

RICARDO LUIS LORENZETTI

Director

**CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL
DE LA NACIÓN
COMENTADO**

MIGUEL FEDERICO DE LORENZO

PABLO LORENZETTI

Coordinadores

Tomo VII

Arts. 1280 a 1613

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 – Tel. (0342) 401-9300 – S3000CMV Santa Fe

ISBN 978-987-30-0517-6 (obra completa edición encuadernada)
ISBN 978-987-30-0515-2 (obra completa edición rústica)

Argentina. Códigos

Código civil y comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 1ª ed. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2015

v. 7, 920 p. : 23 x 16 cm

ISBN 978-987-30-0587-9 (edición rústica)

ISBN 978-987-30-0586-2 (edición encuadernada)

1. Derecho Civil. 2. Derecho Comercial. 3. Códigos. I. Lorenzetti, Ricardo Luis, dir. II. Título
CDD 348.023

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

AUTORES DE ESTE TOMO

Artículos	Autores
1280 a 1318	MIGUEL A. PIEDECASAS
1319 a 1334	ENRIQUE CARLOS MÜLLER
1335 a 1355	MIGUEL A. PIEDECASAS
1356 a 1377	ENRIQUE MÁXIMO PITA
1378 a 1429	EDUARDO BARBIER
1430 a 1441	MARTÍN ESTEBAN PAOLANTONIO
1442 a 1478	PABLO D. HEREDIA
1479 a 1524	JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ MAXIMILIANO RAFAEL CALDERÓN
1525 a 1532	CARLOS MARCELO D'ALESSIO
1533 a 1541	MIGUEL A. PIEDECASAS
1542 a 1573	CATALINA MOGGIA
1574 a 1598	ALEJANDRO BORDA
1599 a 1608	CARLOS MARCELO D'ALESSIO
1609 a 1613	PAMELA TOLOSA LORENA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

CAPÍTULO 7

TRANSPORTE¹

Introducción. Los Fundamentos de la Comisión de Reformas

“Se dispone, en el Capítulo 7, que hay contrato de transporte cuando

¹ Sobre el contrato de transporte puede consultarse el siguiente material doctrinario: LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, t. III, ps. 711 y ss. Pueden verse además: ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Transporte en ómnibus y naturaleza jurídica de la responsabilidad del porteador*, en J. A. 70-120; COSENTINO, Eduardo T., *Régimen jurídico del transportador aéreo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, y *El retraso en el transporte aéreo*, en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, N° 7, p. 343; CHAMI, Diego, *Régimen jurídico del transporte multimodal*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005; ET-CHEVERRY, Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 2; GALDÓS, Jorge Mario, *El transporte en la Suprema Corte de Buenos Aires*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 7, p. 151; GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y GÓMEZ BUQUERÍN, Gastón, *Legislación comercial anotada*, Depalma, Buenos Aires, 1993, vol. 1; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Nuevamente sobre los daños causados en el llamado transporte benévolo*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 7, p. 37, y *La responsabilidad de la empresa de transporte terrestre no ferroviario interurbano y el daño causado a un pasajero por delincuentes armados*, en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 2006-2, p. 7; MALAGARRIGA, Carlos C., *Tratado elemental de Derecho Comercial. Transporte y seguros*, Tea, Buenos Aires, 1952, t. III; MARTORELL, Jorge Enrique, *Responsabilidad del transportador terrestre*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 7, p. 19; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Naturaleza jurídica de la responsabilidad del transportista y del personal dependiente. La responsabilidad del conductor, del piloto y del capitán*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 7, p. 7; PIEDECASAS, Miguel A., *Transporte benévolo*, en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, N° 2, p. 137; *El transporte público de pasajeros, los accidentes y el seguro de responsabilidad civil: el decreto 260/97*, en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, N° 3, p. 175 y *Seguro de transporte*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 7, ps. 95 y ss.; RAY, José Domingo, *El transporte marítimo y fluvial. Responsabilidad y eximentes*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 7, p. 213;

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, y sus normas se aplican cualquiera que sea el medio empleado, excepto lo dispuesto por leyes especiales. El transporte a título gratuito no está regido por las reglas de este Capítulo, excepto que sea efectuado por un transportista que ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad.

"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 ocurrió el daño, todos ellos responden solidariamente sin perjuicio de las acciones de reintegro.

"Se regulan la oferta al público, el plazo del traslado, la responsabilidad del transportista.

"En una Sección especial se regula el transporte de personas, estableciendo que comprende, además del traslado, las obligaciones de embargo y desembarco. Se establecen reglas sobre las obligaciones del transportista, del pasajero, la extensión de la responsabilidad por incumplimiento del contrato o retraso en su ejecución, las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista.

"En el transporte de cosas se definen las obligaciones del cargador su responsabilidad, la carta de porte, la guía, y los detalles referidos a la carga y su puesta a disposición. También se prevén normas de responsabilidad.

"En general, se ha seguido al Proyecto de 1998, con algunas modificaciones que han sido señaladas como convenientes por la doctrina".

SAGARNA, Fernando, *Responsabilidad civil por el transporte terrestre de personas*, Depalma, Buenos Aires, 1997; VARANGOT, Carlos J., *Tratado de los transportes*, Perrot, Buenos Aires, 1952; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y FISCELLA, María, *Contrato de transporte*, Juris, Rosario, 1997; VIDELA ESCALADA, Federico, *Derecho Aeronáutico*, Zavalla, Buenos Aires, 1976; ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., *Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados*, Depalma, Buenos Aires, 1959, t. I, ps. 220 y ss.

Reemplaza de esta manera los artículos 162 a 206 del código de comercio.

Establece una regulación única referida al contrato de transporte, posibilitando que estos principios regulen el contrato ocasional o aislado (siempre oneroso) y también el habitual.

Excluye determinados transportes como el multimodal y respeta las clases especiales como el aéreo o los incluidos en la navegación.

Aplica las normas de la responsabilidad por las cosas o actividades riesgosas, con particularidades.

Reemplaza la normativa contenida en el código de comercio, re-ceptando gran parte de los institutos que éste contiene, con una expresión más moderna y adecuada.

Modifica el régimen de prescripción.

Es bueno advertir que deja de lado el concepto de empresa y mantiene el criterio distintivo interno de la "habitualidad" para marcar diferencias en situaciones concretas.

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 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.

I) Resumen

Este artículo brinda un concepto de contrato de transporte y otorga de esta manera, en forma precisa y clara, los límites conceptuales del mismo. Se diferencia del código de comercio anterior en virtud de que no existía una norma similar y, además, la presente resulta terminológicamente adecuada a nuestra realidad.

II) Concordancias

Contratos en general (arts. 957 a 965); contratos celebrados por

adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984 a 989); interpretación de los contratos en general (arts. 1061 a 1068); contratos conexos (arts. 1073 a 1075), y contratos de consumo (arts. 1092 a 1095).

III) Interpretación de la norma

En una de sus primeras diferencias con el texto anterior, comienza la regulación por definir concretamente el contrato de transporte.

En este sentido, el artículo señalado expresa: "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".

La definición utilizada es correcta y se corresponde con la aceptada por la doctrina y la jurisprudencia.

Resulta acertada la postulación a través del concepto de "parte" sin identificar al empresario o a la empresa, en virtud de que ésta es una de las ausencias conceptuales expresamente determinadas por los redactores.

La noción de parte permite encuadrar a lo que se consideraba transporte civil y comercial en un solo concepto.

En ciertas posiciones interpretativas del código de comercio se sostenía que el transportista debía ser una empresa y el contrato oneroso para ser comercial.

Hoy el requisito es la onerosidad.

Tan así es que artículos posteriores excluyen de la aplicación de estas normas al transporte gratuito.

También se identifican las obligaciones nucleares del contrato y que lo caracterizan como tal: a) el traslado de cosas o personas de un lugar a otro, y b) pagar el precio o flete.

En este sentido, se debe señalar que se mantiene el término de "cosas" en lugar de "bienes" y que se particulariza una modalidad de precio como lo es el flete. En realidad el flete es sólo un modo especial de precio.

IV) Significado de la reforma

La reforma coloca en tiempo actual el concepto de contrato de transporte, superando la terminología inadecuada y anacrónica que estaba contenida en los artículos 162 y siguientes del código de comercio. A sólo modo de ejemplo, se debe señalar que el código derogado refería al transporte de ferrocarril, troperos y arrieros, lo que marca la necesidad de reforma y adecuación que existía en esta materia.

Art. 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.

I) Resumen

El presente artículo determina a qué casos de transporte resultan aplicables las normas de este capítulo. El principio es que se aplica a toda clase de transporte salvo los regulados en normas particulares o leyes especiales y lo referido al transporte multimodal, que tiene su regulación específica.

II) Concordancias

Contratos en general, carácter de las normas legales (art. 962); prelación normativa (art. 963); integración del contrato (art. 964); contratos de consumo, interpretación y prelación normativa (art. 1094).

III) Interpretación de la norma

Las normas del presente capítulo se aplican a toda clase de transporte en principio.

Cualquiera sea el medio empleado, deberán tenerse en cuenta los principios señalados en este apartado.

Claro está que se aclara que se exceptiona lo dispuesto por leyes especiales (Navegación, código aeronáutico).

En este sentido, las normas equiparables de ambos cuerpos nor-

mativos deben interpretarse en forma concordante con la presente a fin de lograr una solución razonable y adecuada.

El código aeronáutico, ley 17.285, expresa: "Artículo 1º – Este Código rige la aeronáutica civil en el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que los cubre. A los efectos de este Código, aeronáutica civil es el conjunto de actividades vinculadas con el empleo de aeronaves privadas y públicas, excluidas las militares. Sin embargo, las normas relativas a circulación aérea, responsabilidad y búsqueda, asistencia y salvamento, son aplicables también a las aeronaves militares. Cuando en virtud de sus funciones específicas las aeronaves públicas, incluidas las militares, deban apartarse de las normas referentes a circulación aérea, se comunicará dicha circunstancia con la anticipación necesaria a la autoridad aeronáutica, a fin de que sean adoptadas las medidas de seguridad que corresponda".

"Artículo 2º – Si una cuestión no estuviese prevista en este Código, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común, teniendo en consideración las circunstancias del caso..."

Por otra parte, la Ley de Navegación 20.094 en su artículo 1º establece que "Todas las relaciones jurídicas originadas en la navegación por agua se rigen por las normas de esta ley, por las de las leyes y reglamentos complementarios y por los usos y costumbres. A falta de disposiciones de derecho de la navegación, y en cuanto no se pudiere recurrir a la analogía, se aplicará el derecho común".

De manera tal que tenemos los tres cuerpos normativos más importantes en materia de transporte, que se articulan de forma congruente, de tal modo que primero se aplican las normas especiales y como Derecho supletorio las del presente Código.

No debe perderse de vista que lo que se regula es el contrato de transporte. Las particularidades de cada especie de transporte estarán contenidas en la legislación especial.

En este sentido se entiende que debe integrarse con los preceptos que establecen el orden de prelación de normas en materia de contra-

tos, contenidas en los artículos 963 y 964 (ver t. V, p. 550, comentario de R. Stiglitz).

También es importante tener en cuenta que el transporte es un contrato por adhesión y de consumo, cuando involucra a un consumidor, de manera tal que deberán considerarse las normas contenidas en dichos apartados al momento de su correcta interpretación (ver t. VI, p. 244).

Se establece expresamente que el transporte multimodal se regirá por la ley especial.

De manera tal que debemos remitirnos a la ley 24.921 (B. O. del 12-1-98) que rige en la actualidad y que define el transporte multimodal y establece cuándo es aplicable la legislación argentina.

El artículo 2º de la ley señalada conceptualiza el contrato: "A los fines de la presente ley, se entiende por: a) Transporte multimodal de mercaderías: El que se realiza en virtud de un contrato de transporte multimodal utilizando como mínimo, dos modos diferentes de porteo a través de un solo operador, que deberá emitir un documento único para toda la operación, percibir un solo flete y asumir la responsabilidad por su cumplimiento, sin perjuicio de que comprenda además del transporte en sí, los servicios de recolección, unitarización o desunitarización de carga por destino, almacenaje, manipulación o entrega al destinatario, abarcando los servicios que fueran contratados en origen y destino, incluso los de consolidación y desconsolidación de las mercaderías, cumplimentando las normas legales vigentes..."

Debe considerarse que esta ley se aplica solamente en los casos establecidos por el propio cuerpo normativo: "La presente ley se aplica al transporte multimodal de mercaderías realizado en el ámbito nacional y al transporte multimodal internacional de mercaderías cuando el lugar de destino previsto contractualmente por las partes se encuentre situado en jurisdicción de la República Argentina" (art. 1º).

Con estas apreciaciones tenemos que los principios generales se aplican a todo contrato de transporte, pero cuando exista una ley especial debe armonizarse con la misma, a cuyos fines deberán utilizarse las pautas que hacen al orden de prelación de normas que el propio Código trae y, en el caso del multimodal, estarse a la ley especial.

IV) Significado de la reforma

Es de suma importancia la presente norma en virtud de que se superan los problemas de articulación con el resto de los reglamentos especiales y quedan articuladas adecuadamente. Se logra así que el transporte tenga un esquema normativo completo y que guarde relación coherente entre distintos estatutos y clases de transporte.

Art. 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.

I) Resumen

Se excluye al transporte gratuito de las normas del presente capítulo. Se establece una excepción, que se configura cuando el traslado gratuito es efectuado por un transportista habitual y de esta manera se lo coloca en el ámbito del presente apartado.

II) Concordancias

Contratos gratuitos y onerosos (art. 967); contratos nominados e innominados (art. 970); normas sobre obras y servicios (arts. 1251 a 1279).

III) Interpretación de la norma

El transporte gratuito está excluido en la norma en comentario, por cuanto la onerosidad es un elemento necesario, tal como tradicionalmente lo había declarado la jurisprudencia. Sin embargo aun cuando no exista precio, se establece que no se considerará gratuito si es realizado por quien tiene por actividad habitual la realización del transporte².

No cabe hacer aquí distinción entre el benévolo y el gratuito, como se sostiene en doctrina y jurisprudencia.

² BARBADO, Patricia, *El transporte de personas en el Código Civil y Comercial*, en Supl. L. L. dir. por R. Stiglitz, p. 115.

Igualmente puede sostenerse que no es necesario llegar al precio, sino que pueden existir “ventajas recíprocas” que podrían ubicarnos en el ámbito de los onerosos, aunque esa ventaja para el transportista no sea el precio.

Ello conforme a la clasificación que realiza el artículo 967 del Código entre contratos onerosos y gratuitos: “Los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo”.

En este caso la prestación (ventaja) con la cual se favorece (recíprocamente al traslado) el transportista está identificada con el precio, de manera tal que la exclusión de este precio nos lleva a la gratuidad.

Para determinar luego la normativa aplicable, nos debemos ubicar en el ámbito de las normas contractuales o en la subespecie de los gratuitos; el transporte benévolo seguirá la discusión acerca de si el mismo se ubica en el ámbito de lo extracontractual o lo contractual, tema que pierde interés práctico al lograrse la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual y el sistema único de prescripción.

Puede llamarse la atención sobre los contratos de obra o servicios que pueden ser gratuitos (por pacto expreso) o cuando se presume la intención de beneficiar (conf. art. 1251 del Código).

No será caracterizado como gratuito el contrato donde no exista precio pero es realizado por un transportista que tiene como actividad habitual la realización de transportes.

En realidad la norma brinda una serie de precisiones que neutralizan la gratuidad y en este sentido requiere que sea un “transportista”, o sea aquel que profesionalmente realiza esta actividad, se encuentra inscripto como tal y, además, “ofrece los servicios al público” como tal, lo que permite identificarlo como un transportista profesional y habitual.

IV) Significado de la reforma

El Código recoge, como se dijo, los criterios que ya había avanzado la jurisprudencia sobre el tema.

Art. 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.

I) Resumen

La norma regula dos supuestos diferentes: a) la oferta al público, y b) el orden del transporte.

En este sentido se la articula con las reglas prácticas y con el esquema legal del consumidor.

II) Concordancias

Relación de consumo, oferta y publicidad (arts. 1092 a 1116). Ley 24.240.

III) Interpretación de la norma

El transportista que ofrece sus servicios al público tiene la obligación de realizar el transporte, siempre que lo que se pretenda trasladar sea compatible con el medio de transporte.

Se regula de esta manera la “oferta al público” de los servicios de transporte.

Este apartado debe integrarse con las normas específicas de los artículos 1100 a 1103, referidas a la oferta y publicidad, y al artículo 1108, donde se particulariza la oferta por medios electrónicos.

La información debe ser cierta y detallada y sobre todas las circunstancias relevantes del contrato.

La información debe ser clara y gratuita.

Lo publicitado integra el contrato y obliga al oferente.

No puede realizarse una oferta/publicidad engañosa, abusiva o discriminatoria.

A renglón seguido, el artículo señala la excepción a esta obligación de transportar y la misma se configura cuando exista un motivo serio de rechazo y el pasajero o cargador están obligados a seguir las instrucciones dadas por el transportista, en base a lo dispuesto por la ley o los reglamentos especiales.

El tema se ha tratado en la doctrina y jurisprudencia, bajo la denominación de “derecho de insistencia”, y respecto del transporte de cosas.

En este caso se establece con claridad que no existirá el derecho de insistencia cuando la ley o el reglamento autoricen al rechazo del traslado de la cosa o la persona.

Es cierto que se exige que sea un “motivo serio”, que a la vez debe estar contemplado en la ley o los reglamentos.

Debe recordarse que una norma similar era la contenida en el artículo 178 del código de comercio.

Por último se establece que esta obligación de transportar debe hacerse (en el caso de cosas, mercaderías) en el orden de los pedidos, y en caso de que haya varios simultáneos, debe darse preferencia a los de mayor recorrido.

Estas reglas reemplazan las pautas que se consignaban en el artículo 187 del código de comercio.

Ahora bien, qué significa “en el orden de los pedidos”. Es dable interpretar que se trata de un rango de orden en base a la recepción de dichos pedidos, o sea por orden de llegada de los mismos, sin embargo ello podrá establecerse adecuadamente en caso de pedidos de transporte que sean similares y a igual destino, ya que de lo contrario el transporte ha de realizarse según lo establezca la reglamentación. La simultaneidad que establece el artículo debe ir acompañada de una imposibilidad de cumplimiento de los distintos pedidos en igual forma y manera, y a ello debe agregarse que el recorrido del transporte para la entrega debe ser diferente (uno mayor y otro menor), en cuyo caso, el artículo parece indicar que debe transportarse en primer término el de mayor recorrido. La norma requiere de una

interpretación con reglas prácticas y reglamentaciones adecuadas en los casos que las mismas sean aplicables.

IV) Significado de la reforma

En este caso, lo más importante es que la reforma ha integrado el sistema de ofertas de servicios de transportes al conjunto de principios que rigen la oferta y publicidad al consumidor.

Art. 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.

I) Resumen

La norma establece las posibilidades para determinar el plazo del transporte a realizar.

II) Concordancias

Interpretación y fuentes del derecho (arts. 1º a 3º); buena fe (art. 961); normas legales (art. 962); prelación normativa (art. 963); integración del contrato (art. 964); interpretación (arts. 1061 a 1068).

III) Interpretación de la norma

El transporte admite la posibilidad de que el plazo sea establecido bajo tres modalidades:

- a) Según lo pactado en el contrato;
- b) según los horarios preestablecidos;
- c) en defecto de ambos, según los usos del lugar de inicio del transporte.

Si bien la norma resulta clara, debe considerarse que en muchos supuestos el plazo está predispuesto por la reglamentación y que ella está inserta en el contrato mismo; de manera tal que la modalidad de un plazo especial para el caso queda para supuestos particulares.

La norma del código de comercio derogado que guarda cierta equivalencia es el artículo 187, primer párrafo, ya que el segundo refiere al transporte ferroviario: "La entrega de los efectos deberá verificarse dentro del plazo fijado por la convención, las leyes y reglamentos, y a falta de ellos por los usos comerciales"

Debe señalarse que en muchos casos el transporte se encuentra reglamentado por normas de orden público nacional, provincial o municipal, que establecen condicionantes para circular en determinados horarios y para que la entrega se realice de una manera y en una franja horaria especial, lo que incide sobre el propio plazo del contrato. Por ello es importante destacar el orden de prelación de las normas y la forma de utilizarlas para resolver conflictos que se puedan plantear respecto del plazo del contrato.

IV) Significado de la reforma

Regula de una manera más clara y precisa este elemento de tanta importancia en materia de transporte. Dota al sistema de una norma particular.

Art. 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.

I) Resumen

La norma regula el tema del retraso en el cumplimiento del contrato (del traslado) y la penalidad correspondiente.

II) Concordancias

Aplicación de cláusula penal y sanciones conminatorias (arts. 790 a 804); reglas generales y especiales de la responsabilidad (arts. 1708 y ss.).

III) Interpretación de la norma

La sanción por retardo está receptada en el Código, al igual que en el código de comercio derogado.

Se parte de la idea de que existe un retraso, o sea que no se cumplió con el tiempo pactado.

El código de comercio la establecía para el transporte ferroviario y la doctrina y jurisprudencia la extendió a otras clases de transportes.

La existencia de retraso le hace perder una parte proporcional del precio.

Si el retraso es igual al doble del plazo del contrato, se pierde la totalidad del precio.

La eximente es probar por parte del transportista que existió "causa ajena".

La naturaleza es la de una pena, ya que el propio artículo permite la acumulación con el reclamo de daños.

La estructura de la norma y de los principios expuestos son similares a los del artículo 188 del código de comercio.

Queda claro que:

- a) Es aplicable al transporte de cosas y no de personas.
- b) Debe existir un retraso (o sea, exceder el tiempo normal del transporte).
- c) La pena es la pérdida proporcional del precio en relación al retraso.
- d) Si el retraso es igual al doble del tiempo de cumplimiento del contrato, pierde todo el precio (el retraso debe computarse a partir del tiempo normal de cumplimiento y no incluyéndolo).
- e) El transportista puede probar "causa ajena" para neutralizar la pena.
- f) La pena no impide reclamar los daños causados por el retraso. Ello deja a la interpretación lo siguiente:
 - a) *Qué se entiende por retraso*: En este sentido, es el tiempo que excede del establecido como plazo normal de cumplimiento del traslado.

- b) *Qué se entiende por "causa ajena"*: Aquí se debe recurrir a los artículos 1726 a 1736 del Código y en principio son consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con un hecho productor del daño, que no tienen relación con el transporte ni con el transportista.

IV) Significado de la reforma

La reforma regula la pena típica del transporte en relación con el retraso, articulándola conceptualmente con el nuevo sistema de responsabilidad del Código.

Art. 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.

I) Resumen

Se establecen los principios que rigen la responsabilidad del transportista, sin perjuicio de que luego existan normas especiales que regulan situaciones particulares.

II) Concordancias

Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y ciertas actividades (art. 1757); normas generales y especiales en materia de responsabilidad (art. 1708 a 1748).

III) Interpretación de la norma**III.1) Introducción**

Se establece una *responsabilidad objetiva* para la eventual responsabilidad por incumplimiento del transportador. La norma remite a los

artículos 1757 y siguientes, o sea, a las normas sobre la responsabilidad civil derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades.

Con relación al transporte de cosas, como regla, la responsabilidad también es objetiva en la medida que, como dice el artículo, al deudor *sólo lo libera la prueba de la causa ajena* con aptitud para la fractura del nexo causal. Queda claro, además, como dice la norma, que el vicio propio de la cosa transportada es considerado causa ajena.

Siempre con relación al transporte de cosas, por otra parte, 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. Como 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 (ver art. 1294).

En el supuesto del *transporte 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; pero en ningún caso esta convención puede estar incluida en una cláusula general predispuesta (ver art. 1310).

III.2) *El transporte de personas y la dimensión constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema*

Cabe mencionar, además, que el régimen jurídico aplicable al transporte de personas se integra con las reglamentaciones y los marcos regulatorios y las normas de defensa de la competencia, lealtad comercial y defensa del consumidor, y particularmente con el artículo 42 de la Constitución Nacional reformada en 1994.

De este modo, se presenta una dimensión constitucional del contrato de transporte de pasajeros, particularmente en lo que concierne a la seguridad personal de éstos. En ese marco se ubican los importantísimos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia: “Ledesma” (Fallos: 331:819); “Uriarte Martínez” (Fallos: 333:203); “Montaña” (3-5-2012) y “Maules” (del 11-12-2014).

III.3) *Reglas generales aplicables*

Regresando a los principios, es preciso señalar que de la norma surgen las siguientes pautas:

- a) La responsabilidad por daños a las personas transportadas se rige por los principios de responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades riesgosas.
- b) En el transporte de cosas, sólo se excusa su responsabilidad probando causa ajena.
- c) El vicio propio de la cosa es considerado causa ajena.

De estas consideraciones queda por precisar que en la responsabilidad por daños a las personas transportadas, no son eximentes:

- a) La autorización administrativa (que tiene relevancia en materia de transporte).
- b) El cumplimiento de las técnicas de prevención (que también es sumamente importante en la organización de transporte).

Ahora bien, si se considera que el factor de atribución es objetivo, porque así lo establece el artículo 1757, ello implica que sólo se libera demostrando causa ajena, que no sea ninguna de las dos que están prohibidas como eximentes por el propio artículo 1757.

Las demás situaciones que configuren “causa ajena” pueden actuar como eximentes, siempre que (además) reúnan los requisitos de cada una de estas situaciones que liberan o pueden liberar de responsabilidad (hecho del tercero, hecho de la víctima, caso fortuito).

En el transporte de cosas, no se remite al artículo 1757 pero como se promete un resultado (traslado), se aplica el artículo 1723 y por ende la responsabilidad es objetiva sumado, como se dijo, a que sólo libera la causa ajena.

Debe también otorgarse una precisión de lo que es el vicio propio de la cosa, que en este caso refiere a calidades o defectos inherentes a ella que son las causantes del deterioro o pérdida. Pero debe guardarse la regla de la causalidad, ya que si se demostrare que si bien es una cosa que por estas circunstancias se puede perder o degradar, pero ello no aconteció, sino que es otro el elemento causal, la responsabilidad del transportista seguirá vigente.

IV) Significado de la reforma

Tiene la utilidad de brindar una norma general, que será aplicable a falta de normas especiales que se encuentran en el propio capítulo de transporte.

Art. 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.

I) Resumen

La norma regula una situación que siempre ha sido problemática, el transporte sucesivo o combinado, y brinda principios alternativos para su solución.

II) Concordancias

Subcontratación (arts. 1069 a 1072); contratos conexos (arts. 1073 a 1075); reglas generales y especiales de la responsabilidad (arts. 1708 y ss.).

III) Interpretación de la norma

Debe señalarse someramente qué es lo que se entiende por transporte sucesivo o combinado y diferenciarlo del transporte multimodal.

En este sentido, se ha expresado que se entiende por transporte sucesivo aquel por el cual existe una unidad de contratación y es llevado adelante por un solo modo (terrestre, marítimo o aéreo). Es decir, ante diversos vehículos en un mismo modo y por medio de un único documento de transporte. El contrato se celebra entre el cargador y el transportador y éste subcontrata con otros transportadores.

En cambio en el transporte combinado existen dos o más modos que se consideran independientes. Aquí un cargador celebra contratos distintos y la responsabilidad es asumida por cada transportador. Cuando se habla de transporte multimodal se está frente a una sola operación comercial que encierra dos o más modos, un solo documento y, lo más sobresaliente, una sola persona que asume la responsabilidad del transporte.

Se establece una serie de pautas para esta clase de transporte.

El problema se plantea porque hay varios transportistas que ejecutan el transporte y por ende se debe deslindar la responsabilidad de cada uno de ellos. El principio general es que cada transportista responde por los daños producidos en su propio recorrido (1^{er} párr.).

Cuando la situación se torna confusa o problemática, se deben realizar algunas disquisiciones.

Primero hay que determinar si se asume el transporte por varios transportistas en un mismo contrato o son diferenciables los contratos y las obligaciones asumidas.

Si es un único contrato por el que se asume todo el transporte por varios transportistas, responderán solidariamente (2^o párr.).

Si el daño no pudo ser determinado en su lugar de ocurrencia, responden solidariamente todos (2^o párr.).

A ello se debe agregar que los daños originados por interrupción del viaje (respecto de las personas) se deben determinar en razón del trayecto global.

También debe expresarse que en el transporte de cosas, cada transportista sucesivo tiene derecho de hacer constar en su carta de porte o en un documento separado el estado en el que ha recibido las cosas transportadas.

IV) Significado de la reforma

Se establece una norma convenientemente actualizada que regula una problemática de importancia en materia de transporte y se reemplazan normas anacrónicas y aisladas del código de comercio, entre ellas el artículo 163 de dicho cuerpo legal derogado.

SECCIÓN 2ª

TRANSPORTE DE PERSONAS

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

I) Resumen

Establece el principio y fin del contrato de transporte de personas, eliminando una problemática que había surgido en virtud de diversas interpretaciones jurisprudenciales.

II) Concordancias

Formación del contrato (arts. 971 y ss.); cumplimiento (arts. 1076 y ss.).

III) Interpretación de la norma

Regula en forma diferenciada y con mayor atención el transporte de personas, que supera la solitaria norma del artículo 184 del código de comercio derogado.

Deja en claro que dentro del contrato de transporte y su ejecución, *quedan comprendidas las operaciones de embarco y desembarco*, eliminando de esta manera las diversas controversias judiciales sobre los accidentes ocurridos en tales ámbitos.

Se ha sostenido en doctrina y jurisprudencia que lo correcto es considerar que el transportista es responsable en virtud de que estas operaciones son necesarias para realizar o culminar el traslado.

De manera tal que el contrato comprende las siguientes etapas:

- a) "Embarco", o sea todas las conductas o actos que sean necesarios para materializar el inicio del traslado, desde esperar en el lugar y horario establecido hasta el hecho mismo de subir o "embarcarse".
- b) "Traslado", que comprende todo el tiempo y lugar en que el pasajero, luego de haberse "embarcado", permanece a disposi-

ción del transportista para cumplir con ese acto de trasladarlo (esperas, detenciones, interrupciones) y luego culminar con el "desembarco" o bajar del medio de traslado.

- c) "Desembarco", es una acción posterior al traslado, que debe ser posibilitada y autorizada por el transportista, y que significa los actos necesarios para bajar del vehículo y realizar actos o conductas que no guarden relación con el transporte.

IV) Significado de la reforma

La determinación temporal y de lugar y conductas que ponen de manifiesto el comienzo y fin del contrato de transporte permiten superar diversos problemas que hacían a la responsabilidad contractual del transportista.

Art. 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.

I) Resumen

Enumera las obligaciones del transportista, colocándolas en un rango legal y sin perjuicio de las que surjan de las cláusulas contractuales.

II) Concordancias

Clases de obligaciones (arts. 746 y ss.); carácter de normas indisponibles (arts. 962 y 963).

III) Interpretación de la norma

Señala las obligaciones del transportista, sin perjuicio de otras

que surjan de la voluntad de las partes o de la integración del contrato (ver art. 961).

Son obligaciones que surgen de una norma indisponible. Por ende, se imponen a la voluntad de las partes (art. 963 del Código).

La “indisponibilidad” surge de su modo de expresión, de su contenido y de su contexto (art. 962 del Código).

El transportista debe garantizar un lugar adecuado para viajar, conforme lo convenido o lo establecido reglamentariamente. Ello genera un incumplimiento (si no se lo provee) y además incide en su responsabilidad.

Debe trasladarlo al lugar convenido, de manera tal que no es posible desligarse de esta obligación cualquiera fuere la causa o motivo que se invoque, determinando el incumplimiento su principal responsabilidad.

Dentro de ellas se debe destacar que se establece una garantía de seguridad (deber de resultado) equiparable a la construcción doctrinaria de “obligación de seguridad” o “deber de garantía”, que se reflejó fundamentalmente en diversos fallos de la CSJN (ver *supra*, comentario al art. 1286, apartado III.2), entre otros –ya mencionados– en el precedente “Ledesma”, donde se señaló que “La interpretación de la extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros, integrada con lo dispuesto por el artículo 184 del código de comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Constitución Nacional –artículo 42– para los consumidores y usuarios”³.

Resulta sumamente positiva esta inclusión expresa y quedará en la interpretación de los diversos operadores otorgarle el sentido más adecuado según el caso.

Por último se consigna la obligación del transportista de llevar el equipaje del pasajero, por supuesto, dentro de los límites reglamentarios y legales.

³ CSJN. 22-4-2008. “Ledesma, María Leonor c/Metrovías SA”

IV) Significado de la reforma

Otorga precisión y claridad a las obligaciones principales del transportista y además determina su carácter de indisponibles.

Art. 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.

I) Resumen

Establece las obligaciones principales a cargo del pasajero.

II) Concordancias

Clases de obligaciones (arts. 746 y ss.); carácter de normas indisponibles (arts. 962 y 963).

III) Interpretación de la norma

Se establecen las obligaciones de los pasajeros.

Por el texto, son normas indisponibles, pues se indica que “está obligado a”.

Pero en este caso (a diferencia del transportista) deben considerarse las circunstancias que hacen al carácter de posible consumidor del pasajero, y por ende aplicar las reglas de interpretación de los artículos 1094 y 1095 del Código.

El pago del precio es insoslayable, más en este caso, donde se excluye el transporte gratuito.

El respeto por el horario de inicio del transporte es absolutamente necesario en virtud de tratarse de un traslado (el de personas) que no es meramente discrecional de las partes, sino que en muchos casos (en otros no) está sujeto a reglas del poder público.

Ahora bien, uno de los problemas que se han de plantear es respecto de las órdenes e instrucciones y si las mismas tienen seriedad, son importantes, son legítimas, se corresponden o no con un fundamento real o aun normativo, y si las mismas existieron o no. Igualmente es una norma de organización que resulta adecuada a la modalidad del contrato de transporte.

Debe atenderse al hecho de que en muchos casos los pasajeros suelen adoptar conductas que exceden sus facultades y derechos y que el transportista no posee los medios para encauzar el contrato (poder de dirección real), y por ende deberá valorarse en el caso concreto si la conducta adoptada (por el pasajero o por el transportista) fue la adecuada y razonable a las circunstancias del caso.

El pasajero debe respetar (por su bien, el del medio de transporte y el de los bienes de terceros) las reglas de acondicionamiento de medidas y peso del equipaje, siempre que las mismas no sean irrazonables o infundadas.

El cumplimiento o incumplimiento de estas obligaciones puede incidir en algunos casos en la responsabilidad que le corresponde a cada una de las partes en una situación de daño.

IV) Significado de la reforma

Particulariza las obligaciones del pasajero y actualiza su sentido y contenido.

Art. 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.

I) Resumen

Establece las pautas de la responsabilidad por daños al pasajero o sus cosas.

II) Concordancias

Responsabilidad del transportista (art. 1286).

III) Interpretación de la norma

Establece la norma que el transportista responde por los daños en la persona del pasajero y en sus cosas.

Esta norma debe ser interpretada en forma concordante con el artículo 1286 antes analizado.

Aquí es necesario deslindar el alcance de la norma.

En primer término hace responsable al transportista por el daño en la persona del pasajero, complementando la norma general que establecía por cuáles reglas se rige la responsabilidad del transportista en casos de daños al pasajero.

Aquí se lo considera responsable. En la general se indica el sistema de responsabilidad aplicable. Son normas complementarias.

Respecto de la responsabilidad por las "cosas" del pasajero, se está refiriendo a lo que lleva con su persona (reloj, pulseras), o bien a su equipaje de mano (donde el pasajero parecería compartir la custodia con el transportista), y no al equipaje que se coloca en el lugar destinado para ello.

De manera tal que el transportista responde sin más si el pasajero resulta dañado o sus cosas. Claro está que en base a los principios, pautas y eximentes de los artículos 1757 y siguientes.

IV) Significado de la reforma

Precisa los supuestos de responsabilidad del transportista y complementa la norma general para evitar discordancias.

CONTRATOS EN PARTICULAR

Art. 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.

I) Resumen

Prohíbe las cláusulas limitativas de la responsabilidad del transportista, en orden con los principios generales de la responsabilidad que consagra el Código.

II) Concordancias

Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, cláusulas abusivas (art. 988); cláusulas abusivas (arts. 1117 y ss.). Ley 24.240 (art. 37).

III) Interpretación de la norma

La norma es indisponible por su texto.

Se prohíbe en forma terminante la limitación de la responsabilidad del transportista en materia de daños personales. La cláusula se la tiene por no escrita.

En este caso, aunque la parte no la haya impugnado, el juez debe tenerla por no escrita, ya que se trata de una norma imperativa, y que establece la consecuencia, en forma precisa y clara.

IV) Significado de la reforma

Establece con claridad una prohibición que era contendida en normas especiales como lo es la Ley de Defensa del Consumidor, y la particulariza para este especial contrato que involucra a grandes masas de usuarios.

Art. 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 pér-

Art. 1293

dida o deterioro del equipaje que el pasajero lleva consigo, con la salvedad de lo previsto en el artículo 1294.

I) Resumen

La norma prevé el tratamiento diferenciado de la responsabilidad por el equipaje.

II) Concordancias

Transporte de cosas (arts. 1296 y ss.).

III) Interpretación de la norma

Esta norma diferencia el tratamiento de la responsabilidad respecto del equipaje.

Dentro del concepto de equipaje se encuentra aquello que el pasajero lleva con él y bajo su portación, los bienes y cosas que deposita en virtud del artículo 1290, inciso d.

La norma trata de la pérdida o deterioro de las cosas transportadas como equipaje que el pasajero lleva con él, aunque se entiende que es aplicable al concepto totalizador de equipaje, comprendiendo tanto el que el pasajero traslada con él como el que se deposita en la bodega o lugar establecido para el traslado de los equipajes.

En este sentido señala que se aplicarán las normas de la responsabilidad del transportista de cosas, o sea los artículos 1296 y siguientes, que establecen los diversos principios en materia de responsabilidad por daños a las cosas transportadas.

Debe realizarse una adecuación intelectual de dichos principios, en virtud de que el equipaje suele tener particularidades derivadas de los usos y costumbres que no son similares al propio transporte de mercaderías o bienes.

IV) Significado de la reforma

La reforma es importante en tanto diferencia el tratamiento de la

responsabilidad del equipaje como una especie de transporte de bienes, anexo a un transporte de personas.

Art. 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.

I) Resumen

Se trata de una norma especial referida a la responsabilidad del transportista por objetos de mayor valor y equipajes de mano.

II) Concordancias

Responsabilidad por el equipaje (art. 1293) y transporte de cosas (arts. 296 y ss.).

III) Interpretación de la norma

Se mantiene el principio de que el transportista no responde por pérdidas o daños sufridos por objetos de valor que el pasajero lleve con él y no los haya declarado antes del viaje o al comienzo de éste.

Este principio se encontraba consagrado en el artículo 173 del código de comercio derogado.

Sin embargo la norma en análisis, además de su adecuación terminológica, contiene otras pautas o principios que antes no se encontraban regulados.

Deberá determinarse qué se entiende por "valor extraordinario", y se entiende que será de gran importancia en determinada clase de transportes atender a los procedimientos establecidos en la reglamentación para el traslado de objetos de valor.

En principio y al solo efecto indicativo, podría interpretarse como extraordinario aquello que estuviere fuera de la regla natural o común del transporte.

Se establece una carga sobre el pasajero y es la de declararlo antes del viaje o al comienzo de éste. Es importante destacar esta pauta, ya que no se está afirmando que el transportista no es responsable, sino que lo será siempre y cuando este objeto de valor extraordinario haya sido declarado.

También surge la duda respecto de si sólo se está refiriendo al equipaje de mano o a lo que el pasajero lleve portando directamente, o también al contenido del equipaje que se ubica en la bodega o lugar especial para dicho traslado de equipajes. Se entiende que comprende ambas situaciones.

En el segundo tramo de la norma, la misma se refiere al equipaje de mano y de los demás efectos que hayan quedado bajo la custodia del pasajero, estableciendo que no será responsable el transportista por su pérdida o daño, salvo que el pasajero pruebe que existió culpa del transportista y, por supuesto, que la misma guarde nexo de causalidad adecuada con el resultado dañoso.

IV) Significado de la reforma

Establece dos principios que resultan necesarios en la práctica habitual del transporte, deslindando la responsabilidad del transportista.

Art. 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.

I) Resumen

La norma establece el principio aplicable en caso de daño originado por interrupción del viaje, en un transporte de carácter sucesivo.

II) Concordancias

Transporte sucesivo o combinado (art. 1287).

III) Interpretación de la norma

La norma se refiere a los daños originados por interrupción del viaje en un transporte sucesivo. La construcción de la solución adoptada es compleja.

Cabe recordar que en esta clase de transporte sucesivo, cada uno de los transportistas responde por los daños producidos durante su propio recorrido.

En este supuesto se está en presencia de daños originados por interrupción del viaje, y podría entenderse que el responsable es aquel transportista que en ese momento está ejecutando el traslado.

Sin embargo, lo que pretende la norma es establecer que la interrupción sólo fue en razón de una proporción del trayecto total.

Debe recordarse también que el artículo 1287 establece como pauta subsidiaria que todos responden solidariamente cuando hay varios transportistas involucrados en un único contrato, en virtud de que le otorga a cada uno las correspondientes acciones de reintegro, que brindaría una solución adecuada al supuesto de hecho que ha pretendido aprehender la presente norma.

IV) Significado de la reforma

La norma trata un supuesto muy específico que debe ser complementado con el principio en materia de transportes sucesivos, del artículo 1287.

SECCIÓN 3ª**TRANSPORTE DE COSAS**

Art. 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.

I) Resumen

La norma establece las obligaciones del cargador en relación con el transporte de cosas.

II) Concordancias

Responsabilidad del cargador (art. 1297); carta de porte (art. 1298).

III) Interpretación de la norma

Se establecen obligaciones precisas para el cargador, al momento de iniciarse la ejecución del contrato de transporte.

Las omisiones o inexactitudes, o la falta de entrega o la irregularidad en el cumplimiento de estas obligaciones hacen responsable al cargador frente al transportista, otros cargadores y terceros.

También responde el cargador si por un hecho suyo el transporte no pudo ser iniciado o completado o entregado, en cuyo caso el transportista tiene igual derecho al precio y al reembolso de los gastos.

Puede ocurrir que el comienzo o la realización del transporte se vean impedidos por causas no imputables al transportista, en cuyo caso debe solicitar instrucciones al cargador.

Igualmente el transportista está obligado a custodiar la carga y en defecto de instrucciones puede depositar las cosas (judicial o particular) y si están sujetas a rápido deterioro o son perecederas, puede hacerlas vender para que no pierdan su valor (judicial o particular).

De esta manera el cargador debe:

- a) Declarar el contenido de la carga, lo que deberá realizarse en forma completa, precisa y haciendo referencia a las circunstancias esenciales de dicha carga. No debe obviar si la misma contiene objetos de valor extraordinario.

- b) Identificar los bultos externamente, de manera tal que pueda establecerse qué es lo que contiene, quién es el cargador y quién el destinatario.
- c) Presentar la carga con embalaje adecuado. En principio existen reglamentaciones en tal sentido, pero si las mismas no tuvieran existencia, deberá establecerse la relación de adecuación con el medio de transporte, el plazo y el contenido mismo, de manera tal que la carga no sea peligrosa en sí misma, para los bienes de terceros o para el medio de transporte.
- d) El cargador está obligado a indicar con precisión el destino y el sujeto destinatario de la carga, de manera tal que el transporte y la entrega de la carga puedan realizarse con precisión y sin inconvenientes.
- e) También debe entregar al transportista toda la documentación requerida para revisar el traslado de la carga específica. Cabe tener presente que según sea la naturaleza de la carga, suelen existir reglamentaciones derivadas de leyes impositivas, tributarias, o de control de sanidad o de policía, que han establecido condiciones para el traslado de determinada especie o naturaleza de bienes. Esta referencia es sobre la que justamente hace hincapié la última parte del artículo 1296.

IV) Significado de la reforma

Precisa e identifica con claridad las obligaciones del cargador.

Art. 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.

I) Resumen

La norma señala la consecuente responsabilidad del cargador por el incumplimiento de sus obligaciones.

II) Concordancias

Obligaciones del cargador (art. 1296); carta de porte (art. 1298).

III) Interpretación de la norma

Establece la responsabilidad del cargador por daños al transportista, a otros cargadores o terceros, que deriven del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 1296.

Justamente se destaca que debe existir un cabal cumplimiento de las obligaciones del cargador, ya que normalmente el cumplimiento defectuoso de dichas obligaciones puede afectar los bienes de terceros que también son trasladados, o de otras personas ajenas al transporte, o bien el medio de transporte, los dependientes del transportista o el transportista mismo.

IV) Significado de la reforma

Especifica las pautas de la responsabilidad del cargador.

Art. 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.

I) Resumen

La norma regula la documentación que el transportista puede requerir al cargador.

II) Concordancias

Obligaciones del cargador (art. 1296); segundo ejemplar (art. 1299); inoponibilidad (art. 1301); disposición de la carga (art. 1302); portador del segundo ejemplar (art. 1303).

III) Interpretación de la norma

La carta de porte es extendida por el transportista.

La emisión de la misma importa acreditar que el transportista recibió la carga.

El transportista puede exigir al cargador que suscriba la carta de porte.

Puede ocurrir que no exista carta de porte, en cuyo caso el cargador puede exigir la entrega de un recibo por la mercadería o cosas entregadas, que se denominará guía.

El cargador puede exigir un segundo ejemplar de la carta de porte (copia) destinado a su posible circulación como papel de comercio, que puede ser nominativo, a la orden o al portador.

Cuando fuere a la orden, el segundo ejemplar se puede transmitir por endoso.

La extensión de este segundo ejemplar abre situaciones especiales.

A partir de dicho momento, el cargador no tiene la disposición de la carga.

Lo que no obre en este segundo ejemplar no puede ser opuesto a los terceros portadores de buena fe.

El segundo ejemplar debe ser entregado al transportista contra entrega de la carga.

Si por culpa del portador del segundo ejemplar no se puede entregar, ejecutar, iniciar el transporte, el transportista tiene igual derecho al precio y al reembolso de los gastos.

También tiene (lógicas) implicancias en la disposición de la carga.

Si no hay segundo ejemplar, la disposición de la carga, el direccionamiento de la misma (con ajuste de precio y reembolso de gastos), corresponden al cargador.

Ahora si se ha extendido el segundo ejemplar, estos derechos pasan al portador del segundo ejemplar.

De esta manera se le ha dado curso a la carta de porte y a la guía como títulos de crédito.

Surge la inquietud del plazo de prescripción que se aplicará a la problemática derivada de la carta de porte: ¿Será la de dos años apli-

cable al transporte (art. 2562, inc. d) o la de un año, aplicable a los papeles de comercio (art. 2564, inc. d)? En principio, en tanto se trata de un título de crédito, la prescripción para dirimir las cuestiones emergentes del título será de un año, ya que el plazo de dos años está previsto para los daños derivados del transporte y no para los derechos derivados del título legal del transporte.

IV) Significado de la reforma

Establece con claridad el derecho del transportista a requerir del cargador la suscripción de la carta de porte.

Art. 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.

I) Resumen

Regula el segundo ejemplar de la carta de porte, y las posibilidades de transferencia del mismo.

II) Concordancias

Carta de porte (art. 1298); inoponibilidad (art. 1301); disposición de la carga (art. 1302); portador del segundo ejemplar (art. 1303).

III) Interpretación de la norma

Esta norma es de sustancial importancia al referirse a la carta de porte como título de crédito.

La carta de porte en tanto instrumento representativo de riqueza (mercaderías en traslado) sirve para proporcionarle al cargador una herramienta de acceso al crédito, si lo necesitare.

El cargador tiene derecho de exigirle al transportista (y éste se encuentra obligado) que suscriba y le entregue copia de la carta de porte. Si no lo hace podrá exigirlo judicialmente.

Este segundo ejemplar de la carta de porte puede ser emitido de tres maneras:

- a) Nominativo;
- b) a la orden;
- c) al portador.

Si el segundo ejemplar fue emitido en forma nominativa, el mismo podrá transferirse a través de una cesión de derechos.

Si fue emitido a la orden, se podrá transferir por endoso.

Si fue emitido al portador, se podrá transferir por la simple entrega del instrumento.

IV) Significado de la reforma

Regula de manera actual y precisa a la carta de porte como título de crédito, mejorando lo dispuesto por el artículo 167 del antiguo código de comercio.

Art. 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.

I) Resumen

Regula las situaciones donde no existe carta de porte y se debe extender un instrumento de similar contenido.

II) Concordancias

Carta de porte (art. 1298).

III) Interpretación de la norma

Puede ocurrir que en virtud de la naturaleza del transporte o de

una situación particular que se haya planteado, no exista o no se pueda emitir carta de porte.

En estos supuestos la norma establece que el cargador tiene igualmente el derecho de exigir al transportista que le entregue un instrumento que acredite la recepción de la carga.

Cabe resaltar que es una obligación del transportista entregar dicho instrumento.

La norma lo denomina "guía", acredita la recepción de la carga y en ella se consignan el contenido de la carga, el destino, el destinatario y demás circunstancias que hacen al contrato de transporte.

Si bien no se habla del segundo ejemplar de la guía, otros artículos, como el 1301, 1302 y 1303, refieren a ella de manera tal que debe considerarse que dicho instrumento (segundo ejemplar de la guía) puede tener existencia y circulación.

IV) Significado de la reforma

Regula un instrumento que no estaba contemplado en las normas del código de comercio.

Art. 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.

I) Resumen

Regula los efectos del segundo ejemplar de la carta de porte respecto de terceros.

II) Concordancias

Segundo ejemplar (art. 1299); guía (art. 1300); disposición de la carga (art. 1302); portador del segundo ejemplar (art. 1303).

III) Interpretación de la norma

En este artículo se resalta el carácter de título de crédito destinado a la circulación del segundo ejemplar de la carta de porte o de la guía.

Se consagra la regla de que lo que no contiene el instrumento (principio de literalidad y autonomía) no resulta oponible al tercero portador de buena fe.

Se debe destacar que el tercero debe detentar la tenencia del segundo ejemplar de la carta de porte o de la guía a través del mecanismo jurídico adecuado (cesión, endoso o tradición), y además ser de buena fe, lo que dependerá de las circunstancias del caso.

La segunda parte del artículo 1301 establece que este segundo ejemplar de la carta de porte o la guía deberán ser entregados al transportista cuando se pretenda la entrega de la carga transportada.

IV) Significado de la reforma

Regula los derechos de los terceros frente a la circulación de la carta de porte como título de crédito.

Otorga claridad a las relaciones establecidas entre el cargador, el transportista y los terceros.

Art. 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.

I) Resumen

Se regula la posibilidad de que el cargador pueda modificar las instrucciones otorgadas al transportista.

II) Concordancias

Obligaciones del cargador (art. 1296).

III) Interpretación de la norma

El cargador puede modificar las instrucciones dadas al transportista al convenir el contrato de transporte.

Sin embargo estas facultades no podrán ser utilizadas si se ha extendido un segundo ejemplar o una guía y la misma ha sido transferida a terceros.

Independientemente de que es una facultad del cargador, si el ejercicio de la misma causa mayores gastos o daños al transportista, el cargador deberá reembolsarlos y resarcirlos correspondientemente.

De manera tal que se está frente a una facultad del cargador, pero con una doble condición expresada en la norma.

IV) Significado de la reforma

La reforma trata una situación muy común en el transporte, regulándola en forma precisa y recogiendo las pautas que tenían sustento en el artículo 186 del código de comercio derogado.

Art. 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.

I) Resumen

La norma refiere a los derechos del portador del segundo ejemplar para ordenar disposiciones de la carga a transportar.

II) Concordancias

Inoponibilidad (art. 1301); disposición de la carga (art. 1302).

III) Interpretación de la norma

Se está en presencia de un supuesto de hecho donde existe un portador de buena fe que ostenta la tenencia del segundo ejemplar de la carta de porte o guía.

La norma regula la posibilidad o facultad de ordenar la disposición de la carga o impartir instrucciones al transportista. Cabe recordar que según el artículo 1302, en principio esta facultad era del cargador. Sin embargo cuando existe un portador del segundo ejemplar de la carta de porte o guía, será éste el que se encuentre exclusivamente legitimado para disponer de la carga o impartir instrucciones al transportista.

Estas instrucciones se deben anotar en el segundo ejemplar y ser suscriptas por el propio transportista.

Aunque la norma no lo diga, pesa sobre el portador de buena fe del segundo ejemplar de la carta de porte o guía el cargo de reembolsar los gastos y de resarcir los daños que derivaren de las nuevas instrucciones.

IV) Significado de la reforma

Aclara las facultades del portador de buena fe del segundo ejemplar de la carta de porte o guía, respecto de las disposiciones de la carga o de las nuevas instrucciones al transportista.

Art. 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.

I) Resumen

La norma regula los derechos del destinatario.

II) Concordancias

Obligaciones del cargador (art. 1296); puesta a disposición (art. 1305).

III) Interpretación de la norma

El destinatario se transforma en el titular de los derechos nacidos en el contrato de transporte desde que las cosas llegan a destino o desde que las requirió al transportista (vencido el plazo del transporte), contra el pago al transportista de los créditos derivados del transporte si correspondiere.

También debe aclararse que puede suceder que el transportista sea el encargado de cobrar el precio de las cosas transportadas en nombre del cargador. Si no lo hace es susceptible de reclamo por el cargador, aun cuando éste mantiene sus acciones contra el destinatario.

Al momento de la entrega, el destinatario puede hacer comprobar a su costo, antes de la recepción, la identidad y estado de las cosas. Si existen daños, pérdidas, averías, el transportista debe reembolsar los gastos. Ahora bien, ¿qué gastos y a quién?

En principio el transportista debe responder por esos daños y ante el destinatario, si éste recibe igualmente las cosas dañadas. De lo contrario no existirá recepción y la obligación de reparar será respecto del cargador.

Correlativamente, el transportista puede exigir al destinatario la apertura y el reconocimiento de las cosas, y si éste rehúsa hacerlo, el porteador quedará liberado de toda responsabilidad, excepto dolo.

Esta facultad, si se ejercita, debe hacerse constar en forma diferenciada y particularizada y no estar predisuelta en formularios y preimpresa.

La recepción por el destinatario de las cosas transportadas y el pago debido al transportista extinguen las acciones derivadas del contrato, salvo dolo, con excepción por pérdida o avería no reconocibles al momento de la entrega, cuyas acciones de reclamo deben ser deducidas en el plazo (de caducidad) de cinco días posteriores a su recepción.

Ahora bien, ¿quedan extinguidas las acciones cuando el destinatario recibe las mercaderías pero deja constancia de las averías o daños en las mismas y el transportista las controvierte o no repara? Pareciera que sí, ya que se trata de una recepción bajo reserva e identificación de daños a cargo del transportista y si no es reparado, la mera recepción no puede extinguir la acción. De lo contrario está el destinatario obligado a rechazar la entrega.

IV) Significado de la reforma

Regula la figura del destinatario de una manera actual y precisa, unificando diversas normas del anterior código de comercio.

Art. 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.

I) Resumen

Regula el momento crucial del transporte, que es el de la entrega de los bienes trasladados, en relación con los títulos vinculados al contrato de transporte.

II) Concordancias

Carta de porte (art. 1298); segundo ejemplar (art. 1299); inoponibilidad (art. 1301); disposición de la carga (art. 1302); portador del segundo ejemplar (art. 1303); derechos del destinatario (art. 1304).

III) Interpretación de la norma

El transportista cumple con una de sus obligaciones principales,

poniendo la carga a disposición del destinatario. Éste es el sujeto con el cual se efectiviza la conclusión de la ejecución del contrato de transporte.

La puesta a disposición debe serlo en el lugar y en el plazo, y con las modalidades establecidas en el contrato de transporte, lo que resulta práctica usual.

Si el contrato nada estableciere, deberá acudirse a los usos del lugar del destino, norma que resulta abierta y que deberá ser aplicada con la necesaria flexibilidad del caso.

Para el supuesto de que el cargador hubiere librado una carta de porte, ésta deberá ser exhibida y entregada al transportista.

Ahora bien, también puede ocurrir que exista un segundo ejemplar de la carta de porte o de la guía, y este instrumento debe ser restituido al transportista, también en el momento de la entrega de la carga.

IV) Significado de la reforma

Regula la etapa final de la ejecución del contrato estableciendo las obligaciones de los tenedores de los instrumentos emitidos en virtud del contrato de transporte.

Art. 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.

I) Resumen

Esta norma, de fundamental importancia, establece las conductas a seguir para concretar la entrega de la carga.

II) Concordancias

Portador del segundo ejemplar (art. 1303); puesta a disposición

(art. 1305); impedimentos para la entrega (art. 1308); comprobación de las cosas antes de la entrega (art. 1314).

III) Interpretación de la norma

El transportista se encuentra obligado a entregar la carga en el mismo estado en que la recibió. Éste es el principio: si la carga se ha visto afectada, corresponde responsabilizar en principio al transportista.

Es aquí cuando el transportista puede invocar causa ajena.

La norma no explicita si lo libera de responsabilidad, pero lo establece como excepción a la obligación de entrega en tiempo y forma.

Puede ocurrir que el transportista haya recibido la carga con reservas, en cuyo caso responderá cuando los vicios o deterioros no guarden relación causal con dichas reservas.

Ahora bien, si la ha recibido sin reservas, el artículo genera una presunción de que la carga no tenía vicios aparentes y que se encontraba bien acondicionada para el transporte. Ello implica que si tiene daños, se genera la responsabilidad del transportista por los mismos.

El párrafo final establece que el destinatario no estará obligado a recibir cosas con daños que impidan el uso o consumo que le son propios a dicha carga, cosa o bien. Esta norma debe ser analizada juntamente con el artículo 1314 que posibilita al destinatario comprobar a su costo, antes de la recepción, el estado de las cosas.

IV) Significado de la reforma

Se recogen los principios establecidos por el código de comercio derogado respecto de la entrega de las cosas, generando una norma más actual y clara para dichas circunstancias.

Art. 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.

I) Resumen

Regula los inconvenientes originados en el impedimento o retardo en la ejecución de transporte, y las conductas a seguir.

II) Concordancias

Obligaciones del transportista (art. 1289); extensión de la responsabilidad (art. 1291); interrupción del transporte sucesivo (art. 1295); puesta a disposición (art. 1305).

III) Interpretación de la norma

El transporte puede ser impedido o excesivamente retrasado por una causa no imputable al porteador.

Frente a esta circunstancia, el transportista debe informar inmediatamente al cargador y pedirle instrucciones.

En base a las circunstancias de tiempo y lugar, deberá calificarse qué se entiende por "inmediatamente".

Puede ocurrir que ello no sea posible.

La carga legal no es sólo de informar, sino que además debe pedir instrucciones.

Mientras tanto está obligado a custodiar la carga. De manera tal que si en ese espacio temporal la misma se pierde o deteriora, deberá responder por ello.

Si las circunstancias de tiempo y lugar imposibilitan el pedido de instrucciones, se abren dos alternativas para el transportista:

- a) Depositar las cosas;
- b) hacerlas vender para que no pierdan su valor.

Ahora bien, en este segundo caso, sólo procederá a la venta si son bienes sujetos a rápido deterioro o perecederos.

IV) Significado de la reforma

Se regula de una manera más precisa y clara la pauta legal que se encontraba consagrada en el artículo 192 del código de comercio.

Art. 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.

I) Resumen

Regula el supuesto de imposibilidad de entrega de las cosas transportadas.

II) Concordancias

Impedimentos y retardo en la ejecución del transporte (art. 1307).

III) Interpretación de la norma

El transportista se encuentra imposibilitado, por determinadas circunstancias enunciadas en la ley, a entregar las cosas transportadas.

Los supuestos legales son los siguientes:

- a) El destinatario no puede ser encontrado.
- b) El destinatario se niega a recibir las cosas transportadas.
- c) El destinatario demora su recepción.

En estos casos el transportista debe requerir inmediatamente instrucciones al cargador. Puede ocurrir que esto se pueda hacer o no.

Si recibe instrucciones, y las mismas son razonables y adecuadas, deberá adecuarse a ellas.

Si no recibe instrucciones, podrá:

- a) Depositar las cosas;
- b) hacerlas vender para que no pierdan su valor si son bienes sujetos a rápido deterioro o perecederos.

IV) Significado de la reforma

Actualiza las pautas legales contenidas en varias normas del anterior código de comercio, adecuando su redacción y sentido práctico.

Art. 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.

I) Resumen

La norma trata las cuestiones referidas al cobro contra entrega de los créditos del cargador o del propio transportista.

II) Concordancias

Obligaciones del cargador (art. 1296); derechos del destinatario (art. 1304).

III) Interpretación de la norma

El transportista puede realizar el traslado bajo diversas modalidades.

En muchos casos el flete del transporte se cobra al destinatario, e incluso puede ocurrir que el transportista asuma en nombre del cargador cobrar determinada suma de dinero contra entrega de la carga.

Aquí se está hablando de dos créditos diferentes:

- a) El propio del transportista;
- b) el del cargador, cuyo cobro se encomendó al transportista.

Si el transportista entrega las cosas al destinatario sin cobrar dichos créditos, será responsable frente al cargador por lo que le sea debido

a éste, y además perderá el derecho de accionar contra el cargador por el crédito derivado del transporte.

Sin perjuicio de ello mantendrá su acción de cobro por el crédito propio contra el destinatario y por el plazo de prescripción.

IV) Significado de la reforma

Materializa una norma que brinda una solución concreta a un supuesto de hecho usual en materia de transporte de cosas.

Art. 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 pre-dispuesta.

I) Resumen

Regula la responsabilidad por daños causados a bienes con características especiales o vulnerables.

II) Concordancias

Entrega (art. 1306); cálculo del daño (art. 1311); pérdida natural (art. 1312); limitación de la responsabilidad, prohibición (art. 1313).

III) Interpretación de la norma

El transporte de cosas frágiles est   sujeto, generalmente, a normas reglamentarias que atienden a su particular naturaleza. Se parte de la idea de que su propia fragilidad hace riesgoso el traslado.

En el mismo sentido se pueden ubicar aquellas cosas o bienes sujetos a fácil deterioro.

Diferente es el caso del transporte de animales, que posee reglas propias, que deben cumplirse adecuadamente por el transportista.

En este mismo ámbito se ubican los denominados transportes es-

peciales, que para realizarse necesitan de un medio que reúna determinadas condiciones y cuidados también particulares.

También diferente es el caso de las cosas mal acondicionadas para el transporte, ya que es obligación del cargador acondicionar adecuadamente las cosas para su traslado, conforme el artículo 1296 del Código.

Sin embargo la pauta de atribución de responsabilidad es la misma. En principio, si hay daño el transportista es responsable.

Sin embargo, la norma establece que por convención expresa puede consagrarse que sólo responderá si se prueba su culpa. Ahora bien, si ello no se encuentra convenido, el transportista es responsable, haya o no culpa.

De manera clara y en protección del cargador, se establece que esta convención sobre la prueba de la culpa no puede estar incluida en una cláusula general predispuesta.

IV) Significado de la reforma

La norma mejora la solución y redacción del anterior artículo 177 del código de comercio, estableciendo el principio bajo parámetros actuales.

Art. 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.

I) Resumen

La norma establece el principio para el cálculo del daño derivado del transporte de cosas.

II) Concordancias

Entrega (art. 1306); responsabilidad por culpa (art. 1310).

III) Interpretación de la norma

El principio consagrado es claro y se corresponde con el que contenía el artículo 179 del código de comercio.

La indemnización por pérdida o destrucción o deterioro de las cosas transportadas es el valor de éstas o el de su menoscabo.

Podría originarse el problema en cuanto a que las partes entiendan que tienen un valor diferente. No se ha consagrado la tasación por peritos. Sin embargo deben aplicarse las normas generales sobre reparación de los daños.

El valor que se debe tomar es el que las cosas hubieren tenido en el tiempo y lugar de entrega. En este caso puede ocurrir que se hayan entregado con deterioros, o que se hubieren perdido o destruido, por lo que debe considerarse el tiempo y lugar en que debieron ser entregadas al destinatario.

IV) Significado de la reforma

Regula el principio de cálculo del daño de una manera más precisa y actual que lo que establecían los artículos 179 y 180 del código de comercio.

Art. 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.

I) Resumen

Se regula la responsabilidad del transportista en los supuestos de cosas que por su naturaleza están sujetas a alteraciones propias.

II) Concordancias

Entrega (art. 1306); responsabilidad por culpa (art. 1310); cálculo del daño (art. 1311).

III) Interpretación de la norma

El contrato de transporte suele involucrar cosas o bienes que por su propia naturaleza disminuyen de peso o de medidas durante el traslado. Se trata de las denominadas "pérdidas naturales".

En este caso, el principio es que el transportista sólo responde por las disminuciones que excedan de dicha pérdida natural.

Sin embargo queda abierta la posibilidad de que el cargador o el destinatario prueben que el daño no guarda relación adecuada de causalidad con la naturaleza de las cosas, sino que son atribuibles a otros hechos o conductas.

La segunda posibilidad es probar que este daño no deriva de la pérdida natural, sino que ha sido provocado por las particulares circunstancias que rodearon al transporte o se vinculaban con él.

En estos casos el transportista deberá responder igualmente y no podrá invocar la pérdida natural, ya que el daño no guarda relación con esta circunstancia.

Por último, queda una alternativa de responsabilidad del transportista, y es que el daño comprobado no pudo alcanzar esa magnitud, sólo por la pérdida natural, y por lo tanto deberá responder en la medida que ese daño exceda la relación causal con la pérdida natural.

IV) Significado de la reforma

Se consagra una norma que mejora en términos actuales el principio contemplado en el artículo 174 del código de comercio derogado.

Art. 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.

I) Resumen

Establece la prohibición de limitar convencionalmente la responsabilidad del transportista.

II) Concordancias

Entrega (art. 1306); responsabilidad por culpa (art. 1310); cálculo del daño (art. 1311); pérdida natural (art. 1312).

III) Interpretación de la norma

Al igual que lo dispuesto en el transporte de personas, en el artículo 1292, se establece el principio de que los transportistas profesionales y habituales no pueden limitar las reglas de responsabilidad contenidas en los artículos precedentes.

Igualmente deben realizarse algunas precisiones.

La norma permite, por lo menos en términos teóricos, la posibilidad de que se limite la responsabilidad en aquellos casos donde el transportista o porteador no realice esta actividad en forma habitual. Esto estaría permitido en virtud de la definición amplia que adopta el artículo 1280, dando lugar al transporte en forma aislada o en forma habitual.

La segunda cuestión es si está habilitada la limitación de la responsabilidad en lo que refiere al factor de atribución, cuando se trata de cosas frágiles, mal acondicionadas para el transporte, sujetas a fácil deterioro, de animales o de transportes especiales. Aquí se puede pactar expresamente y en forma de cláusula particular que sólo se responde si se prueba la culpa del transportista.

IV) Significado de la reforma

Deja muy en claro el principio de que no es posible limitar la responsabilidad convencionalmente, salvo en los supuestos excepcionales señalados.

Art. 1314 *Comprobación de las cosas antes de la entrega.* El destinatario tiene derecho a hacer comprobar, a su costo, antes de la re-

cepción 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.

I) Resumen

Regula las facultades del destinatario de comprobación de las cosas antes de la recepción.

II) Concordancias

Derechos del destinatario (art. 1304); entrega (art. 1306); impedimentos para la entrega (art. 1308); pérdida natural (art. 1312); efectos de la recepción de las cosas transportadas (art. 1315).

III) Interpretación de la norma

El contrato de transporte concluye con la entrega de las cosas al destinatario.

Ahora bien, el destinatario no puede ser obligado a recibir las mismas de cualquier modo o manera. La norma le otorga el derecho (y por ende, obligación para el transportista) de hacer comprobar a su costo (del destinatario), antes de la recepción de las cosas, su identidad y estado.

Ésta es una norma lógica, y ya se encontraba contenida en el artículo 198 del código de comercio.

Puede ocurrir que las cosas se encuentren en correcto estado de conservación. El destinatario las recibirá y quedará concluida la ejecución del contrato de transporte.

Ahora bien, si existen pérdidas o averías, el transportista en principio debe reembolsar los gastos. Se entiende que se está refiriendo a los gastos de comprobación, ya que las normas sobre la responsabilidad por los daños en las cosas transportadas son autónomas. En consecuencia,

el transportista debe reembolsar los gastos de comprobación y podrá ser responsable de los daños existentes en los bienes trasladados.

La segunda parte del artículo en cuestión es la que se refiere a la facultad del transportista de exigir al destinatario la apertura y el reconocimiento de la carga.

El destinatario puede aceptar o no hacerlo.

Si no acepta abrir y reconocer la carga, el transportista quedará liberado de toda responsabilidad referida a su identidad y estado.

Igualmente, podrá ser responsable el transportista aunque no se hubiere realizado la apertura, cuando se pruebe el dolo en su actuar.

IV) Significado de la reforma

La norma actual mejora la redacción contenida en el artículo 198 del código de comercio derogado.

Art. 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.

I) Resumen

Se regula la extinción de las acciones derivadas del transporte.

II) Concordancias

Entrega (art. 1306); responsabilidad del transportista frente al cargador (art. 1309); comprobación de las cosas antes de la entrega (art. 1314).

III) Interpretación de la norma

Se establece que la recepción por el destinatario de las cosas trans-

portadas y el pago de lo adeudado al transportista extinguen las acciones derivadas del contrato.

Como se puede observar, la entrega de la cosa transportada y el pago del precio (además de los gastos que correspondan) refieren a la extinción de las obligaciones centrales del contrato de transporte.

Es un modo de extinción por cumplimiento.

La misma norma deja abierta cualquier acción cuando se pruebe el dolo en el actuar de alguna de las partes.

El principio es que quedan extinguidas todas las acciones por pérdida parcial.

Sin embargo, respecto de aquellas pérdidas o averías que no pudieren ser identificadas en el momento de la entrega, las acciones subsisten por el plazo de cinco días posteriores a la recepción.

IV) Significado de la reforma

Establece en forma clara y precisa la extinción de las acciones derivadas del contrato de transporte. Se amplía el plazo de reclamación que se encontraba establecido en el artículo 183 del código de comercio.

Art. 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.

I) Resumen

Se analiza la culpa del cargador o del portador del segundo ejemplar de la carta de porte o guía.

II) Concordancias

Entrega (art. 1306); impedimentos y retardo en la ejecución del

transporte (art. 1307); impedimentos para la entrega (art. 1308); responsabilidad del transportista frente al cargador (art. 1309).

III) Interpretación de la norma

Perfeccionado el contrato de transporte, pueden ocurrir distintas vicisitudes que frustren su ejecución.

La norma señala tres alternativas:

- a) Que no pudo ser iniciado;
- b) que no pudo ser completado;
- c) que la entrega no pudo ser efectuada.

Si estas vicisitudes se deben al hecho de: a) el cargador; b) el portador legitimado del segundo ejemplar de la carta de porte o de la guía; c) el destinatario; el transportista no será responsable y consecuentemente tendrá derecho a: a) cobrar el precio; b) cobrar una parte proporcional del precio, según el caso; c) cobrar los gastos adicionales en que haya incurrido.

IV) Significado de la reforma

Regula un supuesto de hecho que no se encontraba contemplado con claridad en la legislación de fondo.

Art. 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.

I) Resumen

Regula la reexpedición por el transportista de las cosas transportadas.

II) Concordancias

Entrega (art. 1306).

III) Interpretación de la norma

Éste es un supuesto especial.

Aquí el transportista asume la obligación de entregar la carga a otro porteador.

En este caso el transportista manifiesta que no acepta una carta de porte hasta un destino diferente al de tal entrega (el lugar donde el otro transportista recibirá la carga). En estas circunstancias se establece una presunción legal de que las responsabilidades del transportista originario concluyen con la entrega de las cosas al transportista derivado, sin asumir más obligaciones que las de haber empleado una razonable diligencia en la contratación del transportista siguiente.

De manera tal que para atribuirle responsabilidad al transportista por este segundo tramo del contrato de transporte, deberá demostrarse que no empleó una diligencia razonable en la contratación del transportista derivado.

IV) Significado de la reforma

Genera una norma que brinda solución concreta a un supuesto que resulta complejo en la práctica.

Art. 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.

I) Resumen

Regula los derechos de los transportistas sucesivos.

II) Concordancias

Transporte sucesivo o combinado (art. 1287); interrupción del transporte sucesivo (art. 1295); transporte con reexpedición de las cosas (art. 1317).

III) Interpretación de la norma

La norma contiene dos principios o pautas diferentes. La primera de ellas refiere al derecho de cada transportista sucesivo de documentar el estado en que recibe (del otro transportista o del cargador) las cosas transportadas.

IV) Significado de la reforma

Se determina con claridad la responsabilidad de cada transportista sucesivo y además genera una solución práctica, adecuada a las circunstancias de esta clase de transporte.

CAPÍTULO 8**MANDATO****Introducción. El contrato de mandato en los Fundamentos del Proyecto**

"El Código Civil define el mandato diciendo que tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esa naturaleza (art. 1869). En el Código de Comercio se establece que es un contrato por el cual una persona se obliga a administrar uno o más negocios lícitos de comercio que otra le encomienda (art. 221). En todos los proyectos de reformas del Código Civil se ha pensado en modificar estas definiciones normativas. Además, cabe tener en cuenta la influencia de la doctrina en la separación nítida entre la teoría de la representación y el mandato como contrato, así como la influencia de la legislación de protección de los consumidores.

"Por estas razones este proyecto establece el siguiente ordenamiento:

"-La representación es tratada dentro de las reglas generales del acto jurídico;

"-el mandato como contrato contempla tanto la forma civil como comercial;

"-cuando existen consumidores, se aplican las normas relativas a los contratos de consumo;

"-se regulan seguidamente el mandato, la consignación y el corretaje, por sus estrechos lazos como vínculos de colaboración basados en la gestión.

"El mandato existe cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra. Si el mandante confiere poder para ser representado, le son aplicables las disposiciones previstas en materia de representación, en el Libro Segundo, Título VII. Si no hay representación, el mandatario actúa en nombre propio pero en interés del mandante, este último 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.

"Sobre la base de estas claras distinciones entre las diversas modalidades, se disponen normas sobre onerosidad, capacidad, obligaciones del mandatario, conflicto de intereses.

"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. También se contempla la sustitución.

"Se fijan minuciosamente las obligaciones del mandante: 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 se haya incurrido para ese fin; indemnizar al mandatario los daños que sufra como consecuencia de la ejecución del mandato no imputables al propio mandatario, liberar al mandatario de las obligaciones asumidas con terceros, proveyéndole los medios necesarios para ello; 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.

"En cuanto a la extinción, se prevén los supuestos habituales.

"Siguiendo proyectos anteriores, se regula la consignación que existe cuando el mandato es sin representación para la venta de cosas muebles".

Art. 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.

I) Resumen

La norma abarca dos temas esenciales que el código derogado regulaba en artículos separados: la definición de mandato y sus dos especies típicas (expreso y tácito).

En lo conceptual, el Código –en una redacción similar al Proyecto de Bibiloni y la Comisión de 1936 y al Proyecto de 1998– considera mandato al contrato por el cual una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra (o por su cuenta). A diferencia de ese último Proyecto (art. 1241), utiliza expresamente el término "contrato", despejando toda duda sobre la naturaleza jurídica y habilitando la indispensable diferenciación con la representación y el poder, como se observará en el análisis de la norma. La elección terminológica también es correcta desde el aspecto de la metodología legislativa.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo incorpora las dos formas de alcanzar el consentimiento: el mandato expreso y el tácito. Esta última recibe un tratamiento específico en el nuevo Código y se configura cuando una persona conoce que otra está haciendo algo en su

interés y no lo impide (lógicamente, cuando pudiera hacerlo). En esta hipótesis, la norma comentada reputa que el mandato ha sido implícitamente conferido por el mandante. La disposición normativa también considera aceptado el mandato cuando se lo ejecuta, aun sin declaración expresa. Si bien no se menciona, al tratarse de un contrato bilateral (cfr. arts. 1324, 1328 y concs. de los que surgen obligaciones para ambas partes), aquella ejecución supone el cumplimiento de las prestaciones por los dos sujetos intervinientes.

II) Concordancias

Actos jurídicos, objeto (art. 279); libertad de formas (art. 284); expresión escrita (art. 286); instrumentos privados, firma (art. 313); representación (arts. 362 y ss.); contratos, definición (art. 957); libertad de contratación (art. 958); efecto vinculante (art. 959); buena fe (art. 961); formación del consentimiento (art. 971); cuenta corriente bancaria, reglas subsidiarias (art. 1401); gestión de negocios (art. 1790); administración extrajudicial (art. 2325); albaceas, delegación (art. 2525).

III) Interpretación de la norma

Al comentar ese conjunto de normas del Código que regula la institución de la *Representación* (en concreto, el Capítulo 8, del Título IV, del Libro Primero del Código, en sus dos apartados, uno asignado a las *Disposiciones generales* y el otro a la *Representación voluntaria*; ver t. II, p. 419), se destaca que la metodología era la apropiada y que la reforma aportó un haz de luz sobre conceptos hasta el momento oscuros, al menos, en el plano legislativo. Los contornos difusos, los límites sutiles entre "representación", "poder" y "mandato", persuaden de la conveniencia de marcar las diferencias dogmáticas entre estas instituciones. En aquella instancia, se intentó una primera aproximación al nexo que se establece entre las tres nociones, adhiriendo a la posición que considera a la "representación" como la situación jurídica que puede surgir del "mandato", que es el contrato que le sirve de fuente. A su turno, la instrumentación llegaría a través del "poder".

La tradición legislativa nacional no colaboraba para profundizar esta aspiración esclarecedora, porque además el mandato era de aquellos contratos que se encontraban regulados tanto en el código civil como en el de comercio, constituyendo una cabal muestra de la injustificada superposición de normas que se verificó durante años en nuestro país. Por ello, los abusos de conceptos contradictorios (inexplicables también, desde la expresa denuncia del apartamiento de las definiciones por el propio Codificador) y el excesivo casuismo atentaban contra la precisión científica. Recordamos que el mandato se encontraba definido en el artículo 1869 del código civil derogado, pero que la doctrina coincidía en que era un concepto más propio de un “contrato de representación”⁴.

Continúa la crítica fundada de este autor citado (aunque en otra de sus magistrales obras) denunciando que la confusión parte del origen mismo del código civil, en razón de que “...nuestro Codificador al ocuparse básicamente del mandato representativo y no separar ‘encargo’ de ‘poder’, confundió el contrato de mandato con el negocio de apoderamiento”⁵. La razón se ubica en la influencia del Código francés, donde la figura del mandato no aparece distinguida del instituto de la representación. El artículo 1984 utilizaba los vocablos “mandato” y “procuración” como sinónimos; asimismo, el término “poder” era empleado indistintamente con un significado análogo al “encargo” o bien al “mandato”, aun cuando sólo venga a designar en el uso corriente el documento en que consta el mandato⁶.

Como puede observarse, el régimen derogado contenía una confusa regulación, por lo que la importancia del abordaje conceptual es previa e insoslayable para el análisis de la novedosa regulación jurídica. La consideración expuesta no veda la necesidad, en mérito al denunciado nexo entre las tres instituciones, de establecer remisiones recurrentes y una interpretación sistemática del contrato de mandato integrado con la representación y el poder. En este sentido, puede observarse

⁴ Cfr. BIBILONI, cit. por MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Mandatos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, ps. 62 y 63.

⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Representación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 50.

⁶ Cfr. MOSSET ITURRASPE, *Mandatos* cit., p. 46.

—en calidad de muestra— que el nuevo artículo 1320 contiene la referencia explícita a las normas de “la representación” en los casos que el mandante confiere poder para representar.

En mérito a lo expuesto, se insiste en que la proximidad conceptual no obsta a la precisa distinción entre representación y mandato, ya que “la representación convencional puede ser causada por un contrato de mandato, por uno de sociedad en el que se designa un representante de la sociedad, o por cualquier otro contrato en el que se la utilice. Existe una diferencia clara entre mandato y representación, ya que los contratos son actos jurídicos bilaterales, mientras que la representación es un acto jurídico unilateral”⁷.

Tampoco, como se afirmó, puede confundirse el mandato con el poder como instrumento o como acto de apoderamiento: “el mandante da al mandatario un poder escrito llamado procuración, en el cual le ordena que realice en su lugar, y generalmente en su nombre, una o varias operaciones jurídicas. La escritura de poder, por lo común, no suele contener la aceptación del mandatario y, por consiguiente, no establece la formación del contrato. La aceptación será tácita y resultará en la práctica, por parte del mandatario, del hecho de llevar a cabo los actos que se le han encomendado [...] El poder o procura —en lugar de calificarse como negocio unilateral de apoderamiento como enseña la doctrina germana— no significa otra cosa que el instrumento donde consta el mandato o bien la oferta de encargo que formula el mandante”⁸.

La separación entre el mandato y el poder se atribuyó desde antaño a la figura de Laband, quien llegó a la conclusión de que “mandato y poder no son el lado interno y externo de una misma relación sino que se trata de dos relaciones distintas. Mandato significa que uno está obligado a hacer algo mientras que el poder supone que un sujeto está autorizado, tiene la potestad de hacer algo en nombre de otro”⁹.

⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Contratos. Parte especial*, Santa Fe, 2003, t. I, p. 413.

⁸ MOSSET ITURRASPE, *Mandatos* cit., p. 47.

⁹ ARIZA, Ariel, *Código Civil comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, t. II, arts. 1648 a 2050, p. 413.

En coincidencia con estas ideas, Mosset Iturraspe sostiene que “si es verdad que el mandato rige las relaciones internas, entre mandante y mandatario, y el poder las externas, entre mandante-poderdante y terceros, no lo es que el distingo entre una figura y otra radique exclusivamente en ser, una, el lado interno, y otra, el externo de un mismo fenómeno, como alguien ha sostenido. Son dos relaciones independientes y autónomas”¹⁰.

Sin embargo, la unanimidad de criterio y el consenso terminológico están lejos de lograrse, ya que para cierta doctrina –entre los autores nacionales se puede citar a Borda– quizás exista alguna exageración en la insistencia con que hoy se destaca la diferencia entre representación y mandato. Como argumentos, invocan que:

- a) El mandato es casi siempre representativo;
- b) aun la gestión no representativa podría serlo, pues admite que el mandatario actúe en nombre del mandante, y
- c) admitido que el tercero que conoce que el mandatario actúa por otro, puede dirigirse contra éste demandándose el cumplimiento del contrato, por lo que también en este caso hay representación¹¹.

La regulación del mandato tácito es otra materia que merece un análisis específico y habilita un estudio comparativo, porque ya existía una profunda regulación en el código derogado (en especial, en los alcances del silencio como expresión de voluntad y su intervención en el proceso de formación del mandato) que indudablemente se utilizó de plataforma para la construcción de la nueva normativa. En ese sentido, el sistema anterior contenía disposiciones referidas a la expresión indirecta de la voluntad del mandante por su inacción o silencio, o cuando no impedía pudiendo hacerlo, sabiendo que alguien está realizando actos en su cuenta (art. 1874, cód. derogado). Pero también, con relación a la otra parte del contrato, preveía que la manifestación tácita de su voluntad de celebrar el contrato se infería de cualquier hecho del mandatario en ejecución del mandato, o de su silencio mismo (art. 1876, cód. derogado). Otro aspecto importante de la cues-

tión, y sobre el que tampoco existe consenso, se vincula a los alcances de un mandato tácito. Algunos prestigiosos autores aceptan su extensión, incluso, para los actos de disposición. Respetuosamente se discrepa con esta posición y se adhiere a la interpretación restrictiva para los contratos perfeccionados con un consentimiento meramente implícito, por lo que se sostiene que sólo abarcaría los actos de administración¹².

En este sentido, la jurisprudencia exhibe una enorme casuística, entre la que se pueden destacar hipótesis en las que se consideró mandato tácito a supuestos en los que el vendedor de mercaderías admitió comúnmente que los pagos se hicieran al corredor¹³, o cuando el deudor acostumbraba a efectuar los pagos de su crédito al escribano interviniente en la constitución de una hipoteca¹⁴, entre otros.

IV) Significado de la reforma

El desarrollo del articulado del nuevo Código disipará algunas dudas al respecto, pero no se puede iniciar este capítulo sin elogiar las definiciones esclarecedoras como la contenida en el artículo 1319 que se comenta y que básicamente aporta un haz de luz en la atmósfera sombría de las dudas conceptuales que se expusieron.

En lo que refiere al mandato tácito, la nueva regulación continúa la línea del código derogado, en el que el silencio –como expresión de voluntad– ocupaba un destacado espacio, como se señaló. Aunque el nuevo Código no lo mencione expresamente en lo específico del mandato, debe realizarse una interpretación armónica y considerar que el silencio podrá habilitar la presencia del consentimiento en este contrato, cuando exista un contexto que permita entender la concurrencia de la voluntad de las partes de contratar. A tal efecto, la norma general sobre aceptación por el silencio se integra con la específica, para obtener así una regulación integral de la cuestión.

¹² En la misma línea, MOSSET ITURRASPE, *Mandatos* cit., p. 124.

¹³ CNCiv., sala D, 3-12-98, “Balaguer, Salvador c/Diseños Puntanos SA”, L. L. 1999-D-68.

¹⁴ CNCiv., sala F, 29-12-2004, “Kriner, Alicia Claudia y otro c/Armento, Analía Beatriz y otros”, D. J. 2005-I-742.

¹⁰ MOSSET ITURRASPE, *Mandatos* cit., p. 81.

¹¹ Cfr. MOSSET ITURRASPE, *Representación* cit., p. 40.

Art. 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.

I) Resumen

El artículo se inicia con una remisión que confirma la estrecha ligazón existente entre mandato y representación, más allá de la distinción consignada en el artículo que abre este capítulo del Código. Como quedó expuesto, una de las posibilidades es la del mandato representativo, la figura usual es aquella por la cual el contrato de mandato habilita la representación del mandatario respecto del mandante y en este caso son aplicables las disposiciones contenidas en el articulado al que remite. Propio de esa similitud, la norma comentada llega más lejos y establece que aun en el mandato no representativo (sobre el que se ampliará en la disposición siguiente) se aplican aquellas normas en las relaciones entre mandante y mandatario.

II) Concordancias

Representación (arts. 362 y ss.); mandato, sustitución (art. 1327); revocación (art. 1331).

III) Interpretación de la norma

Para que se configure esa representación que habilita la remisión normativa es necesario que el mandatario realice un acto de voluntad propio (aunque en nombre y en interés del mandante), que lo ejecute dentro de las facultades que le fueron conferidas y manifieste a los terceros que está actuando en representación. La utilización del término "poder" en la norma no debe llevar a la identificación del mandato con el instrumento que materializa ese acto jurídico. Las diferencias ya fueron indicadas, pero en esta instancia se agrega que el poder

como acto jurídico unilateral, aunque de ordinario vinculado al mandato, nace independiente de que se celebre o no ese contrato. El poder de representación está dirigido a terceros con los que el mandatario se vincule en ejercicio del contrato, quienes pueden requerirlo para verificar la representación invocada.

IV) Significado de la reforma

La norma convoca en su primera parte a las tres instituciones que merecieron oportuna conceptualización (mandato, representación y poder), trazando relaciones entre las mismas, pero sin quitarle sus identidades propias en un proceso de valiosa integración sistemática.

Por ello es necesario formular algunas indispensables aclaraciones. Como lo consigna el nuevo artículo, la regulación existe para una aplicación en subsidio de la normativa particular de este capítulo, que prevalece por su especificidad. Vinculado con ello, también hay que destacar que la remisión se orienta a las normas mencionadas que resulten compatibles, concretamente las que refieren a la representación convencional (arts. 362 y ss.). En definitiva, el mandato es esencialmente representativo, por ello es pertinente la remisión e integración normativa que ordena este artículo 1320.

Art. 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.

I) Resumen

La disposición legislativa comentada aborda una situación que se considera de excepción (se insiste, se concibe por regla que el mandato es representativo), pero que no por ello corresponde soslayar su regulación. En esta hipótesis el mandato no otorga poder de representación, por lo que el mandatario actúa en nombre propio y en interés del

mandante, con los efectos que se consignan: no nacen obligaciones entre mandante y terceros, pero sí se prevé la existencia de acciones de subrogación con sustento en el interés comprometido en este contrato.

II) Concordancias

Actuación en ejercicio del poder (art. 366); representación aparente (art. 367); responsabilidad por inexistencia o exceso en la representación (art. 376).

III) Interpretación de la norma¹⁵

La distinción entre mandato y representación señalada ut supra encuentra en este artículo comentado una aplicación concreta, porque enuncia una hipótesis en la que existe contrato de mandato pero no hay representación.

La primera consecuencia jurídica que se señala es la inexistencia de obligaciones recíprocas entre el mandante y el tercero. El mandatario asume personalmente los efectos del contrato, para lo que es necesario un nuevo acto jurídico para transmitirle esas consecuencias al mandante, verificándose así un supuesto de sustitución indirecta.

No obstante, la existencia del interés que consigna la norma es esencial en contratos de colaboración como el mandato, donde se verifica “un fuerte sentido de instrumentalidad; se celebran como medio para hacer otra cosa”¹⁶. Puede faltar la representación, pero no hay mandato sin interés, por eso la distinción de la norma es técnicamente correcta y las consecuencias jurídicas adecuadas. Por ese mismo interés existente, el mandante se encuentra habilitado para subrogarse en las acciones del mandatario contra aquel tercero y éste puede hacerlo respecto de las acciones del mandatario contra el mandante, aun cuando no exista representación.

El antecedente de esta acción subrogatoria legal se encuentra en el artículo 1929 del código derogado, aunque sólo habilitando al tercero y con fundamento en la existencia de dos negocios (uno entre el man-

dante y el mandatario y otro entre éste y un tercero) que legitimaban el ejercicio de una acción indirecta. El Proyecto de 1998 tenía una redacción muy similar a la actual, sólo con ligeras variantes terminológicas (como la reiterada utilización de la palabra mandato en lugar de mandante).

IV) Significado de la reforma

El nuevo Código penetra en la esencia del mandato, en el interés que tiene este contrato, y lo hace con pureza terminológica si lo comparamos con sus precedentes. Enuncia y regula la situación excepcional del mandato no representativo, de la que pueden derivar múltiples y complejas alternativas (la existencia de un objeto lícito o ilícito, a la que se suma la dificultad de identificar a un mandante que es titular de un interés aunque pueda aparecer oculto), pero lo hace desde los dos efectos esenciales que se consignan. Con la opción que realiza en esta norma, el Código se inclina por la tesis de la interposición real en el mandato sin representación, conforme la cual la existencia de una conexidad unilateral no descarta la verificación de la citada dualidad de relaciones jurídicas. La elección de esta alternativa es coherente con el otorgamiento de acciones oblicuas recíprocas entre el mandante que no otorgó representación y el tercero que contrató con un mandatario, que lo hacía en nombre propio pero en interés de ese mandante. La posición adoptada se enrola en la doctrina –a la que se adhiere– de la “doble transferencia”: del mandante al mandatario y de éste al tercero.

Pero más allá de esta cuestión que se desarrolla en apretada síntesis y que fue objeto de un profundo debate en la dogmática jurídica nacional, es importante señalar que la compleja situación que se configura en el mandato no representativo es asumida y regulada en la nueva legislación, porque el Código actual expresamente sienta las bases de su posición cuando consigna que el mandatario actuará en nombre propio y en interés del mandante, con todas las consecuencias y vicisitudes que estas relaciones generan. Por ello, en este punto parece importante integrar esta norma que se comenta con el artículo 366 del Código, que regula, en el capítulo referido a la representación con-

¹⁵ Ver LORENZETTI, *Contratos* cit., t. II, p. 230.

¹⁶ LORENZETTI, *Contratos. Parte especial* cit., t. I, p. 445.

vencional, la actuación en ejercicio del poder, pero fundamentalmente la norma que continúa a la citada y que determina la configuración y efectos de la representación aparente (art. 367).

Art. 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.

I) Resumen

El Código declara sin dudas la presunción de onerosidad del mandato y establece las pautas para fijar la remuneración, en una contundente fórmula de inicio por la que adopta una posición clara en un tema opinable. Al respecto, dispone que la regla será que la retribución surja del acuerdo de partes, de una de las cláusulas de este negocio jurídico. Pero el artículo que se comenta también establece la posibilidad de que se omitiera esa regulación y así enuncia las fuentes que deben considerarse para su determinación, en un orden que se considera razonable: las disposiciones legales o reglamentarias aplicables (prevalecerán –incluso– sobre el acuerdo de las partes cuando sean de orden público e inderogables) y el uso. A falta de ambas, el tribunal fijará la remuneración.

II) Concordancias

Obra y servicios, definición (art. 1251); precio (art. 1255).

III) Interpretación de la norma

La unificación normativa derogó disposiciones legislativas contradictorias y opuestas, siguió la línea del derecho mercantil al presumir en este artículo la onerosidad del mandato.

La dualidad normativa que perduró por más de un siglo en nuestro país determinaba una colisión en la temática regulada por el artículo que se comenta. Encolumnado en las líneas marcadas por una probable influencia del Derecho Romano (el mandato era un oficio de la amistad,

por ello, esencialmente gratuito), el código derogado, aun cuando habilitaba las dos posibilidades, presumía que el mandato era gratuito cuando no se hubiere convenido que el mandatario perciba una retribución por su trabajo. Ésa era la regla inferida y la onerosidad se presumía sólo cuando consistía en atribuciones o funciones conferidas por la ley al mandatario o se trataba de la actividad profesional del mismo (cfr. art. 1871 del Cód. Civ. derogado). En materia comercial, la presunción con la que se iniciaba la norma era exactamente la inversa y en una expresión negativa consideraba que “el mandato no se presume gratuito” (art. 221 del Cód. de Com. derogado), es decir, se lo calificaba de oneroso salvo pacto en contrario.

IV) Significado de la reforma

La vigencia de las contradicciones denunciadas y la convergencia de reglas inferidas y excepciones generaban no pocos inconvenientes, que la reforma solucionó con una redacción casi idéntica al Proyecto de 1998 (art. 1245).

Pero además de utilizar un criterio claro y definido expresamente, la norma contiene una regulación más completa que sus antecedentes, porque el código de comercio derogado no preveía reglas propias para la determinación de la retribución del mandatario, por lo que era necesario remitirse al código civil abrogado. Es cierto que en este cuerpo normativo existían algunas disposiciones que habilitaban la determinación de la retribución, sea en una cuota de dinero, o de los bienes que el mandatario, en virtud de la ejecución del mandato, hubiese obtenido o administrado, salvo lo que se halle dispuesto en el Código de Procedimientos a abogados y procuradores judiciales (art. 1952 del Cód. Civ. derogado), pero la nueva redacción es superadora por su precisión y concentración. Con algunas imprecisiones como la remisión a los códigos de rito y no a las leyes arancelarias en lo referido a los honorarios de los profesionales del Derecho, la norma pretérita tampoco tenía criterios explícitos para la cuantificación, sino la modalidad en que se retribuía, si era en dinero o bienes. Por ello, era usual la aplicación analógica de las pautas sobre locación de obras o servicios (consideramos que la concordancia se mantiene en el nuevo sistema,

en especial, con los arts. 1251 y 1255 del Código) a un contrato diferente como el mandato, en cuanto se establecía, a falta de fijación del importe, que las partes "ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros" (art. 1627 del Cód. Civ. derogado). Por último, destacamos que la ley 24.432 agregó un segundo párrafo a este último artículo que integraba la posibilidad de las partes de ajustar libremente el precio de los servicios con la alternativa de establecerlo judicialmente con ahora sí interesantes pautas económicas.

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

I) Resumen

Este precepto que se comenta regula la particular y controvertida situación del mandato conferido al incapaz. El mandatario puede ser incapaz y el mandante capaz deberá cumplir las obligaciones emergentes de ese contrato, tanto respecto de ese mandatario como de los terceros con los que hubiera contratado. Con similares alcances respecto del sistema anterior (específicamente, los arts. 1897, 1898 del Cód. derogado), si el mandatario incapaz es demandado por inexecución de sus obligaciones o por rendición de cuentas, puede oponer la nulidad del mandato. Ello, con la misma salvedad que contenía esa norma derogada respecto de la acción de restitución de lo que se ha convertido en provecho del incapaz.

II) Concordancias

Capacidad (art. 22); capacidad en ejercicio (art. 23); personas incapaces de ejercicio (art. 24); restricciones a la capacidad, reglas generales (art. 31); nulidad absoluta y relativa (art. 386); incapacidad e inhabilidad para contratar (arts. 1000 a 1002); enriquecimiento sin causa (art. 1794).

III) Interpretación de la norma

La materia abordada encontraba una profunda regulación en el régimen derogado. Existían preceptos específicos para la capacidad del mandante (como los arts. 1894 a 1896 del Cód. anterior), también para la del mandatario (art. 1897 del citado Código), que se integraban normativamente con las disposiciones generales en materia de capacidad contractual (y su contracara, la incapacidad). En doctrina había un cierto consenso respecto de considerar la naturaleza del acto que se encomendaba por el contrato de mandato, para distinguir si era de administración o de disposición. Para estos últimos, aquellas exigencias podían agravarse e imponerse al mandante la específica capacidad de disponer (art. 128 del cód. derogado).

