere hacer valer el título, acreditar la autenticidad de la firma en caso de negativa.

2.3.2. Defecto de representación

En lo que refiere a defectos de representación, puede también ser ratificada. La disposición consulta lo dispuesto por el art. 369 CCyC en torno a la ratificación con carácter supletorio de las falencias que existieren.

Entendemos que, a falta de previsión, la ratificación puede hacerse en cualquier momento y dejándose constancia en el propio título.

2.4. Ausencia de legitimación del portador

El inc. d establece que corresponde tener en cuenta que por la ley de circulación del documento, como hemos ya referido, el portador puede carecer de las facultades suficientes para ejercer los derechos emanados del título. En tal caso, al deudor le es admitida la posibilidad de excepcionarse.

2.5. Alteraciones en el texto del título

En el inc. e del artículo se prevé la posibilidad de que el texto de la letra sufra modificaciones en base a la afectación de los elementos materiales que contenga el título, dañando su literalidad originaria. Tales alteraciones pueden consistir en enmendaduras, raspados, interlineados, mutilaciones, tachaduras o adiciones de las que resulten modificados números, fechas o cualquier otro requisito formal por cualquier medio, de modo que la obligación no puede ser determinada en sus términos originales. La alteración comprende agregados y adulteraciones materiales del documento, y presupone que el título posee todos sus requisitos formales indispensables.

La disposición no refiere a falsificación sino a alteración por tratarse de un concepto de mayor amplitud, ya que comprende modificaciones lícitas tanto como ilícitas, es decir falsificaciones.(278)

Debe considerarse que tales alteraciones no podrán fundar la defensa en tanto no resulten relevantes, como por ejemplo cuando refieran a circunstancias que hacen a la causa del libramiento en títulos abstractos. Tampoco cuando fueren permitidas legalmente, tal el supuesto de cancelación de endosos del art. 54 del decreto-ley 5965/1963.

2.6. Prescripción o caducidad

Refiere el inc. f a dichas excepciones, que también derivan del texto literal del propio documento, al igual que las indicadas en el inc. b.

En el caso de la caducidad, se afecta el derecho por incumplimiento de ciertas cargas impuestas al portador legitimado. Por ejemplo, el art. 57 del decreto-ley 5965/1963 determina la pérdida de las acciones cambiarias de regreso ante el transcurso de ciertos plazos para la presentación de la letra a la vista o a cierto tiempo vista, para levantar protesto por falta de aceptación o de pago, o para la presentación de la letra para su pago si llevase inserta la cláusula "retorno sin gastos".

La prescripción deja subsistente el derecho, afectando a la acción. La obligación se transforma en natural, no admitiéndose la posibilidad de repetición si es pagada (art. 2538 CCyC). Los plazos deben ser materia regulada por la ley del título. Ante el silencio, se aplicarán los dispuestos en general en el Código en los arts. 2532 y ss.

2.7. Cancelación del título o suspensión del pago

El inc. g no hace referencia al pago del documento, sino al proceso de cancelación que opera en caso de destrucción, pérdida o deterioro a que alude el art. 1852, párrafo 2º del CCyC. Operada la cancelación, el portador pierde la legitimación formal y conserva un derecho de carácter residual para dirigirse al cancelante por reembolso conforme lo expuesto por dicha norma.

A su vez, son admitidas las excepciones que se sustenten en la suspensión de los pagos en términos de los arts. 1856 y 1866 para títulos valores en serie.

2.8. Excepciones procesales

El último inciso debe interpretarse como que deberán admitirse, además de las excepciones que el artículo prevé, aquellas regladas en los distintos ordenamientos locales, no

(278) Cámara, Héctor, *Letra de cambio y Vale o Pagaré*, vol. I, Bs. As., Ediar, 1980, p. 487.

limitando las oponibles exclusivamente a las previstas en las reglamentaciones de cada jurisdicción.

2.9. Títulos abstractos, juicio ejecutivo y derechos del consumidor

Como señaláramos, la abstracción cambiaria importa la desvinculación de la causa obligacional, tornándose irrelevante desde la creación hasta su cancelación. De ahí que en el pleito cambiario ejecutivo, no son admisibles excepciones o defensas relacionadas con el negocio que subyace al documento. Por ende, como principio no sería posible indagar en circunstancias relativas al carácter de consumidor de alguna de las partes, en los términos del art. 1° de la ley 24.240, texto según ley 26.361.

No obstante ello, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dispuso en fallo plenario de fecha 29/06/2011, en juicios ejecutivos en donde se discutía la posibilidad de disponer de oficio la incompetencia territorial con sustento en que se trataba de relaciones de consumo, que de la calidad de las partes en el pleito, correspondía inferir que subyacía una relación de consumo con prescindencia de la naturaleza cambiaria del título. Se indicó en sus considerandos que la abstracción cambiaria no debía considerarse como un principio absoluto y por ende, no podía constituirse en obstáculo para la indagación causal cuando ello fuera necesario para hacer efectiva la defensa de derechos constitucionales como los del consumidor, contemplados expresamente en el at. 42 de la Carta Magna.[279]

ARTÍCULO 1822.- ***Medidas precautorias.*** *Las medidas precautorias, secuestro, gravámenes y cualquier otra afectación del derecho conferido por el título valor, no tienen efecto si no se llevan a cabo:*

a. *en los títulos valores al portador, a la orden o nominativos endosables, sobre el mismo documento;*

b. *en los títulos nominativos no endosables, y en los no cartulares, por su inscripción en el registro respectivo;*

c. *cuando un título valor se ha ingresado a una caja de valores o a una cámara compensadora o sistema de compensación autorizado, la medida debe notificarse a la entidad pertinente, la que la debe registrar conforme con sus reglamentos.*

1. Introducción

El artículo regula el procedimiento para la anotación de medidas cautelares de cualquier especie que se dispongan sobre los derechos que emanan del documento.

Se trata más bien de una norma de carácter procesal que persigue otorgar una adecuada publicidad a dichas medidas a través de la anotación en el propio título o en el registro que corresponda cuando se trate de nominativos no endosables o no cartulares.

2. Interpretación

Es tajante la norma en cuanto a la absoluta carencia de efectos de las cautelares que no se hallen anotadas o registradas de la manera expuesta.

(279) CNac. Apel. Com., Plenario, "Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de los consumidores".

De tal modo se advertirá al adquirente acerca de la existencia de la disposición precautoria quien, se recuerda, posee un deber de examinar el instrumento al serle traspasado. En caso de títulos no endosables, no cartulares o ingresados a una caja de valores o cámara compensadora, será el encargado de la registración quien anoticiará al adquirente, anoticiamiento que en su caso se adecuará a la reglamentación respectiva.

ARTÍCULO 1823.- ***Firmas falsas y otros supuestos.*** *Aunque por cualquier motivo el título valor contenga firmas falsas, o de personas inexistentes o que no resulten obligadas por la firma, son válidas las obligaciones de los demás suscriptores, y se aplica lo dispuesto por el artículo 1819.*

1. Introducción

La norma reproduce en general lo dispuesto por el art. 7° del decreto-ley 5965/1963, consagrando la independencia absoluta de las obligaciones plasmadas en el cartáceo a diferencia de lo que sucede en el derecho común, lo que permite que se cumpla la función económica del instrumento.

2. Interpretación

En caso de verificarse falsedad de las firmas del documento, o de personas inexistentes o no obligadas por la firma, las restantes obligaciones de los suscribientes de la letra continúan siendo plenamente válidas con abstracción de la situación anómala.

Entonces, el vicio existente no se propaga a las restantes relaciones, sin importar la causa de él y sin que incida que la firma ineficaz resulte soporte de posteriores transmisiones, salvo el limitado supuesto del aval, en donde la garantía queda sin efecto cuando la obligación garantizada resulta finalmente inválida.

De manera tal que, como principio, quien pone su firma en el título quedará obligado con independencia de lo que acontezca en relación a las restantes firmas, lo que deviene en aplicación relevante del principio de autonomía al que nos refiriéramos reiteradamente.

De otro modo sería imposible el cumplimiento de los fines que se persigue con la regulación de los títulos valores de certeza y seguridad en la circulación.

Se incluye el caso de sujetos que no resulten obligados por la firma, como sucede por ejemplo cuando el estatuto social de una sociedad requiere de dos firmas para determinadas operaciones y solo consta una, sin perjuicio de la aplicación según el caso de la teoría de la apariencia (art. 367 CCyC). Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad del falsificador por aplicación del art. 1825.

ARTÍCULO 1824.- ***Incumplimiento del asentimiento conyugal.*** *El incumplimiento del requisito previsto en el artículo 470, inciso b) en los títulos nominativos no endosables o no cartulares, no es oponible a terceros portadores de buena fe. Al efecto previsto por este artículo, se considera de buena fe al adquirente de un título valor incorporado al régimen de oferta pública.*

1. Introducción

En la Sección 4ª del Capítulo 2, Título II, Libro Segundo del CCyC se regula la gestión patrimonial del matrimonio y se introduce un régimen de administración y disposición de

bienes gananciales por parte del cónyuge que los ha adquirido, no obstante lo cual se requiere la conformidad del otro para enajenar o gravar en distintos supuestos reglados por el art. 470 CCyC.

La omisión del asentimiento conyugal determina la posibilidad de demandar la nulidad del acto por parte de quien no ha prestado el consentimiento (art. 456 CCyC).

2. Interpretación

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 470, inc. b, CCyC al que refiere el artículo que comentamos, en caso de bienes gananciales, es necesario el asentimiento del cónyuge para gravar o enajenar acciones nominativas no endosables y las que no sean cartulares pero no destinadas a la oferta pública.

Para el caso de títulos valores librados en tales condiciones, la falta de cumplimiento del requisito de conformidad conyugal para transmitir el documento no resulta oponible al tercero portador de buena fe, a quien no podrá demandarse por nulidad.

La buena fe se presume para el caso de adquisición de un título mediante el régimen de oferta pública.

Por aplicación del art. 470 referido, en la transmisión de los restantes títulos no será necesario el asentimiento del cónyuge. Otra interpretación generaría serios problemas en el acceso de los títulos al mercado.

ARTÍCULO 1825.- ***Representación inexistente o insuficiente.*** *Quien invoca una representación inexistente o actúa sin facultades suficientes, es personalmente responsable como si actuara en nombre propio. Igual responsabilidad tiene quien falsifica la firma incorporada a un título valor.*

1. Introducción

Consagra la norma la responsabilidad personal del sujeto que alega poseer una representación que es finalmente inexistente u obra sin tener facultades suficientes. En tales casos, su actuación debe considerarse como llevada a cabo en nombre propio.

2. Interpretación

Se trata del principio que contiene en términos similares el art. 8º del decreto-ley 5965/1963 aplicable a letras de cambio y pagarés, aunque no iguales, ya que el referido art. 8º contiene disposición sobre derechos de quien hubiere pagado la letra; y finalmente, es aplicación de lo previsto por el art. 376 CCyC para el caso de responsabilidad por inexistencia o por exceso en la representación.

Existe una promesa unilateral del pretenso representante que determina su responsabilidad por el hecho propio, siempre que haya insertado su firma y actuado con capacidad cambiaria. Por otra parte, no se exige que se verifique mala fe o error en el alcance de sus facultades, ni es necesaria la buena fe del portador ya que en el caso concreto, a diferencia de otros supuestos, la norma nada dice por más que entendemos que en determinadas condiciones es inexcusable para el adquirente del título no exigir la exhibición del mandato.

La consecuencia de la inexistencia o insuficiencia de representación es la liberación de responsabilidad del supuesto representado, pero si el autodenominado representante cancela la obligación, posee los mismos derechos que el presunto mandante.

Se agrega la idéntica responsabilidad que se impone al falsificador de cualquiera de las firmas obrantes en el documento, tratándose de una importante innovación adoptada en contra de lo que tradicionalmente había entendido la doctrina clásica de que no contraía ninguna responsabilidad en el ámbito cambiario, sin perjuicio de la que correspondiera por aplicación del derecho común.

ARTÍCULO 1826.- ***Responsabilidad.*** *Excepto disposición legal o cláusula expresa en el título valor o en uno de sus actos de transmisión o garantía, están solidariamente obligados al pago los creadores del título valor, pero no los demás intervinientes.*

Las obligaciones resultantes de un título valor pueden ser garantizadas por todas las garantías que sean compatibles. Las garantías otorgadas en el texto del documento o que surgen de la inscripción del artículo 1850, son invocables por todos los titulares y, si no hay disposición expresa en contrario, se consideran solidarias con las de los otros obligados.

1. Introducción

La solidaridad entre deudores en las obligaciones de sujeto pasivo múltiple, constituye una de las más eficaces garantías del pago y a su vez un poderoso resguardo del crédito. Su finalidad esencial es la de garantizar al acreedor el pago íntegro del crédito, y su principal efecto es impedir la división dela acreencia entre los deudores en sus relaciones con el acreedor. La obligación solidaria, en su faz pasiva, tiene un objeto único que recae sobre varios codeudores, cada uno de ellos obligado hacia el acreedor por el total de la deuda.

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 828 CCyC, la solidaridad no es presumible sino que tiene que emanar inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación, criterio tradicional en nuestra legislación (art. 699 CC que pierde vigencia el 01/08/2015), ya que se trata de una situación excepcional dado que destruye el principio general de división y agrava la condición de los obligados.

Se ha considerado tradicionalmente en doctrina que los obligados solidarios se representan recíprocamente, idea que el CCyC recoge finalmente en el art. 829.

En materia de títulos valores se justifica la instauración de un régimen de solidaridad en vista de la necesidad de que circulen con celeridad, otorgando al acreedor la mayor seguridad de cobro al habilitárselo a demandar contra un deudor, varios o todos conjuntamente.

La solidaridad pasiva en este ámbito nace de la suscripción del documento, no obstante que cada uno de los firmantes asume una obligación de carácter autónomo conectada con la unilateralidad de la obligación cambiaria, tal lo expresado en puntos anteriores. La autonomía en la circulación permite eliminar defensas y excepciones y a su vez acumular deudores.

En lo atinente a letra de cambio y pagaré, el art. 51 del decreto-ley 5965/1963 dispone que todos los que firman la letra ya sea como libradores, aceptantes, endosantes o avalistas, quedan obligados en forma solidaria hacia el portador, quien puede accionar contra todos individual o colectivamente. El único límite viene dado por la posición del

demandante en el nexo cambial, ya que no puede accionar contra los firmantes posteriores a él, a quienes garantiza con su propia firma en el título. Similar disposición contiene la Ley de Cheque en su art. 40.

Conforme art. 59 de dicho decreto-ley, la solidaridad pasiva solo rige para firmantes sucesivos de la letra, y no respecto de los coobligados cambiaros que han suscripto la misma obligación (por ejemplo: coavalistas o coaceptantes), quienes carecen de acción cambiaria entre sí y sus relaciones se rigen por las reglas de derecho común.

2. Interpretación

2.1. Régimen de solidaridad

El Código no sigue estos principios y modifica sustancialmente el régimen de garantías en los títulos valores, adoptando una postura que nos parece inconveniente.

En efecto, se limita la solidaridad pasiva a los emisores del documento, quienes responderán en virtud de los lineamientos expuestos, pero no se extiende la solidaridad a los intervinientes en la circulación del título.

Precisamente, una de las finalidades más importantes buscada por la regulación de los títulos valores, es facilitar la circulación crediticia y para ello es necesario que al sujeto que acepta un documento de estas características, le resulte atractivo. Y de ahí que deviene importante que en la circulación, además de garantizar al portador con la autonomía de las obligaciones que contrae cada firmante, se le allane el camino al cobro sin necesidad de constreñirlo a demandar a cada obligado en los términos de las obligaciones simplemente mancomunadas, con las dificultades inherentes. Se desdibuja de tal modo, uno de los objetivos esenciales del sistema.

Se deja a salvo la existencia de cláusula o disposición legal que imponga la solidaridad, o la intervención a título de garantía, como en el aval, pero cabe destacar que el endoso no es una garantía en los términos delineados por la norma, ya que da origen a un derecho autónomo e independiente de los restantes firmantes que surgen del título valor, de manera que no puede considerárselo incluido en la última parte del artículo.

Existe disposición legal específica en materia de letra de cambio, pagaré y cheque conforme lo visto, o puede insertarse cláusula expresa en el propio título al momento de su creación o posteriormente durante la circulación, cláusula que en este caso, no podrá obligar a firmantes anteriores. También podrá mencionarse en el prospecto de emisión de títulos en masa.

2.2. Garantías

No existe otra limitación, a los fines de garantizar las obligaciones que se desprenden del título, que la compatibilidad de la garantía con la propia naturaleza del documento, que podrá ser personal e incluso real.

Si la garantía consta en el texto del título, pueden ser alegadas por todos los titulares de la obligación y a falta de expresa disposición, se considerará solidaria con los otros obligados. Otorgada en otro instrumento, solo podrá ser invocada por el garantizado.

Finalmente, la garantía puede surgir del registro al que alude al art. 1850 para el caso de títulos valores no cartulares, a cuyo comentario remitimos.

ARTÍCULO 1827.- ***Novación.*** *Excepto novación, la creación o transmisión de un título valor no perjudica las acciones derivadas del negocio causal o subyacente. El portador sólo puede ejercer la acción causal contra el deudor requerido si el título valor no está perjudicado, y ofrece su restitución si el título valor es cartular.*

Si el portador ha perdido las acciones emergentes del título valor y no tiene acción causal, se aplica lo dispuesto sobre enriquecimiento sin causa.

1. Introducción

El artículo se asienta sobre la doctrina que determina que el libramiento de un título no constituye novación de la obligación causal, y reproduce conceptos contenidos en los arts. 61 y 62 del decreto-ley 5965/1963 que regula las dos acciones extracambiarias admitidas por dicha legislación: la acción causal y la de enriquecimiento.

El Código, luego de mantener incólume el derecho del portador a preservar las acciones emergentes de la operación por la cual se creó o transfirió el título, introduce ambas acciones genéricamente en relación a todos los títulos valores, dejando a salvo el caso en que se haya producido la novación de la obligación en los términos del art. 933 y ss. CCyC, dado su efecto extintivo.

2. Interpretación

2.1. Acción causal

En el caso de la acción causal, la somete a condición de que el documento no se encuentre perjudicado, es decir que se hubieran cumplido oportunamente todas las cargas eventualmente exigidas por la ley del título.

Solo puede promoverla el portador contra el sujeto con el que se ha relacionado en forma inmediatamente anterior. Y además el portador debe ofrecer la restitución del instrumento en tanto se trate de título cartular, asegurándole de tal modo que no será demandado por acción cambiaria.

El contenido de la acción se regirá por el negocio subyacente, ejercida mediante un proceso de conocimiento con libertad probatoria y en donde no regirán los principios de literalidad y abstracción a que hemos hecho referencia.

2.2. Acción de enriquecimiento

El sustento de esta acción es la equidad, al permitírsele a quien ha perdido las acciones basadas en el título por prescripción o caducidad, y también la acción causal, accionar contra quien se ha enriquecido en su perjuicio, siempre que integre la relación obligacional emergente del propio título.

Podrá accionar el portador legitimado o cualquier otro obligado que posea el documento y lo haya atendido, mediante un proceso de conocimiento con amplitud de medios probatorios. El monto de la demanda será aquel correspondiente al del efectivo enriquecimiento del demandado.

ARTÍCULO 1828.- ***Títulos representativos de mercaderías.*** *Los títulos representativos de mercaderías atribuyen al portador legítimo el derecho a la entrega de la cosa, su posesión y el poder de disponerla mediante la transferencia del título.*

1. Introducción

En Argentina se regularon, por leyes 928 y 9643, los certificados de depósito y *warrants*, que son documentos que representan a la mercadería que se especifica en el propio título y que pueden constituirse en garantías de operaciones crediticias.

Estos títulos permiten la comercialización de las mercaderías sin que resulte necesario el traslado material de ellas. Autoriza al propietario de las mercancías a darlas en custodia a un sujeto emisor debidamente autorizado, que emite un certificado de depósito y un *warrant*. El *warrant* permite el acceso al financiamiento, con la garantía de los bienes depositados, de modo que la empresa accede a préstamos garantizados por mercaderías.