En el nuevo sistema, con una solitaria y específica norma se gana en simpleza sin perder claridad, al desprenderse una regla primaria de validez del contrato, aunque se habilite al mandatario a oponer la nulidad cuando sea demandado por incumplimiento de las obligaciones o por rendición de cuentas. La opción legislativa favorable a la existencia de un contrato con un mandatario incapaz y a la validez de sus actos llamaba la atención a la doctrina ya en el sistema del código derogado¹⁷. La dogmática exponía las posibles razones para la solución propuesta por el anterior artículo 1897 del código derogado (cuyos fundamentos pueden extenderse a la actual): el mandante es el dueño del negocio, por lo que sería irrelevante el estado subjetivo del mandatario; al no obligarse (esto ocurre específicamente en el mandato representativo), el mandatario incapaz no sufre perjuicios y si es demandado por la otra parte, es protegido con la habilitación para que denuncie la nulidad, y la aspiración de proteger al tercero contratante con el mandatario incapaz, que puede desconocer esta situación. En definitiva, la solución legislativa se inscribe en un criterio clásico en el que se asigna primacía a la tutela de los derechos del tercero y también del mandatario incapaz. Como contrapartida, quien deberá soportar las consecuencias de esa alternativa es el mandante capaz.

¹⁷ LORENZETTI, *Contratos. Parte especial* cit., t. I, p. 430.

IV) Significado de la reforma

El objetivo de elaborar un Código conciso, reduciendo sensiblemente su articulado a lo estrictamente necesario para evitar injustificadas superposiciones normativas, encuentra un fiel exponente en la regulación de la capacidad en el contrato de mandato. No se intenta desarrollar una compleja regulación de la capacidad contractual, porque ya existen normas generales como las esbozadas en los artículos 1000 a 1002, que se agregan a las disposiciones introductorias de la materia (arts. 22 y ss.). La técnica apunta a previsiones normativas para supuestos específicos que son abordados con claridad.

A modo de cierre, y con el elogio apuntado en el párrafo anterior, se destaca que el artículo en comentario continúa la tradición jurídica expuesta al analizar la interpretación de la norma en lo que refiere al mandatario incapaz.

Art. 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 adquiriera 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 convenientes 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.

I) Resumen

El contrato de mandato es bilateral, constituye un negocio jurídico que se erige en causa-fuente de obligaciones para ambas partes. En concordancia con ello, el Código realiza una enumeración independiente de aquellas que están a cargo del mandatario (art. 1324 en comentario) y las que corresponden al mandante (art. 1328). En este apartado, y por la amplitud de los débitos que tiene por sujeto pasivo al mandatario, sólo se destaca que las obligaciones a su cargo nacen, por regla, desde el momento de la aceptación del mandato. En consecuencia, y por constituir un negocio consensual, se perfecciona con el consentimiento de las partes. Para el análisis individual de cada una de esas obligaciones, se remite al desarrollo puntual de cada inciso que se realizará al desentrañar la interpretación de la norma.

II) Concordancias

Obligaciones de hacer y de no hacer (arts. 773 a 775); rendición de cuentas (arts. 858/861); mora (arts. 886 a 888); mandato, conflicto de intereses (art. 1325); sustitución del mandato (art. 1327); obligaciones del mandante (art. 1328); responsabilidad civil, valoración de conductas (art. 1725).

III) Interpretación de la norma

El inciso a, enuncia la obligación nuclear del mandatario y el modo de ejecutarla. La esencia del contrato es que el mandatario ejecute actos jurídicos en interés del mandante (art. 1319 del Código). La obligación de cumplir esos actos debe ser conforme las instrucciones recibidas del mandante y la naturaleza del negocio. Lo acordado por las partes es la primera fuente para este débito a cargo del mandatario, pero también lo son las normas que regulan el contrato del mandato en este capítulo. El apartado que comentamos también contiene parámetros de la diligencia que debe emplear el mandante, al imponerle el Código el cuidado que pondría en los asuntos propios.

El mandatario debe actuar como si el acto fuera realizado en su nombre y en su propio interés, aunque así no lo sea. Por ello, debe adoptar las previsiones necesarias para el éxito de la gestión que realiza y el incumplimiento del objeto del contrato no lo exonerará de responsabilidad con el argumento de que no constituya una obligación de resultados, cuando su intervención fue negligente, imperita o imprudente y concurren los demás presupuestos de la responsabilidad civil. La norma le impone adoptar la diligencia que exige la naturaleza de la obligación como si el negocio fuera propio y más aún cuando el mandatario es profesional, porque estas relaciones jurídicas suponen una confianza especial y se tiene en cuenta la condición propia del agente (cfr. art. 1725 del Código). Por la creciente profesionalización de los mandatarios, las normas que regulan sus actividades son también aplicables, como los usos del lugar de ejecución. Una vez más, el Código acude a esta fuente supletoria para regular el mandato (v. art. 1322 del Código), aplicable cuando las partes no lo hicieron respecto del modo de ejecución de la obligación ni surge de las disposiciones normativas citadas.

Resulta interesante recordar que, a falta de instrucciones específicas, el código de comercio derogado disponía que la ejecución del mandato quedaba al arbitrio del mandatario, aunque éste resultaba obligado a obrar con prudencia (art. 226). Pese a esta última reserva, la posibilidad de abusos y excesos en perjuicio del mandante seguía latente. Ello era así porque no existían normas en la legislación civil y comercial

que impusieran parámetros de comportamientos especiales para el mandatario, como podría ser la del "buen padre de familia" o el "buen hombre de negocios". Como contrapartida, la diligencia que se aplicaba a las cosas propias era una pauta que se utilizaba para el contrato de depósito (art. 2202 del Cód. Civ. derogado) y constituía un adecuado criterio de evaluación. Por ello, su recepción en el nuevo Código para la actuación del mandatario nos parece que constituye una fórmula superadora de sus antecedentes.

El inciso b, regula uno de los deberes de aviso que tiene el mandatario. En este apartado, refiere concretamente a circunstancias sobrevinientes que por su entidad y características justifiquen el apartamiento de las instrucciones recibidas por el mandante. Una vez que se comunique a este sujeto la situación expuesta, podrá impartir nuevas instrucciones o ratificar las anteriores, pero para ello es indispensable la obligación de notificación, que se integra con la de adoptar las medidas indispensables y urgentes que las circunstancias exijan. Como puede observarse de la lectura de los incisos que siguen, las obligaciones de aviso e información son numerosas e integran los deberes esenciales de las partes, fundamentalmente porque se trata de un contrato donde la confianza se encuentra en la esencia del vínculo.

El análisis del inciso convence de que se refiere a aquellas circunstancias que son esenciales y posteriores a las instrucciones recibidas. Deben ser determinantes e idóneas para provocar una modificación de las mismas, por lo que escapan del débito aquellas situaciones irrelevantes, meramente accesorias. Esta conclusión emerge del parámetro que tenía el antecedente de la norma que se comenta y que a criterio de la doctrina imponía al mandatario el deber de informar "las noticias provenientes de la gestión que resulten relevantes, a fin de producir un cambio en las instrucciones (doct. art. 245, Cód. Com.)"¹⁸. El desplazamiento del interés que se verifica en el mandato justifica esta obligación del mandatario de dar aviso de todo lo que resulte esencial a la evolución de los negocios encomendados y que justifique una modificación de la tarea encomendada. Lo expuesto no releva,

¹⁸ LORENZETTI, *Contratos. Parte especial* cit., t. I, p. 461.

como lo destaca la norma, que el mandatario deba adoptar las medidas indispensables (se agrega, también proporcionales) cuando la situación de urgencia así lo requiera.

El inciso c, indudablemente se vincula con el artículo que sigue, ya que refiere al particular deber de información relacionado a un posible conflicto de intereses entre las partes, que sea idóneo para provocar la modificación y hasta la revocación del mandato. La recurrencia a la mención de esa posible colisión nos conmueve de la preocupación de los redactores del Código en regularla y es razonable que así sea, porque es un contrato en el que los intereses de las partes pueden entrar en pugna. La solución aparece regulada en el artículo 1325 del Código, sobre cuyo análisis profundizaremos en oportunidad de su abordaje. En este apartado sólo estudiamos el deber de información que tiene el mandatario y la importancia del cumplimiento de este débito adquiere importancia suprema porque la norma lo impone sin demora.

El inciso d, consagra el deber de reserva de toda información no destinada a ser divulgada. La doctrina destaca esta dualidad: "el mandatario tiene un deber de discreción hacia los terceros, pero de indiscreción hacia su mandante"¹⁹. Aclaremos una vez más que no refiere a toda la información, sino sólo a aquella a la que el mandatario accede en el marco del contrato que ejecuta y que por su naturaleza o características está destinada a permanecer en la esfera privada de las partes. Como nota distintiva de esta obligación, destacamos que este deber de guardar confidencialidad con relación a la información privada que tenga del mandante no se agota en la vigencia del contrato, sino que subsiste después de concluido.

El inciso e, contiene dos obligaciones vinculadas: la de dar aviso de los valores recibidos y la de ponerlos a disposición del mandante. Esta manifestación del deber de información expuesta en la norma demuestra una vez más el imprescindible contacto permanente que debe existir entre las partes de este contrato, que es esencialmente de colaboración. La primera obligación mencionada implica la notificación fehaciente de la recepción de bienes o valores de terceros. Se

¹⁹ LORENZETTI, *Contratos. Parte especial* cit., t. I, p. 461.

aclara que el mandatario también puede recibirlos directamente del mandante y para la ejecución de sus obligaciones, hipótesis en la cual tiene un deber de custodia que no aparece expresamente mencionado en este artículo. Sin embargo, la disposición que ahora se comenta refiere específicamente a la recepción de valores de terceros en el marco de la ejecución del mandato. Cuando esta situación se verifique, el mandatario se transforma en un tenedor que tiene una obligación de dar respecto del mandante y concretamente de restituir las cosas a su dueño con todas las consecuencias y efectos que este débito provoca.

El precedente de la norma en comentario es el artículo 1911 del código derogado, que formulaba ese distingo entre lo que el mandatario recibe del mandante y aquello que le entregan los terceros como efecto del contrato. La enumeración que traía aquel precepto incluía: lo que recibió de un tercero (aun sin derecho) y todas las ganancias resultantes del negocio que se le encargó (ahora aparece regulado en un inciso específico). La norma que entrará en vigencia resultará integrada con las reglas más completas en materia de contrato de depósito (al efecto, resultaba didáctica la nota de Vélez Sársfield al art. 2182 del cód. derogado), pese a que no se considera que el mandatario sea depositario. Por ello, aunque el inciso actual refiere a "todo valor", puede aplicarse a la universalidad de cosas inmuebles o muebles, fungibles o no.

El inciso f, consagra la clásica obligación de rendir cuentas que pesa sobre el mandatario y cuyos alcances se encuentran expresamente regulados en los artículos 858 y siguientes del Código, a los que se remite para un análisis más profundo de este débito. En este punto sólo se distinguen dos especies de obligación: aquella que se exige al tiempo de la finalización del contrato y la que pueda requerirse en las oportunidades convenidas. La rendición de cuentas es una consecuencia natural del desplazamiento de interés que opera por la naturaleza y características del contrato y una aplicación concreta del deber de información, ya exployado, por lo que se exige al concluir el mandato. Ello no obsta a que las partes decidan establecer otras instancias periódicas para rendiciones parciales, pero esta modalidad debe emanar del negocio. Respecto de la primera, aquella que se exige para la

extinción del contrato, tiene fuente legal, por lo que aun cuando no se encuentre prevista en el contrato resulta exigible. La consideración expuesta no veda la posibilidad de las partes de pactar la eximición de esta obligación, que no implica la inexistencia de responsabilidad del mandatario por su incumplimiento.

El inciso g, regula la posibilidad de que la ejecución del mandato genere ganancias, en cuya hipótesis nace la obligación del mandatario de entregarlas al mandante con sus accesorios, que aparecen expresamente establecidos en la norma en las obligaciones dinerarias. Aunque el deber que se impone aparece como una consecuencia lógica derivada de la esencia del mandato y su ejecución en interés del mandante, aunque parezca una obviedad resulta conveniente recordar que de la ejecución del negocio jurídico pueden no derivar lucros.

La legislación patria siempre se ocupó de regular la práctica vinculada a la utilización del dinero que recibe el mandatario y las consecuencias que de ella se derivan. El código derogado disponía que si el mandatario utilizaba el dinero para su uso propio, distinto del que surge del encargo, debía intereses "desde el día en que lo hizo" (art. 1913). Implicaba incumplimiento por cambio de destino del dinero, que no requería la constitución en mora. No se regulaba la tasa, sino el punto de partida para el cómputo. El nuevo sistema contiene una regulación diferente y que puede merecer sus objeciones, porque si el mandatario incumple utilizando las sumas de dinero que percibe en provecho propio, es decir, incumpliendo el objeto del contrato, sólo debe intereses moratorios. No obstante las críticas que pueden formularse a la opción por esta clase de intereses, resulta oportuno destacar que los intereses no excluyen la existencia de daños que pudiera sufrir el mandante por aquella práctica y que eventualmente habilitarán el ejercicio de acciones resarcitorias cuando concurren los otros requisitos de la responsabilidad.

El inciso h, consagra el deber de información sobre la ejecución del contrato. Se menciona una obligación genérica del mandatario con posterioridad de la enunciación de aplicaciones específicas, como las contenidas en los incisos b, y e, ya analizados. Se remite a las consideraciones allí expuestas para ratificar la importancia vital que tiene la comunicación fehaciente de todas las vicisitudes y contingencias

vinculadas a la marcha del negocio jurídico. La particularidad de la norma en este caso estriba en que el deber existe en cualquier momento y a simple requerimiento del mandante.

El inciso i, regula la obligación del mandatario de exhibir y entregar la documentación vinculada con la gestión encomendada. Con anterioridad, el artículo regulaba otras dos exigencias a cargo del mandante y vinculadas a la entrega de las ganancias y la puesta a disposición de los valores. En este apartado, el deber de dar se relaciona específicamente a la documentación, que también aparece mencionada como un accesorio de la rendición de cuentas, ya que el mandatario debe practicarla adjuntado aquella que sea relativa a su gestión (art. 1334 del Código). Coherente con el diseño del plan prestacional que realiza el Código, se considera que esta obligación se debe practicar no sólo al momento de la extinción del contrato, sino que la exhibición de la documentación también debe practicarse a requerimiento del mandante y como sustento probatorio de la ejecución del contrato, en términos concordantes al inciso anterior.

IV) Significado de la reforma

La norma comentada, en todos sus incisos, sigue el Proyecto de 1998, lo que constituye una decisión de política legislativa que implica un notorio avance respecto de la regulación derogada, conforme se expuso al analizar cada una de las obligaciones del mandatario. No obstante, y respecto de ese Proyecto, el Código agrega un último párrafo que exhibe el vínculo entre el contrato que se analiza y el ejercicio habitual de la actividad que se encomienda a quien reviste la calidad de mandatario. El deber de conservación aparece usualmente asociado a las obligaciones de dar (arts. 746 y concs.), lo que no obsta que se regule este plus prestacional a cargo del mandatario usual, aquél regularmente acepta esos encargos. En base a esta apariencia, la norma le impone el deber de tomar las providencias conservatorias urgentes, aun cuando en el caso se excuse del encargo. Este agregado final es acorde a las exigencias actuales del tráfico comercial y el ejercicio profesional de la actividad de los mandatarios.

Art. 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.

I) Resumen

El artículo en comentario resuelve la posible colisión de los intereses del mandante con los del mandatario y lo hace inclinándose por dotar de preferencia a los primeros. La norma es contundente, el mandatario debe posponer los suyos o renunciar, no hay otra opción. El segundo párrafo contiene una novedad respecto de proyectos anteriores, traducida en la importante pena de la pérdida de la retribución para el mandatario que obtiene un beneficio no autorizado por el mandante.

II) Concordancias

Ejercicio de los derechos, principio de buena fe (art. 9°); abuso del derecho (art. 10); obligaciones del mandante (art. 1324, incs. a, y b).

III) Interpretación de la norma

La norma que ahora se analiza brinda una solución categórica al conflicto ya consumado, resolviendo asignar una preferencia absoluta de los intereses del mandante en el ejercicio de la actividad a cargo del mandatario. La solución es justa y coherente, ya que el negocio jurídico se realiza en interés del mandante y usualmente lo es en nombre del mismo sujeto (se alude a que de ordinario el mandato es representativo). Por ello, si en la gestión de los negocios encomendados, el mandatario advierte esa contraposición, tiene la obligación de postergar sus intereses o la alternativa de extinguir el vínculo. La jurisprudencia ha desarrollado un interesante listado de supuestos en los que esta situación se verifica, pero la nómina sin dudas es inagotable, por lo que deviene indispensable la construcción de principios generales y pautas de ponderación de conductas.

IV) Significado de la reforma

Como ya se señaló y aun cuando la solución propuesta sea la más utilizada por cimentarse en el interés propio de este contrato, su valor no obsta la crítica favorable a su vigencia. Se suma a lo expuesto, y como criterio de interpretación, que la disposición comentada es una aplicación específica del principio de buena fe que debe presidir la celebración y ejecución de los contratos y que aparece expresamente plasmado en la nueva legislación (arts. 961 y 9° del Código).

Por último, en un análisis comparativo con el Proyecto de 1998, se observa un último párrafo que se agrega y que también implica una particular sanción que se impone al mandatario que obtiene un beneficio no autorizado por el mandante. Por imperio de ese importante abanico de normas generales que regulan el ejercicio de los derechos (arts. 9° y ss. del Código), habilitando una saludable interpretación sistemática, la consecuencia de esa conducta del mandatario es la pérdida de su retribución.

Art. 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.

I) Resumen

Lo normado regula la situación que se verifica con la existencia de pluralidad de mandatarios, estableciendo un sistema simple y amplio en la ejecución del mandato, lejos de las pormenorizadas reglas que estatúan los artículos 1899 y siguientes del código derogado (nombramiento de mandatarios hecho para ser aceptado por uno solo de los nombrados y sus excepciones, cuando fuera para actuar conjuntamente o nombrados para funcionar uno a falta de otro, etc.).

II) Concordancias

Obligaciones simplemente mancomunadas (arts. 825 y ss.); obligaciones solidarias (arts. 827 a 829).

III) Interpretación de la norma

El mandatario puede ser simple o plural. Para esta última hipótesis usualmente se establece en el contrato la forma y el orden de actuación. No obstante, la norma brinda una solución en subsidio de lo pactado por las partes. Para esta situación de silencio contractual, en el caso de pluralidad subjetiva, el artículo en comentario opta por brindar ambas posibilidades: actuación conjunta o separada de los mandatarios. Dejando con ello de lado la inveterada regla que fijaba el artículo 1899 del código derogado, donde se establecía que cuando en el mismo instrumento se hubiesen nombrado dos o más mandatarios, se debía entender que el nombramiento fue hecho para ser aceptado por uno solo de los nombrados.

IV) Significado de la reforma

Al establecer lo ya destacado, el nuevo Código reafirma que cuando se nombra a varios mandatarios, normalmente hay una finalidad de asegurarse que siempre habrá alguien que ejecutará el encargo representativo. Decisión de política legislativa, por la cual se coopera con la obtención del objeto del contrato que comentamos (cfr. art. 1319 del Código).

Art. 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 y 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.

I) Resumen

La norma establece lo relativo a la sustitución del mandato por el

mandatario y, en punto a ello, determina como regla general la sustitución. Fija las distintas vinculaciones que por tal circunstancia se generan entre las partes y el sustituto. Señala la **acción directa** (ver t. V, p. 34) contra el sustituto previsto por los artículos 736, 737 y 738 del mandante contra el sustituto, reiterando lo que establecía el artículo 1959 del código derogado, esto es que el mandante no está obligado a pagarle retribución al sustituto, cuando la sustitución no era necesaria.

Por último, también precisa sobre el régimen de las responsabilidades emergentes.

II) Concordancias

Acción directa (arts. 736, 737 y 738); factores subjetivos (arts. 1724 y ss.); sustitución (art. 377); libertad de contratación (art. 958); normas legales (art. 962).

III) Interpretación de la norma

Borda enseñaba que el otorgamiento de un mandato es por lo común, como ya se expresó, un acto de confianza, donde la persona del mandatario lejos de ser indiferente es frecuentemente esencial, por lo que parece que debería negarse al mismo la posibilidad de hacerse sustituir por un tercero en el desempeño de la gestión que se le ha encomendado. Pero que a su vez la apariencia ilógica de tal circunstancia lejos de poder tildársela de tal resulta razonable y práctica. Ya que el sustituto actúa bajo la responsabilidad del mandatario, de modo que éste siga siendo la garantía del mandante, la solución –reitera– se resuelve así en forma práctica, y con beneficio para el mandante por las dificultades o quizás la imposibilidad que muchas veces se le presenta al mandatario de ejercer personalmente el mandato²⁰.

Aquí, como bien lo explica Lorenzetti, se armonizan dos principios de gran importancia. El primero es el carácter *intuitu personae* del mandato y de la gestión representativa, que opera restrictivamente respecto de la modificación subjetiva. No es habitual que alguien que ha

²⁰ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, 9ª ed. act. por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, t. II, p. 454.

confiado en otro permita el cambio y, por ello, se mira habitualmente con ojos desconfiados al mandatario que busca otro para que cumpla el cometido a que él se ha obligado. El segundo principio, contrapuesto al primero, es la máxima eficiencia de la representación.

Dada la complejidad de las gestiones en el mundo actual, es difícil que puedan cumplirse solitariamente, pensemos en los abogados que se encargan de asuntos complejos, que necesitan de otros colegas para delegar en ellos la procuración o bien el estudio de ciertos aspectos específicos.

Un excesivo apego al carácter personalísimo del encargo traería consigo una disminución de la eficiencia de la prestación. La gestión puede ser asunto colectivo. Asimismo, cualquier impedimento podría afectar a quien ejerce la representación y, si sólo es una persona, frustrar la obtención del interés. Este enfoque alimenta la fungibilidad de la gestión²¹.

A consecuencia de la sustitución autorizada y frente a las posibles responsabilidades que se pudieran suceder como consecuencia de aquélla, se deja en claro que: a) si la elección del sustituto fue a indicación del mandante, no le cabe responsabilidad alguna al mandatario por tal elección; b) el mandante tiene acción directa contra el sustituto (la prevista en los arts. 736 y ss.). Acción que tiene por objeto las obligaciones derivadas de la sustitución (reclamar rendición de cuentas, entrega del saldo, cumplimiento de las obligaciones y daños y perjuicios). Ahora, con la consideración precisa de que la onerosidad presumida del mandato (art. 1322) no juega, y por lo tanto no se encuentra obligado a pagarle retribución alguna, si precisamente la sustitución no era necesaria, y c) el mandatario responde directamente por la actuación del sustituto cuando no fue autorizado a sustituir por tratarse aquélla de una gestión efectuada en contra de la voluntad del dueño del negocio, y que también debe responder cuando la sustitución era innecesaria para la ejecución del mandato, por resultar indiferente la misma a la eficacia de la representación.

²¹ LORENZETTI, Ricardo, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. por Alberto J. Bueros y coord. por Elena I. Highton, Hammurabi, Buenos Aires. t. 4D, ps. 266/267.

IV) Significado de la reforma

La norma, al regular los distintos vínculos jurídicos existentes entre mandante y mandatario, mandatario-sustituto y mandante-sustituto de la manera expuesta, mejora y simplifica el régimen de sustitución del mandato. Tanto en lo atinente al régimen aplicable a la sustitución cuanto en lo que refiere al régimen de la responsabilidad del mandatario por los hechos del sustituto, al señalar conforme lo explica Lorenzetti que se responde por culpa en la elección (conf. art. 1717, código italiano) y, si eligió al sustituto sin autorización o sin que fuera necesario sustituir, responde además en forma directa.

Art. 1328 Obligaciones del mandante. El mandante está obligado a:

- a) suministrar al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandante 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 en 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.

I) Resumen

La norma establece las dos obligaciones a cargo del mandante: suministrar al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandante y compensarle todos los gastos razonables en que se halla incurrido con tal fin. Indicando a esos efectos los requisitos a observar. También se detiene en la obligación que pesa sobre aquél de indemnizar los daños que sufra como consecuencia de la ejecución del mandato, no imputables al propio mandatario. Impone a su vez al mandante la obligación de

liberar al mandatario de las obligaciones asumidas por terceros, proveyéndoles los medios necesarios para ello, y, por último, precisa la obligación de abonar al mandatario la retribución convenida, distinguiendo qué sucede si el mandato se extingue sin culpa del mandatario y si el mandatario ha recibido un adelanto mayor al que corresponde.

II) Concordancias

Onerosidad (art. 1322); obligaciones del mandatario (art. 1324, inc. i); obligaciones del empresario (art. 1484); remuneración (art. 1486); obligaciones del concedente (art. 1504); retribución, gastos (art. 1507); obligaciones del franquiciante (art. 1514); gestión conducida útilmente (art. 1785); aplicación de normas del mandato (art. 1790).

III) Interpretación de la norma

a) *Obligación de proporcionar los medios para la ejecución del mandato.*

La señalada obligación deviene lógica y razonable, porque es el mandante quien debe proporcionar los medios y los recursos que sean necesarios para que el mandatario pueda ejecutar su encargo, tratándose de una actividad preliminar y concurrente con el fin de lograr su objeto. Tal deber de facilitar los medios para que el mandato pueda ser cumplido conlleva la necesidad de anticipar al mandatario los gastos que demande su ejecución ya que la gestión se hace en interés del mandante y es lógico que sea éste quien cargue con ellos (Borda). Por lo tanto, y como su consecuencia, el incumplimiento de proporcionar los gastos libera al mandatario de las obligaciones asumidas. Cuestión que deberá ser probada por el mandante, porque es quien tiene la obligación de suministrarlos y de compensarlos en cualquier tiempo que le sea requerido. Con la única limitación de su razonabilidad, por lo que se exime de pagar los gastos que se muestren realmente excesivos, de lo cual se sigue que aquí rigen pautas objetivas y no el parecer de una de las partes, porque lo que se pretende evitar son los abusos.

En conclusión, para que se dé la compensación establecida, el mandatario debe requerir el mismo, los gastos deberán tener razonabili-

dad, esto es, basarse en pautas objetivas y deberán haberse efectuado para la ejecución del mandato. En cuanto a los intereses, si bien aquí no aparece replicado el artículo 1950 del código derogado, entendemos que los mismos proceden por aplicación del principio de igualdad (art. 1324, inc. i).

b) *Obligación de indemnizar las pérdidas.*

El mandante está obligado a indemnizar al mandatario los daños que sufra como consecuencia de la ejecución del mandato, no imputables al propio mandatario. Aquí se fija una regla y su excepción. La primera es la de la responsabilidad del mandante frente al mandatario de resarcirle todos los daños que sufra como consecuencia de la ejecución del mandato. La excepción, que aquélla no cuenta si los daños acaecidos son imputables al mandatario. La eximente se encuentra en la culpa del mandatario. En materia de autoría, el mandante no responde sólo por el hecho propio, sino también por todos los perjuicios que no hubiera sufrido el mandatario de no haber aceptado el encargo, es decir, causados con ocasión del mandato. De tal modo, todo daño vinculado casualmente con el mandato es resarcible, sea su autor el mandante o un tercero²².

c) *Obligación de liberar al mandatario.*

El mentado deber de liberar al mandatario de las obligaciones asumidas con terceros, proveyéndole los medios necesarios para ello, ya se encontraba en el código derogado en el artículo 1951, y deviene de la circunstancia de quedar el mismo directamente obligado frente a los terceros (art. 1337) por su actuación. Entendiéndose por medios necesarios dinero, cosas, papeles de comercio, valores, etcétera.

d) *Obligación de retribuir el servicio.*

El mandante está obligado a abonar al mandatario la retribución convenida. Si el mandato se extingue sin culpa del mandatario, debe la parte de la retribución que resulte proporcionada al servicio cumplido, pero si el mandatario ha recibido un adelanto mayor de lo que corresponde, el mandante no puede exigir su restitución. Esta obligación también se encontraba en el código civil derogado (arts. 1952 y 1958) y en el código de comercio derogado (arts. 218, inc. 5°, y 221),

²² LORENZETTI, ob. cit., p. 297.

y deviene de la presunción de oneroso del mandato (art. 1322). La retribución será la fijada por las partes, la que legalmente se establezca o bien la que determine el juez si así resultare de las conductas asumidas por las partes.

IV) Significado de la reforma

La norma, al tratar las distintas obligaciones del mandante, simplifica, por un lado, los distintos preceptos legales que contenía el código civil derogado cuando refería a las obligaciones del mandante, y el código de comercio derogado cuando trataba las obligaciones del mandante. Mientras que, por otro, mantiene lo que jurisprudencialmente y en doctrina se ha señalado —con las variantes del nuevo régimen— al tratarse las obligaciones del mandante.

Art. 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.

I) Resumen

La norma indica las causas de extinción del mandato de una manera simple y clara; distinguiéndose en esto del código derogado, donde se les daba un tratamiento profuso (arts. 1960 a 1985), señalando como supuestos con tal efecto: el transcurso del tiempo, el cumplimiento del negocio encomendado, la revocación del mandato, la renuncia del mandatario y la muerte o incapacidad del mandatario.

II) Concordancias

Persona con capacidad restringida y con incapacidad (art. 32); sentencia (art. 37); actos realizados por persona incapaz (arts. 44 y ss.);

fin de la existencia de las personas (art. 93); cumplimiento de la condición suspensiva y resolutoria (art. 348); plazo (art. 350); extinción del poder (art. 380); renuncia (arts. 944 y 1332); mandato irrevocable (art. 1330); revocación (art. 1331); muerte o incapacidad del mandatario y del mandante (art. 1333).

III) Interpretación de la norma

a) *Por el transcurso del plazo por el que fue otorgado, o por el cumplimiento de la condición resolutoria pactada.*

De acuerdo con lo expuesto, dice Lorenzetti que el mandato se extingue por el cumplimiento de su objeto. Es un modo satisfactorio de extinción, ya que el acreedor ve colmado su interés, y tiene efectos liberatorios plenos, y que la ley se refiere al plazo resolutorio, que es una modalidad con efectos extintivos²³. Ello porque este inciso resulta similar al artículo 1960 del código derogado. Se adiciona como supuesto de extinción el cumplimiento de la condición resolutoria pactada.

b) *Por el cumplimiento del negocio.*

Cesa el mandato por el cumplimiento del negocio que encomendó el mandatario. Digamos que aquí se extingue el mismo por el cumplimiento de su objeto, conforme a las expectativas a las que aspiran las partes. En cuanto al interrogante de cuándo se produce el cumplimiento, debe echarse mano a las reglas de los actos jurídicos que se aplican al pago. Conforme a ello, pues tal circunstancia se corporiza cuando se da el cumplimiento específico de la obligación con los caracteres de identidad, integridad, puntualidad y localización. Principios que no sólo abarcan la obligación principal, sino también las accesorias, por lo que no se extingue si éstos no se han cumplido.

c) *Por la revocación del mandante.*

Hemos dicho que por revocación se entiende la facultad del mandante de extinguir por su sola voluntad el negocio, comunicándolo a la otra parte. La revocabilidad rige como regla en el mandato, y sin necesidad de expresar (menos probar) la causa. Por lo tanto, la facultad

²³ LORENZETTI, ob. cit., p. 300.

del mandante no es susceptible de ser limitada a parámetros de oportunidad o de tiempo. Asimismo, "...las consecuencias patrimoniales de la revocación para el mandatario consisten en el devengamiento de la remuneración por los trabajos realizados", además del reembolso de los gastos²⁴.

También es importante ingresar al análisis de las formas de la revocación, para lo que la doctrina afirmó que la revocación no está sujeta a exigencias de formas especiales aunque el poder que se pretende extinguir tenga impuesta alguna formalidad por la ley. El Código regula casos de revocación tácita tomando en cuenta que ciertas conductas del mandante hacen presumir su voluntad de hacer cesar el apoderamiento (Ariza).

La revocación no necesita de invocación de causa cuando el acto es emanación del único interés del mandante, y por eso puede revocarlo. Ahora, si el mandato es para negocios especiales, otorgado por tiempo ilimitado y celebrado en interés de los contratantes o de un tercero, se necesita justa causa. Los efectos de la revocación en general son hacia el futuro, y las consecuencias ya producidas quedan firmes entre las partes y frente a terceros²⁵.

d) *Por la renuncia del mandatario.*

La renuncia es un modo extintivo unilateral que existe cuando media una declaración de voluntad del mandatario con la finalidad de dar por finalizado el negocio, de carácter receptivo, ya que está dirigido al mandante (Lorenzetti). Ésta es una solución tradicional, derivada del Derecho Romano, en el que el mandato se concebía como un deber de amistad cuyo cumplimiento no debía exigirse en contra de la voluntad de quien lo cumplía, hoy, cuando tal fundamento ha dejado de tener vigencia, se justifica su menor consideración como su consecuencia de poner al mandatario en un pie de igualdad con el mandante, que tiene la facultad de revocar voluntariamente el mandato. Con todo no deja de ser una solución discutible. La revocación por el mandante se justifica por la razón muy peculiar de que el mandato es un acto de confianza y no es pasible de que el mandato siga ligado a la actuación

de una persona en quien ya no se confía, pero el mandatario no puede aducir una razón similar para renunciar su mandato. No hay falta de equidad en tratar con desigualdad situaciones que son desiguales. La obligación de cumplir el mandato es asimilable a cualquier otra obligación contractual y por lo tanto no parece justificarse este derecho a desobligarse por voluntad unilateral. Ello explica que el Código italiano sólo autorice la renuncia del mandato de tiempo indeterminado; si el tiempo es determinado, el mandatario que renuncia sin justa causa debe resarcir los daños al mandante (art. 1727); vale decir, el mandatario no se encuentra en una situación de excepción, sino que está colocado en igual plano que el trabajador en un contrato de trabajo²⁶.

Lorenzetti se pregunta: ¿Cuál es el estatus jurídico de la renuncia en el mandato? Para algunos es un elemento esencial, que no se puede suprimir por anticipado.

Así, en doctrina se ha dicho que la renuncia anticipada es ilegítima porque, siendo la gestión un hacer personal, implicaría un sometimiento inadmisibles, citando a Mosset Iturraspe²⁷.

En punto a las limitaciones del derecho de renunciar, vemos que el mandato no puede ser renunciado, si fuera la condición de un contrato bilateral, porque hay de por medio un interés recíproco que liga a las partes de una manera irrevocable.

La renuncia debe ser puesta en conocimiento del mandante, tal como lo estipulaban los artículos 1978 del código civil derogado, y 224 del código de comercio derogado, y surge de lo establecido en este nuevo régimen en el artículo 380, inciso d.

e) *Por la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario.*

El mandato en principio concluye con la muerte del mandante o del mandatario. Sin perjuicio de lo cual podemos señalar, como excepción, que producida la muerte del mandante, el mandato subsiste a efectos de continuar los negocios comenzados que no admiten demora, entre los que cabe señalar la continuación de un juicio ya promovido.

También la incapacidad del mandante o del mandatario hace cesar el mandato. Ello acontece cuando la persona se encuentra absoluta-

²⁴ ARIZA, *Código Civil comentado* cit., t. II, p. 578.

²⁵ LORENZETTI, ob. cit., p. 312.

²⁶ BORDA, ob. cit., ps. 497/498.

²⁷ LORENZETTI, ob. cit., p. 317 y su cita 2.

mente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte eficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador (art. 32).

En lo atinente a los efectos que la extinción del mandato produce con relación a terceros, deviene aplicable el principio general que fluye del artículo 361, esto es, si éstos los conocen o pudieron conocerlos actuando con la debida diligencia.

IV) Significado de la reforma

No obstante que los supuestos de extinción del mandato son similares a los del código derogado, en este nuevo régimen se gana en claridad, fundamentalmente por la simplificación del tratamiento de las causales, frente al reconocimiento genérico que efectuaba el anterior cuerpo legal, para luego reglamentar y establecer profusamente las excepciones conducentes.

Art. 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.

I) Resumen

La norma refiere a dos cuestiones. La primera, el mandato irrevocable: el cual se puede convenir expresamente para el supuesto de la muerte del representante o del representado, por la declaración de muerte presunta del representante o del representado. Aclarando, para el caso de muerte del representado, que subsiste siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común o representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero. La segunda, para el

caso del mandato *post mortem*, el mismo es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad.

II) Concordancias

Extinción del poder (art. 380); extinción del mandato (art. 1329).

III) Interpretación de la norma

La norma refiere a dos cuestiones: el mandato convenido expresamente como irrevocable en los supuestos enunciados y el mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante.

En lo que refiere a las complejas cuestiones que aborda este artículo se remite al comentario del referido precepto legal (art. 380). No obstante se reitera el mismo principio por establecer una regla básica y razonable: el poder se extingue por la revocación que realiza el representado. Sin embargo, en forma inmediata, habilita la posibilidad de un poder irrevocable sujeto a algunas condiciones: que lo sea para actos determinados, por un plazo cierto y un interés legítimo. Estos requisitos son razonables porque no se encuentra en la esencia del poder su vigencia perpetua, precisamente si se piensa que es una institución cimentada sobre la base de la confianza y que ella puede desaparecer por múltiples causas. Por eso es que la irrevocabilidad debe estar sujeta a rígidos recaudos que deben observarse. En el sistema anterior, sólo en forma excepcional el mandante estaba limitado en su facultad de revocar cuando se reunían los requisitos de los llamados poderes irrevocables. En estos casos, la extinción no sólo se produce por el cumplimiento del plazo fijado, sino que además hoy el Código permite la revocación por justa causa de un poder (contradictoriamente) llamado irrevocable. Esto motiva a desechar la existencia de poderes absolutamente irrevocables, porque siempre será factible su revocación mediando justa causa y se considera que es razonable que así sea.

Sin perjuicio de lo cual, el artículo en exégesis también señala que "El mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad".

Cabe precisar que igual solución se encontraba en el código derogado (arts. 1980 y ss.), donde el cese del mandato por la muerte del mandante no se produce cuando el negocio debe ser cumplido o continuado después del fallecimiento del mandante. Aludiéndose a que ello si bien sería posible no sería válido —el mandato *post mortem*— si no puede valer como disposición de última voluntad, tal sería en el caso de que se afecte la legítima de los herederos forzosos (arts. 2444 y 2445). Además el mandato, cabe afirmar, cesa si los herederos del mandante fallecido quedan bajo tutela o curatela, porque comienza la representación legal.

IV) Significado de la reforma

La norma, a diferencia de cómo se encontraba regulado el mandato irrevocable en el código anterior, no establece aquí aquellas condiciones que debían corporizarse para considerar irrevocable el mismo. Sólo refiere que para reputarlo como tal es necesario que haya un pacto expreso en el contrato. En cuanto a lo demás, mantiene la solución que se hallaba en el artículo 1983 del código anterior, al sostener que el mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad.

Art. 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.

I) Resumen

La norma estipula cuáles son los efectos con relación al mandatario que se suscitan para el caso de que el mandante ejerza su derecho a revocar el mandato otorgado.

Así establece que si la revocación lo es sin justa causa del mandato otorgado por tiempo o asunto determinado, tal circunstancia obliga al

mandante a indemnizar los daños causados; mientras que 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.

II) Concordancias

Principio de buena fe (art. 9°); abuso del derecho (art. 10); contrato por tiempo indeterminado (art. 1183); contrato de agencia, preaviso (art. 1492); omisión de preaviso (art. 1493); rescisión de contratos por tiempo indeterminado (art. 1508); contrato de franquicia, extinción (art. 1522, inc. d); valoración de la conducta (art. 1725); previsibilidad contractual (art. 1728); daño resarcible, requisitos (art. 1739).

III) Interpretación de la norma

Tal como se viera, el mandato es esencialmente revocable por el mandante, por la amplia facultad que le asiste al mismo, a consecuencia de tratarse de un contrato que se otorga principalmente en su interés. Ahora, conforme lo señala el precepto legal, ello no neutraliza la obligación de indemnizar los daños causados, cuando la revocación sucede sin causa alguna que lo justifique. Precisamente porque la ley no ampara el ejercicio de los derechos. Considerándose tal al que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 10).

La revocación, precisa Lorenzetti, es una declaración unilateral de voluntad recepticia con efectos extintivos. Hay algo de arbitrario cuando la ley permite a alguien que se retire de un negocio. Por eso se reconoce a la revocación como excepción, en contratos en que el interés de una de las partes es determinante para su nacimiento, como la donación y el mandato. Si lo es para el nacimiento, debe serlo para la extinción, siempre que no se afecten los derechos de la otra parte y de los terceros²⁸.

Ahora, conforme a la letra de la ley, se puede distinguir:

- a) Cuando el mandato fue otorgado por tiempo o asunto determinado, la revocación sin justa causa de aquél obliga al mandante

²⁸ LORENZETTI, ob. cit., p. 309.

a indemnizar los daños causados. La justa causa deberá juzgarse conforme las circunstancias del caso. Mientras que la extensión del resarcimiento, en el encargo encomendado, los gastos sucedidos, las repercusiones patrimoniales y extrapatrimoniales producidas.

- b) Cuando 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. Ello como derivación de que el plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir (art. 351). En lo atinente a los daños a indemnizar deberá observarse el cumplimiento de los requisitos que exige para la procedencia de la indemnización el artículo 1739.

Surge por tanto claro que si el mandante pretende liberarse de responsabilidad, sólo debe dar aviso, comunicar su decisión de extinguir el mandato, preavisar convenientemente, como se exige en los contratos de comercialización.

IV) Significado de la reforma

La norma aquí innova, puesto que el código derogado no tenía regulados los supuestos que aquí se trataran. Innovación que a nuestro juicio —la exigencia del aviso y la de indemnizar los perjuicios generados— luce correcta, toda vez que a través de su dictado deja en claro que los derechos acordados pueden ejercerse libremente, en tanto en cuanto, no equivalen abusos al hacerlo y vayan contra el principio de la buena fe que en definitiva es lo que aquí se resguarda.

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

I) Resumen

También aquí se deja en claro que para que la renuncia del mandatario no le obligue a indemnizar los daños causados al mandante,

la misma no puede ser intempestiva y sin causa. Porque aun cuando la renuncia sea un acto unilateral, el derecho a renunciar no puede ejercerse incausado e intempestivamente.

II) Concordancias

Principio de buena fe (art. 9°); abuso del derecho (art. 10); renuncia, caracteres (art. 944).

III) Interpretación de la norma

Ya se ha visto que uno de los supuestos de extinción del mandato ocurre por renuncia del mandatario. El precepto legal que aquí se analiza se encarga de determinar cuáles son los efectos del tal acto extintivo, cuando aquélla acontece en forma intempestiva y sin causa justificada.

La facultad de renunciar al mandato, indica también Lorenzetti, es un modo extintivo unilateral que existe cuando media una declaración de voluntad del mandatario con la finalidad de dar por finalizado el negocio, de carácter receptivo, ya que está dirigida al mandante²⁹.

Ello, porque toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados (art. 944), y la misma se muestra en este caso como la contracara de la facultad de revocación del mandante. Ahora, para evitar las consecuencias mencionadas, la renuncia no debe mostrarse sin causa, ni intempestiva, o lo que es lo mismo no puede aceptarse que aquélla se confiera sin dar tiempo al mandante para que el mismo adopte las providencias necesarias para la defensa de sus intereses³⁰, porque tal conducta no sólo descuida un incumplimiento al deber de información requerible en la especie, sino que a más se hace a un tiempo, o en circunstancias en que el mandante no puede hacer por sí mismo el negocio que era el objeto del mandato, o no le es fácil encontrar una persona a quien encargarlo³¹.

²⁹ LORENZETTI, ob. cit., p. 316.

³⁰ CIFUENTES, *Código Civil comentado, anotado*, 3ª ed., t. IV, p. 105.

³¹ LORENZETTI, ob. cit., p. 318 con cita de Pothier.

Solución similar se encontraba en el código civil derogado (art. 1978), y también ofrecía el código de comercio derogado cuando dentro de la protección del mandante preceptuaba: el mandatario puede renunciar en cualquier tiempo al mandato, haciéndole saber al mandante su renuncia. Sin embargo, si esa renuncia perjudica al mandante, deberá indemnizar al mandatario, a no ser que: 1) defendiere la ejecución del mandato al suplemento de fondos y no los hubiese recibido el mandatario o fuesen insuficientes; 2) se encontrase el mandatario en la imposibilidad de continuar el mandato sin sufrir personalmente un perjuicio considerable (art. 224).

IV) Significado de la reforma

La norma aquí, al igual que la anterior, precisa que la renuncia del mandatario no se exige en una prerrogativa, en un derecho que se puede ejercer libremente. Sino que, por el contrario, para que no se den las consecuencias negativas que la misma destaca, aquél debe cumplir de buena fe y sin abuso las condiciones a las cuales se encuentra sujeta la facultad que se le acordara.

Art. 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.*

D) Resumen

Al amparo de que la muerte o la incapacidad del mandante o del mandatario produce la extinción del mandato (art. 1329, inc. e), la norma precedente se encarga de señalar qué obligaciones deben cumplirse si se da tal circunstancia. Así en su primera parte dispone qué sucede para el caso de la muerte o la incapacidad del mandatario.

Estableciendo para tal supuesto que sus herederos, representantes o asistentes que tengan conocimiento del mandato deben dar pronto aviso al mandante y tomar en interés del mismo las medidas que sean requeridas por las circunstancias. En su segunda parte, si la muerte o incapacidad fuera del mandante, obliga al mandatario a ejecutar los actos de conservación si hay peligro en la demora, excepto instrucciones en contrario de los herederos o representantes.

II) Concordancias

Personas incapaces de ejercicio (art. 24); personas con capacidad restringida y con incapacidad (art. 32); sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad (art. 43); fin de la existencia de las personas (art. 93); capacidad (arts. 1323/1328); extinción del mandato (art. 1329).

III) Interpretación de la norma

En principio, el mandato concluye con la muerte o incapacidad del mandatario o del mandante, pero la ley se encarga de precisar qué conductas deben adoptar, para el caso del mandatario, sus herederos, representantes o asistentes y, para el supuesto del mandante, el mandatario.

Para el primer supuesto, los herederos, representantes o asistentes que tengan conocimiento del mandato deben dar pronto aviso al mandante y tomar en interés de éste las medidas que son requeridas por las circunstancias. Terminada la existencia de la persona humana por su muerte (art. 93) o bien declarado incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión (art. 24, inc. c), lo primero que le cabe a los herederos es informar al mandante el deceso del mandatario y luego tomar en interés del mismo las medidas que sean requeridas por las circunstancias, a fin de que el acto jurídico o los actos jurídicos encomendados no resulten frustrados. Aquí la ley refiere a cuáles son los deberes a observar por los mismos en interés del mandante, pero no hace lo propio con la que refiere en interés del propio fallecido o declarado incapaz. Por lo que en tal supuesto aquéllos podrán exigir las obligaciones contenidas en el artículo 1328 antes analizadas, conforme las circunstancias acreditadas.

Para el segundo de los supuestos, el mandatario debe ejecutar los actos de conservación si hay peligro en la demora, con el fin de no causar perjuicios al fallecido o declarado incapaz, claro que atendiendo a la excepción que consagra la ley, ésta es que reciba instrucciones expresas de los herederos o representantes para que se abstenga de desplegar tal conducta. Consagrándose con ello la ultraactividad del mandato o de la representación, pues es la ley la que impone obligaciones al mandatario, aun después de extinguido el contrato por muerte o incapacidad.

IV) Significado de la reforma

La norma, frente al fallecimiento o incapacidad del mandante o del mandatario, dice qué hacer con el fin de que no se produzcan perjuicios. Con ello le confiere ultraactividad al negocio y determina obligaciones subalternas al decir de Lorenzetti respecto de la extinción.

Art. 1334 Rendición de cuentas. La rendición de cuentas por el mandatario debe ser en las condiciones previstas en los artículos 858 y siguientes acompañada de toda 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.

I) Resumen

La norma, a diferencia del código derogado —que establecía la obligación del mandatario de rendir cuentas (art. 1909) sin explicitar cómo debían rendirse—, estipula cuáles deben ser las condiciones a observar por aquél para cumplir con tal cometido. Precizando para el caso que, salvo estipulación en contrario, las cuentas deben rendirse en el domicilio del mandatario, y que los gastos que se generen son a cargo del mandante.

II) Concordancias

Rendición de cuentas, definiciones (art. 858); requisitos (art. 859); obligación de rendir cuentas (art. 860); oportunidad (art. 861); apro-

bación (art. 862); relaciones de ejecución continuada (art. 863); saldos y documentos del interesado (art. 864); contratos, libertad de contratación (art. 958); carácter de las normas legales (art. 962).

III) Interpretación de la norma

La norma remite en lo atinente a la rendición de cuentas a la Sección 11ª del Capítulo 3 (*Clases de obligaciones*) del Título I del Libro Tercero, que en su artículo 858 expresa que se entiende por cuenta “la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque consiste en un acta singular”, mientras que, por rendición de cuentas: cuando se las pone en conocimiento de la persona interesada, conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes.

Conforme ya se vio, el artículo 1324, inciso f, refiere a que el mandatario está obligado a rendir cuentas de su gestión en las oportunidades convenidas o a la extinción del mandato. Aquí, el precepto legal indica cuáles son las condiciones a las cuales se sujeta tal tarea por parte del mandatario, aspectos entre los que se destaca: a) que debe ser hecha de modo descriptivo y documentado; b) incluso las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión; c) que se deben acompañar los comprobantes de los ingresos y de los egresos, excepto que sea de uso no extenderlos, y d) que debe concordar con los libros que lleve quien los rinda. Que le incumbe como obligado a quien actúa en interés ajeno, aunque sea en nombre propio (art. 860). Que deben ser rendidos en la oportunidad estipulada por las partes, por la ley o, al concluir el negocio (art. 861). De lo expuesto, extraemos no sólo los requisitos que deben observarse, sino también la porfía legal en requerir que la misma sea documentada, al peticionar que debe ser acompañada de toda la documentación relativa a la gestión. Imponiendo que excepto estipulación en contrario las cuentas se rindan en el domicilio del mandatario y que los gastos que generan son a cargo del mandante. A más de tener que observarse lo establecido en los artículos 862, 863 y 864, es conveniente destacar que el obligado a rendirlos, en este caso el mandatario, debe devolver al interesado los títulos y documentos que le hayan sido entregados, excepto las instrucciones de carácter personal.

IV) Significado de la reforma

La norma en exégesis y su remisión a la obligación de rendir cuentas permiten afirmar que el nuevo Código, a diferencia del código derogado, regula esta institución en forma expresa, a la par que sistemática; toda vez que se explaya sobre los requisitos a observar, los obligados a rendirlas, la oportunidad; como también precisando qué sucede cuando se trata de relaciones de ejecución continuada y con los saldos de cuentas y documentos del interesado una vez aprobadas las cuentas. Haciéndolo pues de manera amplia en lo conceptual, pero detallada en lo que hace a los requisitos a observar para su cumplimiento.

CAPÍTULO 9

CONTRATO DE CONSIGNACIÓN

En este capítulo se regula, bajo la denominación de "contrato de consignación", el llamado contrato de comisión que anteriormente se encontraba definido en el artículo 222, segunda parte, del código de comercio derogado, y regulado a partir del artículo 232 hasta el artículo 281 de dicho cuerpo legal.

Se observa entonces que se está regulando un instituto típicamente mercantil y articulándolo con las normas generales en materia de contratos, y especialmente con el mandato, regulado en el capítulo anterior del Código.

Se han simplificado las normas y establecido pautas especiales.

Debe destacarse la fuerte presencia de toda la estructura normativa referida al mandato, a la cual se remite en reiteradas oportunidades para evitar repeticiones.

Art. 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.

I) Resumen

Este artículo establece la definición del contrato de consignación y determina qué normas le serán aplicables, en principio y especialmente.

II) Concordancias

Concuerda con las normas sobre el mandato (arts. 1319 a 1334).

III) Interpretación de la norma

La norma tiene dos partes: a) la que define el contrato de consignación, y b) la que determina la aplicación supletoria de las normas referidas al mandato.

En referencia al concepto de contrato de consignación, resulta clara la postura adoptada, al señalar que se trata de una especie de mandato. Así, lo define como un mandato sin representación y para la venta de cosas muebles.

De manera tal que lo que existe aquí es un contrato donde una de las partes se obliga a realizar un acto jurídico determinado –venta de cosas muebles– en interés de otra, quedando directamente obligado hacia las personas con quienes contrata. Esta caracterización deriva de artículos subsiguientes del Código.

En el código de comercio derogado, el artículo 222, segunda parte, establecía que había contrato de comisión o consignación cuando la persona que desempeña por otros negocios individualmente determinados obra a nombre propio o bajo la razón social que representa.

Se observa entonces que se ha clarificado el concepto, se lo ha hecho preciso y simple.

Se ha optado por la denominación de consignación, en lugar de comisión; postura que también, aunque en forma alternativa, contemplaba el artículo 222 del código de comercio derogado.

Consignación refiere a la acción y efecto de consignar. En este sentido, deberá tomarse, entendemos, la novena acepción del *Diccionario* de la Real Academia Española, que refiere al acto de enviar la mercadería a manos de un corresponsal.

Evidentemente el contrato de consignación ha evolucionado precisando su perfil jurídico, los derechos y obligaciones de las partes, y el contenido específico, alejándose de su sentido inicial.

La jurisprudencia ha recogido en diversos fallos el concepto de contrato de comisión, y en algunos casos lo ha diferenciado del de consignación.

Sin embargo, en la acepción adoptada por el Código se está hablando del mismo contrato.

“Existe comisión cuando la persona que desempeña por otro negocios individualmente determinados, obra a nombre propio o bajo la razón social que representa. El comisionista obra en interés de su comitente, pero queda directamente obligado hacia las personas, con quienes contratare, sin que éstas tengan acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas” (CNCom., sala A, 2-3-90, “Comercial del Plata Construcciones SA c/Baggini, Ernesto C. y otra”, L. L. 1990-D-488, D. J. 1991-1-147, AR/JUR/990/1990).

“El contrato de comisión o consignación es un mandato, en el cual el mandatario obra en su propio nombre pero por cuenta del mandante, es decir, es un mandato sin representación” (C1°CCom. de Bahía Blanca, sala II, 20-9-90, “Bercheche SA, Eleodoro c/Agropecuaria Don Antonio y otros”, L. L. 1991-D-320).

“Tanto en el contrato de consignación como en el de comisión, el *tradens* puede recibir la cosa entregada o el precio. Sin embargo, en el primero el *accipiens* puede vender la cosa entregada a un tercero o adquirirla para sí, mientras que en el segundo, esta última opción no es posible” (CNCom., sala A, 19-5-99, “Vip SA c/Zupay SA”, L. L. 1999-F-115, D. J. 2000-1-1013, E. D. 184-456, AR/JUR/1843/1999).

La doctrina venía sosteniendo que “son presupuestos para que exista contrato de comisión o consignación, los siguientes: a) que el mandatario (comisionista) actúe en nombre propio; b) que tenga por objeto actos de comercio; c) que tales actos, uno o varios, sean individualmente determinados”³².

³² FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1986, t. III-A, p. 256.

En consecuencia, se observa que la norma en análisis ha recogido en sustancia tanto los principios receptados en la legislación derogada como aquellos que fueron interpretados por la jurisprudencia y la doctrina.

La segunda parte de esta norma está referida a la aplicación supletoria de las reglas del mandato.

En este sentido remite a los artículos 1319 a 1334 del Código.

Esta aplicación de las normas del mandato a la comisión o consignación, en este caso, ya se encontraba establecida en el artículo 222 del código de comercio derogado, y encuentra plenamente su justificación en que el mandato es el marco general dentro del cual se inserta el contrato de consignación, que actúa como una especie de mandato sin representación.

De esta premisa surgen dos conclusiones importantes: a) que el mandato puede presentarse con representación o sin representación, y en este segundo caso podemos estar dentro de la especie denominada consignación; b) que cuando existen normas específicas en materia de consignación, éstas se imponen a las normas generales del mandato.

Estas definiciones se encuentran contempladas por la jurisprudencia en diversos fallos:

“El mandato comercial puede presentarse de dos formas: mandato con representación y mandato sin representación. El primer supuesto es el mandato comercial propiamente dicho, en tanto el segundo es la comisión o la consignación” (CNCom., sala B, 10-4-97, “García, Héctor R. c/Volkswagen SA de Ahorro y otros”, L. L. 1997-D-303, D. J. 1997-3-562, AR/JUR/544/1997).

“Las reglas generales que gobiernan el mandato no pueden oponerse a las específicas de la comisión que legisla el Código de Comercio y son propias de este contrato (voto del doctor Cervini. Adhirieron los doctores Pliner y Lombardi)” (C1°CCom. de Bahía Blanca, 16-10-80, “Tróccoli, Antonio A. c/Balsategui de Rivolta, Marta L.”, L. L. 1981-C-387, con nota de Jorge Mosset Iturraspe; *Colección de Análisis Jurisprudencial. Contratos civiles y comerciales*, dir. por Luis F. P. Leiva Fernández, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 472, con nota de AA. VV.; D. J. B. A. 120-283; J. A. 981-II-533; E. D. 93-349; AR/JUR/5215/1980).

Se debe destacar que dentro de la definición propuesta por el Código se limita el marco de actuación de este contrato a la venta de cosas muebles, con lo cual existe una especificidad muy concreta.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha incorporado una definición clara y precisa, especificando concretamente el ámbito de actuación del contrato de consignación y su relación con el mandato.

Art. 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.

I) Resumen

Esta norma consagra el principio de que la consignación es indivisible, receptando el principio de unidad de acto.

II) Concordancias

Guarda concordancia con el artículo 1324 que regula las obligaciones del mandatario, y con los artículos 1329 y 1330 que refieren a la extinción del mandato y al mandato irrevocable.

III) Interpretación de la norma

Se consagra el principio de que la consignación es indivisible, de manera tal que cuando el consignatario acepta una parte de este mandato sin representación, se lo considera aceptado en el todo; y la segunda referencia importante respecto de este principio es que la duración del contrato será equivalente a la del negocio. Si el negocio no está completamente concluido, se considera que la consignación está vigente, y no ha sido cumplida ni extinguida.

Se debe tener en claro que hay dos partes del contrato que se regulan en este artículo: a) la extensión, que comprende el todo, y b) la duración, que está relacionada con la conclusión efectiva del negocio.

Este principio ya se encontraba receptado en el artículo 239 del código de comercio derogado, que fue recogido casi en su totalidad, salvo en lo referido a la denominación del contrato, ya que aquel artículo hablaba de "comisión" y éste refiere a la consignación.

El principio de indivisibilidad ha sido receptado por la jurisprudencia e interpretado, según las características del caso concreto.

"Si bien la comisión debe entenderse concluida cuando se ha cerrado el negocio encomendado –en el caso, venta del automotor–, el deber de cumplimiento del comisionista, por aplicación del principio de indivisibilidad de la aceptación, se extiende cuando han subsistido pasos posteriores, tales como el cobro de cuotas de la venta" (CCCom. de Resistencia, sala I, 28-2-2006, "Ayala, Juan c/Jog Automotores y/o Gómez, Jorge Oscar y/o quien resulte responsable", L. L. Litoral 2006 [agosto], p. 904).

Sin embargo, también es cierto que esta interpretación de cuándo culmina el contrato llevó, en un caso que tuvo gran trascendencia, a señalarse que no son aplicables a la extinción del contrato de comisión, en este caso consignación, algunos de los institutos generales que hacen a la extinción de los contratos.

"No son aplicables a la cesación de contratos de comisión, esencialmente comerciales, las reglas de revocación unilateral y los efectos que de ésta pretende derivar el apelante con apoyo en el artículo 1970 del Código Civil (voto del doctor Cervini. Adhirieron los doctores Pliner y Lombardi)" (CI^aCCom. de Bahía Blanca, 16-10-80, "Tróccoli, Antonio A. c/Balsategui de Rivolta, Marta L.", L. L. 1981-C-387).

También la jurisprudencia receptó las cuestiones referidas al plazo. Recordemos que el artículo 1336 señala que este contrato dura en tanto en cuanto el negocio no esté completamente concluido. Ello debe ser articulado con algunos fallos que han interpretado esta situación de diversas maneras:

"La comisión nace con la celebración del negocio jurídico, sin que sea óbice a ello el no perfeccionamiento posterior de la venta por culpa de una o de ambas partes" (CNCiv., sala A, 4-7-88, "Poceiro de Diéguez, Cristina c/Daher, Ricardo J.", L. L. 1988-E-419, AR/JUR/78/1988).

IV) Significado de la reforma

En este artículo la reforma reitera la norma contenida en el artículo 239 del código de comercio derogado.

Art. 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.

I) Resumen

La norma establece la regla en materia de obligados por el contrato de consignación, señalando que queda directamente obligado el consignatario con las personas con quienes contrata, sin que exista posibilidad de dirigir acción alguna por parte de éstos, los terceros contratantes, contra el consignante.

II) Concordancias

Las reglas obligacionales en el mandato con representación o sin representación (arts. 1320 y 1321).

III) Interpretación de la norma

Ésta es una de las normas más importantes dentro del contrato de consignación. Se establece con claridad que el consignatario queda directamente obligado hacia las personas con quienes contrata.

Esta regla replica el principio contenido en el artículo 1321 del nuevo Código, respecto del mandato sin representación.

Los terceros contratantes con el consignatario sólo tienen acción contra éste, y no contra el consignante.

La tercera regla es que tampoco el consignante tiene acción contra los terceros contratantes, y sólo puede reclamar respecto del consignatario.

Este principio estaba regulado en el artículo 233 del código de comercio derogado. Se suprimió la última parte del artículo que refe-

ría a la posibilidad de que el comisionista hiciera cesión de sus derechos a favor de una de las partes.

Esta supresión nos lleva a preguntarnos si la cesión de derechos no será posible. Entendemos que al no estar prohibida directamente, y siendo un acto lícito del contenido patrimonial, esta cesión de derechos será posible y estará regulada por las normas generales del instituto en cuestión.

Sin embargo debemos recordar que la última parte del artículo 1321 establece claramente que 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, lo que reemplazaría al instituto de la cesión, que se encontraba anteriormente legislado.

La regla de que el consignante no queda obligado frente a los terceros contratantes, de que el consignatario es el único obligado frente al consignante y frente a los terceros contratantes, ha sido receptada por la jurisprudencia en diversos casos.

“Entre comitente y comisionaria la relación es de mandato, pero entre este último y los terceros la relación obligacional es la que cuadra al contrato de comisión —mandato sin representación—, siendo indiferente aquel vínculo que, en todo caso, no confiere acción al comitente contra terceros ni a estos últimos contra el primero (voto del doctor Cervini. Adhirieron los doctores Pliner y Lombardi)” (CI*CCom. de Bahía Blanca, 16-10-80, “Tróccoli, Antonio A. c/Balsategui de Rivolta, Marta L.”, L. L. 1981-C-387).

“Por virtud de los artículos 232 y 233 del código de comercio, la comisionista en función de la comisión, «queda obligada directamente con las personas con que contratare, sin que éstos tengan acción contra el comitente ni éste contra aquéllas, a no ser que el comisionista hiciera cesión de sus derechos a favor de una de las partes»” (CI*CCom. de Bahía Blanca, sala I, 25-11-80, “Productores Rurales del Sud Cooperativa Limitada c/Uncoyen Soc. en Com. por Accs.”, AR/JUR/776/1980).

“El contrato de comisión resulta legitimatorio para el comisionista frente a su principal, pero es *res inter alios acta* respecto de los restantes

cocontratantes, habida cuenta que el comisionista queda obligado en forma directa en relación con quienes celebra el vínculo convencional" (CNCom., sala D, 22-10-92, "Banco de Galicia y Buenos Aires SA c/Sartori de Cairolí, Concepción", L. L. 1993-E-483, D. J. 1994-I-335, AR/JUR/1361/1992).

"De conformidad con los artículos 222 y 233 del código de comercio, entre el comisionista o consignatario y el tercero con quien contrata se establece una relación directa, de modo tal que el vínculo liga al primero con el segundo, con abstracción del comitente" (CNCom., sala C, 10-12-96, "Ipako Ind. Petroquímicas Argentinas SA c/Bochino, Jorge P. y otro", L. L. 1997-D-864, D. J. 1997-3-987).

La situación comentada, en la cual difiere el texto del artículo 1337 del nuevo Código respecto del 233 del código de comercio derogado, ha sido también tratada en la jurisprudencia, estableciendo posibilidades excepcionales para eludir el principio que estamos comentando.

"Además del caso previsto expresamente en el artículo 233 del Código de Comercio (según el cual el comitente tiene acción contra el tercero cuando el comisionista le cede sus derechos), también puede sustituirse el comitente en la persona del tercero en uso de los derechos que le acuerda la legislación común" (CNCom., sala A, 24-12-81, "Santiago, Elías c/Papparini, Osvaldo", AR/JUR/4258/ 1981).

IV) Significado de la reforma

En este caso se consagra el principio que ya había sido recogido por el artículo 233 del código de comercio derogado, suprimiendo la última parte referida a la cesión de derechos del consignante, consignatario o terceros contratantes, que estará regulado ahora por las normas referidas al instituto en particular. Todo ello sin perjuicio de la subrogación de derechos que contempla la última parte del artículo 1321.

Art. 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.

I) Resumen

El artículo consagra la regla de que el consignatario debe ajustarse a las instrucciones recibidas, caso contrario responderá por los daños que cause al consignante.

II) Concordancias

Guarda especial concordancia con el artículo 1324 del nuevo Código, que refiere a las obligaciones del mandatario, aplicables complementariamente con esta norma.

III) Interpretación de la norma

Este artículo consagra la regla general de que el consignatario debe ajustarse a las instrucciones recibidas de parte del consignante.

En este sentido reemplaza con una sola norma diversos artículos del código de comercio derogado, en especial los artículos 238, 240, 242, 243, siguientes y concordantes.

De manera tal que se ha simplificado enormemente la formulación del principio.

Esto ha sido posible en virtud de que el artículo 1324, referido al mandato, recoge aquellos principios contemplados anteriormente en el código de comercio derogado, y aplicables por la remisión especial que se realiza en este apartado.

La segunda parte de la norma refiere a la responsabilidad del consignatario, respecto del consignante, cuando se haya apartado de esas instrucciones. Aquí está señalando que será responsable del daño que se cause por este apartamiento.

Estas cuestiones ya habían sido contempladas en la doctrina y la jurisprudencia elaboradas hasta el presente.

"El artículo 238 de la ley mercantil obliga al comisionista que ha aceptado el mandato expresa o tácitamente, a cumplirlo conforme a las órdenes e instrucciones del comitente; dado que es libre de aceptar o rehusar la comisión, si rehúsa debe dar aviso, y caso contrario es responsable (art. 235 del Cód. de Com.)" (CNCiv., sala C, 29-9-81,

"Repulús de Iturralde de Chinel, Stana A. M. c/Spettel, Huguetta", AR/JUR/2490/1981).

En materia de responsabilidad por los daños, debemos aplicar las normas que hoy rigen en forma unificada tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, de manera tal que debemos observar si el apartamiento de las instrucciones formuladas por el consignante guarda relación causal con el daño por el cual se pretende reclamar.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha simplificado este principio en materia de instrucciones y responsabilidad por daños, articulando con una mejor técnica legislativa y evitando repeticiones con las normas de los artículos 1324, siguientes y concordantes del mandato.

Art. 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.

I) Resumen

La norma consagra la posibilidad o facultad del consignatario de otorgar plazos de pago respecto de los terceros contratantes.

II) Concordancias

Guarda concordancia con el artículo 1329, inciso a, referido a la extinción del mandato.

III) Interpretación de la norma

Debemos recordar que la consignación debe cumplirse de acuerdo a las instrucciones otorgadas por el consignatario.

Estas instrucciones pueden o no referirse al plazo de pago.

Si no se refiere al plazo de pago expresamente, el consignatario está autorizado a otorgar los plazos de pago que sean de uso en la plaza.

Aquí surge una presunción de autorización en primer lugar; y en segundo lugar, que ésta no es totalmente de libre disposición, sino que deberá ser de acuerdo a los usos en la plaza donde se ejecuta la consignación. Puede entonces el consignante demostrar que ha hecho un uso no autorizado de esta facultad de otorgamiento de plazos, cuando no se corresponden notoriamente o son irrazonables en relación a los que son de uso en la plaza, debiendo responder en este caso el consignatario por las consecuencias de este ejercicio abusivo de la facultad.

Si el consignatario tiene instrucciones precisas del consignante sobre el plazo, y no actúa conforme a las mismas, quedará directamente obligado al pago del precio o de su saldo en el momento en que hubiere correspondido, o sea en el momento fijado por las instrucciones del consignante.

Cuando el consignatario otorgue plazos en términos superiores a los de uso en la plaza donde se ejecuta la consignación, también quedará directamente obligado al pago del precio o del saldo del mismo en el momento en que hubiere correspondido conforme los usos habituales, en la plaza donde se ejecuta la consignación.

Todo ello independientemente de los daños causados al consignante, que quedarán regulados por el artículo 1338 precedente.

Estas normas referidas al otorgamiento de plazos estaban contempladas en el artículo 257, segunda parte, del código de comercio derogado, y guardaba cierta relación también con el artículo 259 del cuerpo legal citado.

IV) Significado de la reforma

Establece una norma clara y precisa en materia de otorgamiento de plazos por el consignatario, que se corresponde con la actual estructuración del contrato de consignación.

Art. 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.

I) Resumen

Regula el otorgamiento de crédito por el consignatario hacia los terceros contratantes.

II) Concordancias

Guarda concordancia con el artículo 1324, inciso a, que obliga al mandatario a actuar diligentemente en la ejecución del contrato.

III) Interpretación de la norma

Esta norma regula la situación de otorgamiento de crédito por el consignatario a los terceros contratantes.

Aquí pueden ocurrir dos situaciones: a) que el otorgamiento del crédito se realice en base a las instrucciones del consignante, lo que no genera ninguna clase de responsabilidad especial, y b) que se lo haya hecho dentro del marco de instrucciones generales que lo habilitaban, pero que exigían una conducta especial de cuidado o de diligencia por parte del consignatario, o que no esté contemplado en instrucciones específicas, pero tampoco prohibido.

En todos los casos, igualmente, el consignatario, aun con instrucciones para otorgar crédito respecto de terceros, debe actuar con la diligencia adecuada a las circunstancias, y si no responderá por los daños causados.

Estos principios estaban contemplados de alguna manera en los artículos 257 y 258 del código de comercio derogado.

Allí se refería específicamente al otorgamiento de crédito sin autorización, situación que ha variado con la redacción de la norma en análisis.

También en las normas anteriores no se respondía en caso de insolvencia de las personas con quienes contratara, en cumplimiento de su comisión. Claro, siempre y cuando no hubiere obrado en caso de conculpa o dolo.

De manera tal que estamos en situaciones similares, aunque reguladas con mayor claridad.

La regla será entonces que el consignatario, cuando otorgue el crédito a los terceros contratantes, con instrucciones o sin instrucciones, deberá actuar siempre con la diligencia exigida por las circunstancias, que lleva a verificar la situación de solvencia económica, financiera, patrimonial de los contratantes, que hoy se puede cumplimentar con mediana claridad atendiendo a los sistemas de información que existen en la práctica.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha generado una norma general que comprende las diversas situaciones que se pueden plantear, exigiendo un actuar diligente por parte del consignatario, mucho más en esta situación tan especial y crítica que es el otorgamiento de crédito a los terceros contratantes.

Art. 1341 Prohibición. El consignatario no puede comprar ni vender para sí las cosas comprendidas en la consignación.

I) Resumen

Establece la clara prohibición para el consignatario de no poder comprar ni vender para sí las cosas que son objetos de la consignación.

II) Concordancias

Guarda concordancia con los artículos 1324, inciso c, y 1325, que regulan el conflicto de intereses en el mandato, y también con los artículos 1343 y 1344, referidos a la comisión de garantía y a la obligación de pagar el precio.

III) Interpretación de la norma

Se establece la prohibición para el consignatario de no poder comprar ni vender para sí las cosas comprendidas en la consignación, lo que resulta ciertamente lógico, teniendo en cuenta el interés del consignante que subyace en el negocio.

Contempla dos situaciones diferentes: una es la adquisición o compra, y la otra es la venta para sí, o sea para el consignatario.

Estas situaciones estaban contempladas en los artículos 262, 263 y 264 del código de comercio derogado. Sin embargo referían a la adquisición por sí o por interpósita persona de las cosas muebles encomendadas para la ejecución de la consignación.

En este caso se contempla también la venta para sí, o sea, es el supuesto donde se venden las cosas consignadas u objeto de la consignación, y el resultado de la misma queda en poder del consignatario.

Se plantean distintas dudas sobre esta cuestión o regla.

¿Estamos frente a una regla absoluta o relativa? O sea, la prohibición y su violación, ¿qué consecuencias acarrea según sea el contenido y extensión que le otorguemos?

En primer lugar podría tratarse de una consignación con instrucciones precisas de qué es lo que debe hacer el consignatario para ejecutar la misma.

Aquí podría plantearse la situación de que el consignatario adquiere para sí, pero en el marco de las instrucciones recibidas, o sea, sin aprovecharse de la situación planteada, en cuyo caso no habría responsabilidad por daños, si se entiende que la prohibición es dispositiva y no infranqueable o imperativa, que tuviere como consecuencia la afectación del negocio en sí mismo, sea bajo la nulidad o ineficacia del mismo.

Otra de las situaciones que se pueden plantear es que el consignatario adquiera para sí las cosas comprendidas en la consignación, pero obteniendo una ventaja a través de esta adquisición. En este caso nace la responsabilidad por los daños causados al consignante, y deberá responder por ello.

El planteo de los efectos de la violación de la prohibición también se había dado en la doctrina y la jurisprudencia, estableciéndose posturas contradictorias respecto de cuál es la sanción correspondiente. Así se afirmó que debería proceder la nulidad de la operación y el pago de los daños y perjuicios, siempre que se lo considerase en el ámbito de las nulidades absolutas.

El acto podría ser convalidado por el comitente o consignante, en cuyo caso sería válido y la consecuencia sería la responsabilidad por los daños ocasionados al consignante.

La jurisprudencia también trató esta cuestión, señalando la aceptación de la postura de que podemos estar frente a vicios subsanables por la confirmación efectuada por el consignante.

“En el contrato de comisión, el *accipiens* está obligado a procurar la venta de lo recibido, conforme las instrucciones u órdenes impartidas por el comitente. De esta forma, no puede adquirir para sí las cosas entregadas con tal encargo, salvo que exista expreso consentimiento de aquél” (CNCom., sala A, 19-5-99, “Vip SA c/Zupay SA”, L. L. 1999-F-115, D. J. 2000-1-1013, E. D. 184-456, AR/JUR/ 1843/1999).

De esta manera queda planteada la cuestión interpretativa, debiéndose establecer por la doctrina y la jurisprudencia cuáles son las consecuencias de la violación de la prohibición expresa establecida en el artículo 1341. Desde nuestra interpretación estamos en el ámbito de los derechos patrimoniales, y quien tiene acción frente al consignatario es el consignante, y si convalida el acto confirmándolo, consintiendo, quedará habilitado para reclamar los daños y perjuicios, no obstante el acto ser válido. Con esto quiero señalar que el acto puede ser validado por el consignante, quien deberá recibir el precio correspondiente conforme las instrucciones o los usos de la plaza donde se ejecutó el acto, más los daños causados por la conducta violatoria de la prohibición por parte del consignatario.

IV) Significado de la reforma

La reforma especifica con mayor claridad, y comprendiendo también la venta para sí por parte del consignatario, una regla de prohibición que ya estaba receptada en el Código de Comercio derogado.

Art. 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.

I) Resumen

Establece las reglas en materia de retribución del consignatario.

II) Concordancias

Onerosidad del mandato (art. 1322); obligaciones del mandante de abonar al mandatario la retribución convenida (art. 1328, inc. d).

III) Interpretación de la norma

Este artículo establece la regla en materia de retribución del consignatario, la que debe ser correctamente articulada conceptualmente con los artículos 1322 y 1328, inciso d, del Código.

En este sentido se parte de la noción de que la consignación es onerosa, y así se la presume, conforme la regla establecida en el artículo 1322.

La comisión puede haber sido convenida o no.

Si la comisión no ha sido convenida, la norma legal establece que el consignante adeudará lo que sea de uso en el lugar de cumplimiento de la consignación, lo que guarda correspondencia con el artículo citado.

Ahora bien, puede suceder que tampoco existan reglas usuales reconocidas, en cuyo caso deberemos acudir a la solución que prevé la norma de origen (art. 1322) y deberá ser determinada por el juez.

El lugar de cumplimiento de la consignación también es una situación que puede admitir diversas modalidades interpretativas, pero debemos estar a la regla del lugar donde se ejecuta la venta de la cosa mueble encomendada.

El artículo 1328, inciso d, brinda algunas situaciones especiales que se pueden configurar, y las soluciones para cada uno de los casos.

Se debe decir que en el código de comercio derogado existían normas similares en los artículos 274 y 275 respectivamente.

El principio del artículo 274 es el que se mantiene en este artículo, y el 275 se traslada a la norma general del artículo 1328, inciso d, antes citado.

IV) Significado de la reforma

Mantiene el principio de onerosidad de la comisión y la aplicación de las reglas de uso en el lugar del cumplimiento de la consignación, ya receptados por la normativa anterior que reemplaza.

Art. 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.

I) Resumen

La norma establece la retribución especial, denominada “de garantía”, que puede percibir el consignatario.

II) Concordancias

Onerosidad del mandato (art. 1322); obligaciones del mandante de abonar la retribución al mandatario (art. 1328, inc. d).

III) Interpretación de la norma

La norma en análisis distingue la comisión ordinaria de otra especial denominada “de garantía”.

Este instituto ya se encontraba contemplado en el artículo 256 del código de comercio derogado. Sin embargo, la norma analizada establece pautas diferentes.

Si bien la comisión de garantía es posible y lícita, debe ser convenida entre las partes. Esta convención aleja la interpretación que los tribunales venían haciendo respecto de la necesidad de la forma escrita para que se configure válidamente la comisión de garantía.

“La letra del artículo 256 del Código de Comercio permite concluir que la forma escrita no es esencial para la configuración de la comisión de garantía dentro del contrato de mandato, por lo que su existencia puede derivarse del comportamiento de las partes y de los usos y

costumbres del lugar" (CCCLPazLetr. de Curuzú Cuatiá, 3-7-98, "Don Goyo SCA c/Romero, José V. y otros").

Se entiende que debe estar convenida expresamente para que sea procedente.

La segunda cuestión es que cuando la comisión de garantía ha sido convenida, los riesgos de la cobranza quedan a cargo del consignatario, y éste estará obligado a pagar al consignante el precio en los plazos convenidos, y responder por los daños que el incumplimiento de esta norma le genere al consignante.

Esta situación que se genera entre el consignante, el consignatario y los terceros contratantes, existiendo expresamente convenida la retribución "de garantía", había sido observada por la jurisprudencia, acentuando la desvinculación del consignante respecto del adquirente.

"La 'comisión de garantía' que coloca al comisionista en la misma situación en que si hubiese sido él el comprador de la hacienda (art. 256, Cód. de Com.), acentúa la total desvinculación del dueño de las vacas con respecto al adquirente de las mismas (obviamente, sin perjuicio de las acciones que pudiese tener la accionada contra su comitente)" (CCCom. de Mercedes, sala II, 3-9-85, "Vescio, Osvaldo y otro c/Ganaderos de Luján SA", L. L. 1986-A-541, AR/JUR/823/1985).

IV) Significado de la reforma

La reforma ha establecido claramente que la comisión de garantía debe ser expresamente convenida, e implica la transferencia de los riesgos al consignatario, quien queda obligado directamente a pagar el precio.

Art. 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.

I) Resumen

Se contempla una doble situación: obligación del consignatario de pagar el precio si no se restituyen las cosas en un plazo determinado, y la no embargabilidad de las cosas consignadas durante ese lapso.

II) Concordancias

Conclusión del mandato, remisión de cuenta y entrega de bienes, dinero y documentación (art. 1324, incs. f, g, h, i); rendición de cuentas entre las partes (art. 1334).

III) Interpretación de la norma

Se regulan diversas situaciones que se plantean en aquella consignación donde expresamente el consignatario se ha obligado a pagar el precio de las cosas muebles objeto de la consignación, en caso de no constituir las en un plazo determinado.

Éste es el supuesto de hecho que regula la norma.

Mientras el plazo no se hubiere cumplido, el consignante no puede disponer de las cosas. Aquí se abren dos alternativas: que al cumplirse el plazo el consignatario entregue al consignante el precio, o bien le restituya las cosas objeto de la consignación. Es por ello que la norma consagra la imposibilidad del consignante de disponer de las cosas hasta tanto le sean restituidas o, en su defecto, abonado el precio.

También regula la situación de los acreedores del consignatario.

Recordemos que el consignatario se obligó a pagar el precio o a restituir las cosas en un plazo determinado. Es lógico que los acreedores, hasta que no se consolide la propiedad de las cosas en cabeza del consignatario, no pueden embargarlas porque son ajenas, o sea, pertenecen al consignante.

Cumplido el plazo y abonado el precio por parte del consignatario, las cosas ingresan al patrimonio propio del consignatario y por lo tanto pueden ser embargadas por sus acreedores.

IV) Significado de la reforma

Establece con claridad la posibilidad de que el consignatario será considerado adquirente cuando pague el precio y haya culminado el plazo determinado, pero además, que hasta tanto no se cumplan ambas condiciones, los acreedores del consignatario no pueden embargar las cosas consignadas, porque no han resultado adquiridas ni pagadas y por ende no han ingresado al patrimonio del consignatario.

CAPÍTULO 10

CORRETAJE

El Código regula el contrato de corretaje en los artículos 1345 a 1355.

Allí recoge alguna de las pautas establecidas por la ley 25.028 que reformó el decreto-ley 20.266 e introdujo un capítulo especial referido a los corredores de comercio.

Debe considerarse que se derogan los artículos 36, 37 y 38 del decreto-ley 20.266 que se transcriben:

Artículo 36: "Son obligaciones del corredor: a) Llevar el libro que establece el artículo 35. b) Comprobar la identidad de las personas entre quienes se tratan los negocios en los que interviene y su capacidad legal para celebrarlos. c) Deberá comprobar, además, la existencia de los instrumentos de los que resulte el título invocado por el enajenante; cuando se trate de bienes registrables, recabará la certificación del Registro Público correspondiente sobre la inscripción del dominio, gravámenes, embargos, restricciones y anotaciones que reconozcan aquéllos, así como las inhibiciones o interdicciones que afecten al transmitente. d) Convenir por escrito con el legitimado para disponer del bien los gastos y la forma de satisfacerlos, las condiciones de la operación en la que intervendrá y demás instrucciones relativas al negocio; se deberá dejar expresa constancia en los casos en que el corredor quede autorizado para suscribir el instrumento que documenta la operación o realizar otros actos de ejecución del contrato en nombre de aquél. e) Proponer los negocios con la exactitud, precisión y claridad

necesarias para la formación del acuerdo de voluntades, comunicando a las partes las circunstancias conocidas por él que puedan influir sobre la conclusión de la operación en particular, las relativas al objeto y al precio de mercado. f) Guardar secreto de lo concerniente a las operaciones en las que intervenga: sólo en virtud del mandato de autoridad competente, podrá atestiguar sobre las mismas. g) Asistir la entrega de los bienes transmitidos con su intervención, si alguna de las partes lo exigiere. h) En las negociaciones de mercaderías hechas sobre muestras, deberá identificarlas y conservarlas hasta el momento de la entrega o mientras subsista la posibilidad de discusión, sobre la calidad de las mercaderías. i) Entregar a las partes una lista firmada, con la identificación de los papeles en cuya negociación intervenga. j) En los contratos otorgados por escrito, en instrumento privado, debe hallarse presente en el momento de la firma y dejar en su texto constancia firmada de su intervención, recogiendo un ejemplar que conservará bajo su responsabilidad. En los que no requieran la forma escrita, deberá entregar a las partes una minuta de la operación, según las constancias del Libro de Registro. k) Respetar las prohibiciones del artículo 19 en lo que resulten aplicables. l) Cumplir las demás obligaciones que impongan las leyes especiales y la reglamentación local" (*Incorporado por ley 25.028*).

Artículo 37: "El corredor tiene derecho a: a) Cobrar una remuneración por los negocios en los que intervenga, conforme a los aranceles aplicables en la jurisdicción; a falta de ellos, de acuerdo de partes o de uso, se le determinará judicialmente; salvo pacto contrario, surge el derecho a su percepción desde que las partes concluyen el negocio mediado. La remuneración se debe aunque la operación no se realice por culpa de una de las partes, o cuando iniciada la negociación por el corredor, el comitente encargare la conclusión a otra persona o la concluyere por sí mismo. Interviniendo un solo corredor, éste tendrá derecho a percibir retribución de cada una de las partes; si interviene más de un corredor, cada uno sólo tendrá derecho a exigir remuneración a su comitente; la compartirán quienes intervengan por una misma parte; b) Percibir del comitente el reintegro de los gastos convenidos y realizados, salvo pacto o uso contrario" (*Incorporado por ley 25.028*).

Artículo 38: "El corredor por cuya culpa se anulare o resolviera un contrato o se frustrare una operación, perderá el derecho a la remuneración y a que se le reintegren los gastos, sin perjuicio de las demás responsabilidades a las que hubiere lugar" (*Incorporado por ley 25.028*).

Una de las cuestiones importantes que genera esta normativa es la articulación de ambos esquemas normativos, que se pretende resolver a través de un artículo final.

El Código regula el contrato de corretaje y las leyes especiales regulan los requisitos para ser corredor y para el ejercicio del corretaje.

A manera de introducción, debe hacerse una breve reseña sobre esta actividad a fin de otorgar un marco adecuado al análisis del contrato mismo de corretaje.

Existen diversas ideas y noticias sobre el corretaje.

Así, en el sentido usual que le da el lenguaje común, se denomina de esta manera a la "diligencia y trabajo que pone el corredor en los ajustes y ventas".

Claro está que en este mismo sentido se identifica al corredor como aquel "que por oficio interviene en almonedas, ajustes, apuestas, compras y ventas de cualquier género de cosas".

Como se observa, el sentido que se le otorgan a las palabras involucradas no nos da una idea cabal de qué es lo que se puede entender por corretaje.

Sin embargo, Ripert ha señalado que la denominación que en Francia se utiliza (*courtiers* o *courretiers*) tendría su origen en la palabra *curare* (poner cuidado) o *cursitare* (correr al costado de otro).

Desde una perspectiva histórica, podemos señalar que el corredor era ya conocido en la antigüedad.

Se los mencionaba en el Código de Hammurabi, en Babilonia; en Grecia se los denominaba que significaba conciliador y eran empleados y autorizados por el Estado.

En Roma se los comenzó denominando *proxenetæ* y luego, a través de Justiniano, como *mediatores*.

Se los ubicaba como personas privadas libres para el ejercicio de su oficio.

El corretaje estaba definido por una ley del Digesto.

Aquí hay que señalar que inicialmente el corretaje era desarrollado entre dos plazas diferentes y estos mediadores facilitaban los informes y conocimientos de la plaza para que el originario de un país pudiera contratar en otro país con extranjeros. Se dan los perfiles complementarios de "necesidad" y "utilidad".

Como nota interesante, se rescata la referencia que realiza Rehme de que en la época de Psamético, rey de Sais, 655 a 609 a. C., los corredores formaban una casta.

En la Alta Edad Media, se intensifica la actividad de los corredores y se elabora lo que algunos autores denominan como un verdadero "derecho de corretaje".

En este análisis debe considerarse que los corredores no fueron ajenos al fenómeno corporativo de los comerciantes que caracterizó a esa etapa histórica.

En este período se definieron muchas de las características actuales de los corredores, como serían el sistema de registración, de fe de sus certificaciones, las notas de imparcialidad, la gama de prohibiciones.

Sin embargo, también se perfilan los distintos sistemas a los que luego nos referiremos.

En Italia, se adoptó un definido carácter de oficial público de los corredores, que fueron adquiriendo paulatinamente el carácter de funcionarios públicos, con monopolio de la actividad de corretaje.

Bueno es advertir que en esa época la actividad comercial estaba limitada a los que eran miembros de las corporaciones y estaba prohibida su actividad a otras personas como podían ser los artesanos, por lo que no debe extrañar la caracterización que se hace del perfil que adoptó el corredor y el corretaje.

La actividad se siguió expandiendo y en Francia se los denomina *courtiers* o *courretiers*, se reglamenta la actividad y se les otorga carácter de oficial público.

En instancias posteriores al código de comercio francés se consagró la "libertad de corretaje" por ley que data de julio de 1866, en Francia.

Paralelamente en España, la profesión de corredor se reguló en las Partidas y particularmente en el "Código de las Costumbres de Tor-

tosa", distinguiéndose entre corredores de negociaciones privadas y de negociaciones públicas.

Más adelante las Ordenanzas de Bilbao fueron definiendo el perfil de los corredores y regulando su actividad.

Holanda, Inglaterra y otros países mantuvieron desde sus inicios el sistema de libertad de corretaje.

Alemania pasó de un sistema de corretaje oficial a un sistema de corretaje libre.

De esta manera se fueron sucediendo las noticias históricas del corretaje, sin que entre ellas existan diferencias sustanciales o estructurales, que no permitan llegar a un concepto de corretaje que pueda ser omnicompreensivo de los distintos sistemas.

Nuestro país tuvo su base en el sistema de las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao, y hubo etapas donde el corretaje libre fue prohibido, pero la evolución continuó y se fue perfeccionando un sistema de corretaje libre, regulado por las normas del código de comercio, luego reemplazado por leyes especiales que se incorporaron al Código y posteriormente se llega a la etapa de la máxima evolución, donde el corretaje se convierte en la actividad que exclusiva y excluyentemente puede realizar sólo la persona que detenta el título profesional universitario habilitante.

Se destacan, así, tres sistemas:

- a) Monopólico u oficial.
- b) Libre.
- c) Mixto.

En el primer caso, el corretaje es una actividad que sólo puede llevar adelante un limitado número de oficiales públicos.

En el segundo supuesto, el corretaje puede ser ejercido por cualquier persona que reúna determinados requisitos mínimos.

El tercer supuesto nace sobre el sistema de libertad, pero las condiciones de ejercicio son limitantes.

En la Argentina, en la actualidad, el sistema debería quedar encuadrado en el sistema mixto, ya que cualquier persona no puede ejercer el corretaje, sino que debe poseer el título profesional univer-

sitario habilitante, y ello está marcando una cada vez mayor jerarquización de esta actividad.

De manera tal que hoy tenemos tres esquemas normativos:

- a) La ley nacional especial que regula los requisitos para ser corredor.
- b) Las leyes locales que regulan los requisitos para el ejercicio del corretaje.
- c) El Código que regula el contrato de corretaje.

Art. 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.

I) Resumen

a) Como sostuvo la Comisión de Reformas en los fundamentos, 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.

b) El Capítulo regula a nivel nacional la actividad de corretaje en general. Estas normas —como dice Esper— se integran con las disposiciones del Decreto-Ley 20.266/72 de Martilleros, que mantienen su vigencia, excepto los artículos 36, 37 y 38 que fueron expresamente derogados.

II) Concordancias

Corretaje (arts. 1346 a 1355). Decreto-ley 20.266, modificado por la ley 25.028 (que regula la actividad del corredor).

III) Interpretación de la norma

Resulta de suma importancia intentar definir el corretaje.

Se han formulado distintos conceptos, muchas veces de origen extranjero, sobre qué es lo que se entiende por corretaje.

Así se ha dicho que el corretaje es "El contrato entre el corredor y el comitente por el cual el primero se obliga, mediante una retribución, a buscar a la persona o cosa necesaria para llegar a la conclusión del contrato proyectado por el comitente" (Garrigues; Fernández).

"El contrato de corretaje puede definirse diciendo que es aquel por el que una parte se obliga frente a otra u otras, sin relación de dependencia ni de representación, a desplegar una actividad dirigida a procurar la conclusión de un contrato" (Broseta Pont).

"El contrato de mediación es aquel por el cual una persona se obliga a abonar a otra, llamada mediador o corredor, una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o por servirle de intermediario en esa conclusión" (Sánchez Calero; Vincent Chuliá).

Jurisprudencialmente se ha sostenido que "El contrato de corretaje es el acuerdo entre el corredor y el comitente por el cual el primero se obliga, mediante retribución, a buscar a la persona o cosa necesaria para llegar a la conclusión de un negocio proyectado por el comitente"³³.

Desarrollando este concepto, la jurisprudencia ha señalado que el corretaje tiene lugar cuando el corredor promete desplegar la actividad o el comportamiento necesario para buscar y acercar la o las personas interesadas en la conclusión del contrato proyectado por el comitente, a cambio de una contraprestación en dinero. Localizada esa persona o cosa, o ambas, el corredor transmite la propuesta, y si ella es aceptada pone en contacto a las partes, quienes perfeccionan el contrato directa y personalmente; nace allí el segundo estadio de la relación de corretaje, del cual surgirá el derecho del corredor a cobrar su comisión. Para que este contrato se configure basta con que las partes contactadas acepten y realicen el negocio propuesto aprovechando los consejos, las indicaciones y, principalmente, el resultado de las actividades del intermediario, actividades que pueden

ser probadas por cualquier medio de prueba. Es así el corretaje un contrato *sui generis* accesorio, bilateral, consensual y no formal³⁴.

Sin perjuicio de la gran cantidad de precedentes jurisprudenciales y pronunciamientos de doctrina que existen sobre este punto, cabe precisar, en principio, que:

- a) Es un contrato.
- b) Es autónomo del contrato que celebren las partes.
- c) Sólo puede ser realizado por un corredor, matriculado y con título universitario.
- d) Se relaciona con otro contrato diferente.
- e) No hay relación de dependencia, de colaboración ni de representación.

Son interesantes las reflexiones de Broseta Pont en este sentido, al señalar que "La complejidad de la vida económica moderna hace que cuando un sujeto desea o necesita estipular un contrato para obtener un bien o servicio no pueda dedicarse personalmente a la búsqueda de quien esté en condiciones de estipularlo con él, bien por falta de tiempo para ello, bien por carecer de los conocimientos técnicos necesarios, o por cualesquiera otras circunstancias. Para satisfacer esta necesidad, se suele acudir a sujetos que profesionalmente se dedican a prestar el servicio de búsqueda de las personas que, poseyendo el bien o pudiendo prestar el servicio deseado, estén en situación de contratar para procurarlo. Estos sujetos, denominados corredores o mediadores, se limitan a buscar y aproximar a las partes, para que éstas contraten directamente la prestación del bien o del servicio. De ahí que el corredor sea un sujeto cuya actividad consiste en la gestión de intereses ajenos, desempeñando una actividad muy próxima al comisionista y a la del agente, de los que, sin embargo, le separan profundas diferencias"³⁵.

O sea que se puede definir como "el contrato celebrado entre un corredor (profesional universitario habilitado como tal) y una o varias partes, por las cuales el corredor se obliga a poner en relación a dos

³⁴ Conf. JUBA B200768; JUBA B251367; JUBA B352650; JUBA B3400273.

³⁵ BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 481.

³³ L. L. N° 12.513; L. L. 31-544; J. A. 1952-IV-267, entre tantos otros.

o más partes para la conclusión de negocios, sin que exista relación de dependencia laboral, colaboración, o representación, y recibiendo como contraprestación un precio cierto en dinero, denominado comisión, remuneración o retribución”.

Se observa entonces que el objeto principal del contrato, o la prestación típica y caracterizante, es el de “poner en relación a dos partes o varias partes para la realización de negocios entre ellas”.

Aquí hay que resaltar que existe una actividad profesional de corretaje que marca una nota de autonomía muy importante, ya que es un “profesional libre” el que desarrolla esta actividad y por ello se marca con énfasis que no debe existir dependencia, colaboración, representación ni subordinación con ninguna de las partes, por lo menos en lo que refiere a la etapa de formación y perfeccionamiento del contrato, ya que esta exigencia se diluye, en lo que se denomina la etapa de ejecución del contrato.

En este sentido se ha señalado que “La nota distintiva del corretaje la da el hecho de la intervención profesional autónoma del intermediario al solo efecto de promover la negociación, facilitando el acercamiento de los interesados, pero sin representación en el negocio en trance de celebración y a cuya conclusión sólo coopera con su mediación”³⁶.

Claro está que surgen dudas e inquietudes al momento de determinar qué relación jurídica existe entre la parte que encomienda la labor profesional y el corredor.

Se ha visto que en el caso del martillero existe un mandato o comisión, según los casos.

Pero en esta figura se rechaza la asimilación con el mandato, ya que expresamente la ley impide que se actúe o represente a alguna de las partes, y la misma objeción (aunque en menor medida) se realiza para la comisión, donde las relaciones internas entre comitente y comisionista se rigen por las mismas normas del mandato, conforme lo establecía el artículo 232 del código de comercio derogado.

Se lo diferencia de la locación de servicios porque se señala que el locador de servicios cobra por la simple prestación de su actividad, independientemente del resultado. Y del agente de comercio porque

³⁶ L. L. 1985-C-81.

éste se vincula con el principal, por una relación estable, a veces con representación, otras sin ella, pero siempre con colaboración (en el sentido jurídico y económico del término).

Por ello se lo ha calificado como locación de obra especial (opinión mayoritaria que comparten Fernández, Fontanarrosa, Azzolina, Segovia, Malagarriga, Ascarelli, entre tantos otros).

Sin embargo, se ha abierto paso en la moderna doctrina la calificación de contrato “atípico” y *sui generis*.

Así se ha dicho que “El corretaje es un contrato *sui generis*, accesorio, bilateral, consensual y no formal, que reconoce dos momentos vinculantes y decisivos en lo concerniente a las relaciones entre el corredor y sus comitentes. En una primera etapa nace la relación de mediación, que en la práctica se traduce en la intervención de aquel que transmite la propuesta. Luego, una vez aceptada ésta, pone en contacto a los interesados para que concluyan el negocio, cuyo perfeccionamiento hace nacer el segundo aspecto del contrato, del cual emerge el derecho del corredor y el pago de la comisión”³⁷.

El concepto actual propuesto marca claramente que no hay relación de dependencia ni tampoco representación en relación a las partes intervinientes.

De manera tal que se regulará el contrato de corretaje por las normas del Código y por las de la ley especial, debidamente articuladas.

IV) Significado de la reforma

Es de enorme valor, ya que regula el contrato de corretaje, que existía como acto de comercio en el código de comercio derogado, pero no se había logrado una definición normativa como la que trae el Código.

Art. 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

³⁷ L. L. 1998-B-249; L. L. 1998-E-574; L. L. 1997-D-41, entre tantos otros.

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.

I) Resumen

Regula la conclusión del contrato de corretaje y las alternativas según que el corredor se encuentre inscripto o no.

II) Concordancias

Decreto-ley 20.266, modificado por ley 25.028 (que regula la profesión del corredor de comercio).

III) Interpretación de la norma

El Código regula en el artículo 1346 en comentario, dos situaciones diferentes.

La primera de ellas refiere a un corredor inscripto para el ejercicio profesional del corretaje que interviene en el negocio, y donde las partes no se han opuesto expresamente, ni ha actuado otro corredor por el comitente. Esta pauta pretende dar solución a la actuación del corredor consentida por las partes del negocio, y evitar de esta manera debates o discusiones sobre su derecho a la comisión; sin embargo, da apertura a que se planteen intervenciones irreales o que no se corresponden con la voluntad de las partes.

Esta norma se contraponía con el artículo 36, inciso d, del decreto-ley 20.266, con las modificaciones de la ley 25.028, que refería a la obligación que tienen los corredores de convenir por escrito las condiciones del corretaje. Este artículo fue derogado.

Una segunda cuestión reglada está referida al corretaje realizado para una persona de Derecho Público, en cuyo caso se señala que este contrato debe ajustarse a las reglas de contratación pertinentes, o sea a las del Derecho Público aplicable al caso. La solución es pertinen-

te, aunque no podrá modificar leyes de orden público como lo es la ley 25.028, que establece las condiciones de la profesión de corredor.

El tercer tema reglado en este artículo 1346 señala la posibilidad de que el corretaje sea realizado por personas físicas o jurídicas, situación que recepta la pauta de la ley especial en su artículo 15 por remisión del 31, pero deberá tratarse de una sociedad comercial constituida por corredores y con el objeto exclusivo de realizar actos de corretaje, y siempre y cuando se realice dicha actividad por intermedio de corredores matriculados, conforme lo establece el artículo 16 de la legislación especial.

IV) Significado de la reforma

Se pretende dar solución a un problema práctico frecuente, sin perjuicio de que deberá articularse normativamente con las pautas que surgen de la ley 25.028.

Art. 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.

I) Resumen

Regula las principales obligaciones que recaen sobre el corredor.

II) Concordancias

Compraventa sobre muestra (art. 1153); determinación de la adecuación de las cosas al contrato (art. 1157). Decreto-ley 20.266, modificado por ley 25.028 (que regula la profesión del corredor de comercio).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1347 establece diversas obligaciones, que son concordantes con las consagradas en la legislación especial.

Así, el inciso a, del artículo 1347 coincide con el b, del artículo 36 del decreto-ley 20.266 modificado por la ley 25.028 (hoy derogado), respecto de asegurarse de la identidad de las personas que intervienen en los negocios y de su capacidad legal para contratar.

En su actuación como corredor, y dentro de las diligencias necesarias para una eficaz realización del corretaje y en cumplimiento del deber de confianza, la ley exige que el corredor compruebe la identidad de las personas entre quienes se tratan los negocios en los que interviene y su capacidad legal para celebrarlos.

En este caso, se reitera el principio de que estamos frente a un profesional que genera confianza de que la parte con la cual se está contactando la otra parte es la persona que dice ser y tiene capacidad de hecho y de derecho para la realización del negocio que está mediando.

Recuérdese que se busca al corredor porque es el que tiene conocimiento de la plaza, que comprende no sólo a los bienes, sino a los sujetos que interactúan en ella, y el error sobre la identidad o la capacidad hace responsable al corredor de los daños que guarden nexo de causalidad con este incumplimiento de sus deberes leales.

Claro está que podrá exigir la justificación de estos extremos dentro de lo que resulta posible, actuando con diligencia y pericia, y exigiendo

todo lo que pueda resultar exigible para que la identidad y capacidad queden debidamente acreditadas.

Así se ha dicho con razón que el corredor no puede, sin incurrir en ignorancia culpable, prescindir de informarse sobre la capacidad y legitimación de quienes le proponen mediar en una compraventa inmobiliaria, pues tal diligencia es la que corresponde a una persona prudente y experta en dichos negocios³⁸.

Los incisos b, y c, del artículo 1347 coinciden con el artículo 36, inciso e, de la ley especial (ahora derogada), y refieren a la obligación de proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de mencionar supuestos inexactos que pueden inducir a error en las partes.

Este profesional del corretaje debe proponer los negocios a las partes, con la exactitud, precisión y claridad necesarias para la formación del acuerdo de voluntades, comunicando a las partes las circunstancias conocidas por él que puedan influir sobre la conclusión de la operación, en particular las relativas al objeto y al precio del mercado.

Esta obligación que hace a la ejecución misma del corretaje es mayor aún en la actualidad por tratarse el corredor de un profesional universitario, de donde adquiere mayor relevancia el deber de ser exacto y preciso al proponer el negocio en el cual intermedia, exponiendo en él toda su formación y conocimientos adquiridos, que permitan reflejar con claridad la verdadera situación de los bienes y los precios de éstos.

Por un lado está la propuesta del negocio y por el otro toda la información que él tenga o pueda tener que influya o pueda influir sobre el contrato principal a celebrar entre las partes.

La jurisprudencia ha señalado que el incumplimiento de proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad hace contractualmente responsable al corredor por el no acatamiento de las obligaciones que emanan del contrato de corretaje³⁹.

Se ha hecho responsable al corredor por la formulación de "supuestos falsos", que llevaron a precios inadecuados⁴⁰.

³⁸ E. D. 92-847; L. L. 1989-E-96.

³⁹ D. J. 1991-2-852.

⁴⁰ L. L. 1984-D-58.

Ello va conformando una caracterización profesional del corretaje, destinada a eliminar las distorsiones que se fueron generando por prácticas inadecuadas.

El artículo 1347, inciso d, es concordante con el artículo 36, inciso f (derogado), y se refiere al deber de confidencialidad que debe guardar el corredor respecto de las partes y el negocio.

Los corredores están enmarcados en el ámbito del denominado secreto profesional y también del secreto comercial, por lo cual no podrán divulgar lo concerniente a las operaciones en las que intervengan y sólo podrán ser dispensados de dicha operación de secreto en virtud de orden judicial.

Se debe recordar que la violación del secreto puede generar responsabilidad para el corredor y aun conductas tipificadas por el Código Penal.

Sin embargo la doctrina se ha ocupado de precisar los alcances de este secreto y así ha dicho que "en cuanto a los alcances de dicha obligación pueden distinguirse tres momentos: a) Durante el curso de las gestiones y hasta la aceptación de la oferta debe callar el nombre del comitente, pero en cambio, lógicamente el silencio no podrá abarcar las condiciones del negocio mediado, pues forma parte del cometido del corredor dar publicidad a la propuesta. b) Obtenida la aceptación de la oferta se levanta la obligación de guardar silencio acerca del nombre de los contratantes, ya que el mediador debe poner a éstos en contacto y comienza la obligación de no divulgar el negocio respecto de terceros. c) Luego de concluida la mediación cualquiera haya sido su resultado, el secreto profesional abarca todos los aspectos del negocio y comprende naturalmente la prohibición de dar a publicidad la correspondencia cambiada entre las partes y el corredor. Si éste viola dicho secreto sin justa causa, responderá por los perjuicios que resulten a las partes, podrá ser pasible de una sanción profesional y su conducta, eventualmente encuadrar en las figuras delictivas contempladas en los artículos 156 y 157 del Código Penal"⁴¹.

Deben entenderse como fundamento del presente, tanto el secreto

⁴¹ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos (dir.), *Código de Comercio comentado*, Errepar, Buenos Aires, 2000, t. I, p. 174.

profesional como el denominado secreto comercial, que hace al éxito de las transacciones comerciales y que ha sido históricamente reconocido como uno de los rasgos característicos de la actividad económica y del Derecho Comercial.

La dispensa del secreto profesional y comercial debe ser dispuesta expresamente por un juez, y no alcanza con someter al corredor a la calidad de testigo, sino que debe haberse dictado una resolución judicial que ordene al corredor omitir dicha obligación de secreto profesional y comercial.

El artículo 1347, inciso e, es concordante con el artículo 36, incisos g, y j (derogado), del decreto-ley 20.266, con las modificaciones de la ley 25.028.

Dentro de su actividad de corretaje, el corredor puede ser obligado por alguna de las partes a asistir a la entrega de los bienes, resultantes del contrato principal logrado a través de su corretaje.

Pero esto sólo se va a dar si alguna de las partes lo exigiere ya que, en principio, el curso normal y ordinario del corretaje marca que la actividad del corredor finaliza con la conclusión del contrato.

Sin embargo, reiteramos que si alguna de las partes lo exige, el corredor debe asistir.

"La finalidad que en este caso se persigue con su asistencia, es que por conocer el agente todas las condiciones del contrato y las circunstancias de la negociación, puede prestar su colaboración para superar, con su intervención imparcial y objetiva, eventuales problemas en la ejecución del contrato.

"Aquí también la intervención del corredor lo convierte en un importante testigo del cumplimiento del contrato"⁴².

Cuando el corretaje haya servido de base para el otorgamiento de un contrato principal confeccionado por escrito, en instrumento privado, se exige que el corredor se encuentre presente en el momento de la firma del mismo, y dejando en el texto del contrato constancia firmada de su intervención, recogiendo un ejemplar que conservará bajo su responsabilidad.

⁴² FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 378.

Esto es, reitero, para los contratos principales logrados a través del corretaje, donde el corredor deja constancia, firmando y colocando la palabra "interviene" y reservándose una copia del mismo.

La jurisprudencia ha señalado que la omisión de suscribir estos contratos no le quita al corredor el derecho a percibir su comisión⁴³, sin embargo esta jurisprudencia es anterior al claro perfil y carácter profesional que la ley 25.028 le ha otorgado al corredor.

Es conveniente, y es un deber legal, cumplir con la presencia, la firma, la constancia y la conservación del ejemplar, lo que adquirirá mayor relevancia en aquellos supuestos que se traduzcan en litigio.

Para los contratos que no requieren la forma escrita el corredor debe confeccionar y entregar a las partes una minuta de la operación realizada en base a las constancias del libro de registro; en ellas se debe contener el número de orden del asiento y todas las circunstancias que permitan precisar las condiciones del negocio concluido, facilitando la redacción del contrato definitivo y sirviendo como fundamental elemento probatorio de la operación.

En estos casos se ha sostenido que el corredor puede llegar a perder la comisión cuando omite entregar la minuta, ya que ésta está enderezada a facilitar a los contratantes los elementos esenciales para la formulación del contrato y proveerlos de una prueba esencial al respecto. Por ello la falta de entrega de la minuta puede traer como sanción la pérdida de la comisión⁴⁴, aunque ello debe ser interpretado restrictivamente, como lo señala también antigua jurisprudencia⁴⁵.

El artículo 1347, inciso f, es coincidente con el artículo 36, inciso h, (artículo hoy derogado) del decreto-ley 20.266, con las modificaciones de la ley 25.028

En este sentido exige guardar las muestras de los productos que se negocien con su intervención mientras subsista la posibilidad de controversia sobre la calidad de lo entregado.

El corretaje exige que en las negociaciones de mercaderías hechas sobre muestras, el corredor debe identificarlas y conservarlas hasta el

⁴³ L. L. 1980-A-219.

⁴⁴ E. D. 36-378.

⁴⁵ L. L. 37-787; E. D. 12-67; L. L. 128-876; E. D. 21-425.

momento de la entrega o mientras subsista la posibilidad de discusión sobre la calidad de las mercaderías.

Son de práctica comercial los contratos de compraventa sobre muestras, que se encontraban inclusive regulados en el artículo 456 del código de comercio, aunque también deberían considerarse otras normas del mismo cuerpo legal derogado.

El citado artículo establecía que "Cuando la venta se hubiese hecho sobre muestras, o determinando una calidad conocida en los usos del comercio, no puede el comprador rehusar el recibo de los géneros contratados, siempre que sean conformes a las mismas muestras o a la calidad prefijada en el contrato.

"En caso de resistirse a recibirlos por falta de esta conformidad se reconocerán los géneros por peritos, quienes, atendidos los términos del contrato y confrontando aquéllos con las muestras, si se hubieren tenido a la vista para su celebración, declararán si los géneros son o no de recibo.

"En el primer caso se tendrá por consumada la venta, quedando los efectos por cuenta del comprador; y en el segundo, se rescindirá el contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones a que tenga derecho el comprador por los pactos especiales que hubiere hecho con el vendedor".

Hoy la situación se encuentra regulada en los artículos 1153 y 1157 del Código, que expresan lo siguiente:

Artículo 1153: "*Compraventa sobre muestras*. Si la compraventa se hace sobre muestras, el comprador no puede rehusar la recepción si la cosa es de igual calidad que la muestra".

Artículo 1157: "*Determinación de la adecuación de las cosas al contrato*. En los casos de los artículos 1153 y 1154 el comprador debe informar al vendedor sin demora de la falta de adecuación de las cosas a lo convenido. La determinación de si la cosa remitida por el vendedor es adecuada al contrato se hace por peritos arbitradores, excepto estipulación contraria. Si las partes no acuerdan sobre la designación del perito arbitrador, cualquiera de ellas puede demandar judicialmente su designación dentro del plazo de caducidad de treinta días de entrega de la cosa. El juez designa el arbitrador".

Se observan con claridad los problemas probatorios, que permite superar esta obligación establecida por la ley vigente.

Es bueno señalar que las partes pueden dispensar al corredor de esta obligación, pero si no fue dispensado y se causa algún daño por su omisión será responsable de los daños y perjuicios que se produzcan por ello.

“Se debe entender que el agente, desarrollando una adecuada diligencia, deberá arbitrar los medios para que las muestras reservadas sirvan para el cotejo que permita la comprobación de la identidad de las entregadas en cumplimiento del contrato. Con esa finalidad el corredor podrá guardar las muestras testigo bajo sobre lacrado, depositarlas en custodia en el Colegio profesional o en la Bolsa de Comercio o dejarlas en poder de un escribano”⁴⁶.

Estas obligaciones deben ser completadas en base al artículo 1355 que remite a la aplicación de las leyes y reglamentos especiales, por lo que resultan aplicables las demás obligaciones que surgen de la ley 20.266 con la modificación de la ley 25.028.

En particular se ha omitido lo referido a los libros de los corredores; la comprobación de los títulos y condiciones; la exigencia del instrumento de instrucciones; la entrega del listado de documentos utilizados, para cuyo análisis debemos remitirnos a la ley especial.

IV) Significado de la reforma

Profundiza la regulación de las obligaciones que recaen sobre el corredor, en virtud de la frecuencia con que se utiliza este instrumento para celebrar negocios de importancia, que luego se ven afectados por incumplimientos del corredor.

Art. 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.

⁴⁶ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 378.

I) Resumen

Regulas las prohibiciones que pesan sobre el corredor.

II) Concordancias

Decreto-ley 20.266, modificado por ley 25.028 (que regula la profesión del corredor de comercio).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1348 del Código establece dos prohibiciones expresas. Esta norma debe complementarse, necesariamente, con la ley especial nacional de la profesión de corredor y con las normas locales, en los aspectos que sean facultades de estas legislaciones, que establecen diversas prohibiciones.

La primera de ellas refiere a que el corredor no puede adquirir por sí o por interpósita persona efectos cuya negociación le ha sido encargada; lo que resulta lógico, ya que de lo contrario no llevaría adelante el cometido esencial de su labor (y profesión reglada, agrego), sino que trataría de direccionar el negocio en su propio beneficio.

La segunda prohibición expresa es la de tener cualquier clase de participación o interés en la negociación o en los bienes comprendidos en ella, que proyecta en mayor medida la prohibición anterior, no limitándola a la adquisición sino a cualquier forma de interés.

Esta norma debe complementarse con el decreto-ley 20.266, modificado por la ley 25.028, ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 1355 del Código.

Sin embargo al derogarse el artículo 36, inciso k de la ley 20.266 se eliminó la remisión expresa a las prohibiciones de los martilleros. ¿Esta falta de remisión expresa impide aplicar otras prohibiciones a los corredores?

En lo que refiere a las prohibiciones, ya que lo establecido por leyes especiales o reglamentaciones locales debe ser adecuado a cada caso y a cada reglamentación, podía estructurarse de la siguiente manera:

- a) Está prohibido para el corredor practicar descuentos, bonificaciones o reducción de comisiones arancelarias.

- b) Tener participación en el precio que se obtenga en el corretaje a su cargo, no pudiendo celebrar convenios por diferencias a su favor o de terceras personas.
- c) No puede delegar su actuación como corredor ni permitir que bajo su nombre se efectúen corretajes por personas no matriculadas.
- d) No puede comprar por cuenta de terceros directa o indirectamente los bienes involucrados en el corretaje.
- e) No puede comprar para sí o para su cónyuge o parientes dentro del segundo grado, socios habilitados o empleados, los bienes que son objeto directo o indirecto del corretaje.
- f) No puede retener el precio, en el supuesto de que actuare representando a alguna de las partes en la ejecución del contrato, recibido en lo que exceda del monto de los gastos convenidos y de la comisión que le corresponda.

Éstas serían, en una interpretación armónica, las prohibiciones que se compadecen con la naturaleza y características del corredor y del corretaje, sin perjuicio de que puedan estructurarse otras en base a esta ley, leyes especiales o leyes locales y siempre y cuando se considere que las prohibiciones de los martilleros pueden serles aplicables, lo que es opinable.

IV) Significado de la reforma

Resalta las prohibiciones ya contempladas en la ley especial, destacando la importancia de la labor transparente del corredor y el principio de confianza que pesa sobre él.

Art. 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.

I) Resumen

Consagra legalmente las posibilidades de que el corredor realice prestaciones en nombre e interés de alguna de las partes.

II) Concordancias

Decreto-ley 20.266, modificado por ley 25.028 (que regula la profesión del corredor de comercio).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1349 establece dos posibilidades que ya contempla la legislación especial.

Señala que el corredor puede otorgar garantía por obligaciones de una o ambas partes en la negociación que actúe, lo que está receptado en el artículo 34, inciso d, del decreto-ley 20.266, modificado por la ley 25.028, aunque sólo lo hace respecto de la fianza, en cambio en el Código se habla de cualquier clase de garantías.

En un cambio trascendente, la legislación que emana de la ley 25.028 desplaza la prohibición absoluta que contenía el código de comercio en su artículo 107 y que impedía que los corredores presten fianza respecto del contrato en el cual habían intervenido con el acto de corretaje, señalándose que esta fianza era nula y que no produciría efecto alguno.

El corredor puede prestar fianza por una de las partes y ello resultaría posible en virtud de que el contrato estaría en la etapa de ejecución y no en la etapa de formación o perfeccionamiento, con lo cual el corredor se convierte en garante del cumplimiento de las prestaciones derivadas del perfeccionamiento del contrato, lo que se corresponde con la última parte del inciso a, del artículo 34 que autoriza al corredor a representar a una de las partes en los actos de ejecución del contrato.

Es importante señalar que muchas personas llegan al contrato principal porque confían en la profesionalidad y en el conocimiento del corredor.

Es más, contratan porque conocen al corredor y por lo tanto no

resulta desconectado de la esencia misma del contrato que el corredor se convierta en fiador de una de las partes, cumpliendo así con su deber de confianza que el contratante ha depositado en él.

Claro está que para los autores clásicos del Derecho Comercial, esto importaría contradecir la esencia de la actividad mediadora, porque el corredor asumiría un interés directo y personal sobre el resultado del contrato que impediría, según estos autores, su actuación imparcial y objetiva.

Se entiende que esta posición es discutible.

El corredor genera confianza en los contratantes y debe responder por la confianza generada, en todo sentido, y por ello prestar fianza por una de las partes permitiría evitar que bajo la apariencia de seriedad y profesionalidad se encuentre una situación de insolvencia encubierta de una de las partes.

Como se quiera, la ley ha hecho una opción clara y precisa, comprometiendo o permitiendo comprometer al corredor en el cumplimiento del contrato celebrado por las partes, mediante la utilización de la actividad de corretaje de éste, y así lo que antes era ilícito y castigado por la nulidad, hoy es perfectamente válido.

La segunda posibilidad que establece este artículo es la referida a posibilitar que el corredor pueda recibir de una parte el encargo de representarla en la ejecución del negocio.

Se está hablando de la etapa del negocio ya perfeccionado.

Esta posibilidad está contemplada en la legislación vigente, en el artículo 34, inciso a, segundo párrafo, del decreto-ley 20.266.

Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, el corredor está autorizado legalmente a representar a una de las partes pero sólo en la etapa de ejecución del contrato logrado con la mediación del corredor.

Éste es un tema sumamente importante que se corresponde con una función distinta de la que es propia del corretaje.

Aquí se han superado las etapas de formación y perfeccionamiento del contrato principal, y por lo tanto aparece el carácter de representante o mandatario del corredor respecto de las partes que han contratado.

La interferencia de intereses que se perseguía con la nota de imparcialidad está superada y puede entonces actuar en la etapa de cumplimiento o ejecución del contrato.

Desde esta perspectiva, esto se corresponde con lo que sostenía cierta doctrina como Obarrio, Segovia, Siburu y Fernández, entre otros, que consideraban, en el régimen anterior, que nada prohibía la concreción de cobros y realización de pagos, en la etapa de ejecución del contrato.

Justamente las notas más características de la ejecución de los contratos, o por lo menos de esta clase de contratos, en la etapa de cumplimiento, son la entrega de la cosa o del bien y el pago del precio.

Con ello estamos diciendo que la ley autorizaría al corredor a representar a alguna de las partes, para cumplir con la entrega del bien, o efectuar o recibir pagos, ya que, reitero, éstos son los actos característicos de la etapa del cumplimiento del contrato, que son el objeto típico de la mediación del corredor.

IV) Significado de la reforma

Consagra las posibilidades de que el corredor actúe por alguna de las partes, lo que es de importancia, en virtud de que son cuestiones que han suscitado divergencias en la doctrina.

Art. 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.

I) Resumen

Reglamenta el principio en materia de comisión de los corredores.

II) Concordancias

Decreto-ley 20.266, modificado por ley 25.028 (que regula la profesión del corredor de comercio).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1350, en concordancia con los artículos 1351, 1352 y 1353 del anterior código civil, trata el tema del derecho a la comisión por parte del corredor.

La actividad del corretaje origina para el corredor el derecho al pago de un precio por la misma, que se denomina comisión, remuneración o retribución. Ésta estaba estructurada y consagrada en el artículo 37 del decreto-ley 20.266, incorporado por la ley 25.028, que establecía lo siguiente:

"El corredor tiene derecho a:

"a) Cobrar una remuneración por los negocios en los que intervenga, conforme a los aranceles aplicables en la jurisdicción; a falta de ellos, de acuerdo de partes o de uso, se le determinará judicialmente; salvo pacto contrario, surge el derecho a su percepción desde que las partes concluyan el negocio mediado.

"La remuneración se debe aunque la operación no se realice por culpa de una de las partes, o cuando iniciada la negociación por el corredor, el comitente encargare la conclusión a otra persona o la concluyere por sí mismo.

"Interviniendo un solo corredor, éste tendrá derecho a percibir retribución de cada una de las partes; si interviene más de un corredor, cada uno sólo tendrá derecho a exigir remuneración a su comitente; la compartirán quienes intervengan por una misma parte..."

Como se puede observar, el derecho a la comisión surge en principio con la conclusión del negocio mediado.

Esto se corresponde con la naturaleza jurídica del corretaje y ha sido admitido de esta manera, históricamente, por la doctrina y la jurisprudencia.

Igualmente las partes podrían pactar lo contrario y el corretaje, por su sola ejecución, independientemente de la conclusión del negocio principal, generar el derecho a la comisión.

Respecto del monto de la comisión, deberá estarse a los aranceles que en la actualidad existen en la mayoría de las jurisdicciones y que están sometidos a la legislación local, y si ellos no existieren, se deberá estar a lo convenido por las partes y si no hubiere nada convenido, a

lo que sea usual en el lugar donde se llevó a cabo el corretaje, y si tampoco pudiera ser determinado de esta manera, se recurrirá a la determinación judicial.

Es importante preguntarse en esta instancia quiénes son los sujetos obligados a pagar la comisión, y aquí depende de la existencia de uno o de dos corredores, y siempre salvo pacto en contrario. Si hay un solo corredor podrá cobrarle a ambas partes y si hay dos corredores, cada uno podrá cobrarle a aquel con quien contrató el corretaje.

También es necesario haber instrumentado la relación de corretaje, de lo contrario, se deberá demostrar, para tener derecho a la comisión, la relación de causalidad entre la actividad del corredor y el negocio concluido.

Hay otras situaciones también contempladas que deben ser analizadas y que son aquellas que refieren a los supuestos de corretaje donde la operación principal no se realiza por culpa de una de las partes, en cuyo caso el corredor puede reclamar su comisión, aunque el contrato no fue definitivamente concluido.

También permanece el derecho a la comisión cuando el corredor inició las operaciones de corretaje y el comitente concluyó el negocio a través de otra persona o por sí mismo, y en este caso cobra gran importancia el convenio por escrito del corretaje.

La jurisprudencia ha sentado algunos principios importantes que vale la pena recordar en materia de comisiones del corredor:

- "El corredor está habilitado para percibir comisión de aquel de los contratantes que no requirió el servicio de corretaje, cuando actúa como único corredor"⁴⁷.
- "El corredor tiene derecho a su comisión cuando el contrato principal, luego de realizado el corretaje, no se concretó por el desistimiento unilateral e intempestivo de quien requiriera dicho encargo"⁴⁸.
- "El corredor tiene derecho a la comisión pactada si logra que los contrayentes se pongan de acuerdo en la celebración del contrato prestando su consentimiento a ese efecto. La solución ex-

⁴⁷ L. L. 1995-E-246.

⁴⁸ E. D. 171-274.

puesta se justifica, pues lo que en el corretaje en definitiva se remunera es el resultado útil de la gestión encomendada"⁴⁹

— "Si el sujeto que pretende ser beneficiario de una comisión por corretaje carece de habilitación o título legal para desempeñar tal actividad, específicamente reglada por el ordenamiento mercantil, no tendrá derecho a tal reclamo"⁵⁰.

— "El corredor que inició las gestiones tiene derecho a la comisión si la operación realizada es la tramitada por él y consecuencia del corretaje efectuado"⁵¹.

— "Las escalas arancelarias en materia de corretaje serán de observancia obligatoria tanto en los mínimos como en los máximos previstos. De allí que ni las partes en sus acuerdos ni los jueces en sus resoluciones pueden apartarse de aquéllos"⁵².

Por supuesto que las situaciones que se pueden plantear son innumerables, y en este caso hay que recurrir a los principios que establece el Código y supletoriamente a los usos y costumbres, que son muy útiles en materia comercial.

Ahora bien, debemos realizar un análisis de cada una de las normas del Código para poder observar si el esquema trazado es compatible con el derogado.

El artículo 1350 establece el derecho a la comisión, en base a dos pautas iniciales: a) que se encuentre estipulada, y b) que el negocio se celebre como resultado de su intervención. La segunda condición es necesaria y no se sule. La primera se sule.

La propia norma señala los modos de suplir la falta de estipulación de la comisión, abriendo tres alternativas: a) se fijará la que sea de uso en el lugar de celebración del contrato (¿el de corretaje o el principal?); b) en su defecto, la que sea de uso en el lugar que principalmente realiza su cometido (el corredor, ¿respecto de este acto o en forma habitual?); c) a falta de ambas pautas, la fija el juez (¿de qué jurisdicción?).

⁴⁹ L. L. 1996-E-73; E. D. 187-648.

⁵⁰ L. L. 1984-B-365; L. L. 1989-E-84.

⁵¹ E. D. 96-296.

⁵² D. J. B. A. 147-4295.

Debe aclararse que esta norma debe ser complementada con la legislación especial y la local. Actualmente las provincias tienen leyes arancelarias de orden público que establecen los porcentajes o la forma de calcular la comisión, y ello en virtud de que estamos en presencia de una profesión reglada, lo que no debe pasar inadvertido.

De manera tal que el uso del lugar de celebración del contrato, cualquiera sea éste, o de realización principal de su cometido o la que fije el juez, debe tener en cuenta las leyes arancelarias locales.

Ello debe ser completado con la premisa de que los corredores deben estar matriculados para ejercer válidamente en la jurisdicción donde se celebre el contrato.

IV) Significado de la reforma

Establece un principio rector en materia de comisiones que sirve de sustento para todos los supuestos donde no existe una regulación o pacto expreso.

Art. 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.

I) Resumen

Reglamenta el derecho a la comisión en el supuesto de que exista pluralidad de corredores.

II) Concordancias

Decreto-ley 20.266, modificado por ley 25.028 (que regula la profesión del corredor de comercio).

III) Interpretación de la norma

Siempre en relación al derecho a la comisión, el Código en su artículo 1351 regula la situación que se puede plantear por la intervención de uno o varios corredores.

En primer término regula la intervención de un solo corredor en el negocio. En este caso, la regla es que todas las partes le deben comisión, excepto pacto en contrario o protesta de una de las partes según el artículo 1346.

Ahora bien, ¿es posible el pacto en contrario, frente a normas de orden público que imponen el cobro de la comisión en base a las leyes arancelarias locales?

La respuesta es negativa, aunque se debe dejar a salvo que tratándose de derechos patrimoniales y una vez satisfechos los aportes legales a las Cajas Profesionales o a quien corresponda, el profesional/corredor puede renunciar a esta comisión.

La protesta de una de las partes frente a la actuación del corredor eximiría a ésta de comisión, ya que no es quien requirió sus servicios.

Esta regla general luego es particularizada, señalando que no existe solidaridad entre las partes respecto del corredor y en referencia a su comisión. Ello, entendemos que también debe ser complementado por las normas arancelarias vigentes que establecen los porcentuales a cada una de las partes, y de hecho, cada uno, salvo las excepciones planteadas, deberá al corredor la comisión que corresponda a dicha parte sin ser obligado por el porcentual que corresponda a la otra.

Si interviene un corredor por cada parte, cada una le deberá la comisión al que le haya encomendado el corretaje, lo que es lógico y adecuado.

IV) Significado de la reforma

Regula el derecho a la comisión en el supuesto de pluralidad de corredores, supuesto usual en la práctica de este contrato.

Art. 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.

I) Resumen

Regula los supuestos especiales que pueden afectar al contrato logrado a través del corretaje, que pueden impedir o generar igualmente el derecho a la comisión.

II) Concordancias

Decreto-ley 20.266, modificado por ley 25.028 (que regula la profesión del corredor de comercio).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1352 del Código establece determinados supuestos de que perfeccionado o concluido el contrato principal, ocurren diversas circunstancias jurídicamente relevantes que impiden su ejecución pero que igualmente dan derecho a reclamar la comisión respectiva.

El primero de ellos refiere a que el contrato se encuentre sometido a condición resolutoria y ésta no se cumpla. Ello es lógico, ya que el elemento condicionante no afectó al contrato y por ende no existe motivo alguno para que no se abone la comisión.

El segundo supuesto refiere a aquellos casos donde el contrato esté perfeccionado pero luego no se cumpla (incumplimiento), se resuelva (por cualquier causa), se rescinda (por cualquier supuesto) o medie distracto (no se aclara en qué supuestos). También es adecuada la norma ya que el cometido del corredor está cumplido con el perfeccionamiento del contrato, en forma independiente de su ejecución.

El tercer supuesto es el más problemático y responde a prácticas que suelen encontrarse en el mercado del corretaje. Es aquel caso donde la negociación es realizada por un corredor pero no concluida por éste sino por terceros o por las partes, tratando (en muchos casos, no en todos) de eludir el pago de la comisión al corredor.

Deben darse algunos requisitos: a) que sea el corredor el que haya iniciado la negociación; b) que lo concluya un tercero, y c) si es concluido por las partes debe serlo en condiciones similares a las que proyectó o propuso el corredor (esta situación es discutible cuando se ubica la tarea del corredor en el ámbito profesional).

IV) Significado de la reforma

Clarifica una serie de situaciones que pueden dar lugar a dudas sobre que exista o no el derecho a la comisión.

Art. 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.*

I) Resumen

Reglamenta los supuestos donde el contrato mediado se ve afectado y no surge el derecho a la comisión para el corredor.

II) Concordancias

Decreto-ley 20.266, modificado por ley 25.028 (que regula la profesión del corredor de comercio).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1353 trata el tema de aquellos casos donde la comisión no se debe al corredor interviniente.

El primero de los supuestos reglados es el referido a los contratos donde intervino el corredor, los mismos se celebraron pero sujetos a condición suspensiva y ésta no se cumple. De manera tal que se parte de la idea de que el contrato no obtuvo su plena eficacia y por ello no nace el derecho a la comisión. Es discutible la norma, en el sentido de que el corredor efectuó su labor profesional y el contrato se celebró; por ende, si el eje base del derecho a la comisión está en el desarrollo de una labor profesional y no en la plena eficacia del contrato celebrado, podría sostenerse el derecho a la comisión aun en estos casos. La norma optó por otro criterio relacionado con la eficacia del negocio mediado.

El segundo supuesto donde no se adeuda la comisión a su vez admite una multiplicidad de casos.

No se debe la comisión cuando el contrato se anula por ilicitud de su objeto, lo que resulta lógico ya que no se pueden convalidar contratos de contenido prestacional ilícito y un acto de esta naturaleza no puede generar derechos (como principio).

No se debe la comisión cuando el contrato se anula por incapacidad o falta de representación de cualquiera de las partes, lo que también es correspondiente ya que una de las obligaciones que tiene el corredor es la de comprobar la capacidad y representación de los que actúan en el contrato que se encuentra en el ámbito del corretaje.

La tercera posibilidad es abierta (tal vez demasiado, y debió recurrirse al concepto de culpa) y se señala que no se debe la comisión cuando el contrato se anula por cualquier otra circunstancia conocida por el corredor.

Esta norma puede cotejarse con el derogado artículo 38 del decreto-ley 20.266 modificado por la ley 25.028.

La responsabilidad, como se ha visto con anterioridad cuando nos referimos al estatuto del martillero y del corredor, tenía una norma básica que es el artículo 38 del decreto-ley 20.266 incorporado por ley 25.028.

La norma señalaba que el corredor por cuya culpa se anulare o resolviera un contrato o se frustrare una operación perdería el derecho

a la remuneración y a que se le reintegren los gastos, sin perjuicio de las demás responsabilidades a las que hubiere lugar.

Se debe precisar que estamos frente a una responsabilidad contractual, en virtud de que las partes y el corredor están unidas por un contrato de corretaje.

En segundo lugar, el factor de atribución es subjetivo, o sea que el corredor debe haber actuado con culpa o dolo.

También deberá demostrarse el nexo de causalidad entre la culpa o dolo del corredor y la anulación, resolución o frustración del contrato.

Ello acarrea dos consecuencias, una en la modalidad de penalidad (pérdida del derecho a la retribución y al reintegro de los gastos) y otra en la forma de resarcimiento, donde deberá indemnizar la totalidad de los daños que se hubieren causado por su actuar culposos o dolosos.

A ello se debe sumar como criterio interpretativo el principio que refiere a la mayor responsabilidad según la calidad del agente y la confianza que éste despierta en el comitente (el anterior art. 902 del Cód. Civ. y el actual art. 1725 del Código), que obliga a los profesionales a actuar con mayor diligencia, prudencia y pericia atendiendo a sus mayores conocimientos.

La responsabilidad del corredor en virtud del cumplimiento del contrato de corretaje se rige por las normas generales del Código para la responsabilidad civil.

Igualmente, en estos aspectos que hacen a los derechos y obligaciones derivados del contrato prevalece la norma del Código por sobre las normas especiales que regulan la profesión de corredor.

IV) Significado de la reforma

Aclara normativamente supuestos donde no surge el derecho a la comisión para el corredor.

Art. 1354 Gastos. El corredor no tiene derecho a reembolso de gastos, aun cuando la operación encomendada no se concrete, excepto pacto en contrario.

I) Resumen

Establece el principio que rige en materia de gastos.

II) Concordancias

Decreto-ley 20.266, modificado por ley 25.028 (que regula la profesión del corredor de comercio).

III) Interpretación de la norma

El artículo 37, inciso b, Decreto-Ley 20.266 de Martilleros establecía como principio que el corredor tenía derecho al reembolso de los gastos convenidos y realizados, excepto pacto en contrario. Es decir, como regla, tenía derecho al cobro de los gastos que realizó durante su gestión, salvo pacto en contrario. La nueva norma parte de la presunción contraria: excepto pacto en contrario no tiene derecho a reembolso de gastos, aun en el caso que la operación encomendada no se concrete (y por lo tanto no tenga derecho a percibir honorarios).

IV) Significado de la reforma

Establece el principio que regularía la cuestión (tan importante) del reintegro de los gastos al corredor.

Art. 1355 Normas especiales. Las reglas de este Capítulo no obstan a la aplicación de las disposiciones de leyes y reglamentos especiales.

I) Resumen

Establece las reglas en materia de normas especiales.

II) Concordancias

Decreto-ley 20.266, modificado por ley 25.028 (que regula la profesión del corredor de comercio).

III) Interpretación de la norma

Se cierra el capítulo referido al corretaje con el artículo 1355 del Código, donde se establece que las reglas del capítulo sobre corretaje no obstan a la aplicación de las disposiciones de leyes y reglamentos especiales.

El problema tiene varias aristas.

¿Qué alcance debe darse al término compuesto “no obstan”? Debe entenderse como que no impide la aplicación de las leyes especiales.

Ahora bien, ¿qué leyes especiales? Se entiende que debe realizarse una serie de precisiones.

El contrato de corretaje no se encontraba explícitamente regulado por la ley de fondo (código de comercio, código civil), ahora sí lo está y por ende, en principio, estas normas regulan todos los aspectos atinentes al contrato de corretaje. Estas normas son dispositivas, salvo aquellas que por su redacción se consideren imperativas o porque así lo establecieren expresamente.

Sin embargo, existe una ley especial nacional que regula la profesión y el ejercicio del corretaje, el decreto-ley 20.266 modificado por la ley 25.028, que es de orden público y por ende se impone a las normas del código civil, en los aspectos referidos a los sujetos considerados corredores (requisitos) y para el ejercicio del corretaje, que deben cumplirse, bajo las penalidades y sanciones que establece esta legislación.

De manera tal que no es concebible tener corretaje sin un corredor habilitado conforme a las pautas de la ley especial nacional.

A ello debe sumarse que el ejercicio de la profesión en cada una de las jurisdicciones se encuentra bajo el ámbito de regulación especial no delegado de las provincias o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y por ende están sujetos a estas leyes que además son de orden público, como lo son la ley 10.973 en la Provincia de Buenos Aires, la ley 2340 en la CABA, y las que existen en cada una de las provincias.

De manera tal que no es posible que exista ejercicio del corretaje en dichos ámbitos sin que se encuentre debidamente habilitado para ello, conforme a esta legislación especial y de orden público.

Por lo tanto quedan articulados tres niveles normativos (ver art. 963, t. V, p. 550).

- a) El nuevo Código dispositivo y referido al contrato de corretaje;
- b) la ley nacional especial, decreto-ley 20.266 modificado por la ley 25.028, de orden público, que establece los requisitos para ser corredor;
- c) las leyes especiales provinciales, de orden público, que establecen los requisitos para ejercer como corredor en estos ámbitos.

De esta manera, el contrato puede ser modificado por acuerdo de partes, pero si no existen normas referidas a éste se aplicarán las del Código.

Para ser corredor deben cumplirse los requisitos de la ley nacional, los que no pueden omitirse atento al carácter de orden público de las normas.

Para ejercer como corredor deben cumplirse las leyes de orden público provincial, las que no pueden omitirse por su carácter de imperativas.

IV) Significado de la reforma

Es una norma de mucha importancia, atendiendo a que esta materia se encuentra regulada, indirectamente, por leyes nacionales y provinciales de orden público.

CAPÍTULO 11**DEPÓSITO****Síntesis del régimen jurídico del depósito.****Los Fundamentos de la Comisión de Reformas**

“[S]e entiende que 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. Es regulado como contrato consensual, habida cuenta la desaparición de la categoría de los contratos reales, y se presume oneroso.

"En el depósito irregular se trata de la entrega de cantidad de cosas fungibles que no se encuentra en saco cerrado, caso en el cual el depositario adquiere el dominio y debe restituir la misma cantidad y calidad; y de la entrega de cantidad de cosas fungibles teniendo el depositario la facultad de servirse de ellas, lo que se sujeta a las reglas del mutuo.

"El tratamiento dado al depósito en hoteles ha sido motivo de controversias. En el Proyecto de 1998 se introdujo una norma que limita la responsabilidad por los daños o pérdidas sufridos por las cosas de los pasajeros a un monto máximo, equivalente a cien veces el precio convenido por persona por cada día de alojamiento, salvo que medie culpa del hotelero o de sus dependientes; su antecedente en el Código Civil italiano (art. 1783, reformado por la ley 316 del 10 de junio de 1978). En nuestro Anteproyecto se evitan, en lo posible, estos límites, y se han utilizado, en cambio, normas precisas que permiten que las partes resuelvan los problemas. El hotelero debe asumir una serie de riesgos derivados de la actividad, que son normalmente asegurables; en cambio, cuando hay objetos de valor que exceden ese riesgo, puede pactar la exclusión.

"El sistema queda entonces regulado de la siguiente manera.

"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. El hotelero responde al viajero por los daños y pérdidas sufridos en: los efectos introducidos en el hotel; el vehículo guardado en el establecimiento, en garajes u otros lugares adecuados puestos a disposición del viajero por 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. Los viajeros que lleven consigo efectos de valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros deben 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. Si los efectos de los pasajeros son excesivamente valiosos en relación con la importancia del establecimiento, o su guarda causa molestias extraor-

dinarias, los hoteleros pueden negarse a recibirlos. Excepto en esos casos, toda cláusula que excluya o limite la responsabilidad del hotelero se tiene por no escrita.

"Estas normas se aplican a los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares, que presten sus servicios a título oneroso".

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 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.

I) Resumen

En el contrato de depósito la obligación principal y tipificante —asumida por el depositario— está constituida por la guarda y custodia de la cosa. La obligación de restitución —sobrevalorada en el contexto histórico de su regulación como contrato real— es común a otros contratos que implican la tenencia o el uso de una cosa ajena y constituye el modo normal de extinguir la relación obligatoria. La definición propuesta en el Código, en su generalidad, comprende las diversas modalidades de depósito enunciadas en el Capítulo, o sea tanto su especie onerosa como gratuita, su forma regular como irregular, el depósito necesario, los supuestos a él asimilados (hospitales, gimnasios, garajes, etc.) y la actividad de empresas con ese objeto (casas de depósitos).

II) Concordancias

Contratos de duración (art. 1011); forma de los contratos (arts. 1015 a 1020); contrato de consumo y relación de consumo (arts. 1092 y 1093); depósito oneroso (1360); establecimientos asimilados (art. 1375); depósito irregular (art. 1367); deberes de las empresas de depósito (art. 1377, inc. a).

III) Interpretación de la norma⁵³

III.1) *La guarda como obligación principal y como prestación accesoria*

La guarda y conservación de una cosa ajena integra el plexo obligacional de diversos contratos y su incumplimiento puede, incluso, generar una responsabilidad de índole extracontractual. Así, la señalada obligación de hacer podemos encontrarla presente en el mandato, donde el mandatario debe guardar los efectos que le han sido confiados, en la locación de obra, donde el empresario debe hacerlo respecto a lo que se le ha encomendado reparar o en el transporte respecto a los efectos que el transportista se ha comprometido trasladar al destino pactado. En tales supuestos la obligación de guarda es accesoria o secundaria, a diferencia de lo que acontece con el contrato de depósito donde ella constituye el verdadero objeto del contrato⁵⁴. Se ha señalado incluso por alguna doctrina —si bien minoritaria— que el depósito sería una relación obligatoria *sui generis*, carente de autonomía, y sometida, según los casos, a las reglas del mandato, la locación de obra o servicios o del mutuo⁵⁵.

En el Código la señalada especificidad resulta ratificada tanto en la caracterización contenida en el artículo 1356 como en la consecuente regulación dada al contrato de referencia y a sus modalidades (regular/irregular, necesario, cumplido por casas de depósitos). No obstante, el artículo 1375 extiende las previsiones del depósito necesario a las actividades allí contempladas, donde la finalidad principal del contrato es otra y la guarda constituye una obligación secundaria o accesoria de la que se define como principal (salud, deporte, restaurante, etc.).

III.2) *Alcances de la obligación de guarda y conservación. Obligación de medios o de resultado*

Según ya fuera señalado, la guarda constituye la obligación principal

⁵³ Sobre el tema: LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, ps. 641 y ss.

⁵⁴ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, 9ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 661.

⁵⁵ Autores citados por OSCÁRIZ MARCO, Florencio, *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 135, nota 344.

y definitoria del tipo contractual respectivo. La obligación de guarda, en su acepción primaria, implica conservar la cosa depositada en el mismo estado físico en que fue entregada. No obstante, modernamente, la finalidad de las partes al contratar el depósito no puede entenderse limitada a salvaguardar la integridad física de la cosa sino que debe incluir el deber de preservar su valor de cambio y su destino económico. Por ello la genérica obligación de guarda de la cosa depositada debe ser apreciada en un doble sentido: impedir su sustracción o pérdida (custodia) y conservarla en buen estado (conservación)⁵⁶. En esa línea, la jurisprudencia ha tenido ocasión de señalar que el depositario responde de la llamada culpa *in custodiando*, que implica el cumplimiento de “obligaciones instrumentales” y así, en el caso se sostuvo que debió proveer lo necesario para alimentar a los animales dados en depósito⁵⁷.

La calificación de la obligación de guarda como de medios o de resultado no permite, según la doctrina prevaleciente, una respuesta unívoca. Así, por una parte, se ha dicho que en el depósito gratuito se trataría de una obligación de medios, incluso atenuada, lo cual debe predicarse en general de todos los contratos que importen una liberalidad⁵⁸. También cabrá analizar lo acordado por las partes y, más específicamente, la asunción convencional del resultado —verbigracia: pactándose que el depositario responderá hasta el caso fortuito— o el carácter profesional del depositario⁵⁹.

III.3) *Caracteres del contrato*

La nueva regulación conferida al contrato de depósito ha implicado la simplificación de sus caracteres. Asimismo, se han superado algunas cuestiones que se suscitaban al respecto en el régimen anterior. En

⁵⁶ OSCÁRIZ MARCO, *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)* cit., p. 199.

⁵⁷ CCCom. 5ª Nom. de Córdoba, 4-11-93, “Bucksath, Carlos, Suc. c/Provincia de Córdoba”, L. L. C. 1994-190.

⁵⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, p. 121.

⁵⁹ OSCÁRIZ MARCO, *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)* cit., ps. 315 y ss.

ese sentido, la supresión de la categoría de los contratos reales importa que todos los contratos sean consensuales, de donde, a la hora de establecer los caracteres del depósito, resulta innecesaria toda consideración al respecto. La generalización del principio consensualista permite también obviar la discusión acerca de los efectos y alcances de la promesa de depósito. La unificación regulatoria resta actualidad a las referencias que tradicionalmente se formulaban en orden a la modalidad comercial del depósito. Por ello el contrato de depósito presenta ahora los siguientes caracteres:

a) *Oneroso*: El depósito se presume oneroso, según la expresa previsión del artículo 1357. Véase comentario del artículo. Tal es la regulación supletoria del respectivo contrato, y la gratuidad debe derivar de convención expresa.

b) *No formal*: La determinación del carácter formal o no formal del depósito exige ahora atenerse al especial régimen de forma de los contratos resultante de los artículos 969, 1015, 1019 y 1020 del Código. En ese sentido se constata, en primer lugar, que la regulación dada al contrato de depósito no contiene exigencia formal alguna, con excepción del recibo que deben otorgar las empresas de depósito según el artículo 1377, inciso a. Como derivación de ello, el contrato de depósito debe ser reputado, en principio, como no formal.

Sólo será formal para la prueba o formal *ad probationem* cuando se trate de un contrato “que sea de uso instrumentar” en los términos del artículo 1019, segundo párrafo, en cuyo caso no podrá ser probado exclusivamente por testigos. Esa norma reemplaza la “tasa legal” del derogado artículo 1193 e implica aplicar un estándar de apreciación en concreto y con remisión a los usos vigentes respecto a la regularidad de la exigencia de instrumentación escrita en la concertación de ese tipo de contratos.

Al igual que lo que disponían los derogados artículos 1191 y 1192, según el artículo 1020, la imposibilidad de obtener la prueba, el principio de prueba instrumental y el comienzo de ejecución permiten superar la restricción probatoria del artículo 1019 y acreditar el contrato de depósito por cualquier medio. Acorde lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia nacional, en el depósito encontramos multiplicidad de supuestos donde la existencia del contrato puede acreditarse recu-

riendo a esos medios alternativos (entrega de ticket de estacionamiento, comprobantes identificatorios de la cosa depositada o prueba de su entrega, como principio de ejecución)⁶⁰.

c) *Bilateral*: La supresión de la categoría del contrato real —tradicionalmente aplicada al depósito— conlleva la bilateralidad del contrato, con los alcances del artículo 966. La entrega de la cosa —anteriormente emplazada en la fase formativa del negocio— ahora configura una de las obligaciones del depositario, a la que se le aduna el pago del precio, cuando fuere oneroso. Ello es así aun cuando el artículo 1356 no incluya esa obligación del depositario en la caracterización del contrato, a diferencia de lo que se dispone —por ejemplo— al definir el comodato en el artículo 1533.

d) *De duración*: El depósito es un contrato de duración en tanto su objeto no puede obtenerse sino a través de su prolongación temporal y de su cumplimiento continuo. Resulta así encuadrable en las previsiones del artículo 1011 si bien, a diferencia de lo que acontece en otros contratos de duración, como los de distribución, en el depósito el plazo está prevalentemente establecido a favor del depositante (art. 1359), de donde los deberes de renegociación y otros propios de esos vínculos de larga duración no resultan aplicables a su respecto.

e) *De consumo*: Concurriendo los presupuestos objetivos y subjetivos enunciados en los artículos 1092 y 1093 del Código y en el artículo 2° de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) el depósito deberá ser reputado un contrato de consumo. Desde la óptica del proveedor del servicio —el depositario— la subsunción en la normativa protectoria resulta clara si se trata de una empresa que —en forma principal o como accesoria de otras prestaciones— ofrece y asume la guarda y custodia de alguna cosa. Así acontecerá, sin duda, con las hipótesis reguladas en los artículos 1375 (establecimiento y locales asimilados al depósito necesario) y 1376 (casas de depósito).

⁶⁰ MOEREMANS, Daniel E., *Contrato de depósito. Concepto, caracteres y prueba*, en L. L. 1991-E-542; C8*CCom. de Córdoba, 28-7-2011, “Godoy, Marcelo Oscar c/Libertad Sociedad Anónima s/Ordinario”, L. L. C. 2012 (febrero), 103; CNCiv., sala E, 9-11-2011, “Gugliotta de Peluffo, Olga N.”, E. D. 196-206; CNCom., sala A, 30-5-91, “Distribuidora Industrial Cuyana SA c/Fundición de Aleación y Ferroaleaciones SA”, L. L. 1991-E-542.

Más dificultoso resulta precisar la situación del depositario no profesional u ocasional, o sea el contrato *inter amicus*, que era el prioritariamente reglamentado por el código derogado. Si bien el artículo 2º de la LDC incluye a quienes proveen servicios “ocasionalmente”, lo cual pareciera incluir el contrato entre consumidores, no puede soslayarse que, aun así, debe tratarse de un proveedor, o sea quien realice una oferta profesional de un bien o servicio, hasta de manera ocasional. Tampoco cabrá aplicar la ley 24.240 a un empresario que recurre a los servicios de un depositario profesional, para la guarda y custodia de cosas relacionadas a su propio emprendimiento productivo, en tanto falta la calidad de destinatario final, requerida por el artículo 1092.

La jurisprudencia, bajo el régimen originario del Código, ha calificado como relación de consumo y por ende ha aplicado las normas protectorias respectivas a supuestos asimilados al depósito y fundamentalmente a los daños o sustracciones de automotores y otros efectos en los estacionamientos de supermercados o hipercentros de consumo, supuesto ahora expresamente contemplado en el artículo 1375⁶¹.

III.4) Objeto del depósito

El artículo 2182 del código derogado disponía que podían darse en depósito tanto cosas muebles como inmuebles. Esta última posibilidad fue, en general, desechada en el Derecho Comparado y en ese sentido los diversos ordenamientos –siguiendo al Código Napoleón– restringieron el depósito a las cosas muebles. Vélez se apartó de esa orientación y, por las razones dadas en su nota, prefirió adoptar la solución de las Leyes de Partidas. La doctrina nacional había observado esa decisión y así se sostuvo que los que se enuncian como supuestos de depósitos de inmuebles en realidad consisten en relaciones de otra naturaleza (mandato, contrato de trabajo, locación de servicios)⁶².

⁶¹ C8ªCCom. de Córdoba, 28-7-2011, “Godoy, Marcelo Oscar c/Libertad Sociedad Anónima s/Ordinario”, L. L. C. 2012 (febrero), 103; RITTO, Graciela B., *La responsabilidad del hipermercado por la sustracción de un automóvil de su playa de estacionamiento en el marco de la relación de consumo*, en L. L. C. 2012 (abril), 259.

⁶² BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, p. 661; López de

El artículo 1356 alude genéricamente a “una cosa” como objeto del contrato, sin determinar la especie. Ello permite concluir que, en definitiva, se ha seguido idéntica solución a la norma derogada incluyendo, sin mencionarlo expresamente, el depósito de inmuebles. La limitación a las cosas muebles y dentro de ellas a las fungibles rige, en cambio, respecto al depósito irregular (art. 1367).

IV) Significado de la reforma

El Código caracteriza el contrato de depósito, en su acepción genérica, determinando las prestaciones básicas asumidas por las partes: recepción de una cosa para su custodia y obligación de restituirla con sus frutos. Las especificidades surgirán de la ulterior regulación de las diversas modalidades que se desprenden del modelo básico definido en el artículo 1356. Se ha suprimido el carácter real del contrato –y de la categoría en general– lo cual emplaza la entrega de la cosa como obligación típica del contrato y no como elemento constitutivo. El objeto del contrato puede versar sobre cosas muebles o inmuebles y la omisión de toda exigencia formal remite a las reglas generales.

Art. 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.

I) Resumen

Se modifica sustancialmente la regulación anterior del depósito el cual es ahora considerado, como regla, oneroso. Se superan así las dificultades hermenéuticas que presentaba el otrora artículo 2183 y se unifica la regulación del contrato respecto a sus anteriores variantes civil y comercial. La gratuidad está requerida de pacto expreso y,

Zavalía, en cambio, defiende la solución del Código y no ve razones para no incluir los inmuebles dentro del objeto del contrato de depósito (*Teoría de los contratos*, t. 4, *Parte Especial* [3], Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 402).

como necesaria derivación de ese carácter, se establecen especiales cargas al depositario (reembolso de gastos).

II) Concordancias

Efectos del contrato (art. 1021); depósito oneroso (art. 1360); prueba del dominio (art. 1365).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El depósito oneroso*

La onerosidad pasa ahora a configurar el régimen general del contrato de depósito. La unificación de los contratos civiles y comerciales ha tenido como necesaria implicancia, y acorde es lo usual en la contratación contemporánea, afirmar el carácter oneroso de la mayoría de las relaciones jurídicas patrimoniales. Así acontece con el contrato de locación de servicios (art. 1251), el mandato (art. 1322) y el mutuo (art. 1527), antes regulados como gratuitos. La onerosidad aparece también referenciada en el artículo 1375 cuando se extienden las reglas del depósito necesario a los establecimientos y locales que allí se describen, en tanto los servicios principales a los que la guarda y custodia acceden sean prestados en ese carácter.

La cuestión referida a la determinación de la retribución para el supuesto en que no se hubiere pactado en el contrato será analizada al comentar el artículo 1360.

III.2) *La obligación de pagar la retribución.*

El depósito de cosa ajena

En el régimen originario del Código se planteó la cuestión referida a quién resultaba obligado al pago de la retribución, cuando el depositante no era propietario de la cosa depositada. Sin duda que tal obligación pesa sobre el depositante pero —a propósito de su incumplimiento en el depósito de garaje— se puso en cuestión si no resultaba también obligado el dueño de la cosa, no depositante. En el ámbito de la justicia comercial de la capital la cuestión fue dirimida por un fallo plenario que concluyó en el sentido de que el único obligado es el depositante, aun cuando no

sea propietario de la cosa⁶³. Se trata de una necesaria derivación del principio de relatividad de los efectos del contrato —artículo 1021— y de los preceptos legales que determinan que el depósito puede ser realizado por quien no es propietario de la cosa (arts. 1363 y 1365).

III.3) *El depósito gratuito*

La norma bajo comentario requiere que la gratuidad sea pactada expresamente. Caso contrario juega la presunción de onerosidad. No se ha seguido una solución similar a la adoptada en la locación de servicios donde la gratuidad puede derivar también de la intención de beneficiar, inferible de las circunstancias del caso (art. 1251, segundo párrafo).

La gratuidad del depósito no impide que el depositario pueda reclamar “los gastos razonables en que incurra para la custodia y restitución”. Ésta es una regla tendente a evitar el enriquecimiento sin causa del depositante. Por ello los gastos reembolsables no son todos los que realice el depositario sino sólo aquellos que puedan ser calificados como razonables en el contexto de la gratuidad propia del contrato. Incluyen tanto los que se corresponden a la custodia en sí de la cosa como los que refieren a su ulterior restitución al depositante.

La regulación de la obligación de reembolso de gastos en el depósito gratuito es distinta a la prevista en el artículo 1360, segundo párrafo, para la modalidad onerosa. Son otros los supuestos y las condiciones en función de los cuales pueden ser reclamados, acorde se verá al comentarse dicha norma.

IV) Significado de la reforma

En el contexto de unificación de los contratos civiles y comerciales y en razón de la patrimonialidad de los vínculos contractuales resulta razonable la regulación del contrato de depósito como oneroso, sin

⁶³ CNCom., en pleno, 27-8-2008, “Tiebout, Juan Carlos c/Jivcovic, Gabriel y otro”, L. L. 2008-E-406. Interesa poner de resalto el voto ampliatorio del Dr. Kölliker Frers quien, si bien adhiere a la solución propuesta en el fallo, deja a salvo los daños de naturaleza extracontractual, como asimismo la eventual aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa.

perjuicio de que pueda pactarse su gratuidad. En este último caso, la inexistencia de retribución no debe ser obstáculo al reembolso de los gastos razonablemente realizados.

Art. 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.

I) Resumen

La norma reitera soluciones que ya traía el código originario y algunas de larga tradición jurídica como lo es la llamada *diligentia in quam suis* pero con matizaciones derivadas de la natural onerosidad del contrato y de su eventual prestación en forma profesional. La prohibición de usar la cosa depositada y la oportunidad de su restitución resultan también coherentes con el interés prevaleciente en el contrato –el del depositante– y la naturaleza meramente conservatoria de la prestación principal asumida por el depositario.

II) Concordancias

Depósito irregular (art. 1367); casas de depósitos (art. 1376); responsabilidad civil (arts. 1708 y ss.).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La diligencia debida por el depositario.* *La culpa leve en concreto*

La norma anotada contiene directivas respecto a la diligencia exigible al depositario con relación a la guarda de la cosa depositada que deben ser analizadas sistemáticamente en correspondencia con las nuevas reglas que rigen el depósito, en particular la presunción de onerosidad.

El Código preceptúa que el depositario debe poner en la guarda de la cosa la diligencia que usa para sus cosas o la que corresponda

a su profesión. La primera regla se corresponde con la llamada *culpa levis in concreto*, modelo de conducta que se atiene al comportamiento del propio deudor respecto de sus asuntos e intereses, a quien en definitiva sólo se le exige que no modifique el tipo de conducta que venía observando hasta entonces, circunstancia que se supone –aun cuando ello no sea absolutamente necesario– era conocida del acreedor y aceptada por él⁶⁴.

Este modo de valorar la culpa del depositario puede resultar, en todo caso, válido tratándose de un depósito gratuito, pero ciertamente se exhibe como inadecuado cuando el vínculo es oneroso y, con mayor razón, si es prestado por un profesional. Por ello la norma del anterior artículo 2202 fue interpretada por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que sólo tenía virtualidad en el depósito gratuito y no así en el oneroso, donde la culpa debía valorarse según estándares objetivos⁶⁵. Es que, con razón, se ha sostenido que la solución propuesta por la norma autorizaría a decidir que si el depositario acredita una costumbre descuidada para con sus cosas, el daño y la pérdida no le serían imputables, criterio desprovisto de sustento lógico que exige atenerse a la conducta de una persona normal⁶⁶.

III.2) *El depositario profesional*

La norma que se comenta, si bien mantiene la regla de exigir la misma diligencia que se usa para las cosas propias, agrega otro estándar de valoración: la que corresponde a la profesión del depositario. Aunque el artículo no lo establezca en modo expreso, parece claro que el criterio de la culpa leve en concreto queda circunscripto al depósito gratuito o *inter amicus* pero no al que es ejercido profesionalmente, ya sea que se trate de empresas que tienen ese específico objeto –las casas de depósito que menta el artículo 1376– como en todos aquellos

⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, t. II, p. 98.

⁶⁵ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, p. 678; CNCom., sala B, 18-6-2004, “La República Compañía Argentina de Seguros Generales SA c/Soules, Cristian M.”, L. L. del 30-9-2004, p. 7.

⁶⁶ CNCiv., sala D, 13-9-79, “Barreiro de Villandill, Adela G. y otros c/Meschini, Ignacio A.”, L. L. Online.

otros supuestos donde la guarda puede ser accesoria de una prestación o servicio diversos, en tanto sean cumplidos por un profesional o empresario.

Cuando el depósito es ejercido profesionalmente, el modelo de conducta está dado por el “buen hombre de negocios”, “buen empresario” u “organización idónea”, lo cual implica la obligación de extremar las diligencias destinadas al cumplimiento del objeto del contrato, configurándose el deber de garantía o seguridad que obliga al empresario, más allá del objeto específico del contrato, a mantener indemne los bienes que el cocontratante deja a su custodia⁶⁷.

III.3) *La prohibición del uso de la cosa*

La norma comentada ratifica la prohibición de usar la cosa impuesta al depositario. Ésta debe ser ahora la directiva general, en tanto no se han previsto excepciones ni se ha contemplado la posibilidad de una autorización expresa del uso por el depositante, tal como acontecía con el régimen legal anterior (arts. 2183 y 2208). La prohibición rige tanto para el depósito gratuito como para el oneroso. Respecto al depósito irregular las reglas son distintas, acorde se verá al analizar el artículo 1367.

Esta prohibición legal reafirma el perfil típico del contrato de depósito y permite diferenciarlo, con mayor nitidez, del comodato. No obstante y aun en el contexto de la reglamentación legal anterior, que permitía al depositario “servirse de la cosa” con autorización del depositario, se ponían de resalto las diferencias derivadas, por un lado del interés tenido en mira en uno y otro contrato (del depositante en el depósito y del comodatario en el comodato) y, por el otro, del fin principal tenido en cuenta en cada caso (guarda y uso, respectivamente)⁶⁸.

No obstante lo dispuesto en el artículo 1358, deben distinguirse en el depósito dos tipos de uso: el que el Código prohíbe y que la normativa anterior llamaba “servirse de la cosa”, o sea el uso en interés

⁶⁷ ZUNINO, Osvaldo Jorge, *Depósito y otras relaciones de guarda*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 196.

⁶⁸ ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., p. 59.

del depositario, y aquel otro, realizado en interés del depositante y que puede ser considerado un uso conveniente, e incluso necesario, a favor de la cosa y, en definitiva, del depositante. En ese sentido, la prohibición no refiere a este último supuesto, pues la conservación activa de la cosa depositada podrá exigir del depositario esta actividad, que deberá considerarse incluida en la prestación de custodia comprometida⁶⁹.

No contiene la nueva regulación del depósito previsiones expresas respecto a cómo debe cuantificarse el daño causado al depositante por el uso no autorizado de la cosa dada en depósito, tal como lo hacía el anterior artículo 2209. Ello implica, entonces, que tal resarcimiento deberá regirse por las reglas generales de los artículos 1708 y siguientes.

III.4) *Restitución de la cosa depositada con sus frutos*

La norma ratifica la regla contenida en la caracterización del artículo 1356 y determina, como otra de las obligaciones del depositario, la de restituir la cosa. Esto implica el modo normal de concluir el contrato y es de la naturaleza de cualquier tipo de depósito, ya sea que se trate del *idem* —en el depósito regular— como del *tantundem* —en el irregular—.

En tanto el depositario es un simple tenedor, carece de título para beneficiarse de los frutos⁷⁰. Inversamente, el depositario sólo debe los frutos percibidos pues en su calidad de simple custodio no está obligado a cultivar la cosa⁷¹.

IV) *Significado de la reforma*

La norma que se comenta ratifica, por un lado, dos reglas que son

⁶⁹ OSCÁRIZ MARCO, *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)* cit., p. 32. Ejemplifica este autor con el depósito de un caballo de carrera al que el depositario ha de montar diariamente, precisamente para que no pierda la forma física que tenía cuando fue depositado.

⁷⁰ MASSOT, Ramón P., en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. por Bueros y coord. por E. Highton, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2003, t. 4-E, p. 179.

⁷¹ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, p. 684.

tradicionales en la regulación del depósito y que se corresponden con la naturaleza y función del contrato: la prohibición de usar la cosa y la obligación de restituirla, con sus frutos. Además, se delimita la conducta exigible al depositario y, acertadamente, se restringe la regla clásica de la *diligentia in quam suis* a los depósitos gratuitos. En los ejercidos en forma profesional la diligencia debida se afina y debe apreciarse según parámetros objetivos.

Art. 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.

I) Resumen

La norma ratifica la regla según la cual, en el contrato de depósito, es prevaleciente el interés del depositante y, por ello, el plazo debe entenderse establecido a su favor. Ello le permite reclamar, en cualquier tiempo, la restitución de la cosa, con independencia –ahora– de que el contrato sea calificado como oneroso o gratuito. En este último caso, en cambio, también se permite la restitución anticipada por el depositario.

II) Concordancias

Abuso del derecho (art. 10); beneficiario del plazo (art. 351).

III) Interpretación de la norma

III.1) Restitución anticipada reclamada por el depositante

A propósito de las modalidades de los actos jurídicos en general el artículo 351 establece que “el plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento, a no ser que, por la naturaleza del acto, o por otras circunstancias, resulte que ha sido previsto a favor del acreedor o de ambas partes” (ver t. II, p. 404). El contrato de depósito –por su propia estructura típica y su función económica– constituye un supuesto donde el plazo se

considera fijado a favor del acreedor (en este caso, de la obligación de restituir), o sea el depositante.

La facultad de restitución anticipada, conferida siempre al depositante –sea el depósito gratuito u oneroso–, aparece referenciada incidentalmente en el artículo 1358, al delimitar las obligaciones del depositario y, más precisamente, en el artículo 1359, al disponer con relación al plazo del contrato. La referencia a que el plazo “se presume” a favor del depositante permitiría sostener que el propio contrato o las circunstancias del caso autorizarían a prescindir de la presunción legal y reputar que el plazo es a favor del depositario o de ambas partes. En realidad, tal convención desnaturalizaría el contrato y, con ese alcance, se ha sostenido que un pacto de esas características convertiría al depósito en préstamo⁷².

Se le confiere al depositante una facultad de restitución *ad nutum*, no requerida de invocación de justa causa ni susceptible de generar, como regla, responsabilidad a quien la ejercita. No obstante, la señalada facultad no debe ser ejercida abusivamente, en contrariedad con la regla del artículo 10 del Código. Con ese alcance se ha señalado que, en caso de restitución *ante tempus* de la cosa depositada, al depositario le asiste el derecho a la reparación de los daños al interés negativo, consistentes en aquellos gastos que realizó con miras a guardar la cosa por el tiempo estipulado, por ejemplo, los costos de la resolución de un contrato tomado al solo efecto de guardar la cosa⁷³.

III.2) Restitución anticipada por el depositario

Ante el silencio del código derogado, se sostuvo que el depositario no podía devolver la cosa antes del plazo fijado. Dicha solución fue reputada excesivamente rígida e inequitativa, tratándose de depósito gratuito, supuesto en el cual debería reconocerse al depositario el derecho a devolver la cosa cuando demuestre que han sobrevenido motivos que hacen demasiado onerosa o perjudicial la guarda⁷⁴. Ésa es la solución que adopta el artículo 1359 confiriendo también al

⁷² OSCÁRIZ MARCO, *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)* cit., p. 275, y autores que cita en nota 750.

⁷³ ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., p. 166.

⁷⁴ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., p. 690.

depositario, en su modalidad gratuita, el derecho a restituir anticipadamente la cosa, si bien no se lo somete a la invocación o acreditación de circunstancia justificativa alguna.

III.3) *Depósito sin plazo*

Aun cuando la norma no lo determina, si el contrato no fija plazo para la restitución, debe entenderse que cualquiera de las partes puede ponerle fin cuando quiera, tal como lo establecía el derogado artículo 2226, inciso 1º. También esta facultad debe ser ejercida de buena fe y no en forma intempestiva o arbitraria⁷⁵.

IV) Significado de la reforma

La duración del contrato de depósito, según aparece regulada en la norma que se comenta, guarda correspondencia con la función de custodia propia del mismo y la consecuente estructura obligacional que hace prevalecer el interés del depositante. Ello no impide que, de modo excepcional y en el depósito gratuito, esta facultad también sea conferida al depositario, tal como había sido propiciado por la doctrina, solución que ahora se recepta en modo expreso.

Art. 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.

I) Resumen

Establecida la onerosidad como regla, se reconoce el derecho del depositario a obtener la retribución pactada por todo el plazo del contrato, aun cuando se ejerciera la facultad de obtener la restitución

⁷⁵ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., p. 691.

anticipada a que aluden las normas precedentes. También se regula el régimen de los gastos extraordinarios que eventualmente deba afrontar el depositario, estableciéndose la conducta a seguir por éste en tal caso y se ponen tales erogaciones a cargo del depositante.

II) Concordancias

Locación de servicios (art. 1255); mandato (art. 1322); presunción de onerosidad (art. 1357).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La retribución del depositario*

Si en el contrato de depósito ha sido fijada la retribución del depositario a ello debe estarse a los fines de juzgar la señalada obligación a su cargo. Si nada se ha pactado, juega la presunción de onerosidad del artículo 1357 y –no mediando acuerdo de las partes– la retribución omitida deberá fijarse judicialmente.

El código de comercio contenía una previsión expresa al respecto y, ante la falta de convenio sobre la retribución del depositario, podía éste exigirla, debiendo ser determinada por el uso de plaza (art. 573). En ese sentido se expidió la jurisprudencia determinando, según valores corrientes en emprendimientos similares, el valor correspondiente a la utilización de un espacio en un garaje⁷⁶.

Aun cuando el Código no contenga ahora una previsión similar, cabe recurrir a idénticos parámetros y a los valores que surjan de los usos de plaza. Tal es la tesitura adoptada en otros contratos, también reputados onerosos, para el supuesto de falta de convención sobre el punto (art. 1255 en la locación de servicios y art. 1322 en el mandato).

III.2) *El derecho del depositario a la percepción íntegra de su retribución*

La facultad conferida al depositario de reclamar anticipadamente

⁷⁶ CCCom. 7º Nom. de Córdoba, 10-8-94, "Santa Ana SRL c/Peralta, Juan C. y otro", L. L. C. 1994-813.

la devolución de la cosa depositada, tratándose de depósito oneroso, permitía interrogarse si, en tal caso, el depositario podía exigir —o retener, si fue pagado anticipadamente— el total de la retribución acordada o si sólo tenía derecho a la parte proporcional a la guarda efectivamente cumplida⁷⁷. El artículo 1360 define la cuestión reconociendo al depositario el derecho a la percepción total de la retribución, salvo pacto en contrario (o sea cuando en el contrato se convenga de modo diferente, previendo el prorrateo de la retribución para el caso de restitución anticipada, en proporción al tiempo de guarda).

III.3) *Los gastos extraordinarios de conservación*

La norma reproduce, con otras precisiones, el artículo 2204 del código derogado. A ese respecto la norma distinguía los gastos necesarios para la conservación de la cosa, en cuyo caso el depositario sólo estaba obligado a dar aviso, de aquellos otros de carácter urgente, que podía hacerlos, a cargo del depositante. En ambos casos los gastos debían ser de carácter extraordinario, o sea aquellos que no pudieron ser previstos al momento de la celebración del contrato, pues, de no ser así, debía suponerse que fueron tenidos en cuenta por el depositario y reputarlos incluidos en la retribución originariamente pactada.

La solución del artículo 1630 es similar y en ese sentido se puede distinguir entre los gastos que revisten la condición de “urgentes” (“que no pueden demorarse”) de aquellos otros que, aunque necesarios, no presentan esa condición. Los gastos deben ser razonables, o sea adecuados a los precios de plaza y al valor de las cosas depositadas. En el caso de gastos no urgentes, cumplida por el depositario la carga de dar aviso al depositante, queda liberado de responsabilidad⁷⁸. Los gastos afrontados por el depositario —los que no pueden demorarse— dan derecho a reclamar su reembolso del depositante.

Las reglas precedentes —referidas a los gastos de conservación de la cosa— están contempladas al regular el depósito oneroso. No obstante,

⁷⁷ OSCÁRIZ MARCO, *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)* cit., p. 277.

⁷⁸ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., p. 681.

en razón de su propia generalidad y en atención a que constituyen preceptos tradicionalmente aplicados a la modalidad gratuita, deben reputarse operativas respecto a ambas clases de depósitos. Ello sin perjuicio de que la facultad conferida al depositario —en el depósito gratuito— de devolver anticipadamente la cosa (art. 1359) en buena medida resuelve el problema, pues, ante la necesidad de afrontar tales gastos extraordinarios, es razonable suponer que aquél preferirá restituirla.

IV) *Significado de la reforma*

La norma comentada reitera, por un lado, la regla tradicional que posibilita al depositario realizar los gastos urgentes de conservación de la cosa o comunicarlos al depositante, todo ello por cuenta de este último. Se resuelve también, a propósito del depósito oneroso, el derecho a obtener el pago íntegro de la retribución, aun cuando la restitución de la cosa hubiera sido anticipadamente solicitada.

Art. 1361 *Lugar de restitución.* La cosa depositada debe ser restituida en el lugar en que debía ser custodiada.

I) *Resumen*

En razón de la naturaleza y función del contrato —donde la guarda de la cosa constituye su prestación principal— se adopta una fórmula simple respecto al lugar donde debe ser restituida, coincidente con el de cumplimiento de aquella obligación. Se superan así las dificultades interpretativas generadas por el anterior artículo 2216, que aludía al lugar “en que se hizo el depósito”. La previsión legal debe considerarse supletoria de la voluntad de las partes y, por ello, puede ser acordado de modo diferente en el contrato.

II) *Concordancias*

Pago en obligaciones de dar cosas ciertas (art. 874); depósito irregular (art. 1367).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Lugar de la restitución de la cosa depositada*

La norma bajo comentario, si bien no contradice abiertamente la regla general que, respecto al pago de las obligaciones de dar cosas ciertas, establece el artículo 874 ("el lugar donde la cosa se encuentra habitualmente"), adopta una solución diferente en función de las propias características del depósito y de la obligación de guarda asumida.

En el contexto de la anterior regulación legal del depósito se había propiciado por la doctrina nacional una solución similar a la adoptada por el artículo 1361, en correspondencia con similares previsiones del código civil italiano y del BGB, o sea entender la ambigua referencia al "lugar en que se hizo el depósito" del artículo 2216 como aquel en que se encuentra la cosa, siempre que sea el lugar donde debe ser custodiada⁷⁹.

Corresponde interpretar la prevalencia conferida al lugar donde la cosa debía ser custodiada de consuno con las diversas finalidades del depósito y con la regla de la buena fe. Así en el depósito gratuito —o *inter amicus*— el depositario podrá trasladar la cosa a otro lugar, si la guarda consigo y muda de domicilio, y allí le será exigible la restitución, sin que deba desplazarla al lugar de celebración del contrato, ni afrontar los gastos consiguientes, lo cual no podrá ser invocado por el empresario de depósito que mudare discrecionalmente las instalaciones donde, expresa o implícitamente, debía custodiar la cosa⁸⁰. Adviértase, en tal sentido, que la norma alude al lugar donde la cosa "debía" custodiarse, lo cual implica atenerse al que se corresponde al momento de la celebración del contrato, siendo irrelevantes —en principio— las mutaciones que unilateralmente realice el depositario.

III.2) *El pacto en contrario*

Debiendo ser reputada una norma dispositiva, podrán las partes acordar un lugar de restitución de la cosa depositada distinto al de ejecución de la guarda. Si bien no se reproduce en el Código una

⁷⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., p. 458.

⁸⁰ ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., p. 161.

previsión legal similar a la contenida en el anterior artículo 2216, en el sentido que —en tal caso— el depositario debe trasladar la cosa al lugar acordado, siendo de cuenta del depositante los gastos consiguientes, a idéntica solución puede arribarse en función de aplicar la regla general del artículo 1360, tal como se había sostenido interpretando la norma derogada⁸¹.

III.3) *La regla en el depósito irregular*

Toda vez que en esta modalidad del depósito el dominio de las cosas se transmite al depositario (art. 1367) la regla contenida en la norma bajo comentario no sería aplicable y, por ello, debe estarse a lo previsto, en general, en el artículo 874. Por consiguiente, ante la falta de lugar de pago designado en el contrato, la restitución deberá cumplirse en el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación.

IV) Significado de la reforma

El artículo 1361 viene a consagrar una solución claramente superior a la prevista en el código derogado, en consonancia con lo propiciado por la doctrina nacional. La regla contenida en la norma importa una especificación respecto a la directiva general contenida en el artículo 874 y se ajusta a las finalidades y función de la relación de depósito.

Art. 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.

I) Resumen

El principio de autonomía permite que las partes acuerden, en el depósito, modalidades en orden a cómo debe cumplirse la obligación de guarda. Ello no alude a las obligaciones modales —en su sentido

⁸¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos* cit., p. 455.

técnico jurídico— sino a particularidades en la forma en que debe efectuarse la guarda y custodia de las cosas depositadas. En bienes complejos, requeridos de especial tratamiento a la hora de su estiba, almacenamiento o conservación, será usual la inserción de tales cláusulas especiales. La norma atiende al supuesto en que sobrevienen circunstancias que obligan al depositario a modificar aquel régimen convencional, imponiéndole la carga de su comunicación al depositante.

II) Concordancias

Contratos de duración (art. 1011); locación de obra (art. 1264).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Modalidades en el cumplimiento de la obligación de guarda y custodia. Los llamados “depósitos activos”*

Las partes pueden convenir en el depósito la forma en que debe prestarse la prestación principal —la guarda y custodia de la cosa— estableciendo así lo que la norma llama “modos específicos” de cumplir tal obligación. Tratándose de cosas perecederas o susceptibles de ser alteradas en su naturaleza y composición si no se adoptan determinados recaudos de conservación (enfriamiento, control periódico de variables de temperatura, peso o composición de sus elementos, etc.) resultan razonables estas estipulaciones particulares, poco usuales —en cambio— en los depósitos simples, de cosas que no requieren de cuidados especiales.

Es lo que la jurisprudencia ha llamado “depósitos activos”, o sea especiales relaciones, celebradas normalmente entre empresas, donde se asume una trama de obligaciones complejas referidas a la conservación a determinada temperatura, adopción de medidas contra incendios, control periódico de la mercadería, etcétera⁸².

⁸² CNCom., sala A, 16-9-2003, “Omega Coop. de Seguros Ltda. c/Osme SA”, L. L. 2004-B-1014; sala B, 20-5-98, “Pesquera del Atlántico c/Frigorífico Tres Ases SA”, L. L. 1998-F-667.

III.2) *Obligación de dar aviso al depositante*

La norma alude a la necesidad en que se encuentra el depositario, derivada de circunstancias sobrevinientes, de modificar el régimen originariamente acordado. En tal caso puede hacerlo, cumpliendo con el deber de información al depositante impuesto por la norma. En ese sentido se trata de una valoración que hace exclusivamente el depositario, a su cuenta y riesgo, es decir que la adopción de las modificaciones que hará respecto a las modalidades acordadas serán en beneficio del depositante y para un mejor cumplimiento de la obligación de guarda y custodia. Si así no ocurre y si, en definitiva, las variaciones introducidas en la custodia de las cosas terminan siendo perjudiciales, deberá responder por los daños consiguientes, según las reglas generales.

Si las modificaciones importan un mayor costo para el depositante, ello también deberá hacérselo saber el depositario y aquél —si las variaciones son importantes y significan un cambio en la ecuación económica del contrato— podrá eventualmente rescindir el contrato (arg. art. 1264).

IV) Significado de la reforma

La norma bajo comentario se hace cargo de los cambios que normalmente se producen en la etapa de cumplimiento de un contrato de duración, como lo es el depósito. Constituye una aplicación de la regla general contenida, para esa especie de vínculos, en el artículo 1011 y ratifica el deber de colaboración que recíprocamente deben prestarse las partes a fin de obtener el objetivo propuesto.

Art. 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.

I) Resumen

La norma ratifica una regla, en apariencia obvia, en el sentido de

que el legitimado para obtener restitución de la cosa depositada es el propio depositante. No obstante, también resuelve dos situaciones que, aun siendo comunes a otros contratos, presentan especificidades en la relación de depósito. Así acontece, por un lado, con la designación por el depositante de una persona en quien deberá cumplirse aquella restitución y, por el otro, con la eventual existencia de un depósito celebrado en interés de un tercero. Se trata de dos supuestos distintos, requeridos de un tratamiento separado, que permita también dar respuesta a las cuestiones no resueltas en modo expreso.

II) Concordancias

Estipulación a favor de tercero (arts. 1027 y 1028).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La restitución al depositante*

Al configurar el depósito una relación de carácter obligacional –contractual– que se entabla exclusivamente entre depositante y depositario sus efectos sólo alcanzan, como regla, a las partes del contrato. En su mérito, el legitimado para reclamar y recibir la cosa depositada, a la finalización del vínculo, es la persona del depositante. No cumplirá su obligación restitutoria el depositario si la entrega a quien no inviste tal condición, aun cuando fuera el propietario de la cosa. Tal es la regla primaria que consagra el artículo que se comenta.

III.2) *La persona designada en el contrato*

El artículo 1363 determina que la restitución también podrá hacerse a quien el depositario indique. La individualización de este tercero habilitado para recibir la cosa puede estar prevista en el propio contrato de depósito o resultar de una manifestación unilateral del depositante, hecha conocer al depositario al momento de la entrega. La persona indicada con ese alcance no aparece dotada de un derecho o interés propio y, por ello, no podrá –como regla y vigente la relación de depósito– acordar modificaciones respecto a las condiciones en que debe

prestarse la guarda y tampoco ejercer el derecho de reclamar anticipadamente la restitución, salvo que la autorización incluya esa facultad.

III.3) *El depósito realizado en interés de un tercero*

La segunda hipótesis contemplada por el artículo 1363 –depósito realizado en interés de un tercero– configura ciertamente una estipulación a favor de terceros con los alcances contemplados por los artículos 1027 y 1028 del Código. Ésa fue la interpretación que se propició respecto a la norma similar anterior –artículo 2211–, señalándose que tal convención supone la intención de hacer una donación, dar lo depositado en pago de una deuda o constituir una disposición de última voluntad⁸³. En el señalado contexto, según expresamente lo preceptúa el último párrafo del artículo 1363, la restitución no podrá hacerla el depositario al depositante sin el consentimiento del tercero instituido beneficiario.

Atento a las reglas que rigen la estipulación a favor de terceros y el modo en que el instituto ha sido interpretado, si la misma es otorgada por el estipulante (en el caso, el depositante) específicamente respecto a la obligación del restituir (asumida por el depositario-promitente), sin otra especificación, la cosa debe ser restituida al tercero, incluso sin que se requiera la conformidad del propio depositante. La norma parece exigir una voluntad concurrente del depositante y el tercero, y por ello debe entenderse referida al caso en que se ha estipulado a favor del tercero el derecho a obtener la restitución, pero manteniéndose el vínculo con el depositante. Ello debe colegirse de la referencia a que la cosa se deposita “también” en interés del tercero. En ese sentido, sabido es que el instituto permite la atribución parcial del derecho a favor del tercero y *a fortiori* debe entenderse que también podrá serlo en forma conjunta.

La concertación del depósito a favor del tercero en forma lisa y llana permitirá que éste –a diferencia del supuesto analizado precedentemente en III.2– no sólo reclame la restitución *ex ante* sino que también modifique las condiciones en que deba prestarse la guarda.

⁸³ ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., p. 147.

IV) Significado de la reforma

La norma sistematiza y simplifica la regulación del código anterior en punto a la persona en quien debe ser cumplida la obligación de restituir. Se ratifica la índole personal del vínculo –lo cual implica que la regla será que esa obligación sea cumplida a la parte del contrato a quien típicamente se le asigna ese derecho– y al mismo tiempo se contemplan supuestos excepcionales, donde la legitimación se pone en cabeza de otros interesados, diferentes al depositante originario.

Art. 1364 *Pérdida de la cosa.* Si la cosa depositada perece sin culpa del depositario, la pérdida debe ser soportada por el depositante.

I) Resumen

La norma regula el régimen de responsabilidad del depositario por la pérdida de la cosa, riesgo que pone en cabeza del depositante cuando tal evento se ha producido sin culpa del depositario. Su aplicación se construye al llamado depósito ordinario (regular), en tanto los depósitos necesarios –y las situaciones a él asimiladas– y los cumplidos por empresas con ese objeto (casas de depósitos) están sometidos a reglas diferentes, claramente dirigidas a objetivar la responsabilidad del depositario, con eximentes acotadas.

II) Concordancias

Obligaciones del depositario (art. 1358); responsabilidad civil (arts. 1708 y ss.); prueba de las eximentes (art. 1734).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La diligencia debida por el depositario*

La disposición que se comenta debe ser referenciada en base a la regla general del artículo 1358, supraanalizado, que fija los parámetros en función de los cuales debe apreciarse la diligencia exigible al depositario. La pérdida de la cosa –y otras vicisitudes de menor gravedad,

como el deterioro, pérdida parcial o afectación de sus propiedades intrínsecas– debe ser juzgada en virtud de los criterios ya enunciados, teniendo además en cuenta si el servicio de depósito es prestado en forma profesional.

La literalidad del artículo 1364 permite afirmar que, en punto a la responsabilidad del depositario, se ha adoptado un criterio de *responsabilidad subjetiva atenuada*, donde no se prescinde de la culpa como título de imputación pero, a diferencia del sistema subjetivo puro de responsabilidad o de culpa probada, se establece una presunción *iuris tantum* de culpa del agente dañoso quien, para liberarse, deberá demostrar su falta de culpa. Precisamente a eso refiere la norma cuando exime de responsabilidad al depositario por la pérdida de la cosa pero sólo en el supuesto en que fuere sin su culpa. Aunque el *onus probandi* no se precisa en la norma, por aplicación de la regla contenida en el artículo 1734, la prueba de las circunstancias eximentes, en el caso la “no culpa” del depositario, se encuentra a cargo de éste.

III.2) *Las eximentes alegables*

Si la acreditación por el depositario que ha puesto en el cuidado de la cosa la diligencia exigible y que ésta ha perecido sin su culpa lo exime de responsabilidad, cuanto más lo será si acredita la configuración de aquellas eximentes que importan la ruptura del nexo causal y que son alegables en los casos de responsabilidad objetiva. Por ello, aun cuando la norma no lo menciona en modo expreso, tanto el caso fortuito como la culpa de un tercero por quien no deba responder y la propia culpa –total o concurrente– del depositante constituyen supuestos válidamente invocables en la hipótesis enunciada –pérdida de la cosa– y en todas aquellas otras que, en definitiva, importen incumplimiento de la obligación de guarda.

Conforme fuera señalado, la aplicación de la norma comentada se construye a los depósitos regulares ordinarios, en tanto los necesarios y los realizados en casas de depósitos se encuentran sometidos a reglas específicas, a cuyo comentario ha de remitirse.

IV) Significado de la reforma

El régimen de responsabilidad del depositario –si bien puede ser referenciado con el régimen general de la responsabilidad civil (arts. 1708 y ss.)– presenta particularidades que se corresponden a la especial estructura típica del contrato, a su función y al interés tenido en cuenta. En ese sentido, el incumplimiento de la obligación de actividad a que se compromete el depositario –la guarda y custodia de la cosa– debe ser juzgado, en principio, según factores de atribución subjetivos, estando a su cargo la prueba de haber adoptado, en el caso, la diligencia debida.

Art. 1365 *Prueba del dominio.* El depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser dueño de la cosa depositada.

I) Resumen

La norma reitera la solución del anterior artículo 2215 y por ello se ratifica que la legitimación del depositante deriva del contrato y no de su relación real con la cosa, cualquiera sea ésta –dominio, posesión, etcétera–. En mérito a ello el depositario no puede exigirle al depositante que acredite su eventual calidad de dueño, como condición para el ejercicio de sus derechos derivados del contrato.

II) Concordancias

Onerosidad del depósito (art. 1357).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Legitimación para reclamar la devolución de la cosa depositada*

Se encuentran habilitados para realizar el depósito todos quienes poseen un poder de hecho sobre la cosa, ya sea el dueño de la misma o solamente su poseedor⁸⁴. Por ello, el depositante no tiene necesidad

⁸⁴ CALVO COSTA, Carlos A., en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., t. 4-E, p. 205.

de justificar su derecho de propiedad sobre la cosa para exigir su devolución, toda vez que la acción de restitución o la sustitutiva de la indemnización de los daños y perjuicios no están sustentadas en el dominio del bien sino en el contrato de depósito⁸⁵.

III.2) *Cumplimiento de la obligación de restituir*

Si el depositario, según la norma analizada, no puede negarse a restituir la cosa al depositante pretendiendo la acreditación del dominio, tampoco se liberará de su obligación restitutoria si la cumple, no en la persona del depositante, sino en la de quien es su dueño. El propietario tendrá –en todo caso– las acciones reales o posesorias que correspondan, pero la acción personal derivada del contrato de depósito sólo puede ser legítimamente promovida por quien es parte en el respectivo contrato. Y, consecuentemente, el débito que de ella se deriva sólo puede ser cumplido por quien es deudor en ese vínculo (o sea, el depositante).

III.3) *Relaciones entre el depositario y el dueño de la cosa depositada*

En ocasión de comentar el artículo 1357 se puso de resalto que, en razón de la naturaleza obligacional del vínculo que une al depositante con el depositario, no podrá éste promover acciones derivadas del contrato contra quien no es parte del mismo, incluyendo al propio propietario de la cosa depositada. Ello guarda relación con lo preceptuado en el artículo 1365, norma que ratifica la legitimación del depositario –activa y pasiva– respecto a las diversas obligaciones derivadas del contrato. En ese sentido y por aplicación de los señalados principios, se ha negado derecho al depositario para reclamar el pago de la retribución –en el depósito oneroso– al dueño de la cosa depositada⁸⁶.

⁸⁵ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, p. 687; CNCom., sala B, 15-3-98, “Serra, Juan C. c/Madanes, Claudio y otra”, L. L. 1990-B-233; sala A, 5-7-91, “Cukan, Mónica M. y otros c/Nuestra Señora del Rosario SRL”, L. L. 1992-A-87.

⁸⁶ CNCom., en pleno, 27-8-2008, “Tiebout, Juan Carlos c/Jivcovic, Gabriel y otro”, L. L. 2008-E-406.

IV) Significado de la reforma

La norma analizada ratifica la solución que, al respecto, adoptaba el código anterior. Se subraya la índole obligacional del vínculo entre las partes y por ello, al igual que lo que ocurre con otros contratos donde se transfiere el uso de la cosa –locación, comodato, etcétera–, la legitimación para celebrarlo no se deriva necesariamente del dominio sino también de otros vínculos que habilitan a transmitir la cosa con ese alcance.

Art. 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.

I) Resumen

La norma reitera la solución seguida por el artículo 2212 del código derogado y resuelve la situación de los herederos del depositario que, de buena fe, hubieran enajenado la cosa depositada. Su responsabilidad, en tal caso, no alcanza a la integridad de los daños indemnizables sino que se limita en el sentido indicado en la previsión legal: sólo deben el precio percibido y si éste no ha sido pagado, deberán ceder el crédito.

II) Concordancias

Efectos del contrato (art. 1024).

III) Interpretación de la norma

En caso de fallecimiento del depositario la regla aplicable –por remisión a los principios generales– es que los efectos del contrato se extienden, activa y pasivamente, a sus herederos (art. 1024). En su mérito, tal circunstancia en nada debiera incidir en los derechos del depositante, quienes podrían reclamar a los sucesores universales del depositario lo mismo que hubieran podido reclamarle al causante. No obs-

tante, el Codificador originario –por razones de equidad y para no perjudicar al heredero de buena fe– fijó un límite al resarcimiento debido, restringiendo el *quantum* indemnizatorio al precio percibido (y a la transmisión del derecho a su cobro, en caso de que estuviera pendiente de pago). Idéntica solución adoptó en el comodato (art. 2272), previsión que no se reproduce en la actual regulación de dicho contrato.

Se trata de una solución de equidad, que excepciona las reglas generales de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones y que, por ello, debe ser interpretada restrictivamente. Desde esa perspectiva se han propuesto soluciones para los supuestos no previstos en la disposición legal:

- La conversión de la obligación restitutoria en el pago del precio obtenido en la enajenación constituye una suerte de indemnización legalmente tasada y por ello el depositante no podrá reclamar diferencia alguna en caso de que el precio recibido sea inferior al valor real de la cosa y se beneficia con la hipótesis inversa.
- La referencia a la “enajenación” de la cosa depositada alcanza a todos los supuestos de transmisión a título oneroso. Fuera de la venta, en caso de permuta o dación en pago –o también cuando los herederos hayan consumido la cosa– deberán, no el precio, sino el provecho o beneficio obtenido.
- Si la cosa ha sido donada, para algunos, en tal caso los herederos nada deben al depositante⁸⁷. Otros, en cambio, sostienen que la naturaleza excepcional de la previsión legal y la necesidad de proteger también al depositante –que en el supuesto enunciado carecería de todo derecho indemnizatorio– imponen que deba pagársele el valor de la cosa depositada⁸⁸.

Finalmente, en atención al emplazamiento de la norma en el nuevo Código, ella debe ser reputada aplicable sólo en el depósito ordinario y no en los supuestos de depósitos necesarios, ni en el cumplido por las llamadas “casas de depósitos” (en caso de que la titularidad de éstas fuera una persona humana).

⁸⁷ ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., ps. 139 y 140 y autores que cita en nota 67.

⁸⁸ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, p. 685.

IV) Significado de la reforma

La norma que se comenta reitera, prácticamente sin variantes, una solución que ya traía el código anterior. Se trata de una pauta legal claramente excepcional —que se aparta de las reglas generales de la responsabilidad— y, por ello, debe ser interpretada con criterio estricto.

SECCIÓN 2ª

DEPÓSITO IRREGULAR

Art. 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.

I) Resumen

El artículo 1367 caracteriza y fija los efectos del depósito irregular. Se configura cuando se entrega en depósito una cosa fungible, sin las condiciones de individualización que la norma menciona. Produce la transmisión del dominio de la cosa del depositante al depositario y, por ello, éste asume la obligación de devolver no el *idem* sino el *tantundem*, o sea, cosas de la misma calidad y cantidad. A esos fines resulta indiferente que el depositante no haya autorizado su uso o, incluso, lo haya prohibido. Si, en las condiciones descriptas, el depositante otorga al depositario la facultad de servirse de las cosas dadas en depósito, resultan aplicables las reglas del mutuo.

II) Concordancias

Cosas consumibles (art. 231); cosas fungibles (art. 232); obligaciones de género (art. 762); contrato de mutuo (art. 1528).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El depósito irregular*

La norma anotada resuelve en una sola disposición legal la compleja y casuística regulación anterior. En la nueva norma el depósito irregular constituye aquella modalidad donde su objeto consiste en cosas fungibles, no individualizadas. Como necesaria derivación de esa calidad de la cosa, se produce la transmisión del dominio al depositario y la obligación de restituir no será ya sobre la misma cosa —como en el depósito regular— sino de cosas de la misma calidad y cantidad.

Este desplazamiento del dominio —sin desnaturalizar el contrato ni la obligación de guarda que le es inherente— importa modificar la regulación general dada al contrato en las normas precedentes. Así, el riesgo derivado de la pérdida o deterioro de la cosa está exclusivamente a cargo del depositario, por tratarse de una cosa genérica, que siempre es debida, según la regla *genus nunquam perit* (arts. 755 y 763). No resultan aplicables ni las eximentes generales —caso fortuito, hecho de un tercero, etcétera— ni la específicamente establecida para el depósito regular en el artículo 1363. Otras normas, como las que refieren a la prueba del dominio —artículo 1365— o la enajenación de la cosa por los herederos del depositante —artículo 1366—, resultan también incompatibles con el depósito irregular.

III.2) *Las cosas fungibles como objeto del depósito irregular*

Con variantes significativas respecto al régimen anterior, el artículo 1367 determina el objeto del depósito irregular señalando derechamente ahora que debe referir a “una cantidad de cosas fungibles”, erigiéndolo en el único supuesto que convierte al depósito en irregular. El derogado artículo 2189 aludía al dinero y a una cantidad de “cosas consumibles” e incluía al crédito sobre cosas de esa naturaleza, cuando se había facultado al depositario para su cobranza.