2. Interpretación

Se trata de títulos valores que circulan mediante endoso, y que otorgan al portador legitimado derecho a exigir la entrega de la cosa a que hace referencia el documento, mantenerse en la posesión de ella y negociarla transfiriendo el título.

La disposición deja en claro los derechos a los que accede la adquisición del documento, cuya particularidad consiste en tratarse de un título representativo de mercaderías.

ARTÍCULO 1829.- ***Cuotapartes de fondos comunes de inversión.*** *Son títulos valores las cuotapartes de fondos comunes de inversión.*

1. Introducción

Los fondos comunes de Inversión fueron regulados por la ley 24.083, las normas de la Comisión Nacional de Valores y además, cada fondo por su propio reglamento de gestión. Están constituidos por patrimonios que carecen de personalidad jurídica, que se hallan a cargo de una sociedad depositaria básicamente de custodia, y una sociedad gerente encargada de su administración.

Los titulares de las cuota partes son los suscriptores, propietarios de cierta porción de los activos del Fondo, sin que las sociedades Gerente y Depositaria tengan obligación de restituir con fondos propios las sumas aportadas por los cuotapartistas.

2. Interpretación

Los fondos comunes de inversión son denominados "Productos financieros colectivos" por la Ley 26.831 de Mercado de Capitales, al igual que los fideicomisos financieros.

Dispone el art. 18 de la ley 24.083, que las cuota partes que emita el fondo común se representaran en certificados de copropiedad nominativos o al portador en los que se dejará constancia de los derechos del titular de la copropiedad, y que deberán ser firmados por los representantes de ambas sociedades del fondo. También podrán emitirse cuotapartes escriturales, quedando a cargo de la sociedad depositaria el registro de cuotapartistas.

La disposición que comentamos indica que las cuotapartes emitidas por los Fondos poseen carácter de título valor, lo que implica que se les aplicará a los mencionados certificados nominativos, al portador o escriturales, la normativa del Capítulo 6 sobre títulos valores que venimos analizando.

SECCIÓN 2ª
Títulos valores cartulares

ARTÍCULO 1830.- ***Necesidad.*** *Los títulos valores cartulares son necesarios para la creación, transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado.*

ARTÍCULO 1831.- ***Literalidad.*** *El tenor literal del documento determina el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones consignadas en él, o en su hoja de prolongación.*

1. Introducción

En la Sección 2ª, Capítulo 6, Título V del Libro Tercero, se regulan los títulos valores denominados "cartulares", caracterizados por su materialidad —plasmados en soporte papel— y asimilados a la concepción tradicional de los títulos de crédito.

2. Interpretación

Ambas normas resaltan los principios de necesariedad y literalidad a los que nos hemos referido en el acápite 1.5 del comentario al art. 1815, sin definirlos, y a cuyo texto nos remitimos.

Remarcamos que para el ejercicio de derechos que emanan de títulos materiales, es necesario detentar la posesión del documento. Cambiariamente ningún derecho puede reclamarse sin él, principio que pierde vigencia para el caso de los títulos no cartulares por imperio de la desmaterialización propia de ellos, característica a la que nos referiremos en el comentario al art. 1850.

A su vez, recordamos que por obra de la literalidad, los términos en que se ha redactado el documento marcan con estrictez el contenido y límites del derecho del portador, términos que excepcionalmente pueden extenderse en la prolongación física del título en tanto no existiera espacio suficiente o resultase conveniente por razones de claridad.

Son ejemplos clásicos de esta modalidad, el endoso y el aval en la letra de cambio y el pagaré, que pueden insertarse en la prolongación debidamente unida (arts. 14 y 33 del decreto-ley 5965/1963).

Cabe destacar por fin, que no se efectúa mención al principio de autonomía dado que resulta innecesario, en tanto se trata de parámetro de aplicación genérica a los títulos en general y no solo a los cartulares.

ARTÍCULO 1832.- ***Alteraciones.*** *En caso de alteración del texto de un título valor cartular, los firmantes posteriores quedan obligados en los términos del texto alterado; los firmantes anteriores están obligados en los términos del texto original.*

Si no resulta del título valor o no se demuestra que la firma fue puesta después de la alteración, se presume que ha sido puesta antes.

1. Introducción

En el comentario al art. 1821, en el punto 2.5 nos hemos referido a lo que debe entenderse por alteraciones del título y sus implicancias a la hora de meritar las defensas oponibles al portador.

Este artículo regula la responsabilidad que corresponde a los firmantes desde un plano temporal, atendiendo a la oportunidad en que materializaron su obligación en el documento colocando su rúbrica, antes o después de la alteración. Se trata de una reproducción casi literal del art. 88 del decreto-ley 5965/1963.

2. Interpretación

2.1. Eficacia de la alteración

Como señalamos, la alteración importa la falsificación de cualquiera de los componentes del título, cuya relevancia se graduará en función del elemento adulterado, ya que puede recaer sobre alguno que no resulte esencial.

Como principio, quien se incorporó al título colocando su firma en él, queda obligado de acuerdo a la declaración literal existente al momento en que lo suscribió. Se generan obligaciones distintas según la oportunidad de la suscripción. Ello por cuanto no corresponde que el firmante soporte modificaciones del texto que voluntariamente escribió o al cual adhirió.

De ahí que si la alteración no causa perjuicio al suscribiente, la cuestión carece de trascendencia.

Las alteraciones visibles del documento no generan su invalidez; la consecuencia es la cristalización de la obligación en sus términos originarios. Salvo que de la adulteración material sobre algún elemento esencial, se siga la imposibilidad de tomar conocimiento acerca de lo inicialmente escrito de manera que pueda concluirse que directamente debe tenerse tal elemento como inexistente. La incertidumbre insuperable acarrea la nulidad del documento.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha resuelto en forma reiterada que las alteraciones sobre constancias ajenas al documento no pueden sustentar la defensa de falsedad, como tampoco la modificación mediante testado de la palabra "pesos" para incluir moneda extranjera como objeto de la obligación.

2.2. Prueba

La cuestión acerca del sujeto que corre con la carga de acreditar la alteración se rige por los principios generales procesales que gobiernan la materia probatoria, que determinan que la prueba de la adulteración queda a cargo de quien la alega. Al haberse reconocido la firma, se admite la constitución válida de la obligación, derivándose de ello una presunción de que el documento es también auténtico.(280)

En esta línea, respecto de los instrumentos privados, el art. 314 CCyC dispone que el reconocimiento de la firma implica reconocer el cuerpo del documento.

La prueba en general no entrañará demasiada dificultad, quedando deferida a los medios probatorios contenidos en los ordenamientos procesales que resulten compatibles con la naturaleza del pleito que se promueva a los fines del cobro de la letra.

El problema que encierra dificultades de relevancia, pasa por la acreditación del momento en que se suscribió, es decir, antes o luego de la alteración, de modo de conocer

(280) Bergel, Salvador y Paolantonio, Martín, *Acciones y excepciones cambiarias*, vol. 1, 1ª ed., Bs. As., Depalma, 1992, pp. 405/406.

quiénes han quedado sujetos a las distintas declaraciones. El artículo establece que si ello no puede determinarse con las solas constancias del título o si no quedó demostrado que la firma fue colocada con posterioridad, se presume que se estampó con antelación. Se trata de una presunción que admite su invalidez mediante la producción de prueba en contrario.

Concluyendo entonces, al suscriptor del título le alcanzará con acreditar que ha sido adulterado para que opere la presunción legal. Será el portador que alegue que el deudor se obligó en los términos de la declaración modificada, el encargado de probarlo, para lo cual deberá destruir esa presunción.

ARTÍCULO 1833.- ***Requisitos. Contenido mínimo.*** *Cuando por ley o por disposición del creador, el título valor debe incluir un contenido particular con carácter esencial, no produce efecto cuando no contiene esas enunciaciones.*

El título valor en el que se omiten las referidas menciones al tiempo de su creación, puede ser completado hasta la fecha en que debe cumplirse la prestación, excepto disposición en contrario.

1. Introducción

La norma plasma positivamente el principio de formalidad que impera en general en materia de títulos materiales. Las normas que gobiernan tales documentos, contienen disposiciones expresas acerca de los elementos extrínsecos que deben reunir para que sean considerados eficaces.

En el origen de la formalidad se halla la necesidad de dotar a estos títulos de celeridad y certeza en la circulación y cobro, derivación de exigencias del tráfico mercantil.

En los títulos valores inmateriales, la formalidad se desdibuja y todo lo atinente a ellos debe surgir de las condiciones de emisión.

2. Interpretación

2.1. La formalidad

Expresamos en el comentario al art. 1815 (punto b —formalidad—, del acápite 1.5.5. —Caracteres contingentes—) que en este ámbito, la formalidad debía considerarse de la más absoluta rigidez, sin perjuicio de que en algunos supuestos concretos, en ausencia de algún requisito formal esencial opera la suplencia legal, lo que implica que el propio texto de la ley que regula el documento prevé la subsanación derivada de esa carencia, en lo que se ha llamado "formalidad tasada".

Ejemplos comunes acerca de normas regulatorias en materia de formalidad de títulos cartulares, son el decreto-ley 5965/1963 de letra de cambio y pagaré, y la Ley 24.452 de Cheques, que debe complementarse con la reglamentación de la autoridad de aplicación, es decir, del Banco Central de la República Argentina.

La consecuencia de la inobservancia de recaudos de forma determina, salvo el mencionado caso en que la misma ley del título prevé la suplencia legal, la carencia de eficacia del instrumento como título valor, de manera que perderá las características y ventajas que tiene como tal, sin perjuicio del valor residual que poseerá como documento común

o quirógrafo continente de una declaración por la cual se asume el cumplimiento de una obligación, prueba de importancia en el marco de un pleito por cobro que deberá sustentarse sobre la relación subyacente al documento por vía ordinaria. Es decir, el título queda reducido a un documento meramente probatorio.

2.2. Completamiento

La disposición admite que el título pueda crearse y circular sin que se hallen cumplidos los requisitos esenciales necesarios para que sea considerado válido, según vimos. Pero la posibilidad de completar la letra con los recaudos indispensables fenece en el momento en que debe cumplirse la prestación, o sea al vencimiento del documento, quedando a salvo lo que disponga el régimen particular del título.

Se trata de un derecho que posee el portador al momento en que adquiere el instrumento, ya que la letra no solo puede crearse en blanco, sino que también puede así circular.

Mas es indispensable que posea al momento de su libramiento, al menos la firma del emisor —requisito formal del título y sustancial como instrumento privado, arts. 287 y 288 CCyC—, y además que, de algún modo, se infiera que lo querido fue emitir un título valor, ya que de otro modo quedará sometido al régimen de documentos firmados en blanco (art. 315 CCyC), incompatible con el de los títulos valores.

El artículo no refiere a las consecuencias derivadas de la ausencia de completamiento del título en tiempo propio. Entendemos que no puede ser otra que la caducidad del derecho a completarlo ya que esa es la consecuencia del incumplimiento de cargas en materia cambiaria, y por ende el título valor perderá su eficacia como tal, situación prevista expresamente por el art. 11 del decreto-ley 5965/1963 para el caso de letra de cambio y pagaré, sin perjuicio del valor probatorio común que le quede latente.

Sin embargo, la caducidad de este derecho no será oponible al portador de buena fe a quien se le hiciera entrega del título completo, que puede circular aún vencido. Cabe señalar, a su vez, que cualquier cuestión relacionada con el derecho de completamiento del documento, además de las evidentes dificultades probatorias que tendrá, no podrá ser opuesta en proceso ejecutivo dada la imposibilidad de discutir en este tipo de proceso cuestiones que excedan lo que surge de las constancias del propio título.

De ahí que no solo no podrá invocarse la caducidad del derecho a completar el documento, sino que tampoco podrán alegarse en ese procedimiento cuestiones atinentes al ejercicio abusivo de completamiento o incumplimiento de los pactos habidos a tales fines, circunstancias que podrán tratarse en juicio ordinario.

Se ha entendido que la entrega del título en blanco importa el otorgamiento de un mandato tácito para que el acreedor lo complete, acuerdo de naturaleza extracambiaria.

ARTÍCULO 1834.- ***Aplicación subsidiaria.*** ***Las normas de esta Sección:***

a. ***se aplican en subsidio de las especiales que rigen para títulos valores determinados;***

b. ***no se aplican cuando leyes especiales así lo disponen, incluso en cuanto ellas se refieren a la obligatoriedad de alguna forma de creación o circulación de los títulos valores o de clases de ellos.***

1. Introducción

Señalamos en el comentario del art. 1815 que inicia este Capítulo 6, que la nueva regulación sobre títulos valores viene a cubrir un vacío existente en relación a la ausencia de un régimen genérico en la materia, como base de integración de los distintos sistemas que imperan en cada especie.

Se trataba de una cuestión reclamada en general por la doctrina especializada, destacándose en nuestro medio la tarea de Mauricio Yadarola, quien mediante su obra posibilitó la estructura de un sistema de títulos valores con una visión onmicomprensiva.

2. Interpretación

En lo atinente a títulos cartulares, el Código deja en claro que priman las disposiciones de los sistemas particulares de normas que rigen las diversas especies de títulos valores.

De manera tal que habrá que recurrir a las disposiciones de esta Sección en subsidio de regulación especial, en todo aquello no previsto expresamente.

Asimismo, se señala que no deberán aplicarse las normas del Código en tanto una regla especial lo disponga, remarcando la exclusión referida a la obligatoriedad de formas particulares de creación o de circulación de títulos o de especies de ellos, lo cual resulta lógico en un ámbito en que la emisión de ellos se dirige a diversos negocios, de modo que los requisitos de cada uno pueden variar entre sí resultando inconveniente el apego a una regulación global.

En síntesis, resulta prístina la intención del codificador de que primen las disposiciones particulares aplicables a determinados títulos por sobre las genéricas reguladas por el Código.

ARTÍCULO 1835.- ***Títulos impropios y documentos de legitimación.*** *Las disposiciones de este Capítulo no se aplican a los documentos, boletos, contraseñas, fichas u otros comprobantes que sirven exclusivamente para identificar a quien tiene derecho a exigir la prestación que en ellos se expresa o a que ellos dan lugar, o a permitir la transferencia del derecho sin la observancia de las formas propias de la cesión.*

1. Introducción

El artículo refiere a los denominados "títulos impropios" y "documentos de legitimación". Se trata de instrumentos de prueba que no se hallan destinados a circular, y que operan en relación a la legitimación.

En lo atinente a títulos impropios, el obligado puede levantar oposición al cumplimiento de la prestación en tanto el tenedor no sea titular del derecho que resulta del documento, aun cuando se encuentre legitimado en ese carácter de tenedor.

En cambio, los documentos de legitimación facultan al emisor a liberarse cumpliendo respecto del tenedor del instrumento, sin que interese quién sea.

2. Interpretación

Estos documentos poseen utilidad en torno a la legitimación, ya que desde el punto de vista pasivo, permite cumplir la prestación en debida forma y cancelarla en la persona de

quien posee derecho a exigirla, liberándose de tal forma luego de haberse asegurado de que el portador es el titular del derecho mencionado en el título.

El documento de legitimación no se halla destinado a circular, sino que su destino es del propietario del título, agotando allí su función por vía posesoria. Incluye entradas de espectáculos, billetes de lotería, etc.

Los títulos impropios pueden transferirse de manera sencilla mediante simple entrega sin recurrencia a las formas de la cesión ni, por supuesto, al endoso, modo típicamente cambiario, pero no benefician al portador con el otorgamiento de un derecho autónomo. Es el supuesto, por ejemplo, del endoso de la póliza de seguro del art. 13 de la ley 17.418.

En todos estos casos, no son aplicables las normas propias de los títulos valores que conforman este capítulo.

ARTÍCULO 1836.- ***Desmaterialización e ingreso en sistemas de anotaciones en cuenta.*** *Los títulos valores tipificados legalmente como cartulares también pueden emitirse como no cartulares, para su ingreso y circulación en una caja de valores o un sistema autorizado de compensación bancaria o de anotaciones en cuenta.*

Los títulos valores emitidos efectivamente como cartulares pueden ingresarse a alguno de estos sistemas, conforme con sus reglamentos, momento a partir del cual las transferencias, gravámenes reales o personales y pago tienen efecto o se cumplen por las anotaciones en cuenta pertinentes.

Remisiones: ver comentario a art. 1850 CCyC.

1. Introducción

Hemos de referirnos con amplitud al fenómeno de la desmaterialización o desincorporación de los títulos valores por el cual se suprime el documento físico, en el comentario al art. 1850 al que remitimos.

2. Interpretación

Se contempla aquí la posibilidad de que ciertos títulos de naturaleza cartular, puedan emitirse como no cartulares, no materializados, a fin de hacerlos ingresar en un sistema de compensación o anotación en cuentas o en cajas de valores.

Ello implica la desaparición del papel y su reemplazo por un asiento registral especial. Luego podrá circular en una caja de valores o destinarse a compensación bancaria o anotación en cuenta, con autorización para ello.

En el segundo párrafo se prevé la posibilidad de que aquellos títulos ya emitidos como cartulares, se desmaterialicen y se incluyan en alguno de los antedichos sistemas. Es decir, que ingresen en un sistema de depósito colectivo o de valores en cuenta. Operado el ingreso efectivo, la circulación y demás circunstancias hasta el pago se sujetan a las anotaciones en la respectiva cuenta, lo que implica sujeción a las normas que dicten las reglamentaciones pertinentes, que deberán prever minuciosamente todo lo referido a dichas anotaciones.

Entran en este concepto, pagaré, cheques de pago diferido, certificados de depósito, *warrants* y otros con capacidad para ser negociados.

Parágrafo 1°
Títulos valores al portador

ARTÍCULO 1837.- ***Concepto.*** *Es título valor al portador, aunque no tenga cláusula expresa en tal sentido, aquel que no ha sido emitido en favor de sujeto determinado, o de otro modo indicada una ley de circulación diferente.*

La transferencia de un título valor al portador se produce con la tradición del título.

1. Introducción

El título al portador será, según la norma, aquel que no ha sido emitido en favor de una persona determinada. También lo será, cuando no señale un régimen de circulación diferente al que se prevé. En tales casos, será innecesario insertar en el documento cláusula que lo exprese.

2. Interpretación

En los títulos al portador, la legitimación para el ejercicio de los derechos que confiere el título surge de la detentación material del documento. Al acreedor le basta con tener el título en su poder, y precisamente ello le confiere su legitimación sin que resulte necesaria ninguna especificación en el propio instrumento y sin perjuicio de la concurrencia de los demás elementos que resulten imprescindibles para que la letra sea válida como tal.

En esta clase de títulos, la circulación se produce con la simple tradición manual del documento, como acontece con la transmisión de cosas muebles, de modo tal que si posee reglada otra forma de transmisión, no se tratará de un documento calificable como emitido al portador.

De todo lo dicho se desprende claramente la concurrencia en el caso del principio de necesariedad al que nos refiriéramos en el punto 1.5.1. del comentario al art. 1815 que encabeza el presente Capítulo 6.

Resulta importante destacar que el régimen de la letra de cambio y pagaré que instituye el decreto-ley 5965/1963 y que no pierde vigencia por efecto de la derogación del Código de Comercio, no admite el libramiento de los títulos mencionados al portador, sin perjuicio de lo dicho en torno a la posibilidad de que se creen y circulen sin alguno de los recaudos formales imprescindibles, pero que deben hallarse completos al momento del vencimiento (arts. 1° y 101 de dicho decreto).

No sucede lo mismo en materia de cheque, ya que la emisión sin beneficiario está prevista y permitida en el art. 6°, inc. 3 de la ley 24.452.

Parágrafo 2°
Títulos valores a la orden

ARTÍCULO 1838.- ***Tipificación.*** *Es título valor a la orden el creado a favor de persona determinada. Sin necesidad de indicación especial, el título valor a la orden se transfiere mediante endoso.*

Si el creador del título valor incorpora la cláusula "no a la orden" o equivalentes, la transferencia del título valor debe hacerse conforme con las reglas de la cesión de derechos, y tiene los efectos propios de la cesión.

1. Introducción

Se trata de títulos emitidos con indicación del beneficiario de la prestación objeto del documento en el cuerpo del documento. En tales casos el Código los denomina como "Títulos valores a la orden" y se transmiten por endoso, pero si el emisor introduce la cláusula "no a la orden" o equivalente, se modifica el régimen de circulación hacia las disposiciones de la cesión de derechos del derecho común con sus efectos propios.

2. Interpretación

2.1. La persona

La determinación concreta de una persona determinada, nos indica que nos hallamos frente a un título que debe ser cancelado a la orden de ese sujeto o del portador legitimado en tanto haya circulado. La persona puede ser humana o jurídica y que exista o pueda llegar a existir en tanto se halle debidamente identificada, aplicándose las normas comunes sobre la existencia de la persona.

2.2. Circulación

2.2.1. El endoso

La transferencia opera, en esta clase de títulos, mediante endoso, expresión que hace referencia al lugar del instrumento en donde suele colocarse (en el dorso), modo típico de circulación cambiaria, sin que resulte necesario incluir referencia alguna relativa a la forma de transmisión en el cuerpo del documento.

La norma no define al endoso, el que podemos conceptualizar como "*un acto jurídico cambiario unilateral completo y formalmente accesorio, mediante el cual un sujeto llamado endosante transfiere a otro, denominado endosatario, la propiedad de un título circulatorio, la titularidad de los derechos que este confiere, y la legitimación para ejercer todas las potestades cartulares, convirtiéndose, a su vez, en garante del cumplimiento de la obligación cambiaria inserta en el documento*".(281)

De dicho concepto se extraen las características del endoso, los sujetos que pueden intervenir y sus funciones.

Como indicamos, se trata de un medio de transmisión propio del derecho cambiario, suficiente a los fines de documentar las sucesivas transferencias del título, y no recepticio, es decir que no se encuentra subordinado al reconocimiento o aceptación del receptor ni de los restantes firmantes del documento.

Es incondicional y completo porque transmite íntegramente la prestación, y formalmente accesorio porque depende de la existencia del título, que debe ser transmitido manualmente para que se perfeccione el acto.

Quien lo transmite es denominado endosante, y el que recibe el título es el endosatario. Puede serlo cualquier persona humana o jurídica con capacidad suficiente (art. 22 CCyC y ss.).

Como principio, el endoso debe inscribirse en el mismo título, más algunas regulaciones como las de letra de cambio y pagaré y la de cheque, admiten que se inserte en una hoja de prolongación unida al documento. En esos casos, se admite el añadido pero no el

(281) Barbieri, Pablo, *op. cit.*, p. 95.

instrumento separado en virtud del principio de completividad expuesto en el comentario al art. 1815, (punto c —completividad—, del acápite 1.5.5. —Caracteres contigentes—).

Posee tres efectos básicos:

a. traslativo, que opera mediante la transmisión de derechos emergentes del título, y la tradición manual de él al endosatario;
b. legitimante, al habilitar al receptor del título para ejercer tales derechos y acciones, para lo cual es necesario que posea el documento y justifique su derecho conforme art. 1842 CCyC; y
c. garantía o efecto constitutivo, ya que el endosante que coloca su firma en el instrumento, se adiciona a la garantía de pago frente al tercero portador legitimado, favoreciendo la circulación al ampliar el elenco de obligados.

El endoso puede ser de distintas clases según los efectos que posea, que no siempre serán los recién indicados, y que veremos en el comentario a los artículos que siguen.

2.2.2. Cláusula "no a la orden". Efectos

Si el emitente del título lo desea, puede insertar la cláusula "no a la orden", de modo tal que el documento no pueda circular mediante su forma típica, el endoso.

En tal caso, el título puede transmitirse únicamente mediante las reglas de la cesión de derechos de los arts. 1614 y ss. del CCyC, perdiendo el portador los beneficios de la autonomía cambiaria, por lo que el deudor podrá oponer al portador todas las defensas que tenía respecto de portadores anteriores.

La imperatividad de la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo en cuanto a que la transmisión del título "debe" hacerse por cesión, excluye cualquier otro medio de transferencia.

Algunos autores sostienen que el documento que lleve la cláusula indicada no es un título valor, en tanto pierde no solo su carácter autónomo sino también su literalidad, dado que la medida del derecho no se rige solo por lo que resulta del propio instrumento, no bastando la exhibición del documento para ejercer el derecho sino que habrá de acompañarse el contrato de cesión. Queda constreñido a su aspecto meramente probatorio.

ARTÍCULO 1839.- ***Endoso.*** *El endoso debe constar en el título o en hoja de prolongación debidamente adherida e identificada y ser firmado por el endosante. Es válido el endoso aun sin mención del endosatario, o con la indicación "al portador".*

El endoso al portador tiene los efectos del endoso en blanco. El endoso puede hacerse al creador del título valor o a cualquier otro obligado, quienes pueden endosar nuevamente el título valor.

Remisiones: ver art. 1843 CCyC.

1. Introducción

Señalamos ya en el comentario al artículo precedente que, en lo atinente a letras de cambio, pagarés y cheques, la materialización del endoso configuraba una excepción al principio de completividad del título valor, en tanto era admitida por la legislación especial la posibilidad de extenderlo fuera del cuerpo del documento, en hoja separada debidamente unida.

El dispositivo se entiende desde que se trata de títulos destinados a la circulación, por lo que se pretende facilitarla por la importancia que se deriva de ello.

2. Interpretación

2.1. Endoso en la prolongación del título

Ahora el Código generaliza dicha posibilidad, por lo que como principio será factible utilizar una prolongación del elemento material del título para insertar el endoso en él sin que se afecten los principios propios que rigen la materia, cuando no exista ya más lugar en la propia letra siguiendo el orden en que se insertan los distintos endosos.

Téngase en cuenta que el Código no limita la cantidad de endosos que puede contener el título, sin perjuicio de lo que prevean regímenes particulares, como en el caso del cheque en donde solo se admite un endoso por reglamentación del Banco Central (art. 66, ley 24.452).

La norma que comentamos dispone que dicha prolongación debe hallarse debidamente adherida e identificada, lo que implica que deberá adosarse mediante algún elemento que permita sostener esa adherencia en el tiempo ante la circulación manual del instrumento. Señala a su vez que la hoja en donde conste el endoso que se agrega debe hallarse debidamente identificada, importando ello que se haga constar de algún modo la relación concreta entre el cuerpo del título y la prolongación mediante signos, sellos o cruzando la firma en la unión de ambas partes.

2.2. Endoso nominal, en blanco o al portador

2.2.1. Endoso nominal

Si en la extensión del endoso se indica al beneficiario, se trata de un endoso nominal o completo. Se emite a nombre de una persona determinada, humana o jurídica. En este supuesto, se otorgan mayores seguridades en la circulación para el caso de que el título fuera extraviado o hurtado. El único que podrá endosar nuevamente la letra en este caso será el endosatario beneficiario, ya que de otro modo se interrumpirá la regularidad de la cadena de endosos y se afectará la legitimación del portador.

2.2.2. Endoso en blanco

Es el caso en el que el endosante solo inserta su firma en el dorso del documento o en su prolongación, sin designar un beneficiario. Quien recibe el título en estas condiciones, puede proceder en los términos del art. 1843, al que remitimos. Esta especie de endoso es la más utilizada por su mayor flexibilidad a la hora de la negociación del título.

2.2.3. Endoso al portador

Es asimilable al anterior en cuanto a sus efectos jurídicos, tal lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo. Se diferencia del endoso en blanco en que puede incluir, junto con la firma del endosante, expresiones como "al portador", "a la orden del portador", "por endoso al portador" o similares, porque entendemos que la referencia de la norma a la primera de ellas, no implica veda respecto de otras que incuestionablemente expresen los mismos efecto. La consecuencia de ello será que el endosatario no podrá llenar el endoso con su nombre o el de un tercero, sino que se verá constreñido a transmitir el documento mediante nuevo endoso o por tradición manual.

2.3. Posibilidades de endoso

Finalmente, ampliando las facilidades de circulación, la norma permite endosar el título en favor del emisor o de cualquier otro obligado en la letra, quienes a su vez se hallan facultados a endosarla nuevamente.

ARTÍCULO 1840.- ***Condición y endoso parcial.*** *Cualquier condición puesta al endoso se tiene por no escrita. Es nulo el endoso parcial.*

1. Introducción

El art. 1815 que da comienzo al Capítulo 6, indica que el título valor incorpora una obligación incondicional de cumplir una prestación. Este artículo constituye una prolongación de ese principio de incondicionalidad, eliminando cualquier obstáculo que dificulte la circulación del documento.

2. Interpretación

La ley no admite endosos sometidos a condición, ni endosos parciales. La diferencia es que en el primer caso, la condición se tendrá por no escrita de manera que el endoso mantendrá vigor con sus efectos plenos y particulares de acuerdo a la clase de endoso de que se trate.

En el caso de endoso parcial, el artículo dispone la sanción de nulidad. Ello resulta adecuado dado que si el título pudiera dividirse entre varios endosatarios, se dificultaría considerablemente el ejercicio regular de los derechos que emanan de él y la posterior circulación.

La consecuencia rigurosa que contiene la norma, implica el quiebre de la cadena regular de transmisión (art. 1842 CCyC) ya que en tal caso, se producen los efectos del art. 390 CCyC y ss. Destácase que si la obligación es cancelada parcialmente, puede transferirse el saldo insoluto en tanto se deje constancia en la letra, no tratándose de un endoso parcial sino total por dicho saldo.

ARTÍCULO 1841.- ***Tiempo del endoso.*** *El endoso puede ser efectuado en cualquier tiempo antes del vencimiento. El endoso sin fecha se presume efectuado antes del vencimiento.*

El endoso posterior al vencimiento produce los efectos de una cesión de derechos.

1. Introducción

El título puede circular de manera propia hasta el vencimiento, según lo que dispone genéricamente el Código. En el caso de la letra de cambio y pagaré, ejemplo que traemos a colación porque son los títulos materiales circulatorios más utilizados (en especial el pagaré), el endoso puede efectuarse hasta el protesto por falta de pago o vencimiento del plazo establecido para protestar, de acuerdo al art. 21 del decreto-ley 5965/1963.

2. Interpretación

Queda limitada la circulación normal del documento hasta el momento que se fijó para el cumplimiento de la prestación. El posterior endoso no se prohíbe, pero se modifican

sus efectos propios ya que a partir del vencimiento operará como una cesión de derechos. Podrá circular mediante endoso, pero el adquirente del título, sucesor ahora del transmitente, se verá expuesto a las excepciones que posea el deudor respecto del cedente.

La norma contempla la situación que acaece en la mayoría de los casos en torno a que si el endoso es efectuado sin fecha, se presume realizado antes del vencimiento del documento, presunción que admite prueba en contrario y que debe ser desvirtuada por el interesado mediante la demostración de la fecha real en que fue efectuado a través de cualquier medio de prueba, pero por vía ordinaria y no ejecutiva debido a las restricciones cognoscitivas ya comentadas inherentes a la naturaleza de este proceso especial.

El endoso posterior al vencimiento podrá ser de cualquiera de sus especies, ya que la disposición no lo restringe a alguna en particular.

ARTÍCULO 1842.- ***Legitimación.*** *El portador de un título a la orden queda legitimado para el ejercicio del derecho en él incorporado, por una serie no interrumpida de endosos formalmente válidos, aun cuando el último sea en blanco.*

1. Introducción

Indicamos en el comentario al art. 1838, que uno de los efectos del endoso consistía en legitimar al endosatario como titular del documento. El portador legitimado es propietario del derecho, sin deba probarlo a través de medios ajenos al título. Para ello debe detentar materialmente el título, el que debe contener una serie regular de transmisiones hallándose el portador al final de esa cadena.

El texto de la disposición es similar al del art. 17 del decreto-ley 5965/1963 para el caso de letras de cambio y pagarés, y al del art. 17 de la ley 24.452 respecto de cheques.

2. Interpretación

En primer término, para ostentar legitimación el portador debe hallarse en la tenencia del documento y exhibirlo. Recordamos aquí lo dicho en torno al principio de necesariedad, de la mayor relevancia en el caso de títulos cartulares.

A su vez, en aquellos casos en los cuales el instrumento circuló, la legitimación se completa mediante la sujeción a la ley de circulación, que es la cadena regular de transmisión.

Por ende, habrá que detenerse en la consideración particular de los distintos endosos que pudiera tener el documento, nominales, en blanco o al portador. Si algún eslabón de la cadena falla, se perjudica la legitimación del portador al interrumpirse la serie de endosos.

Pero de lo contrario, la legitimación es incuestionable salvo que la adquisición hubiera sido de mala fe o con culpa grave.

ARTÍCULO 1843.- ***Endoso en blanco.*** *Si el título es endosado en blanco, el portador puede llenar el endoso con su nombre o con el de otra persona, o endosar nuevamente el título, o transmitirlo a un tercero sin llenar el endoso o sin extender uno nuevo.*

1. Introducción

En el caso de emisión de endoso en blanco —el más generalizado en esta clase de títulos—, la disposición señala las facultades que posee el portador de la letra endosada si desea ponerla nuevamente en el circuito de circulación, quedando obligado o no según la actitud que adopte.

2. Interpretación

El único requisito del endoso en blanco, es la firma del endosante en el dorso del título o su prolongación en los términos del art. 1839.

Quien recibe el documento endosado en blanco puede presentarlo al cobro a su vencimiento, o negociarlo. En este caso, puede completar el endoso con su propio nombre transformándolo en endoso nominal en su favor, con las consecuencias expuestas en el comentario al art. 1839, acápite 2.2.1. —Endoso nominal—.

También se halla facultado para llenar el endoso con el nombre de otra persona, supuesto en el cual la transmisión queda perfeccionada con la sola entrega del título al sujeto en cuyo favor se ha completado el endoso, sin que quede obligado cambiariamente en tanto no existe rastro documental de su participación en el propio instrumento, al igual que cuando entrega el documento sin llenar el endoso o sin endosarlo nuevamente, circunstancia que también prevé la norma.

Otra opción que otorga el artículo, por último, es la posibilidad de endosarlo nuevamente, ya sea a través de endoso en blanco, al portador o nominado.

ARTÍCULO 1844.- ***Endoso en procuración.*** ***Si el endoso contiene la cláusula "en procuración" u otra similar, el endosatario puede ejercer, incluso judicialmente, todos los derechos inherentes al título valor, pero sólo puede endosarlo en procuración.***

Los obligados sólo pueden oponer al endosatario en procuración las excepciones que pueden ser opuestas al endosante.

La eficacia del endoso en procuración no cesa por muerte o incapacidad sobrevenida del endosante.

1. Introducción

En los arts. 1844 y 1845, el CCyC admite ciertas cláusulas limitativas de los efectos del endoso, previstas por la legislación de letra de cambio y pagaré.

Mediante su inserción —que debe ser expresa—, se priva al endoso de sus efectos normales restringiéndose su alcance.

2. Interpretación

2.1. Existencia de mandato

Al incorporarse al endoso la cláusula "en procuración" o similar, como por ejemplo "valor al cobro", el endosante transmite al endosatario la legitimación para el ejercicio de los derechos y acciones que surgen del título, pero mantiene la titularidad de ellos. La circulación regular queda, entonces, limitada.

De ahí que el endoso no opera en su función traslativa de la propiedad del documento; el endosatario adquiere calidad de mandatario del endosante al único fin de ejercer las

acciones y derechos indicados. De modo que el endosante puede reivindicarlo del mandatario en caso de quiebra, ya que continúa siendo propietario del título.

El mandato debe ser cumplido según las instrucciones del endosante mandante, en cumplimiento de las normas generales atinentes a dicho contrato (art. 1324 CCyC). Deberá, por ende, cumplir con todas las cargas cambiarias indispensables, presentar el documento al cobro y en su caso promover las acciones que resulten necesarias para el cumplimiento de la prestación, incluso en sede judicial, situación que la norma expresamente prevé, y finalmente rendir cuentas de su gestión. Pero dada la naturaleza cambiaria del acto, entendemos que no podrá promover acciones extracambiarias, para lo cual la cláusula en cuestión no le otorga legitimación suficiente.

Al endosatario deben reembolsársele los gastos que hubiera hecho en cumplimiento del mandato y abonársele la retribución que eventualmente se hubiera previsto.

Como el endosatario recibe el documento al único fin expuesto, solo podrá endosarlo en el mismo carácter en que lo recibió, es decir, en procuración.

2.2. Excepciones

Una vez promovida acción judicial contra los obligados en virtud del título, solo podrán ser opuestas al endosatario demandante las excepciones que hubieran podido oponer al endosante, y no aquellas que en su caso tuvieran respecto del endosatario.

2.3. Fin del mandato

El mandato del endosatario finaliza por las causas comunes atinentes al mandato común (art. 1329 CCyC), más la disposición que comentamos excluye la conclusión en los supuestos de muerte del mandante o incapacidad sobreviniente, al igual que se dispone en el art. 19 del decreto-ley 5965/1963 para el caso de letra de cambio y pagaré.

La razón de la norma radica en la preservación del carácter literal del título, de modo de mantener la seguridad en la circulación.

> **ARTÍCULO 1845.-** ***Endoso en garantía.*** *Si el endoso contiene la cláusula "valor en prenda" u otra similar, el endosatario puede ejercer, incluso judicialmente, todos los derechos inherentes al título valor, pero el endoso hecho por él vale como endoso en procuración.*
>
> *El deudor demandado no puede invocar contra el portador las excepciones fundadas en sus relaciones con el endosante, a menos que el portador al recibir el título lo haya hecho a sabiendas en perjuicio de aquél.*

1. Introducción

La norma reproduce con algunas diferencias, el art. 20 del decreto-ley 5965/1963. El endoso realizado con la cláusula "valor en prenda", "valor en garantía", "en caución" o análoga, implica la constitución de una prenda sobre el título valor hecha en favor del endosatario, confiriéndole el privilegio correspondiente. De tal modo, se garantiza un crédito que el endosatario posee contra el endosante, de naturaleza extracambiaria.

2. Interpretación

En estos casos, el endosante sigue siendo propietario del documento, y el endosatario a quien le ha sido entregado, no podrá transferirlo a un tercero salvo que lo hiciere mediante un endoso en procuración.

El endosatario podrá cobrar el importe del título a su vencimiento y cobrarse la acreencia garantizada, con descuento de gastos y reintegro del remanente al endosante en prenda.

Nótese que en el caso, la diferencia respecto del mandato en procuración deviene como consecuencia de que en el endoso en garantía, el endosatario actúa en nombre e interés propio.

ARTÍCULO 1846.- ***Responsabilidad.*** *Excepto cláusula expresa, el endosante responde por el cumplimiento de la obligación incorporada.*

En cualquier caso, el endosante puede excluir total o parcialmente su responsabilidad mediante cláusula expresa.

Remisiones: ver comentario al art. 1826 CCyC.

1. Introducción

El principio general que se desprende de la disposición, es que todo endosante del documento responde por el cumplimiento de la obligación; más tal responsabilidad no quedará incluida en el régimen de las obligaciones solidarias, conforme art. 1826, cuyo comentario remitimos.

2. Interpretación

Como excepción, el endosante puede excluirse de la obligación de responder mediante la inserción de una cláusula expresa "sin garantía", "sin responsabilidad" o similar, que será solo válida respecto de él y no de otros firmantes de la letra por sus efectos liberatorios personales.

Para la inserción de la cláusula no existen fórmulas sacramentales, bastando que denote claramente la intención de no obligarse.

Parágrafo 3°

Títulos valores nominativos endosables

ARTÍCULO 1847.- ***Régimen.*** *Es título nominativo endosable el emitido en favor de una persona determinada, que sea transmisible por endoso y cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.*

El endosatario que justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos está legitimado para solicitar la inscripción de su título.

Si el emisor del título se niega a inscribir la transmisión, el endosatario puede reclamar la orden judicial correspondiente.

ARTÍCULO 1848.- ***Reglas aplicables.*** *Son aplicables a los títulos nominativos endosables las disposiciones compatibles de los títulos valores a la orden.*

Parágrafo 4°

Títulos valores nominativos no endosables

ARTÍCULO 1849.- ***Régimen.*** *Es título valor nominativo no endosable el emitido a favor de una persona determinada, y cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro.*

1. Introducción

En los tres artículos precedentes se regulan los títulos nominativos endosables y no endosables. Ambos tienen en común que se emiten respecto de sujeto determinado, y se diferencian por la forma de circulación, ya que en los endosables es factible la transmisión por medio de endoso, forma no admitida, como su nominación lo indica, en los no endosables.