La categoría de las cosas fungibles y su relación con las consumibles, a propósito del depósito irregular, deben ahora analizarse según las previsiones de los artículos 231 y 232. Serán cosas fungibles, entonces, cuando todo individuo de la especie equivale a otro de la

misma especie y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad. A su vez, la cosa consumible es aquella cuya existencia termina con el primer uso. En los Fundamentos del Anteproyecto del Código se puntualizan las razones que inspiran la modificación propuesta, respecto a la categorización anterior. En ese sentido se señala que los bienes fungibles pueden entenderse en dos sentidos: a) los que no se pueden usar conforme a su naturaleza si no se acaban o consumen, y b) los que tienen el mismo poder liberatorio, es decir, que se miran como equivalentes para extinguir obligaciones. Por ello, en la caracterización de las cosas fungibles del artículo 231, se opta por la segunda de las acepciones enunciadas –cosas que pueden sustituirse por otras de la misma calidad y cantidad– y así la fungibilidad implica poder de sustitución⁸⁹.

Síguese de lo expuesto que la referencia a cantidades de cosas fungibles incluye al dinero y a todas aquellas que –aun cuando no se correspondan a la idea de consumibilidad material– equivalen a otras de la misma especie, con el consecuente poder de sustitución conferido al *accipiens* al momento de cumplir con su deber de restitución. En ese sentido se ha señalado que, con ser importantísimo dentro de los llamados bienes fungibles, no es el dinero su única representación y por ello es necesario –desde el punto de vista económico– incluir a otros bienes como los productos agrícola-ganaderos –granos, fruta, miel, pieles, etcétera–, así como –en la industria y comercio– cualquier tipo de bien que, dada su producción en serie, aunque tenga su marca, modelo e incluso número de fabricación, puede sin dificultad ser sustituido por otro⁹⁰.

⁸⁹ En la doctrina la cuestión de las cosas objeto del depósito irregular motiva interpretaciones no siempre coincidentes. En el Derecho español se sostiene que no basta que la cosa fuera fungible sino que además debe ser consumible, pues tratándose de cosas fungibles pero no consumibles la naturaleza del vínculo se asemeja más a una permuta que al depósito (cfr. OSCÁRIZ MARCO, *El contrato de depósito [estudio de la obligación de guarda]* cit., p. 34 y autores que cita en su nota 38). En la doctrina nacional López de Zavalía distingue entre una consumibilidad material –las que se consumen en el primer uso– y otra derivada, en las que incluye a las cuantías –el dinero– y las cantidades –arroz, vino, etc.– aclarando que en la consumibilidad derivada entran todas las cosas fungibles (*Teoría de los contratos*, t. 4, *Parte especial* [3] cit., p. 405 y nota 44).

⁹⁰ OSCÁRIZ MARCO, *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guar-*

Entendido el objeto del depósito irregular con ese alcance, el dato normativo dirimente para así calificarlo consiste, entonces, en la individualización de la cosa. Si la cosa entregada es identificable, debe devolverse la misma cosa y no otra; en cambio, si son cosas no identificables, no hay obligación de devolver la misma cosa, sino otra perteneciente al mismo género, y el criterio para establecer si hay o no individualización es la voluntad de las partes⁹¹.

III.3) *La individualización de la cosa fungible. La entrega en saco cerrado*

Aun cuando refiera a cosas fungibles, si ellas son entregadas en “saco cerrado” el depósito deja de ser irregular y se somete al régimen general, con la consiguiente obligación de devolver la misma e idéntica cosa. En puridad –como bien se ha señalado– la real razón por la que el depósito es regular reside en que versa sobre el saco o caja que deberá ser restituido *in idem*, sin abrir y sin interesar que dentro haya cosas consumibles o no consumibles.

Por aplicación de los criterios ya reseñados, lo que se identifica al momento de la entrega debe, como regla, ser restituido *in idem*. Pero ello no obsta a que las partes pacten lo contrario –o sea una restitución por el *tantundem*– y así la mera identificación numérica de los billetes de dinero puede tener por finalidad poner al depositario al resguardo de una eventual entrega de dinero falsificado, sin que por ello el depósito deje de ser irregular⁹².

III.4) *Entrega de cosas fungibles y autorización de uso. Aplicación de las reglas del mutuo*

El segundo párrafo del artículo 1367 resuelve una cuestión que ha motivado diferentes soluciones en el Derecho Comparado y diluye,

da) cit., p. 106. Esta noción amplia de fungibilidad –que incluye a las individualidades de producción en serie (automotores, electrodomésticos, maquinarias, etc.)– no es aceptada por López de Zavalía (*Teoría de los contratos*, t. 4, *Parte especial* [3] cit., p. 405 y nota 44).

⁹¹ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., 1ª ed., t. III, p. 656.

⁹² LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, t. 4, *Parte especial* (3) cit., ps. 410 y 411.

en buena medida, las diferencias que tradicionalmente se han señalado entre el depósito irregular y el mutuo. Según dicha norma, aun tratándose de cosas fungibles, si el depositante confiere al depositario la facultad de “servirse de ellas”, serán aplicables las reglas del mutuo.

El código derogado optó por sostener la autonomía del mutuo respecto al depósito irregular –aun mediando autorización del uso de las cosas consumibles objeto del mismo– por las razones dadas por el Codificador en la nota al artículo 2208, al considerarse que el propósito o fin principal sigue siendo la guarda de la cosa, con necesaria incidencia en el interés tenido como prevaleciente: el del *tradens* y no el del *accipiens*, como acontece en el mutuo. Otras legislaciones no rechazan la figura del depósito irregular, pero la remiten a las reglas del mutuo⁹³.

El Código adscribe a esa segunda orientación y, si bien mantiene la categoría del depósito irregular, al mismo tiempo determina que, cuando se ha conferido al depositario la facultad de servirse de la cosa fungible, resultan de aplicación las reglas del mutuo. Ello importa modificar la estructura y función del contrato pues mientras el depósito se considera celebrado en interés del depositante –o sea el *tradens*– y, por ello, puede reclamar la restitución en cualquier momento, el mutuo lo es en interés del mutuuario –el *accipiens*–, no pudiendo el mutuante o prestamista reclamar su devolución *ante tempus* (art. 1528).

La interpretación sistemática del artículo 1367 permite entonces concluir que, cuando se entregan cantidades de cosas fungibles, sin individualizarlas en saco cerrado o por otro medio similar, el depósito es irregular y se rige por las reglas de esa modalidad contractual, siendo irrelevante a esos fines que el depositante no haya autorizado su uso o incluso que lo haya prohibido. Distinta es la situación si, en las mismas condiciones, el depositante ha facultado al depositario a servirse de la cosa, en cuyo caso la relación debe juzgarse según las reglas del contrato de mutuo.

⁹³ Las distintas soluciones del Derecho Comparado al respecto, con sus diversas variantes y la indicación de los cuerpos normativos que las siguen pueden consultarse en HERSALIS, Marcelo, *Depósito irregular. Algunas precisiones al respecto*, en D. J. del 11-7-2012, p. 13.

La autorización para servirse o usar de la cosa depositada debe ser expresa, no pudiendo ser presumida, ni inferirse de las circunstancias del caso⁹⁴. Ello es así en tanto de la aludida conformidad se deriva un cambio de encuadramiento de la relación jurídica –del depósito al mutuo– y siendo que la regla general es la fijada en el primer párrafo del artículo 1367, que presume la mediación de un depósito irregular en las condiciones que allí se describen.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha producido una notoria simplificación y ha realizado una adecuada sistematización del régimen del depósito irregular. Los supuestos que resultan subsumibles en esta variante del depósito general son establecidos a partir del elemento objetivo –las cosas fungibles– y su excepción –individualización en saco cerrado–. Los efectos son los que se corresponden a la transmisión del dominio, ínsita en esta modalidad, o sea la devolución del equivalente. Al mismo tiempo –y esto resulta una clara modificación del régimen anterior– se someten a las reglas del mutuo los depósitos de cosas fungibles, donde se ha conferido facultad expresa de usar la cosa depositada, lo cual tiene manifiesta incidencia en la determinación de a quién favorece el plazo fijado para la restitución.

SECCIÓN 3ª

DEPÓSITO NECESARIO

Art. 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.

I) Resumen

En el depósito necesario –variante del depósito general– el depositante no puede elegir con absoluta libertad la persona del depositario,

⁹⁴ Así lo establece el art. 1768 del Código Civil español.

como derivación de un acontecimiento que lo somete a una necesidad imperiosa. Se incluye en el concepto de depósito necesario a los efectos que introducen los viajeros en los hoteles. Los artículos siguientes delimitan el estatuto legal del depósito en hoteles y situaciones asimiladas (art. 1375).

II) Concordancias

Contratos celebrados con adhesión a cláusulas predispuestas (arts. 984/989).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El depósito necesario. Antecedentes*

En los antecedentes romanos, a la figura genérica del depósito voluntario, se le agregaron variantes, con diferente configuración y efectos. Por un lado, el depósito irregular, posibilitando que el objeto del contrato refiera a cosas consumibles, con la consecuente transmisión del dominio, y también el *depositum miserabile*, o sea aquel donde la decisión del depositante de poner las cosas en guarda no es absolutamente libre sino que deriva de circunstancias extraordinarias que lo compelen a tomar esa decisión en resguardo de sus bienes.

El Codificador argentino –siguiendo así el criterio adoptado por los códigos de raíz latina– asimiló al depósito necesario los efectos introducidos por los viajeros en los hoteles. En su nota al artículo 2227 señalaba Vélez que la asimilación está fundada en que los viajeros que se alojan en las posadas están en cierto modo forzados a confiar sus efectos a la fe del posadero, no están en estado de elegir la posada o puede no haber sino una posada en los lugares a que lleguen.

En tanto la regulación especial aparece fundamentalmente dedicada al depósito en los hoteles, éste adopta un perfil ciertamente autónomo. Ello ha llevado a observar tal decisión de política legislativa en tanto, más allá de la asimilación formal, no hay un “depósito necesario” que, como contrato o relación de guarda, se pueda considerar género común del *depositum miserabile* y el depósito en hoteles y así mientras el primero es, propiamente, una variante del contrato de de-

pósito, el segundo es un caso de responsabilidad legal ínsita en la oferta de hospedaje y basada en el riesgo profesional⁹⁵.

III.2) *Los elementos caracterizantes del depósito necesario*

El depósito necesario definido en el artículo 1368 supone, según la propia caracterización legal, un depositante que no puede elegir la persona del depositario en razón de un acontecimiento que lo somete a una necesidad imperiosa. Como en la nueva regulación del depósito no se ha caracterizado ni enunciado lo que anteriormente se denominaba “depósito voluntario” no se plantean entonces las observaciones hechas a la normativa anterior en el sentido de que, al definir y delimitar ambas modalidades, era posible constatar situaciones intermedias, verdaderos *tertium quid* de problemática resolución⁹⁶. Debe entonces entenderse ahora que las relaciones de guarda que no se ajustan a la caracterización del artículo 1368 se sujetan al régimen general de los artículos 1356/1366.

Las limitaciones a la elección de la persona del depositario que se deriva de la especial situación en que se encuentra el depositante y la calificación como “necesaria” de la relación de guarda entablada en esas condiciones no implican falta de voluntariedad. Si así fuera, no sería un contrato y las obligaciones derivadas no tendrían esa fuente sino que surgirían *ex lege*. Sólo media una restricción a la libertad contractual –en su acepción primaria, como decisión de contratar o no y de elegir con quién hacerlo– tal como puede verificarse en otras modalidades de la contratación moderna (así con los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas de los artículos 984/989). También, mirada la cuestión desde la óptica del depositario, debe señalarse que nadie puede ser obligado a constituirse en depositario cuando no sea en cumplimiento de una disposición legal u orden judicial⁹⁷.

⁹⁵ ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., ps. 51/52.

⁹⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, t. 4, *Parte especial* (3) cit., p. 415.

⁹⁷ ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., p. 55, con cita del Código Civil peruano que contiene la solución contraria, o sea la obligación de recibir un depósito necesario, salvo impedimento físico u otra justificación.

El hecho que mueve a esa decisión necesaria o condicionada del depositante es ahora caracterizado, de manera genérica, como el “acontecimiento que lo somete a una necesidad imperiosa”. Se supera así la casuística de la regulación anterior –desastre, incendio, ruina, naufragio– que, no obstante, fue uniformemente calificada como meramente enunciativa atento a la referencia a “otros eventos semejantes”. Debe tratarse de un acontecimiento que, por su gravedad y características, linde con la fuerza mayor, no siendo suficientes las meras dificultades para encontrar depositario o la imposición de determinado depositario, contenida en un contrato principal de otra naturaleza⁹⁸.

III.3) La regulación del “*depositum miserabile*”

Las normas derogadas contenían sólo dos previsiones referidas específicamente al depósito necesario, en su modalidad genérica, o sea el realizado en ocasión de una necesidad imperiosa: una, referida al régimen de capacidad (art. 2228), y otra, a la prueba (art. 2238). En la regulación actual, en cambio, ninguna de las previsiones contenidas en la Sección 3ª están dirigidas a fijar el régimen legal de esa modalidad del depósito necesario sino que, por el contrario, la totalidad de ellas refieren al depósito en hoteles. Ante esta falta de regulación específica deberá concluirse en que al llamado *depositum miserabile* corresponde aplicarle, por analogía y en la medida que sean compatibles, las regulaciones del depósito en hoteles.

IV) Significado de la reforma

El depósito necesario aparece ahora precisado, en su acepción genérica, determinando los supuestos incluidos en esta modalidad, donde la voluntariedad aparece condicionada, sin perjuicio del reconocimiento de la índole contractual del vínculo. Se enuncian las dos modalidades tradicionales de depósito necesario: el *depositum miserabile* y el rea-

⁹⁸ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., actualizado por Acuña Anzorena, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, t. III, p. 522.

lizado en hoteles, si bien se dota de regulación autónoma exclusivamente a la segunda modalidad.

Art. 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.

I) Resumen

Los artículos 1369 a 1374 reglamentan el depósito en hoteles, como modalidad del depósito necesario. El 1369 fija el comienzo de la responsabilidad especial que se atribuye al hotelero y delimita, en función de las particularidades de la prestación de hospedaje, las personas por quienes responde el titular del establecimiento. El mantenimiento de los efectos bajo el control de los viajeros no obsta a la responsabilidad del hotelero, en función de la obligación de seguridad que, en modo principal, le incumbe.

II) Concordancias

Prelación normativa (art. 963); integración del contrato (art. 964); responsabilidad del hotelero (art. 1370); responsabilidad civil (arts. 1708 y ss.); factor objetivo (art. 1722); responsabilidad objetiva (art. 1723).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El depósito en hoteles. El contrato de hospedaje*

La responsabilidad del hotelero por los efectos introducidos por los viajeros en los hoteles aparece regulada de modo constante y con alcances similares en los códigos dictados a partir del modelo francés. Incluso, la custodia hotelera preocupó a los romanos como derivación de las circunstancias de la época, que determinaban, por un lado, una rudimentaria organización hotelera sin mayores posibilidades de elec-

ción para el cliente y, por el otro, una natural desconfianza respecto a los posaderos, a los que se presumía en posible colusión con gente de mal vivir⁹⁹.

Modernamente —cuando aquellas razones sólo subsisten parcialmente y la prestación hotelera exhibe en todo caso otros problemas— resulta constante la reglamentación legislativa de un verdadero estatuto responsabilizador especial, fijado imperativamente por la ley, sustentado ahora en la responsabilidad profesional que se asume frente al huésped¹⁰⁰ y en el consecuente riesgo profesional y empresario de la actividad¹⁰¹.

La subsunción de la responsabilidad del hotelero en el contrato de depósito no alcanza a dar respuesta a la amplia problemática implicada en el contrato de hospedaje, genéricamente considerado. Ciertamente, las normas que los códigos civiles dedicaron a esa especial relación se constriñen a sólo un aspecto de la misma, cual es la pérdida o deterioro de los efectos que el pasajero introduce al establecimiento. La compleja relación de hotelería exhibe otros problemas que deben también ser atendidos por el legislador, con la mira puesta prioritariamente en la protección del viajero. Así ocurre con los aspectos referidos a la responsabilidad por los daños a la persona hospedada, a las condiciones en que debe prestarse el servicio, a las obligaciones de información y confidencialidad, entre otros que integran la compleja y ahora atípica relación de hotelería.

En función de lo expuesto se ha señalado —con acierto— la singularidad del contrato de hospedaje, que poco tiene que ver con el depósito necesario y que contiene obligaciones principales y accesorias, entre las cuales está la del hotelero de vigilar todo lo concerniente a las cosas introducidas por el viajero, propiciándose por ello su autonomía¹⁰². Se trata de un servicio que debe ser estudiado y regulado dentro

⁹⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, t. 4, *Parte especial* (3) cit., p. 475.

¹⁰⁰ ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., p. 237.

¹⁰¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, t. 4, *Parte especial* (3) cit., p. 475.

¹⁰² ALLENDE, Guillermo L., *Naturaleza jurídica de la responsabilidad del posadero y del contrato de posada (hostería)*, en R. C. y S. 2011-XI-279.

de los contratos de consumo y específicamente dentro del turismo, teniendo además en cuenta que en la hotelería actual hay una organización que aúna hoteles, compañías de turismo, servicios de transporte, todo lo cual conforma un conglomerado de sujetos y empresas que actúan en red, frente a un consumidor que sólo adhiere y con un alto grado de cautividad¹⁰³.

III.2) Integración normativa: Responsabilidad civil del hotelero y Ley de Defensa del Consumidor

Conforme ya fuera señalado, los artículos 1369 a 1374 dan respuesta a sólo un aspecto de la responsabilidad del hotelero: lo referido a la guarda de los efectos introducidos por el viajero. Tanto las específicas reglas citadas como otras cuestiones involucradas en la compleja relación de hotelería exigen su integración con el resto del ordenamiento, teniendo en cuenta que estamos en presencia de un contrato atípico.

La responsabilidad civil del hotelero respecto a daños en la persona del huésped —antes resuelta por los artículos 1118/1121 del código derogado— ahora debe serlo según las reglas generales de la responsabilidad civil contenidas en los artículos 1708 y siguientes. Encontrándose implícita con la relación de hotelería una obligación de seguridad respecto a las personas hospedadas y debiendo ella ser calificada como de resultado, el factor de atribución de responsabilidad debe ser considerado objetivo en los términos enunciados por el artículo 1723, pudiendo el responsable liberarse sólo demostrando la causa ajena (art. 1722)¹⁰⁴.

El vínculo de hotelería —en tanto servicio prestado por un proveedor profesional a un consumidor— debe también ser juzgado según las normas de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), ya sea en lo referido a las cláusulas abusivas, a la oferta al público y a su integración con la publicidad, al daño, a la prescripción y otros as-

¹⁰³ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 684.

¹⁰⁴ Así se ha expedido la jurisprudencia señalando que la responsabilidad por el depósito en los hoteles constituye un supuesto de responsabilidad contractual objetiva, fundada en el riesgo creado por la actividad (CCCom. de San Isidro, sala I, 12-3-92, "Tesei, Fabio L. c/Hotel Norte SRL", L. L. 1992-D-288).

pectos de esa normativa protectoria que deben ser integrados según las directivas de los artículos 963 y 964. En ese sentido la jurisprudencia ha hecho aplicación del concepto de "relación de consumo" y de la normativa consumerista respecto al contrato de garaje y de playas de estacionamiento, supuesto ahora asimilado al depósito necesario (art. 1375). No obstante lo expuesto, cuadra dejar señalado que en atención al contenido imperativo de la mayoría de las previsiones contenidas en el Código respecto a la responsabilidad del hotelero por los efectos introducidos por el viajero, el umbral protectorio de la ley especial (la LDC) resulta garantido y en algunos aspectos superado.

III.3) *Comienzo de la responsabilidad del hotelero. Alcances*

El artículo 1369 reproduce la previsión anterior del artículo 2299. En ese sentido se determina que la responsabilidad comienza con la introducción de los efectos de los viajeros en el hotel. Esta delimitación espacial y temporal debe interpretarse en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 1370, o sea que incluye el ingreso a las cocheras "u otros lugares adecuados puestos a disposición del viajero por el hotelero". En definitiva, el hotelero responderá de todo daño o pérdida sufrido por los efectos personales del pasajero desde que éstos se encuentran bajo su esfera de control. Por ello la responsabilidad se configura cuando los efectos quedan en manos de los empleados o dependientes, aunque sea fuera del ámbito físico del establecimiento¹⁰⁵.

Corresponde señalar que, no reproduciendo el Código la anterior previsión del artículo 2233, que excluía de la protección legal a los viajeros que entren en las posadas, sin alojarse en ellas, el hotelero responderá también en el supuesto en que el ingreso del pasajero se origine en una oferta o reserva de hospedaje previa, aun cuando la relación no culmine con el efectivo alojamiento por cualquier razón (falta de plazas, precio o condiciones diferentes al esperado, etc.)¹⁰⁶.

¹⁰⁵ ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., p. 251.

¹⁰⁶ ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., p. 244.

Es indiferente a los fines de la responsabilidad del hotelero que los efectos no le sean entregados expresamente como que las llaves —según es usual— estén en poder del viajero. En ese sentido es razonable suponer que existirán copias de las llaves para que el propio establecimiento pueda cumplir sus servicios complementarios de limpieza, mantenimiento, etcétera¹⁰⁷.

IV) *Significado de la reforma*

Se determina en la norma el comienzo de la responsabilidad del hotelero por los efectos introducidos al establecimiento. La solución propuesta es lo suficientemente flexible para incluir todo efecto ingresado al hotel, aunque no fueran entregados al hotelero, siendo irrelevante que el pasajero retenga o no la llave de acceso.

Art. 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.

I) *Resumen*

Se determinan los alcances objetivos de la responsabilidad del hotelero y en ese sentido se incluyen los efectos introducidos por el pasajero y los vehículos guardados en dependencias del hotel o en cualquier otro lugar que se pone a su disposición a esos fines.

II) *Concordancias*

Depósito en hoteles (art. 1369); eximentes de responsabilidad (art. 1371); cosas de valor (art. 1372); deber de prevención del daño (art. 1710).

¹⁰⁷ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, t. 4, *Parte especial* (3) cit., p. 482.

III) Interpretación de la norma

III.1) Efectos introducidos por el viajero

El hotelero asume una responsabilidad objetiva por todos los efectos que introduce el viajero en las condiciones señaladas en el artículo 1369. Tales efectos bien pueden haber sido introducidos en ocasión del primer ingreso del pasajero en el establecimiento o con posterioridad, mientras se desarrolla la relación de hospedaje.

La norma es amplia y refiere a todo efecto introducido por el pasajero. No obstante debe tenerse en cuenta la limitación que determina el artículo 1372 y si se trata de objetos de valor extraordinario deberán cumplirse las cargas allí enunciadas. En cuanto la introducción por el viajero de animales domésticos se sostiene que no pueden ser considerados entre los efectos amparados por la responsabilidad del hotelero, aun cuando éste haya consentido el ingreso¹⁰⁸.

El Código –incluso en su versión anterior– no exige que el viajero informe inmediatamente al hotelero el hurto o daño de la cosa como requisito para conservar el derecho a la indemnización, recaudo que se encuentra en el Derecho Comparado (así en el BGB, § 703). La exigencia ha sido reputada razonable pues la demora en hacer conocer el hecho al hotelero le hace a éste más difícil comprobar la certeza del hecho¹⁰⁹. En todo caso esa carga deberá reputarse implícita, como derivación del deber de mitigar el daño (art. 1710).

III.2) Los vehículos guardados

El posadero responde por los vehículos que el viajero guarde en el hotel o en los lugares que específicamente se le indiquen. Ante la sustracción de un vehículo de un pasajero en las condiciones descriptas en la norma no puede pretender el hotelero que aquél acredite la titularidad del dominio del mismo en tanto su legitimación nace exclusivamente del propio contrato de hospedaje y de su condición de de-

¹⁰⁸ ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., p. 258.

¹⁰⁹ TALE, Camilo, *Responsabilidad civil de los hoteleros por daños o pérdida de las cosas de los huéspedes viajeros*, en R. C. y S. 2010-V-3.

positante necesario¹¹⁰. Valen al respecto las mismas consideraciones que se formularan al comentarse el artículo 1365 que da tratamiento a una situación similar.

Respecto a las cosas guardadas por el pasajero en el interior del vehículo cabe remitirse al análisis del artículo 1371.

IV) Significado de la reforma

La norma simplifica y actualiza lo que ya disponían los artículos 2230 y 2231 respecto a los alcances objetivos de la responsabilidad del hotelero, incluyendo los efectos introducidos en el establecimiento y, particularmente, los vehículos.

Art. 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.

I) Resumen

La responsabilidad del hotelero es claramente objetiva, con los alcances que en general enuncia el artículo 1723. La única eximente admitida es el caso fortuito o fuerza mayor en tanto sean ajenos a la actividad hotelera. Se acota, a su vez, la responsabilidad por los efectos introducidos en los vehículos de los viajeros, excluyéndolo de la responsabilidad que el artículo 1370 determina para el caso de daños o sustracción del propio vehículo.

II) Concordancias

Obligaciones del locatario (art. 1206); factor objetivo (art. 1722); responsabilidad objetiva (art. 1723); caso fortuito y fuerza mayor (arts. 1730, 1733).

¹¹⁰ CCCom. de San Isidro, sala I, 12-3-92, "Tesei, Fabio L. c/Hotel Norte SRL", L. L. 1992-D-288.

III) Interpretación de la norma

III.1) Responsabilidad objetiva del hotelero

Precisados ahora en el Código los diversos factores de atribución, al regular en general la responsabilidad civil, e interpretadas esas disposiciones en conjunción con las que específicamente refieren al hotelero, resulta claro que su responsabilidad es objetiva y, por ello, sólo se libera demostrando la causa ajena (art. 1722).

III.2) El caso fortuito ajeno a la actividad

Según la norma bajo comentario el hotelero no responde por el caso fortuito o fuerza mayor, eximentes ahora asimiladas y tratadas unificadamente según la previsión del artículo 1730. Dicha eximente sólo puede invocarse si refiere a un hecho que no ha podido ser previsto o que previsto no ha podido ser evitado, pero —como la propia norma lo determina— siempre que sea “ajeno a la actividad hotelera”. Ello importa ratificar la directiva general contenida en el artículo 1733, inciso e, en el sentido de que el caso fortuito no opera como eximente de responsabilidad cuando “constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad”.

De ello se infiere que el hotelero asume el riesgo que es propio del servicio que presta —o sea el que se produce en el ámbito “interno”— y se exime, en cambio, cuando el evento es “externo” a su actividad¹¹¹. Respecto al incendio caben idénticas consideraciones y así el que se genere en el propio hotel no obra como eximente, cualquiera fuese su causa¹¹². Cabe, en ese sentido, tener presente que en la locación de cosas se ha suprimido la controvertida regla que traía el anterior artículo 1572 y ahora se hace responsable al locatario por el incendio no originado en caso fortuito (art. 1206) (ver t. VI, p. 618).

III.3) El robo a mano armada

Ha sido correctamente suprimida la referencia que contenía la re-

¹¹¹ SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1983, vol. VIII, p. 411.

¹¹² ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., p. 275.

gulación anterior en el sentido de que el robo con armas o por escalamiento, que no pudiese resistir el hotelero, constituyen caso fortuito. Esto implica que las circunstancias mencionadas constituirán sólo eximentes si pueden ser calificadas —según la regla general— como un caso fortuito o fuerza mayor ajenos a la actividad hotelera. En general —y así ha sido sostenido a propósito de la responsabilidad del garajista (cfr. comentario al art. 1375)— se considera que el empresario, en el caso del hotelero, debe adoptar las medidas de seguridad y prevención necesarias en función de su actividad, controlando el correcto funcionamiento de los mecanismos de seguridad implementados y la capacitación del personal en que delega la efectiva vigilancia, en cuyo contexto la sustracción de los bienes depositados, aun llevada a cabo a mano armada, no puede ser considerada imprevisible, máxime en atención a la reiteración con la que suele cometerse tal modalidad delictiva¹¹³.

III.4) Los efectos dejados en los vehículos

La regulación anterior no contenía limitación alguna respecto a los alcances de la responsabilidad del hotelero por los objetos dejados en el vehículo por los pasajeros. En el artículo 1371, segundo párrafo, la solución que se ha seguido es excluir a tales efectos de la responsabilidad del hotelero, ciertamente en el entendimiento de que la obligación de guarda alcanza sólo al vehículo —y a sus partes constitutivas— pero no incluye aquellos elementos que, por olvido o negligencia, el pasajero deja en el interior del mismo (en el habitáculo o con mayor razón en el baúl, o sea sin que pueda ser advertido desde el exterior). Como se verá al analizar el artículo 1375, esta limitación de responsabilidad no rige en los garajes y playas de estacionamiento.

IV) Significado de la reforma

El Código define ahora claramente una responsabilidad objetiva del hotelero —en correspondencia con las reglas generales de la responsabilidad civil— y acotando las eximentes al caso fortuito, en tanto sea ajeno a la actividad por él cumplida.

¹¹³ CNCom., sala A, 16-9-2003, “Omega Coop. de Seguros Ltda. c/Osme SA”, L. L. 2004-B-1014.

Art. 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.

Art. 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.

I) Resumen

A la eximente específicamente prevista en el artículo 1371 –caso fortuito ajeno a la actividad– el artículo 1372 adiciona otro supuesto de exoneración del hotelero, relativo a los objetos de gran valor. En tal caso la conducta a seguir por el pasajero es, por un lado, informar dicha circunstancia al hotelero y, por el otro, guardarlos en las cajas de seguridad que se encuentren eventualmente a su disposición en el establecimiento. La denuncia de los efectos de valor implica la declaración de su valor, lo cual determina el límite cuantitativo de la responsabilidad. No obstante, si el valor denunciado es excesivo podrá el hotelero negarse a recibirlos y no responderá por su pérdida.

II) Concordancias

Responsabilidad del hotelero (art. 1370); eximentes de responsabilidad (art. 1371); previsibilidad contractual (art. 1728).

III) Interpretación de las normas

III.1) *Efectos de gran valor. Obligación de denunciarlos e indicar su valor*

En la misma línea de lo que disponía el artículo 2235 del código derogado, el artículo 1372 preceptúa que el viajero debe hacer saber al hotelero que ingresa al establecimiento objetos de valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros. A esa carga de informar del

pasajero se le agregan los siguientes deberes: a) declarar el valor de los efectos en cuestión; b) utilizar las cajas de seguridad que pone a su disposición el hotelero.

La determinación de cuándo se considera que estamos ante cosas de valor que justifican la adopción de los señalados recaudos se sujeta al estándar que la propia norma indica: que sea superior al que ordinariamente llevan los pasajeros. En ese sentido se ha ejemplificado con las joyas, títulos de crédito o sumas de dinero muy importantes¹¹⁴. La norma resulta aplicable sólo a los efectos que introduce el pasajero y no incluye a los vehículos –autónomamente contemplados en el artículo 1370, inciso b, de allí que aun cuando se trate de automotores de gran valor o alta gama el hotelero igualmente responde¹¹⁵.

El hecho de que el hotel no cuente con cajas de seguridad (general o en cada habitación) no obsta a la responsabilidad del hotelero. Si se eximiría éste en la situación inversa, o sea cuando teniendo disponibles cajas de seguridad, el viajero, que previamente informó sobre los efectos de especial valor, no las utiliza y le son sustraídos en las dependencias del hotel.

Cumplidos los extremos reseñados, la responsabilidad del hotelero se limita al valor declarado por el pasajero.

III.2) *Objetos excesivamente valiosos. Facultad del hotelero*

El artículo 1373 preceptúa que tratándose de bienes excesivamente valiosos en relación con la importancia del establecimiento o si su guarda causa molestias extraordinarias, el hotelero podrá negarse a recibirlos. De dicha norma y de la que la precede debe colegirse que el legislador ha distinguido entre los “efectos de valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros” –supuesto en el cual no podrá negarse a guardarlos y no se exime de responsabilidad por su pérdida si se cumplen los recaudos que enuncia el artículo 1372– y aquellos otros “excesivamente valiosos en relación con la importancia del establecimiento”, en cuyo caso el hotelero queda eximido de responsabilidad. A este último supuesto se le asimilan los efectos “cuya guarda

¹¹⁴ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, p. 702.

¹¹⁵ ZUNINO, *Depósito y otras relaciones de guarda* cit., p. 257.

causa molestias extraordinarias", lo cual no necesariamente presupone que sean excesivamente valiosos sino que remite a otras condiciones físicas o estructurales de las cosas ingresadas al establecimiento.

III.3) *La previsibilidad contractual como límite de la extensión de resarcimiento*

Las reglas enunciadas constituyen, en definitiva, aplicación al específico supuesto de la responsabilidad hotelera del principio, ahora receptado en general por el artículo 1728, de la previsibilidad contractual, según el cual las partes de un contrato responden sólo de las consecuencias que previeron o pudieron prever al momento de contratar. Esta específica delimitación del daño indemnizable implica que el deudor no debe responder por aquellos riesgos extraordinarios, que no fueron debidamente considerados y convenientemente asumidos al contratar. La oportuna información al deudor —en el caso, el hotelero— del especial valor de los bienes introducidos por el viajero permite a aquél adoptar los recaudos necesarios a su guarda segura o, incluso, negarse a recibirlos, tal como lo reconoce el artículo 1373.

IV) Significado de la reforma

El Código confiere especial tratamiento a la responsabilidad del hotelero cuando los efectos introducidos por el pasajero son de valor superior al que usualmente se portan en situaciones similares. Se imponen cargas de información y de guarda que delimitan la responsabilidad consiguiente para el caso de daños o pérdidas. También se reconoce al hotelero la facultad de negarse a asumir la guarda cuando se configuran determinadas circunstancias especiales que la norma describe. Se adopta una solución coherente con la regla de la previsibilidad, establecida, con carácter general, en la responsabilidad contractual.

Art. 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.

I) Resumen

En términos similares a lo que disponía el artículo 2232 del código anterior, se ratifica la invalidez de toda cláusula que importe excluir o limitar la responsabilidad del hotelero, más allá de los supuestos expresamente autorizados en los artículos 1372 y 1373.

II) Concordancias

Cláusulas abusivas (arts. 988 y 1119); cosas de valor (art. 1372); negativa a recibir (art. 1373); dispensa anticipada de responsabilidad (art. 1743).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Invalidez de las cláusulas limitativas*

En correspondencia con el estatuto especialmente protectorio del pasajero que contienen las normas precedentes, el artículo 1374 resta todo valor y tiene por no escrita cualquier cláusula que conduzca a modificar en perjuicio de aquél la responsabilidad del hotelero. Cualquiera sea el modo de exteriorización de las señaladas cláusulas —ya sea por avisos o por la aceptación escrita del pasajero— el resultado es su invalidez.

La restricción legal viene también aplicable por el modo en que se concerta usualmente el contrato de hospedaje —por adhesión a cláusulas generales predispuestas— o por su condición de contrato de consumo. En ambos casos, las cláusulas de dispensa anticipada de responsabilidad reputadas abusivas (arts. 988, 1119 y 1743). En este aspecto la abusividad está determinada por la ley en modo expreso, sin que se requiera ninguna valoración ulterior, en función de las circunstancias del caso.

IV) Significado de la reforma

El conjunto de normas que refieren a la responsabilidad del hotelero configura un régimen especial —claramente protectorio del pasajero y de carácter imperativo— a cuyo respecto está vedada cualquier cláusula

que lo modifique en su perjuicio. Ello se integra ahora con las restantes previsiones del Código que disponen en igual sentido, en el marco de una relación de consumo o de un contrato celebrado por adhesión.

Art. 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.

I) Resumen

Se someten al régimen del depósito necesario, ahora en modo expreso, situaciones similares a esa clase de depósitos y en particular al depósito en hoteles, reglamentado en los restantes artículos que integran la Sección 3ª. Se enuncian los diversos supuestos —establecimientos sanatoriales, deportivos, restaurantes y garajes— pero se deja abierta la posibilidad de su aplicación a “otros establecimientos similares”. Se determina, en todos los casos, que los establecimientos a que refiere la norma deben prestar sus servicios a título oneroso. Se ratifica la invalidez de toda eximente de responsabilidad que consagra el artículo 1371, pero ampliando la protección legal en tanto para los casos enunciados —garajes, lugares y playas de estacionamiento— no rige la exclusión reconocida al hotelero con relación a los efectos dejados en el interior de los vehículos.

II) Concordancias

Previsibilidad contractual (art. 1278); eximentes de responsabilidad (art. 1371); cosas de valor (art. 1372); cláusulas de exoneración de responsabilidad (art. 1374); factores de atribución (art. 1721). Ley de Defensa del Consumidor: oferta al público (art. 7º); efectos de la publicidad (art. 8º).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Situaciones asimiladas al depósito necesario*

La norma que se comenta —reproduciendo así la solución que ya traía el Proyecto de 1998— somete al régimen del depósito necesario diversos supuestos donde las personas se ven compelidas a dejar sus efectos bajo la guarda —implícita o explícita— del ocasional titular de un establecimiento que, a veces, tiene por fin principal la realización de otras prestaciones. Así ocurre con establecimientos asistenciales o deportivos y con los restaurantes, donde ciertamente la señalada obligación de guarda y custodia resulta ser un deber accesorio o secundario de conducta respecto a lo que constituye la prestación principal.

En el caso de los garajes, lugares y playas de estacionamiento, cuando lo acordado por las partes refiere exclusivamente a esa finalidad de guarda, deberá la relación ser calificada derechamente como depósito, si bien sometida al estatuto especial previsto respecto a la responsabilidad de los hoteleros por los efectos introducidos por los viajeros. Habrá otros casos, en cambio, donde la guarda de vehículos en playas de estacionamiento o lugares similares sea un servicio anexo a otra actividad principal (shopping center, complejos cinematográficos, tiendas, etc.). Como se verá, todos los supuestos quedan sometidos al mismo régimen legal y al tipo de responsabilidad —de carácter objetivo— que se consagra en la Sección 3ª.

La norma resuelve así situaciones que habían sido objeto de anterior tratamiento de la jurisprudencia, oportunidad en que —en general— se había arribado a similares conclusiones, bien por aplicación de las reglas del depósito necesario, por la calificación del vínculo como atípico o mediante su subsunción en las normas de protección del consumidor, en particular el concepto amplio de relación de consumo de raíz constitucional y receptado también en el estatuto especial.

Acorde fuera señalado, la obligación de guarda que impone la norma y la consecuente responsabilidad que incumbe al titular del establecimiento respectivo configuran a veces la prestación principal que éste ofrece y, en otros casos, una obligación accesoria a un vínculo de otra naturaleza. En este último supuesto, la situación es claramente equi-

parable a la responsabilidad del hotelero, regulada en los artículos precedentes, donde la prestación principal asumida es el alojamiento del pasajero en el establecimiento, durante un tiempo determinado y la guarda de los efectos por él introducidos son uno de los deberes anexos a esa obligación primaria, que bien puede existir sin ella, lo que acontece cuando la persona se aloja sin equipaje.

La mayoría de las situaciones previstas en la norma –en particular el garaje– han sido calificadas como contratos atípicos, con prestaciones que pertenecen a otras modalidades tipificadas (depósito, locación de cosas, de servicios, etc.). No puede decirse ahora que tales vínculos sean típicos –en el sentido de dotados de una regulación completa y autosuficiente– en tanto las nuevas previsiones legales sólo contemplan un aspecto de la respectiva relación, cual es la responsabilidad por los efectos introducidos en los establecimientos que se describen. Las demás cuestiones –así los daños a las personas, la determinación del precio, los derechos del garajista y las garantías para el cobro de sus créditos y la determinación de las obligaciones de las partes, entre otras– deben ser resueltas por aplicación de las reglas generales o por las que corresponden a los contratos nominados afines, que sean compatibles y se adecuen a su finalidad, según la directiva del artículo 970.

III.2) *La cuestión de la onerosidad. El estacionamiento gratuito en shopping centers, supermercados u otros establecimientos comerciales*

El artículo 1375 determina la aplicación de las reglas del depósito necesario a todos los establecimientos que enuncia –y similares– en tanto presten sus servicios “a título oneroso”. La aclaración se reitera en el segundo párrafo, al limitar los alcances de la eximente del artículo 1371, segundo párrafo. Como puede verse esa especificación, referida a la onerosidad del servicio, no aparece incluida al regular la responsabilidad del hotelero por los efectos introducidos por los viajeros, en tanto esa actividad –ejercida profesionalmente– es siempre onerosa. Distinta es la situación, en cambio, en las diversas actividades contempladas en el artículo 1375, en cuyo caso, cuando se prestan en forma gratuita, no resulta justo someterlas a la responsabilidad objetiva

prevista para el depósito necesario y ella deberá, en todo caso, ser juzgada según las reglas generales de la responsabilidad por culpa –artículo 1721– o analógicamente por las normas del depósito ordinario.

También cuadra señalar que la onerosidad-gratuidad constituye una calificación de la prestación principal prestada por los establecimientos mencionados en la norma, de allí que si ella es onerosa, la responsabilidad por los objetos introducidos por los usuarios en la esfera de control del prestatario del servicio será objetiva, en los términos del depósito necesario, con independencia de que por la específica actividad de guarda no se cobre –al menos separadamente– un precio. Esto vale para el eventual ofrecimiento –gratuito– de servicios de guardarropa, depósito de efectos o estacionamiento en los lugares que indique el titular del establecimiento o sus dependientes.

Esa solución ha sido reiteradamente aplicada por la jurisprudencia nacional respecto a los daños o sustracción de vehículos estacionados en las playas o lugares que destinan a sus clientes los supermercados, hipercentros de consumo o establecimientos comerciales en general. Al respecto se ha sostenido que la gratuidad del estacionamiento en tales supuestos no exime de responsabilidad al establecimiento en tanto dicho servicio adicional de guarda no es ofrecido en forma desinteresada sino para su propio beneficio, pues trae aparejado un incremento de la afluencia de público y además cabe presumir que su costo ha sido trasladado al precio de los bienes comercializados¹¹⁶.

Incluso, si el potencial comprador ingresara al establecimiento y no realizara ninguna compra, pesa igualmente sobre quien lucra con esos consumidores potenciales el deber de guarda y custodia de los vehículos estacionados¹¹⁷. Distinta será la situación si se demuestra que el damnificado había estacionado en una playa afectada a un es-

¹¹⁶ C8°CCom. de Córdoba, 28-7-2011, “Godoy, Marcelo Oscar c/Libertad Sociedad Anónima s/Ordinario”, L. L. C. 2012 (febrero), 103; CNCom., sala A, 6-3-98, “Sancor Coop. de Seguros Ltda. c/Cencosud SA”, L. L. 1998-C-612; id., 25-9-97, “La Equitativa del Plata SA de Seguros c/Cencosud SA”, L. L. Online.

¹¹⁷ CNCom., sala B, 8-9-98, “Hernández, Heber Pablo c/Carrefour Argentina SA s/Ordinario”, E. D. 184-614.

tablecimiento comercial para trasladarse a un sitio distinto, en cuyo caso no cabría responsabilizar al titular de la misma¹¹⁸.

III.3) *Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor*

Sin perjuicio de las normas especialmente protectorias que se derivan de la aplicación a los supuestos enunciados de las reglas del depósito necesario y de la responsabilidad objetiva que allí se consagra, se ha sostenido la aplicación del estatuto especial del consumidor para integrar dicha normativa y eventualmente resolver los supuestos dudosos que eventualmente se presenten.

En ese sentido la responsabilidad del hipermercado por la sustracción del automotor en la playa de estacionamiento nace de la relación genérica de consumo que comprende, junto a la prestación principal, en forma coligada y conexa, el uso de dicho estacionamiento, pues quien ubica allí su automotor lo hace con la finalidad de adquirir productos y servicios diferentes y esos hechos caracterizan la relación de consumo¹¹⁹.

La jurisprudencia se ha expedido en ese mismo sentido y así las normas vinculadas a la oferta y a la publicidad (arts. 7° y 8°, LDC) y la propia idea de relación de consumo han permitido responsabilizar a los titulares de esos establecimientos comerciales por la sustracción de vehículos estacionados, aun cuando ello lo fuere en forma gratuita¹²⁰.

III.4) *Supuestos enunciados*

El artículo 1375 enuncia en primer lugar determinados supuestos específicos a los que somete al régimen del depósito necesario para luego incluir a “otros establecimientos similares”, en tanto también

¹¹⁸ CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel y DÍAZ PALACIO, Eugenia, *Hipermercados. Estacionamiento de vehículos en playa y responsabilidad sobreviniente*, en L. L. 1998-E-393.

¹¹⁹ C8°CCom. de Córdoba, 28-7-2011, “Godoy, Marcelo Oscar c/Libertad Sociedad Anónima s/Ordinario”, L. L. C. 2012 (febrero), 103.

¹²⁰ Cfr. fallos citados en nota N° 64 y comentario a fallo: RITTO, *La responsabilidad del hipermercado por la sustracción de un automóvil de su playa de estacionamiento en el marco de la relación de consumo* cit., p. 259.

presten sus servicios a título oneroso. En ese sentido se mencionan los siguientes supuestos:

a) *Centros de salud*: Referenciándolos como “hospitales, sanatorios y casas de salud” se incluye en la norma los efectos introducidos en un establecimiento de esas características, contemplando los vehículos, cuando cuentan con playa de estacionamiento. Acá la similitud con el hospedaje es notoria pues se trata de servicios anexos y necesarios respecto a la prestación principal médico-sanatorial de atención a la salud. La previsión es amplia —en tanto alude a “casas de salud”— y por ello deben entenderse incluidos en la protección legal los establecimientos geriátricos, laboratorios y cualquier otro que, con mayor o menor extensión de la internación, o aun sin ella, propongan alguna prestación vinculada a la salud.

La situación de los hospitales públicos amerita un tratamiento separado en tanto no puede hablarse de un vínculo contractual y tampoco prestado a título oneroso. Serán otros los criterios en función de los cuales deben valorarse los daños o pérdidas de los efectos introducidos por los pacientes en los mismos, según las reglas con las que se juzga la responsabilidad del Estado.

b) *Centros o entidades deportivas*: También aparecen expresamente mencionados los locales donde se practiquen deportes. En función de ello los efectos que introducen los deportistas y que dejan en los vestuarios u otras dependencias del club tienen idéntica protección que la que se confiere a los viajeros en los hoteles. La responsabilidad es objetiva y también debe incluir los vehículos estacionados en los lugares del establecimiento afectados a esa finalidad.

Valga también lo ya señalado en el sentido de que debe tratarse de una prestación a título oneroso de donde la norma resulta estrictamente aplicable a los gimnasios, alquiler de canchas de tenis, fútbol u otros desarrollados empresarialmente. La duda se planteará, entonces, cuando se trate de una actividad deportiva cumplida en un club organizado como asociación civil sin fines de lucro, que es el encuadramiento usual de la mayoría de las entidades deportivas. En tal caso la relación del asociado con la entidad no puede ser reputada a título oneroso y deberá estarse a las reglas generales de la responsabilidad civil.

c) *Restaurantes*: Respecto a los establecimientos gastronómicos de

cualquier tipo la norma también les resultará aplicable, tanto respecto a los efectos que lleven los comensales como a los automotores con los que concurren y estacionen en los lugares especialmente afectados por el establecimiento. Cuando el estacionamiento no pertenece al restaurante, cabrá determinar en cada caso la índole del vínculo que media entre ambos establecimientos (el restaurante y el garaje o playa), máxime si, como acontece habitualmente, se ofrece la asunción del costo de la guarda del vehículo o alguna bonificación al respecto¹²¹.

d) *Garajes, lugares y playas de estacionamiento*: El artículo 1375 somete al régimen del depósito necesario a los que se realizan en "garajes, lugares y playas de estacionamiento". La enunciación es abierta y permite incluir diversas variantes del genéricamente denominado "contrato de garaje" en tanto los servicios sean prestados a título oneroso. Conforme se señaló supra, la disposición legal no implica una tipificación de la respectiva relación jurídica sino sólo la reglamentación de un aspecto de la misma, cual es la obligación de guarda y custodia de los vehículos depositados¹²².

La variedad de situaciones que se presentan con relación a los casos en que se concede el uso de un espacio físico para estacionar un vehículo exige diferenciarlas, al menos en sus modalidades más frecuentes, para luego establecer cuándo le resultan aplicables las reglas específicas contenidas en los artículos 1368/1374. Así:

- i) *Alquiler de espacios para estacionar en edificios de propiedad horizontal o en cocheras individuales*. Cuando la relación consiste en que se pague un precio por el uso y goce de una cosa,

¹²¹ En ese sentido la jurisprudencia eximió de responsabilidad al restaurante si no se probó que existiera vínculo contractual con una playa aledaña respecto a la cual se acreditó que el establecimiento gastronómico abonaba el importe que se devengaba como consecuencia del uso de la misma, sin asumir la calidad de depositario de los bienes (CNCiv., sala E, 5-8-92, "Castell, Ramón E. c/Néstor María Dorés titular de la playa de estacionamiento de la calle Ayacucho 1738/40 s/Sumario", E. D. 154-590).

¹²² En España la Ley 40/2002 reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos contiene, en cambio, una tipificación completa del contrato de garaje con determinación de su contenido, las obligaciones de la partes y el régimen de responsabilidad (cfr. ÁLVAREZ LATA, Natalia, *El contrato de aparcamiento de vehículos. Notas a la Ley 40/2002 del 14 de noviembre*, en www.indret.com, Barcelona, abril 2003).

como ocurre con el simple alquiler de un espacio, estamos frente a una locación de cosas y no ante un contrato de garaje¹²³.

No corresponderá aplicar las reglas del depósito, sin duda, cuando el contrato de locación incluye una cochera o espacio para estacionar vehículos pero igual solución deberá aplicarse a los casos en que se arrienden esos espacios separadamente, ya sea en un garaje individual o una cochera en un edificio de propiedad horizontal. Aun cuando la relación sea de carácter oneroso no hay profesionalidad ni compromiso de guarda y custodia, siquiera implícito y, al igual que lo que acontece con la locación de cosas, el compromiso asumido consiste en la mera concesión del uso y goce del espacio asignado, por un precio en dinero. En ese sentido se ha expedido la jurisprudencia y así ha sostenido que cuando no se trata de un contrato de guarda de un vehículo con un garajista profesional, se configura un arrendamiento de cosas en el que el propietario cede el uso del local, sin contraer responsabilidad alguna que no sea la derivada del arriendo¹²⁴. Por similares razones tampoco puede ser responsabilizado el consorcio de propiedad horizontal por los daños sufridos por los vehículos estacionados en las cocheras del edificio¹²⁵.

- ii) *Estacionamiento medido en la vía pública*. Los sistemas de estacionamiento medido o por parquímetros están también exentos de la responsabilidad de guarda propia del garajista. En ese sentido la prestación del servicio concesionado supone sólo la posibilidad de uso exclusivo, por tiempo limitado, de un espacio público a cambio de un precio y, por ello, no concurren ninguna de las circunstancias que caracterizan al contrato de garaje en cuanto generador de obligaciones de custodia¹²⁶.
- iii) *El garajista profesional*. El supuesto indiscutiblemente incluido

¹²³ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 690.

¹²⁴ CNCiv., sala K, 21-12-98, "Verrascina de Ambrosio, Inés c/Metalúrgica Nicorol SA y otro", L. L. 2000-B-856.

¹²⁵ CNCiv., sala J, 10-5-2007, "Fioribello, Juan P. c/Consorcio de Prop. Av. Santa Fe 2664/66/68", L. L. Online y precedentes allí citados.

¹²⁶ CNCiv., sala D, 16-3-83, "Katz, Sofía c/Cañogal SRL", L. L. 1984-D-40; AVARINO, Magdalena B., *Aportes de un Plenario a la tipificación del "Contrato de garaje"*, en L. L. 2008-F-30.

en la previsión legal analizada, que conlleva las obligaciones de guarda y custodia propias del depósito necesario y la consecuente responsabilidad objetiva puesta en cabeza del depositario, es la prestación del servicio de garaje en forma onerosa y a través de una organización empresarial. No obstante corresponde poner de resalto que el artículo 1375 sólo requiere que la prestación sea realizada “a título oneroso” de allí que, aun cuando no medie una organización profesional o empresarial propiamente dicha, el mero ofrecimiento por un precio y en forma generalizada de una pluralidad de espacios para estacionar vehículos, o sea sin que se den las condiciones descriptas en el precedente punto i), puede hacer igualmente responsable al propietario.

e) *Otros establecimientos similares*: El artículo 1375 incluye a aquellos establecimientos que guarden similitud con los expresamente enunciados (casas de salud y deporte, restaurantes y playas de estacionamiento). En esa línea ya se había expedido la jurisprudencia nacional, atribuyendo una obligación accesorio de guarda a otras relaciones jurídicas, con la consecuente responsabilidad de guarda y custodia de los efectos entregados en ocasión del vínculo de que se trate. Así se ha decidido con relación al tallerista que recibe el automotor para su reparación¹²⁷, al vehículo entregado a los fines de su venta¹²⁸ o a los fines de su lavado en un local que presta dichos servicios¹²⁹ o estacionado en un local bailable que ofrece ese servicio gratuitamente¹³⁰ o en un albergue transitorio¹³¹.

¹²⁷ CNCiv., sala C, 1-3-84, “Dalcomo, Oscar R. y otro c/Mammana, Mario P.”, L. L. Online; C2°CCom. de La Plata, sala III, 1-12-81, “Palacios, Luciano O. c/Guerra, Juan C. y otro”, L. L. Online; CNCom., sala B, 9-4-81, “Júpiter, Cía. de Seguros c/Canosa, Victorio y otros”, L. L. 1981-C-573.

¹²⁸ CNCom., sala C, 11-8-95, “Pérez, Osvaldo G. c/Migali, José D. y otros”, L. L. 1997-D-862.

¹²⁹ CNCom., sala C, 12-10-94, “Providencia Cía. de seguros c/Posadas SRL”, L. L. 1995-C-111; sala D, 15-3-94, “Storto, Rubén E. c/Piñeiro, Antonio”, L. L. Online; CCCom. de San Isidro, sala I, 18-3-93, “La Franco Argentina Cía. de Seguros c/Rodríguez Franco, Ernesto L. y/u otro”, J. A. 1994-II-93.

¹³⁰ CNCom., sala B, 18-5-94, “La Aseguradora Río de la Plata Cía. de Seguros c/Bulib SA”, L. L. Online.

¹³¹ CNCom., sala C, 24-5-89, “Bargas, Claudio A. c/Albergue Transitorio Noi”, L. L. 1989-E-270.

III.5) Responsabilidad objetiva. Eximentes.

Las cosas dejadas en los vehículos

Según ya fuera señalado, las previsiones de los artículos 1368/1374 implican la instauración de un sistema de responsabilidad objetiva —con los alcances enunciados en los artículos 1722/1723— respecto a quien recibe los efectos en el contexto de las situaciones asimiladas al depósito necesario por el artículo 1375. En consecuencia sólo se exime ante el caso fortuito o la fuerza mayor ajena a la actividad (art. 1371) y las cláusulas de exoneración de responsabilidad carecen de todo valor (art. 1374).

En cuanto al robo o asalto a mano armada la jurisprudencia se ha expedido —aun en el contexto del código derogado, que contenía una previsión dirigida a excluir ese supuesto (art. 2237)— en el sentido de que no exime de responsabilidad al garajista, puesto que no puede ser reputado fuerza mayor o caso fortuito, al constituir un riesgo propio de la actividad que realiza de manera onerosa y por ello debe tomar todos los recaudos de seguridad para impedir, o al menos dificultar, ese acto previsible en el contexto del servicio ofrecido¹³². Con mayor razón se ratificará esa línea jurisprudencial bajo la nueva normativa fundamentalmente en razón de la expresa referencia a “la fuerza mayor ajena a la actividad” contenida en el artículo 1371.

El artículo 1375, en su segundo apartado, determina que la eximente prevista en la última frase del artículo 1371 no rige para los garajes, lugares y playas de estacionamiento. Ello implica que, en tales supuestos, el titular del establecimiento responderá también por las cosas dejadas en los vehículos¹³³. Cuadra al respecto señalar que la amplia-

¹³² CCCom. 8° Nom. de Córdoba, 27-9-2007, “Hames, Hiyam y otro c/Quintana, María Cristina y otro”, L. L. C. 2008 (febrero), 72; CNCom., sala B, 22-9-95, “Aseguradores de Cauciones Cía. de Seguros c/Gran Garage Golf de Carmelo Mileo”, J. A. 1996-I-377; id., 29-8-95, “La Rectora Cía. de Seguros c/Caporaso, Antonio A.”, L. L. 1996-A-699; sala D, 24-10-94, “Pampa Motor SA c/Gacek, Jorge L.”, L. L. 1995-A-199; sala A, 5-7-91, “Cukan, Mónica M. y otros c/Nuestra Señora del Rosario SRL”, L. L. 1992-A-87; sala D, 13-5-87, “Pessolano, Alberto c/Prioli, Clemente M. R.”, L. L. 1987-E-19.

¹³³ La Ley española 40/2002 sobre el contrato de aparcamiento de vehículos preceptúa que el empresario sólo va a responder de los elementos que sean habituales

ción del régimen de responsabilidad que allí se establece refiere exclusivamente a los supuestos descriptos (garajes, lugares y playas de estacionamiento) y, por ello, la limitación subsiste para las otras situaciones asimiladas al depósito necesario (establecimientos sanitarios, deportivos y restaurantes).

Cabe también poner de resalto que la responsabilidad del dueño de la playa de estacionamiento o garaje respecto de los efectos ubicados en el interior del vehículo debe ser apreciada con criterios de normalidad. Si se dejan en el interior del automotor objetos de gran valor—dinero, joyas u otros efectos que incluso pueden superar el valor del propio vehículo— el garajista no responderá por ellas, por aplicación del criterio sentado por los artículos 1372/1373 y según la regla general de la previsibilidad contractual del artículo 1278.

IV) Significado de la reforma

El artículo 1375 viene a dar respuesta a una situación no contemplada en la regulación anterior e incluso expresamente excluida de las reglas del depósito necesario según lo que disponía el artículo 2233 del código derogado. Ahora quedan claramente asimilados al régimen del depósito necesario—en realidad, del depósito en hoteles— los diversos supuestos asimilados y, en particular, los garajes y playas de estacionamiento. Rige a su respecto el factor de atribución de índole objetiva instituido por las normas respectivas, con eximentes acotadas que, además, deben ser ajenas a la actividad cumplida por el prestador.

SECCIÓN 4ª

CASAS DE DEPÓSITO

Art. 1376 Responsabilidad. Los propietarios de casas de depósito son

—de acuerdo con el vehículo de que se trate— y que se hallen incorporados funcionalmente a él, de forma fija e inseparable, aclarando que, en todo caso, los accesorios no fijos y extraíbles, como radiocassettes y teléfonos móviles, deberán ser retirados por los usuarios, no alcanzando, en su defecto, al titular del aparcamiento la responsabilidad sobre restitución (art. 3.1.c).

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.

Art. 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.

I) Resumen

Al unificarse el régimen de los contratos civiles y comerciales las disposiciones del código de comercio sobre el contrato de depósito (arts. 572/579) y barraqueros y administradores de casas de depósitos (arts. 123/131) resultan ahora sustituidas por las contenidas en el Capítulo 11 del Título IV. La regulación general del depósito—ahora, como regla, oneroso— se aplicará cualquiera fuere la condición del depositario. Los artículos 1376/1377 establecen, en cambio, algunas reglas particulares que rigen cuando el depósito es prestado por establecimientos dedicados a esa actividad.

II) Concordancias

Riesgo de la cosa (art. 755); obligaciones de género (art. 763); eximentes de responsabilidad (art. 1371); pericia arbitral (art. 773, CPCCN).

III) Interpretación de las normas

III.1) Casas de depósitos. Responsabilidad del depositario

El 1376 determina reglas específicas de responsabilidad respecto

al propietario de casas de depósitos o sea aquellos establecimientos que se dedican a la guarda y custodia de toda clase de mercadería u objetos. En ese sentido ha sido señalado que cuando el servicio de depósito es prestado profesionalmente y por empresas con ese objeto específico resulta insuficiente una noción estática del depósito, limitada a la guarda y cuidado de la misma cosa, sino que debe atenderse también a un cuidado activo que incluye, por ejemplo, la temperatura necesaria para la maduración o conservación de los elementos depositados¹³⁴.

La relación jurídica se encuentra sometida, en principio, a las reglas del depósito ordinario (arts. 1356/1366) y, en lo atinente a la responsabilidad del depositario, ésta es objetiva y de resultado y admite, como únicas eximentes, las siguientes:

- a) *Daño derivado de la naturaleza de la cosa depositada*: En tal caso la pérdida o disminución son consecuencias de la propia índole de los efectos depositados, ello siempre que el depositario no haya asumido también obligaciones específicas de conservación y mantenimiento y su incumplimiento haya derivado en los daños verificados.
- b) *Daño derivado del vicio propio de la cosa depositada*: En este caso no es un deterioro producido “naturalmente” —como en el caso anteriormente descripto— sino de un vicio intrínseco de la cosa que ésta ya portaba antes de ser depositada.
- c) *Daño derivado del embalaje*: En caso de que la cosa haya sido entregada en bultos, contenedores u otras formas de embalaje y éstos sean impropios o defectuosos, los daños que de ello se deriven son atribuibles al depositante, en tanto el acondicionamiento de las cosas depositadas estuvo a su cargo.
- d) *Caso fortuito externo a la actividad*: Se reproduce así y con la misma calificación, la eximente contemplada para el depósito necesario (art. 1371). Lo dicho allí respecto al incendio y a otros supuestos similares (robos y sustracciones) resulta con mayor razón aplicable en el supuesto analizado. Dichos eventos,

¹³⁴ ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio Comentado*, t. III, p. 76.

tratándose de una empresa de depósitos, deben reputarse pre-visibles y en modo alguno pueden considerarse externos a la actividad que desarrollan.

El modo en que el artículo 1376 describe las eximentes admisibles permite sostener que refiere exclusivamente al depósito regular, en tanto en el irregular se debe el *tantundem*, y el riesgo derivado de la pérdida o deterioro de la cosa está exclusivamente a cargo del depositario, por tratarse de una cosa genérica, que siempre es debida, según la regla *genus nunquam perit* (arts. 755 y 763).

III.2) Cuantificación de los daños

Siguiendo la solución que adoptaba el artículo 128 del código de comercio derogado, la norma somete a la decisión de peritos arbitradores la tasación de los daños producidos a la mercadería depositada. Interpretando una norma similar, si bien prevista para la determinación de la comisión a que tiene derecho el depositario (art. 573 del Cód. de Com. derogado) se reputó aplicable la previsión del artículo 773 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y se sostuvo la procedencia del rechazo *in limine* de la acción judicial promovida con esa finalidad, sin haber previamente intentado su determinación por arbitradores¹³⁵.

III.3) Obligaciones del depositario

El artículo 1377 establece específicos deberes a cargo del depositario, cuando se trata de casas de depósitos, y así, por un lado, se impone la exigencia formal contenida en su inciso a, referida al recibo que debe otorgar cuando la mercadería le es entregada (con las especificaciones que se enuncian) y, por el otro, permitir la inspección de las cosas depositadas al depositante, ya sea personalmente, o por la persona que indique.

¹³⁵ CNCom., sala B, 23-11-89, “Frigorífico Moreno SA c/Subpga SA”, L. L. 1991-C-443 y comentario de TABOADA, Marcelo, *Determinación de la remuneración del depositario por juicio de árbitros*.

IV) Significado de la reforma

Las normas comentadas contienen específicas referencias a los depósitos realizados a través de empresas organizadas con esa finalidad. Se ha integrado así a la regulación general del depósito ese particular modo de prestar la actividad de guarda y custodia, antes regulado autónomamente en el código de comercio derogado, dentro de los agentes auxiliares del comercio.

CAPÍTULO 12

CONTRATOS BANCARIOS

Introducción a los contratos bancarios. Los Fundamentos de la Comisión de Reformas

"Los contratos bancarios tienen una importancia relevante en todos los campos, y por esta razón se ha decidido desarrollar un Capítulo para tratar de modo sistemático y profundo esta temática.

"El elemento subjetivo es la presencia de entidades sujetas a la Ley de Entidades Financieras; luego se desarrollan los contratos que esas entidades celebran habitualmente y se los regula. Por no reunir esas condiciones, la cuenta corriente se trata de modo autónomo, como contrato mercantil, ya que no es específicamente bancario. Asimismo, cuando el otro contratante es un consumidor, se disponen normas específicas, además de las que surgen de la aplicación del Título III sobre contratos de consumo.

"Es propósito del Código Civil establecer normas que permitan orientar las prácticas negociales de una manera que disminuya la litigiosidad y es por eso que se incluye una Sección 1ª relativa a la transparencia en las condiciones contractuales. Se dispone que:

"-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.

"-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.

"-El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente.

"-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.

"-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.

"-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.

"En la misma línea de política legislativa se establecen reglas para los contratos celebrados con consumidores y usuarios. Se aplican las disposiciones relativas a los contratos de consumo, se establecen normas sobre publicidad, información, obligaciones precontractuales y contenido.

"Luego de estas normas introductorias se regulan los contratos.

"Se comienza con el depósito en dinero, a la vista, a plazo.

"Se define la cuenta corriente bancaria como 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. Se contemplan soluciones para los otros servicios, créditos y débitos, instrumentación, servicio de cheques, intereses, solidaridad, propiedad de los fondos, reglas subsidiarias, créditos o valores contra terceros. Se proponen textos especiales para el envío de resúmenes y cierre de cuentas, ya que son temas que causan conflictos en la práctica diaria.

"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 convenidos.

"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, con deducción de los intereses.

"En la apertura de crédito, el banco se obliga, a cambio de una remuneración, a mantener a disposición de otra persona un crédito de dinero, dentro del límite acordado y por un tiempo fijo o indeterminado; si no se expresa la duración de la disponibilidad, se considera de plazo indeterminado.

"El servicio de caja de seguridad es muy utilizado en nuestro país y ha motivado una profusa litigiosidad, razón por la cual se regula especialmente. Esta tesis fue adoptada por el Proyecto de 1987 y los sucesivos proyectos de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, el Poder Ejecutivo del mismo año, y de 1998. En todos ellos se otorga especificidad al contrato de caja de seguridad, independizándolo del contrato de depósito, por cuanto tiene una naturaleza diversa de éste.

"Las diferencias son en cuanto a la responsabilidad del prestador del servicio, ya que en el Proyecto de 1998 se establece que sólo puede eximirse de responsabilidad por el caso fortuito externo al servicio prestado y por vicio propio de las cosas guardadas con lo que se precisa la formulación que hacían los antecedentes.

"En nuestro Anteproyecto se adopta una perspectiva diferente para hacer más clara la responsabilidad del banco. El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario. No responde por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas. La incorporación de las expectativas del consumidor es importante para este tema.

"Se aclara que la prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio. La cláusula que exime de responsabilidad al prestador se tiene por no escrita, pero 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.

"En la custodia de títulos, 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.

"Se dedica un Capítulo entero al factoraje, contrato por el cual una de las partes denominada factor, se obliga a adquirir por un precio en dinero indeterminado 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. Se prevé que puedan contratarse otros servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos. Se soluciona el problema de la cesión global de créditos existentes y futuros, declarando su validez. Se especifican los elementos que debe incluir el contrato, el título para la transmisión, las garantías, la imposibilidad del cobro del derecho de crédito cedido. Se dispone que 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".

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

PARÁGRAFO 1º

TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES CONTRACTUALES

Art. 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.

I) Resumen

Las normas dispuestas por el Código para los contratos bancarios se aplican a los celebrados con las entidades financieras y con otras personas según los alcances dispuestos en la regulación bancaria.

II) Concordancias

Contratos en general, definición (art. 957); carácter de las normas legales (art. 962); prelación normativa (art. 963); integración del contrato (art. 964). Ley 21.526 (arts. 1º, 2º y 3º).

III) Interpretación de la norma

En este artículo se precisan los alcances de un conjunto de reglas específicas para una categoría contractual, la de los contratos bancarios; ahora bien, el contrato bancario es el esquema jurídico de la operación bancaria; es todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación jurídica que tenga por objeto una operación bancaria. Si no hay otras operaciones bancarias en sentido estricto que aquellas en que participa un banco debe concluirse que, si el contrato es la estructura jurídica de la operación bancaria, para que éste pueda calificarse como bancario en sentido propio, tiene que participar en él una empresa bancaria¹³⁶.

En nuestra legislación la caracterización de la empresa bancaria surge de la Ley de Entidades Financieras (LEF) cuando dispone su aplicación a "las personas o entidades privadas o públicas —oficiales o mixtas— de la Nación, las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros" (conf. art. 1º). En términos económicos se refiere a quienes gestionan la negociación de activos y pasivos financieros entre unidades económicas superavitarias y deficitarias. La "intermediación", entendida como el ejercicio de obtener recursos financieros para correlativamente prestarlos, y la "habitualidad", consistente en la reiteración constante y prolongada de tales actos de intermediación en la captación y colocación de recursos financieros, son los comportamientos típicos de las entidades bancarias, a los que se agrega la "publicidad" para dinamizar en forma pública la oferta y la demanda de recursos financieros.

A partir de la caracterización apuntada que reposa en la "actividad" es posible comprender en la categoría a distintas clases de entidades

¹³⁶ GARRIGUES, Joaquín, *Contratos bancarios*, Madrid, 1965, p. 32.

privadas y públicas, resultando que en cualquier caso las relaciones contractuales referidas a las operaciones bancarias están alcanzadas por las disposiciones relativas a los contratos bancarios dispuestas en este Código. De modo explícito quedan expresamente comprendidas en las disposiciones de la LEF las siguientes clases de entidades: a) bancos comerciales; b) banco de inversión; c) bancos hipotecarios; d) compañías financieras; e) sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles; f) cajas de crédito (art. 2º, ley 21.526).

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

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

Art. 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.

I) Resumen

El contrato y la vinculación de las entidades bancarias con el público deben ser anunciados según corresponda como comercial o de consumo, siguiendo para ello los criterios del BCRA, sin que tal caracterización postergue la que surge del contrato o de la decisión judicial

que la califique. Se exige además “claridad” en sus anuncios sobre las condiciones económicas de los productos y servicios que ofrecen.

II) Concordancias

Contratos en general, definición (art. 957); buena fe (art. 961); tratativas precontractuales, deber de buena fe (art. 991); causa, disposiciones generales (art. 1012); necesidad (art. 1013); interpretación, protección de la confianza (art. 1067); contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, definición (art. 984); requisitos (art. 985); contratos de consumo, relación de consumo (art. 1092); contrato de consumo (art. 1093). LEF, autoridad de aplicación (art. 4°); régimen informativo (art. 36). CO BCRA (art. 4°, inc. a), normas sobre clasificación de deudores (“A” 5311).

III) Interpretación de la norma

En el Código se regulan los contratos, civiles y comerciales; los paritarios, los celebrados por adhesión y los contratos de consumo. Por su parte, la diversidad negocial en la actividad bancaria se dinamiza, aun con distinta difusión, con los contratos comerciales en aquellas tres variantes: paritarios, por adhesión y de consumo.

Atendiendo a la diversidad negocial apuntada, el artículo 1379 dispone la obligación de calificar la relación, según corresponda, a la “cartera comercial”, por regla circunscripta a negocios paritarios y por adhesión, o a la “cartera de consumo”, por regla identificada con los contratos de consumo, siguiendo los criterios fijados por el BCRA, obligatorio para las entidades bancarias.

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

Respecto de estos últimos, la “finalidad” de la adquisición o uti-

lización de bienes o servicios constituye el elemento decisivo para su caracterización, aspecto de difícil apreciación en las operaciones bancarias donde el objeto del contrato, por regla recursos monetarios, escasamente contribuye por sí solo a caracterizar “la causa” del contrato; de donde la indicación precisa y en forma destacada exigida por el Código desde la difusión misma del negocio siguiendo pautas objetivas integra la exigencia genérica de “transparencia” prevista en este título de la contratación bancaria.

Ahora bien, el sistema de calificación de los clientes bancarios se organizó por el BCRA en sus comunicaciones “A” 2729 y “A” 2950, y sus respectivas modificaciones, con la creación y regulación de una base de datos pública llamada “central de deudores del sistema financiero”.

La disposición del BCRA que establecía pautas para la calificación de cumplimiento de los clientes del sistema financiero, ahora lo hace en las comunicaciones “A” 4683, “A” 4738, “A” 4757 y “A” 4781; además, prevé un procedimiento de revisión de esas calificaciones y define al propio BCRA como autoridad de control.

Según advierte la doctrina, podemos hablar indistintamente de “calificación” o “clasificación” de deudores. De hecho, éstos son primero calificados y a renglón seguido agrupados o reunidos en categorías o clases. La normativa del BCRA pone la tarea de clasificación o calificación en manos de cada entidad crediticia, lo que constituye una obligación periódica, y existe para ello un manual de procedimientos de clasificación y previsión.

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

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

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

Sucede, sin embargo, que el BCRA autoriza la calificación también atendiendo a los rangos de compromisos patrimoniales asumidos por los clientes. Esto es, las obligaciones hasta dos millones quinientos mil pesos pueden identificarse con carácter de consumo; las que superen ese monto, en la cartera comercial.

Una calificación más adecuada parece ser aquella que caracteriza la pertenencia a cada cartera, de consumo o comercial, atendiendo al destino del financiamiento o a la causa de la obligación. De modo que el sector y la administración de justicia obtendrán un elemento adicional para caracterizar adecuadamente las relaciones de consumo y disipar, en consecuencia, las confusiones que genera la aplicación del estatuto del consumidor a aquellas relaciones jurídicas por completo extrañas a aquél.

Es cierto que según la caracterización del BCRA quedan comprendidos en la cartera de consumo los préstamos destinados a la adquisición de bienes por parte de "profesionales", los que por regla exceden el destino caracterizante de los contratos de consumo; de allí que una adecuación de las disposiciones del BCRA a la formulación del artículo 1093 facilitará la identificación precisa del contrato. Sin embargo, dado que la calificación ordenada por el artículo 1379 no prevalece sobre la que surge del contrato o de la decisión judicial, contribuiría de modo decisivo a la satisfacción de la regla de transparencia que las partes identifiquen la categoría del negocio por su finalidad.

Por lo demás, la claridad exigida para informar sobre las operaciones y servicios que se proponen está generalizada y se sintetiza en la enunciación final del artículo 1379 cuando refiere a todas las "condiciones económicas", integrando de modo explícito tal principio de transparencia la circunstancia que identifica al primer título de los contratos bancarios.

Art. 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.

I) Resumen

De modo genérico para todos los contratos bancarios, se exige la instrumentación por escrito y la entrega de un ejemplar al cliente.

II) Concordancias

Libertad de formas (arts. 284 y 1015); forma impuesta (art. 285); expresión escrita (art. 286); medios de prueba (art. 1015); contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, definición (art. 984); requisitos (art. 985).

III) Interpretación de la norma

Prescribe el artículo 1380 como principio general que los contratos bancarios deben instrumentarse por escrito, conforme a los medios regulados por este mismo Código, afectando en consecuencia el principio de la libertad de formas (arts. 284 y 1015); no obstante, la ausencia de la formalidad exigida no acarrea la nulidad del contrato, sí en cambio subsiste la obligación de otorgarlo en la forma indicada (arts. 285 y 1018).

La formalidad exigida no es otra que la expresión escrita, por tanto puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos; puede además ser volcada la expresión escrita en instrumentos privados no firmados, tales como los generados por medios electrónicos.

La exigencia de la instrumentación por escrito impide que sean probados por testigos (art. 1019); si se utilizan medios electrónicos pueden probarse si se utilizó un método que asegure razonablemente la autonomía e inalterabilidad del instrumento.

Art. 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.

I) Resumen

El contrato bancario relativo a operaciones activas o pasivas debe integrarse con las condiciones económicas a cargo del cliente, sin que puedan remitirse a los usos para su determinación; en su defecto el contrato se integra con la tasa nominal mínima para las operaciones activas y máxima para las pasivas informadas por el BCRA.

II) Concordancias

Contratos en general, definición (art. 957); libertad de contratación (art. 958); carácter de las normas legales (art. 962); integración del contrato (art. 964); contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, definición (art. 984); requisitos (art. 985).

III) Interpretación de la norma

Prescribe el artículo 1381 la exigencia para los contratos bancarios en general de incorporar ineludiblemente a su contenido las condiciones económicas a cargo del cliente, elemento propio de la libertad de negociación, que requiere recíprocamente una formulación expresa y suficiente.

De las variables que integran las condiciones económicas del contrato, la ausencia de definición de la tasa de interés conlleva como consecuencia la aplicación del menor costo para el cliente en las operaciones activas y la mayor remuneración en las pasivas, de las vigentes en el sistema financiero a la fecha del desembolso o del depósito, respectivamente.

La aplicación de esas tasas máximas y mínimas también corresponde cuando en el contrato se hubiese hecho remisión a los usos; si,

en cambio, tal remisión se refiere a los otros costos, al tenerse por no escritos se haría necesaria la integración del contrato judicialmente, advertidos de que el reproche no permite concluir que pueda presumirse la gratuidad de la prestación.

La disposición armoniza además con la exigencia del artículo 985 referido a los requisitos de las cláusulas predispuestas en los contratos celebrados por adhesión, en cuanto deben ser comprensibles y auto-suficientes.

Art. 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.

I) Resumen

Se incorpora de modo explícito un deber colateral de colaboración consistente en una información regular sobre el curso de la relación jurídica ya consolidada.

II) Concordancias

Contratos en general, buena fe (art. 961); contratos de larga duración (art. 1011).

III) Interpretación de la norma

Para completar el proceso de transparencia estructurado en el Código de modo general para los contratos bancarios, desde la difusión hasta su extinción, se postula un deber dinámico de información sobre

el desenvolvimiento de las operaciones de plazo indeterminado o de un plazo mayor a un año; se trata de proveer al cliente bancario de información relativa a la evolución de las operaciones activas y pasivas, por caso depósitos y préstamos, relativa a desembolsos, amortizaciones y saldos de deuda para las primeras y de las imposiciones, devengamiento de interés y saldos para las segundas, discriminando por caso costos y gastos anuales.

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

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

Art. 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.

I) Resumen

En los contratos bancarios por tiempo indeterminado, el cliente puede rescindirlo unilateralmente.

II) Concordancias

Extinción por declaración de una de las partes (art. 1077); disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes (art. 1078); contratos conexos (arts. 1073, 1074 y 1075).

III) Interpretación de la norma

Aun reconociendo la excepcionalidad de los contratos por tiempo

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

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

PARÁGRAFO 2º

CONTRATOS BANCARIOS CON CONSUMIDORES Y USUARIOS¹³⁷

Art. 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.

¹³⁷ LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos*, Rubínzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 426 y *Consumidores*, Rubínzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 437 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Responsabilidad de los bancos por errónea información. ¿Puede un inversor ser un consumidor?*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubínzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, N° 3, p. 81; HERNÁNDEZ, Carlos A., *Protección de usuarios de servicios financieros. Aportes para considerar del Tribunal de Justicia Europeo*, en L. L. 2013-D-94, y *La responsabilidad de las entidades financieras por omisión de control de la actividad de sus dependientes frente al consumidor inversor (Defectos en el servicio prestado al usuario)*, en E. D. del 26-5-2014, ps. 1 y ss.; PAOLANTONIO, Martín E., *¿El consumidor financiero es consumidor?*, en L. L. 2010-B-1025; STIGLITZ, Rubén S., *Defensa del consumidor. Los servicios bancarios y financieros*, en L. L. 1998-C-1035.

I) Resumen

A los contratos bancarios celebrados con consumidores y usuarios les son aplicables las disposiciones relativas a los contratos de consumo.

II) Concordancias

Contratos en general, definición (art. 957); libertad de contratación (art. 958); efecto vinculante (art. 959); buena fe (art. 961); carácter de las normas legales (art. 962); prelación normativa (art. 963); contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, definición (art. 984); relación de consumo (art. 1092); contrato de consumo (art. 1093).

III) Interpretación de la norma

Para apreciar con rigor la previsión es pertinente vincular la caracterización del Parágrafo 2º con el indicado artículo 1384, en tanto se aplican a los contratos bancarios con consumidores y usuarios las disposiciones relativas a los contratos de consumo. En otros términos, no se aplica a los contratos discrecionales, ni a los concluidos por adhesión, si no vinculan a los bancos con consumidores y usuarios.

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

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

En este Código una declaración del tipo puede alcanzarse siguiendo la previsión del comentado artículo 1379 que exige "indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera

de consumo o a la cartera comercial" en la publicidad, en la propuesta negocial y en la documentación contractual.

Art. 1385 Publicidad. Los anuncios del banco deben contener en forma clara, concisa y con un ejemplo representativo, información sobre las operaciones que se proponen. En particular deben especificar:

- a) los montos mínimos y máximos de las operaciones individualmente consideradas;
- b) la tasa de interés y si es fija o variable;
- c) las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación;
- d) el costo financiero total en las operaciones de crédito;
- e) la existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos relativos a tales servicios;
- f) la duración propuesta del contrato.

I) Resumen

La publicidad de las operaciones bancarias debe ser clara, concisa y con un ejemplo representativo. De modo específico deben consignarse los datos que permitan apreciar las condiciones económicas de créditos e inversiones, la duración del contrato y la subordinación a otros.

II) Concordancias

Información y publicidad dirigida a los consumidores, publicidad (art. 1101); acciones (art. 1102); efectos de la publicidad (art. 1103).

III) Interpretación de la norma

De las disposiciones relativas a la publicidad como medio para difundir la adquisición de productos o servicios bancarios, orientando a los consumidores y usuarios, como destinatarios finales para su uso privado, familiar y social, la alcanzada por este artículo 1385 es la

referida a los anuncios de las "operaciones que se proponen". Es en tales supuestos donde se exige informar en forma clara y concisa y con un ejemplo representativo.

El ejemplo representativo, por caso, aquel que debe indicar cuánto deba pagar de cuota el tomador de un crédito por cada cierta cantidad de dinero, constituye un elemento de información fácilmente accesible para el gran público y el no profesional.

Los montos máximos y mínimos de las operaciones consideradas individualmente facilitan una proyección sobre las posibilidades potenciales del interesado (inc. a), sin que quepa disociarlas de su capacidad de repago; otro tanto sucede con la información sobre la duración del contrato (inc. f), permitiéndole al cliente apreciar otras variables de su desarrollo personal o laboral y ponderar el impacto en su economía doméstica.

La información sobre la exigencia de contraer compromisos adicionales por la accesoriadad funcional prevista para acceder a la operación (inc. e) que se propone da certeza sobre el real alcance del compromiso patrimonial que debe asumir el cliente.

Finalmente, la información relativa a la tasa de interés y si es fija o variable (inc. b); las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación (inc. c), y el costo financiero total en las operaciones de crédito (inc. d) contribuyen a la representación consciente del consumidor de la ventaja o esfuerzo patrimonial que implica acceder a la operación que se propone.

La información requerida integra el período precontractual como un deber de colaboración; su incumplimiento habilita las acciones inhibitorias y resarcitorias.

Art. 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.

I) Resumen

El contrato bancario con consumidores y usuarios debe instrumentarse por escrito.

II) Concordancias

Libertad de formas (art. 284); forma impuesta (art. 285); expresión escrita (art. 286); contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, definición (art. 984); requisitos (art. 985); libertad de formas (art. 1015); otorgamiento pendiente del instrumento (art. 1018); utilización de medios electrónicos (art. 1106); información sobre los medios electrónicos (art. 1107); ofertas por medios electrónicos (art. 1108).

III) Interpretación de la norma

Tal como prescribe el artículo 1380 para los contratos bancarios en general, los celebrados con consumidores también deben instrumentarse por escrito, conforme a los medios regulados por este mismo Código, limitando en consecuencia el principio de la libertad de formas (arts. 284 y 1015); no obstante, la ausencia de la formalidad exigida no acarrea la nulidad del contrato, sí en cambio subsiste la obligación de otorgarlo en la forma indicada (arts. 285 y 1018).

La exigencia de la instrumentación por escrito impide que sean probados por testigos (art. 1019); si se utilizan medios electrónicos pueden probarse si se utilizó un método que asegure razonablemente la autonomía e inalterabilidad del instrumento. La formalidad exigida no es otra que la expresión escrita, por tanto puede tener lugar por instrumentos públicos o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos; puede además ser volcada la expresión escrita en instrumentos privados no firmados, tales como los generados por medios electrónicos.

Agrega el artículo 1386 para mayor resguardo protectorio de los consumidores y usuarios que el instrumento contractual debe permitir que el cliente obtenga una copia, conservar la información que le sea entregada por el banco, acceder a la información por un período de tiempo adecuado a la naturaleza del contrato y reproducir la información archivada (naturalmente la relativa a las condiciones contractuales), exigencias todas compatibles con la utilización de medios electrónicos (arts. 286, 287 y 288).

La previsión despliega en consecuencia una causística más explícita respecto de los temas que deben garantizarse al consumidor si se utilizan medios electrónicos, tal como prescribe el artículo 1106, con los alcances del artículo 1107, esto es, si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quien asume esos riesgos.

Art. 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.

D) Resumen

El artículo prescribe la obligación para el banco de proveer información sobre otras ofertas de crédito existentes en el mercado y sobre la información negativa que obstaculiza el acceso del consumidor al crédito.

II) Concordancias

Facultades de los jueces (art. 960); tratativas contractuales, deber de buena fe (art. 991); información (art. 1100).

III) Interpretación de la norma

La disposición resulta una expresión concreta del principio de la buena fe exigible para la celebración de los contratos (art. 960), explicitado en los celebrados por adhesión a cláusulas generales pre-dispuestas a las tratativas preliminares (art. 991), e integrativa de la obligación del proveedor a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y todas las circunstancias relativas al contrato (art. 1140).

La obligación de proveer información suficiente para confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema no debe conducir a la "comparación de bienes o servicios de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor" (conf. art. 1101, inc. b), de modo que la remisión a la información provista por el BCRA puede satisfacer la exigencia de este artículo 1387, satisfaciendo al propio tiempo condiciones de objetividad suficiente.

La previsión que inicialmente supone una carga operativa adicional para las entidades bancarias posibilita la adquisición consciente y deliberada por parte del cliente.

Integrando el deber de información, el artículo 1387 admite que la denegación del crédito fundada en la información negativa del consumidor, reflejada en una base de datos, es lícita y adecuada a las buenas prácticas de la entidad bancaria en la administración de los recursos financieros que obtiene del público; nada obsta en consecuencia a su utilización, sin embargo no hay razón para que el consumidor acceda a la información negativa para facilitarle en su caso su regularización y consecuentemente el acceso al mercado del crédito, contribuyendo también a las mejores prácticas en la etapa precontractual.

Art. 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.

I) Resumen

El consumidor bancario no debe ninguna suma que no esté expresamente convenida en el contrato, como así tampoco por servicios no prestados o cuando no estuviesen incorporados en el costo financiero total.

II) Concordancias

Contratos en general, buena fe (art. 961); contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, requisitos (art. 985); cláusulas abusivas (art. 988); objeto, disposiciones generales (art. 1003); información y publicidad dirigida a los consumidores, información (art. 1100); cláusulas abusivas, límites (art. 1121); contratos bancarios, transparencia de las condiciones contractuales, contenido (art. 1381).

III) Interpretación de la norma

Tal como sucede con el artículo precedente, la previsión del artículo 1388 es una expresión concreta del principio de la buena fe en la contratación y en particular en la ejecución del contrato (art. 961), y de los requisitos de comprensibilidad y autosuficiencia de las cláusulas generales predispuestas (art. 981), procurando evitar condiciones que no sean razonablemente previsibles (art. 988, inc. c).

Satisface además la determinación del objeto contractual (art. 1009) y de las exigencias específicas de información en los contratos de

consumo (art. 1100). La exigencia concreta es que las sumas debidas por la prestación del banco al consumidor estén explicitadas en el contrato, que además respondan a comisiones o costos por servicios prestados realmente, y que finalmente estén incluidas en la determinación del costo financiero total: de tal forma se integra la disposición a la previsión del artículo 1381 relativo a la exigencia de especificación de la tasa de interés; sucede en cambio que el déficit informativo en este caso acarrea la imposibilidad de exigir su pago, sin que se verifique el supuesto de aplicación alternativa allí prevista, como sucede con la indeterminación del interés.

Se trata en síntesis de una forma adecuada para esclarecer al consumidor de modo suficiente, otorgando de tal forma coherencia a la imposibilidad de declarar la abusividad de las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o servicio procurado (conf. art. 1121, inc. a), para lo cual es menester contar con una base sólida de determinación y valuación del costo de la prestación.

Art. 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.

I) Resumen

En los contratos de crédito la información relativa a la caracterización del contrato, las partes, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso son esenciales.

II) Concordancias

Contratos en general, buena fe (art. 961); contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, requisitos (art. 985); objeto, disposiciones generales (art. 1003); contratos nominados e innominados (art. 970); información y publicidad dirigida a los consumidores, información (art. 1100); contratos bancarios con consumido-

res y usuarios, contenido (art. 1388); ineficacia de los actos jurídicos, categorías de ineficacia (art. 382); nulidad relativa, consecuencias (art. 388); principio, integración (art. 389).

III) Interpretación de la norma

De modo particular el Código contempla aquí la necesidad de informar con precisión la tipificación del contrato, las partes, el importe total de financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso, bajo pena de nulidad, que en la especie se trata de una nulidad relativa (art. 388) y por regla parcial (art. 389). Se trata de condiciones esenciales para el conocimiento del consumidor, en tanto le permite conocer las reglas aplicables del contrato, según sea nominado o innominado (art. 970), y la determinación del objeto contractual (art. 1003). También exige identificar claramente los legitimados activos y pasivos de las obligaciones asociadas a la prestación, el nivel de endeudamiento que asume el cliente y su costo. Finalmente los requisitos o exigencias para acceder a la prestación efectiva, concretamente al desembolso y al reembolso, como así mismo la identificación precisa de las partes del contrato, significan una utilidad práctica relevante, en un sector económico donde las transmisiones de activos entre entidades es frecuente, como también lo son las precalificaciones crediticias, advertidos de que como regla general el pago anterior al vencimiento del plazo, esto es ejerciendo el derecho al reembolso anticipado, no da derecho a exigir descuentos (art. 872).

SECCIÓN 2ª

CONTRATOS EN PARTICULAR

PARÁGRAFO 1º

DEPÓSITO BANCARIO

Art. 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.

I) Resumen

En el depósito en dinero el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien debe restituirlo en la moneda de la misma especie.

II) Concordancias

Contratos en general, definición (art. 957); libertad de contratación (art. 958); obligaciones de dar dinero, concepto (art. 765); obligación del deudor (art. 766); depósito irregular, efectos (art. 1367); depósito, presunción de onerosidad (art. 1357); mutuo, concepto (art. 1525); plazo y lugar de restitución (art. 1528).

III) Interpretación de la norma

La principal fuente de recursos monetarios para los bancos son los provenientes de los depósitos en dinero, cualquiera sea la condición establecida para su restitución; de allí el valor de una enunciación genérica que le otorga al contrato autonomía contractual y enuncia al propio tiempo el efecto propio de su constitución, "transferir la propiedad al banco depositario", y de su causa, "restituirlo en la misma especie", en la condición acordada.

La formulación da certeza, en tanto lo distingue de otros contratos nominados: el depósito irregular (art. 1367) y el mutuo (art. 1525), dado que aun guardando notables similitudes con éstos, el género reconoce también marcadas diferencias.

En el depósito irregular, cuando una parte entrega una cantidad de cosas fungibles, aunque el depositante no haya autorizado su uso o lo haya prohibido, se transmite el dominio de las cosas, así el depositario deberá devolver la misma calidad y cantidad (art. 1367); hasta allí la similitud con el depósito bancario de dinero. Sin embargo, en el depósito irregular que se presume oneroso, el depositante debe la remuneración, y si se pacta la gratuidad debe reembolsar al depositario los gastos razonables en que incurra el depositario para la custodia y restitución (art. 1357).

Por el contrario, en el depósito bancario la regla es que la remu-

neración la debe el depositario. De hecho agrega ahora el Código en el artículo 1367: "Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, y el depositario tiene la facultad de servirse de ellas, se aplican las reglas del mutuo".

Sin embargo en el depósito bancario la identidad con el mutuo se relativiza según la modalidad que se adopte, a la vista y no remunerados, y los mismos a plazo y/o remunerados. Las diferencias existen: en el primero el plazo está fijado a favor del depositante (mutuante), mientras que en el mutuo el plazo está fijado a favor del mutuario (depositario); por su parte, en los depósitos a plazo y/o remunerados, el plazo también está fijado a favor del depositante, ya que como se verá al comentar el artículo 1392, puede exigir la inmediata devolución resignando la remuneración, en cambio en el mutuo si se ha fijado plazo lo está a favor del mutuario (depositario), quien puede oponerse a la restitución hasta el vencimiento.

La fórmula del artículo 1390 concluye que la restitución debe hacerse a simple requerimiento del depositante o al vencimiento del plazo o del preaviso convencionalmente previsto, esto es, según el depósito sea a la vista o a plazo, reconduciéndonos a los artículos 1391 y 1392 respectivamente.

Art. 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.

I) Resumen

El depósito a la vista requiere un documento que refleje los movimientos y cuenta del cliente; si en ellos el banco registra una constancia que no corresponde, puede dejarla sin efecto. Si la cuenta per-

tenece a varias personas, cualquiera de ellas puede disponer del depósito salvo pacto en contrario.

II) Concordancias

Depósito, definición (art. 1356); presunción de onerosidad (art. 1357); plazo (art. 1359); depósito irregular, efectos (art. 1367); depósito bancario, depósito en dinero (art. 1390).

III) Interpretación de la norma

El depósito a la vista es aquel al que no se le ha fijado un plazo ni un preaviso para su restitución, y puede exigirse de inmediato. Son expresiones típicas en el sistema bancario las cajas de ahorro y sus variantes, por ejemplo, cuentas especiales para pago de remuneraciones, y las cuentas corrientes; estas últimas pueden o no ser remuneradas.

Si el depósito es gratuito (no remunerado) los gastos que debe el depositante no obedecen a la custodia o restitución, como se prescribe para el depósito gratuito, sino por la gestión.

Por regla estos depósitos en cualquiera de sus variantes se identifican con cuentas que reciben múltiples imposiciones y extracciones, aun incluso con débitos para atender compromisos del depositante y ordenados por ellos; de allí la previsión del artículo 1391 que establece la obligatoriedad de expresar los movimientos y saldos en documentos materiales o electrónicos, reflejados fielmente, y adicionalmente queda autorizada la entidad bancaria a dejar sin efecto las constancias realizadas por ella misma que no correspondan a esa cuenta.

Por supuesto que la obligación nuclear se corresponde con la del depósito bancario (art. 1390), esto es, la devolución del dinero recibido en el mismo tipo de moneda de la imposición.

La entrega del depósito realizado por dos o más personas puede ser cumplida con cualquiera de ellas, aun en caso de muerte de alguna de ellas, excepto que se haya convenido lo contrario, receptando de esta forma la modalidad más difundida en el sistema bancario de "las cuentas a la orden recíproca".

Art. 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.

I) Resumen

El depósito a plazo es exigible al término predeterminado o cumplido el preaviso convencionalmente previsto.

II) Concordancias

Depósito, definición (art. 1356); depósito oneroso (art. 1360); depósito irregular, efectos (art. 1367); depósito en dinero (art. 1390); mutuo, plazo y lugar de restitución (art. 1528).

III) Interpretación de la norma

El depósito a plazo, también denominado a término, está asociado a una finalidad lucrativa, de allí que el depositante tiene derecho a su remuneración; subsiste sin embargo la disponibilidad inmediata resignando el pago de los intereses, si solicita su restitución antes del plazo convenido o sin dar el preaviso previsto.

En consecuencia, lo que las partes incorporan de modo explícito al contrato de depósito irregular es el plazo para la restitución o, si se quiere, "el preaviso convenido anticipadamente"¹³⁸. En otros términos, en los depósitos a plazo fijo el reembolso queda diferido hasta el vencimiento del plazo pactado¹³⁹, o hasta el requerimiento explícito del depositante, quien resigna en ese supuesto la retribución.

¹³⁸ BONFANTI, Mario, *Contratos bancarios. Responsabilidad de la entidad financiera. Secreto bancario. Descuento bancario. Leasing. Factoring. Underwriting*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 143.

¹³⁹ MARSILI, María C., *Aspectos jurídicos del depósito bancario*, en L. L. 1979-B-863.

En todo caso, la circunstancia de incorporar un plazo determinado para hacer efectiva la exigibilidad de la restitución pone en primer plano la persecución de un lucro por el arrendamiento del dinero, por sobre el interés de satisfacer simplemente un deseo de seguridad¹⁴⁰.

Este interés prevaleciente de obtención de un rendimiento ha llevado a caracterizar a esta operación como aquella típica o clásica de "inversión"¹⁴¹.

Siguiendo los lineamientos de la ley 20.663, el artículo 1392 establece que el banco debe extender un certificado transferible por endoso, excepto que se haya pactado lo contrario, en cuyo caso la transmisión sólo puede realizarse a través del contrato de cesión de derechos.

Se ha modificado el criterio tradicional según el cual el depósito intransferible constituye la forma generalizada, en la que sólo el o los titulares pueden retirar los fondos al vencimiento. Facilitando de tal forma la negociabilidad de la inversión en cuanto a los documentos que se utilicen para la extracción, deben reunir las características propias de un recibo, que puede estar inserto en el mismo formulario.

PARÁGRAFO 2º

CUENTA CORRIENTE BANCARIA

Art. 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.

I) Resumen

En la cuenta corriente bancaria el banco se compromete a mantener un saldo actualizado (créditos y débitos) y en disponibilidad, y en su caso a prestar un servicio de caja.

¹⁴⁰ SUPERVIELLE SAAVEDRA, Bernardo, *El depósito bancario*, Bianchi Altuna, Montevideo, 1960, p. 51.

¹⁴¹ VILLEGAS, Carlos, *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*, Depalma, Buenos Aires, 1985, t. I, p. 482.

II) Concordancias

Depósito en dinero (art. 1390). Ley 24.452.

III) Interpretación de la norma

Éste es el principal y más frecuente de los contratos bancarios, consecuencia de una operación de importancia relevante, dado que casi todo el movimiento de un cliente en un banco queda reflejado en aquella cuenta. Allí se canalizan todos o la mayor parte de los negocios del banco con el titular: depósitos del cliente o de terceros originados en su actividad, retiro de fondos para atender sus necesidades diarias, créditos otorgados por el banco, pagos para amortizarlos o en compensación por otros servicios, etcétera.

La realidad de la praxis bancaria demuestra que la cuenta corriente opera con efectos múltiples, y en ella el banco no solamente acredita los depósitos del cliente, sino también los préstamos que le otorga, la compra de valores y las cobranzas que realiza a su nombre, debitándole las extracciones y toda otra obligación que aquél posea respecto de la entidad, ya sea por capital, ajustes, intereses, comisiones, débitos por tarjeta de crédito o gastos.

De tal modo, la cuenta corriente, aunque reconocida especie del depósito bancario, es aquella en la que se registran deudas y créditos recíprocos entre el banco y el titular, que se compensan dando lugar a un saldo exigible por una u otra parte, según su signo.

En la cuenta corriente bancaria el banco —que abrió la cuenta— podrá acreditar los fondos cobrados en representación de su cliente, y debitar los cargos contra el cuentacorrentista resultantes de otros negocios que pueda tener con el banco.

Así, en el contrato de cuenta corriente bancaria se combinan relaciones jurídicas que surgen de relaciones plurales, con especial referencia a las que el banco, con los límites estipulados, realiza por cuenta y orden del cliente.

Tales límites se encuentran sujetos a la convención, reglamentaciones, usos y prácticas.

Del artículo 1393 se destaca la circunstancia de que el “servicio

de caja” que deben prestar los bancos ya no podrá ser identificado indefectiblemente con el contrato de cheque. De tal forma que no existirá desnaturalización de la cuenta corriente bancaria aun sin la incorporación de aquel servicio.

Art. 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.

I) Resumen

Se admite la prestación de diversos servicios relacionados con la cuenta, autorizados convencionalmente o por las reglamentaciones o los usos.

II) Concordancias

Libertad de contratación (art. 958); cuenta corriente bancaria, definición (art. 1393).

III) Interpretación de la norma

Con el artículo 1394 se consolidan las prácticas bancarias que habilitan la concentración de movimientos de fondos del cliente en el banco a través de la cuenta corriente mediante la acreditación del resultado de diversas operaciones realizadas: depósitos, préstamos, cobro de valores, cajeros automáticos, utilización de tarjetas de crédito, entre los más frecuentes.

Art. 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.

I) Resumen

Se contemplan como acreditaciones los depósitos, remesas de dinero, créditos otorgados por el banco, y como débitos los retiros que realice el cuentacorrentista, los pagos o remesas que realice el banco por instrucciones de aquél y otros con la posibilidad de realizarse en descubierto, esto es, atendidos transitoriamente con recursos del banco sin provisión previa del cuentacorrentista.

II) Concordancias

Depósito en dinero (art. 1390); cuenta corriente bancaria, definición (art. 1393); préstamo bancario (art. 1408); apertura de crédito, definición (art. 1410).

III) Interpretación de la norma

Los saldos podrán surgir por los depósitos y remesas de dinero efectuados por el cuentacorrentista, o a instancias de éste, y los créditos otorgados por el banco para que el cuentacorrentista disponga de ellos por este medio, detallando los créditos y débitos.

Según el artículo 791 del código de comercio derogado, existían dos maneras de abastecer la cuenta corriente bancaria: por "adelantos de dinero" efectuados por la entidad ("a descubierto"), o con fondos depositados por el cliente. Con la previsión del inciso a, del artículo 1395 se reconoce la expansión de otras fuentes para nutrir de recursos monetarios a la cuenta.

Art. 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 es-

tablezca 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.

I) Resumen

La modalidad para efectuar los créditos y débitos y de llevar las cuentas pueden ser por medios mecánicos, electrónicos, de computación u otros en las condiciones que establezca la reglamentación.

II) Concordancias

Expresión escrita (art. 286); modo de llevar la contabilidad (art. 321).

III) Interpretación de la norma

Se establece un modo amplio en cuanto a la forma de registración de los movimientos acorde con los avances informáticos y tecnológicos existentes.

Art. 1397 Servicio de cheques. Si el contrato incluye el servicio de cheques, el banco debe entregar al cuentacorrentista, a su solicitud, los formularios correspondientes.

I) Resumen

El banco, si el servicio de cheques se encuentra incluido en el contrato, debe entregar los formularios correspondientes al cuentacorrentista.

II) Concordancias

Ley 24.452.

III) Interpretación de la norma

La redacción traduce en forma precisa el hecho de que el deno-

minado "servicio de cheques" puede ser excluido del contrato sin que por ello se altere su naturaleza.

Asimismo permite considerar que una cuenta corriente bancaria sin servicio de cheque es válida y posible.

Art. 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.

I) Resumen

El saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses, que se capitalizan mensualmente, excepto lo dispuesto en la reglamentación, en la convención o de los usos.

El saldo acreedor de la cuenta corriente puede generar intereses capitalizables en los períodos según lo convenido por las partes y a la tasa que libremente pacten.

II) Concordancias

Obligaciones de dar dinero, concepto (art. 765); obligaciones del deudor (art. 766); intereses compensatorios (art. 767); intereses moratorios (art. 768).

III) Interpretación de la norma

El régimen del artículo 795 del código de comercio derogado establecía que en la cuenta corriente bancaria los intereses se capitalizarán por trimestre, salvo estipulación expresa en contrario.

Por su parte, los artículos 1941 del Proyecto de Unificación de 1987 como del Proyecto de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados, y el artículo 1443 de la Comisión del decreto-ley 468/92 disponían la capitalización mensual de los intereses salvo que lo contrario resulte de la convención, las reglamentaciones o los usos.

En el artículo en tratamiento se hace referencia entonces a los intereses del saldo deudor y a los intereses del saldo acreedor, indicando que el saldo deudor puede capitalizarse trimestralmente, salvo que lo contrario resulte de la convención, la reglamentación o de los usos.

Ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1433 al tratar los intereses, comisiones y gastos en la cuenta corriente, en el que las partes pueden convenir la capitalización de intereses en plazos inferiores al de un período.

Art. 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.

I) Resumen

Se establece la responsabilidad solidaria de los titulares —frente al banco por los saldos que arrojen— en las cuentas a nombre de dos o más personas.

II) Concordancias

Obligaciones solidarias, disposiciones generales, concepto (art. 827); fuentes (art. 828); solidaridad pasiva, derecho a cobrar (art. 833).

III) Interpretación de la norma

La titularidad del crédito disponible en la cuenta pertenece a todas las personas a cuyo nombre se abrió.

Así, respecto a las cuentas corrientes bancarias a la orden recíproca o indistinta, se ha declarado, como principio general, que los cotitulares son acreedores o deudores solidarios del banco.

Por lo que la obligación de restitución que tiene el banco puede ser exigida, en su totalidad, a cualquiera de los titulares de la cuenta, porque se trata de una obligación disyuntiva, que al tener origen contractual está sujeta al régimen legal de la solidaridad.

Entonces no corresponde dividir los depósitos en cuenta y las consiguientes responsabilidades entre sus titulares. De tal forma que en el supuesto que resulte de la cuenta corriente bancaria un saldo deudor, en los términos definidos en el artículo que se comenta la responsabilidad contractual de los titulares es solidaria.

Art. 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.

I) Resumen

Existe presunción de la propiedad de los fondos —en partes iguales a los titulares— en la cuenta abierta, conjunta o indistintamente, a nombre de más de una persona.

II) Concordancias

Condominio (art. 1983); destino de la cosa (art. 1985).

III) Interpretación de la norma

Los fondos depositados deben considerarse como correspondientes en propiedad por partes iguales a cada uno de los titulares, salvo presunción en contrario.

Se trata de un supuesto diverso al del artículo precedente, la responsabilidad solidaria de los clientes frente al banco, fundada en la diversidad de los recursos que integran la cuenta, los que en buena medida si no son provistos por el cliente, lo son por el banco y benefician a todos los titulares, y por eso también todos ellos deben responder. En el artículo 1400 en cambio se establece, salvo prueba en contrario, la división de la propiedad entre los cuentacorrentistas, por tanto oponible en las relaciones entre los titulares entre sí.

Art. 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.

I) Resumen

Se aplican las reglas del mandato a los encargos encomendados por el cuentacorrentista al banco.

El banco puede encomendar la gestión a otro banco o a su corresponsal si la operación debe realizarse en una plaza en la que no existe casa del banco.

Si la entidad es elegida por el cuentacorrentista, el banco se exime del daño causado.

II) Concordancias

Mandato, definición (art. 1319); pactos de convivencia, modificación, rescisión y extinción (art. 516).

III) Interpretación de la norma

Aceptando que la cuenta corriente es una especie del depósito bancario, según la formulación de los artículos 1397 y 1394, pero con prestaciones complementarias, el banco debe prestar otros servicios relacionados con la cuenta, algunos de los cuales se realizan por orden del cuentacorrentista: los clásicos derivados del servicio de caja, verbi-gracia el pago de cheques (art. 1397), los pagos y remesas (art. 1395, inc. b), incluidos los que corresponden a convenios de débitos automáticos; también los de cobro.

Si para la gestión debida el cuentacorrentista le indica al banco que efectúe la gestión en otra plaza donde éste no tiene agencia, sucursal o corresponsalía, exime a su banco de la responsabilidad por el daño que la entidad indicada le cause.

Art. 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.

I) Resumen

Se asientan en la cuenta, una vez hechos efectivos, los créditos o títulos valores recibidos al cobro por el banco. Si el banco lo asienta antes en la cuenta, puede excluir de la cuenta su valor mientras no haya percibido efectivamente el cobro.

II) Concordancias

Modalidad de los actos jurídicos (arts. 343 y ss.).

III) Interpretación de la norma

La recepción de valores al cobro supone que se reciben en consignación salvo buen fin, también denominada "salvo ingreso en caja", lo cual significa que aunque contablemente se registre su ingreso, la misma se considera provisoria hasta tanto los referidos valores se hagan efectivos, sea que el banco haya recibido los valores y los haya asentado o no en la cuenta del titular. Más aún, si el banco los contabiliza, puede luego excluirlos del registro mientras no los haya percibido.

De forma tal que la recepción de valor al cobro puede operar sujeta a una condición suspensiva, sin registración o a una condición resolutoria, de donde aun habiendo sido contabilizado, en caso de no hacerse efectiva puede excluirse de la cuenta.

Art. 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.

I) Resumen

Dentro de los ocho días de finalizado cada mes, el banco debe remitir al cuentacorrentista un extracto de los movimientos de cuenta y los saldos que resultan de cada crédito y débito.

Dentro de los diez días de su recepción, el resumen se presume aceptado si el cuentacorrentista no lo observa o alega no haberlo recibido, pero deja transcurrir treinta días desde el vencimiento del plazo en que el banco debe enviarlo, sin reclamarlo.

Lo expuesto en tanto las reglamentaciones no establezcan plazos distintos, debiendo cursarse las comunicaciones en la forma que disponga también la reglamentación (utilización de medios mecánicos, electrónicos, de computación u otros).

II) Concordancias

Rendición de cuentas, aprobación (art. 862); caducidad de los derechos, efectos (art. 2566); plazo de prescripción de dos años (art. 2562).

III) Interpretación de la norma

Con esta normativa, en forma precisa se impone a la entidad el envío al cuentacorrentista —dentro de los ocho días de finalizado cada mes— de un extracto de la cuenta en el cual deben indicarse los movimientos de la misma y saldos (de cada crédito y débito).

Tanto el Proyecto de Unificación de 1987 como el de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados regulaban en sentido

similar estos aspectos, excepto en relación a los plazos (se estableció a los diez primeros días de cada trimestre calendario).

El Proyecto de Reformas de la Comisión designada por decreto 468/92 trató la cuestión con diferencias también en cuanto a los plazos (dentro de los primeros cinco días de cada mes calendario).

El código de comercio derogado lo redujo a ocho días, manteniendo el plazo trimestral (art. 793 del ordenamiento citado).

Resulta pertinente considerar que la reducción del plazo se encuentra vinculada a los medios informáticos y tecnológicos que en la actualidad se disponen.

En cuanto a la aceptación, conforme el artículo 1403 se presume en dos supuestos: a) ante la falta de observación por parte del cliente dentro de los diez días de su recepción, o b) si alegara no haberlo recibido, pero hubiera dejado transcurrir treinta días desde el vencimiento del plazo en que el banco debió enviarlo sin haberlo reclamado.

Es decir, periódicamente el banco debe remitir al cliente el extracto de cuenta para su información y conformidad que establece una presunción *iuris tantum* de conformidad por parte del cliente con el movimiento registrado, si dentro del término legal no reclama por las operaciones registradas o por no haber recibido el extracto.

Se establece la facultad de reclamar dentro de los diez días de recibido el extracto, presumiéndose que si en ese plazo el cliente no contesta, se tendrán por reconocidas las cuentas en la forma presentada, debiéndose tener presente que el banco está obligado a tener sus cuentas al día.

También se presume conformidad con el movimiento registrado en la cuenta corriente bancaria, si dentro de los treinta días de vencido el respectivo período no se formula reclamo o no se reclama la entrega del extracto por no haberlo recibido.

En este caso los plazos se mantienen como en el Proyecto de Unificación de 1987 y como en el de Reformas de la Comisión del decreto 468/92. No obstante lo cual, cabe mencionar que en este último proyecto la norma contemplaba que la aprobación del resumen no obsta a la acción de impugnación dentro de un plazo de caducidad.

Ahora, la actuación del cuentacorrentista cobra eficacia (sea que observe o no el resumen); así, si se acepta el resumen, igual puede

el cuentacorrentista observarlo por errores de cálculo y registración (acción de rectificación) dentro del plazo de caducidad de un año de recibido (conf. art. 862), pero si lo aceptó ya no puede plantear la observación sobre cuestiones sustanciales acerca de la procedencia o no de partidas incluidas (acción de revisión) (conf. art. 2566); en cambio, si lo observó sí puede plantear la acción de revisión dentro del plazo de dos años (conf. art. 2562, inc. a), computados desde que se conoció o pudo conocer el vicio del acto.

Art. 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.

I) Resumen

La cuenta corriente podrá ser cerrada por decisión de la entidad o del cuentacorrentista, previo aviso con diez días de antelación.

También por otras causales referidas al cuentacorrentista y a la entidad.

II) Concordancias

Rescisión (art. 1383).

III) Interpretación de la norma

Se otorga a las partes la facultad de cerrar la cuenta.

El precepto mencionado debe interpretarse en el sentido de que las partes pueden, de común acuerdo, ampliar o restringir el término de diez días, así como fijar una fecha determinada o establecer en qué circunstancias ocurrirá la terminación del contrato.

Cabe tener presente que la fuente directa de esta facultad otorgada en el primer párrafo, en tanto voluntad unilateral de alguna de las partes, surgía ya del artículo 792 del código de comercio derogado.

Por otra parte, además de los preceptos reglamentarios vigentes para poner fin al contrato de cuenta corriente, se exponen otras causales (indicadas en los incs. b, y c), introduciendo algunas que implicarían la pérdida de la libre administración de los bienes del titular de la cuenta corriente (su quiebra, muerte o incapacidad) y otras relacionadas con la entidad, que también restringen o limitan su accionar (revocación de la autorización para funcionar, quiebra, liquidación).

En el supuesto del inciso a, se introducen en la cuenta corriente bancaria los enunciados del artículo 782, inciso 3° (cuenta corriente mercantil) del código de comercio derogado.

Art. 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.

I) Resumen

Se contempla la compensación de saldos en el caso de cierre —por el banco— de más de una cuenta del titular y hasta su concurrencia.

II) Concordancias

Compensación, definición (art. 921); especies (art. 922); pluralidad de deudas del mismo deudor (art. 926).

III) Interpretación de la norma

En este caso el banco queda autorizado a compensar los saldos acreedores y deudores de las diversas cuentas que tiene el cliente en la entidad bancaria.

Art. 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.

I) Resumen

Si el banco está autorizado a operar en la República puede emitir un título con eficacia ejecutiva, producido el cierre de una cuenta, e informado el cuentacorrentista.

El documento debe ser firmado por dos personas, apoderadas del banco mediante escritura pública.

El mismo debe señalar: el día de cierre de la cuenta; el saldo a dicha fecha; el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista.

En caso de que la emisión o utilización del referido título fuere indebida, el banco resulta responsable por el perjuicio causado.

II) Concordancias

Obligaciones en general, definición (art. 724); cierre de cuenta (art. 1404).

III) Interpretación de la norma

El contrato de cuenta corriente se puede extinguir por diversas causas, como se indicó precedentemente; una vez producida alguna de ellas, corresponde proceder al cierre de la cuenta y determinar el saldo definitivo.

En caso en que el saldo resulta a favor del cliente, deberá ser puesto a su disposición mediante la notificación correspondiente.

Si, por el contrario, el saldo es en favor del banco, deberá ser pagado por el cuentacorrentista; caso contrario, se procederá a confeccionar el certificado al que se le otorga la eficacia de un título ejecutivo.

Se crea así un título con eficacia ejecutiva, autónomo, que se basta a sí mismo y que debe ser emitido en ocasión de la clausura de la cuenta corriente, que es cuando debe determinarse el saldo.

Se hace notar asimismo que desde el punto de vista técnico del título en cuestión, éste ya no debe ser "otorgado" por el "gerente y el contador del banco", que es lo que ocurría por lo dispuesto en el artículo 793 del código de comercio derogado, sino que deberá ser "suscripto por dos personas apoderadas para ello por el banco".

Con la previsión del artículo 1406 es innecesario que los firmantes del título integren, por ejemplo, el directorio de la entidad emisora, o que sean gerentes, siendo suficiente con que cuenten con un mandato que los habilite para el cumplimiento de la función encomendada.

Desde el punto de vista formal, el documento por el cual se conforma el título en cuestión deberá indicar el día de cierre de la cuenta, el saldo a dicha fecha y el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al "cuentacorrentista".

Con esta disposición la cuenta corriente bancaria puede ser legítimamente utilizada para ejecutar a través de su saldo deudor –incorporándolos– los saldos de ese signo que resulten de otras relaciones que el banco se encuentre autorizado a debitar por haberlo convenido así con el cliente, siempre que no se contraríen otras disposiciones legales o reglamentarias.

Por otra parte se establece un régimen de responsabilidad para los bancos en caso de emisión o utilización indebida del título. O sea que el empleo del título habrá de resultar conforme con los fines previstos por el legislador al crear dicho instrumento.

Art. 1407 *Garantías.* El saldo deudor de la cuenta corriente puede ser garantizado con hipoteca, prenda, fianza o cualquier otra clase de garantía.

I) Resumen

Refiere a las garantías con las que el saldo deudor de la cuenta corriente puede ser garantizado.

II) Concordancias

Fianza, concepto (art. 1574); hipoteca, concepto (art. 2205); prenda, concepto (art. 2219).

III) Interpretación de la norma

Con la norma se introduce la posibilidad de otorgar garantías reales y personales en respaldo del saldo.

Ya el artículo 1444 del Proyecto de la Comisión designada por decreto-ley 468/92 establecía que el saldo deudor de la cuenta corriente podía ser garantizado con hipoteca, prenda, fianza, sin que con ello se afecte el privilegio de especialidad de la hipoteca.

PARÁGRAFO 3°

PRÉSTAMO Y DESCUENTO BANCARIO

Art. 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.

I) Resumen

Se ocupa el artículo 1408 del préstamo bancario de dinero.

II) Concordancias

Contratos en general, definición (art. 957); libertad de contratación (art. 958); obligaciones de dar dinero, obligación del deudor (art. 766); intereses compensatorios (art. 767); intereses moratorios (art. 768);

intereses punitivos (art. 769); contratos bancarios, transparencia de las condiciones contractuales, aplicación (art. 1378); publicidad (art. 1379); forma (art. 1380); contenido (art. 1381).

III) Interpretación de la norma

En el préstamo bancario el banco se obliga a entregarle al cliente prestatario una suma de dinero, obligándose éste a su devolución y al pago de los intereses convenidos. La fórmula alcanza a una amplísima variedad de modalidades de financiamiento bancario, por caso préstamos cambiarios, créditos para el consumo, para inversión, créditos en cuenta, créditos de firma y créditos con garantías, como expresiones típicas de las operaciones bancarias activas.

El préstamo es un contrato de crédito que implica la transferencia del prestamista al prestatario de una determinada cantidad de cosas fungibles y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad. En el préstamo bancario la entrega se refiere a una suma de dinero, obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses convenidos.

La amplitud de la fórmula del artículo 1408 es notable, en tanto refiere al préstamo de una suma de dinero y la recíproca obligación de devolución y al pago de los intereses convenidos por el prestatario.

Por su amplitud y la libertad de contratación consagrada en el artículo 958, las cuestiones relativas a las condiciones, plazos e intereses, por caso, quedan sujetas a los términos de la convención en tanto se trata de un contrato nominado (conf. art. 970), sin perjuicio de su integración en los términos del artículo 964 y las previsiones de los contratos bancarios dispuestos con carácter general.

Prevaleciendo en la especie lo dispuesto en el artículo 766, sobre la previsión genérica del artículo 765, en tanto la obligación de restituir debe hacerse en la misma moneda, conforme lo pactado. Esta regla es la que también prevalece en el descuento bancario (art. 1409) y en la apertura de crédito (art. 1410).

Art. 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.

I) Resumen

En el descuento bancario el banco, previa deducción de los intereses, anticipa al cliente el importe de un crédito contra terceros, mediando la cesión de dicho crédito al banco para recuperar la suma anticipada; la falta de pago por el tercero da derecho al banco a la restitución por el cliente descontado.

II) Concordancias

Contratos en general, definición (art. 957); libertad de contratación (art. 958); contratos bancarios, transparencia de las condiciones contractuales, aplicación (art. 1378); publicidad (art. 1379); forma (art. 1380); contenido (art. 1381); Capítulo 26, Título IV, del Libro Tercero, *Cesión de derechos*; Capítulo 6, Título V, del Libro Tercero, *Títulos valores*.

III) Interpretación de la norma

De la definición del artículo 1409 resulta que el banco otorga un préstamo cobrando anticipadamente los intereses, y el cliente le transfiere un crédito suyo contra un tercero, permitiéndole al banco recuperar directamente la suma entregada. En su defecto el deudor debe devolver el anticipo, en tanto el banco tiene el derecho a la restitución, aunque el descuento haya operado mediante el modo de letra de cambio, pagaré o cheque y ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivadas del título, sin resultado positivo.

Se trata de una operación de crédito con acumulación de al menos dos deudores, el descontado y el tercero, a los que se pueden agregar endosantes si antes los títulos fueron negociados, o bien los aceptantes de las letras.

Sucede que la secuencia lógica del contrato opera a partir de la cesión *pro solvendo* del crédito que da fundamento al pago del anticipo, donde el cliente sólo quedaría librado cuando dicho crédito sea satisfecho por el deudor cedido o por el cliente descontado.

PARÁGRAFO 4°

APERTURA DE CRÉDITO

Art. 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.

I) Resumen

En la apertura de crédito el banco compromete una disponibilidad de un crédito de dinero para ser utilizado por el cliente dentro del plazo contractualmente previsto.

II) Concordancias

Contratos en general, definición (art. 957); libertad de contratación (art. 958); préstamo bancario (art. 1408); obligaciones de dar dinero, obligación del deudor (art. 766); intereses compensatorios (art. 767); intereses moratorios (art. 768); intereses punitivos (art. 769); contratos bancarios, transparencia en las condiciones contractuales, aplicación (art. 1378); publicidad (art. 1379); forma (art. 1380); contenido (art. 1381); rescisión (art. 1383).

III) Interpretación de la norma

En la apertura de crédito el banco acreditante se obliga con su cliente, acreditado, a mantener a su disposición un crédito de dinero

hasta una suma determinada y por un tiempo convencionalmente previsto, a cambio de una remuneración.

Se trata de un contrato definitivo que habilita al cliente a disponer de recursos dinerarios que serán provistos por el banco a requerimiento de aquél en las condiciones previstas al tiempo de la celebración del contrato.

El monto de dinero disponible se encuentra dentro del límite previsto en el contrato, siendo en consecuencia determinada la suma, aunque determinable la efectivamente utilizable por el cliente según su requerimiento.

La disponibilidad puede acordarse por un tiempo fijo, durante el cual el banco se obliga a favor de su cliente y éste puede solicitar el o los desembolsos hasta el límite acordado; o bien sin indicación de tiempo preciso o con indicación de que lo es por tiempo indeterminado. De la redacción del artículo 1410, nada obsta a que la extensión del plazo de utilización de la disponibilidad pueda armonizarse con las condiciones de los reembolsos.

Va de suyo que si la disponibilidad se utiliza, su reintegro se rige en lo pertinente por las reglas del contrato de préstamo bancario (art. 1408).

Art. 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.

I) Resumen

La disponibilidad se extiende hasta la suma acordada salvo que los reembolsos del acreditado repongan la disponibilidad durante la vigencia del contrato o hasta el preaviso de vencimiento del mismo.

II) Concordancias

Apertura de crédito, definición (art. 1410).

III) Interpretación de la norma

La disponibilidad se extiende hasta el límite monetario acordado; representa el límite de la obligación del banco acreditante que se concreta, por caso, con la entrega del dinero o incluso con acreditación en cuenta del acreditado, por ejemplo atendiendo descubiertos en cuenta corriente. La disponibilidad puede ser simple, en cuyo caso con la utilización de los fondos se agota para el acreditado la disponibilidad y cesa en consecuencia la obligación del banco, aun ante el supuesto de que el plazo convencionalmente previsto para su utilización no hubiese llegado a su término; puede en cambio presentarse que el acreditado efectúe reembolsos durante la vigencia del contrato, reponiendo con ellos la suma disponible a su favor; en tal supuesto la posibilidad de reutilización se extiende hasta el vencimiento del plazo de vigencia del consumo, o hasta el preaviso de vencimiento cuando el plazo es indeterminado, permitiendo de tal forma sincronizar la vigencia de la disponibilidad con la obligación de reembolsar a cargo del acreditado.

Art. 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.

I) Resumen

La disponibilidad tiene efectos limitados.

II) Concordancias

Modalidades de los actos jurídicos, alcance y especies (art. 343); condición pendiente (art. 347).

III) Interpretación de la norma

La disponibilidad constituye un derecho patrimonial del acreditado y como tal disponible, por lo que podría sostenerse que puede ser invocada por los terceros con un interés legítimo, los acreedores por

ejemplo; ser objeto de medidas cautelares o de ejecución, o incluso utilizada para compensar cualquier otra obligación del acreditado.

Sin embargo el artículo 1411 es categórico: nada de eso puede suceder, en tanto la disponibilidad no se convierte en una acreditación si no es decidida por la declaración de voluntad del acreditado, en tanto aquella concreta incorporación al patrimonio del acreditado está sujeta a una condición suspensiva (art. 343) e incluso sólo a él le están autorizadas medidas conservatorias (art. 347).

PARÁGRAFO 5º**SERVICIO DE CAJA DE SEGURIDAD**

Art. 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.

I) Resumen

En el servicio de caja de seguridad la empresa bancaria pone a disposición de su clientela cajas individuales para la guarda segura de sus bienes en un local apropiado y se encarga de su conservación y de su integridad externa, por un tiempo determinado y mediante el cobro de una remuneración. El banco es responsable de la caja, del contenido y del local.

II) Concordancias

Responsabilidad objetiva (art. 1723); caso fortuito, fuerza mayor (art. 1730); hecho de un tercero (art. 1731).

III) Interpretación de la norma

El alquiler de compartimentos de cajas de seguridad es el servicio

prestado a las personas que desean poner a buen recaudo o conservar con toda seguridad títulos, documentos u objetos de valor¹⁴².

Este servicio bancario de cajas de seguridad aparece como un desprendimiento de los depósitos cerrados en cajas de tamaño uniforme, que los bancos al comienzo vendían a sus clientes y después las cedieron temporalmente¹⁴³. En su evolución jurídica influye la transformación técnica, pues las instalaciones bancarias se fueron adecuando y construyendo recintos con cajas de seguridad uniformes de diversos tamaños, y todas con distinta combinación.

De tal modo, el banco cede un espacio al cliente, que lo utiliza para guardar cosas y retirarlas por sí mismo o por persona autorizada, sin que intervenga el banco en la recepción o entrega, circunstancia que ilustra sobre la naturaleza jurídica del contrato.

Es cierto que de la evolución apuntada y de la causa del negocio —la conservación y la guarda en condiciones de máxima seguridad— surgen elementos suficientes para atender a quienes piensan que se trata de un contrato de depósito, aunque con una configuración moderna de la custodia, ya que es indirecta en la medida en que el banco ejecuta una vigilancia del recinto donde se encuentra la caja, con prescindencia del contenido.

Pero no es menos cierto que resulta difícil hablar de depósito cuando el banco no custodia directamente las cosas. Es más, se ha advertido que con la caja vacía el contrato igual existe, extremo que nos acerca a una cesión del uso de una caja como elemento tipificante y, en consecuencia, a calificarlo como locación de cosa, en tanto la custodia deja de ser el objeto único del contrato y se convierte en una prestación de garantía de la integridad de la caja, de modo que el banco pone a disposición del cliente el espacio vacío y a defender de toda intromisión extraña, el derecho de uso concedido. Sin embargo, se advierte que no hay posesión de la cosa arrendada; existe un deber de vigilancia activa que no es propio de los deberes del locador y, finalmente, el locatario tiene limitaciones en el derecho de uso, condicionado por la

¹⁴² GIRALDI, Pedro, *Introducción al estudio de los contratos bancarios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 37.

¹⁴³ ARCANGELLI, Ageo, *Il servizio bancario delle cassette forte di custodia*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1905, t. I, p. 179.

intervención constante del banco, extremo que no sucede en la locación tradicional. Por todo ello, se concluye que se trata de un contrato mixto, que se integra con elementos propios de la locación de cosas y elementos propios del depósito.

La autonomía del contrato con relación a otras se confirma cuando se advierte que su caracterización legal se define por la responsabilidad que asume la entidad, aunque también se trate de prestaciones debidas; así, el artículo 1413 prescribe que 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; luego agrega en qué casos “no responde”: por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas.

Surgen relevantes las obligaciones de conceder el uso de locales idóneos, de custodiar estos locales y de tutelar la integridad de la caja. Estos débitos contractuales son, sin duda, obligaciones de resultado. De tal modo, el incumplimiento de ese deber de seguridad es fuente de una responsabilidad objetiva, en tanto el banco no compromete una custodia disuasiva, sino que se obliga a una custodia efectiva, con un presupuesto —ejercerla en un ámbito idóneo que él mismo suministra— y una consecuencia —la integridad de la caja—. La custodia supone una seguridad que disipa el riesgo, y no basta con hacer lo posible para obtener el resguardo, sino que se impone obtenerlo¹⁴⁴.

La ausencia de una adecuada tutela del servicio comprometido es presupuesto de la responsabilidad del banquero: la pérdida, la sustracción y hasta la manipulación (por ej., en el caso de documentación reservada) de los valores revelan la ausencia parcial o total de custodia, sin que sea dable exigirle al acreedor más prueba que la existencia de esa falta. El deudor deberá, en cambio acreditar la ruptura del nexo causal; no su falta de culpa, sino el caso fortuito o la fuerza mayor¹⁴⁵.

¹⁴⁴ BARBIER, Eduardo A., *El contrato de caja de seguridad y las cláusulas exonerativas*, en L. L. 1994-E-1304.

¹⁴⁵ GHERSI, Carlos, *Responsabilidad sin culpa en el proyecto de unificación civil y comercial*, en L. L. 1988-A-918; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Afda, en MOSSET ITURRASPE, Jorge (dir.), *Responsabilidad civil*, Hammurabi, Buenos Aires,

Ésa es la única excusa absolutoria admitida en el Derecho Comparado para los que disciplinan el contrato de caja de seguridad. Se trata, en definitiva, de un supuesto de responsabilidad objetiva, en tanto la prueba de la diligencia del prestador del servicio es insuficiente para liberarlo de absorber las consecuencias dañosas y del deber de reparar íntegramente a la víctima.

Art. 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.

I) Resumen

En el contrato de caja de seguridad, es inválida la cláusula que exime de responsabilidad al banco. Es válida la que la limita, informando al cliente sin desnaturalizar el contrato.

II) Concordancias

Dispensa anticipada de la responsabilidad (art. 1743).

III) Interpretación de la norma

Esta disposición guarda coherencia con la enunciación del contrato, su naturaleza jurídica y en particular su causa, pues la custodia es la principal circunstancia que tienen en cuenta las partes al contratar, la que no aparece aquí ni siquiera parcialmente postergada o diluida por ningún otro servicio accesorio.

La esencia del contrato en análisis es el deber de custodia y vigilancia por parte del banco, razón por la cual las cláusulas por las

1992; BUERES, Alberto, *Responsabilidad contractual objetiva*, en J. A. 1989-II-1977; AGOGLIA, María M.; BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

cuales pretenda liberarse de responsabilidad, dado el incumplimiento de aquellas obligaciones, no tienen valor; de lo contrario se trataría de una renuncia anticipada de derechos por parte del cliente, desvirtuando la esencia misma del contrato.

La cláusula de exoneración de responsabilidad del contrato carece, en consecuencia, de validez, ya que ella importa el incumplimiento de una obligación esencial (la custodia) a cargo del banco. Esta prestación es única y se traduce en una protección directa tendiente a impedir que la caja sea abierta por quien no está autorizado a hacerlo.

En efecto, dado el supuesto de que los valores colocados en una caja de seguridad sean dañados o destruidos, el banco puede excluir su responsabilidad sólo si se verifica un caso fortuito externo a su actividad o proviene de un vicio propio de las cosas guardadas (art. 1413). Así, por ejemplo, un terremoto, una acción de guerra o revolución, un aluvión o un incendio, excluyen la responsabilidad del banco si éste demuestra que el daño se ha producido no obstante las medidas adoptadas en defensa de la caja.

Sí es posible, en cambio, la cláusula de limitación de responsabilidad hasta un monto máximo sólo si el usuario es debidamente informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador. Se puede pactar una cláusula de limitación parcial y razonable.

Art. 1415 Prueba de contenido. La prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio.

I) Resumen

El contenido de la caja puede probarse por cualquier modo.

II) Concordancias

Prueba del daño (art. 1744).

III) Interpretación de la norma

Las cajas de seguridad son utilizadas a fin de prevenir que las pertenencias de los usuarios se encuentren en situación de ser robadas o hurtadas, razón por la cual debe entenderse que la obligación que tiene fuente en este contrato es de resultado (art. 1723). Ante el incumplimiento de este tipo de obligación, el banco para liberarse deberá demostrar la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor.

No obstante, dada la hipótesis de que la caja de seguridad sea violada y se sustraigan los bienes allí guardados, es precisa la verificación del contenido y, sucesivamente, la determinación de su valor.

De tal modo que le queda al cliente acreditar la existencia misma de los bienes depositados en la caja, asignándoles un valor. El tema constituye una cuestión central para que las controversias que se derivan del siniestro no se vean agravadas por pretensiones resarcitorias antojadizas.

Ahora bien, si se exigiera al peticionante del resarcimiento por violación de una caja de seguridad una prueba rigurosa e inequívoca sobre la veracidad del contenido que dice haberse sustraído, recaería sobre el invocante del hecho una carga dificultosa, dada la falta de exteriorización de los objetos ingresados en ese lugar. Por ende, siendo la prueba directa impracticable, el Código admite que la prueba del contenido puede hacerse por cualquier medio, y la doctrina ya había sostenido que puede recurrirse a la prueba de presunciones, que es un medio expresamente admitido en nuestra ley ritual (art. 163, inc. 5°).

Al respecto, si bien sería en principio carga del accionante acreditar el daño (art. 377, CPCCN y su doctrina), corresponde señalar que la circunstancia de encontrarse la caja en la esfera de custodia del banco y no en la del actor, unida a que la privacidad de la caja impone no llevar registro de lo allí depositado, relativizan dicha carga. Además, imponen un análisis con criterio amplio de las constancias de la causa (art. 386), lo que conduciría a admitir incluso acudir a la vía presuncional del artículo 163, inciso 5°, párrafo 2°, del Código Procesal.

El criterio amplio para la admisibilidad de la prueba del daño, que establece el artículo 1415, responde además al artículo 373 del Proyecto de Reformas al Código Civil de la Comisión designada por decre-

to 468/92, al artículo 2239 del Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987, y también al artículo 2236 del de la Cámara de Diputados de 1993, al admitir expresamente la prueba de contenido de las cajas y de los daños por cualquier medio. Sin embargo, hay dos cuestiones que merecen distinguirse adecuadamente, en tanto una (los medios de prueba) conduce a facilitar la otra (las presunciones), pero nada autoriza a concluir que esta última constituya una especie dentro de la permisividad genérica que se enuncia bajo la forma de "cualquier medio de prueba".

En este punto conviene recordar que las presunciones constituyen un medio de convicción consistente en recoger o interpretar una serie de hechos, hitos, circunstancias o indicios que aisladamente carecen de un sentido final, pero que unidos por simientes lógicas permiten llegar a determinadas conclusiones por la fuerza de la convicción que establecen las secuencias razonadas y ligadas inescindiblemente¹⁴⁶.

Por lo tanto, las presunciones son elementos que amalgaman y forman pruebas a través de hechos existentes y aislados en el proceso; también se dice que forman y crean las estructuras de los hechos, tomando circunstancias particulares de cada prueba individual. Es así que pueden referirse tanto a hechos aislados, aunque no hayan sido objeto de prueba, como los admitidos y reconocidos, cuanto a hechos probados, que —aunque no determinan asertivamente la convicción respecto del progreso de la pretensión— en conjunto forman el convencimiento en un sentido determinado.

Quizá lo más importante sea distinguir el indicio de la presunción. El primero consiste en todo rastro, vestigio o huella y, en general, todo hecho conocido o, mejor dicho, debidamente comprobado, que puede llevar por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido¹⁴⁷. La presunción, en cambio, es una consecuencia que se obtiene por el establecimiento de los caracteres comunes de los hechos.

¹⁴⁶ FALCÓN, Enrique, *Tratado de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 2003, t. I, comentario al art. 163, ps. 423 y ss., parágs. 1 y 7.

¹⁴⁷ ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1962, t. III, p. 683.

Luego, las presunciones no constituyen un medio especial de prueba, sino que son obtenidas por el juez de los medios de prueba¹⁴⁸. En efecto, constituyen medios de fijación de los hechos, y sólo en ese sentido muy lato pueden entenderse como pruebas¹⁴⁹.

Por ello, se ha separado sin mayor esfuerzo la presunción de los medios de prueba, pues con estos últimos el juzgador llega a la convicción de la existencia o no de un hecho controvertido¹⁵⁰.

De allí que el Código Procesal Civil y Comercial no regula las presunciones dentro de los medios de prueba, sino en el artículo 163, inciso 5º, refiriéndose a las presunciones no establecidas por ley, de modo que se excluyen las *iuris et de iure* y las *iuris tantum*. Se trata de las presunciones judiciales u *hominis*, según las cuales las consecuencias jurídicas las deduce el juez partiendo de la existencia de los hechos reales y probados.

En efecto, el inciso 5º del artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación señala que la sentencia definitiva deberá contener, entre otros elementos, “los fundamentos y la aplicación de la ley”, y agrega inmediatamente que “las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”.

De tal modo, es la presunción del artículo citado la que admite formar convicción utilizando un proceso lógico, a partir de hechos probados por cualquier medio.

En el caso de los daños derivados del siniestro ocurrido en el marco de un contrato de caja de seguridad, una previsión como la del ar-

¹⁴⁸ FASSI, Santiago C.; YÁÑEZ, César D. y MAURINO, Alberto M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, t. 1, comentario al art. 163, p. 781, parág. 25.

¹⁴⁹ FALCÓN, Enrique, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 2001, t. 1, comentario al art. 163, p. 436, parág. 8.

¹⁵⁰ FENOCHIETTO, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y concordado con los códigos provinciales*, Astrea, Buenos Aires, 2001, t. 1, comentario al art. 163, p. 593, parág. 8.

título 1415 relativa a “cualquier medio de prueba” facilita la formación de este proceso lógico. Así, no cabe descartar cualquier medio de prueba –incluida la testimonial– sin que aquella (la presunción) pueda considerarse enunciada en la generalización relativa a los “medios de prueba”.

Se anuncia con acierto la prerrogativa jurisdiccional de valerse de cualquier elemento de prueba que pueda serle de utilidad, para luego concluir que “la cuestión será resuelta en definitiva en base a presunciones”. El argumento pone en evidencia que es válida la decisión a partir de un proceso lógico que se vale de distintos medios de prueba, sin ser este proceso uno de estos medios.

Lo señalado, sin embargo, no significa que el actor no deba invocar y probar de modo suficiente la “fuente” de los bienes ingresados en la caja; probada la preexistencia de los bienes, la cuestión a dilucidar se facilitará notablemente, pues quedará reducida a formar o no convicción en el juez de que dichos bienes ingresaron en el cofre violado.

Por ende, la necesidad de recurrir a las presunciones se reduce significativamente (utilizando otros medios de prueba) a elaborar una secuencia lógica que permita concluir que dicha guarda ha efectivamente acaecido. Esta secuencia es rigurosamente lógica y coherente con la fórmula del artículo 1415, dado que nadie puede probar que le ha asignado un destino a ciertos bienes (en el caso, su guarda) sin antes haberlos poseído.

Art. 1416 *Pluralidad de usuarios.* Si los usuarios son dos o más personas, cualquiera de ellas, indistintamente, tiene derecho a acceder a la caja.

I) Resumen

La caja de seguridad admite la pluralidad de usuarios.

II) Concordancias

Contratos en general, definición (art. 957); estipulación a favor de tercero (art. 1027).

III) Interpretación de la norma

Prescribe el artículo 1416 que si los usuarios son más de una persona, cualquiera de ellas tiene derecho a acceder a la caja.

Celebrado el contrato, la titularidad de la caja puede registrarse a nombre de una o más personas, y en este último caso a la orden recíproca, extremo este último que los habilita a su utilización sin la concurrencia de los otros cotitulares; en cualquier caso pueden extenderse autorizaciones a otra persona a hacer uso de la caja, siempre que medie conformidad de la entidad prestadora.

De la formulación del artículo 1416 resulta que quienes han contratado el servicio y quienes son autorizados por éstos a utilizarlos, pueden hacerlo aun sin ser parte del contrato en los términos del artículo 957, en virtud de la estipulación a favor de terceros (art. 1027), que surge de la referida autorización, en tanto el tercero aceptante obtiene directamente los derechos y facultades resultantes de la estipulación a su favor, pudiendo el banco oponerle las defensas derivadas del contrato básico y las fundadas en las relaciones con él.

Art. 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.

I) Resumen

Es posible la apertura de la caja de seguridad por el banco para el retiro de los efectos si el usuario es reticente, luego de vencido el plazo contractual o por cualquier otra causa convencionalmente prevista.

II) Concordancias

Obligaciones de hacer y no hacer, concepto (art. 773); realización de un hecho (art. 775); ejecución forzada (art. 777); consignación (arts. 904 y 516).

III) Interpretación de la norma

De la caracterización del contrato surge que las personas habilitadas para la apertura son los usuarios con los alcances que resultan del artículo 1416; el banco no puede ejercer esta facultad salvo en los supuestos previstos en este artículo 1417 y siguiendo el procedimiento allí previsto.

Relativo a los supuestos que autorizan a la apertura por la entidad bancaria, surgen los derivados de la extinción normal o anormal del contrato y en caso en que el usuario no facilite la apertura y el vaciado del cofre; también en los supuestos convencionalmente previstos que pueden referirse a las otras contingencias expresamente anunciadas, por caso frente a indicios de que se han guardado elementos o sustancias que generan peligrosidad para la integridad de la caja, del recinto o del local que el banco se comprometió a proteger.

El procedimiento es sencillo, pautado y progresivo; así, 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 banco 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.

Se trata en síntesis de una obligación de hacer del usuario (conf. arts. 773 y 775) y la reticencia habilita la ejecución forzada (art. 777). El procedimiento permite además hacer efectivo el cobro de las re-

muneraciones y gastos asociados por la prestación del servicio; en efecto, vencido el plazo de tres meses 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 (arts. 904 y ss.).

PARÁGRAFO 6°

CUSTODIA DE TÍTULOS

Art. 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.

I) Resumen

La custodia de títulos en administración por parte del banco implica una guarda activa.

II) Concordancias

Depósito, definición (art. 1356); obligación del depositario (art. 1358); depósito oneroso (art. 1360); obra y servicios, definición (art. 1251); obligaciones de hacer y de no hacer, concepto (art. 773); realización de un hecho (art. 775).

III) Interpretación de la norma

El contrato de custodia de títulos del que se ocupa el artículo 1418 es aquel en virtud del cual una persona entrega en custodia valores o títulos de crédito y la entidad bancaria se obliga a custodiarlos y devolverlos posteriormente.

El depósito en custodia se caracteriza de tal modo porque la propiedad del objeto pertenece al depositante y el banco asume solamente la obligación de custodiarlo, mediante el pago de una remuneración.

Se trata de un verdadero depósito regular por el cual el depositario cobra una comisión, concepto que comprende los depósitos cerrados y los abiertos cuando los objetos son individualizados. Es entonces un depósito, en tanto la cosa depositada no pasa a la propiedad del depositario, y éste queda obligado, precisamente, a devolver los mismos títulos y no otros.

No obstante su caracterización como un depósito regular, debe ponderarse la evolución del negocio tradicional que ha sustituido la obligación fundamental de restituir la cosa por aquella de custodiarla en forma activa¹⁵¹. Se trata entonces de guardar la cosa, pero a la vez liberar al cliente de los riesgos de la custodia y de las preocupaciones de una administración cuidadosa y puntual.

Se integra, de tal forma, la obligación fundamental de custodia con la complementaria de administración —que intensifica a la principal pero no la desnaturaliza—, por lo que no debe asimilarse este contrato a la locación de servicios. De modo que el banco queda inhibido de utilizar para su uso propio los valores que se le han confiado, salvo el supuesto del depósito irregular.

A propósito, conviene precisar que la custodia de títulos genera la obligación de administrarlos, o puede ser al solo efecto de custodia, denominado simple o confidencial, limitándose las obligaciones del depositario a la conservación, la que se agota en la integridad material de los títulos depositados.

Del artículo 1418 surge que la custodia de títulos se extiende al depósito y la administración de títulos, salvo que convencionalmente se limite al depósito simple.

Art. 1419 *Omisión de instrucciones.* La omisión de instrucciones del depositante no libera al banco del ejercicio de los derechos emergentes de los títulos.

¹⁵¹ GARRIGUES, *Contratos bancarios* cit., p. 410.

I) Resumen

El banco debe ejercer los derechos emergentes de los títulos que custodia aunque carezca de instrucciones del depositante.

II) Concordancias

Obligación del depositario (art. 1358); normas especiales para los servicios, normas aplicables (art. 1278); obligaciones de hacer y de no hacer, realización de un hecho (art. 775).

III) Interpretación de la norma

En el depósito regular, el banco tiene la obligación principalísima de custodiar los títulos, pero ampliada por la representación del cliente y dirigida a mantener la integridad económica de los valores.

En línea con lo previsto en el artículo 1358, el banco debe poner en la guarda de los títulos la diligencia que le corresponda a su profesión.

La omisión de instrucciones no dispensa la obligatoriedad del banco del ejercicio de los derechos emergentes de los títulos, siempre que sea material y jurídicamente posible, y siempre que convencionalmente no se hubiese restringido la actuación del banco para tal ejercicio.

Art. 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.

I) Resumen

En el depósito de títulos valores es válida la autorización al banco

para disponerlos, restituyendo otros del mismo género, cantidad y calidad o su equivalente en dinero si aquella restitución no fuera posible.

II) Concordancias

Depósito, definición (art. 1356); depósito irregular, efectos (art. 1367); mutuo, títulos valores, concepto (arts. 1525 y 1815); autonomía (art. 1816); libertad de creación (art. 1820); necesidad (art. 1830); desmaterialización e ingreso en sistemas de anotaciones en cuenta (art. 1836).

III) Interpretación de la norma

El depósito de títulos valores aparece como una variante de la custodia de títulos desde que no soslaya las notas típicas de la custodia y administración, sin embargo la autorización, prevista en este artículo 1420, de disponer de ellos con la obligación de restituir otros equivalentes del género y calidad, lo alejan de la aproximación al depósito regular para acercarlo al depósito irregular, si no se disponen, y al comodato y al mutuo si aquella disposición sucede.

Se trata del depósito de títulos valores, esto es, documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna, por lo que no es necesario que se trate liminarmente de títulos homogéneos; sin embargo la prerrogativa de ser utilizados por el banco disponiendo de ellos no parece viable a menos que se trate de títulos valores similares cuyas características de homogeneidad los hagan jurídicamente fungibles, única forma posible de restituir títulos del mismo género, calidad y cantidad. El objeto mediato del contrato, en rigor su contenido, es decisivo para habilitar la prerrogativa concedida al banco.

El artículo es amplio en cuanto no contempla a cargo de quién pesa la remuneración, en tanto es posible concebirla como una prestación destinada a favorecer al depositante con la custodia, conservación y administración de los títulos, de modo que el banco debe devolver los mismos al cliente, quien continúa siendo propietario de los mismos, o bien otorgar una prestación en beneficio del banco, quien

puede apropiarse de los títulos para disponer de ellos, en cuyo caso podrá concluirse que la remuneración por la utilización es a su cargo.

CAPÍTULO 13

CONTRATO DE FACTORAJE

Art. 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.

I) Resumen

En el factoraje se procura de una parte otorgar anticipos sobre créditos provenientes del giro comercial de la otra, asumiendo o no los riesgos, pudiendo además gestionar su cobro y prestar asistencia técnica y administrativa.

II) Concordancias

Cesión (arts. 1614 y ss.).

III) Interpretación de la norma

A partir de la definición que ofrece el artículo 1421, podemos decir que el factoraje es aquel contrato bancario o financiero que se perfecciona entre un banco o entidad financiera y una empresa, por el cual la primera se obliga a adquirir todos los créditos que se originen por el giro comercial de la otra parte contratante durante un determinado plazo, y aquella puede asumir o no el riesgo derivado de tales cobros y percibir por ello una comisión sobre el monto total de los créditos en concepto remunerativo.

Dado que la adquisición de créditos está contenida en el núcleo central del contrato, en una primera aproximación se podría afirmar

que su naturaleza jurídica se corresponde con la cesión de créditos. Sin embargo, el factoraje es un contrato con notas propias que, si bien reconoce como eje de su naturaleza jurídica a aquel contrato nominado, desarrolla efectos y obtiene finalidades que lo exceden.

En efecto, el factoraje consiste en una venta de créditos perfeccionada entre una empresa y una entidad financiera que persigue una finalidad económica concreta que no puede ser alcanzada por un contrato de cesión.

Es cierto que posiblemente la figura que explique con mayor nitidez la naturaleza jurídica del factoraje sea la cesión de crédito ordenada entre los artículos 1614 y siguientes del Código, aunque no corresponde una total asimilación a ella, ya que no hay que pasar por alto las otras prestaciones que pueden adherirse.

De la descripción resulta que el factoraje supone un entendimiento orientado —en lo sustancial— por la idea de optimización empresarial, cuyas manifestaciones más notables son la provisión de liquidez y el mejoramiento de la gestión.

Allí, en consecuencia, radica la causa de esta manifestación negocial, aun cuando se reconocen muy fuertes variantes, como la que deriva de una transmisión del riesgo del factor al agente financiero, aspecto este último que supera el estrecho marco que supone la participación del banco para facilitar u optimizar la gestión empresarial; en tal caso, aquella circunstancia viene a integrar de modo definitorio la causa del factoraje.

Por su parte, el objeto inmediato del factoraje reconoce dos vertientes: la primera definida por el compromiso de adquisición de los créditos del factor, en su caso con su coetánea administración a cambio de una remuneración; la segunda, ordenada por la prestación de los servicios comprometidos, como revela el siguiente artículo 1422.

Art. 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.

I) Resumen

El factor puede prestar al factoreado servicios adicionales a la adquisición de los créditos.

II) Concordancias

Libertad de contratación (art. 958).

III) Interpretación de la norma

El factoraje definido en el artículo 1421 puede ampliar el contenido con la prestación de uno o varios servicios adicionales, tales como los que aquí se enuncian: la administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa relativas a los créditos cedidos.

Reunidos los presupuestos enunciados en los artículos 1421 y 1422, pueden sistematizarse las notas caracterizantes del factoraje, agrupadas en servicios de financiamiento, o gestión de cobro y adicionales.

a) El servicio de financiamiento constituye una nota caracterizante del tipo contractual, pero al mismo tiempo es el aspecto que lo identifica con el género de los contratos de crédito y puede adoptar distintas manifestaciones, entre las cuales se han destacado las siguientes:

- 1) Financiamiento de contado sin asunción del riesgo: el facturado se obliga a ceder sus créditos actuales o futuros y, una vez aprobados por el factor, éste le da el dinero correspondiente al valor nominal del crédito, del que deduce el costo del tiempo estipulado de recupero y el precio de los servicios que presta. Posteriormente intenta cobrarlo y, si no lo logra luego de un período que se pacta entre las partes, la factura es devuelta al cedente o compensada con otras. En este supuesto se hace una transmisión *pro solvendo*, sin asunción de riesgo de insolvencia.
- 2) Financiación al vencimiento promedio: es igual que en el caso anterior, pero se promedian los plazos de las facturas y ésta es la fecha de cálculo de los intereses. Se usa cuando hay mucha variación de fechas en los vencimientos de las facturas.

- 3) Financiación con asunción de riesgo: el factor asume el riesgo de la incobrabilidad, sin recurso de recupero contra la empresa cedente; en este caso, se hace una transferencia *pro soluto*¹⁵².

b) El servicio de gestión de cobro constituye también un elemento caracterizante del contrato de factoraje, sea que haya o no financiamiento por parte del factor, influyendo el resultado de la gestión en las prestaciones comprometidas de modo decidido, y no sólo porque las partes hayan previsto tal delegación, sino porque integra el contenido económico de la operación.

c) Otros servicios adicionales. Están vinculados generalmente a la administración profesionalizada de los créditos, aspecto que incluye la evaluación y auditoría de la cartera del factoreado, extendida a la determinación de liquidez y solvencia de sus clientes, perspectivas de mercado, y asesoramiento jurídico y contable.

El artículo 1422 da soporte lógico para la ejecución de cualquiera de las modalidades posibles del factoraje y al propio tiempo facilita las gestiones complementarias.

Art. 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.

I) Resumen

Por la regla del artículo los créditos provenientes de la gestión comercial del factoreado pueden cederse en forma individual o global, tanto los existentes como los futuros determinables.

II) Concordancias

Derechos que pueden ser cedidos (art. 1616).

¹⁵² LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. II, p. 127.

III) Interpretación de la norma

De modo preliminar se colige que el objeto mediato es siempre un derecho creditorio, cuyo origen está vinculado a la actividad normal y regular que desarrolla el factoreado por la comercialización de sus productos o la prestación de sus servicios; por lo común está constituido por las facturas emitidas por el factoreado y, eventualmente, por los valores emitidos por los deudores de éste en garantía o pago de la provisión obtenida. Ello en tanto las partes asumen en el contrato de factoraje las obligaciones de adquirir (factor) y de entregar y transferir (factoreado) los créditos que se originan normalmente y de una manera regular en el negocio de este último por la venta de su producción.

Esta enunciación, por cierto, nos acerca a la posibilidad concreta de extender el factoraje a la transmisión de los cheques de pago diferido y a las facturas de crédito.

Los créditos además pueden cederse individual o globalmente, sea que se trate de créditos existentes o futuros determinables.

Art. 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.

I) Resumen

Son elementos necesarios para la integración del contrato de factoraje la relación de los derechos de crédito que se transmiten y la identificación de los documentos representativos de los créditos con sus datos más relevantes, como así también la identificación de las partes del contrato.

II) Concordancias

Contrato, elementos que debe incluir (art. 1424); cesión de derechos, forma (art. 1618); imposibilidad del cobro del derecho de crédito cedido (art. 1427).

III) Interpretación de la norma

Según resulta del artículo 1421, el contrato de factoraje admite la cesión de los créditos originados en el giro comercial del factoreado; de allí la previsión del artículo 1424 en cuanto exige la integración del contrato con "la relación de los derechos de crédito que se transmiten", permitiendo individualizar inicialmente si se corresponde con aquella exigencia del artículo del artículo 1421; el resto de los requisitos exigidos se explican con la descripción práctica de la operación, la que por regla obedece a la necesidad de la empresa de proveerse de liquidez y de reducir los costos operativos que le demanda la administración de los créditos provenientes del giro comercial. Una vez apreciada y definida la necesidad, es el cliente quien solicita de la entidad bancaria o sociedad de factoraje que le preste asistencia por medio de esta operación.

La solicitud del servicio predispuesta por la entidad va acompañada de la nómina de clientes y la composición de los créditos.

Los alcances de la necesidad del cliente y las posibilidades técnicas del factor son los elementos que definen la modalidad del factoraje y, según sea aquella, variará el contenido de las prestaciones.

Sin embargo, puede describirse un *iter* formativo básico para las distintas modalidades en función del cual, si el factor acepta la solicitud del cliente, éste le entrega las facturas pertinentes contra la recepción del correspondiente recibo y le comunica a los deudores que los pagos sucesivos deberán efectuarse ante aquél. El factor se encarga del cobro al vencimiento de las facturas, así como de los reclamos y acciones judiciales ante el incumplimiento del deudor cedido. Este mecanismo subsiste durante toda la vigencia del plazo acordado, de modo que a la entrega originaria de las facturas se van sucediendo otras según se van generando.

De allí la exigencia sucesiva del artículo 1424 en cuanto requiere la identificación del factor y factoreado y los datos necesarios para identificar los documentos representativos de los derechos de crédito, sus importes y fechas de emisión y vencimientos, o los elementos que permitan su identificación cuando el factoraje es determinable. En este punto conviene precisar que el contrato de factoraje se debe celebrar

por escrito, quedando perfectamente concluido, pero difiriendo su integración a la incorporación sucesiva de los créditos que se ceden, algunos de los cuales pueden incluso requerir adicionalmente alguna otra formalidad, por caso, si fuesen litigiosos o provenientes de derechos derivados de un acto instrumentado en escritura pública (art. 1618).

Así, las exigencias de los elementos que se deben incluir en el contrato son adecuadas para integrarlo, aunque en su contenido se incorporen créditos futuros determinables.

Art. 1425 *Efecto del contrato.* El documento contractual es título suficiente de transmisión de los derechos cedidos.

I) Resumen

Los efectos del contrato operan desde la celebración del contrato a todo evento.

II) Concordancias

Cesión de derechos, forma (art. 1618).

III) Interpretación de la norma

El contrato de factoraje debe celebrarse por escrito en atención a los elementos que se deben incluir y a la previsión de este artículo en cuanto se refiere al "documento contractual". Con mayor fundamento si en el mismo acto se ceden los derechos creditorios, a cuyos efectos sintetiza el artículo 1425 que el documento contractual es título suficiente de la transmisión de los derechos cedidos, en coherencia con la exigencia del artículo 1618 cuando prescribe que la cesión debe hacerse por escrito.

Art. 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.

I) Resumen

Son válidas las garantías y retenciones sobre las cobranzas para asegurar al factor el cobro de los créditos cedidos, las que subsisten hasta la extinción de las obligaciones del factoreado.

II) Concordancias

Legitimación (art. 2587); modificación, rescisión y extinción (art. 516).

III) Interpretación de la norma

Para garantizar la solvencia del deudor cedido, el artículo 1426 admite la exigencia de garantías reales, personales y de retención anticipada de un porcentaje del crédito; las garantías y las retenciones alcanzan al monto de los créditos cedidos y al deducible o aforo acordado para atender eventuales impagos, los que subsisten hasta la extinción de las obligaciones del factoreado en el contrato así garantizado.

Art. 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.

I) Resumen

El factoreado responde por la existencia y legitimidad del crédito.

II) Concordancias

Cesión de derechos, garantía de evicción (art. 1628).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1427 prescribe que 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.

Se trata de una formulación renovada de la garantía de evicción prevista para las cesiones en general (art. 1628), en cuanto prescribe que si la cesión es onerosa, el cedente garantiza la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, pero también ampliada en tanto se extiende a la imposibilidad de cobro por una razón que tenga su causa en el acto jurídico que le dio origen, de donde el crédito, aún existente y legítimo, puede ver obstaculizado su cobro, resultándole inoponible esta circunstancia por el factoreado al factor; por caso, si la mercadería, la provisión o la obra que originan el crédito fueran rechazadas por el adquirente (deudor cedido).

Art. 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.

I) Resumen

La notificación al deudor cedido puede hacerse por cualquier medio que evidencie razonablemente la recepción por parte de éste.

II) Concordancias

Efectos respecto de terceros (art. 1620).

III) Interpretación de la norma

A propósito de la formalidad exigida para la notificación al deudor cedido, ésta resulta ineludible para que la cesión produzca efectos con relación a terceros, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1620, esto es desde su notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta. En todos los casos, las cesiones de créditos ma-

sivos que operan en el factoraje tornan cualquier solución de notificación individual sumamente dificultosa.

Ante tal dificultad, ahora el artículo 1428 establece que 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.

Así, a los medios convencionales de notificación podrán agregarse otros, por ejemplo mediante una fórmula o leyenda incorporada a las facturas que documentan las ventas del proveedor a terceros clientes, cuando ellas sean objeto de un contrato de factoraje. Dicha fórmula operaría como una notificación al deudor cedido (señalando, además, el lugar de pago –domicilio del factor–), lo que eliminaría la posibilidad de que el deudor se libere de la deuda pagando al cedente en perjuicio del cesionario¹⁵³ y facilitando la oponibilidad respecto de terceros en los términos del artículo 1620.

CAPÍTULO 14

CONTRATOS CELEBRADOS EN BOLSA O MERCADO DE COMERCIO

Art. 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.

¹⁵³ GUASCO, Jorge, *Factoring, un contrato de financiamiento a corto plazo*, en *Revista Jurídica del Banco de la Nación Argentina*, 1978, N° 39, p. 89.

I) Resumen

Los contratos celebrados en bolsas o mercados de comercio, de valores o de productos, con autorización y control estatal, se rigen por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control.

II) Concordancias

Contratos en general, definición (art. 957); libertad de contratación (art. 958); carácter de las normas legales (art. 962); relación normativa (art. 963). Leyes 17.811, 21.526 y 24.144.

III) Interpretación de la norma

Siguiendo el criterio general del Código en materia de contratos, las partes son libres para celebrarlos y determinar su contenido dentro del límite impuesto por el orden público, la moral y las buenas costumbres. Luego, las normas relativas a ellos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible.

Con esos parámetros el contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley (conf. art. 1021). Sucede sin embargo que las disposiciones resultantes de contratos válidos proyectan consecuencias sobre quienes no integran la relación contractual, por caso aumentando o disminuyendo su patrimonio.

En efecto, el contrato, aunque no obligue a los terceros, constituye un hecho que éstos deben tener en consideración porque les es oponible. El principio de la oponibilidad de los contratos a terceros les incumbe a éstos, en razón de su derecho de prenda general sobre el patrimonio de su deudor (art. 743). Es que el aumento o la disminución del activo patrimonial del deudor en virtud de los contratos que éste puede celebrar va a afectar su derecho de prenda general. Así, cuando el deudor se compromete con otro puede aumentar su insolvencia, lo que va a perjudicar a sus acreedores quirografarios; a la inversa, si el deudor adquiere un bien, se proyecta en beneficio de sus acreedores, mejorando

su respaldo patrimonial, de la misma manera que ocurre con todos los créditos que el deudor adquiere en virtud de los contratos que celebra.

Sucede que ese interés de los terceros, en especial de los acreedores, requiere una correcta determinación patrimonial, como exposición del contenido de la garantía común de los acreedores. En ocasiones esa determinación es compleja, tal lo que sucede en la práctica cuando se negocian activos financieros, en mercados que exigen procesos y reglas claras.

De allí la previsión del Código en cuanto señala que los contratos celebrados en una bolsa de comercio o de productos, autorizados y controlados, se rigen por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control.

Luego agrega que esas normas pueden regular las operaciones y contratos derivados, prever la liquidación del contrato por diferencia, establecer la determinación diaria o periódica de las posiciones de las partes y su liquidación, la compensación y el establecimiento de un saldo neto de las operaciones entre las mismas partes.

La delegación regulatoria que contiene el artículo 1429 en los organismos de control del mercado financiero supone facilitar los procedimientos para la correcta determinación de las deudas y acreencias de las partes que negocian en aquellos mercados y favorece la oponibilidad frente a terceros, en particular ante eventos como el concurso, la quiebra o la muerte de alguna de las partes.

CAPÍTULO 15**CUENTA CORRIENTE**

Art. 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.

I) Resumen

La norma define al contrato de cuenta corriente como un acuerdo

caracterizado por el compromiso de inscribir en cuenta remesas recíprocas, cuyos créditos resultan indisponibles e inexigibles, compensándose al vencimiento y generándose en ese momento un crédito disponible y exigible por el saldo.

II) Concordancias

Definición de cuenta corriente bancaria (art. 1393); contenido de la cuenta corriente (art. 1431); cláusula "salvo encaje" (art. 1435); cobro ejecutivo del saldo (art. 1440).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La cuenta corriente en el Código y la anterior cuenta corriente mercantil*

La cuenta corriente mercantil que regulaban los artículos 771 y siguientes del código de comercio derogado presenta importantes diferencias con la cuenta corriente que es objeto de los artículos 1430 y siguientes del Código.

La aclaración es importante en tanto se aprecia un apartamiento sustancial de la normativa abrogada, en línea con los antecedentes de unificación, y particularmente con el Proyecto de Código Civil de 1998¹⁵⁴.

Precisamente en los fundamentos de aquel intento de renovación de nuestro Derecho Privado encontramos las notas principales que distinguen a la cuenta corriente de su antecedente, en un cambio que encuentra como fuente final a los artículos 1823 y siguientes del código civil italiano.

Allí se señalaba la impronta de la "nueva" cuenta corriente, cuyo recuerdo permitirá al lector familiarizado con la cuenta corriente mercantil despojarse de conceptos que no ha recogido el Código. Principalmente:

- a) Se eliminan notas propias de la regulación en el código de

¹⁵⁴ Aunque no todas las previsiones del Código son tomadas de su antecedente. Ver, por ejemplo, comentario al art. 1434.

comercio que habían sido objeto de variadas discusiones doctrinarias, como la novación, la indisponibilidad de partidas, la remesa "en propiedad" y el discutido concepto de la "compensación mercantil".

- b) Se precisan los efectos del embargo del saldo eventual de la cuenta, protegiendo la eficacia de la medida cautelar y los derechos del acreedor embargante¹⁵⁵.
- c) Se propone que las hipotecas, prendas y las garantías de los obligados solidarios se trasladen de pleno derecho al saldo de la cuenta, lógica consecuencia de la ausencia de novación, aunque en este punto el Código requiere el consentimiento previo del garante, apartándose así de su antecedente¹⁵⁶.
- d) Se establece un procedimiento de cobro ejecutivo del saldo, que es objeto de mayor desarrollo en el Código¹⁵⁷.

III.2) *La definición de cuenta corriente en el Código*

El Código define al contrato de cuenta corriente atendiendo a su nota funcional central: el compromiso de aceptar remesas recíprocas, y la indisponibilidad e inexigibilidad de los créditos a ellas vinculados hasta el fin del período pactado, que marcará la exigibilidad del saldo¹⁵⁸.

Se le otorga autonomía jurídica como contrato, sin posibilidad de reducción a una simple operación contable sobre las remesas incorporadas a la cuenta corriente, y se la regula de manera independiente a la cuenta corriente bancaria (arts. 1393 y ss. del Código).

Aunque respecto del texto similar de la legislación italiana se han expuesto variadas opiniones acerca de la naturaleza o calificación jurídica de este vínculo contractual¹⁵⁹, ha allí prevalecido el criterio de

¹⁵⁵ Ver más abajo comentario al art. 1436.

¹⁵⁶ *Infra*, comentario al art. 1434.

¹⁵⁷ *Infra*, comentario al art. 1440.

¹⁵⁸ Nótese la similitud con el art. 1823 del *Codice*: "La cuenta corriente es el contrato por el cual las partes se obligan a anotar en una cuenta los créditos derivados de recíprocas remesas, considerándolas inejecutables e indisponibles hasta el cierre de la cuenta. El saldo de la cuenta es exigible al vencimiento estipulado..."

¹⁵⁹ Ver las completas referencias que trae WILLIAMS, Jorge, *Contratos de crédito*, Ábaco, Buenos Aires, 1984, t. I, ps. 65 y ss.

considerar a la cuenta corriente como un contrato normativo, lo que también había sido aceptado por parte de la doctrina nacional respecto de la figura regulada por el código de comercio¹⁶⁰.

De este modo, y aunque pueda aceptarse que en la cuenta corriente esté presente una concesión recíproca de crédito entre las partes, su calificación como contrato normativo luce adecuada para las previsiones del Código¹⁶¹.

Los elementos de la definición legal son los siguientes:

- a) Compromiso de inscribir en cuenta: que significa la unificación de las diferentes operaciones entre las partes en la cuenta corriente, pero sin una novación de las obligaciones.
- b) La existencia de remesas¹⁶² recíprocas¹⁶³, lo que es el verda-

¹⁶⁰ Para referencias de las variopintas opiniones de nuestra doctrina, que claramente evidenciaban las dudas que suscitaba la normativa derogada, WILLIAMS, *Contratos...* cit., t. I, ps. 94 y ss.

¹⁶¹ En la doctrina nacional se habían inclinado por este criterio bajo el Código de Comercio, WILLIAMS, *Contratos...* cit., t. I, p. 99, y FERNÁNDEZ, Raymundo y GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1991, t. III-D, p. 14.

¹⁶² Se ha definido a la remesa como "el crédito del remitente contra el receptor que se incorpora a la cuenta corriente para transformarse en un artículo del débito o del crédito" (WILLIAMS, *Contratos...* cit., t. I, p. 286). La definición es válida en los términos actuales, eo tanto no se asimile transformación con novación. Las remesas no pueden estar destinadas a empleo determinado (por ejemplo, imputadas al pago de una factura individualizada: CNCom., sala C, 6-2-2004, D. J. 2004-2-198), ni mantener su exigibilidad separada de la determinación del saldo, ya que esa circunstancia llevaría a calificar la relación jurídica como una cuenta simple o de gestión (CNCom., sala B, 10-10-2006, L. L. 2006-F-743; sala D, 20-5-2009, L. L. 2009-C-679).

¹⁶³ La existencia de potencial reciprocidad es esencial al contrato, dado que de otro modo no existiría posibilidad de compensación global al momento de la exigibilidad del saldo, ni una distinción clara con la cuenta simple o de gestión: "la cuenta corriente mercantil en su correcta definición legal exige determinados requisitos dentro de los cuales el de la recíproca recepción o remisión en propiedad entre las partes de cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación o empleo determinado, es el más definitorio. Cuando esas condiciones no se dan, se está frente a una cuenta simple o de gestión, con todos sus matices y consecuencias diferenciales" (CCCom. de Junín, 2-3-89, D. J. 1989-2-50). También se ha subrayado la importancia de las remesas recíprocas en el fallo de la CCCom. de Santa Fe, sala I, 14-4-99, L. L. 2000-C-883.

dero núcleo del concepto legal y se pone de manifiesto por la vocación universal de la cuenta corriente (art. 1431 del Código).

- c) La indisponibilidad de los créditos que constituyen las remesas, por el período hasta la determinación del saldo.
- d) La compensación legal de los créditos y deudas al tiempo de la determinación del saldo¹⁶⁴.

III.3) *Inserción de la cuenta corriente en las clasificaciones de contratos del Código*

El análisis de los artículos 1430 y siguientes permite afirmar que el contrato de cuenta corriente:

- a) Es bilateral y oneroso (arts. 966 y 967 del Código).
- b) Tiene carácter conmutativo (art. 968 del Código)¹⁶⁵.
- c) No se sujeta a forma para su validez (art. 969 del Código).
- d) Es nominado (art. 970 del Código).

Adicionalmente a las categorías expresamente recibidas, la cuenta corriente es un contrato de ejecución continuada y normativo¹⁶⁶, al que se le ha asignado también el carácter *intuitu personae* en atención a la concesión recíproca de crédito que importa¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Contemplando las características de la figura, se ha señalado que el contrato no se agota en una sola actividad, requiriéndose un acuerdo contractual previo, más el ánimo compensatorio, más un conjunto de operaciones, la determinación del saldo y su cancelación: ACOSTA, Miguel A., *Aspectos de la cuenta corriente mercantil*, en L. L. 1998-C-771.

¹⁶⁵ Williams (*Contratos...* cit., t. I, ps. 251 y 252), con cita de Langle, explica la conclusión de manera clara: "oo puede haber aleatoriedad cuando oo aparece, desde la celebración, indeterminación o incertidumbre respecto de lo que sucederá, es decir, en cuanto al efecto (ganancia o pérdida) que se producirá después. Con razón se ha advertido que el hecho de no saberse quién resultará acreedor no envuelve un alea; esto no depende de la suerte o de un acontecimiento incierto, sino de las remesas que se hayan efectuado. Las partes no corren un riesgo".

¹⁶⁶ O, como también se ideotifica a esta modalidad, contrato marco. En otra cuestión, cabe recordar que el Código desterró el binomio consensual/real de la clasificación de los contratos, tema que había suscitado posiciones encontradas en la doctrina nacional respecto de la cuenta corriente mercantil.

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO, *Tratado...* cit., t. III-D, p. 39. En contra, WILLIAMS, *Contratos...* cit., t. I, p. 427. Ver *infra*, comentario al art. 1441, que

IV) Significado de la reforma

La definición hace foco en la reciprocidad de las remesas, su indisponibilidad y compensación al vencimiento. Se establece de ese modo un concepto de la cuenta corriente no bancaria, eliminando las notas del régimen derogado del código de comercio que habían sido objeto de crítica por la doctrina y oscurecido el alcance de esta modalidad contractual.

Art. 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.

I) Resumen

La norma incorpora el denominado principio de afectación general, o vocación universal, del contrato de cuenta corriente, y los límites a la incorporación de créditos.

II) Concordancias

Concepto de cuenta corriente (art. 1430); cláusula "salvo encaje" (art. 1435); embargo en la cuenta corriente (art. 1436); ineficacia de los créditos incorporados a la cuenta corriente (art. 1437).

III) Interpretación de la norma

III.1) Vocación universal del contrato de cuenta corriente

También denominado por la doctrina principio de afectación general¹⁶⁸, el artículo 1431 señala la aptitud de la cuenta corriente para captar la totalidad de las relaciones jurídicas entre las partes.

considera la muerte de una de las partes como un supuesto expreso de extinción del contrato de cuenta corriente.

¹⁶⁸ WILLIAMS, *Contratos...* cit., t. I, p. 295.

Por supuesto, no se trata de una regla absoluta, lo que la referencia a "excepto estipulación en contrario" deja claramente evidenciado.

Pueden plantearse supuestos controvertidos en la relación continuada que supone la cuenta corriente, cuando la cláusula contractual de exclusión no ofrezca una solución unívoca de su lectura, lo que será dirimido conforme las reglas generales de interpretación del contrato, con particular atención —como ocurre en todos los contratos de ejecución continuada— a la conducta previa de las partes¹⁶⁹.

Pero, adicionalmente, debe tenerse en cuenta el contexto de las relaciones económicas entre las partes, y que típicamente la cuenta corriente se relaciona con las actividades profesionales o empresariales de aquéllas.

De allí que relaciones jurídicas claramente ajenas a ese ámbito han de considerarse fuera del alcance de la norma¹⁷⁰.

Respecto de la inclusión expresa de los títulos valores, cabe señalar que no se trata de una circunstancia susceptible de afectar los derechos de un adquirente en los términos de los artículos 1816 y 1819 del Código¹⁷¹.

III.2) Créditos excluidos de la cuenta corriente

Además de las exclusiones pactadas expresamente, o las demás indicadas en el párrafo precedente, la norma prevé que no pueden incorporarse a la cuenta corriente los créditos no compensables o litigiosos.

La solución se explica por la compensación legal (art. 923 del Código) que supone la determinación del saldo de la cuenta corriente

¹⁶⁹ Ver comentario al art. 1067.

¹⁷⁰ Es el caso, por ejemplo, de créditos vinculados a relaciones de familia, o reparación de daños. Que el Código haya abandonado la especificidad propia de la actividad mercantil en pos de una regulación unificada del Derecho Privado no niega la posibilidad de separar las áreas de actuación de la persona, ni el reconocimiento de un ámbito propio de la actividad empresarial (ver comentario al art. 320 del Código). Williams (*Contratos...* cit., t. I, p. 298) afirma que deben asimilarse al deber indemnizatorio las demás situaciones que no son consecuencia de la voluntad de las partes: enriquecimiento sin causa, gestión de negocios y pago indebido.

¹⁷¹ Ver *infra* su comentario. La solución se sigue, además de las reglas propias de la adquisición de títulos valores, del principio de efecto relativo del contrato (ver arts. 1021 y 1022 del Código).

(art. 1430 del Código), la que no podría verificarse para las remesas en las circunstancias indicadas.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1430, apartado IV.

Art. 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.

I) Resumen

La norma establece diferentes plazos y reglas supletorias para la cuenta corriente: períodos de carácter trimestral; término indeterminado para el contrato; renovación y preaviso, y conversión del saldo de un período anterior en la primera remesa del subsiguiente.

II) Concordancias

Concepto de cuenta corriente (art. 1430); resúmenes en la cuenta corriente (art. 1438); cobro ejecutivo del saldo (art. 1440); extinción de la cuenta corriente (art. 1441).

III) Interpretación de la norma

III.1) Reglas supletorias en materia de plazos en la cuenta corriente

El artículo 1432 establece diversas reglas para el contrato de cuenta corriente, con un doble carácter supletorio: son desplazadas —en el orden que sigue— por convención (expresa o tácita) de las partes, o por usos en contrario (art. 1º del Código).

III.2) Períodos del contrato

Es inherente al funcionamiento de la cuenta corriente la existencia de períodos a cuyo vencimiento se compensan los créditos y deudas y se determina el saldo (art. 1430 del Código).

En ausencia de desplazamiento por pacto o usos, el período es trimestral desde el comienzo de la vigencia del contrato.

No hay una exigencia legal de plazo mínimo, ni resulta necesario que los períodos resulten regulares o uniformes durante la vida del contrato.

III.3) Duración del contrato

La norma en análisis prevé dos alternativas, dependientes de la configuración contractual escogida por las partes:

- a) Si el contrato no tiene un plazo de duración, se lo considera a aquél como indeterminado. Y en una previsión consistente con otras disposiciones del Código¹⁷², se admite siempre la posibilidad de rescisión, derecho que cualquiera de las partes puede ejercer con un preaviso no menor a 10 días. En este caso, aunque la

¹⁷² Ver arts. 1183, 1279, 1383, 1491 y 1508. Bajo el Código de Comercio derogado, se señalaba al caso apuntado como una omisión normativa, aunque igualmente aplicable como característica de los contratos de ejecución continuada carentes de plazo (WILLIAMS, *Contratos...* cit., t. I, p. 425).

extinción del contrato se opera por el transcurso de ese plazo, el saldo no resulta exigible hasta la finalización del período en curso.

- b) Cuando el contrato tiene un plazo determinado, se renueva por tácita reconducción (conducta posterior de las partes), lo que responde a la persistencia natural de las operaciones de los contratantes, a menos que una de las partes comunicare su voluntad de no continuación. La cuenta corriente tácitamente reconducida puede ser igualmente extinguida por decisión unilateral, aplicándose en ese supuesto lo indicado en el punto a, precedente.

III.4) *Dinámica del contrato con períodos sucesivos*

La cuenta corriente, en caso de continuar luego de su cierre, no se inicia necesariamente como un contrato nuevo, sino que parte de la situación existente, por lo que su saldo previo se considera la primera remesa del nuevo período.

La solución legal se basa en la voluntad presunta de las partes, y es por ello que la propia norma autoriza una solución diferente por decisión del contratante interesado (art. 1432, inc. d).

IV) Significado de la reforma

Aunque se trata de normas supletorias de la voluntad de las partes, se establecen reglas de funcionamiento de carácter básico sobre aspectos centrales de la cuenta corriente, de manera análoga a lo que hace el artículo 1433 para los intereses, comisiones y gastos.

Art. 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.

I) Resumen

Con carácter supletorio, se considera natural a la cuenta corriente el devengamiento de intereses compensatorios, autorizándose su capitalización en plazos de menos de un período. También se consideran incluidas en la cuenta los créditos (remesas) por comisiones y gastos relacionados con las operaciones inscriptas.

II) Concordancias

Intereses compensatorios (art. 767); anatocismo (art. 770); reducción judicial de intereses (art. 771); intereses en la cuenta corriente bancaria (art. 1398); contenido de la cuenta corriente (art. 1431); plazos en la cuenta corriente (art. 1432); aprobación de saldos en la cuenta corriente (art. 1438); presunción de onerosidad en el mutuo (art. 1527).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Intereses en la cuenta corriente*

De manera consistente con la característica de onerosidad que corresponde a la cuenta corriente y a las operaciones de crédito en el Código¹⁷³, la norma señala que las remesas y los saldos¹⁷⁴ (sean parciales o finales)¹⁷⁵ devengan intereses compensatorios, salvo previsión en contrario¹⁷⁶.

¹⁷³ Ver comentario al art. 1527 (presunción de onerosidad del mutuo).

¹⁷⁴ Aunque con referencias al derogado Código de Comercio, resulta ilustrativa la sentencia de la CNCom., sala A, 7-11-80, L. L. 1981-B-403, que afirmó que en la cuenta corriente mercantil cabe distinguir los intereses del saldo de los intereses que produzcan los valores del débito y crédito. En el primer caso los intereses no integran el saldo de la cuenta, sino que es éste —considerado como capital— el que los genera. En el segundo caso los intereses integran el saldo formando parte de éste como capital. En tal orden de ideas, los intereses de las diversas partidas corren hasta el momento en que se efectúa el cierre y se opera de pleno derecho la compensación de las masas de crédito y débito; desde ese momento corre el interés sobre el saldo.

¹⁷⁵ El derogado art. 785 del Código de Comercio hacía la referencia expresa a los saldos definitivos y parciales, pero la conclusión bajo el Código es análoga. Nótese incluso que se autoriza la capitalización por un plazo inferior al período trimestral.

¹⁷⁶ La cláusula en contrario podrá tener alcance general o particular para algunas remesas.

El interés compensatorio será el determinado por las partes, o en su ausencia la tasa de uso o la legal¹⁷⁷.

En la siempre controvertida cuestión del anatocismo (capitalización de intereses), el artículo 1433 ofrece una solución más flexible que la que se prevé para la cuenta corriente bancaria (capitalización trimestral por defecto: art. 1398): la capitalización puede pactarse, incluso por plazos inferiores a un período¹⁷⁸.

Esa posibilidad, sin embargo, se sujeta al escrutinio judicial en caso de controversia¹⁷⁹, circunstancia frecuente cuando la capitalización se prolonga en el tiempo¹⁸⁰.

Finalmente, cabe señalar que los intereses alcanzados por la redacción legal son los compensatorios, lo que no excluye la posibilidad de pactar otros de naturaleza punitoria, los que de todos modos se devengan aun en ausencia de previsión contractual¹⁸¹.

III.2) *Inclusión de comisiones y gastos relacionados*

El inciso final de la norma prevé, siempre salvo convención en contrario, la inclusión en la cuenta corriente de las comisiones y gastos relacionados con las operaciones inscriptas. Se les asigna a aquéllas el carácter de remesas, con independencia de que jurídicamente puedan calificarse como obligaciones accesorias (art. 856 del Código).

De este modo, queda claro que la inclusión de una remesa en la cuenta corriente no obsta al derecho de una de las partes a percibir la comisión correspondiente o el reembolso de los gastos.

¹⁷⁷ Y en instancia final, será determinada judicialmente: *supra*, comentario al art. 767.

¹⁷⁸ Recuérdese que salvo pacto en contrario, los períodos son trimestrales (art. 1433). La previsión legal es norma especial respecto de la habilitación para convenir la capitalización con una periodicidad no inferior a seis meses (art. 770 del Código).

¹⁷⁹ Ver comentario al art. 771 del Código.

¹⁸⁰ La discusión es frecuente en la más difundida figura de la cuenta corriente bancaria. Sin perjuicio de la remisión al comentario del art. 1398, puede verse PAO-LANTONIO, Martín E., *Capitalización de intereses y cierre de la cuenta bancaria*, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, abril de 2013, p. 261. Allí se refieren diferentes criterios jurisprudenciales y de doctrina que son igualmente aplicables a la figura en análisis.

¹⁸¹ Ver comentario al art. 768 del Código. Y para el régimen de intereses punitivos convencionales, la asimilación del art. 769 con la cláusula penal.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1433, apartado IV.

Art. 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.

I) Resumen

La norma prevé la extensión de la garantía de cada crédito o remesa al saldo, pero sujeta a la conformidad previa del garante.

II) Concordancias

Efecto relativo de los contratos (arts. 1021 y 1022); concepto de cuenta corriente (art. 1430); contenido de la cuenta corriente (art. 1431); garantías en la cuenta corriente (art. 1439).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Mantenimiento condicional de las garantías de los créditos incorporados a la cuenta corriente*

Bajo el régimen derogado, la novación ínsita en la cuenta corriente mercantil llevaba a la conclusión de que las garantías se extinguían con la incorporación de las remesas¹⁸².

Aunque ahora la novación no es una nota de la cuenta corriente¹⁸³, la norma requiere de manera expresa el asentimiento del garante para que la garantía subsista¹⁸⁴. En los *Fundamentos* del Anteproyecto del

¹⁸² Ver WILLIAMS, *Contratos...* cit., t. I, p. 321, y su conclusión en ese sentido, aunque señalando la posibilidad de reserva expresa en los términos del derogado art. 803 del Código Civil (la solución no es equivalente en el Código: el art. 940 exige expresamente el consentimiento del garante).

¹⁸³ *Supra*, comentario al art. 1430.

¹⁸⁴ La solución es diferente a la del Proyecto de Código Civil de 1998, donde las garantías se trasladaban de pleno derecho (art. 1310).

Código se señaló que la solución apuntaba a evitar que los garantes queden "incorporados a una cuenta corriente con título ejecutivo sin haber consentido esa situación".

El argumento podría cuestionarse para los casos en los cuales la garantía tuviera ya el acceso judicial a la vía de apremio, pero de todos modos la letra de la norma es clara¹⁸⁵.

Cabe señalar que si bien el artículo 1434 se refiere a la aceptación previa del garante, nada obsta a que esa conformidad sea otorgada con posterioridad.

IV) Significado de la reforma

La norma constituye un significativo apartamiento de los proyectos precedentes, y aun de las fuentes de Derecho extranjero que inspiraron a aquéllos. Se subraya, de este modo, que la subsistencia de las garantías no es una cuestión ligada necesariamente a la novación o no de los créditos incorporados a la cuenta corriente, sino una decisión del legislador que puede atender al interés del garante, por hipótesis, un tercero contractual (arts. 1021 y 1022 del Código).

Art. 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.

¹⁸⁵ La previsión del Código Civil italiano (art. 1828) es diferente: allí, hasta la concurrencia del crédito garantizado, la garantía se mantiene al cierre de la cuenta.

I) Resumen

La norma generaliza la vigencia de la cláusula "salvo encaje" a todos los créditos contra terceros, salvo pacto en contrario, lo que habilita a realizar un contra asiento en el supuesto de falta de cobro del crédito incorporado a la cuenta corriente.

II) Concordancias

Créditos o valores contra terceros en la cuenta corriente bancaria (art. 1402); concepto de cuenta corriente (art. 1430); contenido de la cuenta corriente (art. 1431); ineficacia del crédito incorporado a la cuenta corriente (art. 1437).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La cláusula "salvo encaje"*

La cláusula "salvo encaje" significa que el crédito contra un tercero ingresa a la cuenta corriente de manera condicionada a su pago.

Se trata de una excepción al carácter de irrevocabilidad de las remesas, que el Código ahora generaliza aun para créditos no instrumentados en títulos valores¹⁸⁶.

III.2) *Excepciones a la cláusula "salvo encaje"*

La norma prevé la convención de las partes como excepción al carácter condicional de la incorporación de la remesa.

Bajo el código de comercio, la doctrina había considerado un apar-

¹⁸⁶ Art. 777, inc. 2° del derogado Código de Comercio. Sobre la norma, se señalaba que "la cláusula 'salvo encaje', llamada también 'salvo ingreso en caja' o 'salvo buen cobro' es una cláusula sobreentendida o imperativa cuando las remesas consistan en valores o papeles de comercio, en especial títulos de crédito, que opera siempre, salvo convención en contrario. Ello significa que si el crédito no puede ser cobrado a su vencimiento, quien recibió el crédito podrá asentar el contra asiento correspondiente, restando de la cuenta el valor que no ha ingresado" (NISSEN, Ricardo, *Consideraciones sobre la cuenta corriente mercantil*, en L. L. 1985-B-22). Se sigue en el Código la solución propuesta por el art. 1311 del Proyecto de Código Civil de 1998, inspirada en el art. 1829 del Código Civil italiano.

tamiento de esa regla para el caso de un título valor transmitido con la cláusula sin garantía¹⁸⁷, solución que estimamos posible en el marco del Código.

III.3) Opciones del receptor de la remesa

El artículo 1435 permite al que recibe la remesa optar por dos alternativas cuando el crédito contra el tercero, exigible, no es satisfecho¹⁸⁸:

- a) Iniciar las acciones para el cobro del crédito, lo que difiere la aplicación de la cláusula "salvo encaje" a las resultas de esas acciones¹⁸⁹.
- b) Efectuar el contra asiento en la cuenta corriente, restituyendo a la otra parte la remesa (con la documentación necesaria para que el receptor pueda iniciar las acciones que le competan).

Sin embargo, la última alternativa no se aplica —conforme la parte final de la norma— si el receptor original de la remesa ha perjudicado el crédito o el título valor remitido.

La solución recoge el principio de que no puede el acreedor por su hecho propio agravar la posición del deudor, y alcanza a cualquier supuesto de dolo o culpa¹⁹⁰.

IV) Significado de la reforma

La norma establece un tratamiento unitario para todos los créditos que se incorporan a la cuenta corriente, superando la especificidad del régimen derogado, limitado a los títulos valores cambiarios.

Art. 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 embar-

¹⁸⁷ WILLIAMS, *Contratos...* cit., t. I, p. 415. Ver *infra*, comentario a los arts. 1826 y 1846 para las garantías de pago en materia de títulos valores.

¹⁸⁸ Si el pago fuera parcial, la remesa deviene definitiva por la cantidad pagada.

¹⁸⁹ Esto es, si las acciones de cobro no prosperan, se mantiene la posibilidad de realizar el contra asiento.

¹⁹⁰ Por ejemplo, la caducidad de derechos o la prescripción del crédito. Ver una situación análoga en materia de títulos valores en el art. 1827 del Código y su comentario.

gante, 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.

I) Resumen

La norma protege el derecho del acreedor de una de las partes del contrato de cuenta corriente que embargue el saldo eventual, impidiendo la aplicación de nuevas remesas luego de la notificación de la medida.

II) Concordancias

Concepto de cuenta corriente (art. 1430); contenido de la cuenta corriente (art. 1431); extinción de la cuenta corriente (art. 1441).

III) Interpretación de la norma

III.1) Dinámica de la cuenta corriente y derechos de acreedores de las partes

Aunque los créditos (remesas) que se incorporen a la cuenta corriente no pueden ser objeto de un embargo¹⁹¹, sí lo es el saldo eventual operada la compensación legal (art. 1430 del Código).

La dinámica propia de la cuenta corriente y la continuidad de débitos y créditos podría tornar ilusorio el derecho del embargante, pero además la medida adoptada es altamente disruptiva del funcionamiento regular de la cuenta corriente.

¹⁹¹ Hasta el final de un período de la cuenta corriente, que genera un saldo por la compensación de las remesas incorporadas, no cabe con propiedad hacer referencia a un "acreedor" o "deudor" de la cuenta corriente, o dicho de otro modo, a la existencia de un crédito (arg. art. 1430 del Código). En doctrina, se ha hecho referencia a la nota de indivisibilidad de la cuenta corriente para negar el embargo de una partida o remesa: WILLIAMS, *Contratos...* cit., t. I, p. 108.

En ese marco es donde encuentra explicación la norma en comentario, que considera las dos circunstancias mencionadas que desarrollamos a continuación.

III.2) *Efectos del embargo del saldo eventual de la cuenta corriente*

La norma presupone la vigencia de un contrato de cuenta corriente, en la cual no existe un saldo verificable al final del período contractual.

Ante el embargo del saldo eventual se prevé:

- a) Una regla de tutela del acreedor embargante: la parte notificada del embargo no puede aplicar nuevas remesas que perjudiquen el derecho del embargante, a partir de la notificación de la medida. Se prohíbe así la incorporación de nuevos créditos que alteren el saldo eventual en detrimento del beneficiario de la medida, aunque se admite la inscripción de remesas existentes, pero pendientes de anotación o registro en la cuenta¹⁹².
- b) Una regla de protección de la parte de la cuenta corriente notificada del embargo: debe comunicar a la otra parte por medio fehaciente la existencia de la medida, y queda autorizado a rescindir el contrato en curso.

IV) Significado de la reforma

La norma ofrece una solución equilibrada de los intereses de las partes de la cuenta corriente ante el embargo de su saldo eventual, mejorando la previsión del código de comercio al no poderse alterar la situación en perjuicio del acreedor embargante.

Art. 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.

¹⁹² El incumplimiento genera una acción de daños y perjuicios, sin que sea necesario, como podía sostenerse para la norma derogada del Código de Comercio, probar la colusión fraudulenta entre las partes de la cuenta corriente.

I) Resumen

La norma autoriza una excepción al principio de irrevocabilidad de la inclusión de las remesas en la cuenta corriente, cuando se presenta un supuesto de ineficacia del crédito incorporado.

II) Concordancias

Ineficacia de los actos jurídicos (art. 382); créditos o valores contra terceros en la cuenta corriente bancaria (art. 1402); concepto de cuenta corriente (art. 1430); contenido de la cuenta corriente (art. 1431); cláusula "salvo encaje" en la cuenta corriente (art. 1435).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Ineficacia del crédito incorporado a la cuenta corriente*

De un modo análogo a lo que el artículo 1435 prevé con la cláusula "salvo encaje"¹⁹³, la norma en comentario autoriza a la modificación de la composición de la cuenta corriente como consecuencia de la ineficacia (lo que comprende las hipótesis de nulidad o inoponibilidad: art. 382 del Código).

De este modo, ante la circunstancia apuntada por el artículo 1437, procederá el contra asiento a efectos de eliminar de la cuenta corriente el crédito ineficaz, como excepción al principio de irrevocabilidad de inclusión de las remesas¹⁹⁴.

IV) Significado de la reforma

Ver comentario al artículo 1435, apartado IV.

Art. 1438 *Resúmenes de cuenta. Aprobación.* Los resúmenes de cuenta que una parte reciba de la otra se presumen aceptados si no

¹⁹³ También relaciona la previsión análoga del art. 1827 del Código Civil italiano con la cláusula "salvo encaje", MESSINEO, Francisco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ejea, Buenos Aires, 1955, t. VI, p. 122.

¹⁹⁴ La norma tiene su fuente en el art. 1313 del Proyecto de Código Civil de 1998, y en instancia final en el art. 1827 del Código Civil italiano.

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.

I) Resumen

La norma establece el procedimiento de aprobación de los resúmenes de cuenta corriente, incluyendo su aceptación tácita y determinación del marco procesal para las eventuales observaciones.

II) Concordancias

Silencio como manifestación de la voluntad (art. 263); resumen en la cuenta corriente bancaria (art. 1403); concepto de cuenta corriente (art. 1430); contenido de la cuenta corriente (art. 1431); plazos en la cuenta corriente (art. 1432); cobro ejecutivo del saldo (art. 1440).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Resúmenes de la cuenta corriente: autonomía de la voluntad*

El contrato de cuenta corriente, con su nota de ejecución continuada¹⁹⁵, supone una relación de las partes que se prolonga en el tiempo, con remesas recíprocas y la existencia de saldos que en su oportunidad podrán ser objeto del procedimiento de cobro previsto por el artículo 1440.

Las inscripciones en cuenta deben ser comunicadas de modo tal que pueda obtenerse la conformidad expresa o tácita de la otra parte, o recibirse las observaciones en los cierres o períodos pactados para el contrato.

La norma no establece un contenido o una periodicidad mínima para los resúmenes de la cuenta corriente, lo que queda deferido a la voluntad de las partes.

¹⁹⁵ Ver comentario al art. 1430 del Código.

III.2) *Comunicación y aprobación de los resúmenes de la cuenta corriente*

Ante la comunicación del resumen de la cuenta corriente —la que podrá hacerse conforme la mecánica establecida por las partes, o en su defecto por los usos aplicables—, se pone en cabeza del destinatario la carga de su análisis y revisión, que podrán ser seguidos o importar una aceptación expresa o tácita, o la existencia de observaciones o impugnaciones.