El ejemplo más común de esta clase de títulos son las acciones de sociedades anónimas, que cuando se emiten cartularmente, pueden ser al portador o nominativas endosables o no según el art. 208 de la ley 19.550, sin perjuicio de que desde la vigencia de la ley 24.587 sancionada el 08/11/1995 —norma que refiere a títulos valores privados—, deben emitirse obligatoriamente en esta última variante, es decir nominativas no endosables.

Véase que tanto el art. 1847 como el 1849 en lo referente a los efectos respecto de terceros, son de similar tenor a la última parte del primer párrafo del art. 215 de la ley societaria.

2. Interpretación

2.1. Títulos endosables

Se trata de documentos cartáceos que pueden circular mediante la vía cambiaria típica que es el endoso.

Entre endosante y endosatario la transferencia quedará perfeccionada a través de la entrega del título y la inserción del endoso. Sin embargo, en este caso la tradición manual del documento debe complementarse mediante la inscripción de la transferencia en un registro, para que el nuevo titular pueda gozar de los derechos que le confiere el título tanto respecto de terceros como del emisor.

El registro debe ser llevado por el originante del título, aunque nada impide que se encargue a un tercero sin perjuicio de la responsabilidad del emisor.

El endosatario tendrá opción por hacer circular el instrumento mediante nuevo endoso, o requerir la inscripción registral. A estos fines, se hallará legitimado quien posea el documento dado el carácter de necesariedad propio de los títulos cartulares, y se halle al final de una cadena regular de endosos, tal lo indicado en el comentario al art. 1842 CCyC.

La negativa a la inscripción en el registro o su falta por motivos no imputables al requirente, hará responsable al emisor del título y el legitimado podrá accionar judicialmente a fin de que el juez ordene la inscripción además de los daños y perjuicios que correspondan. Ello, más allá de la responsabilidad personal interna de quienes no asentaron la registración frente al originante.

Finalmente, en lo atinente a la aplicabilidad de las normas relativas a los títulos valores a la orden a que refiere el último párrafo del art. 1847 CCyC, habrá que analizar la naturaleza de cada título en particular a fin de determinar su compatibilidad con el documento de que se trate. Nótese que las acciones de sociedades anónimas no se transforman en títulos a la orden por el hecho del endoso, ya que podrán circular válidamente pero su eficacia respecto de la sociedad y de terceros, se hallará condicionada a la registración.

2.2. Títulos no endosables

En estos documentos no es admitida la transmisión mediante endoso, por lo que habrá de recurrirse a la cesión de créditos con las consecuencias ya vistas. Mencionamos a las

acciones de sociedades anónimas como ejemplo, que deben emitirse como nominativas no endosables.

Las acciones participan de los caracteres ya referidos de necesariedad, literalidad y autonomía, de modo que quien posea el documento y lo haya adquirido de acuerdo a su ley de circulación, se halla legitimado para ejercer los derechos que emanan de él. A veces llevan cupones al portador a los fines de facilitar el cobro de dividendos, especialmente en las cotizantes en bolsa.

Posee a su vez las funciones probatoria, dispositiva y legitimante, tratándose de un título causal y no abstracto, ya que no se desvincula de la relación subyacente que es el contrato de sociedad. A su vez, se ha sostenido que no es completo, dado que es necesario remitirse a constancias externas —estatutos, decisiones de la asamblea, etc.— como complemento de los derechos y obligaciones que se desprenden del instrumento.[282]

La transmisión de las acciones opera con la entrega material del documento, la anotación de la transferencia en el registro de acciones y la inscripción en el propio título.

No obstante que, a diferencia de lo que sucede respecto de los títulos endosables, nada señala el art. 1849 CCyC en torno a la posibilidad de recurrir a los estrados judiciales en caso de negativa injustificada a la inscripción registral de la transferencia, entendemos que de todos modos no se verifican obstáculos para requerir al juez competente que ordene la registración, considerando que los efectos propios de la transmisión respecto del emisor y terceros operan con la inscripción.

SECCIÓN 3ª
Títulos valores no cartulares

ARTÍCULO 1850.- ***Régimen.*** *Cuando por disposición legal o cuando en el instrumento de creación se inserta una declaración expresa de voluntad de obligarse de manera incondicional e irrevocable, aunque la prestación no se incorpore a un documento, puede establecerse la circulación autónoma del derecho, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1820.*

La transmisión o constitución de derechos reales sobre el título valor, los gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de éste, una caja de valores, una entidad financiera autorizada o un escribano de registro, momento a partir del cual la afectación produce efectos frente a terceros.

A los efectos de determinar el alcance de los derechos emergentes del título valor así creado debe estarse al instrumento de creación, que debe tener fecha cierta. Si el título valor es admitido a la oferta pública es suficiente su inscripción ante la autoridad de contralor y en las bolsas o mercados en los que se negocia.

Se aplica respecto del tercero que adquiera el título valor lo dispuesto por los artículos 1816 y 1819.

(282) Zaldívar, Enrique *et al, Cuadernos de Derecho Societario*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 1978, vol. III, pp. 201 y 204.

1. Introducción

Las necesidades del tráfico mercantil tuvieron que ir adaptándose a los avances de la tecnología y de las comunicaciones, de manera que en áreas como las atinentes a las transacciones bursátiles y operaciones bancarias, los medios tecnológicos cumplen en la actualidad un rol preponderante permitiendo una vertiginosa celeridad en la circulación del dinero, aún entre plazas de enorme distancia en términos geográficos.

Una visita al recinto de la Bolsa de Buenos Aires permitirá observar que ya no existe la escena típica del operador hiperactivo permanentemente adosado al teléfono, comprando y vendiendo acciones durante todo el horario bursátil. Hoy las transacciones se realizan desde la oficina del agente de bolsa vía Internet.

Las empresas venden y ponen en circulación los títulos que emiten, que son adquiridos por personas ubicadas del otro lado del planeta, y ello ha llevado al fenómeno conocido como la "desmaterialización" de los títulos de crédito dada la necesidad de adaptación a los cambios antedichos, que va cobrando cada vez más relevancia.

Estos títulos ya no requieren del sustrato material como medio para ejercer los derechos que le son propios —es cuestionable que se sigan denominando "títulos", palabra de la que se infiere la existencia de un instrumento material—, ni impide que se continúen las ventajas derivadas de la autonomía en la circulación, marcando tendencia hacia la coexistencia en un primer momento para dar paso luego al reemplazo absoluto de los títulos cartulares. Desaparece la noción de posesión física del documento; el portador legitimado se hará a lo sumo un comprobante de apertura de la cuenta otorgado por el emisor o un certificado en términos del art. 1850 CCyC.

Los antecedentes más relevantes en materia de títulos desmaterializados, los encontramos en las acciones escriturales de sociedades anónimas (art. 208 de la ley 19.550) y en las obligaciones negociables no representadas en títulos (art. 31 de la ley 23.576).

En esta sección se prevén disposiciones comunes a todos los supuestos de desmaterialización de títulos.

2. Interpretación

2.1. Declaración de voluntad y circulación autónoma

Se verifica en el caso la existencia de una declaración unilateral de voluntad de la que resulta una prestación, que no se halla incorporada a un documento y que como es común a todos los títulos valores, es incondicional e irrevocable. Lo verdaderamente relevante para el funcionamiento del sistema, es que se mantiene la transmisión autónoma del derecho con todas las ventajas que posee para la rapidez y seguridad en la circulación a que hiciéramos referencia en el comentario al art. 1816 CCyC.

Esa declaración unilateral no se incorpora a un título papel, sino que queda plasmada en el instrumento de origen de la emisión o en una disposición legal que contemple específicamente la creación del título. El adquirente recibirá comprobantes de la registración conforme determina el art. 1851 CCyC.

Cerrando el primer párrafo, la norma remite al art. 1820 CCyC, que permite la libertad de creación de títulos en las condiciones que elija, expresadas con claridad de modo que no admitan confusión en cuanto al límite de las obligaciones y derechos del título.

Y luego indica que el instrumento de creación debe poseer fecha cierta en los términos del art. 317 CCyC, y que debe determinar los alcances de los derechos que emanan del título.

2.2. El Registro

El originante debe llevar un registro especial en el que se anoten las circunstancias atinentes a la circulación del título, constitución de derechos reales, gravámenes y medidas precautorias o cualquier otra afectación de sus derechos. El artículo refiere a "secuestro", a cuyo respecto no advertimos medio de materialización.

El registro puede ser encargado a una caja de valores, a una entidad financiera autorizada o a un escribano, pero en cualquier caso es responsable el emisor por anomalías, fallas, ausencias, registros erróneos, etc., ya que la norma alude a la posibilidad de que los indicados intervengan exclusivamente en nombre de este.

El titular del derecho es quien aparece en el registro, y el derecho registrado circula por medio de una modificación en el asiento del registro respectivo, que a su vez señala el contenido, extensión y afectación de ese derecho.

El momento en que se anota el gravamen en el registro marca el comienzo de la operatividad de la afectación con relación a terceros. Respecto de ellos, se aplica el art. 1816 que refiere a la autonomía en la circulación y la imposibilidad de oponer defensas basadas en anteriores relaciones al adquirente de buena fe, y el art. 1819 relativo a la adquisición onerosa del título sin culpa grave que determina la inexigibilidad de desprenderse de él.

2.3. Oferta pública de títulos

La Ley 26.831 de Mercado de Capitales sancionada el 29/11/2012 define a la oferta pública como "*Invitación que se hace a personas en general o a sectores o a grupos determinados para realizar cualquier acto jurídico con valores negociables, efectuada por los emisores o por organizaciones unipersonales o sociedades dedicadas en forma exclusiva o parcial al comercio de aquellos, por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, transmisiones radiotelefónicas, telefónicas o de televisión, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, medios electrónicos, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión*" (art. 2º).

La norma es importante porque determina en qué casos nos encontramos frente a una oferta pública de títulos valores.

El carácter público de la oferta está dado porque se dirige hacia el público en general, sectores o grupos concretos, y por el sujeto ofertante: emisores, organizaciones unipersonales o sociedades dedicados al comercio de títulos.

El art. 3º de dicha ley admite la creación de valores negociables por cualquier persona jurídica para su negociación en los mercados. Los títulos pueden ser de cualquier especie, sin que rija para el caso la limitación del art. 1820 de este Código, pero deben ser aprobados por la Comisión de Valores de manera que no se permita la creación de títulos caprichosos que atenten contra la seguridad del inversionista (art. 19 de la ley 26.831).

La Comisión Nacional de Valores, además de autorizar la oferta pública de valores, supervisa el sistema en forma integral. Para ello posee amplios poderes para regular e investigar, y para imponer sanciones disciplinarias. Está compuesta por un directorio de cinco personas de reconocida idoneidad y trayectoria profesional.

Las bolsas son entidades privadas que a partir de la sanción de la ley 26.831 dejaron de ser autorreguladas para someterse a la regulación de la Comisión, que por ende regula lo atinente a la inscripción de títulos valores, autorización y cancelación de la cotización, establecimiento de parámetros para asegurar la veracidad de estados contables y otros.

Las organizaciones de agentes y sociedades de bolsa deben inscribirse y contar con autorización para funcionar por parte de la Comisión, y funcionan en el ámbito de las bolsas.

En todos los casos, es fundamental para conocer acerca de la extensión de los derechos del adquirente, circulación, prestación, cobro y demás circunstancias, el instrumento de creación o prospecto de emisión que realice el originante. En los títulos no cartulares, la literalidad queda enmarcada dentro de tal instrumento.

La cuestión resulta sumamente relevante desde que muchas veces, la financiación de proyectos transcurre por medio de la emisión de títulos de deuda para colocación en el mercado local o internacional, lo que contiene varias ventajas tales como tasas de interés más bajas o fijas, amortización más extensa, mayores tolerancias en caso de dificultades, etc.

ARTÍCULO 1851.- ***Comprobantes de saldos.*** *La entidad que lleve el registro debe expedir comprobantes de saldos de cuentas, a efectos de:*

a. *legitimar al titular para reclamar judicialmente, incluso mediante acción ejecutiva si corresponde, o ante jurisdicción arbitral en su caso, presentar solicitudes de verificación de crédito o participar en procesos universales para lo que es suficiente título dicho comprobante, sin necesidad de autenticación u otro requisito. Su expedición importa el bloqueo de la cuenta respectiva, sólo para inscribir actos de disposición por su titular, por un plazo de treinta días, excepto que el titular devuelva el comprobante o dentro de dicho plazo se reciba una orden de prórroga del bloqueo del juez o tribunal arbitral ante el cual el comprobante se hizo valer. Los comprobantes deben mencionar estas circunstancias;*

b. *asistir a asambleas u otros actos vinculados al régimen de los títulos valores. La expedición de comprobantes del saldo de cuenta para la asistencia a asambleas o el ejercicio de derechos de voto importa el bloqueo de la cuenta respectiva hasta el día siguiente al fijado para la celebración de la asamblea correspondiente. Si la asamblea pasa a cuarto intermedio o se reúne en otra oportunidad, se requiere la expedición de nuevos comprobantes pero éstos sólo pueden expedirse a nombre de las mismas personas que fueron legitimadas mediante la expedición de los comprobantes originales;*

c. *los fines que estime necesario el titular a su pedido.*

En los casos de los incisos a) y b) no puede extenderse un comprobante mientras está vigente otro expedido para la misma finalidad.

Se pueden expedir comprobantes de los títulos valores representados en certificados globales a favor de las personas que tengan una participación en los mismos, a los efectos y con el alcance indicados en el inciso a). El bloqueo de la cuenta sólo afecta a los títulos valores a los que refiere el comprobante. Los comprobantes son emitidos por la entidad del país o del exterior que administre el sistema de depósito colectivo en el cual se encuentran inscriptos los certificados globales. Cuando entidades administradoras de sistemas de depósito colectivo tienen participaciones en certificados

globales inscriptos en sistemas de depósito colectivo administrados por otra entidad, los comprobantes pueden ser emitidos directamente por las primeras.

En todos los casos, los gastos son a cargo del solicitante.

1. Introducción

La disposición introduce cuestiones que se relacionan con el instrumento al que tendrá acceso el legitimado como comprobante de su derecho, y la finalidad de su expedición, que quedará a cargo de quien lleve el registro de acuerdo al artículo precedente. Su texto es similar al de los arts. 129 y 131 de la Ley 26.831 de Mercado de Capitales.

2. Interpretación

2.1. Reclamos judiciales

El comprobante del saldo de la cuenta emitido por el encargado del registro, habilitará al portador a promover las acciones necesarias para obtener la prestación pertinente, por ante los estrados judiciales que correspondan o aún ante jurisdicción arbitral. Quedan comprendidas las acciones ejecutivas siempre que el título posea aptitud como título ejecutivo, derivada de una norma legal que lo regle o de las condiciones de la emisión. También se incluye el pedido de verificación del crédito en el concurso o quiebra del originante o de otros obligados que surjan del registro, y la actuación en sucesión en su caso, dada la referencia a "procesos universales" que contiene el artículo. Entendemos que la enunciación no es taxativa y que puede abarcar todo tipo de actuaciones a los fines del cobro del título.

A estos fines, bastará el comprobante emanado del registrador, sin necesidad de actividad de autenticación complementaria alguna.

La emisión de este instrumento ocasiona el bloqueo registral de la cuenta por un plazo de treinta días, lapso durante el cual no se podrá disponer del derecho, salvo que el titular del comprobante lo restituya antes del vencimiento, o que se disponga la prórroga del plazo por disposición judicial o del tribunal arbitral ante el cual se presentó. Tratándose en este caso de una prórroga del plazo originario, debe hacerse antes del vencimiento; de lo contrario, nada impedirá negociar el derecho una vez caído el bloqueo, ya que el posterior recobro de vigencia carecerá de efecto retroactivo y debe tomarse como un nuevo bloqueo, y tenerse en cuenta la existencia eventual de otros bloqueos registrados.

El comprobante que se emita debe mencionar el bloqueo de la cuenta y el plazo, y no podrá extenderse otro a pedido de la misma persona en tanto se halle vigente al primigenio.

2.2. Asistencia a asambleas

El comprobante permitirá a su portador asistir a las asambleas de tenedores de títulos o actos similares, en donde podrá ejercer todos los derechos correspondientes que emanen de las condiciones de emisión o de legislación especial.

Como en el supuesto anterior, emitido el comprobante se produce el inmediato bloqueo de la cuenta hasta el día posterior al fijado para la realización del acto, asegurándose de tal modo que el tenedor del instrumento es el titular del derecho.

Si la asamblea pasa a cuarto intermedio o se difiere su realización, serán necesarios nuevos comprobantes y solo podrán asistir quienes obtuvieron credenciales de asistencia al acto originario, como acontece en materia societaria.

Al igual que en el supuesto contemplado en el acápite precedente, no podrá emitirse nuevo comprobante si el anterior se encontraba vigente.

2.3. Otros fines

El titular podrá pedir fundadamente que se le expida un comprobante para fines que estime necesarios. Es claro que en este caso no se producirá el bloqueo de la cuenta, ya que no hay motivo para así proceder.

2.4. Certificados globales

Los títulos emitidos en masa, podrán representarse en certificados globales como sucede actualmente para el caso de obligaciones negociables (art. 30, ley 23.576). El titular podrá solicitar un comprobante que emite quien administra el sistema de depósito colectivo, pero se limita su expedición a los fines previstos en el punto 2.1 precedente, es decir para accionar judicialmente o ante el tribunal arbitral. No se admite para la asistencia a asambleas, dado que en estos casos suele contratarse una entidad financiera o intermediaria en la oferta pública, cuya función es representar a los obligacionistas y tomar a su cargo los intereses que a ellos correspondan en forma colectiva.

En este supuesto, el bloqueo de la cuenta afectará únicamente a los títulos que se referencien en el comprobante.

Quien solicite la expedición de comprobantes corre con los gastos que demande, en cualquiera de los casos previstos.

SECCIÓN 4ª

Deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros

Parágrafo 1°

Normas comunes para títulos valores

ARTÍCULO 1852.- ***Ámbito de aplicación. Jurisdicción.*** *Las disposiciones de esta Sección se aplican en caso de sustracción, pérdida o destrucción de títulos valores incorporados a documentos representativos, en tanto no existan normas especiales para tipos determinados de ellos. El procedimiento se lleva a cabo en jurisdicción del domicilio del creador, en los títulos valores en serie; o en la del lugar de pago, en los títulos valores individuales. Los gastos son a cargo del solicitante.*

La cancelación del título valor no perjudica los derechos de quien no formula oposición respecto de quien obtiene la cancelación.

En los supuestos en que la sentencia que ordena la cancelación queda firme, el juez puede exigir que el solicitante preste caución en resguardo de los derechos del adquirente del título valor cancelado, por un plazo no superior a dos años.

1. Introducción

En esta sección se normativiza en general lo atinente a las circunstancias que se derivan de la inutilización o desaparición del título, o de los registros en los que consten si es que no son materiales.

Se reemplaza así el antiguo y anacrónico sistema de los arts. 746 a 770 CCom. que dejó de tener vigencia el 01/08/2015.

Y como todo el régimen de títulos valores del Código, se aplica en subsidio de disposiciones expresas. Ello significa, por ejemplo, que se mantienen las disposiciones que contiene el decreto-ley 5965/1963 acerca de la cancelación de la letra de cambio y el pagaré, que citamos a título ejemplificativo por tratarse delos casos de mayor aplicación.

Las situaciones contempladas, que implican el quiebre de la relación funcional entre documento y portador, justifican un tratamiento especial de la cuestión ante la crisis de la desposesión.

A su vez, contiene normas relativas al procedimiento judicial que debe llevarse a cabo a los fines de obtener el pleno ejercicio de los derechos emergentes del malogrado documento.