La aceptación del contenido del resumen se presume en ausencia de observación por el plazo legal, el convencional o el que se siga de los usos como regla supletoria, lo que constituye un supuesto expresamente previsto del silencio como manifestación de la voluntad (art. 263 del Código).

III.3) *Observaciones al resumen. Acción de rectificación de la cuenta corriente*

La existencia de observaciones al resumen es fundamental para el deudor, ya que su ausencia permite la formación del título ejecutivo en los términos del artículo 1440 del Código.

Presentes las observaciones o impugnaciones al resumen comunicado, se permite la apertura de una instancia judicial de revisión a pedido de parte interesada, que la norma reenvía para su trámite a las normas procesales correspondientes.

Como el Código no ha incorporado una previsión de tenor similar al derogado artículo 790 del código de comercio¹⁹⁶, se plantea el interrogante del efecto de la conformidad sobre el saldo del resumen.

Creemos que, aun cuando una regla legal expresa facilitaría la tarea del intérprete, la presunción a que hace referencia el artículo 1438 debe considerarse sujeta a prueba en contrario, por lo que no se cierra la posibilidad de cuestionamiento judicial del saldo.

¹⁹⁶ La norma establecía que “La acción para solicitar el arreglo de la cuenta corriente, el pago del saldo, judicial o extrajudicialmente reconocido, o la rectificación de la cuenta por errores de cálculo, omisiones, artículos extraños o indebidamente llevados al débito o crédito, o duplicación de partidas, se prescribe por el término de 5 (cinco) años. En igual término prescriben los intereses del saldo, siendo pagaderos por año o en períodos más cortos”.

IV) Significado de la reforma

Aun con la omisión apuntada respecto de la acción de rectificación, la norma establece las pautas básicas para la comunicación del resumen de la cuenta corriente, su aceptación expresa o seguida del silencio del destinatario, y el procedimiento para sustanciar las eventuales observaciones.

Art. 1439 *Garantías*. El saldo de la cuenta corriente puede ser garantizado con hipoteca, prenda, fianza o cualquier otra garantía.

I) Resumen

La norma establece un principio de amplia libertad para el otorgamiento de garantías del saldo de la cuenta corriente.

II) Concordancias

Garantías en la cuenta corriente bancaria (art. 1407); contenido de la cuenta corriente (art. 1431); garantía de créditos incorporados (art. 1434); ejecución del saldo deudor de la cuenta corriente (art. 1440); especialidad en cuanto al objeto en los derechos reales de garantía (art. 2189).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Garantías sobre el saldo de la cuenta corriente: sentido de la norma*

Aunque a primera vista la norma pareciera establecer un principio evidente, lo que habilitaría su calificación de superflua, no puede ignorarse la existencia de opiniones diversas de la doctrina y jurisprudencia sobre las denominadas "hipotecas abiertas"¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Para el análisis de la cuestión, puede verse ALEGRIA, Héctor, *Hipotecas abiertas*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 2010-2, ps. 9 y ss., con amplias referencias de doctrina y jurisprudencia; y también BORETTO, Mauricio, *Hipoteca abierta: un tema urticante (con especial referencia a los contratos de cuenta corriente bancaria y cuenta corriente mercantil)*, en L. L. 2002-C-1150.

En ese sentido, se mantiene en la letra la solución del derogado artículo 786 del código de comercio, pero con el nuevo marco legal que ofrece el Código para los derechos reales de garantía, particularmente la regla sobre especialidad del crédito¹⁹⁸. Es de esperar que con la expresa habilitación de las garantías reales de máximo en el artículo 2189 del Código, las discusiones de la doctrina y su reflejo jurisprudencial pierdan la entidad que han tenido hasta el presente¹⁹⁹.

III.2) *Garantías admisibles. Saldo final y saldo parcial de la cuenta corriente*

Como surge con claridad de la parte final de la norma en comentario, sus referencias tienen carácter meramente enunciativo.

De allí que –sujeto al cumplimiento de las reglas legales correspondientes– será válido el otorgamiento de cualquier derecho real de garantía²⁰⁰, o garantía personal diferente de la fianza²⁰¹.

También resulta admisible el fideicomiso de garantía²⁰², o la utilización de títulos valores cambiarios emitidos en garantía, o avalados con esa finalidad.

En todos los casos, es factible el otorgamiento de la garantía antes o después de la existencia de un saldo de la cuenta corriente.

¹⁹⁸ Ver comentario al art. 2189 del Código.

¹⁹⁹ Para la doctrina previa al Código que aceptaba la viabilidad de la hipoteca, la especialidad se satisfacía fijando en la escritura hipotecaria el monto del gravamen, y la accesoriedad, describiendo con precisión en el instrumento constitutivo la causa fuente de la cual resultó el crédito –saldo deudor– que se garantiza, es decir, detallando en el mismo el contrato de cuenta corriente mercantil concertado por las corresponsales (remite y remitido), como así también las operaciones recíprocas que celebrarán a lo largo de tal o cual período, las cuales se desarrollan en el marco normativo convencional fijado en el contrato madre y que serán aquellas que originarán los créditos y deudas que alimentarán, en su caso, el saldo deudor que resulte de la liquidación final (BORETTO, *Hipoteca...* cit.).

²⁰⁰ La doctrina anterior al Código hacía referencia a la anticresis como derecho real de garantía no mencionado expresamente, pero admisible para la cuenta corriente mercantil: FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO, *Tratado...* cit., t. III-D, p. 71.

²⁰¹ Así, por ejemplo, las garantías unilaterales de los arts. 1810 y ss. del Código.

²⁰² Ver comentario al art. 1680 del Código.

Finalmente, aunque el artículo 1439 no contempla de modo expreso la situación del saldo parcial, pensamos que nada se opone a que la garantía se refiera a aquél.

IV) Significado de la reforma

Aunque se mantiene la solución del derogado código de comercio, leído de consuno con el artículo 2189 del Código (derechos reales de garantía), el artículo 1439 adquiere una dimensión distinta de la que su lectura aislada podría sugerir, y evita además su calificación de norma superflua.

Art. 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.

I) Resumen

La norma establece un procedimiento de formación de un título ejecutivo a instancia del acreedor, sea con la aceptación del deudor del saldo, sea por la ausencia de observaciones al saldo notificado fehacientemente por el acreedor.

II) Concordancias

Ejecución del saldo deudor de la cuenta corriente bancaria (art. 1406); contenido de la cuenta corriente (art. 1431); plazos en la cuenta corriente (art. 1432); resúmenes en la cuenta corriente (art. 1438); garantías en la cuenta corriente (art. 1439).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La cuenta corriente y la vía ejecutiva: consideraciones generales*

La existencia de vía ejecutiva hace sin dudas una diferencia sustantiva para las partes de una relación contractual. Aunque constituye en el caso de conflicto una ventaja para el acreedor, es también una circunstancia que beneficia a ambas partes del contrato, ya que disminuye el costo financiero del crédito.

Sin perjuicio de que la materia procesal es en principio ajena a la legislación de fondo, no es hoy objeto de debate la posibilidad de que la normativa sustancial otorgue fuerza ejecutiva a un crédito, como ocurre en el caso en análisis y ha ocurrido en numerosos casos en la normativa nacional.

El código de comercio derogado preveía en su artículo 787 que "El que resulte acreedor por la cuenta corriente, podrá girar contra el deudor por el saldo, y si éste no aceptase el giro, tiene acción ejecutiva para reclamar el pago, salvo los casos del artículo anterior". Esa norma autorizaba al acreedor a crear por un acto unilateral un título ejecutivo, pero sin la claridad suficiente para dar certeza a lo que —en instancia final— es una cuestión ineludible: la existencia de una suma líquida y exigible como recaudo procesal esencial para la ejecutividad querida por el legislador²⁰³.

El Código mantiene en lo sustancial esa solución, pero incorpora reglas específicas que dan mayor certeza al proceso de formación del título ejecutivo.

²⁰³ Sin conformidad sobre el saldo, se señalaba en doctrina como necesario el recurso a un proceso ordinario (en defecto de normas procesales locales que ofrecieran otra solución): FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO, *Tratado...* cit., t. III-D, p. 117.

III.2) *Primer caso: resumen de cuenta conformado por el deudor o reconocido en sede judicial*

El primer supuesto mencionado por el inciso a, del artículo 1440 incorpora, en rigor, dos situaciones diferentes:

- a) El resumen de cuenta con el saldo, en el cual conste la firma del deudor certificada por escribano, hipótesis que se asimila a la prevista en el ámbito procesal nacional en el artículo 523, inciso 2º, del Código Procesal Civil y Comercial²⁰⁴ y en la que procede la vía ejecutiva directa, y
- b) el resumen de cuenta continente del saldo con la firma del deudor cuya firma fuere reconocida judicialmente, lo que implica una habilitación del trámite de preparación de la vía ejecutiva que regulen los diferentes ordenamientos locales²⁰⁵.

La norma, en su literalidad, pareciera permitir el cobro ejecutivo aun cuando existieran objeciones al saldo, ya que no se prevé un período de observaciones como el que corresponde al inciso b, lo que seguramente originará algún debate en la jurisprudencia si se cuestiona el alcance del procedimiento de reconocimiento de firma.

III.3) *Segundo caso: resumen con saldo certificado por contador y sin observaciones del deudor*

En el caso del inciso b, de la norma en análisis, se prevé la conformación de un título ejecutivo complejo, que se integra por:

- a) La certificación notarial de notificación del resumen y saldo de la cuenta corriente;
- b) la verificación del saldo de la cuenta corriente certificado por contador público, y
- c) la constancia notarial de que el deudor no ha observado en el plazo del artículo 1438 el saldo notificado.

²⁰⁴ La norma confiere habilidad ejecutiva al "instrumento privado suscripto por el obligado, reconocido judicialmente o cuya firma estuviese certificada por escribano con intervención del obligado y registrada la certificación en el protocolo".

²⁰⁵ La referencia del art. 1440 a que el reconocimiento puede ser obtenido en forma ficta se corresponde con lo dispuesto por el art. 526 del Código Procesal Civil y Comercial.

La notificación notarial del resumen debe hacerse en el domicilio contractual (o en su defecto, en otro domicilio en donde pueda acreditarse su recepción por el deudor), con la expresa previsión de que se recibirán observaciones en el registro del escribano interviniente.

En este caso, a diferencia del anterior, queda claro que la presencia de observaciones no permite (hasta su desestimación) la vía ejecutiva.

Por último, apuntamos que en nuestra opinión aunque la norma no habilita de modo expreso a la autonomía de la voluntad de las partes, creemos que es posible –siguiendo los lineamientos del artículo 1440 del Código– que aquéllas establezcan reglas particulares para la formación del título ejecutivo.

IV) *Significado de la reforma*

El artículo 1440 del Código mejora la imperfecta previsión del régimen derogado, pero mantiene la decisión del legislador de otorgar la vía ejecutiva para el cobro del saldo de la cuenta corriente. En esa línea, la modificación es valiosa al evitar discusiones que una norma adecuada puede eliminar o al menos reducir. Notamos, no obstante lo dicho, que la reglamentación legal en materia de cuenta corriente no ha introducido las precisiones convenientes acerca del cierre y su comunicación a la contraparte contractual, tema que ha sido muy debatido en la cuenta corriente bancaria, y resuelto por la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial²⁰⁶.

Art. 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;

²⁰⁶ Ver más arriba, comentario al art. 1406.

- 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.

I) Resumen

La norma prevé los diferentes supuestos de extinción del contrato de cuenta corriente, y la habilitación expresa de mecanismos previstos contractualmente a tal fin.

II) Concordancias

Extinción del contrato (arts. 1076 a 1081 y 1083 a 1089); extinción de la cuenta corriente bancaria (art. 1404); extinción por voluntad de uno de los contratantes (art. 1432); embargo del saldo de la cuenta corriente (art. 1436); ejecución del saldo de la cuenta corriente (art. 1440). Ley 24.522, extinción de la cuenta corriente en la quiebra (art. 147).

III) Interpretación de la norma

III.1) Aplicación de las reglas generales en materia de extinción de los contratos

Como se sigue de la referencia del texto a “medios especiales”, la norma se refiere a supuestos particulares de extinción del contrato de cuenta corriente²⁰⁷, que incluyen las previsiones específicas de las partes o legalmente imperativas (art. 1441, inc. d), y no excluyen las reglas generales del Código sobre extinción de los contratos²⁰⁸.

²⁰⁷ Desde la perspectiva práctica, se ha señalado que a la extinción del contrato sigue su clausura o cierre (que impide la incorporación de nuevas operaciones), y luego la liquidación de debe y haber que determina el saldo deudor definitivo (WILLIAMS, *Contratos...* cit., t. I, p. 424).

²⁰⁸ Ver más arriba, comentario a los arts. 1076 y ss.

III.2) Supuestos expresamente contemplados en el artículo 1441 del Código

Analizamos ahora los casos que menciona, en incisos separados, la norma en comentario:

- a) *Quiebra, muerte²⁰⁹ o incapacidad de cualquiera de las partes*: es el supuesto del inciso a, de la norma, coincidente en materia de quiebra con la previsión de la ley especial²¹⁰. Se trata en todos los casos de circunstancias sobrevinientes al contrato, ya que la incapacidad al tiempo de contratar es causa de nulidad del contrato. El único evento de insolvencia de la ley 24.522 que se alcanza es la quiebra, y no el concurso preventivo²¹¹.
- b) *Vencimiento del plazo o rescisión en el contrato con plazo indeterminado, o sin tácita reconducción*: los casos del inciso b, del precepto corresponden a las previsiones sobre plazo de la cuenta corriente en el artículo 1432 del Código. Si el contrato es de plazo indeterminado, cualquiera de las partes puede decidir la extinción con un preaviso no inferior a 10 días, con el diferimiento de la exigibilidad del saldo hasta la finalización del período contractual en curso en ese momento. Para el supuesto de plazo determinado, habrá tácita reconducción salvo la decisión de cualquiera de las partes, lo que también importa la extinción de la cuenta corriente.
- c) *Embargo del saldo eventual*: a diferencia de la genérica previsión del artículo 782 del Código de Comercio derogado a la finalización del contrato cuando cualquiera de los contratantes fuera privado de la administración de sus bienes, el inciso c, de la norma en

²⁰⁹ Aunque para algunos autores la solución legal se explica por el carácter *intuitu personae* del contrato, otros rechazan esa posibilidad: ver más arriba, nota 14 en el comentario al art. 1430.

²¹⁰ Art. 147, ley 24.522: “*Contratos con prestación personal de fallido, de ejecución continuada y normativos*. Los contratos en los cuales la prestación pendiente del fallido fuere personal e irremplazable por cualquiera que puedan ofrecer los síndicos en su lugar, así como aquellos de ejecución continuada y los normativos, quedan resueltos por la quiebra. Los contratos de mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución, quedan comprendidos en esta disposición”.

²¹¹ Ello, ya que el concursado mantiene la administración de sus bienes: WILLIAMS, *Contratos...* cit., t. I, p. 428.

comentario se refiere a la rescisión que puede ser resuelta por el cuentacorrentista en el caso de embargo del saldo eventual²¹².

- d) *Ausencia de operaciones por las partes*: la previsión del inciso d, del artículo 1441 ofrece una mejor técnica legislativa y mayor claridad que la referencia del derogado artículo 783 del Código de Comercio²¹³. Salvo pacto en contrario, la inactividad por dos períodos contractuales o un año (lo que fuera menor) extingue el contrato de pleno derecho.
- e) *Otras causas convencionales o de origen legal*: como en la mayoría de las normas de la cuenta corriente previstas por el Código, el inciso e, del artículo 1441 autoriza a las partes a establecer reglas convencionales, en este caso para la extinción del contrato. Adicionalmente, se aplican las normas de leyes especiales, que la norma deja en claro que no son tácitamente derogadas²¹⁴.

IV) Significado de la reforma

El Código presenta con una mayor claridad que su fuente los casos de extinción del contrato de cuenta corriente, evitando referencias genéricas o imprecisas, y dejando a salvo el rol de la autonomía de la voluntad y aplicación de normas especiales.

CAPÍTULO 16

CONTRATOS ASOCIATIVOS

Introducción. Los contratos asociativos en los

Fundamentos de la Comisión de Reforma

Importancia. Necesidad de su regulación. 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

²¹² *Supra*, comentario al art. 1436.

²¹³ Norma que establecía que "La cuenta corriente termina en definitiva, cuando no debe ser seguida de ninguna operación de negocios, y parcialmente, en el caso inverso".

²¹⁴ WILLIAMS, *Contratos...* cit., t. I, p. 429, menciona a la transferencia del fondo de comercio como un supuesto de extinción adicional.

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. 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, ya que no existe disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica.

Características. El contrato asociativo es un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no es sociedad.

Antecedentes. En Argentina se sancionó la ley 22.903 de 1983, en la que se regulan las uniones transitorias de empresas y las agrupaciones de colaboración. Ambas se basan en la integración de recursos complementarios para la adquisición inmediata y a título originario de beneficios derivados de dicha integración.

En materia de contratos asociativos y reformas a la ley de sociedades, los Proyectos de 1993 (CF), así como el de 1998, contienen esta regulación.

En este Anteproyecto 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 incluyen dentro del Código Civil el tratamiento del negocio en participación, las agrupaciones de colaboración y las unio-

nes 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 (artículos 367 a 383 introducidos por la reforma de 1982), precisamente porque son contratos y no sociedades. 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 como la doctrina tipifica, en general, a las hoy llamadas "sociedades en participación".

Regulación. Disposiciones generales. Hay una primera sección sobre disposiciones generales que establece reglas muy importantes para resolver discusiones doctrinales.

Se dispone que:

- Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad.
- Los contratos legislados en este Capítulo no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho.
- No se les aplican las normas sobre la sociedad.
- 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.

También se resuelve el problema de la representación. 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.

En estos contratos hay libertad de formas y libertad de contenidos.

Negocio en participación. El negocio en participación tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cum-

plirse 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. Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones sólo respecto del gestor. La responsabilidad de éste es ilimitada.

El 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.

Para estos supuestos se regula el derecho de información, rendición de cuentas, y la regla de que las pérdidas que afecten al partícipe no pueden superar el valor de su aporte.

Agrupaciones de colaboración. 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. En estos contratos es relevante que:

- 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.

Se fijan reglas para la forma, contenido, resoluciones, dirección, administración, fondo común operativo, estados de situación y los modos extintivos.

Es importante que los participantes respondan 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.

Uniones transitorias. 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.

Se disponen reglas para la forma, contenido, representante, inscripción registral, acuerdos, quiebra, muerte o incapacidad.

Se consagra la regla de la 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.

Consortios de cooperación. 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.

En la normativa se siguen las disposiciones de la ley 26.005.

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 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.

I) Resumen

Diferenciación entre los contratos asociativos y la sociedad. Ausencia de personalidad jurídica y tratamiento de sujeto de derecho.

Inaplicabilidad de las reglas atinentes a los contratos asociativos a la comunión de derechos reales y a la indivisión hereditaria.

II) Concordancias

Contratos asociativos (arts. 1443 a 1447); negocio en participación (arts. 1448 a 1452); agrupaciones de colaboración (arts. 1453 a 1462); uniones transitorias (arts. 1463 a 1469); consorcios de cooperación (arts. 1470 a 1478).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La regulación sistemática de los contratos de colaboración asociativa*

El Capítulo 16 está destinado a los contratos de colaboración asociativa. En la sección primera se fijan las reglas generales, que son muy importantes, no sólo para ser aplicadas en las figuras especiales que se regulan dentro del capítulo, sino también para diferenciarlas de otras existentes en el sistema.

El artículo 1442 dice que estas normas se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad. Asimismo dispone que a estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, y que 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.

Este texto tiene una relevancia decisiva en el sistema con la finalidad de distinguir: a) contratos de cambio y de colaboración, y b) contratos con finalidad asociativa y contratos de sociedad.

Los vínculos de colaboración son muy importantes en el campo empresarial, porque permiten un alto grado de dinamismo y flexibilidad mediante alianzas tácticas o estratégicas entre empresas. Pueden cooperar en obtener información (estudios de mercado), en comprar o vender, en investigar, en participar en los negocios recíprocos, en in-

versiones específicas, todo ello sin que se constituya una sociedad²¹⁵. También lo son en la actividad profesional²¹⁶.

En la historia legislativa hubo un predominio del modelo del contrato de cambio, que no se ajusta al de colaboración, y que este Código viene a solucionar con la finalidad de dar comprensión normativa a toda una nueva realidad.

Por otro lado, ese modelo legislativo tradicional se basó en la sociedad, y todos los vínculos que no eran de cambio eran considerados societarios, por analogía. Ello generó numerosas dificultades en materia tributaria, responsabilidad laboral, civil, etcétera, que no terminó de solucionar ni siquiera la ley especial.

En efecto, al sancionarse la ley 22.903 de 1983, hubo un gran avance al reconocer las uniones transitorias de empresas y las agrupaciones de colaboración, que no son sociedades. Sin embargo, esta norma funcionaba dentro de un sistema que continuaba con la tradición basada en la prevalencia del modelo societario y las presunciones consiguientes.

El gran cambio que introduce este Código es el reconocimiento sistemático de una categoría de contratos de colaboración asociativa no societaria²¹⁷.

III.2) *La colaboración asociativa dentro del Código*

Existen distintos vínculos en los que hay colaboración entre las partes, que tienen diferentes finalidades típicas que el Código distingue.

III.2.A) *El deber colateral de colaboración*

En numerosos contratos de cambio existe colaboración, pero no hay finalidad común ni interés compartido, sino un deber colateral de las obligaciones de una de las partes, hacia la otra. En la compraventa, por ejemplo, hay una finalidad de cambio, lo que no quita que haya deberes secundarios de colaboración.

²¹⁵ Conf. LORENZETTI, *Tratado de los contratos, Parte especial*, ps. 241 y ss.

²¹⁶ Cfr. LORENZETTI, *La empresa médica*, ps. 28 y ss.

²¹⁷ Conf. LORENZETTI, *Vínculos asociativos entre pequeñas y medianas empresas*, en L. L. 2001-B-961.

III.2.B) *La colaboración gestoría*

En la colaboración gestoría, el titular del interés delega en otro la ejecución de un acto jurídico (mandato) o material (locación de obra). Hay una parte que es el titular del interés, que busca la colaboración de otro para el que no desea hacer por sí mismo; delega en un mandatario, en un comisionista, en alguien que hace una obra o un servicio. La casa, el cuadro, la curación de una enfermedad, la defensa de un pleito, la elaboración de un programa de computación constituyen objetivos que persigue quien formula el encargo. En razón de su complejidad técnica o de la imposibilidad física o simplemente por falta de experiencia lo encarga a otro. El objeto de la obligación está constituido por una prestación que responde a un interés. Ese interés es fijado por el que encarga, mientras que el que realiza el encargo, en razón de la discrecionalidad técnica que se le reconoce, diseña el cómo llevarlo a cabo.

No se comparte un interés ni hay una finalidad común.

III.2.C) *La colaboración societaria*

En la colaboración societaria ambas partes comparten un fin y se aúnan para lograrlo. El modo más conocido es la integración total bajo la forma societaria, en la que se disuelve la individualidad de los sujetos frente al tercero que contrata, puesto que las declaraciones de voluntad de los sujetos se sitúan todas de un mismo lado, destinadas a la satisfacción de un mismo interés, y detrás de una persona jurídica distinta.

En este sentido, puede decirse que es un acto prenegocial, puesto que analizado en el intercambio de bienes y servicios, un grupo de personas se reúne en sociedad para constituir una parte, que vende o que compra o presta servicios en el mercado para terceros; es previo al negocio que la sociedad celebrará con terceros.

En cambio, en los contratos de colaboración asociativa no societaria, si bien hay coordinación y un interés común, no hay integración total, sino parcial.

III.2.D) *La colaboración asociativa: el contrato asociativo*

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 gestoria. 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.

La colaboración asociativa puede instrumentarse mediante el negocio en participación, la agrupación de colaboración, la unión transitoria o el consorcio de cooperación. Hay libertad de formas (art. 1444) y de contenidos (art. 1446).

Estos contratos pueden ser plurilaterales y en tal caso requieren el consentimiento de todos los interesados (art. 977), excepto que la convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido. En el caso de la nulidad tienen reglas especiales (art. 1443), así como en la actuación (art. 1445), y se le aplican supletoriamente las normas de los contratos bilaterales (art. 966). Esta aplicación supletoria es limitada porque no hay obligaciones correlativas como en los bilaterales, sino que cada parte adquiere derechos y obligaciones respecto de todos los demás. Por otra parte, las prestaciones pueden ser de muy distinto valor, por lo que no rige el concepto de equivalencia y corresponsabilidad propia de los contratos de cambio.

III.3) *Los contratos asociativos no dan lugar a una sociedad, ni se les aplican las normas sobre sociedades*

El párrafo segundo del artículo 1442 ratifica un concepto que se encuentra implícitamente adelantado en la parte final del párrafo primero ("...que no sea sociedad..."). En efecto, prescribe aquel párrafo que por medio de los contratos asociativos regulados en los artículos 1448 a 1478 no se constituyen sociedades, restando igualmente inaplicables las normas sobre la sociedad.

De tal suerte, más allá de toda discusión acerca de si una sociedad es o no un contrato asociativo²¹⁸, el Código se pronuncia categóricamente

²¹⁸ MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial* cit., t. IV, p. 536, N° 138, incluye dentro de la categoría de los contratos asociativos a las sociedades en sus varias subespecies. En el mismo sentido se pronuncia RICHARD, ob. cit., ps. 66 y ss.

amente por descartar esa posibilidad respecto de las figuras contempladas en los artículos 1448 a 1478; cabe interpretar que tal solución subsiste incluso cuando, en ejercicio de la libertad de configuración interna, las partes suscribieran contratos asociativos con un contenido distinto al determinado en tales preceptos (art. 1446). En ningún caso, en efecto, habrá sociedad, y ello, valga señalarlo, con todas las consecuencias implicadas a partir del hecho de que la constitución societaria hace nacer un sujeto de derecho con personalidad jurídica distinta de la de sus socios (art. 2° de la ley 19.550), lo que en las especies aquí consideradas no acontece.

Es que, como lo explica autorizada doctrina²¹⁹, las diferencias entre una sociedad y los contratos de que se trata son nítidas: a) en las sociedades la relación sinalagmática se establece entre las partes y también entre cada una de ellas y el sujeto societario, quien es destinatario de las prestaciones comprometidas. En cambio, en los contratos asociativos o de colaboración, no hay sujeto que surja del contrato, por lo que la relación sinalagmática sólo existe entre los miembros; b) en las sociedades rige un principio técnico del Derecho Societario, como es el organicismo, que regula la expresión de voluntad del ente (los sujetos que expresan la voluntad de la sociedad son órganos de ella). En cambio, en los contratos asociativos o de colaboración no hay organicismo alguno, sino que la actuación común se perfila bajo las reglas del mandato y la representación; c) las sociedades tienen un patrimonio propio. En cambio, en los contratos asociativos o de colaboración la eventual formación de un fondo común operativo, no determina el nacimiento de un patrimonio diferenciado del de sus miembros; d) en las sociedades, la gestión de patrimonio y la actividad empresaria es inescindiblemente común, al punto que los socios no pueden asumir en forma separada una parte de la actividad. No sucede lo mismo en los contratos asociativos o de colaboración, en los que coexisten actividades empresarias separadas que confluyen sólo en alguno de sus aspectos; e) en las sociedades, las pérdidas y los beneficios son, respectivamente, soportadas o compartidos en común (art. 1° de la ley 19.550). En cambio, en los contratos asociativos o de colabo-

²¹⁹ MANÓVIL, ob. cit., Cap. IV-C.

ración, la actividad en común puede derivar en pérdida o ganancia para una de las partes, no compartidas en igual medida con relación a otra u otras, y f) las sociedades están sometidas al principio de tipicidad (art. 1º de la ley 19.550). En cambio, en los contratos asociativos o de colaboración dicho principio no rige, teniendo las partes amplia libertad de configuración interna (art. 1446).

Con más detalle, cabe decir:

- a) El negocio en participación (arts. 1448 a 1452) no es sociedad porque le faltan tres notas fundamentales de esta última. La primera: que el partícipe entrega al gestor una aportación que no se incorpora a un patrimonio común, como sería en la sociedad, sino que ingresa al patrimonio personal de dicho gestor. La segunda: que el negocio en participación no crea sujeto de derecho nuevo alguno²²⁰, de modo tal que carece de denominación y de domicilio social²²¹. La tercera: que en el negocio en colaboración no está presente la *affectio societatis* o el *ius fraternitatis* peculiar de la sociedad²²².
- b) La agrupación en colaboración (arts. 1453 a 1462) y las uniones transitorias (arts. 1463 a 1469) tampoco dan lugar a la formación de una sociedad. En efecto, entre sus participantes no se establece una relación jurídica como la que hay entre socios o entre éstos y una sociedad; no hay organicismo alguno; el riesgo o el alea negocial no es necesariamente común, etcétera²²³. Por lo demás, la terminante declaración del artículo 1442 permite

²²⁰ GARRIGUES, Joaquín, *Tratado de Derecho Mercantil*, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1963, t. III, vol. I, p. 190, N° 1078; VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Cooperativas Artes Gráficas San José, Valencia, 1982, t. 2, ps. 344/342.

²²¹ LANGLE Y RUBIO, Emilio, *Manual de Derecho Mercantil español*, Bosch, Barcelona, 1959, t. III, p. 336.

²²² CNCom., sala A, 1-4-86, "Calzeta, Antonio c/Coordinadora de Servicios", E. D. 123-387; URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1988, p. 455, N° 486.

²²³ ZALDÍVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael M. y RAGAZZI, Guillermo E., *Contratos de colaboración empresarial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, ps. 98/99; ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales, comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. IV, ps. 842/843.

inferir una voluntad legislativa, cierta y concreta, que descarta las interpretaciones de un sector de la doctrina proclives a ver en estos casos expresiones de un fenómeno societario²²⁴.

- c) Los consorcios de cooperación, de su lado, no catalogan como sociedades en función de sus características propias, las que serán examinadas en la anotación al artículos 1470 y siguientes. Cabe observar aquí, a todo evento, que con la sanción de la ley 26.005 y pese a la declaración negativa contenida en su artículo 2º, un sector de la doctrina entendió que el consorcio de cooperación daba lugar a la formación de una sociedad, a tal punto que de acuerdo al artículo 6º *in fine* de esa ley, la falta de inscripción del contrato de constitución hacía aplicables las reglas de la sociedad de hecho²²⁵. Empero, la letra del artículo 1442 y la inexistencia en los artículos 1470 a 1478 del Código de una previsión como la del artículo 6º *in fine* de la ley 26.005, cierra la puerta a una consideración societaria de la figura.

III.4) No son personas jurídicas

En el Derecho Comparado no hay una única respuesta en punto a otorgar o no personalidad jurídica a los contratos asociativos.

En Francia, por ejemplo, la ordenanza 67/821 del 23 de septiembre de 1967 concede *personnalité morale* a los agrupamientos de interés económico (*groupements d'intérêt économique*) a partir del día que se matriculan en el Registro Público de Comercio, sin que dicha matriculación importe presunción de ejercicio del comercio (art. 3º)²²⁶.

²²⁴ NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales, comentada, anotada y concordada*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, t. 5, ps. 226/229, N° 776; VERÓN, Alberto V., *Tratado de los conflictos societarios*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II, p. 839.

²²⁵ YMAZ VIDELA, Martín R., *Los "consorcios de cooperación", ¿son personas jurídicas?*, en L. L. 2005-C-963.

²²⁶ RIPERT, Georges y ROBLOT, René, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, L. G. D. J., Paris, 1986, t. I, ps. 153/154, N° 235; GUYENOT, Jean y KLEIDER-MACHER, Arnoldo, *Los agrupamientos empresariales y de colaboración*, Ábaco, Buenos Aires, 1985, ps. 58/59.

Diversamente, en España las llamadas "uniones temporales de empresas", que surgen de los contratos de colaboración entre empresas, de carácter temporal, tipo asociativo y que dan lugar a una organización, carecen de personalidad jurídica (art. 7º de la ley 18/1982 del 26-5-82, modificada por la ley 12/1991)²²⁷.

El nuevo Código se ha inclinado por declarar expresamente que en mérito a los contratos asociativos no se constituyen personas jurídicas, definición que, valga señalarlo, no estaba presente en el Proyecto de 1998 (art. 1333).

Tal solución separa a las figuras contractuales reguladas en los artículos 1448 a 1478 de las personas jurídicas tipo asociación y de las particularidades propias que distinguen a estas últimas²²⁸, e importa una decisión de política legislativa o de técnica jurídica impulsada por la necesidad de establecer una diferenciación tajante con esquemas de tipo societario, a fin de crear figuras diferenciadas de la sociedad que permitan que la imputación de los derechos y obligaciones que se contraigan o adquieran recaigan directamente sobre uno o más de los partícipes del respectivo contrato, facilitando de esta forma un grado de integración menor al tradicional esquema societario²²⁹.

En otras palabras, la consecuencia más visible de no considerar a los contratos asociativos como personas jurídicas estriba en no constituirlos en centros de imputación jurídica diferenciada de quienes aparecen como contrayentes. Toda imputación jurídica (deuda, obligación, responsabilidad, etc.) siempre estará referida a dichos contrayentes en las condiciones que marca la ley.

De ahí, por ejemplo, que la ausencia de personalidad jurídica

²²⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, t. I, ps. 572/573.

²²⁸ Sobre la persona jurídica tipo asociación y sus notas distintivas véase: DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1984, ps. 275 y ss.

²²⁹ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 79. Con la definición dada en este punto por el art. 1442 quedan superadas las interpretaciones de cierta doctrina proclives a admitir la presencia de una personalidad jurídica. Conf. NISSEN, ob. cit., t. 5, ps. 229/231, Nº 777; VERÓN, ob. cit., t. II, p. 839.

determine que estas figuras jurídicas no puedan ser declaradas en concurso preventivo o quiebra²³⁰.

Lo anterior, por cierto, no impide la llamada "personalización" a los fines fiscales de las estructuras jurídicas de que aquí se trata. Es que las leyes tributarias superan las nociones del Derecho Privado en cuanto a la designación de quienes pueden ser titulares pasivos de las relaciones jurídicas que regulan²³¹.

III.5) *No son sujetos de derecho*

Determina el artículo 1442 que los contratos asociativos tampoco pueden ser considerados "sujetos de derecho", repitiendo lo que igualmente decía el artículo 1333 del Proyecto de 1998.

Se trata de una reafirmación, tanto de la inexistencia de una sociedad cuanto de la ausencia de personalidad jurídica, en lo que se refiere a los contratos asociativos en sus distintas modalidades.

En efecto, decir que no son "sujetos de derecho" (expresión que es única en el Código) importa confirmar que, a diferencia de lo que ocurre con las sociedades, no hay en los contratos asociativos creación de un ente diverso a los otorgantes, ni nacimiento de un diferenciado centro de imputación jurídica. La determinación legal es pues, en tal sentido, claramente opuesta a la que resulta del artículo 2º de la ley 19.550²³².

III.6) *Inaplicabilidad de las reglas a las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria*

El último párrafo del artículo 1442 dispone:

²³⁰ CNCom., sala B, 24-9-86, "Agrupación Alcornia s/Pedido de quiebra por Oddino".

²³¹ BENITES, Manuel M., *La personalidad fiscal: estudio de su significado y contenido a través del caso de las uniones transitorias de empresas*, en E. D. 199-535.

²³² Tampoco se crea una nueva forma societaria carente de personalidad jurídica, pues se quiso, negando el mecanismo técnico de la condición de sujeto de derecho, evitar que las relaciones jurídicas externas entabladas en el mundo de la actividad económica se vieran dificultadas por la inseguridad de una imputación diferenciada de esa actuación (conf. CNCom., sala B, 29-6-2001, "José Rodríguez Carrera e Hijos SA s/Concurso preventivo s/Incidente de revisión por Banco de la Provincia de Santa Cruz").

a) *La inaplicabilidad de las disposiciones sobre contratos asociativos o sociedades a las comuniones de derechos reales.*

La restricción se vincula al caso de pluralidad de titulares de un derecho real sobre un mismo objeto o de concurrencia de derechos reales sobre un mismo objeto. Más ampliamente, se relaciona con la comunidad de derechos reales, que se da siempre que dos o más personas aparezcan como titulares de un derecho real que por su contenido sólo admite el ejercicio por parte de una sola persona, en cuyo caso habrá de considerarse, o bien que se está en presencia de un derecho real distinto al exclusivo, o bien que queda configurada una situación especial de ese derecho real exclusivo²³³.

La especificidad de las antedichas situaciones, que las aleja notoriamente de los contratos asociativos y de las sociedades, es la que justifica la imposibilidad de recurrir a las normas que gobiernan a estas figuras.

b) *La inaplicabilidad de las disposiciones sobre contratos asociativos o sociedades a la indivisión hereditaria.*

La comunidad que se configura cuando dos o más herederos son llamados a adquirir una misma herencia (comunidad hereditaria), está sujeta mientras perdure el estado de indivisión (es decir, desde la muerte del causante hasta la partición, si no hay administrador designado; art. 2323) a reglas especiales que conciernen a los actos conservatorios, de administración y disposición, uso y goce de bienes, frutos, etcétera, a las cuales inexcusablemente los herederos deben someterse (arts. 2324 a 2329).

Tales reglas desplazan a cualesquiera otras y, por tanto, así también las referentes a los contratos asociativos y sociedades, cuyas soluciones dada la distinta naturaleza de los institutos jurídicos involucrados son, por lo demás, completamente inadecuadas para regular las cuestiones que pudieran suscitarse entre los integrantes de la comunidad hereditaria en tanto subsista el estado de indivisión.

Tal la *ratio legis* del artículo 1442, último párrafo.

²³³ GATTI, Edmundo, *Teoría general de los Derechos Reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 168.

IV) Significado de la reforma

En los artículos 1442 a 1447 se determinan reglas generales atinentes a los contratos asociativos, que imponen unidad de criterio en los llamados negocios de colaboración, organización o participación, dominados todos por una misma causa fin que no es la propia de una sociedad, ni la de un contrato bilateral de prestaciones recíprocas.

Art. 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.

I) Resumen

Nulidad, resolución por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento de los contratos asociativos por causa que afecta o involucra a una de las partes. Mantenimiento del contrato con relación a los demás, salvo el caso de prestación esencial para la realización del objeto del contrato.

II) Concordancias

Contratos asociativos, normas aplicables (art. 1442).

III) Interpretación de la norma

III.1) Generalidades

La pluralidad de partes que se da en los contratos con comunidad de fin determina soluciones particulares en dos áreas sensibles: 1) la de la nulidad del contrato por causa que afecta a una de las partes, pero no a las demás, y 2) la del incumplimiento del contrato por una de las partes, no habiéndolo de las demás.

Éstos son los aspectos que regula el artículo 1443 con relación a los contratos asociativos previstos por los artículos 1448 a 1478, es-

tableciendo soluciones que, sustancialmente, coinciden con las previstas en el Código Civil italiano de 1942 para la generalidad de los contratos plurilaterales. En efecto, dicho Código europeo prevé normas sobre nulidad (art. 1420), anulabilidad (art. 1446) y resolución por incumplimiento de los contratos plurilaterales (art. 1459), que se fundan en el principio –contenido en el artículo 1443 en comentario– de que los hechos que afecten a uno de los vínculos no repercuten sobre la totalidad del contrato, salvo que dicho vínculo deba considerarse esencial para la economía del negocio²³⁴.

En otras palabras, se entiende que si la causa de nulidad o el interés en la resolución afecta a uno o más sujetos cuya participación no es esencial para la consecución del fin propuesto, la nulidad y la resolución puede limitarse al vínculo de los demandados, sin extenderse al resto de los participantes del contrato²³⁵. Es que en los contratos plurilaterales, la defección de una o más de las varias partes no importa necesariamente, como en el negocio con intereses contrapuestos, la imposibilidad de lograr igualmente el fin común; ello salvo cuando la participación afectada esté ligada por un nexo indisoluble al concurso de todas las demás²³⁶.

La operatividad de las soluciones que ofrece el artículo 1443 del Código supone, ya que así lo dice el precepto, un contrato asociativo con más de dos (2) partes, es decir, al menos tres. No dándose tal pluralidad mínima, las soluciones del artículo 1443 quedarían excluidas y, en su reemplazo, no habría otra solución que hacer jugar, en lo pertinente, las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos (arts. 386 a 392), o bien sobre resolución por incumplimiento (arts. 1083 y conss.). Sin embargo, si las soluciones establecidas por el artículo 1443 se encuentran fundadas, como no es discutible, en la existencia de una pluralidad de partes del contrato y la pluralidad, desde el punto de vista funcional, puede existir incluso cuando únicamente hay dos partes (véase, en tal sentido, la anotación al art. 1442),

²³⁴ BIANCA, ob. cit., t. III, p. 78, N° 22.

²³⁵ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial (Introducción. Teoría del contrato)* cit., p. 141, N° 26.

²³⁶ BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 228, N° 38.

nada impide interpretar que, excepcionalmente, podrían dichas soluciones igualmente ser aplicables en el indicado escenario bilateral, pues así lo imponen las características propias de estos particulares contratos en donde la condición final prevista por el artículo 1443 (que la prestación sea necesaria para la realización del objeto) puede estar presente no sólo en la hipótesis de un contrato con tres o más partes, sino incluso cuando hubiera solamente dos.

Por lo demás, una remisión al régimen general de las nulidades de los actos jurídicos, o al de la resolución de los contratos por incumplimiento, podría tener con relación a los contratos plurilaterales de que se trata, consecuencias tan graves para su régimen y para los intereses económicos involucrados como las que se producirían, por ejemplo, si se aplicara el régimen de la nulidad clásica del Derecho Civil a las sociedades comerciales. En este orden de ideas, no es ocioso recordar que la comisión redactora de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 tuvo expresamente en cuenta la imposibilidad de aplicar el régimen civil de las nulidades al contrato de sociedad, como consecuencia de su naturaleza de contrato plurilateral de organización, inclinándose, entonces, por la necesidad de una regulación propia y específica²³⁷.

III.2) *Nulidad del contrato asociativo por causa que afecta a una de las partes*

El régimen de nulidad de los contratos plurilaterales puede ser encarado desde dos ángulos: el que concierne al vínculo de las partes y el que toca al contrato en sí mismo. En efecto, según la doctrina general en materia de contratos bilaterales, si la voluntad de uno de los contratantes estuviese viciada por error, dolo o violencia, todo el contrato queda afectado por el vicio. Pero en los contratos plurilaterales, no ocurre así, precisamente porque la pluralidad de partes permite discriminar los aspectos que atañen a la forma y validez

²³⁷ Arts. 16 y ss. de la ley 19.550 y parte pertinente del Informe de la Comisión redactora. Conf. OTAEGUI, Julio C., *Invalidez societaria*, Ábaco, Buenos Aires, 1978, ps. 109 y ss.

de las manifestaciones de voluntad de cada contratante, de los relativos al contrato en su conjunto²³⁸.

El primer aspecto (vínculo de las partes) es el resuelto, en primer término, por el artículo 1443 al decir que "...la nulidad del contrato respecto de una de las partes no produce la nulidad entre las demás [...] excepto que la prestación [...] respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato..."

Esta solución, que importa —cumpliéndose la condición *sine qua non* indicada— la subsistencia del contrato asociativo pese a la nulidad que lo afecta por causa relativa a una de las partes, es sustancialmente idéntica a la que resulta de los artículos 1420 y 1446 del Código Civil italiano de 1942 que regulan, respectivamente, los supuestos de nulidad y de anulabilidad del contrato plurilateral por vicios en las adhesiones individuales, es decir, en un sentido subjetivo, sin que la pertinente declaración necesariamente haga caer por entero al contrato²³⁹. En este sentido, dice el primero (art. 1420) que "...en los contratos con más de dos partes en los que las prestaciones de cada una de ellas van dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte el vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del contrato, salvo que la participación de ella deba considerarse, de acuerdo con las circunstancias, como esencial..." Por su parte, el artículo 1446 establece una regla semejante al prescribir que "...en los contratos indicados en el artículo 1420 la anulabilidad referente al vínculo con una sola de las partes no importará la anulación del contrato, salvo que la participación de ésta deba considerarse, de acuerdo con las circunstancias, como esencial..."

Como se aprecia, las transcritas reglas jurídicas del Derecho italiano, parten de la base de que la ausencia de capacidad para otorgar el acto o el vicio de voluntad que afecte la adhesión, no hace caer a todo el contrato plurilateral, sino que éste mantiene su validez en tanto la participación de la parte afectada no sea esencial, es decir, mientras

²³⁸ FONTANARROSA, Rodolfo, *Derecho Comercial argentino. Doctrina general de los contratos*, Zavallia, Buenos Aires, 1969, p. 144.

²³⁹ BARBERO, *Sistema del Diritto Privato italiano* cit., t. I, p. 493, N° 295, punto III, y N° 296, punto VII.

el contrato pueda seguir cumpliendo su finalidad. Esta última condición establecida en el Derecho italiano es, a todas luces, sustancialmente idéntica en su proyección jurídica a la fijada en la parte final del artículo 1443 que se comenta cuando alude a la prestación necesaria para la realización del objeto del contrato.

Pues bien, sobre este punto, Ascarelli señala —con palabras que sirven para explicar los alcances de dicha condición fijada por el artículo 1443 *in fine*— que la esencialidad del vínculo de una de las partes puede proponerse bajo el perfil de lo alcanzable que sea el objetivo común o bajo aquello de lo que es *intuitu personæ*, aunque advierte que en este segundo caso se puede genéricamente hablar de imposibilidad de conseguir el objetivo común, dada la esencialidad subjetiva de la participación de la parte²⁴⁰.

La solución anterior es la admitida también por nuestra doctrina: en los contratos plurilaterales los vicios del consentimiento afectan la adhesión de quien los sufre, pero no invalidan el acto con relación a los demás adherentes, en tanto sea posible lograr el cumplimiento del objetivo o finalidad común perseguida por los demás contratantes²⁴¹.

Es de observar que el problema de la esencialidad del incumplimiento también puede ser visto a la luz del artículo 1084 del Código.

Considerando, ahora, el régimen de nulidad no ya con relación a las partes, sino en relación al contrato mismo, cabe decir que ello se vincula a los vicios de su constitución, verbigracia, los vicios que afecten el orden público, la moral o las buenas costumbres, al objeto del contrato (arts. 1003, 1004 y cons.) o su causa (arts. 1012 a 1014).

III.3) Resolución del contrato asociativo por causa de incumplimiento de una parte

Prescribe el artículo 1443 del Código que "...el incumplimiento de una [...] no excusa el de las otras, excepto que la prestación de

²⁴⁰ ASCARELLI, ob. cit., ps. 325 y ss., esp. ps. 343 y 345/349.

²⁴¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Teoría general del contrato*, Orbir, Santa Fe, 1970, p. 60; BELLUSCIO, Augusto y ZANNONI, Eduardo, *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 727.

aquella que ha incumplido [...] sea necesaria para la realización del objeto del contrato...”

Bien se aprecia, la norma está aludiendo a la resolución por incumplimiento de una de las partes, señalando que, en esa situación, las demás deben cumplir, o sea, no pueden resolver, y que sólo les está dado no cumplir, resolviendo el contrato, cuando la prestación del que incumplió es necesaria (esencial) para la realización del objeto del contrato.

En efecto, tal como lo destaca Fontanarrosa, en los contratos plurilaterales las prestaciones no tienen carácter recíproco, sino que ellas tienden concordantemente a la realización de un objetivo común; cada parte adquiere derechos y obligaciones no respecto de otra parte, sino respecto de todas las demás²⁴².

Por ello, el efecto propio de la resolución contractual a que llevan los artículos 1079, inciso b, 1080 y 1081, esto es, en principio, una aniquilación del contrato *ex tunc*, no podría tener cabida tratándose de contratos plurilaterales, en los cuales, dada la diversidad de prestaciones que condensan, lo único que puede ser autorizado no es ya la resolución del contrato en su conjunto retroactivamente, sino una resolución limitada al ligamen que une al incumpliente con el demandante de la resolución, y siempre que la prestación incumplida no deba considerarse esencial²⁴³.

Se acota que el artículo 1459 del Código Civil italiano recoge precisamente estas ideas, al prescribir que en los contratos plurilaterales “...el incumplimiento de una de las partes no importa resolución del contrato respecto de las otras, salvo que la prestación incumplida haya de considerarse, de acuerdo con las circunstancias, como esencial...” O sea, según el citado precepto italiano, la resolución no tiene lugar si la prestación no fuese esencial o fuese esencial respecto de algunas partes²⁴⁴. Por el contrario, cuando la prestación incumplida sea esencial para la economía del contrato, la resolución se extiende a todo el negocio²⁴⁵.

²⁴² FONTANARROSA, ob. cit., p. 141, N° 51.

²⁴³ MOSSET ITURRASPE, ob. cit., ps. 61 y 467/468.

²⁴⁴ MESSINEO, *Doctrina general del contrato* cit., t. II, p. 361.

²⁴⁵ BIANCA, ob. cit., t. V, ps. 265/266, N° 104.

III.4) Imposibilidad de cumplimiento

Esta hipótesis no está contemplada por el artículo 1443 del Código, pero debe regirse por el mismo principio que fundamenta los casos anteriores, o sea que los hechos que afecten a uno de los vínculos no repercuten sobre la totalidad del contrato, salvo que dicho vínculo deba considerarse esencial para la economía del negocio.

En otras palabras, tal como lo dispone el artículo 1466 del Código Civil italiano de 1942, la imposibilidad de la prestación de una de las partes no importa la disolución del contrato respecto de las otras, salvo que la prestación incumplida haya de considerarse, de acuerdo con las circunstancias, como esencial (necesaria para la realización del objeto del contrato).

IV) Significado de la reforma

Se introducen normas específicas sobre ineficacia estructural y funcional imprescindibles en los contratos asociativos.

Art. 1444 Forma. Los contratos a que se refiere este Capítulo no están sujetos a requisitos de forma.

I) Resumen

Inexigibilidad de formas constitutivas. Exigibilidad de expresión escrita para los contratos de agrupación en colaboración, unión transitoria y consorcio de cooperación. Posibilidad de la forma verbal en el negocio en participación.

II) Concordancias

Forma y prueba del acto jurídico, forma impuesta (art. 285); expresión escrita (art. 286); negocio en participación, definición (art. 1448); agrupaciones de colaboración, contrato, forma y contenido (art. 1455); uniones transitorias, contrato, forma y contenido (art. 1464); consorcios de cooperación, forma (art. 1473).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Inexigibilidad de requisitos de forma (constitutiva)*

Los proyectos legislativos de unificación de la legislación civil y comercial aprobaron diversas fórmulas en la materia. Así, el Proyecto de 1987 dispuso que "...Los contratos asociativos pueden ser hechos verbalmente o por escrito, y se prueban conforme lo dispuesto para los actos jurídicos..." (art. 1650), y concordemente el Proyecto de 1998 que "...Los contratos asociativos pueden ser celebrados verbalmente o por escrito..." (art. 1336). En cambio, el Proyecto redactado por la comisión designada por el decreto 468/92 estableció que "...Los contratos asociativos no están sujetos a requisitos de forma..." (art. 1453), solución que reconoce fuente, a su vez, en el Proyecto de reformas a la Ley de Sociedades Comerciales elaborado por la comisión designada por resolución del Ministerio de Justicia 465/91 (art. 343). Esta última es la orientación que adoptó el artículo 1444 del Código.

En otras palabras, para dar a luz un contrato asociativo no hay una forma especialmente impuesta (art. 285), es decir, de cuyo cumplimiento dependa constitutivamente, sustancialmente o solemnemente el nacimiento del contrato de que se trate.

Desde esta perspectiva, se trata de contratos no formales (art. 1015).

No obstante, la expresión escrita (art. 286), mediante instrumento público o privado con firma certificada notarialmente (arts. 289 y concs., y 313 y concs.), está prevista para las agrupaciones de colaboración (art. 1455), las uniones transitorias (art. 1464) y los consorcios de cooperación (art. 1473). Mas la expresión escrita, en estos casos, no tiene función constitutiva, sino probatoria (art. 1019).

Los negocios en participación es dable pactarlos verbalmente, pues a su respecto no se exige la forma escrita (art. 1448).

Es de observar que, en la medida de lo expuesto, el nuevo Código mantiene las soluciones del Derecho anterior (arts. 361, 369 y 378 de la ley 19.550, y 5° de la ley 26.005).

IV) Significado de la reforma

No innova con relación al derecho anterior, estableciendo una regla común a todos los contratos asociativos.

Art. 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.

I) Resumen

Régimen de la representación ejercida en nombre común o de las partes de un contrato asociativo por quien, en rigor, no es representante o administrador de una agrupación en colaboración, unión transitoria o consorcio de cooperación, sino "parte" de tales contratos. Aplicación del régimen de la llamada "representación de gestión".

II) Concordancias

Representación voluntaria (arts. 362 a 381); efecto relativo, parte del contrato (art. 1023); agrupaciones de colaboración, dirección y administración (art. 1457); uniones transitorias, representante (art. 1465); consorcios de cooperación, contenido (art. 1474, inc. k); obligaciones y responsabilidad del representante (art. 1476).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Fuentes normativas específicas.*

Importancia de su consideración

El artículo 1445 no proviene del Proyecto de 1998, que ignoró un texto siquiera parecido. El origen de su letra está en el Proyecto de 1987 y en el Proyecto de la comisión designada por decreto 468/92.

En efecto, el Proyecto de 1987 reprodujo, en el capítulo titulado *De la sociedad*, los siguientes dos preceptos:

“...Art. 1655: Cuando un socio trate con un tercero por cuenta de la sociedad pero en nombre propio, sólo él deviene acreedor o deudor de ese tercero...”

“...Art. 1656: Cuando un socio trate con un tercero en nombre de la sociedad o de todos los socios, los otros socios no devienen acreedores o deudores respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación...”

Claramente, las normas proyectadas en 1987 se vinculaban al problema de la interferencia de los socios en la administración societaria que, en general, reprueba la ley 19.550, al menos en cuanto a las sociedades que cuentan con órgano de disposición²⁴⁶. Ahora bien, tales normas redactadas en 1987 fueron refundidas en una sola por el proyecto de la comisión designada por decreto 468/92, pero separándolas del régimen societario con relación al cual fueron concebidas y trasvasándolas al régimen de los contratos asociativos, mediante el siguiente texto:

“...Art. 1454. Cuando cualquiera de las partes trate con un tercero en interés común pero en nombre propio, sólo ella será acreedora y deudora de ese tercero. Si lo hiciese en nombre común, las partes no serán acreedoras o deudoras respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación...”

El aludido pasaje, de lo societario a lo asociativo, no debe ser perdido de vista para entender por qué el régimen de la llamada “representación de gestión”, que es inherente al complejo societario antes que al asociativo, resulta no obstante un recurso válido para la interpretación del artículo 1445, tal como se verá seguidamente.

III.2) *Ámbito de aplicación del artículo 1445 y solución normativa que impone*

El artículo 1445 no se refiere al “negocio en participación” pues en tal contrato asociativo: a) la parte aparente, o sea el gestor, actúa

²⁴⁶ Sobre el tema, véase: OTAEGUI, Julio C., *Administración societaria*, Ábaco, Buenos Aires, 1979, ps. 70/74, N° 15.

a nombre personal, no a nombre de la otra u otras partes ocultas –partícipe o partícipes– (art. 1448); es decir, el gestor no encara ninguna actuación representativa, que es la referida por el artículo 1445, y b) si quien actuase fuera el partícipe abandonando su condición de parte oculta, tal particular situación queda aprehendida por lo prescripto en el artículo 1450 del Código, que desplaza al artículo 1445.

Tampoco el artículo 1445 se refiere a la actuación del administrador de un contrato de agrupación en colaboración, pues ella se gobierna por las reglas del mandato según lo ordena el artículo 1457. Ni se vincula a la actuación del representante de los miembros de una unión transitoria, a quien el Código reputa con poderes suficientes una vez que su designación está inscrita en el Registro Público (art. 1465). Como tampoco, en fin, al representante del consorcio de cooperación, que ostenta la condición de un representante legal (arts. 1474, inc. 4°, y 1476).

En rigor, el artículo 1445 se refiere a todas aquellas situaciones en las que, no presentándose la actuación de un administrador o representante designado por el contrato asociativo, aparezca interviniendo una “parte” otorgante o integrante del contrato (art. 1023), actuando en nombre de las demás o de la organización común, y trate con un tercero generando créditos o débitos.

Es lo que se califica como “representación de gestión” y que tiene su título en la relación negocial asociativa²⁴⁷. La disciplina de ella comprende el poder de representación, pero como una integración de una relación que es fundamentalmente negocial por cuanto se origina en un acto de autonomía privada (el contrato asociativo). Tiene normalmente carácter dispositivo, lo que significa que los terceros pueden presumir que el poder de representación (de la parte que actúa) es conforme a la ley²⁴⁸.

En tal marco, lo que dispone el artículo 1445 es claro y lógico:

- a) Las partes en cuyo nombre otra actuó únicamente quedan vinculadas jurídicamente con los terceros contratantes si quien hizo

²⁴⁷ En materia societaria la “representación de gestión” puede verse, por ejemplo, en la sociedad simple, en la que cualquiera de los socios puede administrar si hay silencio del contrato (art. 127 de la ley 19.550), y en el status de los socios comanditados sobre la materia (art. 136 de la ley 19.550).

²⁴⁸ BIANCA, ob. cit., t. III, p. 109, N° 38.

la gestión representándolas actuó de conformidad con las disposiciones sobre representación (arts. 358 a 381), lo especialmente dispuesto sobre el particular en el contrato asociativo, o bien según las normas de las secciones siguientes, en lo que fuera pertinente.

- b) Por el contrario, cuando no se presente ninguna de estas últimas condiciones, lo obrado por la parte que se vinculó con el tercero no obliga ni pasiva ni activamente a las demás del contrato asociativo, o sea, estas últimas no serán ni deudoras ni acreedoras.

Se trata, bien se ve, de soluciones que fincan, respectivamente, en la existencia o inexistencia de una relación representativa.

Debe existir, desde luego, pues así lo exige el artículo 1445, una actuación "en nombre común de todas las partes". En otras palabras, para que el negocio pueda considerarse estipulado por el representante, es necesario que haya procedido *in nome* "...de todas las partes o de la organización..." La indicación del representado (*contemplatio domini*) es por tanto requisito de calificación del acto como de representación. De tal suerte, la sola existencia de representación no basta de por sí. Lo que importa es que el acto aparezca ante el tercero, de conformidad con una valoración normal, como acto celebrado por el representante en su calidad de tal, o sea, como acto atribuible directamente al representado.

Por cierto, que el representante obre en calidad de tal puede inferirse también de la naturaleza del asunto y de las circunstancias en que se cumplió el acto. En especial el acto que entra en la actividad típica de las otras partes o de la organización puede presumirse que constituye ejercicio de tal actividad aun si el representante no hace mención expresa de su condición de tal²⁴⁹.

Esto último, así como lo dicho más arriba en el sentido de que los terceros pueden presumir que la representación de gestión ha sido conforme a la ley, se incardina nítidamente con el régimen jurídico de la representación aparente (art. 367)²⁵⁰.

²⁴⁹ BIANCA, ob. cit., t. III, ps. 115/116, N° 41.

²⁵⁰ Sobre el tema, véase: GARIBOTTO, Juan C., *Notas sobre representación y*

Finalmente, cabe observar que si el acto no aparece realizado externamente en nombre de las partes u organización, es el representante quien resulta personalmente comprometido. Como se dijo, las demás partes del contrato asociativo no resultan ni deudoras ni acreedoras. Sin perjuicio de lo cual, podrían estas últimas ratificar el acto obrado por el pseudorrepresentante (arts. 369 a 371 del Código).

Art. 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.

I) Resumen

Libertad de contenidos (configuración interna) de los contratos asociativos.

II) Concordancias

Libertad de contratación (art. 958); contratos nominados e innominados (art. 970).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Libertad de configuración interna de los contratos asociativos*

La libertad de contratación es una consecuencia del principio de la autonomía privada.

Comprende, por un lado, la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quién va hacerlo –libertad de conclusión– y, por otro, la posibilidad de establecer libremente el contenido del contrato –libertad de configuración interna²⁵¹–.

apariencia, en E. D. 144-808; FARINA, Juan M., *Contratos comerciales: legitimación para contratar en nombre de la empresa*, en L. L. del 8-5-95.

²⁵¹ SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada*, Montecorvo, Madrid, 1966, p. 57, N° 3.

Con relación a este último aspecto (libertad de configuración interna), la libertad de contratación está declarada expresamente por el artículo 958 del Código. Otros Códigos del Derecho Comparado hacen declaraciones semejantes²⁵².

Cabe observar que existen regímenes jurídicos que; diversamente, no hacen una declaración semejante y derivan la libertad de contratación de la garantía constitucional de la libertad personal y del debido proceso²⁵³, o bien de otras normas legales indicativas de su existencia²⁵⁴.

Pues bien, lo dispuesto por el artículo 1446 es una aplicación particular de la regla general contenida en el citado artículo 958, que pretende ratificar la presencia de una flexibilidad en la configuración

²⁵² Así, por ejemplo, el art. 1322 del Cód. Civ. italiano establece que "...Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas. Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico..." En el art. 1225 del Cód. Civ. español se leen conceptos semejantes: "...Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público..." Con análoga orientación se ubican el Código Suizo de las Obligaciones (art. 19), el Código Civil de Portugal (art. 672), etc.

²⁵³ Es el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos de América, donde su Corte Suprema ha puntualizado que la Constitución norteamericana ampara el derecho de todo ciudadano de entrar en todos los contratos que le sean propios, necesarios y esenciales ("Allgeyer vs. Louisiana", 165 US 578, p. 589, año 1897), porque si bien ella "...no habla de libertad de contrato, habla de libertad y prohíbe la privación de la libertad sin debido proceso..." ("West Coast Hotel Co. vs. Parrish", 300 US 379, año 1937). Sobre el tema: MONZÓN, José M., *La figura del contrato en el Derecho norteamericano*, Prudentia Iuris, 1984, t. XIV, ps. 61 y ss.

²⁵⁴ El Código Civil redactado por Vélez Sársfield nada dice al respecto, pero la libertad de configuración interna del contrato se deduce sin esfuerzo alguno de la segunda parte del art. 19, del art. 21 interpretado *a contrario sensu* y del art. 1197 del Cód. Civ. (conf. RISOLÍA, Marco A., *Soberanía y crisis del contrato*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 215), y también de los arts. 910 y 1324 (conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos. Parte general*, Zavalla, Buenos Aires, 1971, t. I, ps. 80 y ss.). En este aspecto, el Código Civil de 1869 siguió el modelo del Código Civil francés, que también omite una declaración expresa del principio de la libertad contractual (MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Leçons de Droit Civil*, Éditions Montchrestien, Paris, 1973, ps. 93/94).

interna de los contratos asociativos, a tal punto que declara la posibilidad de las partes de dar a tales contratos otros contenidos distintos que los que resultan de los artículos 1448 a 1478.

Tal criterio es el que inspiró, en este punto, al artículo 1651 del Proyecto de la Comisión Federal de 1993, así como al Proyecto de 1998 cuyo artículo 1337 es la fuente normativa directa del aquí comentado artículo 1446.

Al respecto, son ilustrativos los Fundamentos del Proyecto de 1998. Se dijo en ellos: "...El contrato asociativo es concebido como una figura muy abierta, que deja lugar a estipulaciones de lo más variadas que puedan aparecer en la vida comercial y económica de la comunidad [...] Las soluciones propuestas en este capítulo pretenden brindar una amplia gama de posibilidades a la labor creativa y dinámica de la actividad económica moderna, abriendo un panorama cuyos contornos irá precisando la doctrina y ejemplificando una práctica seguramente activa y numerosa. Múltiples actividades, incluso las empresariales, las profesionales, las agropecuarias y de otras industrias extractivas y hasta las culturales y de beneficencia pueden caber en marcos amplios de cooperación que les permitan aunar esfuerzos en objetivos comunes, sin perder identidades personales ni fusionar patrimonios..."

En suma, cuando las partes pactan un contrato de colaboración, u otra forma de actividad asociativa (no societaria) tienen la más absoluta libertad para estructurar sus relaciones de acuerdo a una de las figuras expresamente legisladas (negocio en participación, agrupación de colaboración, unión transitoria, consorcio de cooperación), o para hacerlo de otro modo, o mediante combinaciones de elementos de diversas figuras legisladas²⁵⁵.

Esta última posibilidad daría lugar, en última instancia, a contratos innominados (art. 970).

Por cierto, lo autorizado por el artículo 1446 no excluye necesarias delimitaciones internas. Así, por ejemplo, el contrato asociativo de que se trate no puede tener contenidos que violen la regla contenida en los artículos 1004 y concordantes del Código, relativa al objeto de los contratos.

²⁵⁵ MANÓVIL, ob. cit., p. 1435, Cap. III-3.

IV) Significado de la reforma

Se acentúa un principio cardinal del Derecho de los Contratos, para dar mayor cabida y aceptación a las figuras contractuales reguladas en el capítulo, habilitándose la posibilidad de contenidos diferentes adecuados a las necesidades de las partes.

Art. 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.

I) Resumen

La inscripción de los contratos asociativos: control de legalidad y oponibilidad frente a terceros. Los contratos asociativos no inscriptos: eficacia interna entre las partes.

II) Concordancias

Efectos (arts. 1021 a 1024); negocio en participación, definición (art. 1448); agrupaciones de colaboración, contrato, forma y contenido (art. 1455); uniones transitorias, inscripción registral (art. 1466); consorcios de cooperación, forma (art. 1473).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Inscripción de los contratos asociativos*

El Código no exige la inscripción en el Registro Público del negocio en participación (art. 1448), pero sí, en cambio, la de los contratos de agrupación en colaboración, de unión transitoria y de consorcio de cooperación (arts. 1455, 1466 y 1473).

En estos últimos casos, la inscripción es necesaria para que el Registro Público ejerza un control de legalidad respecto de los requisitos exigidos por el Código en cuanto al contenido de los respectivos contratos y demás condiciones resultantes, en lo pertinente, de los artículos 1453 a 1478.

El control de legalidad referido, se ha dicho, debe ser flexible en la interpretación de las cláusulas contractuales, sin perjuicio de que, ciertamente, algunos elementos del contrato asociativo de que se trate deban ser claramente expuestos (tales como los referidos al objeto, las obligaciones que asumen las partes, la participación de cada una de ellas, etc.), para evitar las consecuencias de una defectuosa o confusa redacción.

Independientemente de lo anterior, la inscripción en el Registro Público de los indicados contratos asociativos se justifica para darles oponibilidad frente a terceros. Es decir, la inscripción tiene por efecto esencial la publicidad y conocimiento objetivo que los terceros adquieren del contrato inscripto, en el sentido que desde entonces la ley presume *iure et de iure* que no son sociedades, personas jurídicas ni sujetos de derecho, aplicándoseles con plenitud, por ende y en cuanto fuera pertinente, las disposiciones del Capítulo 16, según lo ordena el artículo 1442²⁵⁶.

En el ámbito nacional, la resolución 7/2005 de la Inspección General de Justicia ha reglamentado la cuestión con relación a las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias y los consorcios de cooperación²⁵⁷.

²⁵⁶ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., ps. 92/93, N° 10.1, y 94, N° 10.2.

²⁵⁷ La resolución general 7/2005 de la Inspección General de Justicia dispone lo siguiente:

"...*Requisitos. Artículo 251* – Para la inscripción de contratos de unión transitoria de empresas (UTE) y de agrupación de colaboración empresaria (ACE) y de Consorcios de Cooperación [...] debe presentarse:

"1. Primer testimonio de la escritura pública o instrumento privado original de formalización del contrato. Además de las copias indicadas en el artículo 37, si se trata de agrupación de colaboración empresaria, debe acompañarse una copia adicional, de tamaño normal, certificada notarialmente, a los efectos de su remisión, con posterioridad a la inscripción, a la autoridad de aplicación de la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia.

"2. Formulario de reserva de denominación, si se lo hubiere efectuado y la reserva se hallare vigente, en el caso de contratos de agrupación de colaboración empresaria o consorcio de cooperación cuya denominación se formare con nombre de fantasía..."

"...*Inscripciones posteriores. Artículo 253* – Los recaudos del artículo 251 se

III.2) *Contratos asociativos no inscriptos*

La inscripción referida en el párrafo anterior no constituye una formalidad a cuyo cumplimiento se sujeta el nacimiento del contrato.

Habida cuenta del carácter consensual de los contratos asociativos (arts. 971 y concs. del Código), ellos nacen por el mero acuerdo de partes sin requisitos de forma alguno (art. 1444).

Por consecuencia, aunque no estén inscriptos producen efectos entre las partes, con los alcances de los artículos 1021 a 1024 del Código.

Bajo tal entendimiento, corresponde rechazar toda posibilidad de aplicar el régimen de irregularidad societaria, por tratarse de un sistema específico sancionatorio. No es del caso considerar a los contratos asociativos no inscriptos como irregulares o en formación. Se trata de pactos que obligan a los firmantes desde la fecha de su otorgamiento, por lo cual sus cláusulas tienen plena validez entre sus participantes o miembros²⁵⁸.

IV) Significado de la reforma

Se da solución legislativa a los contratos asociativos no inscriptos, a los que se les reconoce validez entre las partes, lo que no significa desconocerles otros efectos en los términos de los artículos 1021 a 1024 del Código.

SECCIÓN 2ª

NEGOCIO EN PARTICIPACIÓN

Art. 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

aplican en lo pertinente a la inscripción de reformas contractuales, otorgamiento de poderes y sus modificaciones o revocaciones, cambio del domicilio especial, renuncia de representantes y su sustitución, exclusión, separación e ingreso de nuevos participantes, disolución y toda otra inscripción que proceda...”

²⁵⁸ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 93, N° 10.2.

gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público.

I) Resumen

Se define al “negocio en participación” como contrato y no como sociedad, estableciéndose sus características principales.

II) Concordancias

Contratos formales (art. 969); medios de prueba (art. 1019); contratos asociativos, disposiciones generales (1442 a 1447); negocio en participación (arts. 1449 a 1452). Ley 19.550 (art. 30).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El negocio en participación: antecedentes y naturaleza jurídica*

En la Sección 2ª del Capítulo 16 del Título IV, el nuevo Código regula el denominado “negocio en participación” (arts. 1448 a 1452), el cual reemplaza, con variantes que se examinarán, la figura de la sociedad accidental o en participación prevista por los artículos 361 a 366 de la Ley de Sociedades 19.550. Correlativamente, el Código deroga estas últimas disposiciones.

La primera, principal y definitoria variante establecida por el régimen que aprueba el Código es que el “negocio en participación” o cuenta de participación no constituye ninguna sociedad, ni se le aplican las normas societarias (art. 1442, segundo párrafo).

Esto último no fue así en el régimen originario de la ley 19.550 que, por el contrario, incluyó a la sociedad accidental o en participación dentro del elenco de las sociedades, bien que como una sociedad anómala²⁵⁹, que se regía subsidiariamente por las reglas de la sociedad colectiva (art. 366), y que tenía las siguientes características diferen-

²⁵⁹ ZALDÍVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael M.; RAGAZZI, Guillermo E.; RO-VIRA, Alfredo L. y SAN MILLÁN, Carlos, *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, t. II, p. 110.

ciales: a) no era sujeto de derecho; b) carecía de denominación social; c) no estaba sometida a requisito de forma alguno; d) no se inscribía en el Registro Público de Comercio, y e) la prueba del contrato se regía por las normas generales²⁶⁰. En fin, bajo el régimen de la ley 19.550 la sociedad accidental o en participación constituía una sociedad "real" entre los socios, pero era una sociedad "oculta" respecto de terceros²⁶¹, pues su actuación la llevaba adelante el socio gestor (persona física o jurídica que tenía a cargo la administración de la sociedad) "en nombre propio", mediante una cuenta de participación.

Todas las precedentes particularidades que surgían de la ley 19.550 hicieron que un sector de la doctrina no viera en la "accidental o en participación" una sociedad en sentido técnico-jurídico²⁶². De ahí que el Proyecto de 1998 propiciara su inclusión dentro del elenco de los "contratos asociativos" como "negocio en participación" (arts. 1338 a 1342)²⁶³, criterio que finalmente es el adoptado por el Código.

En las condiciones indicadas, regulando el Código a la "cuenta de participación" como un contrato, nuestra legislación se aparta del modelo del *Code de Commerce* francés de 1807 y de las legislaciones que lo siguieron calificándola como sociedad, para adoptar, en su reemplazo, el modelo del Código de Comercio español de 1885 que, precisamente, la regula como contrato en sus artículos 239 a 243²⁶⁴. Por cierto, tal como lo hace ahora el Código, la mayoría de las leyes del Derecho Comparado se inclinan por el carácter no societario y puramente contractual del negocio en participación²⁶⁵. Semejante orientación hace de innegable utilidad para el examen de la figura a la

²⁶⁰ VÍTOLO, Daniel R., *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, t. IV, p. 916.

²⁶¹ ANAYA, Jaime L., *Las sociedades accidentales o en participación en la ley 19.550*, en *Estudios de Sociedades Comerciales en homenaje a Carlos J. Zavala Rodríguez*, Buenos Aires, 1973, p. 15.

²⁶² ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 818; LORENZETTI, R., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 253.

²⁶³ MANÓVIL, ob. cit., p. 1435, Cap. V.

²⁶⁴ Sobre los antecedentes de Derecho Comparado más remotos, véase: ANAYA, Jaime L., *Sociedades accidentales o en participación*, Cangallo, Buenos Aires, 1970, ps. 87 y ss.

²⁶⁵ DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, Harla, México, 1997, p. 271.

doctrina de los países que han adoptado el modelo contractual, restando, menos importantes, los estudios existentes sobre la cuenta de participación desde una perspectiva societaria.

III.2) *Fundamento económico del contrato.*

Diferencia con el contrato de sociedad

Sustancialmente, en el negocio en participación anida una comunidad de intereses, que se caracteriza por la colaboración patrimonial que una persona ofrece a un empresario con la finalidad común de participar en el resultado de sus negocios, prósperos o adversos. En otras palabras, se trata de la contribución de un sujeto hecha al negocio de otro, con participación en los resultados.

Tal comunidad de intereses (asociación) permanece oculta, es decir, sólo es conocida por sus integrantes. No hay externalidad de ella frente a terceros. Por ello, en las negociaciones con terceros no puede usarse una denominación que identifique dicha comunidad (art. 1448), ni actuarse de otro modo que no sea en cabeza del gestor (art. 1449), permaneciendo oculto el o los demás partícipes (art. 1450) integrantes de la comunidad (asociación).

Este fenómeno asociativo carece de todo tipo de personificación (art. 1442), al punto que no se constituye un patrimonio común, sino que la aportación del partícipe pasa a ser propiedad del gestor (art. 1448). Quienes contraten con este último, por tanto, no tienen acción contra el o los partícipes (art. 1450).

Se insiste: como contrato, el negocio en participación tiene carácter oculto, lo cual ofrece ventajas tanto para el gestor como para el partícipe. El primero puede tener interés en ocultar el hecho de trabajar con capital ajeno o sus relaciones comerciales con determinada persona. El segundo, de su lado, puede ser una persona ajena a la actividad, en la que no quiere intervenir, prefiriendo la cómoda postura de quien no pone a contribución su esfuerzo, sino su dinero o bienes solamente. Pero también el segundo puede utilizar este contrato para, valiéndose de su ocultación, eludir las prohibiciones para negociar derivadas de ciertas incompatibilidades establecidas en la ley, o incluso eludir las prohibiciones resultantes de un pacto de no concurrencia, dicho ello

más allá del fraude a la ley que en ciertas ocasiones tales conductas pudieran constituir (art. 12). En suma, el negocio en participación como instrumento jurídico que no se manifiesta al exterior es apto para satisfacer motivos lícitos como, a veces, ilícitos²⁶⁶.

Señala el artículo 1442 que al “negocio en participación” no se le aplican las normas sobre la sociedad. Es que se trata de una forma asociativa de primer grado, que si persigue una finalidad parecida a la de la sociedad, no reúne los elementos mínimos indispensables de tal instituto jurídico²⁶⁷. En efecto, este contrato se diferencia de la sociedad fundamentalmente en lo siguiente: a) no hay un sujeto de derecho distinto de sus integrantes; b) no hay aportación a ningún patrimonio social, ya que los aportes son apropiados por el gestor; c) entre los interesados se da una pura relación contractual, sin que pueda calificárcelos como socios.

III.3) *Sujetos del contrato*

Los sujetos del “negocio en participación” son los siguientes:

a) *El gestor.*

Es la persona humana o jurídica que, a nombre propio, realiza las operaciones que son el objeto del negocio. Se trata de la persona que se vincula con los terceros. Su actuación es, pues, externa, no oculta. El gestor aparece como el titular de la empresa y de los bienes aportados para el cumplimiento del negocio. En cuanto a sus obligaciones y responsabilidad véase la anotación al artículo 1449.

b) *El partícipe.*

Es la persona humana o jurídica que no actúa frente a los terceros, permaneciendo oculta (art. 1450). Su obligación básica es la realización de aportes (art. 1448). Tiene un deber de abstención en cuanto a la ejecución de las operaciones que son objeto del contrato (arg. art. 1450 *in fine*); básicamente, tiene derecho de información y de rendición de cuentas (art. 1451). En cuanto a su responsabilidad, véase lo que se desarrolla en la anotación al artículo 1452.

²⁶⁶ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 186, N° 1076; LANGLE Y RUBIO, ob. cit., t. III, ps. 333/334.

²⁶⁷ URÍA, ob. cit., p. 455, N° 486.

Habiéndose determinado quiénes son los sujetos vinculados por el “negocio en participación”, corresponde señalar algunas particularidades inherentes al mismo plano subjetivo, a saber:

- a) Tanto el gestor como el partícipe son “partes” del contrato en sentido sustancial²⁶⁸. Consiguientemente, como regla, los efectos internos del “negocio en participación” únicamente se le extienden a ellos (art. 1021).
- b) Es posible la participación de varias personas en la empresa de un mismo gestor. Frente a tal situación el problema jurídico consistirá en decidir si se está en presencia de un solo contrato en el que hay un único gestor frente a varios partícipes, o si, por el contrario, hay que afirmar la existencia de tantos contratos como partícipes. La doctrina en general se inclina por la tesis de la pluralidad de contratos, con el argumento de que los intereses de los partícipes no se unifican para contraponerse como un interés colectivo a los intereses del gestor, sino que el gestor aparece como el centro de una serie de relaciones bilaterales que se establecen entre él y cada uno de los partícipes. Empero, corresponde estar en cada caso a sus circunstancias particulares y a los términos del negocio convenido²⁶⁹.
- c) El gestor que ya hubiera pactado con uno o más partícipes puede admitir otros al negocio, salvo que tuviera prohibición expresa de hacerlo²⁷⁰.
- d) La participación puede ser unilateral o bilateral. En el segundo caso, ambas partes actúan simultáneamente como gestor y partícipe²⁷¹; es decir, cada parte gestiona su propio negocio y da a la otra participación en el resultado²⁷². Pero la modalidad más típica y corriente es la simple o unilateral.

²⁶⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., t. I, p. 280.

²⁶⁹ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 196.

²⁷⁰ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 197.

²⁷¹ VICENT CHULIÀ, ob. cit., t. 2, p. 344.

²⁷² LANGLE Y RUBIO, ob. cit., t. III, p. 330.

III.3.A) *Las sociedades anónimas y en comandita por acciones como "parte" del "negocio en participación"*

El texto originario del artículo 30 de la ley 19.550 prohibía a las sociedades anónimas y en comandita por acciones participar en sociedades que no fueran por acciones. Esta incapacidad de derecho fue cuestionada seriamente por un sector de la doctrina, particularmente en cuanto impedía a las sociedades del tipo indicado participar en sociedades accidentales o en participación²⁷³. En 1973, el Ministerio de Justicia elaboró una modificación al artículo 30 que permitía a las sociedades por acciones participar en sociedades accidentales²⁷⁴. La modificación introducida por el Código en cuanto a considerar al "negocio en participación" (cuenta de participación) como un contrato y no una sociedad, permite por sí mismo considerar ahora que no existe prohibición alguna para que una sociedad anónima o en comandita por acciones forme parte de un contrato asociativo del tipo aquí considerado. Y, si alguna duda cupiera sobre ello, corresponde advertir que se ha modificado correlativamente el texto del citado artículo 30 de la ley 19.550, estableciéndose expresamente que las referidas sociedades "...Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo..."

Se destaca, a todo evento, que la Comisión de Reformas designada por el decreto 191/2011 había proyectado la derogación lisa y llana de la incapacidad de derecho prevista por el citado artículo 30 de la ley 19.550, siguiendo al anteproyecto de reformas de la Ley de Sociedades redactado por los doctores Anaya, Bergel y Etcheverry. Sin embargo, esta propuesta fue modificada por el Poder Ejecutivo nacional en el sentido del aprobado artículo 30.

III.4) *Objeto del contrato*

El objeto del "negocio en participación" es la realización de una o más operaciones determinadas (art. 1448).

De tal suerte, pudiendo tener por objeto la realización de una única operación, el negocio en participación tendrá, en ese caso, el carácter de

²⁷³ NISSEN, ob. cit., t. 1, ps. 309/310, N° 128 d.

²⁷⁴ HALPERIN, Isaac, *Sociedad anónima, sociedad en participación y "joint adventure"*, en R. D. C. O., año 6, N° 32, 1973, ps. 139/144.

un contrato asociativo "ocasional". La pluralidad de operaciones definirá al contrato, eventualmente, como "temporal" o "permanente"²⁷⁵.

El nuevo Código no reproduce la condición, que estaba presente en el artículo 361 de la ley 19.550, de que las operaciones debían ser "transitorias".

Sí prescribe, en cambio, que las operaciones que constituyen el objeto del "negocio en participación" deben ser "determinadas", en el sentido de puntuales o delimitadas, no pudiendo consiguientemente ser establecidas en el contrato como indeterminadas o sujetas a especificación futura, salvo en este último caso que se den pautas suficientes y claras para tal determinación futura. La individualización exigida es tanto cualitativa como cuantitativa y, desde luego, ha de estar de acuerdo con lo que puede ser objeto de un contrato (arts. 1003 y conss.).

La desaparición del carácter "transitorio" de las operaciones que exigía el Derecho anterior permite el establecimiento de una actuación permanente, pudiendo en tal caso calificarse al contrato como de larga duración (art. 1011). Corresponde recordar que la transitoriedad requerida en el Derecho anterior estaba justificada por el carácter de sociedad interna u oculta que tenía la accidental o en participación, lo que se contraponía con la idea de explotación sistemática y permanente propia de la empresa, permitiendo a los socios ocultos una actuación subrepticia con limitación de responsabilidad, contraria a las bases del Derecho Societario²⁷⁶. Esta justificación ha perdido virtualidad a la luz del cambio normativo implicado, que ya no considera estar en presencia de una sociedad, sino de un contrato.

III.5) *Relaciones jurídicas internas*

Existe un amplio campo para la autonomía de la voluntad, de forma tal que a efectos de conocer los deberes y derechos de las partes, se estará, en primer término, a lo que hayan pactado el gestor y el o los partícipes²⁷⁷.

²⁷⁵ LANGLE Y RUBIO, ob. cit., t. III, p. 330.

²⁷⁶ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 198; VÍTOLO, ob. cit., t. IV, p. 917.

²⁷⁷ SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., t. I, ps. 260/261.

Con todo, pueden enumerarse las siguientes obligaciones y derechos de las partes.

III.5.A) Obligaciones y derechos del gestor

a) Obligación de gestionar la cuenta de participación.

La primera y principal obligación del gestor es la gestión del negocio en participación, o sea, de la cuenta de participación.

No contiene el Código reglas precisas sobre el particular. De todos modos, cabe señalar:

- 1) La gestión del indicado sujeto tiene carácter exclusivo y excluyente, lo que se desprende del hecho de que la encara a nombre personal (art. 1448) y bajo su exclusiva responsabilidad (art. 1449).
- 2) La suya no es, empero, la gestión de un empresario sobre su empresa, toda vez que no sólo actúa sobre intereses propios, sino también gestionando intereses ajenos (de los partícipes)²⁷⁸. Esta última consideración impone al gestor ciertos límites²⁷⁹, a saber:
 - Debe realizar la operación prevista, iniciarla o continuarla, sin poder apartarse de lo convenido, salvo consentimiento del partícipe²⁸⁰.
 - Debe emplear la aportación del partícipe de manera adecuada a la naturaleza y finalidad del negocio, no pudiendo cambiar su destino, salvo aquiescencia del partícipe.
- 3) La obligación de gestión de que se trata es de medios y no de resultados, ya que aun cuando el gestor ha de desplegar la diligencia de un ordenado empresario con el fin de obtener la máxima rentabilidad posible, no puede prometer un resultado, sino que el partícipe está sometido al alea del negocio²⁸¹, lo

²⁷⁸ Se afirma que el gestor tiene que actuar con la diligencia propia de un mandatario. Conf. FERRI, Giuseppe, *Manuale di Diritto Commerciale*, Utet, Torino, 1965, p. 391, N° 273; VICENT CHULLÀ, ob. cit., t. 2, p. 346.

²⁷⁹ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 202.

²⁸⁰ FERRI, ob. cit., p. 391, N° 273.

²⁸¹ SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., t. I, p. 262.

que se desprende interpretativamente del artículo 1452 en cuanto al deber que tiene de soportar pérdidas.

b) Obligación de rendir cuentas.

Sobre el particular, cabe remitir a la anotación al artículo 1451.

c) Obligación de información.

Respecto de esta obligación a cargo del gestor, véase el comentario al artículo 1451.

Son derechos del gestor:

- d) Derecho de obtener la aportación comprometida por el partícipe.
- e) Derecho de percibir su parte en los beneficios.
- f) Derecho de cargar las pérdidas al partícipe.

III.5.B) Obligaciones y derechos del partícipe

a) Obligación de aportación.

El artículo 1448 precisa que el medio para la realización de la o las operaciones determinadas que son objeto del contrato está dado por las "aportaciones comunes y a nombre del gestor" que habrá de realizar el partícipe.

No determina el Código cuáles pueden ser los bienes aportables. Sin embargo, sobre este tema, puede señalarse lo que sigue:

- 1) El objeto de la aportación han de ser bienes susceptibles de valor económico (art. 16), de manera que puede ser una aportación dineraria o no dineraria. No existe razón, en efecto, para excluir aportaciones que no sean dinero, tales como muebles, inmuebles, derechos de propiedad industrial, derechos de crédito, etcétera. En definitiva, caben las mismas posibilidades que en la aportación social²⁸².
- 2) El partícipe, empero, no puede aportar su trabajo o servicio²⁸³. Ello es así, porque si se admitiese sería difícil mantener el carácter oculto de la aportación puesto que ella se haría visible a través de la prestación del trabajo o servicio²⁸⁴.

²⁸² GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 198; arts. 38 a 45, ley 19.550.

²⁸³ URÍA, ob. cit., p. 457, N° 488.

²⁸⁴ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 198.

La aportación del partícipe (o en su caso, de los partícipes) ha de efectuarse en el tiempo y en la forma convenida, de manera tal que podrá hacerse de una sola vez o en forma periódica.

Como se ha dicho, los bienes aportados ingresan en el patrimonio del gestor.

No obstante, las partes pueden concertar un régimen distinto al de transmisión en propiedad al gestor. Por ejemplo, podrían arreglar una aportación hecha a título de uso²⁸⁵. El único peligro de esta hipótesis consiste en que engendra la apariencia de una mayor solvencia del gestor fundada en la posesión del bien aportado sólo a título de uso²⁸⁶.

En caso de duda, cabe presumir que los bienes pasaron en propiedad del gestor. Ello es así, pues siendo esos bienes los medios necesarios para conseguir el fin propuesto, justo es presumir que la voluntad es favorable al paso de la propiedad al gestor²⁸⁷.

Las partes pueden pactar acerca del método de valuación de los aportes. La valuación puede ser útil para definir porcentualmente el modo de reparto de las ganancias entre ellas.

Si el partícipe no entrega el aporte que comprometió, no percibirá utilidades; pero sufrirá las pérdidas e indemnizará los daños, pues su retardo o falta no puede eximirle de resultados adversos²⁸⁸.

b) *Obligación de abstención.*

El partícipe debe abstenerse de intervenir en las negociaciones con terceros, lo cual incumbe solamente al gestor. Sin perjuicio de ello, nada impide que, a efectos internos, se establezca algún tipo de control a cargo del partícipe, que lógicamente nunca podrá oponerse a terceros²⁸⁹.

²⁸⁵ SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., t. I, p. 261; LANGLE Y RUBIO, ob. cit., t. III, p. 331; CANO RICO, José R. y SERRA MALLOL, Antonio J., *Manual práctico de contratación mercantil*, Tecnos, Madrid, 1987, t. I, p. 204, N° 170. En contra, negando que el aporte pueda ser de uso: BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1981, p. 351.

²⁸⁶ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 201.

²⁸⁷ VIVANTE, César, *Tratado de Derecho Mercantil*, Reus, Madrid, 1932, t. II, p. 577, N° 825 bis; LANGLE Y RUBIO, ob. cit., t. III, p. 340.

²⁸⁸ LANGLE Y RUBIO, ob. cit., t. III, p. 341.

²⁸⁹ VICENT CHULIÀ, ob. cit., t. 2, p. 346.

La violación al deber de abstención genera la responsabilidad que resulta del artículo 1450.

Son derechos del partícipe:

c) *Derecho de que su aportación sea aplicada al negocio.*

d) *Derecho de control si se ha pactado, y de que se le rindan cuentas justificadas.*

e) *Derecho de exigir que el gestor soporte pérdidas.*

f) *Derecho de cobrar utilidades y de retirar capital al extinguirse el contrato.*

III.5.C) *Responsabilidades del gestor y del partícipe*

Véase lo que se expone, respectivamente, en las anotaciones a los artículos 1449 y 1450.

III.5.D) *Capacidad procesal del gestor*

Como el gestor obra en nombre propio, sólo a él se le atribuye capacidad procesal, activa o pasiva²⁹⁰.

III.6) *Informalidad*

Determina el artículo 1448 que el “negocio en participación” no está sometido a requisitos de forma.

La ausencia de formalidades con relación a este contrato se encuentra establecida universalmente²⁹¹. Basta pues que los contratantes hayan expresado su voluntad de concertar este contrato en cualquier forma que sea, verbal o escrita. No es aconsejable, empero, prescindir de la forma escrita.

Se aplica lo dispuesto en el artículo 969, última oración, e igualmente el artículo 1019 en cuanto a la prueba del contrato.

El “negocio en participación” tampoco requiere de publicidad registral alguna. El artículo 1148 *in fine* señala, en tal sentido, que

²⁹⁰ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Contratos mercantiles*, Porrúa, México, 2008, p. 565, N° 6; DÍAZ BRAVO, ob. cit., p. 276.

²⁹¹ LANGLE Y RUBIO, ob. cit., t. III, p. 338.

no se inscribe en el Registro Público, solución que es idéntica en el Derecho español²⁹².

IV) Significado de la reforma

Al modificar la naturaleza de la cuenta de participación, abandonando el criterio de considerarla una sociedad oculta, para darle el tratamiento de un contrato, se superan las restricciones que la ley 19.550 establecía para que las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada participaran en las sociedades accidentales o en participación, lo cual se interpreta como valioso para facilitar la utilización de este tipo de negocio asociativo.

Art. 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.

I) Resumen

Se disciplina lo atinente a la actuación y responsabilidad del gestor, sea que exista actuación individual o conjunta de varios, siendo ilimitada en ambos supuestos y solidaria en el segundo. Situación frente a los terceros y al o los partícipes.

II) Concordancias

Obligaciones solidarias, disposiciones generales (arts. 828 a 832); negocio en participación, definición (art. 1448); partícipe (art. 1450); derechos de información y rendición de cuentas (art. 1451); limitación de las pérdidas (art. 1452); función resarcitoria, factor objetivo (art. 1722); factores subjetivos (art. 1724); presivilidad contractual (art. 1728); responsabilidad directa, sujetos responsables (art. 1749); responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753); hecho de las cosas y actividades riesgosas (art. 1757).

²⁹² URÍA, ob. cit., p. 457, N° 487.

III) Interpretación de la norma

III.1) Actuación personal del gestor

Fue explicado en la anotación al artículo 1448 que en el “negocio en participación” se exterioriza exclusivamente la actividad del gestor, quien se vincula personalmente con terceros, quedando ocultos frente a éstos el o los partícipes. Es el gestor quien únicamente se muestra y vincula frente a los terceros.

Actúa en su propio nombre, a nombre personal como dice el artículo 1448, y consiguientemente es él quien adquiere los derechos o contrae las obligaciones derivadas de la actuación de la cuenta de participación. De ahí lo señalado en el artículo 1449 en el sentido de que los terceros adquieren y asumen obligaciones sólo respecto del gestor.

En ese marco, el gestor no puede usar más crédito que el propio²⁹³.

El gestor tiene la más amplia libertad respecto del modo de llevar las negociaciones con terceros, sin que al partícipe o partícipes corresponda la menor injerencia en la gestión²⁹⁴.

Tal carácter personal de su actuación hace que no pueda obrar bajo una denominación (art. 1448) o designación (art. 27 de la ley 22.362) que lo identifique juntamente con el o los partícipes.

Los terceros solamente pueden dirigir sus reclamos contra el gestor. No así contra el o los partícipes (art. 1450).

III.2) Responsabilidad del gestor ilimitada

Como la gestión no se hace exclusivamente en interés propio, sino también en interés ajeno (el que corresponde al o los partícipes), el gestor debe responder tanto frente al o los partícipes como frente a los terceros con quien contrata.

En ambos casos, la responsabilidad es ilimitada, o sea, no se limita al valor de aportación alguna.

²⁹³ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 208; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., t. I, p. 263.

²⁹⁴ URÍA, ob. cit., p. 457, N° 488.

III.2.A) *Responsabilidad frente al o los partícipes*

El gestor debe actuar con la diligencia de un ordenado empresario. Se ha dicho que su responsabilidad es, por analogía, la de los administradores de sociedades²⁹⁵.

Responde por su culpa o dolo (art. 1724) con los alcances del artículo 1728.

Cabe insistir —conforme ya fue adelantado en la anotación al artículo 1448— en que la obligación del gestor es de medios y no de resultados. No obstante, nada impide pactar la obtención de un resultado en su gestión, lo que hará excepcionalmente aplicable lo dispuesto por el artículo 1722.

Un posible caso de responsabilidad del gestor se da cuando dispone de los bienes aportados en contra del interés común²⁹⁶.

En su cometido el gestor no debe revelar el nombre del o los partícipes. Si contradice ese deber revelando frente a terceros quién o quiénes son partícipes, responde frente a uno y otros por los daños que cause. Se trata de un caso de abuso de facultades que hace responsable al autor del abuso²⁹⁷, o bien de utilización por el gestor de una representación inexistente²⁹⁸.

III.2.B) *Responsabilidad frente a los terceros con quien se vincula*

La responsabilidad con relación a los terceros con quien el gestor se vincula será la civil que corresponda: directa (arts. 1749 y cons.); por el hecho de sus dependientes (art. 1753); o por el riesgo o vicio de las cosas, de las actividades o medios empleados en los términos de los artículos 1757 y concordantes del nuevo Código.

La garantía patrimonial de dichos terceros está representada por el patrimonio del gestor, que incluye los bienes aportados por el o los partícipes, y no por el patrimonio personal de estos últimos.

²⁹⁵ URÍA, ob. y lug. cit. en nota anterior. Véanse arts. 59 y 274 de la ley 19.550.

²⁹⁶ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ob. cit., p. 570.

²⁹⁷ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 194.

²⁹⁸ VICENT CHULIÀ, ob. cit., t. 2, p. 347.

III.3) *Actuación conjunta. Responsabilidad solidaria*

El Código no se opone a la existencia de más de un gestor. No hay límite para el número de ellos. En ese contexto, prescribe el artículo 1449 *in fine* que si actúa más de un gestor, todos son solidariamente responsables.

Esta solidaridad se da tanto respecto del o los partícipes cuanto con relación a los terceros.

Se trata de una solidaridad legal (art. 828) y la comunicación de la responsabilidad entre los gestores se justifica bajo la idea de representación de unos respecto de otros (art. 829). Se aplican los artículos 830 a 832 en lo pertinente (ver t. V, p. 289).

IV) *Significado de la reforma*

Aclara convenientemente el status jurídico del gestor.

Art. 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.

I) *Resumen*

Se determina el status jurídico del partícipe en función de su deber de abstención respecto de la actuación del gestor, estableciéndose la improcedencia de acciones entre el partícipe y los terceros y viceversa. Queda a salvo el caso de actuación común exteriorizada juntamente con el gestor, a la luz de la doctrina de la apariencia jurídica. Supuesto de asunción de responsabilidad ilimitada del partícipe.

II) *Concordancias*

Negocio en participación, definición (art. 1448); gestor, actuación y responsabilidad (art. 1449); derechos de información y rendición de cuentas (art. 1451); limitación de las pérdidas (art. 1452).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Deber de abstención del partícipe*

Declara el artículo 1450 del Código que partícipe es la parte del negocio "...que no actúa frente a terceros..."

Esta última prescripción implica establecer un deber de abstención del o los partícipes en cuanto a la actuación que lleva adelante el gestor.

Se trata de una obligación de no hacer (art. 778) que incide, en primer lugar, en el régimen de las relaciones jurídicas internas del contrato, y en segundo lugar, cuando hay incumplimiento a la obligación, también en el régimen de relaciones jurídicas externas.

Este deber de abstención es el lógico correlato del carácter oculto de la actuación del partícipe y tiene dos razones justificantes: la primera, está dada por el tipo de negocio de que se trata, en el cual el partícipe prefiere no vincularse directamente con los terceros, sino canalizar su interés económico a través de la actuación que haga el gestor; y la segunda, está dada por que con la abstención se intenta evitar que los terceros sean inducidos a conceder más crédito al gestor del que personalmente merece. Es decir, se trata de dos facetas perfectamente diferenciadas: la que favorece al partícipe, inspirada en su deseo de permanecer oculto y la que favorece a los terceros, para no caer en error en cuanto a la solvencia del gestor²⁹⁹.

III.2) *Inexistencia de acciones recíprocas*

Determina el Código que ni los terceros tienen acción contra el partícipe, ni este último contra aquéllos.

En otras palabras, no hay más persona vinculada con los terceros que el gestor, sea como acreedor o deudor, pues el partícipe no figura a esos efectos para nada, salvo si el gestor le cede sus derechos³⁰⁰.

Así pues, los terceros no podrán exigirle al partícipe el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el gestor.

²⁹⁹ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 194, N° 1080.

³⁰⁰ LANGLE Y RUBIO, ob. cit., t. III, p. 346.

En este último sentido, ningún partícipe es responsable solidario por las obligaciones contraídas por el gestor³⁰¹.

Tampoco los terceros podrán exigirle al partícipe el cumplimiento de la aportación que no entregó al gestor, pues el acreedor de dicha aportación es el gestor y los acreedores de éste únicamente podrían ir contra el partícipe por vía de la acción subrogatoria (art. 739)³⁰².

Del mismo modo, los partícipes no tienen acción contra los terceros con quienes el gestor hubiera contratado. El ejercicio de esta acción será tan sólo posible cuando el gestor hubiese hecho cesión formal de sus derechos al partícipe. Tal cesión puede tener lugar con el fin de liquidar las relaciones nacidas de la cuenta de participación y, en esa medida, representará una *cessio pro solvendo*³⁰³.

III.3) *Infracción al deber de abstención. Apariencia jurídica*

El artículo 1450 del Código subordina la inexistencia de acciones recíprocas entre los terceros y el o los partícipes al hecho de que estos últimos no se revelen, es decir, que permanezcan ocultos.

Por el contrario, si el partícipe o partícipes revelan su actuación, exteriorizando la apariencia de una actuación común con el gestor, al constituir ello una infracción al deber de abstención, nace a favor o en contra de ellos la posibilidad del ejercicio de acciones respecto de los terceros.

Esto particularmente ocurre si el partícipe revela su nombre a los terceros, sea cuando contrató con ellos, sea con ocasión de la ejecución de lo pactado.

En esta última situación, el partícipe al exteriorizarse refuerza con su propia voluntad el crédito del gestor frente a los terceros, y para que éstos no queden defraudados como acreedores, tendrá que asumir la responsabilidad propia del gestor (art. 1449). Es decir, la actuación común que el partícipe asumiera juntamente con el gestor, hace que

³⁰¹ VÁSQUEZ DEL MERCADO, ob. cit., p. 568, N° 10.

³⁰² VIVANTE, ob. cit., t. II, p. 587, N° 838; DE GREGORIO, Alfredo, en BOLLAFFIO, ROCCO y VIVANTE, *Derecho Comercial. De las sociedades y de las asociaciones comerciales*, Ediar, Buenos Aires, 1950, t. 7, vol. II, p. 423, N° 593.

³⁰³ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 209, N° 1086.

su propia responsabilidad se convierta en ilimitada³⁰⁴, perdiendo consiguientemente el beneficio previsto para él por el artículo 1452. De esta responsabilidad ilimitada sólo se liberaría el partícipe que hubiera manifestado a los terceros de manera clara su verdadera condición y la cuantía de su participación en el negocio³⁰⁵.

La misma situación podría presentarse cuando fuese el gestor el que revela el nombre del partícipe, con consentimiento de este último. No así, en cambio, si faltó ese consentimiento del partícipe, debiendo responder el gestor por los daños que provoque³⁰⁶.

La doctrina de la apariencia recibe aplicación en la especie³⁰⁷.

IV) Significado de la reforma

Se especifica con claridad la posición que el partícipe tiene en el "negocio en participación" y las situaciones de excepción vinculadas a ello.

Art. 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.

I) Resumen

Se regula el derecho de información que el partícipe tiene sobre la marcha de los negocios objetos del contrato y cuyo sujeto pasivo es el gestor. Se determina el derecho a una rendición de cuentas documentada por parte del gestor, a fin de que el partícipe conozca sobre los resultados económicos del negocio en participación (pérdidas o ganancias), la cual debe cumplirse en los términos pactados o, en su defecto, en los tiempos que determina el precepto.

³⁰⁴ BROSETA PONT, ob. cit., p. 354.

³⁰⁵ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, ps. 194/195, N° 1080.

³⁰⁶ VICENT CHULIÀ, ob. cit., t. 2, p. 347.

³⁰⁷ TOBÍAS, J., *Apariencia jurídica*, en L. L. 1994-D-1016.

II) Concordancias

Contabilidad y estados contables, investigaciones (art. 331); rendición de cuentas (arts. 858 a 864); negocio en participación, definición (art. 1448); limitación de las pérdidas (art. 1452). Ley 19.550 (art. 138).

III) Interpretación de la norma

III.1) Generalidades

El artículo 1451 del Código consagra los derechos de información y de rendición de cuentas del partícipe.

El derecho de información es cosa distinta del derecho de rendición de cuentas. El primero presupone la vigencia del contrato. El segundo, en cambio, puede darse durante la vigencia del contrato, especialmente cuando es de larga duración, pero normalmente es la consecuencia de su extinción y de la liquidación de las relaciones establecidas.

Precisado lo anterior, se examinarán ambos derechos.

III.2) Derecho de información

No establece el Código de qué manera el partícipe ejerce este derecho. Se acepta en la doctrina, empero, que resulta posible hacer aplicación analógica de las modalidades que gobiernan el derecho de información que incumbe al socio comanditario³⁰⁸. Desde tal perspectiva, entre nosotros cabe estar, en lo pertinente, al artículo 138 de la ley 19.550³⁰⁹.

A todo evento, nada impide pactar los alcances del derecho de información que puede ejercer el partícipe respecto de la actuación del gestor. En otras palabras, a efectos internos puede establecerse un sistema de control a cargo del partícipe, que lógicamente nunca podrá oponerse a terceros³¹⁰, y que podría tener por objeto la exhibición general (comunicación) de los registros y libros contables que lleve el gestor.

³⁰⁸ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 205, N° 1084; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., t. I, p. 263.

³⁰⁹ Véase por todos: ROITMAN, ob. cit., t. III, ps. 70/72.

³¹⁰ VICENT CHULIÀ, ob. cit., t. 2, p. 346.

Sobre esto último, no obstante, conviene tener presente lo siguiente: si para los negocios en participación se han llevado libros especiales, resulta claro que todos los asientos contenidos en dichos libros pertenecen a la gestión común y, por consiguiente, el partícipe tiene derecho a examinarlos y a pedir su exhibición general (art. 331, tercer párrafo, oración primera). Pero si el gestor de la negociación, no llevara libros especiales para esos negocios en participación con otro y se limitara a asentar las operaciones comunes en sus propios libros, ya no cabría la comunicación –exhibición general– de éstos al partícipe, sino simplemente la exhibición parcial de los asientos relativos a los negocios realizados en común (art. 331, tercer párrafo, oración segunda)³¹¹.

El derecho de información puede ejercerse bien personalmente por el partícipe, solo o asistido por un perito contable, o bien por un representante.

III.3) *Derecho de rendición de cuentas*

Determina el artículo 1451 que el partícipe tiene también 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.

La rendición de cuentas es para el gestor una obligación legal in-soslayable³¹²; es decir, no puede ser renunciada como es propio en la rendición de cuentas comercial³¹³.

³¹¹ FONTANARROSA, Rodolfo, *Derecho Comercial argentino*, Zavallá, Buenos Aires, 1979, ps. 376/377, N° 275, c; ANAYA, Jaime L. y PODETTI, Humberto, *Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, t. II, p. 80, N° 91.

³¹² LANGLE Y RUBIO, ob. cit., t. III, p. 344.

³¹³ Para un sector de la doctrina, la renuncia a la obligación de rendir cuentas es contraria a la naturaleza del comercio (conf. HALPERIN, I., *Curso de Derecho Comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 191, N° 83), y su carácter irrenunciable se justifica por razones de orden público, ya que la rendición de cuentas es un gran estímulo a la honestidad comercial (conf. SIBURU, Juan, *Comentario del Código de Comercio*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1923, t. II, p. 313, N° 458). Para otra opinión, en cambio, no puede haber óbice a la renuncia pues no se advierte cuál es el interés público comprometido, pareciendo más bien que la renuncia

A efectos de su cumplimiento, corresponde estar, ante todo, a lo pactado, sea en cuanto a la periodicidad de la rendición, sea en cuanto a su forma y alcance.

Normalmente, como se dijo, la rendición de cuentas es la consecuencia de la extinción del negocio y de la necesaria liquidación de las relaciones generadas entre partícipe y gestor. Permite definir las utilidades de las partes que han resultado de las operaciones cumplidas por el gestor, o bien determinar si hubo pérdidas. La distribución de ganancias y pérdidas coincide normalmente con la finalización del contrato.

Ahora bien, cuando el “negocio en participación” se constituya para realizar una o más operaciones determinadas con posibilidad de reiterarse en el tiempo, dando al contrato un carácter duradero, deberá el gestor realizar liquidaciones y rendiciones de cuentas periódicas según lo pactado³¹⁴, y, a falta de pacto sobre el particular –dice el artículo 1451–, de manera anual y al concluir la negociación. Es decir, al menos una vez por año (rendiciones periódicas) y al finalizar la negociación (rendición final liquidatoria).

Son aplicables, en lo pertinente, con carácter subsidiario a lo pactado y lo dispuesto por el artículo 1451, las reglas de los artículos 858 a 864 del Código.

La rendición de cuentas dará lugar a las siguientes posibles consecuencias:

a) *Reparto de ganancias.*

La necesidad de que de este reparto no sea excluido ninguno de ambos contratantes deriva de que la participación en las ganancias es el motivo determinante de la voluntad del partícipe al contratar.

conciene solamente al interés privado del dueño del negocio (conf. FONTANARROSA, ob. cit., p. 385, N° 281). Cabe entender, empero, que la rendición de cuentas en materia comercial es irrenunciable por adelantado, pero no hay impedimento para renunciarla cuando el derecho a exigirla se ha adquirido (conf. ARGENTI, Saúl, *Rendición de cuentas comercial*, en L. L. 1979-A-856, Cap. II-2; FERNÁNDEZ, Raymundo y GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 197, N° 32; ANAYA y PODETTI, ob. cit., t. II, p. 130).

³¹⁴ URÍA, ob. cit., p. 457, N° 488; GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, ps. 205/206, N° 1085.

Serán los contratantes los que determinen la proporción de cada uno en la distribución de ganancias, y si no lo hacen la solución lógica es que las dividan en proporción al interés que cada cual tuviera en el negocio³¹⁵.

b) *Reparto de pérdidas.*

Las pérdidas deben ser imputadas a todos los contratantes. No es lícito pactar que el partícipe no responda por las pérdidas, pues debe estar tanto a los resultados prósperos como a los adversos. La distribución de las pérdidas debe hacerse, como en las ganancias, según lo dispuesto en el contrato o, en su defecto, en proporción al interés de cada parte³¹⁶. Puede, desde luego, pactarse que las pérdidas se distribuyan en una proporción diferente a las ganancias, con tal que se salve el principio de participación en las pérdidas por parte del partícipe³¹⁷.

Las pérdidas que debe soportar el partícipe tienen, no obstante, el límite que marca el artículo 1452.

c) *Restitución al partícipe de su parte de capital.*

La restitución al partícipe de su parte de capital (íntegra o reducida por las pérdidas) debe tener lugar con la extinción del "negocio en participación", es decir, como efecto de la rendición de cuentas final y liquidación de las relaciones que generó el contrato³¹⁸.

IV) Significado de la reforma

Se determinan derechos esenciales del partícipe, fijándose sus contenidos mínimos.

Art. 1452 *Limitación de las pérdidas.* Las pérdidas que afecten al partícipe no pueden superar el valor de su aporte.

³¹⁵ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 206; BROSETA PONT, ob. cit., p. 351.

³¹⁶ BROSETA PONT, ob. cit., p. 353.

³¹⁷ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 207.

³¹⁸ LANGLE Y RUBIO, ob. cit., t. III, p. 345; DÍAZ BRAVO, ob. cit., 1997, p. 274.

I) Resumen

Responsabilidad limitada del partícipe al aporte que hubiera efectuado. Causas de extinción del negocio en participación.

II) Concordancias

Negocio en participación, definición (art. 1448); partícipe (art. 1450).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Limitación de la responsabilidad del partícipe por causa de pérdidas*

En el Derecho Comparado existen dos sistemas referentes a la responsabilidad del partícipe por causa de pérdidas.

Según el primer sistema, el partícipe responde ilimitadamente. Es decir, responde más allá del *quantum* de su aportación, en un pie de igualdad con el gestor. La limitación de la responsabilidad, se dice, es un favor excepcional que no debe reconocerse al partícipe, pues no es socio comanditario ni accionista, y ella va contra el hecho de que el contrato en participación tiene por finalidad poner en común la suerte de los contratantes³¹⁹.

En cambio, según el segundo sistema, el partícipe responde limitadamente hasta el valor de su aportación. Esta solución se justifica bajo el argumento de que la voluntad del partícipe es arriesgar en el negocio una suma limitada: la suma de su aportación y nada más³²⁰.

El Código se inclina por este último sistema, repitiendo la solución del artículo 365 de la ley 19.550.

Ciertamente, no es válida la cláusula por la cual el partícipe queda excluido de soportar las pérdidas, pues ello hace a un elemento esencial de la participación³²¹. En todo caso, el contrato no valdrá como "ne-

³¹⁹ VIVANTE, ob. cit., t. II, ps. 584/585, N° 834; DE GREGORIO, en BOLAFFIO, ROCCO y VIVANTE, ob. cit., t. 7, vol. II, p. 434, N° 600.

³²⁰ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 207.

³²¹ FERRI, ob. cit., p. 392, N° 274.

gocio en participación", sino que valdrá como contrato innominado (art. 970), mixto, negocio jurídico parciario, etcétera³²².

En la hipótesis de aportación de uso, la responsabilidad debe entenderse limitada al valor económico que ella tuvo, calculado al tiempo de la liquidación del negocio en participación.

III.2) Extinción del contrato

El negocio en participación se extingue por las siguientes causales:

a) Transcurso del tiempo fijado en el contrato. Si el contrato se pactó por tiempo indefinido o larga duración, se aplica lo dispuesto por el artículo 1011.

b) Terminación de las operaciones previstas.

c) Imposibilidad de cumplir el objeto del negocio en participación.

d) Rescisión bilateral, rescisión unilateral, revocación o resolución según lo prescripto por los artículos 1076 y 1077.

e) Resolución por incumplimiento. El gestor puede resolver el contrato si el partícipe no cumple con el aporte que prometió (arts. 1083 y 1084, inc. a). A su vez, la facultad resolutoria es dada también al partícipe, por ejemplo, si el gestor no une a las aportaciones lo que hubiera prometido emplear por cuenta común; si violando el acuerdo, no lleva el gestor un registro adecuado de los negocios participados; si descuida de estos últimos, etcétera³²³.

f) Fallecimiento del gestor. La muerte del gestor extingue el contrato por el carácter *intuitu personæ* que tiene su actividad. No ocurre lo mismo cuando fallece el partícipe, pues el contrato puede continuarse con sus herederos, salvo pacto en contrario³²⁴.

g) Quiebra del gestor. De acuerdo al artículo 151, primer párrafo, de la ley 24.522, la falencia del socio gestor provoca la disolución de la sociedad accidental o en participación. Si bien la norma se refiere a la sociedad accidental o en participación que regulaba la ley 19.550, a la luz del Código ella sigue teniendo vigencia aunque adecuándola a

la nueva realidad que determina el carácter contractual dado a la cuenta en participación. Desde tal perspectiva, lo que provoca la quiebra del gestor no es ya la disolución de sociedad alguna, sino sencillamente la extinción del "negocio en participación". El fundamento de tal extinción se encuentra, para unos, en el carácter personal del negocio, que enana en la figura del gestor y en su actividad³²⁵, o bien en el *intuitu personæ*³²⁶, y para otros en la imposibilidad de continuar el contrato³²⁷. En cualquier caso, es evidente que no siendo el negocio en participación un sujeto de derecho ni titular de obligación alguna, la quiebra tiene sentido tratándose del gestor, en cuya cabeza se imputan jurídicamente las operaciones determinadas a las que hace referencia el artículo 1448. La extinción ordenada por el artículo 151 de la Ley Concursal opera aunque se disponga la continuación de la actividad empresarial del gestor³²⁸. No la pueden borrar los partícipes *in bonis*, pues la extinción determina la imposibilidad de que ellos intenten proseguir la operación que se estuviera ejecutando cuando se declaró la quiebra del gestor³²⁹.

La ley 24.522 no contempla el caso de quiebra del partícipe, como causal de extinción del contrato, apareciendo el problema de su continuación por el síndico³³⁰.

³²⁵ SATTA, Salvatore, *Diritto Fallimentare*, Cedam, Padova, 1996, p. 302, N° 92.

³²⁶ BONSIGNORI, Angelo; NARDO, Giulio y LAZZARA, Margherita, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 308; PAJARDI, Piero, *Manuale di Diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 362, § 77.

³²⁷ En opinión de PROVINCIALI, Renzo, *Tratado de derecho de quiebra*, AHR, Barcelona, 1958, t. II, p. 360, N° 262, prescindiendo del carácter fiduciario de la relación, la llegada de la quiebra del gestor impide su actividad y, por consiguiente, el que pueda conseguir la finalidad prefijada. En sentido análogo: FERRARA (jr.), Francesco y BORGIOI, Alessandro, *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 388; MAZZOCA, Doménico, *Manuale di Diritto fallimentare*, Jovene, Napoli, 1980, p. 348, N° 119.

³²⁸ MAFFEI ALBERTI, Alberto, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2000, p. 310, N° I-2; GUGLIELMUCCI, Lino, en AA. VV., *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, en *Commentario Scialoja-Branca, Zanichelli-Foro Italiano*, Bologna-Roma, 1979, p. 261.

³²⁹ QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos*, Astrea, Buenos Aires, 1986, t. 2, p. 570.

³³⁰ Para este aspecto y, asimismo, para ampliar lo atinente a la quiebra del gestor, véase: HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. 5, ps. 447 y ss.

³²² DE GREGORIO, en ob. cit., t. 7, vol. II, p. 432, N° 599.

³²³ VIVANTE, ob. cit., t. II, p. 582, N° 830.

³²⁴ GARRIGUES, ob. cit., t. III, vol. I, p. 211; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., t. I, p. 263; URÍA, ob. cit., p. 458, N° 489.

h) Asimismo, corresponde tener presente el caso de nulidad y resolución por incumplimiento en las hipótesis reguladas por el artículo 1443.

IV) Significado de la reforma

Se mantiene el criterio del artículo 365 de la ley 19.550.

SECCIÓN 3ª

AGRUPACIONES DE COLABORACIÓN

Art. 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.

D) Resumen

La organización común como objeto de este contrato asociativo. Finalidad colaborativa. Límite de tal organización: “fases” de la actividad.

II) Concordancias

Agrupaciones de colaboración (arts. 1454 a 1462).

III) Interpretación de la norma

III.1) Caracterización del contrato de agrupación en colaboración

El artículo 1453 del Código define al contrato de agrupación en colaboración de un modo sustancialmente idéntico a la caracterización que le diera el artículo 367 de la ley 19.550.

El Código lo define poniendo énfasis en su objeto organizacional. En efecto, hay agrupación en colaboración cuando dos o más partes

acuerdan o “...establecen una organización común...” Así pues, el objeto del contrato de agrupación de colaboración no está representado por el ejercicio de una actividad económica, sino por la regulación de tal actividad mediante la creación de una organización común³³¹. A través de tal organización se pretende facilitar o desarrollar de mejor manera la propia actividad de cada parte, perfeccionando los resultados económicos, abaratando costos, ahorrando recursos materiales o humanos. Las partes de este tipo de contrato no buscan crear un sujeto de derecho, persona jurídica o sociedad, sino simplemente asociarse para generar una estructura organizativa, un ámbito de colaboración mutua y recíproca (mutualidad), para simplificar u optimizar las propias actividades empresariales. Desde tal perspectiva, la organización de una agrupación de colaboración no tiene el perfil de la que corresponde a una sociedad, pues mientras la organización en una sociedad está signada por la finalidad de la obtención de un lucro (art. 1º de la ley 19.550), esto último está excluido en el contrato de que se trata (art. 1454 del Código) cuya finalidad es la organización misma.

Cada parte integrante de la agrupación de colaboración conserva su individualidad y, por ende, sus derechos y obligaciones, debiendo ejercerlos y asumirlos –por regla– *in nomine proprio*³³².

La organización común referida ha de canalizarse a partir de “...determinadas fases de la actividad de sus miembros...” Quiere decir ello que ninguna de las partes integrantes de la agrupación de colaboración puede someter en el marco del contrato de que se trata a “toda” su actividad empresarial. Sólo puede hacerlo con relación a un segmento de ella. Semejante restricción se explica por un doble fundamento: a) porque el desarrollo de “toda” la actividad empresarial al amparo de este contrato asociativo podría dar lugar a la violación de las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia 21.156 (arg. art. 1461, inc. e), y b) porque esa situación trasladaría el caso directamente al ámbito societario³³³.

³³¹ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 239.

³³² CNCom., sala A, 24-3-2004, “Faisan SA de Productos de Algodón y Afines c/Exfin Exchange y Financial Co. Trust Vaduz y otros s/Ordinario”.

³³³ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 112.

Por "fases" de la actividad ha de entenderse, pues, la posibilidad de dividir idealmente la actividad de la empresa en operaciones. En otras palabras, la exigencia de que la actividad colaborativa aprehenda exclusivamente "fases" de la actividad de sus miembros guarda relación con la circunstancia de que cualquier actividad, empresarial, industrial o comercial, es idealmente divisible en operaciones que conservan, en el contexto global de la empresa, una cierta individualidad que, técnicamente, podrían resolverse en organizaciones autónomas³³⁴.

Así pues, las "fases" de la empresa que la constitución de la agrupación de colaboración separa de las restantes fases propias de la actividad de cada participante singularmente considerado pueden concernir, por ejemplo, al aprovisionamiento de la materia prima, a la producción semielaborada, o de las partes destinadas a componer el producto del singular participante, a la comercialización de productos acabados o, más limitadamente, a la exportación, a la prestación de servicios administrativos, contables, informativos, de publicidad, etcétera. Comúnmente esto podrá darse entre empresas que operan en un sector homogéneo de la producción o del cambio, pero también podría surgir cuando existan actividades económicas conexas, tal como se encuentra autorizado en el Derecho italiano posterior a la reforma de la ley 377 de 1976, que modificó el texto del artículo 2602 del Código Civil de 1942³³⁵.

Por lo demás, la amplitud de fines hacia los cuales puede enderezarse la colaboración empresarial a través de este contrato no torna en requisito la similitud o identidad de objeto de las empresas participantes, aunque en la mayoría de los casos así pueda ser³³⁶.

III.2) Partes del contrato

El artículo 367 de la ley 19.550 establecía que podían ser parte del contrato de agrupación en colaboración las sociedades constitui-

³³⁴ Exposición de Motivos de la ley 22.903, Cap. III, Sec. II, ap. 5.

³³⁵ GALGANO, Francesco, *Diritto Commerciale (L'imprenditore)*, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 345, N° 15.2.

³³⁶ VERÓN, Alberto V. y ZUNINO, Jorge O., *Reformas al régimen de sociedades comerciales. Comentario a la ley 22.903*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 574, N° 401.

das en el país, los empresarios individuales domiciliados en la República, y las sociedades constituidas en el extranjero previo cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 118, tercer párrafo, de la ley societaria.

Estas referencias subjetivas han sido eliminadas por el Código, ni su artículo 1453 ni ningún otro las reproduce. Como se explica en los Fundamentos del Anteproyecto, se evita una referencia a las "sociedades comerciales" o "empresarios", para tender a la unificación. En su caso, la supresión tiene por consecuencia superar dudas interpretativas existentes en el Derecho anterior³³⁷ y, por ejemplo, habilitar para ser parte en este contrato, no sólo a sociedades, sino también a sujetos tales como asociaciones civiles (arts. 168 y ss.), simples asociaciones (arts. 187 y ss.), fundaciones (arts. 193 y ss.), cooperativas (ley 20.337, art. 84), así como a todas las personas jurídicas privadas o personas humanas que realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios (art. 320).

No es factible, empero, que una agrupación participe en otro contrato de agrupamiento³³⁸, pues no podría ser "parte" con el alcance previsto por el artículo 1023 del Código.

Las sociedades extranjeras, más allá del silencio observado por el artículo 1453, deben no obstante cumplir con lo previsto por el artículo 118 de la ley 19.550, pues la colaboración empresarial de que se trata no puede calificarse como acto aislado.

IV) Significado de la reforma

Se mantiene la caracterización de la figura resultante del Derecho anterior (art. 367 de la ley 19.550), pero se omite toda enumeración de los sujetos habilitados para contratar, lo cual amplía el ámbito subjetivo del contrato a partes que no necesariamente deben ser sociedades, superando dudas interpretativas.

³³⁷ Véase por todos: NISSEN, ob. cit., t. 5, ps. 241/245, N° 782.

³³⁸ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 133; MARTORELL, Ernesto, *Tratado de los contratos de empresa*, Depalma, Buenos Aires, 1997, t. III, p. 306.

Art. 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.

I) Resumen

Los agrupamiento de colaboración no pueden perseguir una finalidad lucrativa, ni inmiscuirse en la dirección de la actividad que los sujetos agrupados conservan como "fases" no delegadas.

II) Concordancias

Estados de situación (art. 1460, segundo párrafo).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Prohibición de lucro*

No siendo la agrupación de colaboración una sociedad, persona jurídica o sujeto de derecho (art. 1442), resulta inconcebible un interés propio en la obtención de un lucro. Por lo demás, la partes agrupadas no podrían, ni siquiera indirectamente, actuar organizadamente en común para perseguir un lucro cuyo beneficiario no fueran ellas sino la agrupación en cuanto tal, ya que ello implicaría la formación de una sociedad (art. 1º de la ley 19.550) y colocaría el caso fuera de la órbita del contrato asociativo de que se trata.

De tal suerte, ningún lucro que se obtenga puede pasar a integrar el fondo común operativo previsto por el artículo 1458 del Código y, por el contrario, como lo determina el artículo 1454, las ventajas económicas que genere la actividad de la agrupación deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas.

Los beneficios lucrativos que hubiera pueden, como los resultados económicos obtenidos por las partes, ser imputados al ejercicio en que se producen o a aquel en el que se aprueban las cuentas de la agrupación (art. 1460, segundo párrafo).

III.2) *Prohibición de inmiscuirse en la actividad de las partes agrupadas*

Las agrupaciones de colaboración, en virtud de su carácter contractual, no pueden inmiscuirse en la administración u organización de las actividades de sus partícipes, ya que estos mantienen plena autonomía en cuanto a su propia actividad (de la cual solamente han escindido una o más "fases" en los términos del art. 1453), conservando intactas, consiguientemente, las facultades para direccionar los negocios sociales correspondientes a "fases" no delegadas³³⁹.

No siendo sujetos de derecho, las agrupaciones de colaboración tampoco pueden ser sujetos activos de un control sobre las sociedades partícipes de acuerdo al artículo 33 de la ley 19.550. Por consiguiente, es impensable también una dirección unificada en los términos del artículo 161, inciso 2º, de la ley 24.522.

Cada parte agrupada, pues, mantiene su independencia, que no es sólo jurídica sino también económica³⁴⁰, y el agrupamiento no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros, ni en uno ni en otro sentido.

La prohibición tiende a evitar prácticas anticompetitivas³⁴¹.

IV) Significado de la reforma

Mantiene sustancialmente el criterio aprobado por el artículo 368 de la ley 19.550.

Art. 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.

³³⁹ SEGAL, Rubén y ELKIN, Natán, *Los instrumentos jurídicos de la colaboración empresaria en el Derecho argentino*, en R. D. C. O. 1985, año 18, p. 172; ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 368.

³⁴⁰ VERÓN y ZUNINO, ob. cit., ps. 576/577, Nº 405.

³⁴¹ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 266.

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 hubiesen 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 ha-

bilitados a nombre de la agrupación que requiera la naturaleza e importancia de la actividad común.

I) Resumen

Se regulan los requisitos de forma y de contenido del contrato de agrupación de colaboración, así como su inscripción en el Registro Público y comunicación a la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

II) Concordancias

Nombre, derecho y deber (art. 62); domicilio real (art. 73); atributos y efectos de la personalidad jurídica, nombre (art. 151); domicilio y sede social (art. 152); forma y prueba del acto jurídico, expresión escrita (art. 286); requisitos del instrumento público (art. 290, inc. b); firma de los instrumentos privados (art. 313); reconocimiento de la firma (art. 314); contabilidad y estados contables (arts. 320 a 331); representación, disposiciones generales (arts. 358 y ss.); agrupaciones de colaboración, fondo común operativo (art. 1458); estados de situación (art. 1460); resolución parcial no voluntaria de vínculo (art. 1462).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El contrato de agrupación de colaboración: forma y contenido*

III.1.A) *Expresión escrita*

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1455, el contrato de agrupación de colaboración debe otorgarse por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente.

Exige el Código, pues, una expresión escrita de acuerdo a lo previsto por el artículo 286.

No podría celebrarse con un instrumento no firmado (art. 287). La firma viene impuesta pues ella es exigida en los instrumentos públicos (art. 290, inc. b) y en los instrumentos privados (art. 313).

Si el contrato se extiende en instrumento privado, las firmas de las partes deben estar certificadas notarialmente. Juega al respecto lo previsto por el artículo 314, segundo párrafo, del Código.

La expresión escrita es presupuesto de eficacia del contrato, de su oponibilidad respecto de terceros (previa su inscripción, como se verá más adelante), de fijación y reproducción de los derechos y obligaciones de las partes, y de su prueba (forma *ad probationem*).

III.1.B) Contenido del contrato

a) Objeto de la agrupación.

Se trata de la descripción de la organización, modalidades y alcances, que la agrupación ha de tener a fin de desarrollar las "fases" de la actividad propia que los otorgantes han delegado según lo descrito por el artículo 1453.

En otras palabras, es la descripción de la actividad para la cual se constituye la agrupación de colaboración.

Comprende, lógicamente, la descripción de las determinadas "fases" de la actividad que serán materia de organización.

Tal descripción es relevante no sólo porque limita lo que el agrupamiento puede hacer, sino incluso a los fines de la dirección y administración de la agrupación, pues estando ambas a cargo de personas humanas reputadas mandatarias (art. 1457), dicha descripción fija los actos comprendidos en el mandato (art. 1324, inc. a).

b) Duración de la agrupación (vigencia del contrato).

Exige el artículo 1455, inciso b, que el contrato de agrupación de colaboración determine su duración, que no puede exceder de diez años³⁴².

La palabra "duración" no equivale a término final exclusivamente, sino que refiere al término "inicial" y, desde luego, al término "final". Es decir, el contrato debe indicar a partir de cuándo es operativa la organización común (momento que no necesariamente es coincidente con el de la firma del contrato) y hasta cuándo ella tendrá vigencia. El lapso que va del término "inicial" (momento de eficacia) hasta

³⁴² El art. 2602 del Cód. Civ. italiano de 1942 establece el mismo plazo.

el "final" (momento de vencimiento) no puede superar, como lo determina el precepto, diez años.

La determinación de la duración de la agrupación no es, empero, un requisito insoslayable, pues el artículo 1455 prescribe (regla supletoria) que si el contrato omitiera la respectiva indicación, se entiende que el plazo es de diez años. En este caso, indefectiblemente el plazo habrá de contarse a partir de la fecha de la firma del contrato.

El artículo 1455 ordena, por otra parte, que si se pactara un contrato de agrupación de colaboración por un plazo mayor a diez años, se entenderá reducido a uno de diez años. Esta previsión es imperativa, de orden público, no puede ser derogada ni siquiera por voluntad expresa de las partes, y se encuentra establecida a fin de protegerlas, para que no se vea comprometida la delegación de "fases" de su propia actividad más allá de lo razonable.

Nada impide, desde luego, que antes de producirse el vencimiento de diez años las partes prorroguen la vigencia del contrato de agrupación de colaboración, ni que ello pueda tener lugar sucesivamente. Para lo propio, el artículo 1455 exige que las partes otorgantes lo resuelvan por unanimidad. Este último requisito también es imperativo, de orden público, pues las partes no podrían pactar ninguna prórroga decidida por una mayoría como la contemplada en el artículo 1456, primer párrafo, del Código. Existe una finalidad tuitiva inderogable establecida por las mismas razones antedichas.

Si se produce el vencimiento del plazo de duración del contrato sin existir prórroga, ya no será esta última posible, debiendo las partes firmar un nuevo contrato.

Cualquier prórroga, en fin, supone que previamente han sido desinteresados los acreedores embargantes de los participantes. Es lo que ordena el artículo 1455, inciso b, última oración. Se trata de una exigencia que no estaba prevista en el artículo 1345, inciso b, del Proyecto de 1998. No aclara la norma si los bienes del participante que han sido objeto de embargo deben estar o no afectados a la organización que regula el agrupamiento de colaboración. Corresponde interpretar, por ello, que la regla aprehende ambos supuestos, o sea, que pueden ser bienes embargados incorporados a esa organización o no (*ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*). Sentado lo

anterior, cabe precisar: 1) si el bien embargado está incorporado a la organización que lleva adelante la agrupación de colaboración, la prohibición de prórroga sin previamente desinteresar al acreedor embargante se justifica en la necesidad de no seguir sometiendo dicho bien a una actividad que podría afectar su integridad con perjuicio para el mencionado acreedor; 2) en el segundo caso, desinteresar al acreedor embargante se justifica en la necesidad de impedir la continuación de una agrupación que puede seguir generando pasivos por los cuales el participante embargado resulta ser solidaria e ilimitadamente responsable (art. 1459), con perjuicio a sus otros acreedores personales que tienen en el bien embargado parte de su propia garantía patrimonial.

c) *Denominación de la agrupación.*

Impone el artículo 1455 como contenido necesario del contrato, que se brinde a la agrupación en colaboración una denominación formada con un nombre de fantasía integrado con la palabra "agrupación".

No se trata, desde luego, de una razón social o denominación en los términos del artículo 10, inciso 3º, de la ley 19.550, pues no se está en presencia de una sociedad. Tampoco del nombre social correspondiente a la persona jurídica sin fines de lucro (asociaciones, fundaciones, cooperativas), pues la agrupación de colaboración no lo es (art. 1442 del Código).

Se trata, antes bien, de la denominación de la agrupación con función distintiva de su actividad. Con ese alcance, tiene la protección que a las "designaciones de actividades" deparan los artículos 27 y siguientes de la ley 22.362³⁴³.

d) *Datos de los participantes.*

Como es propio de todo contrato, el de agrupación de colaboración debe indicar los datos completos de identificación de quienes son "parte" de él (art. 1023).

³⁴³ CORNEJO COSTAS, Emilio, *Tratado del nombre social*, Ábaco, Buenos Aires, 1989, p. 300. Sobre el régimen de la designación de actividades protegida por la ley 22.362, véanse: BERTONE, Luis E. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de marcas*, Heliasta, Buenos Aires, 1989, t. II, ps. 447 y ss.; ET-CHEVERRY, Raúl A. y CHOMER, Héctor O., *Código de Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 6, ps. 253 y ss.

Se trata del nombre de la persona humana o jurídica (arts. 62 y 151), de la razón social de la sociedad (art. 10, inc. 3º, de la ley 19.550) o denominación del sujeto de que se trate; del domicilio de la parte firmante (arts. 73 y 152 del Código; art. 10, inc. 4º, de la ley 19.550) y de 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 —dice el artículo 1455, inciso d *in fine*— se requiere también la relación de la resolución del órgano social que aprueba la contratación de la agrupación, así como su fecha y número de acta. Esta exigencia sugiere tres comentarios: 1) lo requerido es una "relación" de la resolución, lo que significa transcribir en el contrato una síntesis de ella, no toda completa; 2) resulta opinable cuál es el órgano social que debe aprobar la contratación; para algunos se trata de un acto de gestión ordinaria y, por tanto, basta la intervención del órgano de administración³⁴⁴; para otra opinión, en cambio, es un acto de gestión extraordinaria, que consiguientemente debe ser aprobado por el órgano de gobierno (asamblea o reunión de socios)³⁴⁵; finalmente, también se ha dicho que cabe sostener una u otra alternativa según sea la incidencia y relevancia económica del otorgamiento del contrato en relación con la actividad societaria de la participante³⁴⁶; 3) en su caso, la presentación del acta del órgano de administración solamente será exigible respecto de aquellas sociedades en las cuales dicho órgano resulte colegiado, pues únicamente en tal caso es necesario labrar acta de sus decisiones (art. 73 de la ley 19.550)³⁴⁷.

e) *Constitución de domicilio especial.*

Se trata del domicilio previsto por el artículo 75 del Código. Él será vinculante para todos los efectos que emanan del contrato de

³⁴⁴ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 253; ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 866.

³⁴⁵ OTAEGUI, Julio C., *De los contratos de colaboración empresarial*, en R. D. C. O. 1983-875.

³⁴⁶ ROUILLON, Adolfo A. y ALONSO, Daniel, *Código de Comercio, comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. III, p. 861; MARTORELL, ob. cit., t. III, p. 303.

³⁴⁷ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 253.

agrupación de colaboración, tanto entre las partes como respecto de terceros, en orden a los derechos y obligaciones respectivas.

f) *Descripción de las obligaciones asumidas, de las contribuciones debidas al fondo común operativo, y de los modos de financiar las actividades comunes.*

En cuanto al cúmulo de obligaciones que las partes del contrato asumen, no existen restricciones contractuales en la materia. Como se dijo en los Fundamentos del Proyecto de 1998, el contrato asociativo es concebido como una figura muy abierta, que deja lugar a estipulaciones de lo más variadas que puedan aparecer en la vida comercial y económica. De ello deriva, como lo ha sido destacado por la doctrina, la admisibilidad de la asunción de obligaciones dispares, incluso de naturaleza diferenciada, por los distintos partícipes. Otro tanto ocurre con relación a los derechos acordados. Es lícita la mayor atipicidad en los pactos que se estructuran sobre estos puntos, con la sola limitación del necesario equilibrio de las prestaciones contractuales. Las diferencias de derechos entre los contratantes también puede referirse al plazo de su participación en el contrato, lo que hace admisible la figura del adherente transitorio³⁴⁸.

En lo que toca a la descripción de las contribuciones debidas al fondo previsto por el artículo 1458, se trata de establecer contractualmente el procedimiento en que cada participante hará su aportación, el *quantum* de ella, el tiempo de su efectivización, la necesidad de recomposiciones futuras, etcétera.

g) *Descripción de la participación que cada contratante ha de tener en las actividades comunes y en sus resultados.*

Mediante esta descripción contractual se hace efectivo lo previsto por el artículo 1454, segunda oración, del Código, en cuanto a que las ventajas económicas que genere la actividad de la agrupación deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas. En otros términos, la estipulación contractual considerada es la que determinará la cuota que corresponde a cada participante en la distribución de los resultados económicos obtenidos. Por supuesto, en

³⁴⁸ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., ps. 140/141, N° 2.8.

los hechos todo ello quedará sujeto a lo que resulte de los estados de situación previstos por el artículo 1460 del Código.

h) *Dirección y administración, representación y fiscalización de la agrupación.*

La o las personas humanas que desempeñen la dirección y administración de la agrupación deben estar designadas en el contrato, tal como lo ordena el artículo 1457. Es decir, se trata éste de otro contenido del instrumento, pero que no está enumerado en el artículo 1455.

Ahora bien, haciendo pie en lo operativo de la organización, exige el Código que el contrato de agrupación en colaboración contenga las siguientes previsiones:

1. En cuanto a la dirección de la organización y actividad común, la indicación de los medios, atribuciones y poderes que se les confiere a las personas humanas mencionadas por el citado artículo 1457.

Estas previsiones deben referirse también a las pautas para administrar el fondo común previsto por el artículo 1458.

2. En cuanto a la representación de los participantes, la designación de quién o quiénes actuarán en tal condición, individual o colectivamente. Son de aplicación las normas de los artículos 358 y siguientes del Código.
3. En cuanto a la fiscalización, la indicación de quién o quiénes controlarán la actividad, al solo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

i) *Casos de separación y exclusión.*

El contrato debe prever, además, las causales de separación o exclusión de los participantes (art. 1455, inc. i).

Son dos institutos diferentes. La separación alude al derecho de cada participante de abandonar voluntariamente la agrupación, dándose las condiciones contractualmente previstas para ello. La exclusión, en cambio, es un derecho que incumbe colectivamente a todos los participantes de provocar la separación de uno de ellos, sin que concurra la voluntad del excluido, por razones taxativamente establecidas en el contrato.

Así, por ejemplo, puede pactarse el derecho de separación para el caso de que se decida la prórroga del contrato; si se resolviera un cambio fundamental en el objeto de la agrupación, etcétera.

Los casos de exclusión, por su parte, están vinculados a inconductas del participante, a quien se lo separa de la agrupación a modo de sanción. Es decir, la exclusión opera en conexión con las sanciones por incumplimiento de obligaciones a que hace referencia el artículo 1455, inciso k, del Código (v. gr., mora en la integración de las contribuciones al fondo común previsto por el art. 1458). Asimismo, pueden crearse causales de exclusión fundadas, por ejemplo, en la realización por un participante de una actividad en competencia, o bien inherentes a su solvencia, verbigracia, presentación en concurso preventivo o solicitud de homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial³⁴⁹. Juega también lo previsto por el artículo 1462 del Código.

La resolución que determina la exclusión debe adoptarse por unanimidad, pues importa modificación del contrato (art. 1456, último párrafo), sin computar al partícipe afectado habida cuenta del obvio conflicto de intereses³⁵⁰.

Contra la decisión respectiva, cabe la impugnación judicial autorizada por el artículo 1456, segundo párrafo.

La resolución disponiendo la exclusión queda firme desde que es consentida por el excluido, o desde que pasa en autoridad de cosa juzgada la sentencia que rechaza la correspondiente impugnación judicial. Acontecido lo propio, el partícipe excluido tiene derecho a su parte proporcional en el fondo común operativo, previa liquidación hecha al efecto. El mismo derecho existe en caso de separación voluntaria.

j) *Requisitos de admisión de nuevos participantes.*

El contrato de que se trata no es un contrato cerrado, sino abierto. Muchas veces su efectividad es mayor, cuanto más amplia es la base de participantes. Con esa inteligencia, pues, puede prever la admisión de nuevos participantes, posibilidad que incluye también el re-

³⁴⁹ La quiebra está prevista como un supuesto de extinción del contrato: art. 1461, inc. d, del Código.

³⁵⁰ ROUILLON y ALONSO, ob. cit., t. III, ps. 865/866.

emplazo de los existentes, precisando incluso las condiciones subjetivas u objetivas de la participación³⁵¹.

El carácter *intuitu personae* o *intuitu instrumentum* que supone la colaboración de todo sujeto integrante de la agrupación, y el hecho de que la admisión como nuevo participante (reemplazando o no a otro) determina, por su propia naturaleza, una modificación del contrato en un aspecto que es esencial, determina que la mayoría absoluta (art. 1456, primer párrafo) no baste para autorizar la pertinente admisión, sino que deba requerirse unanimidad (art. 1456 *in fine*)³⁵².

En cualquier caso, las condiciones de admisión de los nuevos participantes pueden ser fijadas con amplitud, pero respetando el carácter "abierto" que tiene el contrato de que se trata³⁵³.

k) *Fijación de sanciones por incumplimiento de obligaciones.*

Se trata del establecimiento de cláusulas penales (arts. 790 y concs.)³⁵⁴ u otras sanciones de tipo económico por incumplimientos de tipo no disciplinario³⁵⁵.

Generalmente tienen una cuantía elevada, para disuadir los incumplimientos contractuales³⁵⁶.

l) *Contabilidad.*

Prescribe el artículo 1455, finalmente, la necesidad de que el contrato de agrupación de colaboración contemple las normas para la confección de estados de situación, disponiendo que a ese 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.

Sobre los estados de situación aquí mencionados, corresponde remitir a la anotación al artículo 1460.

En cuanto al deber de llevar los libros con las formalidades requeridas por el Código, cabe remitir a las anotaciones a los artículos 320 a 331.

³⁵¹ FERRI, ob. cit., p. 156, N° 96 "e".

³⁵² ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 159, N° 7.

³⁵³ ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 867.

³⁵⁴ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 258.

³⁵⁵ ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 867.

³⁵⁶ FERRI, ob. cit., p. 156, N° 96 "g".

III.2) *Inscripción del contrato de agrupación de colaboración*

La organización que es el objeto de la agrupación de colaboración tiene una función puramente interna, que interesa exclusivamente a los participantes. Pero a la vez, cumple una función externa pues se inserta en el desenvolvimiento de la actividad de los participantes con relación a terceros. La primera función es, sin duda, la esencial y característica de este contrato asociativo. En cambio, la segunda es complementaria y accesorio, pero no por ello carece de relevancia jurídica pues el desenvolvimiento de la actividad de cada participante frente a terceros exige dar a conocer la denominación de la agrupación por parte de los representantes, quedando así fijada la posición de ellos frente al fondo común operativo y al patrimonio individual de los participantes (art. 1459, primer párrafo).

Es por tales exigencias que el primer párrafo del artículo 1455 ordena que el contrato de agrupación de colaboración se inscriba en el Registro Público que corresponda. Asimismo, como se señaló en la anotación al artículo 1447, la inscripción es necesaria para que el Registro Público ejerza un control de legalidad respecto de los requisitos exigidos por el Código en cuanto al contenido del respectivo contrato de agrupación de colaboración.

La falta de inscripción no resta eficacia obligacional al contrato (art. 1447), pero lo torna inoponible respecto de terceros.

Se dispone también que una copia certificada del contrato con los datos de su correspondiente inscripción sea remitida por el Registro al organismo de aplicación del régimen de defensa de la competencia. Esto se justifica a fin de posibilitarle el control propio de su incumbencia previsto en la ley 25.156, en vista de lo estatuido por el artículo 1461, inciso e, del Código³⁵⁷.

IV) *Significado de la reforma*

Mantiene sustancialmente lo prescripto por el artículo 369 de la ley 19.550, incorporando el Código en el inciso b del artículo 1455

³⁵⁷ Sobre el tema, véase: RÓPOLO, Esteban, "Joint ventures" y control de concentraciones económicas, en L. L. del 7-8-2008.

la necesidad de que los acreedores embargantes de los participantes sean desinteresados como condición para prorrogar la duración del contrato.

Art. 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.

I) *Resumen*

Resoluciones sobre la realización del objeto del contrato de agrupación en colaboración. Régimen de mayorías. Impugnación judicial de tales resoluciones. Modificaciones al contrato.

II) *Concordancias*

Agrupaciones de colaboración, contrato, forma y contenido (art. 1455, incs. d y e); dirección y administración (art. 1457).

III) *Interpretación de la norma*III.1) *Resoluciones inherentes a la realización del objeto del contrato*

Teniendo el contrato de agrupación de colaboración por objeto la organización de actividades comunes a los participantes, resulta natural

que las decisiones referentes al modo de cumplir de dicho objeto se adopten por todos ellos bajo el régimen de mayorías. La condición de "asociados" en el contrato de colaboración de que se trata, justifica plenamente que las partes obren de esa manera, sujetándose a la mencionada regla decisoria.

El artículo 1456, primer párrafo, alude a las resoluciones relativas "...a la realización del objeto de la agrupación..." Quedan aprehendidas en este concepto todas las decisiones que involucren actos que, de una manera u otra, puedan relacionarse con la organización interna de la agrupación, o bien con su gestión externa.

Tales resoluciones se adoptan por la mayoría absoluta de los participantes, o por la mayoría que se hubiera dispuesto en el contrato, ya que el artículo 1456 autoriza a pactar alteraciones al régimen mayoritario legalmente definido, verbigracia, que la mayoría se compute sobre los presentes; que se dispongan mayorías diferenciadas de acuerdo al tipo de resolución que se trate, etcétera³⁵⁸. La alteración contractual de la regla de la mayoría absoluta prevista en el artículo 1456 puede ser tanto para agravarla como para flexibilizarla³⁵⁹.

En cualquier caso, los votos se computan por cabeza, con independencia del grado de participación que se tenga en la agrupación o del interés individualmente comprometido por cada participante, pero esto también es susceptible de modificación contractual, verbigracia, estableciéndose un voto según otras pautas³⁶⁰, como lo sería en proporción al *quantum* aportado al fondo común operativo previsto por el artículo 1458.

El modo de establecer la mayoría es por votación en reuniones o mediante consultas, que deben realizarse cada vez que lo requiera un administrador o un participante. En cualquiera de las dos hipótesis, incumbe a quien o quienes desempeñen la dirección o administración según lo previsto por el artículo 1457 ejecutar lo necesario para recabar las correspondientes manifestaciones de voluntad de las partes participantes, dando un tiempo razonable y proporcionado a las necesidades

operativas para que ellas deliberen individualmente. En este sentido, no se requiere una deliberación colectiva del tipo exigible en las reuniones de socios o asambleas de sociedades (pero no son prohibidas). Tampoco son de aplicación las normas societarias que disciplinan a estas últimas (art. 1442).

Las resoluciones que se adopten deben ser transcriptas en libros habilitados a ese fin (art. 1455, inc. I) y notificadas por medio fehaciente (art. 1456, segundo párrafo). Son estos últimos recaudos imprescindibles para posibilitar un eventual control judicial, de acuerdo a lo que se explicará seguidamente.

III.2) *Impugnación judicial de las resoluciones*

La impugnación de que se trata propone la invalidez de la resolución adoptada. Es decir, se trata de una acción de nulidad³⁶¹.

Únicamente puede fundarse, según lo establece el Código, en la violación de disposiciones legales o contractuales. La palabra "sólo" utilizada por el artículo 1456, segundo párrafo, indica el carácter taxativo de las causales referidas, aunque cada una, desde luego, tolera una comprensión amplia.

De tal suerte, la impugnación excluye una revisión de razones de mérito, oportunidad o conveniencia³⁶². Es decir, los aspectos empresariales de la resolución son irrevisables judicialmente.

Puede ser legitimado activo de la acción —siendo esto de toda evidencia, aunque el artículo 1456 guarde silencio— cualquier participante de la agrupación de colaboración que hubiera expresado su voluntad de manera disconforme con el resultado de la consulta o reunión, o bien que estuvo ausente de esta última. Quien hubiera manifestado su voluntad en el mismo sentido de lo resuelto no puede promover la impugnación salvo invocación de vicio de la voluntad³⁶³. En cuanto a los abstenidos la solución es dudosa, pues según una

³⁵⁸ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., ps. 153/154.

³⁵⁹ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 259.

³⁶⁰ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 154.

³⁶¹ ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 870; ROUILLON y ALONSO, ob. cit., t. III, p. 871.

³⁶² ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 156.

³⁶³ ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 870.

opinión la acción les debe ser negada³⁶⁴, pero según otro parecer se encuentran legitimados para ejercerla³⁶⁵.

Legitimados pasivos son todas las partes del contrato (cada uno de los integrantes de la agrupación, dice el art. 1456), pues se presenta una situación de litisconsorcio pasivo forzoso, habida cuenta de que la sentencia no se podría dictar útilmente si no es con citación procesal de todos aquellos ligados contractualmente, máxime considerando que la resolución impugnada debe tenerse por indivisible.

Tiene aptitud para entender en la demanda respectiva el juez con competencia ordinaria del domicilio fijado en el contrato, esto es, del domicilio especial al que se refiere el artículo 1455, inciso e, del Código.

Debe promoverse dentro de los treinta días de haberse notificado fehacientemente la decisión. Se trata de un plazo de caducidad (arts. 2566 y ss. del Código), y la notificación debe hacerse en el domicilio que los participantes indicaron al contratar (art. 1455, inc. d).

Si la resolución declarada nula ha causado algún perjuicio, quienes la votaron favorablemente tienen el deber de repararlo (art. 1716 del Código).

III.3) *Modificación del contrato*

El párrafo final del artículo 1456 prescribe que no puede modificarse el contrato sin el consentimiento unánime de los participantes.

La regla de la unanimidad es conforme al criterio de que las vicisitudes modificativas del negocio deben ser decididas por las partes, entendiéndose por tales todas la que concurrieron para darle vida o que lo son actualmente.

Las vicisitudes de que se trata pueden surgir de nuevos pactos que se insertan en el negocio preexistente, modificándolo sólo en aquellas partes para las que se dicta una nueva disciplina; o bien que el negocio se reproduzca por completo pero con modificaciones, supuesto este

³⁶⁴ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 155; ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 870.

³⁶⁵ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 261; ROUILLON y ALONSO, ob. cit., t. III, ps. 871/872.

último en el cual, excepcionalmente, si las modificaciones recaen sobre puntos esenciales, daría a entender que más bien hay una extinción del negocio precedente y sustitución por uno nuevo (*renovatio del negocio*)³⁶⁶, debiendo juzgarse la hipótesis, entonces, a la luz del artículo 1461, inciso a, del Código.

IV) *Significado de la reforma*

Se mantiene el criterio aprobado por la ley 19.550, artículo 370.

Art. 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.

I) *Resumen*

Organización de la agrupación. Administración y dirección. Personas que pueden ser designadas. Modo de actuación. Aplicabilidad de las normas sobre el mandato.

II) *Concordancias*

Mandato (arts. 1319 a 1334); agrupaciones de colaboración, contrato, forma y contenido (art. 1455, inc. h); estados de situación (art. 1460).

III) *Interpretación de la norma*

III.1) *Administración y dirección*

La organización, que es el objeto del contrato de agrupación de colaboración, requiere de una administración y dirección que la haga posible.

³⁶⁶ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, ps. 572 y ss.

Esa administración y dirección se confiere, según el artículo 1457 del Código, a personas humanas designadas por los participantes de la agrupación en oportunidad de suscribir el contrato referido por el artículo 1455 (el cual, de acuerdo a su inciso h, debe prever las atribuciones y poderes conferidos), o bien posteriormente por resolución adoptada por los participantes según lo previsto por el artículo 1456.

Las personas humanas de que se trata pueden ser sujetos participantes de la agrupación o bien terceros, ya que no hay restricción al respecto.

En cualquier caso, el artículo 1457 excluye con claridad la posibilidad de que la administración y dirección referida pueda ser ejercida por una persona jurídica, restricción que puede ser pasible de críticas. En efecto, se ha observado que si bien ella operaría –según lo ha entendido cierta corriente doctrinaria– con igual alcance en materia de sociedades, en las que tampoco podrían personas jurídicas actuar como administradores³⁶⁷, lo cierto es que trasladar ese mismo esquema al contrato de agrupación de colaboración, resultaría cuestionable pues implica vedar a las personas de existencia ideal que son participantes la posibilidad de administrar ellas mismas³⁶⁸.

Con todo, las personas humanas pueden ser una o varias. En el último caso, la actuación de ellas puede ser conjunta (colegiada) si así se estableció en el contrato. Frente al silencio del contrato, pueden actuar indistintamente, dice el artículo 1457 *in fine*.

Quien o quienes sean designados se reputan mandatarios, pero no de la agrupación que no podría ser mandante (no es sociedad, ni sujeto de derecho, ni persona jurídica, según el art. 1442), sino de los participantes. En este sentido, las reglas del mandato a las cuales remite el artículo 1457, no son otras que las de los artículos 1319 y concordantes del nuevo Código, correspondiendo tener particularmente pre-

³⁶⁷ Sobre el tema véase: ODRIÓZOLA, Juan Martín, *La persona jurídica como integrante del órgano de administración de las sociedades*, en E. D. 81-929.

³⁶⁸ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 263, N° 787.

Es de observar, a todo evento, que el Código Civil y Comercial de 2012 no reprodujo el art. 154 del Proyecto de 1998 que sí aceptaba la posibilidad de que la administración de una persona jurídica pudiera ser desempeñada por otra persona jurídica.

sente la remisión que el artículo 1320 hace a las reglas propias de la representación voluntaria (arts. 362 y ss.).

Sobre el particular, cabe observar:

- a) En la medida que las designaciones pueden tener origen en el contrato de formación del agrupamiento o bien posteriormente en resoluciones adoptadas a ese fin, resulta clara la inexigibilidad de que se hagan en un único acto. Ahora bien, sea que la designación se hubiera hecho en el contrato o posteriormente, en la medida que debe reputársela hecha en interés común de todos los participantes (obsérvese que las designaciones siempre nacen en actos colectivos), no puede dejársela sin efecto si no es mediante resolución adoptada en los términos del artículo 1456. Es que debe entenderse existente un solo mandato a favor de cada designado, no obstante la pluralidad de sujetos componentes de la parte mandante, otorgado colectivamente por esta última³⁶⁹.
- b) En caso de administración plural colegiada, su funcionamiento requiere un régimen de quórum y mayorías pactado contractualmente³⁷⁰. En esta hipótesis, será necesario llevar un libro de actas (art. 1455, inc. 1).
- c) En el marco y con el límite de las atribuciones y poderes conferidos³⁷¹, quien o quienes se designen como administradores pueden: 1) dirigir la organización y actividad común; 2) administrar el fondo operativo estatuido por el artículo 1458; 3) representar individual y colectivamente a los participantes, según lo que se hubiera pactado al respecto, y 4) controlar la actividad al solo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los participantes.
- d) La actuación de la persona humana designada se presume onerosa (art. 1322 del Cód. Civ.). La gratuidad debe ser objeto de especial previsión contractual.

³⁶⁹ MINERVINI, Gustavo, *El mandato*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 379, N° 79.

³⁷⁰ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 157.

³⁷¹ Cabe destacar la importancia que tiene la descripción del objeto del mandato, ello a efectos de precisar las obligaciones, derechos y responsabilidad del mandatario (conf. CNCom., sala B, 29-6-2001, "José Rodríguez Carrera e Hijos SA s/Cncurso preventivo s/Incidente de revisión por Banco de la Provincia de Santa Cruz").

- e) La rendición de cuentas a la que hacen referencia los artículos 1324, inciso f, y 1334, puede entenderse cumplida, según el caso, con la presentación de los estados de situación previstos por el artículo 1460³⁷².

IV) Significado de la reforma

Se mantienen las soluciones que resultaban del artículo 371 de la ley 19.550, con eliminación de la remisión al artículo 221 del Código de Comercio que se hacía en esa norma.

Art. 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.

I) Resumen

El fondo común operativo como patrimonio de afectación. Aportaciones de los participantes. Indivisión del patrimonio. Derecho de los acreedores personales de los partícipes.

II) Concordancias

Agrupaciones de colaboración, contrato, forma y contenido (art. 1455, inc. f); dirección y administración (art. 1457).

III) Interpretación de la norma

III.1) Fondo común operativo

La facilitación o el desarrollo de las fases de la actividad de los participantes para lo cual éstos se organizaron mediante el contrato asociativo de que se trata pueden generar gastos comunes, de mayor

³⁷² VERÓN y ZUNINO, ob. cit., p. 578, N° 406.

o menor importancia, para solventar los cuales todos ellos deben contribuir. Con esa finalidad, el Código pone a cargo de los participantes, como de esencial obligación de su incumbencia, la de realizar contribuciones (art. 1455, inc. f).

Con tales contribuciones, así como con los bienes que con ellas se adquieran³⁷³, el Código determina la formación de un fondo común operativo (art. 1458) que, desde luego, es de carácter mutable³⁷⁴, pues variará en su cuantía y consistencia en función de la cantidad de aportaciones comprometidas, el tiempo pactado para hacerlas efectivas, las oscilaciones que vayan surgiendo en función de los gastos que se cubran, etcétera.

Este fondo común operativo no pertenece, desde luego, a la agrupación de colaboración. Esta última no es, como lo expresa el artículo 1442, persona jurídica, sociedad ni sujeto de derecho, por lo que mal puede ser titular de dicho fondo, como tampoco de los bienes que lo integran individualmente considerados.

Dicho fondo operativo es, antes bien, un patrimonio de afectación³⁷⁵, ya que exclusivamente queda sometido al pago de las deudas que genere la organización común emprendida por los participantes y, por

³⁷³ La integración al fondo común operativo de los bienes que se adquieran con los aportes realizados a los partícipes, evidencia un caso de subrogación real. En efecto, como lo señala Bonnecase, la subrogación real es una institución real que late debajo de múltiples aplicaciones particulares, y su campo de funcionamiento no está limitado a los casos concretos consignados por la ley, sino que se extiende a todos los supuestos en los que concurren los elementos esenciales de esa figura, que son: 1°) existencia de bienes individualizados en el seno de un patrimonio; 2°) pérdida o enajenación de esos bienes; 3°) ingreso de nuevos bienes que sean individualizados por la misma causa que produjo la salida de los bienes perdidos o enajenados, v. gr., el precio de una cosa vendida, y 4°) lazo de filiación directo y seguro entre el bien enajenado o desaparecido y el bien entrado en su reemplazo. Concurriendo lo anterior, el efecto de la subrogación real consiste en que el bien subrogado entra en el patrimonio gravado con los mismos derechos o, si se prefiere, con la misma afectación que pesaba sobre el bien enajenado. El nuevo bien tendrá la misma condición jurídica que el antiguo (conf. BONNECASE, Julien, *Tratado elemental de Derecho Civil*, Harla, México, 1993, ps. 303/304, N° 584).

³⁷⁴ VÍTOLO, ob. cit., t. IV, p. 989.

³⁷⁵ ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 875; NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 265; ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 146; MARTORELL, ob. cit., t. III, p. 314.

ello, no se confunde con el patrimonio personal de estos últimos, a tal punto que, como lo expresa el artículo 1458 *in fine*, los acreedores particulares de los integrantes de la agrupación no pueden hacer valer sus derechos sobre los bienes que lo integran.

Representa una manifestación más del moderno fenómeno de la pluralidad de masas patrimoniales, que se explica y justifica mediante la idea de finalidad, según el cual es posible destinar parte de los bienes propios a satisfacer deudas que se contraen con motivo de ciertos negocios. Y el destino dado a esa masa determina una garantía específica para los acreedores a que dan lugar esos negocios³⁷⁶.

Bajo tal especial perspectiva, consistente en mirar al fondo común operativo como un patrimonio de afectación especial, el artículo 1458 del Código prescribe que "...Durante el plazo establecido para su duración, los bienes se deben mantener indivisos..."

Esta última expresión legal merece las siguientes consideraciones:

- a) El plazo de duración de que se trata es el de la agrupación de colaboración, no el del fondo común operativo. No podría tener el fondo común operativo un plazo de duración distinto que el de la agrupación, habida cuenta del carácter obligatorio que tiene la constitución del primero en razón de su vinculación con el objeto del contrato asociativo³⁷⁷, y fundamentalmente en garantía de terceros. Es decir, durante toda la vigencia del contrato de agrupación de colaboración debe existir un fondo común operativo.
- b) Es equívoca la expresión "los bienes se deben mantener indivisos", pues lo que se ha de mantener indiviso es el "patrimonio" integrado con tales bienes. El artículo 372 de la ley 19.550 hacía correcta referencia a que lo indiviso es, justamente, el patrimonio.
- c) La indivisión del patrimonio de afectación que aquí se considera juega de modo particular, pues no sólo es obligatoria respecto

³⁷⁶ SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 87, N° 96.

³⁷⁷ ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 875; ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 146. En contra, afirmando no ser obligatorio, si la modalidad del objeto perseguido no lo hace necesario, se expiden VERÓN y ZUNINO, ob. cit., p. 576, N° 404.

de los miembros del agrupamiento, sino también con relación a los acreedores personales de los participantes. En efecto, aunque a cada participante corresponde una parte indivisa del fondo operativo común que, en esa condición, forma parte de su propio patrimonio personal, los acreedores particulares de cada uno no pueden hacer valer sus derechos crediticios sobre el patrimonio de afectación³⁷⁸. Ello mientras la indivisión se mantenga, claro está.

- d) La indivisión es oponible exclusivamente a partir de que el contrato de agrupación en colaboración se inscribe en el Registro Público, de conformidad con el artículo 1455, primer párrafo, del Código.
- e) La indivisión se mantiene hasta que el contrato de agrupación se extingue (art. 1461), momento en el cual cesa la finalidad especial que justifica su calificación como patrimonio de afectación.

IV) Significado de la reforma

Mantiene de manera sustancial el régimen del artículo 372 de la ley 19.550.

Art. 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.

³⁷⁸ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 146.

I) Resumen

Responsabilidad ilimitada y subsidiaria de los participantes por obligaciones asumidas en nombre de la agrupación. Solidaridad pasiva. Caso de responsabilidad solidaria del singular participante y el fondo común operativo.

II) Concordancias

Representación voluntaria, actuación en el ejercicio del poder (art. 366); obligaciones del sujeto plural, solidaridad pasiva (arts. 833 y ss.); agrupaciones de colaboración, contrato, forma y contenido (art. 1455, incs. c, y h); dirección y administración (art. 1457).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Responsabilidad de los participantes por obligaciones asumidas en nombre de la agrupación*

El primer párrafo del artículo 1459 determina el siguiente régimen jurídico: las obligaciones asumidas por la o las personas humanas que ejerzan la dirección y la administración de la agrupación, cuando ello ha sido hecho en nombre de esta última, se entienden contraídas por los participantes en forma personal, habida cuenta de los principios propios del mandato representativo (arts. 366, 1320 y 1457, primer párrafo, *in fine*).

Es decir, no queda obligado personalmente quien hubiera actuado ejerciendo las atribuciones y poderes referidos por el artículo 1455, inciso h, y tampoco, desde luego, la agrupación en sí misma pues, cabe reiterarlo, no es sujeto de derecho susceptible de contraer obligaciones (art. 1442).

Lo anterior está condicionado, claro está, a que la actuación hubiera sido hecha "en nombre de la agrupación", es decir, con expresa invocación de la denominación referida por el artículo 1455, inciso c. De tal suerte, si no se hubiera actuado con esa prevención, queda obligado personalmente aquel que tomó participación en el acto o negocio que generó la obligación.

Asimismo, la actuación no debe exceder de las atribuciones y poderes conferidos, pues de lo contrario la situación queda, como regla, aprehendida por lo establecido en el artículo 366 del Código³⁷⁹

Reunidos ambos requisitos, la responsabilidad de los participantes por las obligaciones asumidas es ilimitada y solidaria con relación a los terceros acreedores de las respectivas obligaciones. Esto último implica: a) que ningún participante puede pretender limitar su responsabilidad al *quantum* del fondo común operativo, debiendo responder ilimitadamente con su patrimonio personal por el cumplimiento debido, y b) que todos los participantes quedan en la situación prevista por los artículos 833 y siguientes del Código, o sea, son obligados solidarios pasivos.

La responsabilidad ilimitada y solidaria referida resulta, no obstante, de carácter subsidiario³⁸⁰, pues los terceros pueden hacerla efectiva solamente después de haber interpelado infructuosamente al administrador de la agrupación³⁸¹. En otras palabras, los acreedores deben interpelar al administrador para que pague la obligación que hubiera asumido "en nombre de la agrupación" echando mano al fondo común operativo, o bien requiriendo las cantidades necesarias a los participantes si lo existente en el fondo fuera insuficiente³⁸².

No se trata de un caso de beneficio de excusión, sino de mero requisito de procedencia de la acción³⁸³.

Producida la interpelación, esto es, un requerimiento de pago inequívoco dirigido al administrador que tuvo intervención en el acto, seguida del incumplimiento por este último del abono de lo debido, queda expedita la acción del acreedor para dirigirse directamente contra los participantes a fin de hacer efectiva la responsabilidad ilimitada y solidaria de ellos.

Por cierto, el participante que fuera demandado por cumplimiento de la obligación, puede oponer las defensas personales y las comunes

³⁷⁹ No se aplica en la especie el art. 58 de la ley 19.550 (art. 1442 del Código). Conf. ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 877.

³⁸⁰ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 162.

³⁸¹ CCCom. de Santa Fe, sala I, 26-3-2003, "Smaevich, Mercedes J. c/Sanatorio Americano SRL", L. L. Litoral 2003-1368.

³⁸² ROUILLON y ALONSO, ob. cit., t. III, p. 875.

³⁸³ VÍTOLO, ob. cit., t. IV, p. 992.

que correspondan a los participantes. Es decir, las propias que tuviera el participante (y que deben nacer del contrato asociativo mismo) y las comunes que conciernan a todos los demás en su conjunto (v. gr., prescripción de la deuda). Pese a la letra del artículo 1459 no se trata de defensas comunes que correspondan a la agrupación, ya que ésta no es sujeto de derecho. Se trata, como se dijo, de defensas comunes que incumben a los participantes en su conjunto.

El participante demandado que hubiera pagado aquello que el acreedor le reclamó por su carácter de obligado solidario, puede repetir contra los demás participantes según la contribución que a cada uno corresponda en la deuda (art. 839).

III.2) Responsabilidad de los participantes por obligaciones asumidas por el representante común en nombre de otros participantes

El segundo párrafo del artículo 1459 plantea una hipótesis diferente de la anterior.

Se trata aquí de la persona humana que ha sido designada como representante de la agrupación (arts. 1455, inc. h, y 1457), pero que no actuó "en nombre de la agrupación" sino que lo hizo en nombre de un participante cualquiera, haciéndolo saber al tercero al tiempo de constituirse la obligación.

Para este caso, el Código establece la responsabilidad del participante representado y solidariamente con él la del fondo común operativo.

Ciertamente, tal solución tendrá cabida en la medida que la obligación asumida por cuenta del participante corresponda a la participación que él tuviera en las actividades comunes, según conste en el contrato inscripto³⁸⁴. De lo contrario, no habría justificativo para hacer solidariamente responsable al fondo común operativo. Por lo demás, que el fondo común operativo responda solidariamente tiene también razón de ser en el hecho de que la obligación asumida a favor de uno o más participantes individualmente considerados es consecuencia de

³⁸⁴ OTABGUI, *De los contratos de colaboración empresarial* cit., cuadernos N° 3, p. 195.

la posibilidad de que las personas humanas mencionadas en el artículo 1457 puedan representar a los participantes no sólo colectivamente sino también individualmente, extremo este último que, de existir, ha sido consentido por los todos los integrantes del contrato de agrupación al suscribirlo y a cuyas consecuencias deben estar.

La condición *sine qua non* para que quede establecida la responsabilidad solidaria del participante y del fondo común operativo estriba en que quien hubiera ejercido la representación haya anoticiado al tercero que actuaba, no por la agrupación, sino en nombre de aquel participante.

Si esto último hubiera sido admitido, queda el representante obligado personalmente.

IV) Significado de la reforma

Mantiene el régimen del artículo 373 de la ley 19.550, pero mejorando su redacción, la que fue objeto de alguna crítica³⁸⁵.

Art. 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.

I) Resumen

Contabilidad especial de la agrupación de colaboración.

II) Concordancias

Actos jurídicos, contabilidad y estados contables (arts. 320 y ss.); agrupaciones de colaboración, contrato, forma y contenido (art. 1455, inc. l); resoluciones (art. 1456).

³⁸⁵ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 163.

III) Interpretación de la norma**III.1) Estados de situación**

Determina el artículo 1455, inciso 1, la necesidad de que el contrato de agrupación de colaboración fije normas para la confección de estados de situación, disponiendo que a ese fin los administradores lleven, 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.

La referencia que el precepto indicado hace a "las formalidades establecidas por este Código" remite, indudablemente, a los artículos 320 y siguientes y, por consecuencia, permite calificar a los "estados de situación" como instrumentos de índole contable que han de ajustarse a los requisitos intrínsecos y extrínsecos previstos, en lo pertinente, en los artículos 322, 324 y 325.

Desde tal perspectiva, no son simples registraciones sin recaudos³⁸⁶, sino que los estados de situación se asimilan a los estados contables³⁸⁷. Al ser esto así, corresponde estar a cuanto se ha dicho, en lo pertinente, en la anotación al artículo 326.

El artículo 1460 completa la dinámica de esta figura contable estableciendo cuál es la periodicidad de su presentación. Así pues, los estados de situación son anuales y deben someterse a la consideración de los participantes con una anticipación de noventa días del cierre de cada ejercicio contable.

La presentación por las personas humanas referidas en el artículo 1457 de los estados de situación hace las veces de una rendición de cuentas por parte de aquéllas, la cual les es exigida por las reglas del mandato a las que reenvía dicho precepto (arts. 1324, inc. f y 1334).

Por supuesto, los estados de situación deben ser considerados por los participantes, a los fines de su aprobación o rechazo (arg. art. 1460,

³⁸⁶ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 149.

³⁸⁷ PERCIAVALLE, Marcelo L., *Estados contables, libros exigidos y aspectos laborales en la unión transitoria de empresas*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, N° 202, setiembre de 2004, p. 1058; ROUILLON y ALONSO, ob. cit., t. III.

in fine, en cuanto alude a la aprobación de las cuentas de la agrupación), mediante resolución adoptada con el alcance previsto por el artículo 1456.

Ahora bien, así como la aprobación de los estados contables no significa la aprobación de la gestión de los administradores societarios (art. 72 de la ley 19.550), así también, por análogas razones, la aprobación de los estados de situación no descarta la responsabilidad de las personas humanas designadas para ejercer la dirección y administración según lo previsto por el citado artículo 1457 del Código.

III.2) Imputación de beneficios, pérdidas, ingresos y gastos

El último párrafo del artículo 1460 regula lo atinente al modo en que los participantes pueden tratar los resultados económicos. En tal sentido, pueden optar imputar los beneficios o pérdidas, los ingresos o gastos derivados de la actividad, en el ejercicio en que se produjeron, o bien en el que se hubieran aprobado.

IV) Significado de la reforma

No se modifica lo establecido por el artículo 374 de la ley 19.550.

Art. 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.

I) Resumen

Se determina el elenco de las causales de extinción del contrato de agrupación de colaboración, que se completa con el caso previsto por el artículo 1443.

II) Concordancias

Restricciones a la capacidad, principios comunes, reglas generales (art. 31); persona con capacidad restringida y con incapacidad (art. 32); fin de la existencia de las personas, principio general (art. 93); persona jurídica privada, disolución, liquidación, causales (art. 163); otros modos de extinción, imposibilidad de cumplimiento, definición (art. 955); imposibilidad temporaria (art. 956); extinción del contrato, rescisión bilateral (art. 1076); contratos asociativos, nulidad (art. 1443). Ley 25.156.

III) Interpretación de la norma**III.1) Extinción del contrato de agrupación de colaboración. Causales**

El artículo 1461 del Código enumera el elenco de causales que provocan la extinción del contrato de agrupación de colaboración.

Se trata de una enumeración que no es taxativa, a tal punto que las partes pueden crear causales de extinción no previstas en la ley, conforme lo autoriza expresamente el inciso f del precepto que se anota.

Asimismo, corresponde tener presente el caso de nulidad y resolución por incumplimiento con el alcance previsto en el artículo 1443.

Las causales contempladas y las particularidades que conciernen a cada una son las siguientes:

a) Decisión de los participantes.

Se trata de una rescisión en los términos del artículo 1076 del Código. No puede ser resuelta por mayorías según lo autorizado por el artículo 1456, sino que exige unanimidad de todos los participantes,

pues si todos ellos concurrieron para crear el contrato, todos ellos deben concurrir para extinguirlo.

b) Expiración del plazo por el cual se constituyó el contrato.

Esta causal está relacionada con lo previsto por el artículo 1455, inciso b, en cuanto a que el plazo de duración del contrato de agrupación de colaboración no puede exceder de diez años. Si el plazo fuera menor se estará a la correspondiente previsión contractual. Si fuera mayor queda reducido al de diez años. Cabe remitir a lo expuesto en la anotación del citado precepto.

c) Consecución del objeto para el que se formó la agrupación.

El agotamiento del objeto del contrato por razón de su total cumplimiento, provoca naturalmente su extinción por ausencia de interés actual de un mantenimiento más prolongado.

d) Imposibilidad sobreviniente de lograr el objeto.

Se aplica lo dispuesto por los artículos 955 y 956 del Código. La causal comprende, además, la hipótesis prevista por el artículo 1090 del Código.

e) Reducción a uno (1) del número de participantes.

La existencia de pluralidad de participantes afecta la funcionalidad misma de este contrato asociativo (véase comentario al art. 1442, punto III.1). Por ello, cuando queda reducido a un único participante, el contrato se extingue.

f) 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.

Salvo estipulación en contrario establecida en el contrato, o decisión unánime de continuarlo, habrá de entenderse extinguido si cualquier participante persona humana se incapacita³⁸⁸ o muere (arts. 31, 32, 93 y cons.), o si cualquier participante persona jurídica se disuelve (arts. 163 y cons.).

En el primer caso, se trata de la pérdida de la capacidad de derecho o jurídica (art. 22), hipótesis frente a la cual se justifica la extinción

³⁸⁸ Adviértase que el art. 1461, inc. d, no remite a la hipótesis de inhabilitación de los arts. 48 y cons. En cambio, la ley 19.550 contempla la inhabilitación del socio como causal para su exclusión en el art. 91, segundo párrafo.

del contrato pues la intervención de todo participante debe considerarse *intuitu personæ*, siendo obvio que la intervención de un curador por el incapaz (art. 32) implicaría, como regla, una inaceptable injerencia de un tercero.

La estipulación en contra de la extinción para el caso de muerte de un participante, puede consistir en un pacto de continuación del contrato con los herederos³⁸⁹. No existiendo estipulación alguna, el contrato se extingue ya que el Código no contempla la posibilidad de continuarlo directamente con los herederos. Nada impide, empero, que estos últimos y los demás participantes eviten la extinción del contrato pactando a posteriori de la muerte. Debe ser observado, en fin, que la causal derivada de la muerte opera desde el mismo momento en que el deceso se produce.

La extinción también sobreviene, como se dijo, en caso de quiebra del participante, sea persona humana o jurídica. No así frente a la hipótesis de concurso preventivo, que no genera en el participante la pérdida de sus facultades de administración y disposición, sino que únicamente las limita para los actos de administración extraordinaria (arts. 15 y 16 de la ley 24.522).

La causal de quiebra merece mayores reflexiones. En efecto, al carecer de personalidad jurídica, la agrupación de colaboración no puede ser declarada en quiebra³⁹⁰. Empero, de acuerdo al artículo 1461, inciso d, el contrato que le dio vida se extingue si quiebra una de las partes. Semejante solución viene dada en razón del carácter personal que asume la participación de cada miembro³⁹¹. Resulta indiferente si quien quiebra es persona humana o jurídica, ya que el elemento personal puede darse en ambos casos (*intuitu personæ* en el primero, *intuitu instrumenti* en el segundo), bastando que ella sea "parte" del contrato de agrupación en sentido sustancial. Pero tratándose de una socie-

³⁸⁹ Se traslada a esta hipótesis la discusión existente acerca de si, frente a la muerte de un socio, el pacto de continuación con los herederos debe referirse a todos ellos o puede referirse solamente a algunos. Sobre el tema: ESCUTI (h), Ignacio, *Receso, exclusión y muerte del socio*, Depalma, Buenos Aires, 1978, ps. 85/86.

³⁹⁰ ROLDÁN BULNES, F., "Joint venture": su relación con el concurso preventivo y la quiebra, en L. L. del 16-1-2004.

³⁹¹ GUYENOT y KLEIDERMACHER, ob. cit., ps. 134 y 135, N° 114.

dad cabe advertir que si bien la quiebra de ella en tanto participante podría producir *ipso iure* la extinción del contrato de agrupación, la disolución misma de la persona jurídica societaria no se produce por esa quiebra ya que no supone tal cosa el artículo 94, inciso 6°, de la ley 19.550³⁹².

Al extinguirse el contrato, procede la liquidación de la agrupación. El Código no ha regulado el procedimiento liquidatorio para estos casos correspondiendo, por ello, estar a lo previsto en el contrato de agrupación³⁹³. A falta de estipulaciones convencionales regirá, por analogía, y en cuanto sea compatible, lo previsto por los artículos 102 y siguientes de la ley 19.550³⁹⁴.

No es dudoso que la cuota de liquidación correspondiente al participante quebrado que derive de la distribución de los resultados de la actividad común ingresa en el desapoderamiento y pasa a la masa de reparto. Por lo tanto, la masa activa de la quiebra del participante quebrado estará integrada por su bienes particulares y por la cuota de liquidación referida. La masa pasiva la formarán sus acreedores particulares, y los acreedores de la agrupación habida cuenta, en este último caso, de la responsabilidad ilimitada y solidaria que asumen los participantes según lo previsto por el artículo 1459.

Como excepción a lo anterior, el contrato no se extingue si se ha pactado expresamente su continuación pese a la quiebra de uno o más partícipes.

Tampoco se extingue si, quebrando uno de los partícipes, los demás *in bonis* resuelven por unanimidad su continuación³⁹⁵. Esta alternativa no requiere de cláusula expresa que la admita.

De no disolverse la agrupación, sea por haberse previsto así en el contrato o por haberlo resuelto la unanimidad, la cuota que corresponda al participante fallido se convierte en crédito contra los demás participantes, cuyo monto estará dado por el valor de la participación que le corresponda según contrato, calculado teniendo en cuenta el estado

³⁹² HEREDIA, ob. cit., t. 3, p. 851.

³⁹³ NISSEN, ob. cit., t. 5, ps. 270 y 271, N° 793.

³⁹⁴ VERÓN, Alberto V., *Sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 5, p. 935, N° 8.

³⁹⁵ Es decir, la unanimidad no requiere del voto del quebrado, como es natural.

de situación al que se refiere el artículo 1460, salvo que la estipulación respectiva fuera nula o abusiva. Frente a la falta de extinción, los acreedores particulares del participante quebrado no pueden agredir el fondo común operativo de la agrupación (art. 1458).

¿Puede el contrato ser continuado por el síndico del participante fallido?

Según una opinión, la continuación por la quiebra sería admisible sólo cuando no se violen, sino que se garanticen los intereses de los participantes no fallidos. Sin embargo, el Código parece claro en el sentido de que el contrato se extingue inexorablemente, salvo en los dos casos antes mencionados. Por lo demás, a la continuación del contrato por el síndico se opone normalmente el carácter personal de la participación antes aludido. En cualquier caso, si excepcionalmente se decidiera la continuación del contrato de agrupación por parte del concurso (lo cual necesariamente habrá de estar atado a que se resuelva la continuación de la explotación empresarial), una vez concluida la quiebra, aquél continuaría con sus efectos normales, pues la conclusión del proceso falencial habría eliminado la causal de extinción³⁹⁶.

¿Quid en caso de quiebra de todos los participantes?

Según Montesi y Montesi, en el supuesto de quiebra de todos los participantes, la masa activa la integran los bienes patrimoniales particulares y la participación que corresponda a cada fallido en la agrupación, formándose masas separadas. La masa pasiva la componen los acreedores particulares y los acreedores de la agrupación, concurrendo en masas separadas, pues los acreedores de la agrupación tienen preferencia para cobrar sobre los bienes que integran el fondo común operativo y, por el saldo insoluto si lo hubiere, concurrirán en calidad de acreedores quirografarios con los particulares del participante. En cada quiebra los acreedores de la agrupación, podrán insinuarse por el valor nominal de sus acreencias (art. 135 de la ley 24.522)³⁹⁷.

³⁹⁶ MONTESI, Víctor L. y MONTESI, Pablo G., *Extensión de quiebra*, Astrea, Buenos Aires, 1997, ps. 166 y 168.

³⁹⁷ MONTESI y MONTESI, ob. cit., p. 169.

g) *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.*

Con relación a esta causal corresponde estar a la disciplina de la ley 25.156³⁹⁸.

³⁹⁸ Sobre el tema, véase: RÓPOLO, ob. cit. En lo pertinente, cabe recordar que la Ley 25.156 sobre "Defensa de la Competencia", prohíbe y sanciona los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (art. 1°). Y partiendo de la base de que tales actos o conductas pueden provenir de concentraciones económicas, entiende que hay tal cuando se produce la toma de control de una o varias empresas en los casos, por ejemplo, de adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital que otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma (art. 6°, inc. c); o bien, frente a cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa (art. 6°, inc. d). En ese contexto, la ley 25.156 prohíbe las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (art. 7°). Dando mayor precisión a la cuestión, el art. 8° de la ley señala, en lo pertinente, que "...Los actos indicados en el artículo 6° de esta ley, que impliquen la participación de empresas o grupos de empresas en una cuota igual o superior al veinticinco por ciento (25%) o más del mercado relevante, de una parte sustancial del mismo, o cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000) o cuando el volumen de negocio total a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los dos mil quinientos millones de pesos (\$ 2.500.000.000) deberán ser notificadas para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de lo previsto en el artículo 46, inciso d. Los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 de la presente ley, según corresponda..." Por su parte, el primero de tales artículos dispone "...Artículo 13. En todos los casos sometidos a la notificación prevista en este capítulo, el Tribunal por resolución fundada, deberá decidir dentro de los cuarenta y cinco (45) días de presentada la solicitud y documentación respectiva: a) Autorizar la operación;

h) *Causas específicamente previstas en el contrato.*

Pueden pactarse cláusulas de rescisión unilateral, revocación o resolución (arts. 1077 y 1086 del Código). Asimismo, puede por ejemplo convenirse la extinción del contrato de agrupación de colaboración en caso de que un participante se concurre preventivamente³⁹⁹ o solicite la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial, en el entendimiento de que son circunstancias que afectan su solvencia económica.

Si un participante incurre en actos dolosos o fraudulentos.

IV) **Significado de la reforma**

Se mantienen las causales establecidas en el artículo 375 de la ley 19.550.

Art. 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.

I) **Resumen**

Resolución parcial del contrato de agrupación de colaboración (exclusión del participante) por incumplimiento grave o incumplimientos

b) Subordinar el actn al cumplimiento de las condiciones que el mismo Tribunal establezca; c) Denegar la autorización...”, y el segundo ln siguiente: “...Artículo 14. Transcurrido el plazo previsto en el artículo anterior sin mediar resolución al respecto, la operación se tendrá por autorizada tácitamente. La autorización tácita producirá en todos los casos los mismos efectos legales que la autorización expresa...”

³⁹⁹ ROUILLON y ALONSO, nb. cit., t. III, p. 880; CRÉSPIN, Marina, *Las UTE y las ACE ante el concurso y la quiebra*, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, agosto de 2004, N° 29, p. 105.

simples pero reiterados que perturben la organización. Resolución total del contrato en caso de agrupación de dos participantes.

II) **Concordancias**

Disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes (art. 1078); operatividad de los efectos de la extinción por declaración de una de las partes (art. 1079); restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes (art. 1080); reparación del daño (art. 1082); resolución total o parcial (art. 1083); contratos asociativos, nulidad (art. 1443); agrupaciones de colaboración, contrato, forma y contenido (art. 1455, incs. f, e i).

III) **Interpretación de la norma**III.1) *Resolución parcial por incumplimiento de obligaciones. Exclusión del participante*

El contrato de agrupación de colaboración, en cuanto dirigido a disciplinar la actividad económica de los contrayentes, presupone no solamente al momento de su conclusión, sino también durante su ejecución, la permanencia de los requisitos necesarios para cumplir su objeto.

Entre esos requisitos se encuentra, indudablemente, el adecuado cumplimiento por parte de los participantes de todas y cada una de las obligaciones que hubieran asumido para posibilitar la organización común (art. 1455, inc. f). Por ello, sin perjuicio de la aplicación de las cláusulas contractuales que, frente a situaciones de incumplimientos específicos, prevean la exclusión o separación del participante (art. 1455, inc. i), siempre queda al resto de las partes del contrato la posibilidad de excluir al incumplidor, bien que con sujeción a lo prescripto en el primer párrafo de la norma que se anota.

En tal sentido, cabe observar:

a) Sujeto pasivo de la particular causal de exclusión regulada por el artículo 1462, primer párrafo, puede ser “cualquier participante”, lo que denota que no podría limitarse subjetivamente la causal mediante cláusula que sustraiga de ella a uno o más participantes espe-

cíficamente designados. Una cláusula de tal naturaleza, impositiva de la exclusión de algún participante pese a su incumplimiento, sería sustancialmente inválida por ser lesiva de derechos ajenos, a saber, el de los restantes participantes de poder separar del contrato a quien perturba la organización (art. 1004).

b) La exclusión provoca la resolución “parcial” del contrato de agrupación de colaboración (art. 1083). Es decir, el contrato se resuelve limitadamente al participante incumplidor, permaneciendo vigente con relación a los otros participantes, en aplicación de los principios vigentes en materia de resolución de contratos plurilaterales⁴⁰⁰.

c) La decisión debe ser adoptada por el acuerdo unánime de los participantes. Consiguientemente, no puede ser tomada por la mayoría prevista en el artículo 1456, ni por cualquier otra mayoría distinta que pudiera haberse contemplado en el contrato.

Tal decisión unánime corresponde a “...los demás...” participantes, o sea, de la consulta o reunión se excluye el voto del participante incumplidor. Se trata de una exclusión “no voluntaria del vínculo”, como reza el título del artículo 1462 o, mejor dicho, contra la voluntad del participante o al menos sin su consentimiento o concurso⁴⁰¹.

No es necesaria la promoción de ninguna acción judicial de exclusión. Empero, el Código no impide esta alternativa.

d) Las conductas objetivas que abren la puerta a la exclusión están enunciadas en el propio precepto que se comenta.

Sobre el particular, puede interpretarse la norma con el siguiente alcance: un único incumplimiento grave puede ser causal suficiente para decidir la exclusión, pero si no hubiera incumplimiento alguno de esa especie, los que se concretasen deberían ser reiterados en el tiempo para habilitar la separación; dicho de otra manera, los incumplimientos leves solamente podrían ser causal de exclusión si ellos se repitieran “habitualmente”, como consecuencia de lo cual se perturba el funcionamiento de la agrupación.

La calificación de “grave” del incumplimiento que, como se acaba de ver, resulta determinante para diferenciar cómo actúa la causal de

⁴⁰⁰ FERRI, ob. cit., p. 158, N° 97.

⁴⁰¹ VÍTOLO, ob. cit., t. IV, p. 1003.

exclusión, importa una fórmula abstracta y flexible que debe ser ponderada en cada caso concreto, es decir, en función de las particulares circunstancias de modo, tiempo y lugar. No debe perderse de vista que el Código alude en este punto a un incumplimiento calificado, y no a cualquier incumplimiento. Así pues, el incumplimiento podrá considerarse grave, por ejemplo, cuando exista agravio a la causa del contrato; cuando los demás participantes no hubieran contratado de haber previsto la situación; cuando se perjudica la finalidad económica de la agrupación; cuando impide el normal desenvolvimiento de la colaboración según fue la intención de los contratantes, etcétera.

e) Al lado de lo dispuesto por el artículo 1462, primer párrafo, juega también la genérica previsión del artículo 1443 del Código, en cuanto autoriza la resolución parcial de los contratos asociativos si la prestación incumplida era necesaria para la realización del objeto del contrato.

La recordada hipótesis del artículo 1443, que hace eje en la “esencialidad” de la obligación incumplida, difiere conceptualmente de la “gravedad” del incumplimiento referido por el artículo 1462, primer párrafo, del Código, aunque en muchas ocasiones el incumplimiento grave será, a la vez, el de una obligación esencial.

f) La exclusión, en la medida que implica una modificación sustancial del negocio, debe inscribirse en el Registro Público al igual que el contrato mismo (art. 1455, primer párrafo).

Frente a terceros la exclusión tiene efectos a partir de que se produce la indicada inscripción, por lo cual el participante separado sigue siendo ilimitada y solidariamente responsable según el artículo 1459 hasta ese momento, e incluso por las operaciones pendientes o en curso de ejecución.

g) La exclusión de que se trata puede ser impugnada judicialmente en los términos del artículo 1456, segundo párrafo, del Código.

h) El participante excluido tiene derecho a una suma de dinero que represente el valor de sus aportes integrados al fondo común operativo, calculado a la fecha en que se decida la separación.

III.2) *Resolución total por incumplimiento de obligaciones*

El segundo párrafo del artículo 1462 aprehende la hipótesis de un contrato de agrupación de colaboración que únicamente vincula a dos partes. Esa vinculación bipartita puede ser originaria o sobreviviente, lo que se da cuando el contrato nació con más de dos partes, quedando limitado a dos posteriormente.

Determina el segundo párrafo que se comenta que si un participante incurre en los incumplimientos previstos en el párrafo anterior, el otro puede resolver el contrato. En tal situación, bien se ve, no hay exclusión alguna del participante incumplidor ni, por ende, resolución parcial, sino directamente resolución "total" del contrato (art. 1083). Es de aplicación, entonces, lo dispuesto por los artículos 1078, 1079 y 1080 del Código, así como lo que pudiera resultar de lo convenido entre las partes.

Cabe interpretar que el incumplimiento con posibilidad de dar lugar a esta resolución "total" puede ser también el esencial previsto por el artículo 1443 del Código.

El incumplidor debe el resarcimiento de los daños que hubiera ocasionado, tal como lo señala el artículo 1462 *in fine*. La reparación está sujeta a lo establecido por el artículo 1082.

IV) *Significado de la reforma*

El primer párrafo del artículo 1462 mantiene, en general, el criterio del artículo 376 de la ley 19.550, pero instaurando la hipótesis de exclusión del participante por causa de incumplimiento "grave" de las obligaciones (no prevista en la citada norma societaria), y prescribiendo que la separación se resuelve por el voto "de los demás" integrantes del contrato (aspecto tampoco contemplado expresamente en la indicada norma societaria), lo que permite colegir que el participante incumplidor no toma parte en la decisión, dando lugar a una resolución parcial no voluntaria del vínculo.

El segundo párrafo, en cambio, contempla una situación no prevista por el artículo 376 de la ley 19.550, que reconoce antecedente en el artículo 1352, segunda parte, del Proyecto de 1998.

SECCIÓN 4ª

UNIONES TRANSITORIAS

Art. 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.

I) *Resumen*

Concepto del contrato de unión transitoria. Diferencia con el contrato de agrupación de colaboración. Características generales. Partes del contrato.

II) *Concordancias*

Contratos en particular, suministro (arts. 1177 a 1186).

III) *Interpretación de la norma*III.1) *Caracterización del contrato de unión transitoria*

Los artículos 1463 a 1469 que regulan el contrato de unión transitoria, reeditan en el nuevo Código, aunque con algunas modificaciones, el régimen de las uniones transitorias de empresas que aprobara la ley 22.903, modificatoria de la ley 19.550 (arts. 377 a 383).

Comúnmente se vincula el contrato de unión transitoria con la figura del Derecho anglosajón conocida como *joint venture*⁴⁰². Sin embargo,

⁴⁰² VERÓN, Alberto V., *Tratado de los conflictos societarios*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II, p. 859.

La bibliografía sobre *joint venture* es abundante. Entre muchos otros, puede consultarse con provecho: MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge, *La sociedad conjunta* ("*joint venture corporation*"), Civitas, Madrid, 1998; BONVICINI, Daniele, *Le "joint venture"*. *Tecnica giuridica e prassi societaria*, Giuffrè, Milano, 1977; HERZFELD, Edgar, *Joint ventures*, Jordans & Sons Limited, Bristol, 1990.

las diferencias existentes entre esta última y los contratos de colaboración –entre ellos, el de unión transitoria– son múltiples⁴⁰³.

Mediante el contrato de unión transitoria varios sujetos se alían, en forma transitoria, para utilizar recursos propios en el logro de una actividad final colectiva, que puede ser el desarrollo o ejecución de una obra, o bien la prestación de suministros o servicios específicos⁴⁰⁴.

Tal concepto del contrato de unión transitoria muestra su diferencia con el contrato de agrupación de colaboración. En efecto, mientras la agrupación de colaboración se caracteriza por el establecimiento de una organización para regular la actividad económica interna de los participantes, el contrato de unión transitoria se distingue, en cambio, porque las partes persiguen el ejercicio mismo de una concreta actividad económica externa, desarrollada o ejecutada colectivamente en un marco de colaboración mutua.

Son especiales características de las uniones transitorias:

a) No dan lugar a la formación de una persona jurídica, sociedad o sujeto de derecho.

b) La actividad final común no exige unidad de objeto⁴⁰⁵, sino determinación concreta, lo que es distinto. Por ello, nada impide que mediante un mismo contrato se lleve adelante la construcción de dos o más obras, o la prestación de dos o más servicios o suministros, e incluso combinaciones de ambos⁴⁰⁶. Lo relevante es que unos u otros sean “concretos”, como lo determina el artículo 1463, es decir, que sean claramente definidos.

c) El contrato asociativo de que se trata es, generalmente, conexo con otro contrato (art. 1073), a saber, con una locación de obra, un suministro, etcétera⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Véase el elenco de tales diferencias en MARZORATTI, Osvaldo J., *Alianzas estratégicas y “joint ventures”*, Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 106/110, N° 20.

⁴⁰⁴ La jurisprudencia ha dicho, en forma concordante, que la unión transitoria es una organización de miembros coordinados quienes mediante un fondo y gestión común procuran un resultado también común interesado mediante el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto (CNCom., sala A, 14-11-47, “Cotecar SRL c/Logis SA s/Ordinario”).

⁴⁰⁵ En contra: NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 275.

⁴⁰⁶ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., ps. 173/174.