2. Interpretación

2.1. Procedimiento

Veamos las principales pautas a que debe sujetarse. Respecto de la jurisdicción, en el caso de títulos valores emitidos en serie, el procedimiento jurisdiccional que corresponda deberá ser promovido por ante el juzgado con competencia territorial del domicilio del emisor del título, modificándose en este aspecto el criterio atributivo de competencia que contiene la normativa cambiaria. Tal proceso se basará en todo caso en la supresión de los registros pertinentes de alguno de los modos a que hace referencia el titulado de esta sección. Cuando se trata de documentos individuales, deberá entender el juez que corresponda al lugar de pago del instrumento. En el caso de cancelación de letra de cambio, el art. 89 del decreto-ley 5965/1963 otorga opción para solicitarla ante los tribunales del lugar de pago o del domicilio del cancelante. En cualquier caso, debe identificarse con precisión y con el mayor detalle posible el título cuya cancelación se pretende, con denuncia de todos sus requisitos formales, prestación, libradores y otros firmantes, vencimiento, garantías, endosos y otros.

2.2. Gastos y cargas

El artículo dispone que los gastos que demande el trámite, quedarán a cargo de quien lo pida. Ello es consecuencia de que el debido cuidado del título o de los registros pertinentes queda en la órbita del portador o del emisor, según el caso.

Tales gastos, que comprenden costos y costas judiciales y a los que se añade la caución a que refiere el último párrafo, suelen ser onerosos (ver art. 1857 CCyC), de manera tal que muchas veces el titular pierde interés en el recupero en función de la escasa magnitud de la prestación, en el caso de títulos individuales. Por el contrario, no es opción para el caso de valores que consten en registros.

El peticionante de la cancelación corre con la carga de acreditar los extremos de hecho que sustentan el pedido así como, en su caso, del estado del título, por aplicación de los principios comunes sobre la carga probatoria. Deberá justificar también su legitimación sustancial.

2.3. Derechos de terceros

El procedimiento se halla destinado a compatibilizar los derechos de quien se ha quedado sin el título con los de los terceros adquirentes, por lo que estos podrán formular oposición a la petición de cancelación de conformidad con los términos del art. 1857 CCyC.

Mas no por no haber levantado oportuna oposición perderán sus derechos, y por ello es que si el juez admite la cancelación, podrá exigirle al cancelante la prestación de una

caución suficiente en protección de quien hubiera adquirido el título, por un plazo de dos años.

El artículo no contiene indicación acerca del tipo de caución, por lo que quedará a criterio del magistrado que entienda en el proceso, con facultades suficientes para merituar la cuestión en función de los antecedentes concretos del planteo. Podrá tratarse entonces de garantías personales o reales. Cuando se exige una suma de dinero, debe mantenerse indisponible durante el lapso fijado de dos años, lo que suele conllevar cierto desmedro patrimonial en perjuicio del cancelante quien, ante una economía inestable, al momento de la restitución nunca recupera el pleno valor de lo caucionado.

ARTÍCULO 1853.- ***Sustitución por deterioro.*** *El portador de un título valor deteriorado, pero identificable con certeza, tiene derecho a obtener del emisor un duplicado si restituye el original y reembolsa los gastos. Los firmantes del título valor original están obligados a reproducir su firma en el duplicado.*

ARTÍCULO 1854.- ***Obligaciones de terceros.*** *Si los títulos valores instrumentaban obligaciones de otras personas, además de las del emisor, deben reproducirlas en los nuevos títulos. Igualmente debe efectuarse una atestación notarial de correlación.*

Cuando los terceros se oponen a reproducir instrumentalmente sus obligaciones, debe resolver el juez por el procedimiento contradictorio más breve que prevea la ley local, sin perjuicio del otorgamiento de los títulos valores provisorios o definitivos, cuando corresponda.

1. Introducción

En este supuesto en particular de deterioro del cartular, el documento existe y se halla en poder del portador legitimado, pero sus derechos emergentes no pueden ejercerse con plenitud por el mal estado del elemento material.

2. Interpretación

En principio, no será necesario recurrir ante los estrados judiciales para obtener un nuevo documento. El emisor deberá emitir al portador legitimado un nuevo título, a condición de que este le haga entrega del perjudicado y cancele las erogaciones derivadas de la nueva emisión, que deberán hallarse debidamente acreditadas.

El límite de su derecho a exigir una nueva letra se asienta en cuestión subjetiva: que el título y sus constancias resulten pasibles de ser identificadas con certeza. Entonces el emisor deberá prestar atenta compulsa del documento y, frente a la existencia de duda razonable, negarse al nuevo libramiento pretendido. La falta de certeza podrá provenir no solo de la lectura escasamente legible, sino de la eventual existencia de alteraciones en el título.

Ello seguramente judicializará la cuestión, por lo que será el órgano jurisdiccional pertinente quien decidirá en definitiva si ordena nuevo libramiento del título o la cancelación. En el primer caso, no será necesario el procedimiento tendiente a asegurar derechos de terceros, es decir, ni la publicación ni la exigencia de caución. Pero el régimen de costas y gastos del proceso se sujetará a lo dispuesto por los códigos procesales, en base a la

existencia o no de justificada negativa decidida por el juez. En el mismo proceso, por principios procesales de economía de trámite, podrá disponerse la cancelación a que refiere el art. 1852 CCyC a pedido del portador.

No advertimos obstáculo para que con la sentencia firme condenatoria a obligación de hacer entrega de nuevo documento, debidamente identificado, el portador proceda a la ejecución de la prestación en caso de incumplimiento del fallo.

Fuera del supuesto de imposibilidad de identificar el título con certeza, el emisor no podrá negarse al libramiento y deberá colocar nueva firma en el duplicado.

Tampoco podrán eventuales endosantes y avalistas negarse a suscribirlo, dado que la norma del art. 1854 CCyC se lo impone, de modo que debe reconstruirse lo atinente a la circulación y garantías. Claro que ello generará algunos problemas de no sencilla solución, ya que el portador tuvo que restituir el instrumento dañado al emisor. Y por ello este artículo dispone la intervención de un escribano a los fines de que deje constancia de la correlación entre el original dañado restituido y el duplicado que se entrega al portador.

En el caso de que alguno de los intervinientes que no sea el librador se niegue a colocar su firma, podrá el portador con el nuevo título dirigirse al juez a estos fines, que sustanciará la cuestión mediante procedimiento sumarísimo. Si el documento se transmitió mediante cesión, deberá adjuntar el contrato respectivo.

Parágrafo 2°

Normas aplicables a títulos valores en serie

ARTÍCULO 1855.- ***Denuncia.*** *En los casos previstos en el artículo 1852 el titular o portador legítimo debe denunciar el hecho al emisor mediante escritura pública o, tratándose de títulos ofertados públicamente, por nota con firma certificada por notario o presentada personalmente ante la autoridad pública de control, una entidad en que se negocien los títulos valores o el Banco Central de la República Argentina, si es el emisor. Debe acompañar una suma suficiente, a criterio del emisor, para satisfacer los gastos de publicación y correspondencia.*

La denuncia debe contener:

a. *la individualización de los títulos valores, indicando, en su caso, denominación, valor nominal, serie y numeración;*
b. *la manera como adquirió la titularidad, posesión o tenencia de los títulos y la época y, de ser posible, la fecha de los actos respectivos;*
c. *fecha, forma y lugar de percepción del último dividendo, interés, cuota de amortización o del ejercicio de los derechos emergentes del título;*
d. *enunciación de las circunstancias que causaron la pérdida, sustracción o destrucción. Si la destrucción fuera parcial, debe exhibir los restos de los títulos valores en su poder;*
e. *constitución de domicilio especial en la jurisdicción donde tuviera la sede el emisor o, en su caso, en el lugar de pago.*

ARTÍCULO 1856.- ***Suspensión de efectos.*** *El emisor debe suspender de inmediato los efectos de los títulos con respecto a terceros, bajo responsabilidad*

del peticionante, y entregar al denunciante constancia de su presentación y de la suspensión dispuesta.

Igual suspensión debe disponer, en caso de títulos valores ofertados públicamente, la entidad ante quien se presente la denuncia.

1. Introducción

La afectación de títulos seriados fue tratada de distinta forma por el legislador. En este caso, no se recurre al trámite judicial sino que se determina un procedimiento especial a cargo del emisor.

2. Interpretación

El portador del documento perjudicado debe dirigirse al emisor, a quien presentará una denuncia hecha ante escribano público o, de tratarse de títulos adquiridos en oferta pública, mediante nota con firma certificada por notario o presentada directamente por el interesado ante la autoridad de contralor de la oferta. También podrá hacerlo ante la entidad que negocie los títulos o ante el Banco Central si es este el emisor.

Como todos los gastos corren a cargo del denunciante, con la denuncia deberá adjuntar una suma de dinero cuya suficiencia queda a criterio del originante, encargado de llevar adelante el procedimiento cancelatorio.

El artículo regla el contenido que deberá tener el escrito de denuncia, en donde deberá hacerse referencia detallada a individualización de los documentos, forma de adquisición y fecha, circunstancias relativas a la percepción del último dividendo y a la pérdida, sustracción o destrucción, adjuntando en este caso lo que quedare del título si es destrucción parcial, y constitución de un domicilio especial en la jurisdicción del emisor o del lugar de pago.

Una vez efectuada la denuncia, el emisor deberá suspender de manera inmediata los efectos con respecto a terceros, previa comprobación de que se han cumplido debidamente las formalidades indicadas por la norma. Aunque la suspensión debe ser liminar, lo cierto es que si la denuncia fuera claramente improcedente o insuficiente, podrá previamente requerir las complementaciones que razonablemente resulten necesarias, considerando la certeza y seguridad que debe otorgarse a la cuestión, en protección de los intereses de terceros adquirentes (ver art. 1860 CCyC).

En la práctica, el título queda bloqueado y el tercero que se hubiera hecho del documento no podrá ejercer los derechos emergentes ni transferirlo, afectando la suspensión de efectos tanto a los derechos patrimoniales como a los circulatorios.

Por ello la responsabilidad por los perjuicios que se causen, se traslada al denunciante. El emisor —o la entidad a quien se presente la denuncia en caso de títulos en oferta pública— limita su intervención a la recepción de la nota y comprobación de los requisitos exigidos por el art. 1855 CCyC. Observado ello con debida diligencia, ninguna responsabilidad podrá endilgársele derivada de la suspensión de efectos, sin perjuicio de las obligaciones que le impone obrar en términos del art. 1860 CCyC.

El originante debe entregar al denunciante un comprobante de la presentación y de que ha ordenado la suspensión de los efectos, para lo cual probablemente no exista contemporaneidad entre la presentación de la denuncia y la entrega de la constancia,

en tanto que como indicamos, el emisor debe controlar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos y podrá solicitar complementaciones previas, aunque sí debe actuar con celeridad.

ARTÍCULO 1857.- ***Publicación.*** *El emisor debe publicar en el Boletín Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en la República, por un día, un aviso que debe contener el nombre, documento de identidad y domicilio especial del denunciante, así como los datos necesarios para la identificación de los títulos valores comprendidos, e incluir la especie, numeración, valor nominal y cupón corriente de los títulos, en su caso y la citación a quienes se crean con derecho a ellos para que deduzcan oposición, dentro de los sesenta días. Las publicaciones deben ser diligenciadas por el emisor dentro del día hábil siguiente a la presentación de la denuncia.*

ARTÍCULO 1858.- ***Títulos con cotización pública.*** *Cuando los títulos valores cotizan públicamente, además de las publicaciones mencionadas en el artículo 1857, el emisor o la entidad que recibe la denuncia, está obligado a comunicarla a la entidad en la que coticen más cercana a su domicilio y, en su caso, al emisor en el mismo día de su recepción. La entidad debe hacer saber la denuncia, en igual plazo, al órgano de contralor de los mercados de valores, a las cajas de valores, y a las restantes entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación en que coticen los títulos valores.*

Las entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación en que se negocian los títulos valores, deben publicar un aviso en su órgano informativo o hacerlo saber por otros medios adecuados, dentro del mismo día de recibida la denuncia o la comunicación pertinente.

Las entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación deben llevar un registro para consulta de los interesados, con la nómina de los títulos valores que hayan sido objeto de denuncia.

1. Introducción

Recibida la denuncia en debida forma, el procedimiento continúa con una publicación que debe ser hecha por el emisor de un aviso en el Boletín Oficial y en un diario de amplia circulación.

La publicación tiene por finalidad asegurar la difusión de los hechos en el ámbito bursátil y extrabursátil y poner en conocimiento de terceros la situación denunciada por el portador denunciante para que el tercero que considere que posee derechos sobre los títulos, formule una oposición a la cancelación.

2. Interpretación

Señalamos que se regla un procedimiento especial destinado a preservar los derechos del portador que ha sufrido algún percance, debido a situaciones fácticas que han ocasionado el desprendimiento o destrucción del título. Pero, a su vez, el trámite debe contemplar los derechos de terceros que aleguen la adquisición legítima del documento.

Para ello, hecha la denuncia en forma, se efectúa una publicación llamando a terceros interesados a efectuar una oposición a la cancelación y emisión de nuevos títulos en favor del denunciante. Para formular esta oposición, el tercero posee un plazo de sesenta días que debe computarse a partir del día siguiente a la publicación del aviso.

El originante queda a cargo de materializar el procedimiento, para lo cual ha recibido fondos del afectado. El aviso debe contener los requisitos mencionados por el art. 1857 CCyC: identificación del denunciante y domicilio especial, e identificación de los títulos con la mayor precisión posible incluyendo especie, numeración, valor nominal y —en su caso— cupón correspondiente.

El tiempo de publicación es de un día, lo que reduce notablemente los costos en relación a lo previsto para el caso de desaparición o destrucción de letras de cambio o pagarés, caso en el cual la publicación debe efectuarse por quince días, conforme lo previsto por el art. 89 del decreto-ley 5965/1963, fuente principal de críticas a dicho trámite por lo oneroso, extensión que no se justifica por más que se trate de títulos individuales.

El aviso debe publicarse dentro del día hábil siguiente a la presentación de la denuncia, siempre que el emisor o entidad respectiva la considere formalmente procedente. Será responsable por los perjuicios que ocasione la demora injustificada.

La publicidad debe realizarse en la jurisdicción correspondiente al domicilio en donde se encuentre radicado, y posee efectos universales sin admitir prueba en contrario acerca de su conocimiento, modo de dotar de certeza jurídica suficiente al emisor.

El cancelante posee facultades para llevar a cabo todos los actos tendientes a la conservación de su invocado derecho.

Al tratarse de títulos que cotizan públicamente, al aviso se le adiciona la obligación por parte del emisor o entidad que corresponda, de anoticiar al organismo en que coticen más próximo a su domicilio. Si no es el emisor quien recepciona la denuncia, debe notificársele. La notificación debe realizarse contemporáneamente con la denuncia, en el mismo día.

La entidad que recibe la denuncia debe comunicarla también en el mismo día, al órgano de contralor de los mercados de valores, a las cajas de valores y a todas las entidades autorizadas a tomar cotización de títulos valores.

Por último, se impone a las entidades autorizadas o a la autoridad de aplicación en donde se negocien los títulos valores denunciados, a publicar un aviso en sus boletines informativos internos o a darlo a conocer por otros medios apropiados, para lo cual contarán con cinco días desde que fuera recibida la denuncia o la comunicación de la entidad pertinente. Además, estas entidades se hallan constreñidas a llevar un registro especial público con la nómina de los títulos que hayan sido denunciados.

Cabe destacar que las normas sancionadas que se comentan, eliminan las referencias que poseía el anteproyecto en torno a las entidades autorreguladas, en concordancia con la desaparición del principio de autorregulación de los mercados propio de la ley 17.811 que fue derogada en virtud de la sanción de la Ley 26.831 de Mercado de Capitales.

ARTÍCULO 1859.- ***Partes interesadas.*** *El denunciante debe indicar, en su caso, el nombre y domicilio de la persona por quien posee o por quien tiene en su poder el título valor, así como en su caso el de los usufructuarios y el de los acreedores prendarios de aquél. El emisor debe citar por medio fehaciente a las personas indicadas por el denunciante o las*

que figuran con tales calidades en el respectivo registro, en los domicilios denunciados o registrados, a los fines del artículo 1857. La ausencia de denuncia o citación no invalida el procedimiento, sin perjuicio de las responsabilidades consiguientes.

ARTÍCULO 1860.- ***Observaciones.*** *El emisor debe expresar al denunciante dentro de los diez días las observaciones que tiene sobre el contenido de la denuncia o su verosimilitud.*

1. Introducción

Además de eventuales adquirentes del documento extraviado, sustraído o destruido, existen otros interesados que el art. 1859 CCyC denomina como "partes" a quien debe otorgárseles participación.

2. Interpretación

Quien formule la denuncia, debe indicar de quién adquirió el título —salvo que sea el emisor— y el de sus usufructuarios o acreedores prendarios, con expresión de sus nombres y domicilios. El emisor o entidad que reciba la denuncia, procederá a citar a esas personas o a las que surjan de sus registros con esas calidades, por medio fehaciente, para que ejerzan eventualmente oposición.

Persigue la norma que todos los relacionados por la emisión y circulación del documento, sean efectivamente notificados de la pretensión cancelatoria para que ejerzan los derechos que estimen pertinentes; más al señalar en el último párrafo del art. 1859 CCyCque la omisión de comunicación no perjudica al procedimiento, refuerza el efecto omnicomprensivo y vinculante absoluto de la publicación del aviso del art. 1857 CCyC, dejando a salvo las responsabilidades que correspondan tanto del denunciante como del emisor.

Señalamos en párrafos precedentes que el emisor debe efectuar un debido control de la nota de denuncia con el cumplimiento de todos los requisitos indispensables en los términos de los artículos 1855 y 1859 CCyC, y en su caso habrá de indicarle al denunciante todas las observaciones que poseyere sobre la denuncia y su verosimilitud. No obstante que como consecuencia de la presentación opera la inmediata suspensión de los efectos de los títulos involucrados, entendemos que como dijimos en el comentario al art. 1856 CCyC., una denuncia claramente infundada o inverosímil puede implicar una desestimación fundada del emisor o entidad respectiva, abriendo la posibilidad del interesado de recurrir a la justicia y solicitar allí las medidas cautelares que estime adecuadas.

Entendemos, además, que la formulación de observaciones por parte del emitente fuera de plazo no obstará a que deban ser contestadas si es que revisten seriedad suficiente, primando aquí la seguridad jurídica por sobre la cuestión meramente formal.

ARTÍCULO 1861.- ***Certificado provisorio.*** *Pasados sesenta días desde la última publicación indicada en el artículo 1857, el emisor debe extender un certificado provisorio no negociable, excepto que se presente alguna de las siguientes circunstancias:*

a. *que a su criterio no se hayan subsanado las observaciones indicadas;*
b. *que se hayan presentado uno o más contradictores dentro del plazo;*
c. *que exista orden judicial en contrario;*
d. *que se haya aplicado lo dispuesto en los artículos 1866 y 1867.*

ARTÍCULO 1862.- ***Denegación. Acciones.*** *Denegada la expedición del certificado provisorio, el emisor debe hacerlo saber por medio fehaciente al denunciante. Éste tiene expedita la acción ante el juez del domicilio del emisor para que le sea extendido el certificado o por reivindicación o, en el caso del inciso d) del artículo 1861, por los daños que correspondan.*

Remisiones: ver art. 1874 CCyC.

1. Introducción

Los dos artículos que comentamos conjuntamente regulan la continuación del procedimiento una vez vencidos los plazos de oposición de los interesados, y lo que acontece en caso de denegatoria del certificado provisorio.

Son aplicables únicamente para títulos valores emitidos en serie, ya que para los individuales la solución es la que contiene el art. 1874 CCyC al que remitimos.

2. Interpretación

Transcurrido el período fijado para la realización de oposiciones, el emisor tiene obligación de entregar un certificado provisorio de los títulos denunciados al cancelante, certificado que no es negociable.

Podrá denegar su expedición en los casos indicados en el art. 1861 CCyC, es decir, falta de subsanación de las observaciones que le formuló el emisor en términos del art. 1860 CCyC, existencia de oposiciones en tiempo propio, orden de juez o presentación de un tercero con el título en su poder o adquirente en bolsa o caja de valores conforme arts. 1866 y 1867 CCyC.

Denegado el certificado y comunicado ello al denunciante, quedará habilitada la vía judicial para que recurra ante el juez de la jurisdicción correspondiente al domicilio del emisor, principio genérico de atribución de competencia en caso de títulos en serie, a fin de que mediante proceso ordinario de conocimiento pleno, se disponga en su caso la emisión del certificado.

ARTÍCULO 1863.- ***Depósito o entrega de las prestaciones.*** *Las prestaciones dinerarias correspondientes al certificado provisorio deben ser depositadas por el emisor, a su vencimiento, en el banco oficial de su domicilio. El denunciante puede indicar, en cada oportunidad, la modalidad de inversión de su conveniencia, entre las ofrecidas por el banco oficial. En su defecto, el emisor la determina entre las corrientes en plaza, sin responsabilidad.*

A pedido del denunciante y previa constitución de garantía suficiente, a juicio del emisor, éste puede entregarle las acreencias dinerarias a su vencimiento, o posteriormente desafectándolas del depósito, con conformidad del peticionario. La garantía se mantiene, bajo responsabilidad del emisor, durante el plazo previsto en el artículo 1865, excepto orden judicial en contrario.

Si no existe acuerdo sobre la suficiencia de la garantía, resuelve el juez con competencia en el domicilio del emisor, por el procedimiento más breve previsto por la legislación local.

ARTÍCULO 1864.- ***Ejercicio de derechos de contenido no dinerario.*** *Si el título valor otorga derechos de contenido no dinerarios, sin perjuicio del cumplimiento de los demás procedimientos establecidos, el juez puede autorizar, bajo la caución que estime apropiada, el ejercicio de esos derechos y la recepción de las prestaciones pertinentes.*

Respecto de las prestaciones dinerarias, se aplican las normas comunes de esta Sección.

1. Introducción

Vemos ahora lo que acontece al vencimiento de los títulos que corresponden al certificado provisorio, según la naturaleza de las prestaciones que contenga.

2. Interpretación

2.1. Prestaciones dinerarias

Cuando venzan las prestaciones de contenido dinerario que corresponden al certificado provisorio y hasta que se haga entrega del título definitivo conforme art. 1865 CCyC, el originante de la emisión debe depositarlas en el banco oficial que corresponda a su domicilio. El cancelante indicará al emisor qué clase de inversión es la que prefiere, pero en caso de silencio, quedará a criterio del emisor a quien se exime de responsabilidad por los resultados derivados de una deficiente inversión, siempre que se trate de aquellas opciones comunes previstas en plaza.

Si el denunciante quisiera disponer de la prestación, deberá constituir una garantía en resguardo de los derechos de terceros y que se mantendrá por el plazo anual a que refiere el art. 1865 CCyC. La caución debe resultar suficiente a criterio del emitente, dado que se determina su responsabilidad expresa en su mantención.

Ante el desacuerdo sobre la suficiencia de la garantía, se defiere la determinación al juez del domicilio del emisor mediante proceso sumarísimo.

2.2. Prestaciones no dinerarias

En el supuesto de que la obligación contenga una prestación de contenido no dinerario, el cumplimiento queda sometido a la autoridad judicial pertinente, que determinará las modalidades de satisfacción considerando la naturaleza de la prestación, y la caución que deba otorgar el denunciante, luego de haberse cumplido el procedimiento respectivo. Si a su vez resulta continente de prestaciones dinerarias, se aplican las disposiciones ya vistas, pero sometido en forma conjunta al juez.

ARTÍCULO 1865.- ***Títulos valores definitivos.*** *Transcurrido un año desde la entrega del certificado provisorio, el emisor lo debe canjear por un nuevo título definitivo, a todos los efectos legales, previa cancelación del original, excepto que medie orden judicial en contrario. El derecho a solicitar conversión de los títulos valores cancelados se suspende mientras esté vigente el certificado provisorio.*

ARTÍCULO 1866.- ***Presentación del portador.*** *Si dentro del plazo establecido en el artículo 1865 se presenta un tercero con el título valor en su poder, adquirido conforme con su ley de circulación, el emisor debe hacerlo*

saber de inmediato en forma fehaciente al denunciante. Los efectos que prevé el artículo 1865, así como los del artículo 1863, segundo y tercer párrafos, quedan en suspenso desde la presentación hasta que el juez competente se pronuncie. El denunciante debe iniciar la acción judicial dentro de los dos meses de la notificación por el emisor; caso contrario, caduca su derecho respecto del título valor.

1. Introducción

Finaliza el procedimiento para el cancelante con la expedición de un título definitivo duplicado del que poseía en origen.

La aparición de un tercero con el documento en su poder durante el plazo del art. 1865 CCyC paraliza el proceso a las resultas de la sentencia de juez competente.

2. Interpretación

2.1. Culminación regular del procedimiento

Al finalizar el plazo anual computado desde que se hizo entrega del certificado provisorio a que hace referencia el art. 1861 CCyC, el denunciante lo canjea por el título definitivo, que posee todos los efectos que poseía el originariamente extraviado, sustraído o destruido.

Entonces el emitente deberá entregar nuevo título salvo que exista orden de juez en contrario. El título original se cancela en los registros pertinentes del emisor o entidad respectiva.

Así finaliza de manera regular el procedimiento iniciado con la denuncia, en donde se ha pretendido en todo momento evitar en lo posible la intervención de los tribunales.

2.2. Presentación de un tercero

Dentro del plazo del art. 1865 CCyC, es decir, luego de la entrega del certificado provisorio y antes del canje por el título definitivo, se presenta un tercero de buena fe con el título en su poder alegando derechos como portador legitimado de acuerdo a la ley de circulación del instrumento, el originante deberá anoticiar fehacientemente al cancelante en forma inmediata.

Esta circunstancia determina la paralización de los derechos del denunciante, quien no puede obtener el cumplimiento de la prestación ni el título definitivo, y que en tal caso deberá ocurrir ante el juez competente y promover demanda dentro del plazo de dos meses desde que es notificado por el emisor. Ello bajo apercibimiento de la pérdida de sus derechos sobre el título por caducidad.

ARTÍCULO 1867.- ***Adquirente en bolsa o caja de valores.*** *El tercer portador que haya adquirido el título valor sin culpa grave, que se oponga dentro del plazo del artículo 1865 y acredite que, con anterioridad a la primera publicación del artículo 1857 o a la publicación por el órgano informativo u otros medios adecuados en la entidad expresamente autorizada por la ley especial o la autoridad de aplicación en que coticen los títulos valores, lo que ocurra primero, adquirió el título valor en una entidad así autorizada, aun cuando le haya sido entregado con posterioridad a las publicaciones o comunicaciones, puede reclamar directamente del emisor:*

a. *el levantamiento de la suspensión de los efectos de los títulos valores;*

b. *la cancelación del certificado provisorio que se haya entregado al denunciante;*

c. *la entrega de las acreencias que hayan sido depositadas conforme al artículo 1863.*

La adquisición o tenencia en los supuestos indicados impide el ejercicio de la acción reivindicatoria por el denunciante, y deja a salvo la acción por daños contra quienes, por su dolo o culpa, han hecho posible o contribuido a la pérdida de su derecho.

ARTÍCULO 1868.- ***Desestimación de oposición.*** *Debe desestimarse sin más trámite toda oposición planteada contra una caja de valores respecto del título valor recibido de buena fe, cuyo depósito colectivo se haya perfeccionado antes de recibir dicha caja la comunicación de la denuncia que prevé el artículo 1855, y a más tardar o en defecto de esa comunicación, hasta la publicación del aviso que establece el artículo 1857. Ello, sin perjuicio de los derechos del oponente sobre la cuotaparte de títulos valores de igual especie, clase y emisor que corresponda al comitente responsable.*

También debe desestimarse sin más trámite toda oposición planteada contra un depositante autorizado, respecto del título valor recibido de buena fe para ingresarlo en depósito colectivo en una caja de valores antes de las publicaciones que prevén los artículos 1855, 1857 y 1858, sin perjuicio de los derechos del oponente mencionados en el párrafo anterior.

En caso de destrucción total o parcial de un título valor depositado, la caja de valores queda obligada a cumplir con las disposiciones de esta Sección.

1. Introducción

Debido a las características especiales que posee la oferta pública de títulos valores, se contemplan particularmente los casos de quien adquiere en el mercado un valor que luego aparece como denunciado por sustracción o pérdida, y de la oposición en el marco de un depósito colectivo.

Las normas protegen al tercero de buena fe y al depósito colectivo, y se orientan a la necesidad de otorgar certeza y seguridad en el tráfico mercantil respecto de operaciones llevadas a cabo en el mercado de capitales.

2. Interpretación

2.1. Derechos del adquirente de buena fe

El portador de buena fe del título denunciado y negociado en oferta pública puede ejercer los derechos que de él emanan, para lo cual debe haber formulado oposición en los términos del art. 1865 CCyC, es decir, dentro del plazo anual de la entrega del certificado provisorio (art. 1861 CCyC).

Además, debe acreditar que la adquisición se produjo en una autoridad autorizada y con anterioridad a la publicidad a que refiere el art. 1857 CCyC o a la indicada en el art. 1858, por más que el documento le haya sido entregado con posterioridad. La norma determina que en la adquisición, el portador no debe haber obrado con culpa grave o dolo.

En tales condiciones, el adquirente podrá solicitar al emisor que deje sin efecto la suspensión prevista en el art. 1856 CCyC y que proceda a cancelar el certificado provisorio que

hubiere otorgado al denunciante, así como la entrega directa de las prestaciones depositadas conforme art. 1863 CCyC. Si se trata de prestaciones no dinerarias, deberá ocurrir ante el juez en términos del art. 1864 CCyC.

El adquirente no puede ser sometido a reivindicación del título, pero el denunciante podrá ejercer demanda ordinaria por daños contra quienes fuere responsables de la pérdida de sus derechos.

2.2. Oposiciones

Las denuncias contra la caja de valores en torno a un título valor recibido de buena fe —es decir, sin culpa grave o dolo— deben rechazarse liminarmente siempre que el depósito colectivo haya sido perfeccionado con anterioridad a las comunicaciones y publicidades de la denuncia dispuestas en los arts. 1855, 1857 y 1858 CCyC. Quedan a salvo los derechos de quien hubiera formulado oposición respecto de la cuotaparte que corresponda al comitente responsable sobre títulos de igual especie, clase y emisor.

Rigen los mismos principios si se trata de un depositante autorizado con respecto al título valor recibido de buena fe para ingresarlo en depósito colectivo. El caso de destrucción total o parcial remite a las normas particulares de esta sección, es decir, al art. 1853 CCyC.

ARTÍCULO 1869.- ***Títulos valores nominativos no endosables.*** *Si se trata de título valor nominativo no endosable, dándose las condiciones previstas en el artículo 1861, el emisor debe extender directamente un nuevo título valor definitivo a nombre del titular registrado y dejar constancia de los gravámenes existentes. En el caso, no corresponde la aplicación de los artículos 1864 y 1865.*

ARTÍCULO 1870.- ***Cupones separables.*** *El procedimiento comprende los cupones separables vinculados con el título valor, en tanto no haya comenzado su período de utilización al efectuarse la primera publicación. Los cupones separables en período de utilización, deben someterse al procedimiento que corresponda según su ley de circulación.*

1. Introducción

Culmina este parágrafo con dos normas relativas a títulos nominativos y no endosables y aquellos que poseen cupones que se separan del documento a los efectos de facilitar su cobro.

2. Interpretación

Para el supuesto de títulos nominativos no transmisibles por endoso, debe llevarse a cabo el procedimiento de denuncia y publicaciones del art. 1857 CCyC y transcurrido el plazo de sesenta días sin que se haya verificado alguna de las circunstancias mencionadas en el art. 1861 CCyC, el emisor deberá entregar un nuevo título valor definitivo, dejando constancia de eventuales gravámenes existentes.

La anotación existente en el registro torna de fácil determinación a la persona titular de los derechos del título, ya que el perfeccionamiento de la transmisión opera conforme art. 1849 CCyC, con la inscripción en tal registro.

En su última parte, el art. 1869 CCyC indica que no resultan aplicables los arts. 1864 y 1865 CCyC que refieren al caso del ejercicio de derechos en torno a prestaciones no dinerarias y a la entrega de títulos definitivos en reemplazo de los certificados provisorios. Entendemos que al no emitirse tales certificados sino directamente los documentos definitivos, no son aplicables tampoco los arts. 1862 y 1863 CCyC.

Cuando el título posea adosados cupones, quedan estos alcanzados por el trámite de pérdida, sustracción o destrucción en tanto instrumentan prestaciones accesorias de la principal, siempre que al comenzar la publicación, no haya iniciado su período de uso. En ese caso, procede atenerse a la forma propia de circulación del título que corresponda.

Parágrafo 3°

Normas aplicables a los títulos valores individuales

ARTÍCULO 1871.- ***Denuncia.*** *El último portador debe denunciar judicialmente el hecho, y solicitar la cancelación de los títulos valores.*

La demanda debe contener:

a. *la individualización precisa de los títulos valores cuya desposesión se denuncia;*
b. *las circunstancias en las cuales el título valor fue adquirido por el denunciante, precisando la fecha o época de su adquisición;*
c. *la indicación de las prestaciones percibidas por el denunciante, y las pendientes de percepción, devengadas o no;*
d. *las circunstancias que causaron la pérdida, sustracción o destrucción. En todos los casos, el solicitante puede realizar actos conservatorios de sus derechos.*

ARTÍCULO 1872.- ***Notificación.*** *Hecha la presentación a que se refiere el artículo 1871, y si los datos aportados resultan en principio verosímiles, el juez debe ordenar la notificación de la sustracción, pérdida o destrucción al creador del título valor y a los demás firmantes obligados al pago, disponiendo su cancelación y autorizando el pago de las prestaciones exigibles después de los treinta días de cumplida la publicación prevista en el artículo siguiente, si no se deduce oposición.*

ARTÍCULO 1873.- ***Publicación. Pago anterior.*** *La resolución judicial prevista en el artículo 1872 debe ordenar, además, la publicación de un edicto por un día en el Boletín Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del procedimiento, que debe contener:*

a. *los datos del denunciante y la identificación del título valor cuya desposesión fue denunciada;*
b. *la citación para que los interesados deduzcan oposición al procedimiento, la que debe formularse dentro de los treinta días de la publicación.*

El pago hecho antes de la publicación es liberatorio si es efectuado sin dolo ni culpa.

ARTÍCULO 1874.- ***Duplicado. Cumplimiento.*** *Transcurridos treinta días sin que se formule oposición, el solicitante tiene derecho a obtener un duplicado del título valor, si la prestación no es exigible; o a reclamar el*

cumplimiento de la prestación exigible, con el testimonio de la sentencia firme de cancelación.

El solicitante tiene el mismo derecho cuando la oposición es desestimada.

ARTÍCULO 1875.- ***Oposición.*** *La oposición tramita por el procedimiento más breve previsto en la ley local.*

El oponente debe depositar el título valor ante el juez interviniente al deducir la oposición, que le debe ser restituido si es admitida. Si es rechazada, el título valor se debe entregar a quien obtuvo la sentencia de cancelación.

Remisiones: ver art. 1859 CCyC.

1. Introducción

El Código prevé un procedimiento con variantes cuando se trata de la desaparición o destrucción de títulos valores individuales, que indefectiblemente debe desarrollarse en la órbita judicial.

2. Interpretación

2.1. La denuncia

El denunciante debe presentarse ante el juez competente conforme la pauta del art. 1852 CCyC, es decir el correspondiente al lugar fijado como de pago en el documento. La demanda debe ajustarse a las normas procesales de la jurisdicción respectiva y además contener específicamente los recaudos indicados por el art. 1871 CCyC: relación circunstanciada que contenga todo lo atinente a la individualización detallada del título, lo referente a la adquisición y fecha u oportunidad en que se hizo, prestaciones percibidas y pendientes, y circunstancias referidas a la desposesión. En suma, la mayor cantidad de datos posibles de modo de asegurar la eficacia del trámite. Se trata de requisitos similares a los exigidos para la denuncia en el caso de títulos en masa.

La legitimación para accionar corresponde al portador legitimado según ley de circulación, a quien se faculta en cualquier caso a realizar actos de carácter conservatorio de sus derechos, incluso peticionar las medidas precautorias que resulten menester.

2.2. Notificación y orden de cancelación

El juez hará un examen liminar sobre la verosimilitud y completividad de la pretensión, pudiendo rechazarla sin más. Si la considera suficiente, ordenará la notificación de la denuncia al creador del título y a los demás obligados al pago, operándose la apertura contenciosa del proceso.

Entendemos que, más allá de que el art. 1872 CCyC guarde silencio en relación a otras partes interesadas, es aplicable al respecto lo dispuesto por el art. 1859 CCyC a cuyo comentario remitimos.

En el proveído que se dicte, el juez dispondrá la cancelación del documento y el pago de las prestaciones que resulten exigibles, pero se diferirá en su ejecución al vencimiento del plazo de treinta días posteriores a la última publicación a que refiere el art. 1873, momento en el que habrá que atender a la existencia de oposiciones.

2.3. La publicidad

En este caso la disposición hace referencia a la publicación de un edicto, no un aviso —ya que se realiza en el marco de un procedimiento jurisdiccional—, por el plazo de un día en el Boletín Oficial y en un diario de los de mayor circulación en el lugar del procedimiento, a diferencia de lo señalado en el art. 1857CCyC que refiere al diario de mayor tirada en la República, lo que se explica por tratarse de títulos en masa.

El edicto contendrá citación a los interesados para que formulen las oposiciones a que se consideren con derecho, dentro de los treinta días posteriores.

Si el título es pagado antes de efectuada la publicación, el pagador queda liberado si cumplió sin dolo ni culpa. No obstante ello, podría cuestionarse el pago efectuado antes de la publicidad pero luego del anoticiamiento que el juez ordena en términos del art. 1872 CCyC.

2.4. El duplicado

Constada la inexistencia de oposiciones dentro del plazo de 30 días computable desde la última publicación, ya sea en el Boletín Oficial o en el diario pertinente, el denunciante puede exigir la entrega de un duplicado del título si aún no hubiere vencido. Se trata de plazos más abreviados debido a que es mayor el alcance de los títulos emitidos en serie, lanzados al público en general.

De verificarse oposiciones, con carácter previo deben sustanciarse y resolverse en resolución definitiva por el juez, quien con o sin oposiciones, debe dictar una sentencia de cancelación que servirá como base para la entrega del duplicado o para la ejecución según se halle vencido o no el título.

Si la prestación es exigible, el cancelante puede pedir su cumplimiento para lo cual le basta con hallarse munido de un testimonio de la sentencia firme que determine la inexistencia o el rechazo de las oposiciones que se hubieren formulado.

2.5. Oposiciones. Caución

Al plantearse una oposición, se abre un período contencioso en el proceso. Quien formule oposición debe presentarse en la causa y en forma paralela a lo dispuesto respecto del denunciante, debe detallar todas las circunstancias referidas a la adquisición del título en su propio interés. Además, como recaudo que expresamente exige el art. 1875 CCyC, debe adjuntar el documento a su petición. Si así no lo hiciere, la oposición debe ser rechazada sin más.

Las partes deben ofrecer toda la prueba de la que quisieren valerse, con sujeción a las normas procesales locales, y el juez debe otorgarle a la cuestión el trámite más abreviado previsto, en congruencia con los principio de celeridad y certeza a los que nos hemos referido reiteradamente. En el ámbito nacional, será la vía incidental dentro del propio proceso cancelatorio, y rige el sistema común de costas en base al principio objetivo de la derrota.

Si el oponente es triunfante se le reintegra el título, pero si su planteo es rechazado, el documento se entrega al denunciante a los fines del ejercicio de sus derechos. Por fin, por aplicación del art. 1852 CCyC, el juez debe exigir la prestación de una caución en resguardo de los derechos de terceros, hasta el plazo máximo de dos años allí fijado.

2.6. Caso particular del título deteriorado

Entendemos que en este supuesto, bastará que el juez compulse detenidamente el título y si fuera posible la delimitación precisa de los derechos que de él emergen, notificará al librador y demás obligados e interesados a que comparezcan a formular las observaciones que entendieran procedentes en un plazo breve —5 días—, vencido el cual dictará sentencia de cancelación o resolverá sobre las cuestiones que se hubieran introducido. Luego, admitida la cancelación, ordenará el duplicado o emitirá testimonio de la sentencia en términos del art. 1874 CCyC.

Así concluimos en base a lo señalado por el art. 1871 CCyC que impone que al momento de hacer la presentación judicial, el cancelante individualice con precisión los títulos cuya "desposesión" denuncia. En el caso, el título se encuentra en poder de quien alega ser el portador legitimado, y deberá ser depositado en la causa.

Si el juez estima que el documento no es reproducible, será tratado como un supuesto de pérdida, lo que derivará en la observancia del trámite genérico. Sin embargo, si el título circuló deberá indefectiblemente someterse a la cancelación genérica, ya que nada autoriza a suponer que el documento presentado como inutilizado, no haya sido antes sustraído.

2.7. Observación final

Más allá de las similitudes del procedimiento con el previsto por el decreto-ley 5965/1963 para el caso de letra de cambio y pagaré, volvemos a destacar la situación conflictiva que se presenta para quien debe accionar en el marco de dicha normativa, ya que las publicaciones, como principio, deben realizarse por quince días, aumentando notoriamente los costos. Aunque la jurisprudencia ha morigerado los plazos, no los ha disminuido hasta el de un día previsto en el art. 1873 CCyC, no obstante que entendemos que esa será la tendencia del CCyC, de acuerdo a las particularidades de cada caso, en especial atendiendo a la magnitud de la prestación incorporada al título.

Parágrafo 4°

Sustracción, pérdida o destrucción de los libros de registro

ARTÍCULO 1876.- ***Denuncia.*** *Si se trata de títulos valores nominativos o títulos valores no cartulares, incluso los ingresados a sistemas de anotaciones en cuenta según el artículo 1836, la sustracción, pérdida o destrucción del libro de registro respectivo, incluso cuando son llevados por ordenadores, medios mecánicos o magnéticos u otros, debe ser denunciada por el emisor o por quien lo lleva en su nombre, dentro de las veinticuatro horas de conocido el hecho.*

La denuncia debe efectuarse ante el juez del domicilio del emisor, con indicación de los elementos necesarios para juzgarla y contener los datos que puede aportar el denunciante sobre las constancias que incluía el libro.

Copias de la denuncia deben ser presentadas en igual término al organismo de contralor societario, al organismo de contralor de los mercados de valores y a las entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación y cajas de valores respectivos, en su caso.

ARTÍCULO 1877.- *Publicaciones.* *Recibida la denuncia, el juez ordena la publicación de edictos por cinco días en el Boletín Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en la República para citar a quienes pretenden derechos sobre los títulos valores respectivos, para que se presenten dentro de los treinta días al perito contador que se designe, para alegar y probar cuanto estimen pertinente, bajo apercibimiento de resolverse con las constancias que se agreguen a las actuaciones. Los edictos deben contener los elementos necesarios para identificar al emisor, los títulos valores a los que se refiere el registro y las demás circunstancias que el juez considere oportunas, así como las fechas para ejercer los derechos a que se refiere el artículo 1878.*

Si el emisor tiene establecimientos en distintas jurisdicciones judiciales, los edictos se deben publicar en cada una de ellas.

Si el emisor ha sido autorizado a la oferta pública de los títulos valores a los que se refiere el registro, la denuncia debe hacerse conocer de inmediato al organismo de contralor de los mercados de valores y a las entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación en los que se negocien, debiéndose publicar edictos en los boletines respectivos. Si los títulos valores han sido colocados o negociados públicamente en el exterior, el juez debe ordenar las publicaciones o comunicaciones que estime apropiadas.

ARTÍCULO 1878.- *Trámite.* *Las presentaciones se efectúan ante el perito contador designado por el juez. Se aplica el procedimiento de la verificación de créditos en los concursos, incluso en cuanto a los efectos de las resoluciones, los recursos y las presentaciones tardías.*

Las costas ordinarias del procedimiento son soportadas solidariamente por el emisor y por quien llevaba el libro, sin perjuicio de la repetición entre ellos.

ARTÍCULO 1879.- *Nuevo libro.* *El juez debe disponer la confección de un nuevo libro de registro, en el que se asienten las inscripciones que se ordenen por sentencia firme.*

ARTÍCULO 1880.- *Ejercicio de derechos.* *El juez puede conceder a los presentantes el ejercicio cautelar de los derechos emergentes de los títulos valores antes de la confección del nuevo libro, en su caso, antes de que se dicte o quede firme la sentencia que ordena la inscripción respecto de un título valor determinado, conforme a la verosimilitud del derecho invocado y, de estimarlo necesario, bajo la caución que determine. En todos los casos, el emisor debe depositar a la orden del juez las prestaciones de contenido patrimonial que sean exigibles.*

ARTÍCULO 1881.- *Medidas especiales.* *La denuncia de sustracción, pérdida o destrucción del libro de registro autoriza al juez, a pedido de parte interesada y conforme a las circunstancias del caso, a disponer una intervención cautelar o una veeduría respecto del emisor y de quien llevaba el libro, con la extensión que estima pertinente para la adecuada protección de quienes resultan titulares de derechos sobre los títulos valores registrados. Puede, también, ordenar la suspensión de la realización de asambleas, cuando circunstancias excepcionales así lo aconsejen.*

1. Introducción

Los últimos seis artículos de esta sección regulan los casos de pérdida, sustracción o destrucción de los libros de registro u otros mecanismos en los que se hallaren registrados los títulos nominativos, endosables o no, o los inmateriales, ya sea los originariamente materiales y sometidos a ingreso en cuentas conforme art. 1836 CCyC, o los no cartulares del art. 1850 CCyC.

El art. 1876 CCyC, que encabeza este Parágrafo 4º, hace referencia a los libros en donde debe asentarse la creación, emisión y transmisión de los títulos, así como los derechos reales, gravámenes, medidas cautelares o cualquier otra afectación de sus derechos.

Quedan comprendidos en la norma los ordenadores y todo medio mecánico, soportes magnéticos o digitales autorizados especialmente.

En estos supuestos también se regla un trámite que debe ser llevado adelante en los tribunales, y que posee la impronta de la etapa de verificación de créditos de los arts. 32 a 38 del procedimiento de concurso preventivo reglado por la ley 24.522, conforme expresa referencia del art. 1878 del CCyC.

Por ello, entendemos que se trata de un procedimiento típico e ineludible para cualquier acreedor que pretenda derechos sobre los valores registrados.

2. Interpretación

2.1. La denuncia

El juez competente es el del domicilio del emisor, a quien se le encomienda promover y llevar adelante todo el procedimiento, que comienza con la interposición del escrito de denuncia dentro del plazo de 24 hs a contar desde que se toma conocimiento del siniestro. Allí se deben indicar circunstanciadamente todas las alternativas referidas a la pérdida, destrucción o sustracción del registro, y además se deben indicar todos los datos que resulten necesarios y que puedan aportarse a fin de reconstruir el estado del registro y las constancias incluidas en él.

Serán remitidas copias de la denuncia también dentro del plazo de 24 hs al organismo de contralor autorizante del registro —autoridad de contralor societario del emitente o a quien este haya designado para llevar el registro—, al de contralor de los mercados de valores autorizados para la cotización y a las entidades que la ley expresamente autorizó o la autoridad de aplicación y cajas de valores, según lo imponga el caso.

2.2. Publicidad

Una vez incoada la demanda por ante el juzgado competente, como forma de publicidad adecuada a la magnitud de la cuestión, se ordena una publicación de edictos en el Boletín Oficial y en un diario de amplia circulación en el país, llevándose el plazo a cinco días.

Tal publicación debe ajustarse en su contenido a lo dispuesto por el art. 1877 CCyC, identificando al emisor, los títulos valores asentados en el registro y otras circunstancias que se presenten a criterio del juez, y debe efectuarse en cada jurisdicción en donde el originante desarrolle su actividad comercial, disposición de similar contenido al del art. 28 de la ley 24.522 y que persigue el objetivo de asegurar el conocimiento de la situación a la mayor cantidad posible de afectados.

Mediante el edicto se citará a los terceros interesados a comparecer dentro de los treinta días contados desde la última publicación en los términos del art. 1878 (ver 2.3), con el apercibimiento de resolver con las constancias que se hubieran acompañado a la causa.

En el caso de títulos registrados admitidos a la oferta pública, se notifica de manera inmediata a la autoridad de contralor de las entidades en donde se negocien, que deberán publicar edictos de idéntico tenor en los boletines informativos que emitan. La colocación de títulos en el exterior impone al juez ordenar las comunicaciones o publicaciones adecuadas.

2.3. Trámite. Perito contador

El procedimiento contiene referencia concreta a la etapa de verificación de créditos reglada por la ley 24.522 en situación de concurso preventivo.

El juez deberá designar un perito contador que hace las veces de síndico concursal, a fin de que tome en su estudio las peticiones de los interesados que pretendan derechos sobre los títulos valores registrados dentro del plazo de treinta días fijado en el art. 1877 c.

Como el edicto debe contener los datos de identificación del perito contador, habrá que aguardarse a su designación, que se efectuará de acuerdo a las normas de procedimiento local. Será recomendable a su vez esperar a la aceptación del cargo para efectuar las publicaciones, aunque es de destacar que quien se inscribe voluntariamente para intervenir en causas judiciales debe prever su designación para estos casos, por lo que en principio no le será admisible renunciar sin invocación de causal que revista gravedad y seriedad suficiente. De todos modos, en lo atinente al desempeño del experto designado, el juez habrá de estarse a lo previsto en la ley de concursos y quiebras respecto del régimen de sanciones a la sindicatura, por aplicación indirecta derivada del art. 1878 CCyC.

Alertamos acerca de cierta incongruencia en el procedimiento, ya que a diferencia de lo que sucede en el procedimiento concursal en donde el juez fija una primera fecha a fin de que los pretensos acreedores concurran a verificar estimando el momento en que finalizarán las publicaciones de edictos, aquí el art. 1877 CCyC ya fija el plazo de treinta días desde la última publicación para que los interesados se presenten al perito, de manera tal que al magistrado interviniente no le será posible fijar *ab initio* los plazos para la formulación de observaciones (art. 34 de la ley 24.522) y para que el perito presente un informe individual respecto de cada compareciente, aconsejando su admisibilidad o no (art. 35 de la ley 24.522).

Aconsejamos entonces, que el juez ordene la publicación edictal una vez aceptado el cargo por el perito, intimando a los terceros a presentarse ante él dentro del término de treinta días a contar desde la última de las publicaciones, remitiendo a los interesados a las constancias del expediente para que una vez conocidas las fechas en que se efectuó la publicidad, el juez a cargo del proceso determine las restantes fechas para el ejercicio oportuno de los derechos pertinentes.

El art. 1878 CCyC dispone que el procedimiento de verificación de créditos concursal debe aplicarse *"incluso en cuanto a los efectos de las resoluciones, los recursos y las presentaciones tardías"*. De modo tal que el juez, una vez presentado el informe del perito contador acerca de los titulares que deben ser admitidos en el registro nuevo, deberá dictar una resolución dentro de los diez días en donde declarará quiénes deberán inscribirse y en qué condiciones y quiénes no.

En su decisión, el juez dispondrá que se inscriban derechamente aquellos presentados que no hallan merecido observaciones de otros interesados, el emisor o el perito. La resolución respecto de ellos posee autoridad de cosa juzgada. Podrá también el juez declarar admisible la inscripción en el registro respecto de aquellos que hubieren merecido alguna observación, ordenándola en forma condicional a las resultas del recurso del art. 37 al que nos referiremos seguidamente. Finalmente, podrá disponer su inadmisibilidad.

Cabe considerar que tal lo que acontece en situación de concurso preventivo, en esta etapa del procedimiento el interesado se halla limitado en sus posibilidades de producción de prueba, de manera tal que la resolución —dictada sustancialmente sobre la base de las constancias documentales obrantes en el expediente— puede ser objeto del recurso de revisión del art. 37 de la ley 24.522 por aquellos que se consideren agraviados, siendo inapelable.

En dicho recurso de revisión es posible la recurrencia a todos los medios de prueba disponible con los límites del art. 280 y ss. de la ley 24.522, y la resolución que se dicte será apelable y tendrá efectos de cosa juzgada. Dictada la resolución de admisibilidad, la causa se hallará en condiciones de proceder según el art. 1879 CCyC.

Considerando que es aplicable el art. 56 de la ley 24.522, se admite la posibilidad de concurrir tardíamente al proceso fuera de la oportunidad prevista por el art. 1876 CCyC, es decir, transcurridos los treinta días a que refiere esta norma. Pero como en principio los plazos de prescripción no son aplicables por analogía, no regirá el plazo bianual de la norma concursal sino que corresponderá estarse a los plazos comunes que contiene el Código. La cuestión tramitará por vía incidental y conforme art. 280 y ss. de la ley 24.522, y la resolución podrá ser apelada y tendrá autoridad de cosa juzgada.

De acuerdo al art. 1878 CCyC, las costas serán a cargo del emitente, y si el registro hubiera sido encargado a otro sujeto, ambos serán solidarios sin perjuicio de las acciones que pudiera encarar el originante contra el responsable. En el caso de presentación tardía, rige el régimen de costas de la verificación tardía en concursos y quiebras.

2.4. Nuevo libro

Finalmente, el juez dictará una resolución en donde dispondrá la apertura de un nuevo libro registro, en el que habrán de asentarse las inscripciones de las titularidades de quienes hayan obtenido sentencia a favor en el procedimiento.

Ello deberá hacerse luego de dictada la decisión de admisibilidad análoga a la del art. 36 de la ley 24.522 de verificación de créditos. En el registro se dejará constancia de las causas que se promuevan en términos del art. 37 y finalmente, de su resultado definitivo.

2.5. Derechos de los comparecientes

Podrá el juez, a petición del interesado, disponer medidas de naturaleza precautoria respecto de los derechos inherentes a los títulos, con antelación a la orden de confección del nuevo libro o de que se dicte la sentencia ordenando la inscripción de un título valor determinado.

Como en toda pretensión de índole cautelar, el interesado deberá acreditar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, y además, como requisito de ejecución de la medida, prestar la caución que se considere necesaria a criterio del juzgador.

El emisor, en cualquier caso, debe depositar las prestaciones exigibles de contenido patrimonial hasta que se disponga por sentencia la apertura del nuevo libro en términos del art. 1879, normalizándose posteriormente la situación.

2.6. Circunstancias particulares

El art. 1881 CCyC otorga importantes facultades al juez que intervenga en el procedimiento para disponer, a pedido del interesado, una intervención de la persona jurídica emisora y de aquella que lleve el libro perdido, sustraído o destruido, con el objeto de resguardar debidamente los derechos de los titulares de los valores registrados.

La norma autoriza a disponer una veeduría o una intervención cautelar. En la normativa societaria, la veeduría es una especie de intervención cautelar, que puede tratarse también de una coadministración o de administración plena con desplazamiento del órgano natural de administración (arts. 113 a 117 de la ley 19.550). Como entendemos que este tipo de medidas deben merituarse con criterio restrictivo, concluimos en que la norma faculta a disponer veeduría o cualquier tipo de intervención que no implique desplazamiento o injerencia en la administración del ente, salvo que de dicha intervención surjan elementos que determinen una actuación de mayor rigor, para lo cual el juez ya no se encontrará constreñido a lo solicitado por la parte sino que podrá actuar en protección de los intereses del mercado en general, otorgando la participación que corresponda a los organismos de contralor pertinentes, ampliando, de tal modo, la posibilidad de fiscalización y sanción.

Finalmente, también podrá el magistrado interviniente disponer excepcionalmente la suspensión de asambleas, cuando se verifiquen circunstancias especiales que no son definidas.

ÍNDICE TEMÁTICO

A

Abuso del derecho p. 30, 210, 232, 242, 417, 427, 443, 445

Acción civil p. 514, 515, 519, 520

Acción penal p. 514, 515, 516, 521, 522

Acción preventiva p. 416, 418, 419, 420, 421, 510

Acusación calumniosa p. 511, 512, 520

Agencia p. 185, 187, 188, 189, 191, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 203, 205, 206, 208, 216, 219, 230, 235

- *compensación por clientela* p. 203, 204
- *obligaciones del agente* p. 190, 191, 192
- *preaviso* p. 197, 198, 199, 200
- *remuneración del agente* p. 195, 197
- *representación del agente* p. 194
- *subagencia* p. 205

Alimentos p. 239, 277, 291, 292, 293, 324, 341, 465, 466, 467, 543, 544

- *obligación de alimentos* p. 277, 278, 293

Antijuridicidad p. 416, 417, 425, 426, 427, 429, 430, 431, 469, 474, 518, 519

- *estado de necesidad* p. 427, 428
- *legítima defensa* p. 427, 428

Arbitraje p. 142, 156, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358,360, 361, 363, 364, 365, 366, 367

- *amigables componedores* p. 95, 353, 354, 561, 562
- *arbitraje institucional* p. 359, 362
- *árbitros* p. 344, 345, 346, 347, 348, 350, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 367
- *laudo arbitral* p. 348, 351, 357, 358, 359, 360, 361, 364, 365, 366, 367, 368
- *obligaciones de los árbitros* p. 364, 365
- *recusación de los árbitros* p. 366

Asunción de riesgos p. 186, 427, 429

B

Buena fe p. 11, 12, 30, 43, 78, 88, 89, 94, 103, 131, 132, 150, 186, 190, 191, 192, 193, 209, 224, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 242, 247, 254, 257, 290, 300, 307, 324, 326, 327, 336, 337, 373, 387, 395, 396, 399, 411, 416, 417, 428, 443, 445, 463, 464, 512, 513, 527, 530, 531, 534, 539, 540, 541, 550, 552, 555, 559, 563, 567, 574, 575, 577, 578, 579, 582, 585, 589, 590, 598, 613, 626, 627, 628

- *mala fe* p. 82, 274, 275, 276, 289, 290, 299, 300, 309, 320, 330, 436, 447, 552, 577, 579, 580, 581, 582, 590, 606

C

Caducidad p. 26, 256, 293, 294, 303, 336, 550, 585, 587, 593, 598, 626

- *plazo de caducidad* p. 29, 156, 560

Capacidad p. 56, 57, 78, 83, 155, 251, 267, 268, 269, 270, 297, 318, 319, 342, 350, 351, 363, 371, 381, 382, 403, 410, 465, 466, 483, 487, 550, 554, 584, 585, 602

Cesión de derechos p. 113, 114, 136, 137, 139, 321, 322, 323, 324, 325, 327, 328, 330, 331, 332, 336, 337, 574, 583, 601, 602, 603, 605, 606

- *asunción de deuda* p. 332, 333
- *cesión de deudas* p. 321, 332, 333
- *cesión en garantía* p. 322, 323, 567
- *obligaciones del cedente* p. 325

Cheque p. 115, 116, 118, 121, 123, 127, 571, 582, 585, 592, 597, 600, 601, 602, 603, 604, 606

Comisión p. 68, 73, 74, 77, 81, 82, 83, 197, 215, 222

Comodato p. 84, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258

- *extinción del comodato* p. 259, 260
- *obligaciones del comodante* p. 257
- *obligaciones del comodatario* p. 252
- *préstamo de cosas fungibles* p. 250, 251

Concesión p. 187, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 227, 235

obligaciones del concedente p. 209, 210, 215

obligaciones del concesionario p. 211

subconcesionarios p. 217

Concurso público p. 562, 565

Consentimiento p. 37, 73, 87, 126, 128, 131, 144, 155, 158, 170, 205, 210, 220, 228, 230, 254, 255, 262, 288, 306, 307, 308, 309, 338, 346, 348, 360, 395, 396, 411, 427, 463, 509, 534, 558, 590

consentimiento informado p. 430, 431

Consignación p. 67, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 148, 580

obligaciones del consignatario p. 70

Contrato de agencia *véase* **Agencia**

Contrato de arbitraje *véase* **Arbitraje**

Contrato de cesión *véase* **Cesión de derechos**

Contrato de concesión *véase* **Concesión**

Contrato de consignación *véase* **Consignación**

Contrato de corretaje *véase* **Corretaje**

Contrato de depósito *véase* **Depósito**

Contrato de factoraje *véase* **Factoraje**

Contrato de fianza *véase* **Fianza**

Contrato de fideicomiso *véase* **Fideicomiso**

Contrato de juego *véase* **Contratos de juego y de apuesta**

Contrato de mandato *véase* **Mandato**

Contrato de obra y servicio p. 1, 2, 3, 4, 8, 16, 27, 28, 29, 31, 32

aceptación de la obra p. 22, 23, 24, 25, 26

ajuste alzado p. 15, 16, 17, 18

obra por pieza o medida p. 9, 20

servicios continuados p. 32, 33

sistemas de contratación p. 8, 9, 15, 16, 17, 18, 19

sistema por coste y costas p. 16, 17, 20

sistema por unidad de medida p. 20

Contrato de transporte *véase* **Transporte**

Contrato oneroso de renta vitalicia *véase* **Renta vitalicia**

Contratos p. 1, 3, 4, 7, 8, 15, 26, 50, 51, 65, 71, 75, 79, 84, 85, 104, 107, 128, 136, 149, 174, 186, 187, 188, 190, 191, 194, 196, 198, 199, 200, 202, 205, 206, 207, 208, 213, 216, 217, 218, 219, 221, 227, 228, 229, 231, 233, 235, 239, 243, 248, 254, 256, 262, 264, 265, 274, 275, 276, 278, 299, 300, 311, 313, 316, 318, 321, 325, 330, 333, 334, 338, 340, 342, 350, 352, 368, 372, 377, 378, 397, 398, 399, 406, 409, 424, 431, 436, 437, 438, 500, 522, 523, 553, 554, 555, 557, 558, 571, 583, 584

cesión del contrato p. 7, 61, 217, 334

cláusulas abusivas p. 103, 110, 243, 248, 430

contratos celebrados en bolsa p. 141

contratos de crédito p. 110

ejecución del contrato p. 5, 6, 10, 74, 80, 101, 129, 148, 195, 197, 214, 223, 224, 225, 369, 394

finalidad del contrato p. 13, 128, 130, 227, 261, 386, 395, 396

nulidad del contrato p. 56, 57, 110, 161, 187, 242, 297, 354, 370, 372, 554, 567

objeto de los contratos p. 2, 52, 73, 161, 168, 170, 238, 250, 251, 255, 256, 257, 258, 270, 273, 322, 323, 324, 336, 341, 347, 352, 370, 405, 410

Contratos asociativos p. 159, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 180

agrupaciones de colaboración p. 159, 160, 162, 166, 167, 168, 169, 171, 173, 174, 176, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 185

consorcios de cooperación p. 159, 160, 162, 179, 180, 181, 182, 184, 185

fondo común operativo p. 167, 169, 171, 172, 175, 176, 181, 182

negocio en participación p. 159, 160, 163, 164, 246

uniones transitorias p. 116, 159, 160, 162, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 184, 185

Contratos bancarios p. 96, 97, 98, 99, 100, 102, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 115, 126, 138

apertura de crédito p. 97, 105, 126, 128, 129, 143

caja de seguridad p. 92, 97, 129, 130, 131, 132, 133, 134

cierre de cuenta p. 122

compensación de saldos p. 124

cuenta corriente bancaria p. 97, 101, 107, 115, 117, 118, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 298

custodia de títulos p. 97, 134, 135

depósito a la vista p. 112, 113

depósito a plazo p. 112, 113, 114

depósito bancario p. 97, 111, 112

depósito en dinero p. 111

descuento bancario p. 97, 126, 127

ejecución de saldo p. 124

préstamo bancario p. 126

Contratos de consumo p. 2, 97, 103, 105, 106, 122, 131, 242, 249, 351, 369, 439, 446

consumidor p. 25, 29, 30, 38, 39, 97, 100, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 122, 131, 143, 211, 219, 222, 231, 232, 233, 238, 241, 242, 243, 248, 249, 250, 316, 319, 350, 351, 352, 414, 415, 418, 420, 423, 424, 440, 463, 487, 500, 502, 503, 560, 588

Contratos de juego y de apuesta p. 316, 318, 320

contrato de apuesta de puro azar p. 318

Corretaje p. 75, 76, 77, 78, 80, 81, 142

obligaciones del corredor p. 77, 78

Cosas fungibles p. 89, 237, 238, 239, 240, 241, 244, 250, 251, 639, 640

Cuenta corriente p. 120, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158

D

Daño resarcible p. 71, 240, 423, 424, 425, 450, 451, 452, 455, 456, 457, 460, 469, 471, 500, 512, 513, 515, 519

daño causado por animales p. 492

daño causado por el riesgo o vicio de las cosas p. 425, 432, 487, 488, 489, 490, 492, 500, 505, 506, 507, 508

daño moratorio p. 468, 469, 470

prueba del daño p. 447, 464

Deber de confidencialidad p. 59, 77, 78, 79, 224, 225, 226, 345, 360, 361, 364, 365

Deber de no dañar p. 416, 423, 471

Deber de prevención p. 412, 413, 414, 416, 417, 418, 420, 421, 422, 427, 509, 520

Declaración unilateral de voluntad p. 554, 555, 556, 558, 565, 566, 573, 612

Depósito p. 84, 86, 87, 88, 92, 239, 250

casas de depósito p. 95

depósito en hoteles p. 90, 93

depósito irregular p. 87, 89, 111, 135

depósito necesario p. 90, 91, 93, 94

depósito oneroso p. 85

Derecho a la información p. 109, 165, 641

deber de información p. 10, 11, 59, 67, 109, 191, 224, 641

Derechos personales p. 1, 7, 26, 51, 339, 410, 523

Derechos personalísimos p. 323, 324, 431, 452, 453, 454, 459, 463

derecho a la intimidad p. 133, 417, 451, 458, 459, 508, 509, 510, 511

Dominio p. 88, 89, 208, 210, 238, 251, 270, 273, 287, 288, 322, 373, 388, 390, 397, 403, 404, 490, 494, 512, 513, 559, 577, 578

dominio fiduciario p. 373, 388, 395, 407, 408, 409, 410, 411, 412

dominio perfecto p. 395, 409, 411

Donación p. 260, 261, 262, 263, 264, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 274, 275, 276, 281, 282, 283, 285, 286, 289, 311, 312, 321, 322, 525

donación bajo condición p. 265

donaciones al Estado p. 272

donaciones con cargos p. 280, 290

donaciones inoficiosas p. 284

donaciones mutuas p. 275, 277, 278

donaciones remuneratorias p. 269, 277, 279, 283, 284

donación manual p. 272, 273

ingratitud del donatario p. 288, 291

reversión p. 266, 285, 286, 287, 288

revocación de la donación p. 279, 281, 282, 285, 288, 289, 293

E

Empleo útil p. 542, 543, 544, 545, 546, 547, 641

Endoso p. 42, 113, 114, 127, 324, 325, 581, 583, 592, 594, 595, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 610, 628

endoso en garantía p. 608, 609

endoso en procuración p. 585, 607, 608

Enriquecimiento sin causa p. 63, 196, 307, 416, 455, 474, 535, 543, 547, 548, 549, 550, 551, 554, 593

Entrega de la cosa p. 24, 44, 46, 239, 248, 250, 255, 257, 259, 262, 272, 273, 274, 407, 409, 593, 594

Exclusividad p. 187, 188, 189, 193, 195, 196, 204, 208, 209, 210, 212, 214, 228, 230

Eximentes de responsabilidad p. 91, 131, 429, 441, 442, 444, 446, 484, 499, 538, 625

caso fortuito p. 12, 13, 21, 22, 71, 91, 92, 95, 129, 130, 248, 252, 253, 259, 283, 426, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 489, 502, 503, 507, 533, 536, 537, 538, 544

fuerza mayor p. 12, 13, 71, 91, 92, 440, 441, 442, 444, 489, 503, 507, 538

Extinción del contrato p. 13, 14, 19, 21, 64, 150, 157, 158, 173, 175, 176, 178, 182, 184, 234, 253, 259, 309, 313, 339, 404

rescisión del contrato p. 104, 216, 235, 309, 343

rescisión unilateral p. 19, 105, 133, 145, 217, 257, 259

resolución del contrato p. 21, 133, 174, 198, 217, 239, 245, 258, 313, 315

F

Factoraje p. 136, 137, 138, 139, 140, 141

Factores de atribución p. 431, 432, 433, 434, 435, 447, 448, 449, 464, 469, 472, 479, 480, 481, 484, 489, 492, 495, 498, 501, 503, 505, 506, 535

culpa p. 420, 424, 425, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 440, 442, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 463, 469, 472, 473, 479, 480, 481, 486, 488, 492, 501, 505, 507, 509, 511, 512, 516, 517, 518, 521, 530, 534, 535, 538, 544, 582, 606, 613, 626, 627, 628, 629, 631

dolo p. 414, 420, 424, 426, 432, 435, 436, 438, 440, 462, 463, 464, 472, 473, 474, 481, 509, 511, 512, 521, 627, 628, 629, 631

factores objetivos p. 429, 431, 432, 433, 434, 480, 484, 488, 489, 492, 495, 498, 501, 503, 515, 516, 522

factores subjetivos p. 391, 432, 433, 435, 484, 501, 502, 505

Fianza p. 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 308, 309, 310

beneficio de división p. 304

beneficio de excusión p. 301, 302, 305

cartas de recomendación p. 299, 300

cofiadores p. 306, 308

derechos del fiador p. 307

extinción de la fianza p. 308, 309, 310

fianza simple p. 301, 304, 305, 308

fianza solidaria p. 305, 308, 332

obligaciones del fiador p. 296, 310

Fideicomiso p. 96, 97, 323, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 384, 387, 388, 389, 390, 392, 394, 395, 396, 402, 403, 410, 411

bienes fideicomitidos p. 378, 379, 380, 383, 385, 386, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 395, 396, 400, 403, 411, 642

certificados de participación p. 386, 387, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 642

extinción del fideicomiso p. 403, 404, 407, 408, 411, 642

fideicomiso en garantía p. 385, 386, 393, 410, 642

fideicomiso financiero p. 397, 398, 399, 400, 401, 402, 571, 642

fideicomiso testamentario p. 384, 405, 406, 642

propiedad fiduciaria p. 370, 374, 385, 386, 388, 389, 403, 404, 642

Franquicia p. 187, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 228, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237

franquicia de desarrollo p. 220

franquicia mayorista p. 220, 229

obligaciones del franquiciado p. 225, 231, 232

obligaciones del franquiciante p. 223

sistema de negocios p. 220, 222

subfranquicia p. 236

G

Garantías unilaterales p. 565, 566, 567, 568, 570

Gastos funerarios p. 465, 544, 546

Gestión de negocios p. 58, 522, 523, 524, 525, 528, 529, 530, 534, 535, 537, 539, 540, 541, 542, 543, 544

gestor de negocios p. 163, 164, 165, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544

obligaciones del gestor p. 525, 526, 539, 540, 541

responsabilidad del gestor p. 533, 535, 536

I

Indemnización p. 47, 94, 297, 413, 415, 417, 428, 438, 440, 443, 445, 452, 455, 456, 458, 459, 460, 461, 462, 466, 468, 471, 473, 474, 476, 497, 504, 508, 511, 514, 519, 520, 552

daño moral p. 451, 456, 459, 460, 461, 465

indemnización por fallecimiento p. 465

indemnización por lesiones o incapacidad p. 467

lucro cesante p. 200, 451, 452, 453, 454, 456, 466, 467, 468, 469

pérdida de chance p. 454, 455, 456, 457, 465, 466, 467

reparación plena p. 427, 428, 457, 458, 462, 463, 471, 508, 511

Inscripción registral p. 164, 167, 168, 175, 177, 408, 490, 610, 611, 642

Intereses p. 102, 103, 106, 112,114, 115, 118, 119, 126, 128, 134, 144, 145, 146, 147, 150, 151, 152, 242, 246, 247, 248, 289, 291, 298, 306, 330, 331, 358, 424, 444, 468, 471, 531, 533, 543, 544, 546, 581, 582

intereses compensatorios p. 240, 241, 243, 248

intereses moratorios p. 57, 59, 244, 245, 299

intereses punitorios p. 241, 243, 245

M

Mandato p. 50, 51, 52, 53, 54, 56, 58, 59, 61, 62, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 79, 84, 120, 121, 170, 171, 181, 186, 194, 222, 237, 252, 323, 422, 437, 523, 524, 525, 530, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 557, 590, 598, 607, 608, 609

extinción del mandato p. 57, 63, 65, 66, 67

mandato a varias personas p. 60

mandato irrevocable p. 64, 65

mandato sin representación p. 55, 67, 68

obligaciones del mandante p. 62

obligaciones del mandatario p. 57, 58, 65, 67, 71

Medidas cautelares p. 119, 129, 154, 355, 356, 419, 588, 611, 613, 623, 630, 634, 642

Mutuo p. 237, 238, 239, 240, 241, 243, 244, 245, 246, 247, 248

obligaciones del mutuante p. 239

N

Nexo causal *véase* **Relación causal**

Nulidad p. 30, 142, 155, 161, 170, 230, 231, 278, 279, 324, 341, 342, 343, 354, 357, 358, 361, 363, 364, 366, 407, 483, 562, 590, 596, 605

nulidad absoluta p. 271, 341, 342

nulidad parcial p. 357, 364

nulidad relativa p. 341, 342

nulidad total p. 406

O

Obligaciones p. 6, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 40, 41, 46, 49, 53, 54, 55, 56, 109, 128, 129, 130, 131, 134, 138, 139, 164, 165, 167, 168, 169, 171, 174, 175, 177, 181, 182, 183, 184, 190, 191, 209, 211, 225, 231, 244, 247, 289, 296, 297, 298, 309, 317, 325, 335, 336, 337, 342, 364, 370, 376, 381,393, 421, 462, 463, 464, 468, 469, 470, 471, 473, 475, 476, 478, 480, 484, 486, 501, 504, 505, 522, 523, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 538, 539, 540, 541, 547, 548, 550, 551, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 562, 565, 566, 567, 570, 571, 576, 577, 589, 591, 592, 595, 596, 609, 611, 612, 616, 618

imposibilidad de cumplimiento p. 13, 21, 426, 434, 443, 444, 445, 446, 449, 450, 473

obligaciones concurrentes p. 28, 443, 475, 476, 478

obligaciones de hacer p. 4, 7, 24, 31, 32, 226, 435, 504

obligaciones del comitente p. 10, 12

obligaciones del contratista p. 6, 9, 10, 17, 31

obligaciones del empresario p. 192

obligaciones precontractuales p. 108, 223

obligaciones solidarias p. 28, 305, 475, 476, 538, 609

Obra en ruina p. 27, 28, 29

Oferta p. 35, 76, 98, 109, 112, 126, 142, 219, 264, 265, 266, 267, 300, 319, 320, 376, 399, 401, 402, 403, 404, 554, 555, 558, 560, 574, 577, 584, 585, 589, 590, 611, 613, 616, 620, 627, 633, 635

oferta al público p. 35, 142, 319, 376, 399, 401, 402, 403, 404, 574, 577, 584, 585, 589, 590, 611, 613, 616, 620, 627, 633, 635

Onerosidad p. 55, 102, 237, 246, 262, 263, 269, 275, 276, 277, 278, 280, 282, 283, 284, 289, 295, 330, 339

presunción de onerosidad p. 2, 8, 55, 56, 73, 81, 84, 111, 240, 241

P

Patria potestad *véase* **Responsabilidad parental**

Pago p. 547, 548, 550, 551, 552, 553, 554, 556, 557, 565, 566, 567, 568, 576, 579, 580, 581, 585, 587, 591, 600, 603, 605, 616, 617, 619, 620, 629, 630, 631

pago indebido p. 547, 548, 550, 551, 554

promesa de pago p. 556, 557

Persona humana p. 116, 166, 168, 175, 235, 323, 324, 374, 375, 381, 392, 409, 451, 455, 522, 583, 602

incapacidad permanente p. 467

incapacidad sobreviniente p. 66, 451, 454, 466, 467, 468, 608

Persona jurídica p. 115, 159, 160, 161, 168, 177, 179, 181, 182, 198, 202, 218, 235, 375, 376, 381, 382, 410, 494, 500, 501, 509, 568, 584, 613, 637

Precio p. 7, 8, 9, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 33, 34, 36, 38, 39, 44, 49, 71, 72, 73, 74, 75, 80, 88, 89, 91, 94, 101, 102, 112, 132, 136, 137, 138, 195, 196, 215, 240, 241, 242, 243, 300, 321, 322, 330, 331, 386, 439, 543, 547, 553

Prescripción p. 27, 147, 293, 294, 408, 411, 424, 516, 550, 557, 585, 587, 593, 636

plazo de prescripción p. 29, 30, 146, 475

Profesionales liberales p. 425, 434, 504, 505

Publicidad p. 97, 98, 99, 100, 103, 106, 107, 109, 130, 163, 168, 206, 209, 211, 212, 213, 295, 319, 320, 327, 373, 389, 394, 411, 559, 560, 588, 622, 627, 631, 634, 635

R

Recompensa p. 554, 558, 559, 560, 561

promesa de recompensa p. 554, 558, 562, 563, 565

Reembolso de gastos p. 83, 197, 256, 380, 381

Relación causal p. 426, 430, 433, 434, 435, 437, 438, 447, 449, 455, 457, 464, 469, 477, 497, 498, 499, 507, 508, 517, 537, 549, 575

consecuencias casuales p. 437

consecuencias inmediatas p. 424, 437, 438

consecuencias mediatas p. 437, 438

Relación de dependencia p. 3, 5, 75, 76, 433, 473, 479, 480, 481

Rendición de cuentas p. 56, 59, 67, 165, 172, 173, 183, 269, 342, 378, 379, 381, 388, 393, 400, 526, 527, 528, 530, 533, 534, 540, 608

Renta vitalicia p. 310, 311, 312, 313, 314, 315

extinción de la renta p. 314

Reparación de daños *véase* **Daño resarcible**

Responsabilidad civil p. 412, 413, 414, 415, 416, 422, 423, 424, 425, 427, 432, 437, 438, 440, 459, 460, 469, 471, 476, 483, 502, 504, 518, 519, 555

actividad peligrosa de un grupo p. 498

fuerza irresistible p. 473, 474

hecho del damnificado p. 429, 430, 440, 441, 489, 507

hecho de un tercero p. 440, 442, 443, 478, 548

limitación de la responsabilidad p. 30, 47, 48, 94, 131, 463

pluralidad de responsables p. 426, 443, 475

responsabilidad del hotelero p. 91, 92, 93, 94

responsabilidad de los establecimientos educativos p. 502

responsabilidad del principal por el hecho del dependiente p. 432, 472, 473, 478, 479, 513

responsabilidad directa p. 70, 472, 513, 514

responsabilidad solidaria p. 29, 119, 120, 178, 205, 377, 538, 539

Responsabilidad del Estado p. 427, 501, 502

responsabilidad del funcionario público p. 501

Responsabilidad parental p. 477, 482, 483, 484, 485, 486, 513

Ruina *véase* **Obra en ruina**

S

Sentencia civil p. 515, 516, 520, 521, 522

suspensión del dictado de la sentencia civil p. 515

Sentencia penal p. 516, 517, 518, 520, 521

T

Títulos valores p. 399, 400, 402, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 605, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 632, 633, 634, 635, 636

títulos con cotización pública p. 621

títulos de deuda p. 386, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 571, 614

títulos representativos de mercaderías p. 593

títulos valores a la orden p. 325, 601, 602, 609, 610

títulos valores al portador p. 272, 588, 601

títulos valores cartulares p. 570, 577, 595

títulos valores en serie p. 583, 587, 616, 619, 620

títulos valores no cartulares p. 570, 592, 611, 632

títulos valores nominativos endosables p. 609

títulos valores nominativos no endosables p. 609, 628

Transporte p. 33, 35, 38, 39, 44, 45, 425

carta de porte p. 41, 42, 43, 44, 45, 49, 50

obligaciones del pasajero p. 38

obligaciones del transportista p. 36, 37, 38, 46, 50

responsabilidad del cargador p. 41

responsabilidad del transportista p. 34, 36, 39, 40, 46, 47, 48, 49

responsabilidad por el equipaje p. 40

transporte de cosas p. 36, 40, 41, 42, 44, 47, 48, 49

transporte de personas p. 37

transporte gratuito p. 34

transporte multimodal p. 34

transporte sucesivo p. 36, 37, 40, 50

V

Vicios ocultos p. 24, 25, 26, 28, 239, 245, 258, 276, 277

evicción p. 24, 239, 274, 275, 276, 277, 310, 311, 330, 332, 336, 337

vicios redhibitorios p. 26, 27, 245, 246, 311