⁴⁰⁷ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 275.

d) Las partes mantienen su individualidad empresarial, tanto económica como jurídica, pudiendo continuar sin restricciones la propia actividad. Además, cada parte puede integrar otras uniones transitorias⁴⁰⁸.

e) El contrato tiene una duración limitada al tiempo necesario para desarrollar o ejecutar la obra comprometida, o brindar el suministro o servicio específico de que se trate; circunstancia que, empero, no es necesariamente contraria a su eventual calificación como contrato de larga duración (art. 1011), habida cuenta de que, por ejemplo, el conexo contrato de suministro podría tener una extensión de hasta veinte años (art. 1177).

f) Diversamente de lo que ocurre con el contrato de agrupación de colaboración (art. 1454), las uniones transitorias no excluyen la obtención de un lucro por quienes son partes del contrato.

g) Si bien el artículo 1463 utiliza la expresión “...se reúnen...” para el desarrollo o ejecución de la obra, o para la prestación del servicio o suministro, no equivale ello a establecer una integración empresarial, de modo que nada obstaría a que las partes del contrato de unión transitoria cumplan cada una sus prestaciones a favor del dueño de la obra, del suministrado o beneficiario del servicio en forma independiente o separada, concurriendo todas al logro de la concreta actividad final común⁴⁰⁹.

h) Las obras, servicios o suministros pueden realizarse dentro o fuera de la República, e incluso tener carácter binacional.

i) El objeto principal del contrato, delimitado por la enunciación concreta de las actividades a desarrollar o ejecutar y de los medios para su realización (art. 1464, inc. a) comprende, además, la posibilidad de desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios a tal objeto principal (art. 1463 *in fine*).

⁴⁰⁸ ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 885. Cada parte integrante de la unión transitoria conserva su individualidad y, por ende, sus derechos y obligaciones, debiendo ejercerlos y asumirlos –por regla– *in nomine proprio* (conf. CNCom., sala A, 24-3-2004, “Faisan SA de Productos de Algodón y Afines c/Exfin Exchange y Financial Co. Trust Vaduz y otros s/Ordinario”).

⁴⁰⁹ ROUILLON y ALONSO, ob. cit., t. III, p. 882.

III.2) *Partes del contrato*

El artículo 377 de la ley 19.550 identificó como posibles partes de este contrato asociativo a "...Las sociedades constituidas en la República y los empresarios individuales domiciliados en ella...", así como a las sociedades constituidas en el extranjero previo cumplimiento del artículo 118, tercer párrafo, de esa misma ley.

Estas referencias de índole subjetiva han desaparecido en la regulación del Código, pero es dable inferir de la letra del artículo 1464, inciso d, que pueden ser parte del contrato de unión transitoria las personas humanas lo mismo que las personas jurídicas, y entre estas, particularmente, las sociedades (nacionales o extranjeras, cumpliendo las últimas lo previsto por el citado artículo 118, tercer párrafo, de la ley 19.550, habida cuenta de no estar implicado un acto aislado) y las cooperativas si su objeto consistiera en organizar o prestar servicios económicos (art. 2º de la ley 20.337).

Las empresas públicas pueden ser parte de uniones transitorias⁴¹⁰.

Las asociaciones civiles no pueden perseguir el lucro como fin principal (art. 168), pero pueden, eventualmente, desarrollar algunas actividades concretas que les pueden reportar algún beneficio económico. Sobre esa base, se colige que sí pueden ser parte del contrato de que se trata⁴¹¹.

En cambio, las fundaciones no pueden tener, bajo ningún punto de vista, un propósito de lucro (art. 193). Esa particularidad impide que sean parte del contrato de unión transitoria⁴¹².

El artículo 1464, inciso d, señala refiriéndose a las sociedades que el contrato debe incluir la razón social "...y, si los tiene...", los datos de la inscripción registral del contrato o estatuto. Asimismo, indica la necesidad de proceder a la individualización de cada uno de los miembros. Estas expresiones del Código son indicativas de que es posible

⁴¹⁰ CREO BAY, Horacio, *Los consorcios mixtos en la contratación administrativa: uniones transitorias de empresas públicas y privadas*, en L. L. 1988-E-1146.

⁴¹¹ ZAI DÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 196; en contra: NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 275; ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 886.

⁴¹² VERÓN, ob. cit., t. II, p. 872; NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 275. En contra: ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 196.

que forme parte de una unión transitoria una sociedad irregular o de hecho, pues los datos de inscripción registral del contrato de sociedad o estatuto solamente hay que mencionarlos "si se los tiene"; es decir, pueden ellos no existir (situación propia de las referidas sociedades no inscriptas) y, sin embargo, esa situación no obsta a la participación en el contrato asociativo. En su caso, bastará individualizar a los miembros de la sociedad irregular o de hecho, tal como lo prescribe la mencionada norma. De esta manera, el Código pone fin a la discusión doctrinaria que, bajo el Derecho anterior, se dio en torno a si una sociedad irregular o de hecho podía o no formar parte de un contrato de unión transitoria.

Cabe observar, por último, que resulta irrelevante la exigencia de ser parte del contrato de obra, servicio o suministro que determina el objeto de la unión transitoria, ya que nada impide que la integren partes que no están obligadas bajo el contrato de obra, servicio o suministro, pero que participan de su ejecución; es decir, que de ningún modo se exige que todas ellas establezcan un vínculo contractual directo con el comitente de la obra, ni aun por vía del representante, atento a que éste sólo representa a todos y cada uno de sus partícipes o integrantes, que son quienes le confieren el mandato, y no a la unión transitoria que carece de personalidad para poder hacerlo⁴¹³.

IV) *Significado de la reforma*

Se mantiene la caracterización general de la figura que resultaba del artículo 377 de la ley 19.550, pero ampliándose la base de quienes pueden ser parte de este contrato asociativo.

Art. 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;

⁴¹³ CNCom., sala A, 14-11-47, "Cotecar SRL c/Logis SA s/Ordinario".

- 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.

I) Resumen

Se regulan los requisitos de forma y de contenido del contrato de unión transitoria.

II) Concordancias

Nombre, derecho y deber (art. 62); domicilio real (art. 73); persona jurídica privada, nombre (art. 151); domicilio y sede social (art. 152); forma y prueba del acto jurídico, expresión escrita (art. 286); instrumentos públicos, requisitos del instrumento público (art. 290, inc. b); firma de los instrumentos privados (art. 313); reconocimiento de la firma (art. 314); contabilidad y estados contables (arts. 320 a 331).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El contrato de unión transitoria: forma y contenido*

III.1.A) *Expresión escrita*

Establece el artículo 1464 que el contrato de unión transitoria debe ser otorgado por instrumento público, o bien privado con firma certificada notarialmente. De tal suerte, lo preliminarmente exigido es una expresión escrita (art. 286), debidamente firmada por los otorgantes (arts. 287, 290, inc. b, y 313). Extendiéndose por instrumento privado se requiere, además, que las firmas cuenten con certificación notarial (art. 314, segundo párrafo, del Código). La expresión escrita, desde ya, juega como presupuesto de eficacia del contrato, de su oponibilidad respecto de terceros (previa su inscripción –art. 1466–), de fijación de los derechos y obligaciones de las partes, e igualmente de su prueba (forma *ad probationem*).

III.1.B) *Contenido del contrato*

a) *Objeto de la unión transitoria.*

El objeto es la actividad o actividades para la cual la unión transitoria se constituye. A ello se refiere el artículo 1464, inciso a, como contenido necesario del contrato.

En esta materia, objeto y actividad se identifican⁴¹⁴, a tal punto que el artículo 1464, inciso b *in fine*, habla de la “...obra, servicio o suministro que constituye el objeto...”

⁴¹⁴ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 198.

Ahora bien, como fue señalado en la anotación al artículo 1463, la actividad final común de la unión transitoria no exige unidad de objeto, sino determinación concreta de él, lo cual es diferente. Por consiguiente, puede haber varios objetos (diversas obras, servicios o prestaciones, combinaciones de unos y otros, etc.), con tal de que cada uno sea perfectamente definido e individualizado, dándosele concreción.

El objeto principal descripto aprehende, además, la posibilidad de desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios. Ello abre la posibilidad de una interpretación no estricta del objeto⁴¹⁵.

La descripción del objeto implica también la de los medios necesarios para su realización, lo que, sin embargo, no exige en este caso una precisión o determinación exhaustiva sino meramente genérica pues, obviamente, la ejecución de las obras, suministro o servicios, puede finalmente requerir de menos medios que los inicialmente previstos o, por el contrario, de más o distintos.

Si la unión transitoria está constituida por sociedades, su objeto no puede exceder el objeto social de ellas⁴¹⁶.

El objeto del contrato, además, marcará los límites de los poderes y responsabilidades de los representantes mencionados por el artículo 1465.

b) *Duración de la unión transitoria (vigencia del contrato).*

A diferencia de lo que ocurre con el contrato de agrupación de colaboración, el contrato de unión transitoria no está sujeto a un plazo máximo de vigencia y, por ello, la palabra "duración" no tiene en el artículo 1464, inciso b, el mismo alcance que en el artículo 1455, inciso b (lapso comprendido entre el término "inicial" y el "final" de subsistencia del contrato), pues en este último contrato asociativo la permanencia del contrato está atada de modo no escindible a la de la obra por construir, o el servicio o suministro por prestar.

De ahí que el artículo 1464, inciso b, del Código determine que el plazo de duración del contrato debe ser "igual" al necesario para

⁴¹⁵ MARTORELL, ob. cit., t. III, p. 329.

⁴¹⁶ VERÓN, ob. cit., t. II, p. 878.

ejecutar la obra, prestar el servicio o dar el suministro propio del objeto previsto. En otras palabras, la medición cronológica (un mes, seis meses, un año, etc.) no es relevante para el adecuado cumplimiento de la exigencia del artículo 1464, inciso b, sino que lo relevante es que el contrato de unión transitoria dure lo necesario para la debida ejecución de la obra, servicio o suministro según se pactó. No es cuestión de plazos sino de cumplimiento del objeto contractual. De ahí que la omisión en la fijación de un plazo de duración, no anula el contrato que debe ser entendido como vigente hasta la terminación de la obra o cumplimiento del servicio o suministro que hace a su objeto. Es estéril, por tanto, hablar aquí de prórrogas, a diferencia de lo autorizado por el artículo 1455, inciso b, del Código⁴¹⁷.

c) *Denominación de la unión transitoria.*

Prescribe el artículo 1464, inciso c, que el contrato precise la "denominación" de la unión transitoria, la cual, al efecto, debe reproducir el nombre, razón social, etcétera, de uno o más miembros, seguido de las palabras "unión transitoria".

Queda prohibida, pues, la utilización de un nombre de fantasía⁴¹⁸, lo que en cambio es permitido en el contrato de agrupación de colaboración (art. 1455, inc. c) y en el contrato de consorcio de cooperación (art. 1474, inc. d).

Al establecerse la obligatoriedad de una denominación con los alcances indicados (esto es, al menos identificando a uno de los miembros), se impone una suerte de razón social a la unión transitoria, pero aquí la responsabilidad solidaria de los participantes, a diferencia de las sociedades con razón social, no se presume (art. 1467)⁴¹⁹.

d) *Datos de los miembros de la unión transitoria.*

El artículo 1464, inciso d, reproduce una exigencia idéntica a la contemplada por el artículo 1455, inciso d, del Código. Por ello, corresponde remitir a la anotación de este último precepto.

⁴¹⁷ La improcedencia de prórrogas es la solución adoptada por la mayoría de la doctrina. En contra, admitiéndolas con carácter excepcional: VÍTOLO, ob. cit., t. IV, p. 1013.

⁴¹⁸ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 281.

⁴¹⁹ CORNEJO COSTAS, ob. cit., p. 300.

e) *Constitución de domicilio especial.*

El artículo 1464, inciso e, reitera la misma exigencia prevista por el artículo 1455, inciso e, del Código. Al ser ello así, cabe reenviar al comentario a esta última norma.

f) *Descripción de las obligaciones asumidas, de las contribuciones debidas al fondo común operativo, y de los modos de financiar las actividades comunes.*

Se trata de las tareas o actividades que toma cada miembro en la ejecución de la obra, servicio o suministro. Puede haber actividades comunes, pero nada obsta a que se concreten separada o independientemente una de otra⁴²⁰.

La descripción exigida, desde luego, es la que concierne a las obligaciones asumidas entre las partes del contrato de unión transitoria, pero no a las asumidas en el contrato conexo de obra, servicio o suministro que son lógicamente otras.

También debe describir el contrato el procedimiento en que cada miembro hará su aportación al fondo común operativo, el *quantum* de aquella, el tiempo de su efectivización, la necesidad de recomposiciones futuras, etcétera.

No reproduce el Código un precepto como el artículo 1458 aplicable al fondo común operativo de una unión transitoria. Por lo tanto, el fondo operativo de una unión transitoria, a diferencia del que concierne a una agrupación de colaboración, no es un patrimonio de afectación sino un condominio de titularidad de las partes (arts. 1983 y 1985)⁴²¹, no sujeto a indivisión alguna⁴²².

El fondo común operativo no puede dejar de existir⁴²³.

⁴²⁰ ROUILLON y ALONSO, ob. cit., t. III, p. 886.

⁴²¹ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 282. En contra: ROUILLON y ALONSO, ob. cit., t. III, p. 887, pero admitiendo que el condominio se conforme por voluntad de los miembros. El fondo común operativo puede estar integrado por más de una cosa, y ello no es opuesto a la idea de un condominio. En efecto, el condominio puede referirse a diferentes cosas, y todas ellas pertenecen simultáneamente a los diversos interesados. Conf. LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*, Ediar, Buenos Aires, 1944, t. II, p. 203, N° 1058.

⁴²² ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 208.

⁴²³ VERÓN, ob. cit., t. II, p. 884; ROUILLON y ALONSO, ob. cit., t. III, p. 887.

g) *Nombre y domicilio del representante de la unión transitoria.*
Sobre este aspecto, corresponde remitir a la anotación al artículo 1465.

h) *Descripción de la participación que cada contratante ha de tener en las actividades comunes y en sus resultados.*

El particular objeto de este contrato asociativo (desarrollo conjunto de una obra, suministro o servicio), hace que deba contemplarse la existencia de un lucro común distribuible entre los miembros de la unión transitoria, según la proporción de su intervención o lo que se hubiera pactado⁴²⁴.

A ello se refiere el artículo 1464, inciso h, cuando determina como contenido ineludible del contrato de unión temporaria a la cláusula que precise el método para determinar la participación de las partes en la distribución de los ingresos (pagos que hiciera el dueño de la obra, suministrado o beneficiario del servicio; ganancias de la unión transitoria; indemnizaciones por daños a bienes integrantes del fondo común operativo, en lo que exceda de las necesidades de su recomposición, etc.).

En concreto, cuando el artículo 1464, inciso h, prescribe que en el contrato constitutivo de la unión transitoria se consignara "el método para determinar la participación de las partes en la distribución de los ingresos", utiliza en realidad expresiones que ubican a la temática de los beneficios dentro de un concepto más amplio que el lucro o utilidad, resultando por ello aplicable a una serie de supuestos mayores al restringido concepto de "utilidad apreciable en dinero"⁴²⁵.

Igualmente, debe prever el contrato la manera de asunción de los gastos.

Por cierto, no podría pactarse que uno o más miembros no participen de las ganancias, o estén excluidos de soportar los gastos o pérdidas. Semejante previsión contractual sería nula (arg. art. 13, inc. 1°, ley 19.550).

i) *Casos de separación y exclusión; causales de extinción del contrato.*

El contrato debe establecer, además, las causales de separación o exclusión de los participantes (art. 1464, inc. i).

⁴²⁴ VERÓN, ob. cit., t. II, p. 881.

⁴²⁵ CNCom., sala A, 14-11-47, "Cotecar SRL c/Logis SA s/Ordinario".

Cabe aquí reiterar *mutatis mutandis* conceptos ya expuestos en la anotación al artículo 1455, inciso i, del Código. En efecto, separación y exclusión son dos institutos diferentes. La primera refiere al derecho de cada miembro de la unión transitoria de desvincularse voluntariamente del contrato, de acuerdo a lo que se hubiera pactado sobre el particular (v. gr., frente a modificaciones en cuanto al objeto contractual, ampliándolo a actividades no previstas inicialmente o reduciéndolo). En cambio, la exclusión es un derecho colectivo o común a todos los miembros para excluir a aquel que incurra en inconductas (mora en la aportación al fondo común operativo; mora en el cumplimiento de las obligaciones asumidas, etc.) o frente a situaciones taxativamente establecidas en el contrato (presentación en concurso preventivo, intervención judicial, etc.). La exclusión por inconductas puede operar en conexión con las sanciones por incumplimientos referidas por el artículo 1464, inciso k.

La decisión que aprueba una exclusión de un miembro debe adoptarse por unanimidad de los otros, ya que importa modificación del contrato (arg. art. 1456, último párrafo). No cabe contabilizar, obviamente, al miembro excluido habida cuenta del obvio conflicto de intereses.

Contra la decisión respectiva, cabe la impugnación judicial autorizada por el artículo 1456, segundo párrafo, aplicable por analogía (art. 2° del Código).

Consentida o firme la exclusión, el miembro excluido tiene derecho a su parte proporcional en el fondo común operativo, previa liquidación hecha al efecto. El mismo derecho existe en caso de separación voluntaria.

También debe contemplar el contrato las causales en las que se produce su extinción. Normalmente ellas serán⁴²⁶: 1) consecución del objeto para el cual se formó la unión transitoria, es decir, conclusión de la obra, suministro o servicio⁴²⁷; 2) imposibilidad sobreviniente de

⁴²⁶ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 237.

⁴²⁷ Producida la consecución del objeto por el cual se formó la unión transitoria y, por tanto, concluido el contrato, corresponde disponer su liquidación toda vez que, si bien la ley no contempla reglas específicas al respecto, nada obsta a que se apliquen analógicamente las disposiciones de la ley 19.550 (Cap. I, Sec. XIII) en cuanto resulten congruentes con la naturaleza del contrato. Tal liquidación se practicará de acuerdo

cumplir el objeto; 3) decisión de los miembros; 4) causas especiales en función del objeto se hubieran pactado.

j) *Requisitos de admisión de nuevos participantes.*

Cabe tener por reproducidas aquí las consideraciones hechas en la anotación al artículo 1455, inciso j, a las que se reenvía.

k) *Sanciones por incumplimiento de obligaciones.*

Se trata de la fijación de cláusulas penales (arts. 790 y concs.)⁴²⁸ u otras sanciones de tipo económico por incumplimientos de índole no disciplinaria.

l) *Contabilidad.*

Ordena el último inciso del artículo 1464 que el contrato de unión transitoria contemple las previsiones para la confección de los estados de situación, disponiendo a ese efecto que los administradores (representantes del art. 1465) lleven, con las formalidades establecidas por los artículos 320 y siguientes del Código, los libros exigibles y habilitados a nombre de la unión transitoria que requiera la naturaleza e importancia de la actividad común.

Sobre los estados de situación aquí mencionados, corresponde remitir a la anotación al artículo 1460.

En cuanto al deber de llevar los libros con las formalidades requeridas por el Código, cabe reenviar a las anotaciones a los artículos 320 a 331 del Código.

IV) Significado de la reforma

Se mantiene, en general, el criterio aprobado por el artículo 378 de la ley 19.550, texto según ley 22.903.

Art. 1465 Representante. El representante tiene los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercer los de-

a lo pactado por las partes, ya que con base en el principio de libertad contractual, las reglas del proceso liquidatorio pueden ser trazadas por los propios participantes con las limitaciones que surgen de cumplir con las obligaciones frente a terceros y con las reglas imperativas que pueden incidir sobre tal proceso (CNCom., sala A, 14-11-47, "Cotecar SRL c/Logis SA s/Ordinario").

⁴²⁸ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 286.

rechos 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.

I) Resumen

Designación del o los representantes de las partes del contrato de unión transitoria. Carácter convencional de la representación. Obligaciones del representante (mandatario). Revocación "con" causa de la representación y "sin" ella.

II) Concordancias

Representación voluntaria (arts. 362 y ss.); mandato (arts. 1319 y ss.); uniones transitorias, contrato, forma y contenido (art. 1464, incs. g, y l); inscripción registral (art. 1466); acuerdos (art. 1468).

III) Interpretación de la norma

III.1) Representación de los miembros de la unión transitoria

El artículo 1464, inciso g, del Código, establece como contenido necesario del contrato de unión transitoria el de que se designe a un representante, quien puede ser persona humana o jurídica, indicándose su nombre y domicilio. Obviamente, la designación también puede tener lugar por acto posterior si el representante originariamente designado en el contrato renuncia, fallece, se incapacita o es removido⁴²⁹.

Cualquiera sea el caso, se trata del representante, no de la unión transitoria que no es sujeto de derecho y carece de personalidad jurídica para ser representada, sino de todos y cada uno de los miembros que

⁴²⁹ VERÓN, ob. cit., t. II, p. 891. Las hipótesis de renuncia, fallecimiento e incapacidad están aprehendidas por el art. 1329, incs. d y e. En cambio, la de remoción por lo que se explica más adelante en cuanto a la revocación "sin" causa y "con" ella.

la integran⁴³⁰. Por consiguiente, no se está en presencia de ninguna representación orgánica de la unión transitoria, sino de una representación convencional de las partes del contrato que se rige por las reglas del mandato (arts. 1319 y ss.), correspondiendo tener especialmente presente, por ser igualmente aplicables, las normas atinentes a la representación voluntaria (arts. 362 y ss., y 1320).

La designación puede recaer, como ya se dijo, en una persona humana o jurídica. En el último caso, la persona jurídica deberá nombrar, a su vez, a la persona o personas humanas que, en su nombre, asumirán la representación⁴³¹.

Asimismo, valga señalarlo, el sujeto designado puede o no ser parte del contrato.

Ordena el artículo 1466 que la designación del representante se inscriba en el Registro Público. Ello a efectos de su oponibilidad respecto de terceros⁴³².

Ahora bien, por el mero hecho de su designación en el contrato, la ley presume (con presunción *iure et de iure*) que el representante tiene los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros de la unión transitoria necesarios para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hacen al desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro. Ello es así, aun cuando la unión transitoria no estuviera inscripta⁴³³.

⁴³⁰ Los representantes mentados por el art. 1465 lo son de sus miembros y no de la unión, ya que en rigor, al no ser persona de derecho, no puede ser representada como tal. El vínculo de la unión transitoria es con los partícipes, que son quienes le confieren el mandato al representante (mandatario), y no con aquella que carece de personalidad para poder hacerlo. El mandato del representante responde esencialmente al cumplimiento del objeto de la unión, lo cual minimiza y hasta dispensa —en caso de haber así acaecido— la necesidad de su intervención en el otorgamiento del contrato, cuya ejecución constituye el objeto de la unión transitoria, en especial, cuando éste precedió en el tiempo a la constitución de la unión (conf. CNCom., sala A, 14-11-47, "Cotecar SRL c/Logis SA s/Ordinario").

⁴³¹ ZA'DÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 216, nota 66.

⁴³² MARTORELL, ob. cit., t. III, p. 336.

⁴³³ FILIPPI, Laura, *Sobre los efectos de las uniones transitorias de empresas no inscriptas. Validez de su representación*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, marzo de 1998, p. 912.

Si hubiera limitaciones a esos poderes que no han sido expresadas en el contrato de unión transitoria, las mismas son inoponibles frente a terceros. Toda limitación de poderes no inscripta corre la misma suerte.

Con independencia de la extensión de sus poderes, el representante está sujeto asimismo a las instrucciones que deriven de las resoluciones adoptadas en los acuerdos mencionados por el artículo 1468⁴³⁴.

En el marco de lo expuesto, el representante tiene las siguientes obligaciones: a) las generales de todo mandatario previstas por el artículo 1324 del Código; b) administrar el fondo común operativo; c) representar a los miembros de la unión transitoria colectiva o individualmente (a todos y cada uno, dice el art. 1465), según lo que se hubiera pactado al respecto.

Aunque el Código alude al "representante" en singular, nada impide que sea más de uno. En tal caso, el contrato debe determinar las modalidades de la actuación de los plurales representantes⁴³⁵, pudiendo darse las siguientes situaciones: a) si no se pactara una actuación conjunta de los representantes sino individual de cada uno de ellos, el contrato debe lógicamente prever las correspondientes áreas de actuación y delimitación de poderes⁴³⁶; b) en cambio, si se conviniera una actuación conjunta de los representantes (pluralidad de mandatarios conjuntos), deberían actuar bajo un régimen de quórum y mayorías pactado contractualmente. Cabe observar que la actuación conjunta puede ser acordada sin que sea necesaria, a la vez, una designación conjunta, ya que podría haber unos representantes designados en el contrato y otros designados posteriormente, pero debiendo actuar todos conjuntamente. En la hipótesis de actuación conjunta, sería necesario llevar un libro de actas (arg. art. 1455, inc. 1).

La actuación del representante se presume onerosa (art. 1322 del Cód. Civ.). La gratuidad debe ser objeto de una especial cláusula contractual.

La rendición de cuentas que, por su condición de mandatario, debe hacer el representante (arts. 1324, inc. f y 1334) puede entenderse

⁴³⁴ ROUILLON y ALONSO, ob. cit., t. III, p. 889.

⁴³⁵ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 217.

⁴³⁶ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 288; ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 893.

cumplida, según sea el caso, con la presentación de los estados de situación previstos por el artículo 1464, inciso 1⁴³⁷.

III.2) Revocación "sin" justa causa y "con" justa causa

En la medida que la designación del representante puede tener origen en el contrato de unión transitoria o bien posteriormente en resoluciones adoptadas en los acuerdos referidos por el artículo 1468, es decir, siempre en actos colectivos, no puede revocársela o dejársela sin efecto si no es mediante resolución adoptada por las partes del contrato. Es que debe entenderse existente un solo mandato a favor de cada designado, no obstante la pluralidad de sujetos componentes de la parte mandante, otorgado colectivamente por esta última⁴³⁸.

Al respecto, el Código diferencia la revocación "sin" justa causa de la revocación "con" justa causa.

En el primer caso, exige que la decisión revocatoria sea adoptada por la unanimidad de los miembros de la unión transitoria. El recaudo de la unanimidad se explica en el hecho de que, siendo el mandato —dado al representante— en interés común de todos y cada una de las partes de la unión transitoria, resulta insuficiente el interés particular de una o más de ellas aisladamente consideradas (aunque formen una mayoría significativa) no acompañado de causal objetiva alguna, para provocar la extinción del mandato colectivo. Admitir otra cosa sería tanto como suponer que el derecho de uno o más mandantes puede oponerse, sin justa causa, al derecho de los otros mandantes, lo que es inadmisibile⁴³⁹. Por supuesto, si el representante es parte del contrato, la unanimidad se tiene con exclusión de su voto.

Por el contrario, cuando existe justa causa, el interés particular de cada parte (normalmente de índole económica) es sustituido por el interés jurídico de que no siga siendo representante quien ha incurrido en alguna causal de cesación de su mandato. De ahí que el Código, para esta hipótesis, no exija unanimidad sino que, por el

⁴³⁷ ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 894.

⁴³⁸ MINERVINI, Gustavo, *El mandato*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 379, N° 79.

⁴³⁹ Es la solución del art. 1726 del Cód. Civ. italiano, explicada por MINERVINI, ob. cit., p. 380, N° 79.

contrario, admita la revocación de la representación por el voto de la mayoría absoluta de las partes.

La indicada mayoría absoluta se computa por cada miembro participante, con prescindencia del *quantum* de aporte hecho al fondo común operativo. Si el representante fuera parte del contrato, dicha mayoría absoluta se computa sin su voto, habida cuenta del obvio conflicto de intereses.

El Código no dice que la justa causa tenga que ser pactada previamente para adquirir esa condición; cabe interpretar, por tanto, que cualquier incumplimiento grave de las obligaciones, tanto las que resultan del contrato como las que surgen de la calidad de mandatario y representante de los miembros, son hábiles para fundar la revocación⁴⁴⁰.

Dos últimas apreciaciones se imponen:

- a) La revocación de la representación otorgada a quien es parte del contrato no conlleva automática exclusión en los términos del artículo 1464, inciso i, del Código. Revocación de la representación y exclusión del contrato son cosas distintas, con presupuestos de actuación diferentes que, consiguientemente, conducen a resoluciones también diferentes adoptadas cada una en la forma prevista por el artículo 1468 del Código.
- b) Ni la unanimidad requerida para la revocación "sin" justa causa ni la mayoría absoluta exigida para la revocación "con" justa causa pueden ser modificadas por pactos en contrario.

III.3) Representación cambiaria de la unión transitoria

Si bien la unión transitoria no constituye sociedad ni es sujeto de derecho, configura una realidad juridizada, susceptible de dar origen a un complejo concreto de obligaciones y derechos entre los participantes, y en cierta forma, frente a terceros. Por ello, aun cuando carezca de la organicidad propia de las sociedades, no hay obstáculo legal para la aplicación analógica del artículo 58 de la ley 19.550, según el cual la inoponibilidad de la actuación en infracción al régi-

⁴⁴⁰ VERÓN, ob. cit., t. II, p. 892.

men de representación plural halla excepción, entre otros supuestos, en el caso de títulos valores⁴⁴¹.

IV) Significado de la reforma

Se mantiene la previsión del artículo 379 de la ley 19.550, texto según ley 22.903.

Art. 1466 *Inscripción registral.* El contrato y la designación del representante deben ser inscriptos en el Registro Público que corresponda.

I) Resumen

Obligatoriedad de la inscripción en el Registro Público del contrato de unión transitoria y de las posteriores designaciones de representantes.

II) Concordancias

Uniones transitorias, contrato, forma y contenido (art. 1464); representante (art. 1465).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Inscripciones registrales exigibles. Remisión*

El artículo 1466 exige la inscripción no sólo del contrato de unión transitoria (en el que constará la designación del o los representantes originarios: art. 1464, inc. g), sino también la del o los representantes que se designen con posterioridad mediante los acuerdos referidos por el artículo 1468.

En cuanto a la *ratio legis* de la exigencia con relación al contrato, sus efectos jurídicos y la consecuencia que deriva de su incumplimiento, corresponde dar por reproducido lo que se ha expuesto en la anotación al artículo 1447.

⁴⁴¹ CNCom., sala B, 11-8-94, "Petrotera Centauro Fueguina SRL c/Edivial SA".

De su lado, la inscripción de los representantes se justifica a fin de dar debida publicidad a terceros sobre: a) las personas que cuentan con los poderes para obligar a todos y cada uno de los miembros de la unión transitoria según lo previsto por el artículo 1465; b) los límites fijados por los miembros a esos poderes, y c) la forma de actuación de los representantes cuando fueren más de uno.

En la hipótesis de que el contrato de unión transitoria no fuese inscripto, lo acordado –pese a ser inoponible a los terceros– es válido en la relación interna pactada entre los celebrantes. Tal conclusión encuentra su justificativo en la circunstancia de que la inscripción es declarativa, por lo que un contrato no inscripto, si bien no es oponible a terceros, resulta exigible entre las partes que lo suscribieron. De este modo, la publicidad del contrato no hace sino dar cuenta de la existencia de una realidad jurídica extrapublicitaria subyacente⁴⁴².

Corresponde observar que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de agrupación de colaboración, el contrato de unión transitoria no se remite a la autoridad de aplicación de la Ley 25.156 sobre Defensa de la Competencia⁴⁴³.

IV) Significado de la reforma

Se mantiene sustancialmente la previsión del artículo 380 de la ley 19.550, texto según ley 22.903.

Art. 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.

I) Resumen

Responsabilidad simplemente mancomunada de los miembros de la unión transitoria. Pacto de solidaridad.

⁴⁴² CNCom., sala A, 27-5-2010, "Teximco SA c/Eduardo Caramian SACICIFYA s/Ordinario".

⁴⁴³ MARTORELL, ob. cit., t. III, p. 325.

II) Concordancias

Obligaciones de sujeto plural, obligaciones simplemente mancomunadas, concepto (art. 825); efectos (art. 826); obligaciones solidarias, fuentes (art. 828); uniones transitorias, contrato, forma y contenido (art. 1464, inc. f).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Responsabilidad de los miembros de la unión transitoria. Inexistencia de solidaridad presumida*

No siendo la unión transitoria un sujeto de derecho, una sociedad y careciendo de personalidad jurídica (art. 1442), resulta evidente que los derechos y obligaciones que nazcan con ocasión de la ejecución del contrato respectivo se imputan personalmente a los miembros participantes⁴⁴⁴.

Tratándose de deudas resultantes de los actos y operaciones que se realicen, o bien de obligaciones con terceros, la solidaridad pasiva de los miembros de la unión transitoria solamente aparece cuando exista cláusula contractual expresa que así lo disponga.

De tal suerte, el Código no sólo no impone sino que ni siquiera presume la existencia de una solidaridad pasiva en los casos indicados. Antes bien, rechaza cualquier presunción en ese sentido, lo que es lo mismo que afirmar que la responsabilidad de los miembros de la unión transitoria es, como regla, simplemente mancomunada (arts. 825 y 826 del Código).

Así diseñada, la solución legal se presenta como diferente a la aprobada para las agrupaciones de colaboración y los consorcios de cooperación, figuras contractuales estas últimas que establecen, respectivamente, la solidaridad pasiva de los respectivos miembros de forma directa (art. 1459), o bien para el caso de silencio del contrato (art. 1477).

⁴⁴⁴ La unión transitoria, en sí misma, es irresponsable frente a terceros por las obligaciones contraídas, pues no es sujeto de derecho (conf. CNCom., sala E, 7-3-2006, "Soluciones Estratégicas SA c/Asociación de Benef. y Soc. Mutuos Ezrah s/Inc. de apelación").

La *ratio legis* de lo establecido en el artículo 1467 estriba, como fue señalado en la Exposición de Motivos de la ley 22.903 al justificar el artículo 381 de la ley 19.550 (fuente directa del precepto comentado), en el carácter transitorio de la relación y en que se trata básicamente de disponer derechos y obligaciones de los sujetos contratantes en relación con la colaboración relativa a la obra o servicio, a la cual normalmente dedican sólo una parte, sea en términos de tiempo o de cantidad, de la actividad individualmente desarrollada por cada uno (Cap. III, Sec. II, N° 3).

En un afín pero distinto orden de ideas, se ha expresado también que la *ratio legis* radica en que la imposición de una solidaridad de los integrantes de la unión transitoria frente al comitente (dueño de la obra, suministrado o beneficiario del servicio) o frente a terceros, podría ser obstáculo para la aceptación y difusión de este contrato asociativo⁴⁴⁵. Es decir, la ausencia de solidaridad hace más atractivos los emprendimientos desarrollados con contratos de unión transitoria⁴⁴⁶ y aún más flexibles en su configuración interna pues, en muchos casos, por ejemplo en el sector de obras públicas, la solidaridad tiene características muy especiales habida cuenta de que se refiere a la efectiva realización de la obra, y no a la eventual indemnización por incumplimiento, siendo que muchas veces la posibilidad de concretar las tareas depende de licencias, patentes o actividades técnicas particulares⁴⁴⁷.

La regla de la no solidaridad rige, según el artículo 1467, para dos hipótesis claramente diferenciadas:

- a) *Para los actos y las operaciones que deban desarrollar o ejecutar los miembros de la unión transitoria.* En otras palabras, la responsabilidad de cada miembro se encontrará ligada sólo a aquella parte de las obligaciones cuya realización haya asu-

⁴⁴⁵ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 229.

⁴⁴⁶ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 292; ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 896.

⁴⁴⁷ FARGOSI, Horacio P., *Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales*, Bolsa de Comercio, Buenos Aires, 1983, p. 51, citado por ESPER, Mariano, *Estudio sobre la responsabilidad de los miembros de una unión transitoria de empresas*, en J. A. 2006-IV, fasc. 9, del 29-11-2006.

mido en virtud del contrato, pero no responderá por los actos de los restantes integrantes de la unión.

- b) *Para las obligaciones contraídas frente a terceros*⁴⁴⁸. Se trata de cualquier tercero, sea que su crédito tenga base contractual o extracontractual, pues el Código no distingue⁴⁴⁹.

Es importante resaltar que la existencia del fondo común operativo (art. 1464, inc. f) permite que la unión transitoria satisfaga sus deudas con él⁴⁵⁰, pudiendo preverse contractualmente que los miembros participantes lo reintegren frente a cualquier reclamación de tercero⁴⁵¹.

En materia de créditos laborales existen dos posiciones prevalecientes: a) según una de ellas, los integrantes de una unión transitoria no comparten responsabilidad respecto de las obligaciones laborales; b) la otra sí lo admite, pero considera que la misma es de carácter simplemente mancomunado, en función de la porción viril de cada uno de los miembros dentro de la unión. Empero, no son éstos criterios totalmente antagónicos, sino que corresponden a distintas situaciones, según el modo en que se concertó la relación laboral. En un caso, el empleado fue contratado exclusivamente por uno de los integrantes de la unión transitoria, mientras que en el otro, el vínculo laboral se concertó por intermedio del representante de esta última⁴⁵².

⁴⁴⁸ RICCIUTI, Sergio B., *Responsabilidad de las uniones transitorias de empresas frente a terceros*, en L. L. NOA 2006 (noviembre), p. 1143.

⁴⁴⁹ En contra: ESPER, ob. y lugs. cit., quien afirma que los terceros aprehendidos son solamente los que hubieran mantenido relaciones jurídicas de carácter contractual.

⁴⁵⁰ VÍTOLO, ob. cit., t. IV, p. 1026.

⁴⁵¹ ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 898.

⁴⁵² VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *La responsabilidad laboral de las personas y sociedades que integran una unión transitoria de empresas*, en T. y S. S. 2003-97.

La CNAT, sala III, 23-2-2004, "De la Parra, Jorge Alberto c/Huayqui SA y otro s/Despido", ha señalado que "...no se trata del supuesto previsto por el art. 29 de la LCT, ya que no hay interposición de personas (pues la UTE no lo es), tampoco resulta aplicable el art. 30 de la LCT pues tampoco es un caso de contratación o subcontratación y, en cuanto al art. 31 de la LCT, aun cuando se da un caso de dirección y administración conjunta de parte de las actividades de las sociedades

III.2) *Solidaridad convencional*

El carácter simplemente mancomunado que, como regla, tienen las obligaciones de las partes integrantes de la unión transitoria, puede ser dejado de lado por ellas pactando un régimen de solidaridad⁴⁵³.

Así lo permite el artículo 1467 *in limine* haciendo del contrato de unión, en este caso, el "título constitutivo de la obligación" solidaria (art. 828 del Código).

El pacto de solidaridad puede constar en el contrato original (art. 1464, inc. f, en cuanto alude a las "obligaciones asumidas"), o bien ser acordado ulteriormente (arg. art. 1468) seguido de su correspondiente inscripción en el Registro Público⁴⁵⁴.

En aquellos supuestos en que, inversamente, se hubiera acordado originariamente la solidaridad entre los miembros de la unión transitoria, pero, con posterioridad, se hubiera decidido modificarla pasándose a un régimen de simple mancomunidad, aun cuando tal modificación contractual se hubiera inscripto, la registración respectiva no podría tener efecto retroactivo con relación a obligaciones que hubieran nacido en vigencia del régimen de solidaridad⁴⁵⁵, toda vez que esa alteración contractual no podría cambiar la estructura de la obligación ya nacida.

integrantes de la UTE no se ha invocado, ni mucho menos probado que las empresas constituyeran un conjunto económico de carácter permanente, justamente se configura la situación contraria, una unión transitoria como su propio nombre lo indica, por lo que no existe fundamento jurídico para condenar solidariamente a los integrantes de la UTE (en sentido análogo, SD 74.787 del 23-9-97 'Díaz, Francisco Esteban c/Huarte SA y otros', del registro de esta sala)..."

⁴⁵³ La disposición en contrario a la que se refiere el art. 1467 puede asumir la forma de un "pacto de garantía de indemnidad", mediante el cual los codeudores solidarios arreglan sus relaciones internas en cuanto al modo en que, en definitiva, sería soportada la deuda entre ellos, lo cual, lógicamente, es *res inter alios acta* respecto del o los acreedores de tales codeudores solidarios (CNCom., sala D, 22-6-2010, "Tevycom Fapeco SA c/Conevial Infraestructura y Servicios SA s/Ordinario").

⁴⁵⁴ La falta de inscripción impediría hacer valer al cambio de régimen de responsabilidad frente a terceros.

⁴⁵⁵ ESPER, ob. y lug. cit.

Independientemente de lo anterior, la responsabilidad solidaria de los miembros de la unión transitoria podría también surgir:

- En los casos en que la solidaridad esté impuesta por la ley, verbigracia, en materia cambiaria⁴⁵⁶.
- Cuando fue acordada con el comitente (dueño de la obra, suministrado o beneficiario del servicio).
- Cuando se trate de obligación fiscal que grava a la unión transitoria (art. 8° de la ley 11.683)⁴⁵⁷.
- Cuando se trate de la solidaridad frente al consumidor (art. 40, ley 24.240).

Asimismo, cada una de las partes del contrato de unión transitoria está obligada a responder íntegramente por la obligación si ella fuera indivisible (arts. 813, 816, 817, 820 y concs.)⁴⁵⁸. Pero ha de observarse que la obligación indivisible no puede confundirse con la obligación solidaria⁴⁵⁹.

IV) *Significado de la reforma*

Se preserva el régimen del artículo 380 de la ley 19.550, texto según ley 22.903.

Art. 1468 Acuerdos. Los acuerdos se deben adoptar siempre por unanimidad, excepto pacto en contrario.

D) *Resumen*

Régimen deliberativo de los miembros de la unión transitoria.

⁴⁵⁶ ROMERO, Miguel A., *Matices del régimen de responsabilidad en la unión transitoria de empresas. Problemas interpretativos*, en L. L. Supl. Universidad Austral del 3-4-97, p. 3; CNCom., sala B, 11-8-94, "Petrotera Centauro Fueguina SRL c/Edivial SA y otros".

⁴⁵⁷ BENITES, *La personalidad fiscal: estudio de su significado y contenido a través del caso de las uniones transitorias de empresas* cit., p. 535.

⁴⁵⁸ CNCom., sala C, 4-11-2003, "Rocaraza SA c/Empresa de Transportes América SA s/Ordinario".

⁴⁵⁹ LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II, ps. 435/436, N° 1134.

Acuerdos. Unanimidad y posibilidad de establecer mayorías. Casos de unanimidad o mayoría absoluta inmodificables. Impugnación de los acuerdos.

II) Concordancias

Condominio, disposición y mejoras con relación a la cosa (art. 1990); agrupaciones de colaboración, resoluciones (art. 1456); uniones transitorias, representante (art. 1465).

III) Interpretación de la norma

III.1) Régimen deliberativo

La ejecución del contrato de unión transitoria puede requerir —y las más de las veces requerirá— la toma de decisiones por quienes son parte de él. Esas decisiones deben lógicamente estar precedidas de una deliberación o consulta tendente a fijarlas. Para posibilitar ello, el Código establece la necesidad de realizar “acuerdos”.

No implica ello establecer una organicidad en la unión transitoria: los “acuerdos”, en efecto, no reflejan un órgano de gobierno de carácter societario⁴⁶⁰. A ello se opone conceptualmente lo dispuesto por el artículo 1442 en el sentido de que ningún contrato asociativo da lugar a la formación de una sociedad.

De ahí que los llamados “acuerdos” no necesariamente habrán de llevarse a cabo mediante encuentros presenciales al modo de las asambleas o reunión de socios de una sociedad (encuentros presenciales que, no obstante, no se excluyen), pues, por ejemplo, podría llegar a tenérselos mediante el resultado de consultas escritas realizadas por el representante mencionado por el artículo 1465, recabando conformidades de las partes del contrato, de manera simultánea o sucesiva, pero siempre antes de proceder a ejecutar el acto de que se trate.

Los “acuerdos” deben efectuarse cada vez que lo requiera un re-

⁴⁶⁰ ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 214.

presentante o cualquiera de los participantes de la unión transitoria (art. 1456, tercer párrafo, aplicable por analogía).

El artículo 1468 establece que tales “acuerdos” deben ser adoptados por unanimidad. No es fácil justificar esta exigencia cuando no está en juego una modificación del contrato, sino actos de ejecución del mismo. A todo evento, se ha dicho que la *ratio legis* de la unanimidad debe buscarse en el carácter transitorio del vínculo contractual del que se trata⁴⁶¹, o bien en el hecho de que la unión transitoria no es un sujeto de derecho y que la solución se amolda al régimen del condominio⁴⁶².

El Código admite, no obstante, que la unanimidad puede ser dejada de lado por expresa previsión contractual. Ello supone la existencia de una cláusula que precise cuáles son los supuestos en que la unanimidad habrá de abandonarse, y cuáles serán las mayorías que reemplazan a la unanimidad.

La mayoría de reemplazo debe ser, cuanto menos, la “absoluta” si se trata de acuerdos realizados mediante consultas escritas. En cambio, si los acuerdos son presenciales podría ser la mayoría simple de los concurrentes. Todo depende de qué se ha pactado al respecto.

También pueden pactarse mayorías agravadas con relación a la “absoluta”⁴⁶³.

Esta libertad de configuración interna del contrato referente a la modificación de la exigencia de unanimidad tiene, no obstante, algunos límites. Ellos son:

- a) La unanimidad es ineludible si se trata de la revocación “sin” causa del representante (art. 1465), o de una modificación del contrato de unión transitoria (arg. art. 1456, último párrafo, aplicable por analogía).
- b) La mayoría absoluta es inderogable cuando se trata de la revocación “con” causa del representante (art. 1465).

⁴⁶¹ NISSEN, ob. cit., t. 5, p. 293, N° 802.

⁴⁶² ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI ob. cit., ps. 214/215. La unanimidad, en efecto, es la regla deliberativa propia del condominio (art. 1990 del Código). Cabe recordar, en ese orden de ideas, que en el contrato de unión transitoria se establece un condominio sobre el fondo común operativo (véase anotación al art. 1464, inc. f).

⁴⁶³ VÍTOLO, ob. cit., t. IV, p. 1034.

III.2) *Impugnación de los acuerdos*

Aunque el Código no lo prevé, los acuerdos pueden ser impugnados de nulidad en los términos del artículo 1456, aplicable por analogía⁴⁶⁴.

IV) *Significado de la reforma*

Se mantiene el régimen que aprobara el artículo 382 de la ley 19.550, texto según ley 22.903.

Art. 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.

I) *Resumen*

Supuestos de resolución parcial y extinción del contrato de unión transitoria.

II) *Concordancias*

Uniones transitorias, contrato, forma y contenido (art. 1464, inc. i).

III) *Interpretación de la norma*III.1) *Extinción del contrato por quiebra, muerte o incapacidad de una de las partes*

Cuando una de las partes de la unión transitoria, cualquiera sea, fallece, se incapacita o quiebra, el contrato asociativo se extingue, salvo que las restantes partes acuerden el modo en que cumplirán las prestaciones que correspondían al sujeto fallecido, incapacitado o quebrado.

⁴⁶⁴ ROUILLON y ALONSO, ob. cit., t. III, p. 895; ROITMAN, ob. cit., t. IV, p. 899.

El Código lo dice de modo negativo (“...no produce la extinción...”), pero en verdad el efecto extintivo existe, y solamente se evita acordando en la manera establecida por el artículo 1469.

Se trata de supuestos de extinción legales, a diferencia de los convencionales que pudieran haberse previsto según lo autorizado por el artículo 1464, inciso i, del Código.

Los casos de extinción por incapacidad⁴⁶⁵ o muerte se refieren, naturalmente, a personas humanas, como con pleonismo lo dice el artículo 1469 (arts. 31, 32, 93 y concs.). Si es lo primero, se trata de la pérdida de la capacidad jurídica o de derecho (art. 22), justificándose la extinción de la unión transitoria en el *intuitu personae* que concierne a cada parte del contrato. Otro tanto cabe decir del caso de muerte.

La continuación del contrato en los dos casos precedentemente mencionados puede tener lugar únicamente si las demás partes acuerdan el modo en que ellas mismas se harán cargo de las prestaciones del incapaz o fallecido. Esto excluye la posibilidad de que el contrato continúe con el curador del incapaz⁴⁶⁶, o con los herederos del fallecido, pues son las propias partes restantes las que deben resolver si continúan ellas personalmente con la ejecución del contrato o no.

De prosperar la continuación de la unión transitoria, sólo se habrá producido la resolución parcial del contrato⁴⁶⁷, pero es obvio que la ejecución en esas condiciones, habiéndose modificado el sustrato subjetivo, debería además ser aceptada por el comitente (dueño de la obra, suministrado o beneficiario del servicio)⁴⁶⁸.

El Código no alude en el artículo 1469 al caso de disolución de la persona jurídica como causal extintiva del contrato de unión transitoria, a diferencia de lo que acontece en materia de agrupaciones de

⁴⁶⁵ Obsérvese que el art. 1469 no remite a la hipótesis de inhabilitación de los arts. 48 y concs. En cambio, la ley 19.550 contempla la inhabilitación del socio como causal para su exclusión en el art. 91, segundo párrafo.

⁴⁶⁶ En contra: ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, ob. cit., p. 227, quienes admiten la continuación con el curador si la aportación del incapaz fue exclusivamente en numerario o en bienes, no habiendo contraído obligación de hacer alguna.

Sin embargo, se trata de una diferencia no prevista por el Código.

⁴⁶⁷ VERÓN, ob. cit., t. II, p. 903.

⁴⁶⁸ ROUILLON y ALONSO, ob. cit., t. III, p. 891.

colaboración (art. 1461, inc. d). Puede pensarse, no obstante, que la solución es igualmente aplicable por analogía.

Consideración aparte merece la hipótesis de quiebra de una parte del contrato de unión transitoria, sea persona humana o jurídica, también previsto por el artículo 1469. Tampoco en este caso se produce la extinción del contrato de unión transitoria y se puede continuar con las partes *in bonis* si ellas acordaran la forma de hacerse cargo de las prestaciones ante el comitente. La norma, pues, admite que la quiebra de uno de los participantes provoca la resolución parcial del contrato, si los restantes partícipes acuerdan la forma de hacerse cargo de las prestaciones; solución que viene inspirada en un natural principio de conservación de la actividad y en tutela del interés del comitente de la obra o servicio. Es una excepción a lo dispuesto por el artículo 147 de la ley 24.522⁴⁶⁹.

SECCIÓN 5ª

CONSORCIOS DE COOPERACIÓN

Art. 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.

I) Resumen

El consorcio de cooperación. Concepto y características generales. Finalidad de la figura. Partes del contrato.

II) Concordancias

Contratos solidarios, normas aplicables (art. 1442); consorcios de cooperación (arts. 1471 a 1478).

⁴⁶⁹ HEREDIA, ob. cit., t. 5, p. 461. Sobre el tema, en general, véase: ROLDÁN BULNES, Facundo, "Joint venture", su relación con el concurso preventivo y la quiebra, en L. L. del 16-1-2004.

III) Interpretación de la norma

III.1) *El consorcio de cooperación como contrato asociativo*

La figura del contrato de consorcio de cooperación fue regulada por primera vez, de manera orgánica, con la sanción de la ley 26.005, respondiendo al esquema de acción instituido por el artículo 19 de la ley 24.467, en el que se declaró el propósito de promover la formación de pequeñas y medianas empresas, con particular énfasis en materia de exportación. Sin perjuicio de ello, reconoce antecedente en el decreto 174/85 que, fundado en el artículo 22 de la ley 23.101, creó los "consorcios de exportación de bienes y servicios". El contrato, pues, tuvo un origen vinculado al comercio exterior, pero a partir del dictado de la citada ley 26.005, se potenció en otras áreas económicas (prestación de servicios, construcción de navíos, obra pública, actividades alimenticias y agrícolas, de medicina, etc.)⁴⁷⁰, recibiendo así una relativa difusión que es la que explica su inclusión en el Código como un nuevo y diferente contrato asociativo, dejando atrás la necesidad de que los consorcios de cooperación se constituyeran como sociedades conforme a la ley 19.550 o como cooperativas según lo previsto en la ley 20.337, tal como lo exigió el mencionado decreto 174/85.

Constituye un modo de colaboración empresarial sustentado en una organización común para desarrollar operaciones relacionadas con la actividad de sus miembros, sin alterar la esfera interna de cada uno de ellos, que permite integrar a productores de bienes o prestadores de servicios, ya se trate de un mismo grupo de bienes o servicios, complementarios o afines, o que pertenezcan a economías regionales o que formen una cadena de valor⁴⁷¹. Se ha definido al consorcio de cooperación como la relación contractual que otorga a sus miembros la facultad de articular sus organizaciones empresarias, coordinando y/o relacionando diversos aspectos relativos a la fabricación, produc-

⁴⁷⁰ El detalle más acabado de la difusión de la figura puede verse en YMAZ VIDELA, Martín R., *Los consorcios de cooperación*, en L. L. 2009-B-792.

⁴⁷¹ MONFARDINI DE TRANCHINI, Beatriz y otros, *Los consorcios de cooperación. Enfoque jurídico e impositivo*, en rev. *Impuestos* 2009-1-12.

ción, administración y distribución de bienes y servicios, sin perder la individualidad de cada uno de los sujetos intervinientes⁴⁷²

Ese marco organizativo común, que tipifica al consorcio de cooperación lo mismo que a la agrupación de colaboración (art. 1453), permite a los miembros del consorcio adoptar, generalmente por mayorías, las decisiones relativas al objeto del consorcio, que consiste en facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con sus actividades, para obtener resultados económicos que serán distribuidos entre dichos miembros⁴⁷³.

Según lo expresado, la finalidad de este contrato asociativo abarca e incluso excede las finalidades que son propias de los contratos de agrupación de colaboración y unión transitoria. Ello es así, pues los consorcios de cooperación pueden perseguir un fin de lucro (arts. 1472 y 1474, inc. h), lo cual es vedado en la agrupación de colaboración (art. 1454), y no se encuentran ceñidos a la especificidad y temporalidad que caracterizan tanto a la agrupación como a las uniones transitorias (arts. 1453, 1455, inc. b, 1463 y 1464, incs. a y b)⁴⁷⁴.

No son sujetos de derecho, persona jurídica o sociedad (art. 1442)⁴⁷⁵.

III.2) Miembros del consorcio de cooperación

El artículo 1º de la ley 26.005 determinó que podían constituir por contrato "consorcios de cooperación" las personas físicas o jurídicas, domiciliadas o constituidas en la República Argentina.

La posibilidad de que las personas humanas y las personas jurídicas sean parte de este contrato asociativo se deduce interpretativamente del artículo 1474, inciso a.

⁴⁷² JUNYENT BAS, Francisco, *Las relaciones de organización empresarial y los llamados Consorcios de Cooperación*, en www.acader.unc.edu.ar; GALLARATI, Agustina, *Consorcios de cooperación: otro modo de agrupación empresarial*, en ADLA XVI-C, p. 3555.

⁴⁷³ OTAEGUI, Julio C., *El consorcio de cooperación*, en L. L. 2008-C-1286.

⁴⁷⁴ SKIARSKI, Enrique, *Reflexiones sobre la nueva ley de consorcios de cooperación*, en E. D. 211-729.

⁴⁷⁵ Bajo la vigencia de la ley 26.005 alguna doctrina postuló lo contrario (conf. YMAZ VIDELA, Martín R., *Los consorcios de cooperación, ¿son personas jurídicas?*, en L. L. 2005-C-963). Sin embargo, a la luz del art. 1442 del Código, el carácter puramente contractual del consorcio de cooperación no es discutible.

Sin embargo, el nuevo Código no reproduce las exigencias referentes a que la persona humana deba tener domicilio en la República (se entiende el real: art. 73) y que la persona jurídica se encuentre constituida en el país.

Ello conduce a validar, por consiguiente, la formación de este tipo de contratos asociativos por sujetos extranjeros, sin perjuicio del cumplimiento que estos últimos deban prestar a las normas de toda índole que pudieran disciplinar su actividad local, verbigracia, si se tratara de sociedades extranjeras, lo dispuesto por el artículo 118 de la ley 19.550.

No pueden participar en este contrato, desde luego, quienes no sean sujetos de derecho, por ejemplo, las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias y otros consorcios de cooperación.

IV) Significado de la reforma

Manteniendo el contenido conceptual de la figura que adelantara el artículo 1º de la ley 26.005, se amplía la base subjetiva de las personas que pueden ser parte del contrato.

Art. 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.

I) Resumen

Ausencia de relaciones de subordinación en las funciones de dirección o control propias de los miembros.

II) Concordancias

Consorcios de cooperación (arts. 1470 y 1472 a 1478).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El consorcio como organización de carácter horizontal*

Cabe insistir en que el consorcio de cooperación no es persona

jurídica, sociedad ni constituye sujeto de derecho (art. 1442), sino un medio contractual para organizar a distintas personas humanas o jurídicas con actividad empresarial, con el fin de facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con las actividades propias (art. 1470).

Ahora bien, el artículo 1471 prescribe que los consorcios no ejercen funciones de dirección en relación con la actividad de sus miembros. Tal limitación permite considerar a la figura consorcial como de carácter horizontal. Y es tal horizontalidad la que determina, precisamente, que se trate de una estructura de colaboración y no de subordinación⁴⁷⁶.

Desde esta última perspectiva conceptual, el artículo 1471 del Código provoca las siguientes consecuencias:

- a) Los consorcios de cooperación no son vehículo adecuado para estructurar un grupo societario contractual (lo que está permitido en ciertos ordenamientos, pero no en la República Argentina);
- b) se imposibilita que se asignen responsabilidades especiales que la propia función de dirección irroga; responsabilidades que, de aceptar lo contrario, serían imputables a los mismos miembros del consorcio;
- c) al no tener el consorcio la dirección de las actividades de los restantes miembros, tampoco podrá argüirse responsabilidad laboral frente a los empleados de otros integrantes del consorcio;
- d) se procura disminuir el grado de incidencia que el representante del consorcio pueda tener en las decisiones de los restantes integrantes del consorcio, y
- e) se evita que mediante esta estructura asociativa pueda distorsionarse la competencia y, en virtud de tal dirección, que el consorcio (*rectius*: sus integrantes) encuentre en este contrato una forma lícita para influir en la dirección de las actividades desarrolladas por los restantes miembros⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ GALLARATI, ob. cit., p. 3555.

⁴⁷⁷ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Apostillas sobre la Ley de Consorcios de Cooperación*, en E. D. 212-875.

IV) Significado de la reforma

Se mantiene en el artículo 1471 la regla aprobada por el artículo 3° de la ley 26.005.

Art. 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.

I) Resumen

Finalidad lucrativa. Resultados económicos. Reglas para la distribución entre los consorcistas.

II) Concordancias

Consorcios de cooperación, definición (art. 1470); contenido (art. 1474, inc. h).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Finalidad de lucro y participación en las ganancias*

A diferencia de lo que ocurre en el contrato de agrupación de colaboración (art. 1454), las partes que suscriben un contrato de consorcio de cooperación pueden perseguir una finalidad lucrativa y disponer el modo de distribuir entre ellas las utilidades que hubiera.

Esta particularidad es consecuencia de que la actividad del consorcio de cooperación puede estar dirigida al mercado⁴⁷⁸. De tal suerte, por ejemplo, varios productores agrícolas podrían construir en común, por la vía del consorcio de cooperación, un silo para depósito de sus productos y arrendar el espacio sobrante a un tercero, lo cual, sin embargo,

⁴⁷⁸ MORANDO, Enrique, *Consorcio de Cooperación. Ley 26.005*, en E. D. 212-871.

no lo podrían hacer mediante un contrato de agrupación de colaboración debido a su incapacidad para vincularse al mercado⁴⁷⁹.

Los resultados obtenidos (lucro) pueden, obviamente, distribuirse entre las partes del contrato. Ellas son libres para fijar el régimen de distribución, para lo cual podrán pactar lo que estimen pertinente. En tal sentido, el artículo 1474, inciso h, prescribe que el contrato debe indicar la proporción en la que cada contratante participa en los resultados. Pero si nada han pactado sobre el particular, el artículo 1472 del Código dispone (norma supletoria) que la cuota de distribución es por partes iguales.

Pese a que el Código no lo dice expresamente, los resultados deberán surgir de los estados contables que el consorcio está obligado a llevar (art. 1475). Más concretamente, deberán surgir del estado de atribución de resultados (también conocido como cuadro de ganancias y pérdidas). Asimismo, cabe señalar: a) que el resultado económico debe provenir de la actividad desarrollada por el consorcio de cooperación y no de los aportes realizados por los consorcistas; b) que para su distribución debe tratarse de un "resultado económico" y no de otros resultados no susceptibles de cuantificación; c) que, en principio, los resultados deberán distribuirse en dinero o fondos líquidos; no obstante ello, puede ocurrir, si así lo acuerdan las partes y no se alteran las exigencias legales, que se distribuyan en especie; d) que si bien el artículo 1472 señala que en defecto de estipulación serán distribuidos en "partes iguales", lo adecuado es que se distribuyan en proporción al aporte efectuado al fondo común operativo o, al menos, en base a su participación⁴⁸⁰.

Debe entenderse nula la estipulación de que alguno o algunos consorcistas reciban todos los beneficios o se excluya de ellos (arg. art. 13, inc. 1º, ley 19.550) o que la totalidad de las ganancias del consorcio pertenezcan a los consorcistas sobrevivientes (arg. art. 13, inc. 4º, ley 19.550)⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ SKIARSKI, ob. cit., p. 729.

⁴⁸⁰ MOLINA SANDOVAL, ob. cit., p. 875.

⁴⁸¹ MOLINA SANDOVAL, ob. y lug. cit.; OTAEGUI, *El consorcio de cooperación* cit., p. 1286; MARTORELL, Ernesto E., *Tratado de Derecho Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. VIII, p. 707.

IV) Significado de la reforma

El artículo 1472 del Código mantiene lo dispuesto por el artículo 4º de la ley 26.005.

Art. 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.

I) Resumen

Requisitos de forma del contrato de consorcio de cooperación e inscripción en el Registro Público. Consecuencias de la falta de inscripción.

II) Concordancias

Contratos asociativos, forma (art. 1444); efectos entre partes (art. 1447); agrupaciones de colaboración, contrato, forma y contenido (art. 1455); uniones transitorias, contrato, forma y contenido (art. 1464); consorcios de cooperación, contenido (art. 1474).

III) Interpretación de la norma

III.1) Expresión escrita

Prescribe el artículo 1473 que el contrato de consorcio de cooperación debe otorgarse por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente.

Exige el Código, pues, una expresión escrita de acuerdo a lo establecido por el artículo 286. De ahí que no pueda celebrarse mediante instrumento no firmado (art. 287), pues la firma es exigida tanto en los instrumentos públicos (art. 290, inc. b) como en los privados (art. 313).

Si el contrato se extiende en instrumento privado, las firmas de las partes deben estar certificadas notarialmente. Juega al respecto lo previsto por el artículo 314, segundo párrafo, del Código.

La expresión escrita es presupuesto de eficacia del contrato, de su oponibilidad respecto de terceros (previa su inscripción, como se verá seguidamente), de fijación y reproducción de los derechos y obligaciones de las partes, y de su prueba (forma *ad probationem*).

III.2) Inscripción del contrato de agrupación de colaboración

Ordena también el artículo 1473 que el contrato se inscriba en el Registro Público que corresponda juntamente con la designación de los representantes a los que se refiere el artículo 1474, inciso k.

Como se señaló en la anotación al artículo 1447, la inscripción es necesaria para que el Registro Público ejerza un control de legalidad respecto de los requisitos exigidos por el Código en cuanto al contenido del respectivo contrato de agrupación de colaboración.

No tiene carácter constitutivo⁴⁸².

La falta de inscripción no resta eficacia obligacional al contrato (art. 1447), pero lo torna inoponible respecto de terceros.

No ha reproducido el Código la consecuencia prevista por el artículo 6° de la ley 26.005 en el sentido de que la falta de inscripción del contrato determinaba que el consorcio pasara a ser considerado como una sociedad de hecho. Ello responde a la masiva crítica que tal precepto suscitó en la doctrina por cuanto establecía una suerte de “conversión” del consorcio como figura típicamente contractual (sin personalidad jurídica) en una figura societaria (con personalidad jurídica), lo que arrastraba, obviamente, muy diferentes implicancias legales⁴⁸³. La voluntad del Código es, pues, que la falta de inscripción determine, simplemente, como se ha dicho, la inoponibilidad del contrato frente a terceros.

IV) Significado de la reforma

Mantiene el Código la solución normativa aprobada por el artículo 6° de la ley 26.005, pero sin reiterar la consecuencia prevista por tal disposición para el caso de falta de inscripción del contrato.

⁴⁸² GALLARATI, ob. cit., p. 3555.

⁴⁸³ JUNYENT BAS, ob. cit.; MOLINA SANDOVAL, ob. cit., p. 875, Cap. IV.4; SKIARSKI, ob. cit., p. 729; MORANDO, ob. cit., p. 871, Cap. 2; GALLARATI, ob. y lug. cit.

Art. 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 “Consortio 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 revo-

cación de mandato, el nuevo representante se designa 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.

I) Resumen

Se regula lo atinente al contenido esencial del contrato de consorcio de cooperación.

II) Concordancias

Nombre, derecho y deber (art. 62); domicilio real (art. 73); domicilio especial (art. 75); persona jurídica privada, nombre (art. 151); domicilio y sede social (art. 152); representación voluntaria (arts. 362 a 381); mandato (arts. 1319 a 1334); consorcios de cooperación, participación en los resultados (art. 1472); forma (art. 1473); reglas contables (art. 1475); obligaciones y responsabilidad del representante (art. 1476); responsabilidad de los participantes (art. 1477); extinción del contrato (art. 1478).

III) Interpretación de la norma

III.1) Contenido del contrato

El artículo 1474 enumera en dieciséis incisos diferentes contenidos

que deben estar presentes en el contrato de consorcio de cooperación. Se trata de enunciaciones imprescindibles pues todas y cada una de ellas hacen a la ejecución misma de este negocio asociativo posibilitando, por ejemplo, la interacción colaborativa de los consorcistas entre sí (incs. g, h, j, l, m, n, ñ y o), así como definiendo el modo en que el propio consorcio de colaboración se vinculará con terceros (incs. d, e, i y k), o bien determinando los caracteres de un primordial aspecto operativo cual es el atinente al fondo común operativo (incs. f y p).

Los contenidos exigidos por el precepto que se anota son los siguientes.

a) Datos de los consorcistas.

El contrato asociativo de que se trata debe reproducir los datos completos de identificación de quienes son "parte" de él (art. 1023). En otras palabras, debe consignar el nombre de la persona humana o jurídica (arts. 62 y 151), de la razón social de la sociedad (art. 10, inc. 3º, de la ley 19.550) o denominación de quien fuera parte. Asimismo, el domicilio (arts. 73 y 152 del Código; art. 10, inc. 4º, de la ley 19.550), y si los tuviera, 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 personas jurídicas debe el contrato consignar, además, la fecha del acta y la mención del órgano social que aprobó la participación en el consorcio de cooperación.

b) Objeto del consorcio de cooperación.

El objeto del contrato de consorcio de cooperación puede ser amplio. Esta figura contractual se utiliza no sólo en materia de exportaciones, sino en otros ámbitos como la obra pública, la salud, servicios jurídicos y de asesoría, consultoría, gastronomía, actividad ferroviaria, etcétera⁴⁸⁴.

Pese a que el contrato debe establecer su objeto, las actividades pueden no estar definidas, aunque sí limitadas a operaciones relacionadas con la actividad económica de los miembros del consorcio⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ YMAZ VIDELA, ob. cit., L. L. 2009-B-792.

⁴⁸⁵ SKIARSKI, ob. cit., p. 729.

c) *Duración del consorcio (vigencia del contrato).*

Exige el artículo 1474, inciso c, que el contrato determine el plazo de su duración. No hay un plazo máximo, a diferencia de lo que ocurre con la agrupación de colaboración (art. 1455, inc. b).

La palabra "duración" no equivale al término "final" exclusivamente, sino que refiere al término "inicial" y, desde luego, al término "final". Es decir, el contrato debe indicar a partir de cuándo es operativo el consorcio —lo que no necesariamente ha de coincidir con la fecha de suscripción del contrato— y hasta cuándo tendrá vigencia.

d) *Denominación del consorcio.*

Ordena el artículo 1474, inciso d, que el contrato constitutivo prevea la denominación del consorcio de cooperación, formada por un nombre de fantasía integrado con la leyenda "Consortio de Cooperación".

No es razón social o denominación en los términos del artículo 10, inciso 3º, de la ley 19.550, pues el consorcio de cooperación no es una figura societaria.

Se trata, antes bien, de la denominación de la agrupación con función distintiva de su actividad. Con ese alcance, tiene la protección que a las "designaciones de actividades" deparan los artículos 27 y siguientes de la ley 22.362⁴⁸⁶.

e) *Constitución de domicilio especial.*

Se trata del domicilio previsto por el artículo 75 del Código. Él será vinculante para todos los efectos que emanan del contrato de consorcio de cooperación, tanto entre las partes como respecto de terceros, en orden a los derechos y obligaciones respectivas.

f) *Fondo común operativo.*

Como contenido obligatorio del contrato de consorcio de cooperación, determina el Código que se prevea la constitución de un fondo común operativo, la fijación de su monto, la forma de su actualización o aumento, y la definición de cuál es la participación que cada parte asume en él.

⁴⁸⁶ Sobre el régimen de la designación de actividades protegida por la ley 22.362, véase: BERTONE, Luis E. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de marcas*, Heliasta, Buenos Aires, 1989, t. II, ps. 447 y ss.; ETCHEVERRY y CHOMER, ob. cit., t. 6, ps. 253 y ss.

El fondo común operativo del consorcio de cooperación representa un patrimonio de afectación⁴⁸⁷.

No repitió el Código en el artículo 1474, incisos f y p, la característica de "inalterabilidad" que el fondo común operativo debía observar según lo estableció el artículo 8º de la ley 26.005. Tal característica fue interpretada de diversas maneras. Para unos, aludía a la imposibilidad de modificar su condición de patrimonio afectado al fin fijado por el contrato asociativo⁴⁸⁸; otros la explicaban como una equiparación al principio de intangibilidad del capital de las sociedades⁴⁸⁹, y también se argumentó que la "inalterabilidad" daba cuenta de que el fondo común operativo —que debía ser fijo— estaba sujeto a que los integrantes del consorcio lo repusieran en la medida de su utilización⁴⁹⁰. Cualquiera hubiera sido el criterio interpretativo correcto, lo cierto es que el Código, como se dijo, no exige que el fondo común operativo deba ser "inalterable". Antes bien, el artículo 1474, inciso f, prescribe la necesidad de que el contrato prevea la forma de su actualización o aumento, lo cual sugiere: a) su mutabilidad a los fines de incrementarlo, no para reducirlo, y la necesidad de mantenerlo en términos cuanti-

⁴⁸⁷ JUNYENT BAS, ob. cit.; MORANDO, ob. cit., p. 871, Cap. 3; MONFARDINI DE FRANCHINI, Beatriz y otros, *Las perspectivas contables de los consorcios de cooperación*, en rev. *Enfoques* 2009 (enero), p. 29.

⁴⁸⁸ MORANDO, ob. y lug. cit. Se ha dicho también que el fondo común operativo es, en este caso, un "patrimonio en mano común" que representa un "centro imputativo no personificado". Conf. RICHARD, Efraín H., *Un nuevo contrato de colaboración empresarial: El consorcio de cooperación*, en www.acader.unc.edu.ar. Tal caracterización es inaceptable. El concepto de "patrimonio en mano común" o "propiedad en mano común", proviene del Derecho alemán (conf. LAFAILLE, ob. cit., t. II, ps. 211/212, N° 1066). Considerado en su abstracta pureza, lleva a las siguientes consecuencias: a) nadie puede disponer libremente de su parte; b) nadie puede exigir libremente la división; c) la administración ordinaria es común en el más estricto sentido de la palabra, es decir, de forma que no hay un régimen de mayorías y que para dar cualquier paso se necesita la unanimidad (conf. HEDEMAN, J. W., *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, ps. 265/266). Basta observar la contradicción que existe entre esta última consecuencia y el régimen de mayorías autorizado por el art. 1474, inc. j, del Código, para descartar la aludida caracterización.

⁴⁸⁹ BERMÚDEZ, Jorge Luis, *Ya se puede utilizar la figura del consorcio de cooperación*, en InfobaeProfesional.com del 14-1-2005.

⁴⁹⁰ SKIARSKI, ob. cit., p. 729.

tativos suficientes para permitir la normal operatoria del consorcio de cooperación⁴⁹¹, y b) que para proceder a su reconstitución no es necesario proceder a una modificación del contrato.

El fondo común operativo del consorcio deberá integrarse en su totalidad al momento de la firma del contrato (o, cuando menos, estar completamente integrado antes de comenzar la operatoria consorcial). Acerca de su integración existen opiniones encontradas, pues tanto se ha afirmado que solamente puede constituirse con aportes de dinero⁴⁹² como que la aportación puede consistir en dinero y otros bienes no registrables⁴⁹³.

Debe permanecer indiviso por todo el plazo de duración del consorcio (art. 1474, inc. p). Esto significa, por una parte, que el fondo no podrá ser dividido mientras no se liquide el consorcio (art. 1474, inc. ñ) y, por otra parte, que los acreedores particulares de los integrantes del consorcio no podrán perseguir el pago de sus créditos cobrándose del referido fondo⁴⁹⁴, debiendo dirigirse contra los miembros (art. 1477). Cabe, por ello, tener por reproducido aquí cuanto se señaló en la anotación al artículo 1458.

Por último, corresponde tener presente que no siendo el consorcio de cooperación sujeto de derecho (art. 1442), este patrimonio de afectación no le pertenece, sino que se reputa propiedad de los consorcistas.

g) *Las obligaciones y derechos que pactan los integrantes.*

Cabe reiterar en este punto lo dicho en la anotación al artículo 1455, inciso f, en el sentido de que los contratos asociativos son concebidos como figuras abiertas a todo tipo de estipulaciones, incluso la admisibilidad de la asunción de obligaciones dispares o de naturaleza diferenciada por parte de los distintos partícipes, ocurriendo otro tanto

⁴⁹¹ Parece prudente entender que este patrimonio operativo (que los consorcistas deberán mantener inalterado) está previsto no sólo para que el representante realice los gastos e inversiones del resultado operativo, sino para garantizar mínimamente el desarrollo de la actividad. Conf. MOLINA SANDOVAL, ob. cit., p. 875.

⁴⁹² PENA, Mabel Susana, *Régimen jurídico de los consorcios de exportación*, ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán, septiembre de 2004, reg. en libro de ponencias, t. III, ps. 495/502.

⁴⁹³ MONFARDINI DE FRANCHINI y otros, ob. y lug. cit.

⁴⁹⁴ GALLARATI, ob. cit., p. 3555.

con relación a los derechos acordados. Todo ello con el solo límite del necesario equilibrio de las prestaciones contractuales.

h) *Forma de participación en la inversión y/o proyectos, así como en los resultados económicos.*

Obliga el artículo 1474, inciso h, a que el contrato constitutivo del consorcio de cooperación indique, con claridad, la forma y modo de participación de cada contratante en la inversión del o de los proyectos del consorcio. Se trata, bien se ve, de la exposición del aspecto activo de la colaboración que a los participantes les toca en el contrato asociativo de que se trata. La norma alude a la participación que incumbe "a cada" consorcista, es decir, a todos ellos sin excluir a ninguno. Es que cada consorcista debe sumar su colaboración de algún modo, correspondiendo observar que el referido principio de equilibrio de las prestaciones contractuales, no equivale necesariamente a participación idéntica en la inversión y/o proyectos, sino a participación ecuaníme en la economía del negocio, de tal suerte que los resultados lucrativos sean proporcionados a la participación en la inversión y/o proyectos.

En punto a la expresión de la proporción en la que cada contratante participa en los resultados, corresponde remitir a la anotación al artículo 1472.

i) *La proporción en que los participantes se responsabilizan por las obligaciones que asumen los representantes en su nombre.*

El recaudo contractual exigido por el artículo 1474, inciso i, resulta reiterado por el artículo 1477, a cuyo comentario corresponde remitir por razón de brevedad.

j) *Régimen de adopción de decisiones.*

Otro contenido esencial del contrato de consorcio de cooperación está dado por la previsión de las formas y ámbitos de adopción de decisiones para el cumplimiento de su objeto.

En otras palabras, el contrato debe establecer las mayorías necesarias para la adopción de las resoluciones de los miembros en las reuniones convocadas por sí o por representantes, las que deben transcribirse en libros de actas (art. 1475, *in fine*).

En caso de silencio del contrato, se requiere mayoría absoluta de sus miembros para la adopción de las resoluciones relativas al cum-

plimiento del objeto (art. 1474, inc. j), así como para la designación de representantes y para autorizar la sustitución del poder (art. 1474, inc. k), y unanimidad para la modificación del contrato (art. 1474, inc. l) y para la admisión de nuevos participantes (art. 1474, inc. m). Son todas estas soluciones supletorias, que juegan a falta de estipulación sobre otra forma de cómputo.

Es observable que se admita abandonar la unanimidad, pasando las partes a resolver según el régimen de mayorías que hubieran pactado, en el caso de modificación del contrato, habida cuenta de la importancia de ese tema en la economía del negocio, su causa y motivos de las partes. La solución contraria es establecida en el artículo 1456, último párrafo, para el contrato de agrupación de colaboración.

El único caso de unanimidad que no admite derogación por acuerdo de partes es el contemplado por el artículo 1478, inciso c, del Código.

El artículo 1474, inciso j, alude a la celebración de reuniones. En otras palabras, esta figura excluye el sistema de votación por consulta escrita, requiriéndose encuentros presenciales.

Desde esta última perspectiva, cabe señalar lo siguiente: a) a los fines del cálculo de mayorías la base de cómputo será todos los integrantes del consorcio y no solamente los que participen en la reunión, salvo pacto en contrario; b) corresponde asegurar un adecuado sistema de convocatoria a la reunión, indicándose lugar (ámbito) en el que se realizará, fecha y hora, como así también los temas en un adecuado "orden del día", y c) la omisión de formal y adecuada citación invalida la reunión⁴⁹⁵.

La decisiones que se adopten están sujetas a la acción de impugnación prevista por el artículo 1456, segundo párrafo, aplicable por analogía.

k) *Representación del consorcio de cooperación.*

Los consorcios de cooperación son administrados por uno o más representantes, cuyo número debe ser fijado en el contrato constitutivo del consorcio y en el cual, además, habrá de constar la respectiva designación con aclaración del nombre, domicilio y demás datos personales.

⁴⁹⁵ JUNYENT BAS, ob. y lug. cit.

Los representantes pueden ser personas humanas o jurídicas⁴⁹⁶, ya que el Código no impone una solución como la que resulta del artículo 1457.

Estos sujetos son reputados mandatarios, con representación, no del consorcio (que no es sujeto de derecho), sino de todos y cada uno de los consorcistas. Se aplican, en lo pertinente, las disposiciones de los artículos 362 a 381 y 1319 a 1334 del Código.

La representación es a los fines puros y exclusivos del cumplimiento del objeto del consorcio, no extendiéndose a una representación judicial⁴⁹⁷.

Deben pactar los consorcistas, asimismo, sobre la forma de elección, de sustitución, y fijar también convencionalmente las facultades, poderes y, en caso de que la representación sea plural, las formas de actuación⁴⁹⁸.

En todo acto jurídico que realice en nombre de la organización común, el representante deberá exteriorizar la denominación del consorcio (art. 1474, inc. d), siendo responsable personalmente en caso de omisión (art. 1476, último párrafo).

Aparte de las obligaciones establecidas en el contrato, los representantes deben: 1) llevar los libros de comercio y confeccionar los estados de situación patrimonial, proponiendo a los miembros su aprobación en forma anual (art. 1475); 2) controlar la existencia de las causales de extinción, informando fehacientemente a los miembros del consorcio y tomando las medidas y recaudos que pudieren corresponder (arg. art. 1478). El contrato puede establecer, asimismo, las sanciones que correspondan a los representantes que incumplan sus funciones (art. 1474, inc. n), pudiendo llegar a la revocación del mandato (art. 1474, inc. k)⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ GALLARATI, ob. y lug. cit.

⁴⁹⁷ MARTORELL, Ernesto (dir.), *Tratado de Derecho Comercial, La Ley*, Buenos Aires, 2010, t. VIII, p. 706, señala que en caso de contienda judicial, no siendo el consorcio sujeto de derecho, dicha representación carece de toda relevancia, debiendo demandarse a las partes del contrato según las responsabilidades que a cada uno compete.

⁴⁹⁸ Sobre la actuación en caso de poderes colectivos, véase: SÁNCHEZ URITE, Ernesto A., *Mandato y representación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, ps. 95/99.

⁴⁹⁹ SKIARSKI, ob. y lug. cit.

En caso de renuncia, incapacidad o revocación de mandato, el nuevo representante se designa por mayoría absoluta de los miembros, excepto disposición en contrario del contrato. Igual mecanismo se debe requerir para autorizar la sustitución de poder.

l) *Mayorías necesarias para la modificación del contrato constitutivo.*

A diferencia de lo que ordena el artículo 1456, último párrafo, con relación al contrato de agrupación de colaboración, en materia de consorcio de cooperación se admite que las partes pacten mayorías incluso para resolver sobre la modificación del contrato. Es lo que resulta del artículo 1474, inciso l, el cual prescribe (regla supletoria) que a falta de previsión sobre el particular, la modificación del contrato de consorcio de cooperación solamente podría lograrse mediante la voluntad unánime de los consorcistas.

m) *Exclusión de participantes y admisión de nuevos.*

El contrato debe prever, asimismo, las formas de tratamiento y las mayorías para decidir la exclusión y la admisión de nuevos participantes (art. 1474, inc. m). Es decir, se admite que en el contrato de consorcio de cooperación las partes pacten sobre las causales que pueden conducir a la exclusión de alguna de ellas (v. gr., falta de aportes al fondo común operativo, incumplimientos de diversa índole, etc.) y que a ello se llegue, incluso, sin requerirse unanimidad, sino por el logro de una mayoría pactada (simple, absoluta o agravada). Desde luego, el voto del participante objeto de la exclusión no cuenta por obvio conflicto de intereses.

También puede pactarse acerca de las condiciones subjetivas u objetivas que se exijan para la admisión de nuevos miembros, e igualmente sobre el régimen de mayorías para decidir lo propio. En caso de silencio, la admisión de nuevos miembros requiere unanimidad.

n) *Sanciones por incumplimientos de los miembros y representantes.*

El artículo 1474, inciso n, refiere a la necesidad de convenir sobre el régimen de sanciones aplicables a los miembros y representantes.

Cuando las sanciones se refieren a los miembros, tienen por base el incumplimiento de ellos a las obligaciones que asumieran (art. 1474, inc. g). Se trata del establecimiento de cláusulas penales (arts. 790 y cons.), u otras sanciones de tipo económico por incumplimientos de naturaleza no disciplinaria.

En cambio, tratándose de representantes, la sanción por incumplimientos al mandato recibido puede ser la pérdida de todo o parte de la remuneración (art. 1322), o bien la revocación del poder (art. 1329, inc. c).

ñ) *Las causales de extinción del contrato y las formas de liquidación del consorcio.*

El artículo 1474, inciso ñ, refiere, en primer lugar, que el contrato de consorcio de cooperación debe contemplar sus causales de extinción.

Se trata del establecimiento de causales "convencionales" diferentes de las "legales" previstas por el artículo 1478, verbigracia, la inhabilitación de alguna de las partes; tratándose de un consorcio de exportación la existencia de sanciones administrativas o aduaneras, etcétera.

En segundo lugar, el precepto refiere a la necesidad de que el contrato prevea las formas de liquidación del consorcio. El Código no impone forma especial alguna. La intención es, no obstante, que los representantes del consorcio de cooperación liquiden los vínculos con terceros previamente a la distribución de resultados finales y reparto entre las partes del fondo común operativo en la proporción pactada.

o) *Estado de situación patrimonial.*

Acerca del estado de situación patrimonial como documento contable, corresponde remitir a la anotación al artículo 1460, así como a lo que se expone en el comentario al artículo 1475.

El artículo 1474, inciso o, determina que el contrato debe fijar una fecha anual en la que los miembros del consorcio se reunirán para tratar el estado de situación patrimonial, esto es, para aprobarlo o no. Cabe observar que el estado de situación patrimonial hace las veces de rendición de cuentas del o de los representantes por las gestiones que como mandatarios del consorcio hubieran cumplido, y que la aprobación de dicho documento no exonera de responsabilidad al o a los representantes por incumplimiento al mandato.

p) *Fondo común operativo.*

Lo atinente a la exigencia contemplada por el artículo 1474, inciso p, ha sido considerado anteriormente en la anotación al inciso f, a la que cabe remitir.

IV) Significado de la reforma

Se mantiene sustancialmente el contenido contractual que estableció el artículo 7° de la ley 26.005 y se elimina la condición de "inalterabilidad" del fondo común operativo exigida por el artículo 8° de esa ley.

Art. 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.

I) Resumen

Estados contables de los consorcios de cooperación. Libro de actas.

II) Concordancias

Actos jurídicos, contabilidad y estados contables (arts. 320 a 331); consorcios de cooperación, obligaciones y responsabilidad del representante (art. 1476).

III) Interpretación de la norma

III.1) Contabilidad del consorcio de cooperación

El artículo 1475 del Código reitera sustancialmente la previsión del artículo 7°, inciso 16, de la ley 26.005. Esta última norma, así como sus implicancias, ha sido examinada por la doctrina especializada⁵⁰⁰ en términos que se reproducen parcialmente a continuación, bien que con las adaptaciones del caso.

⁵⁰⁰ MONFARDINI DE FRANCHINI y otros, *Las perspectivas contables de los consorcios de cooperación* cit., p. 29.

Así, los consorcios de cooperación, considerados sujetos contables, deben:

a) Habilitar los registros indispensables (art. 322) y llevarlos con las formalidades intrínsecas y extrínsecas establecidas en los artículos 323 a 325.

b) Llevar una contabilidad organizada, que refleje adecuadamente todas las operaciones realizadas en el ejercicio, usando técnicas contables aceptables y complementando los asientos o constancias pertinentes con la documentación respectiva (art. 321). Dado el tratamiento tributario diferencial que tiene el consorcio de cooperación según que las operaciones sean realizadas en el mercado interno o en el externo⁵⁰¹, el plan de cuentas debe contemplar las partidas necesarias para facilitar la identificación de estas operaciones, a efectos de determinar adecuadamente la carga tributaria correspondiente en cada uno de los impuestos vigentes.

c) Emitir estados contables destinados a los integrantes del contrato asociativo (art. 326), usuarios de la información contable, debiendo incluir: 1) los estados contables del negocio conjunto [...] que muestren [...] los resultados del negocio común, de modo que cada uno de los participantes pueda utilizarlo como base para reflejar en sus propios estados contables su participación en ellos (res. técnica 14.II.B.2); 2) la información complementaria correspondiente, la que como mínimo debe contener los siguientes ítems: actividad principal del consorcio; disposiciones legales o contractuales que tengan importancia fundamental para el funcionamiento de los negocios conjuntos; transacciones entre partes relacionadas, debiendo informar, en nota y en forma separada para cada parte la naturaleza de las relaciones existentes; el tipo, importes, totales y saldos originados por tales transacciones; las normas contables profesionales que sirvieron de base para la preparación de los estados contables del negocio conjunto; los aportes de intangibles sin reconocimiento contable, y los derechos al uso de determinados activos.

Para elaborar esos estados contables, y a efectos de facilitar a cada

⁵⁰¹ MONFARDINI DE FRANCHINI, Beatriz y otros, *Los consorcios de cooperación: enfoque jurídico e impositivo*, en rev. *Impuestos* 2009-1, p. 12.

integrante el proceso de apropiación según su participación en el patrimonio y en los resultados del consorcio, se deben observar una serie de requisitos previstos por la normativa vigente (res. técnica 21.2.5.5 y res. técnica 14.II.C): 1) que los mismos estén preparados o se ajusten especialmente a similares normas contables a las utilizadas por participantes; 2) que el ejercicio económico tenga la misma fecha de cierre y si no fuera así, el negocio conjunto debe preparar estados contables especiales a la fecha de cierre de los participantes; 3) que estén presentados en moneda homogénea, es decir, en moneda de poder adquisitivo de la fecha a la cual corresponde el informe, y si hubieran sido emitidos en alguna moneda extranjera, deberán convertirse previamente a moneda argentina.

Cabe observar, asimismo, que en el momento de la firma del contrato de consorcio de cooperación se constituye un fondo común operativo, el que permanece indiviso por todo el plazo de duración del consorcio (art. 1474, incs. f y p). A ese efecto, debe realizarse una registración contable que reconozca la creación de tal fondo, y como contrapartida el crédito que tiene el sujeto contable a recibir las contribuciones de sus integrantes.

III.2) *Libro de actas*

Prescribe el artículo 1475, con carácter obligatorio, que se lleve un libro de actas en el cual se habrán de volcar todas las reuniones que se realicen y las resoluciones que se adopten. La llevanza del mencionado libro corresponde al representante según lo previsto por el artículo 1476, y si hubiera más de uno, al que a ese efecto designe el contrato o fuese nombrado por los participantes posteriormente.

Las actas constituyen la instrumentación de los actos y decisiones de los miembros del consorcio. No constituye una versión íntegra de las reuniones, sino que se limita a resumir las deliberaciones y a exponer las decisiones adoptadas, juntamente con la votación referente a tales decisiones.

El libro de actas debe llevarse con las formalidades previstas, en lo pertinente, por los artículos 323 a 325 del Código. Es aplicable, por analogía, lo dispuesto por el artículo 73 de la ley 19.550.

IV) Significado de la reforma

Mantiene sustancialmente lo dispuesto por el artículo 7º, inciso 16, de la ley 26.005.

Art. 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.

I) Resumen

Obligaciones y responsabilidades del representante de los integrantes del consorcio de cooperación. Aplicación de las reglas sobre representación voluntaria y mandato.

II) Concordancias

Representación voluntaria (arts. 362 a 381); mandato (arts. 1319 a 1334); consorcios de cooperación, contenido (art. 1474, inc. k).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Obligaciones del representante del consorcio de cooperación*

Como se dijo en la anotación al artículo 1474, inciso k, el consorcio de cooperación es administrado por uno o más representantes, cuyo número debe ser fijado en el contrato constitutivo, en el cual, además, habrá de constar la respectiva designación con aclaración del nombre, domicilio y demás datos personales. Tales representantes pueden ser personas humanas o jurídicas, y se reputan mandatarios no del consorcio (que no es sujeto de derecho), sino de todos y cada uno de los consorcionistas, aplicándose lo previsto por los artículos 362 a 381 y 1319 a 1334 del Código.

Las obligaciones que corresponden al representante del consorcio de cooperación son, pues, las de todo mandatario, debiendo obrar conforme a las instrucciones que reciba de los consorcistas, a la naturaleza "asociativa" del negocio que constituye su objeto, y con el cuidado que pondría en los asuntos propios o, en su caso, el exigido por las reglas de su profesión o los usos del lugar de ejecución (art. 1324).

Particularmente, tiene las siguientes obligaciones:

- a) Llevar los libros de contabilidad y confeccionar los estados de situación patrimonial; así como llevar un libro de actas (art. 1475 y 1476).
- b) Informar a los miembros sobre la existencia de causales de extinción previstas en el contrato (art. 1474, inc. ñ) o en la ley (art. 1478) y tomar las medidas y recaudos urgentes que correspondan (art. 1476).
- c) Representar a los consorcistas de manera colectiva (arg. art. 1474, inc. i).
- d) Convocar a los consorcistas a reuniones para tratar los temas relacionados con los negocios propios del consorcio de cooperación, cuando las circunstancias así lo ameriten (art. 1474, inc. j).
- e) No incurrir en inconductas que puedan originar la revocación del mandato o sanciones (art. 1474, incs. k, y n).
- f) Exteriorizar en todo acto jurídico que realice en nombre de la organización común la denominación del consorcio (art. 1476, último párrafo).
- g) Rendir cuentas (arts. 858 y ss., y 1334), correspondiendo recordar que la presentación del estado de situación patrimonial (art. 1475) hace las veces de rendición de cuentas.
- h) En caso de extinción del contrato, proceder a la liquidación de las relaciones entre los participantes y con terceros.

III.2) *Responsabilidades del representante del consorcio de cooperación*

Las responsabilidades del representante del consorcio son, desde

luego, las propias de un mandatario. Desde tal perspectiva, en caso de inejecución total o parcial del mandato, el representante debe responder frente a los consorcistas por los daños y perjuicios que cause. Se trata de una responsabilidad contractual cuyo factor de atribución es la culpa (art. 1721) y cuya prueba incumbe al mandante, o sea, a los integrantes del consorcio de cooperación. Tal culpa puede estar referida, por ejemplo, al incumplimiento a las obligaciones señaladas en el párrafo anterior, o bien a la omisión de otras diligencias exigibles (v. gr., pérdida de valores confiados, revelación indebida de secretos, falta de vigilancia sobre bienes afectados a la actividad del consorcio, etc.).

El artículo 1476, último párrafo, establece un caso particular de responsabilidad, a saber, el que deriva de haber actuado sin invocar que lo hace por el consorcio, esto es, sin invocar la denominación del consorcio (art. 1474, inc. d). El representante, en efecto, tiene la obligación de que su actuación se cumpla exteriorizando su carácter de mandatario. Concordantemente, el artículo 1477 alude a las obligaciones asumidas "en nombre del consorcio". Y si bien todo ello parece mostrar una suerte de personificación del consorcio, debe interpretarse que lo querido por el artículo 1476, último párrafo, del Código, es en realidad que el representante actúe "...exteriorizando el carácter de consorcio..." a fin de que en negociaciones con terceros quienes queden obligados sean directamente los consorcistas en cuanto tales. De tal suerte, si el representante (mandatario) no actúa exteriorizando que su actuación es a favor del consorcio de cooperación (es decir, de los consorcistas mandantes), quedará él mismo obligado frente a los terceros con quienes contrate (art. 366, última oración, del Código). Por otra parte, será responsable frente a los consorcistas por la pérdida que sufran como derivación de esa actuación que no exteriorizó el mandato recibido.

IV) *Significado de la reforma*

Se mantiene el criterio aprobado por el artículo 7º, inciso 17, de la ley 26.005.

Art. 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.

I) Resumen

Responsabilidad convenida (mancomunada) y legal (solidaria) de los consorcistas.

II) Concordancias

Obligaciones simplemente mancomunadas, concepto (art. 825); efectos (art. 826); solidaridad pasiva (arts. 833 a 843); consorcios de cooperación, contenido (art. 1474, inc. i); uniones transitorias, obligaciones, no solidaridad (art. 1467).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Responsabilidad mancomunada de los consorcistas*

De la primera oración del artículo 1477 surge, con claridad, que si las partes del contrato de consorcio de cooperación pactan (art. 1474, inc. i) sobre la proporción que corresponderá a cada una en las responsabilidades que derivan de las obligaciones asumidas por el representante, no existirá responsabilidad solidaria.

Ello significa que los consorcistas responderán como obligados mancomunados (arts. 825 y 826), aplicándose analógicamente el régimen del artículo 1467 referente a la responsabilidad de los miembros del contrato de unión transitoria⁵⁰².

Corresponde, pues, remitir a la anotación al citado artículo 1467 para mayores precisiones.

⁵⁰² En el sentido indicado, véase: HELBERT, Darío J. y LISDERO, Alfredo, *Responsabilidad de los integrantes de los consorcios de cooperación*, en E. D. 219-871.

III.2) *Responsabilidad solidaria de los consorcistas*

Por el contrario, si los consorcistas nada acuerdan en punto al modo de responder frente a las obligaciones asumidas "en nombre del consorcio", la responsabilidad de ellos habrá de juzgarse según las disposiciones de la solidaridad pasiva (arts. 833 a 843 del Código).

IV) Significado de la reforma

Se mantiene el criterio que resultaba de los artículos 7º, inciso 9º, y 9º de la ley 26.005, pero erradicándose la presunción de solidaridad que resultaba del último precepto para establecer, en su reemplazo, derechamente la solidaridad pasiva en caso de silencio del contrato sobre la proporción en que cada participante se hace responsables de las obligaciones asumidas en nombre del consorcio.

Art. 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.

I) Resumen

Causales legales de extinción del contrato de consorcio de cooperación. Resolución parcial del contrato de consorcio de cooperación.

II) Concordancias

Contratos asociativos, nulidad (art. 1443); consorcios de cooperación, contenido (art. 1474, inc. ñ).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Causales de extinción del contrato de consorcio de cooperación*

El artículo 1478, primera parte, establece cuatro causales “legales” de extinción del contrato, que juegan independientemente de las causales “convencionales” que las partes hubieran definido según lo autorizado por el artículo 1474, inciso ñ, del Código.

Tales causales “legales” son las siguientes:

a) *Agotamiento del objeto del contrato o imposibilidad de ejecutarlo.*

El agotamiento del objeto del contrato por razón de su total cumplimiento, causa lógicamente su extinción por razón de ausencia de interés actual de un mantenimiento más prolongado.

De su lado, la imposibilidad sobreviniente de ejecutarlo, es decir, de lograr el objeto, es causal de extinción como reflejo directo de lo previsto por los artículos 955 y 956 del Código. Esta causal comprende, además, la hipótesis contemplada por el artículo 1090.

b) *Expiración del plazo establecido.*

De acuerdo al artículo 1474, inciso c, el contrato de consorcio de cooperación, debe fijar un plazo de su duración. El cumplimiento del plazo fijado determina, naturalmente, la extinción del contrato. Es que, como regla, cuando un contrato agota el plazo por el que fue pactado, se produce la extinción del vínculo⁵⁰³, pues si alguien se obliga a algo hasta un determinado momento, el vencimiento de ese término operará como hecho extintivo de la obligación⁵⁰⁴.

Esta hipótesis extintiva opera sin necesidad de preaviso alguno; basta el mero acaecimiento del término “final” pactado. Y, como en cualquier contrato a término, lo que queda es la necesidad de concluir las operaciones que estuvieran pendientes. En otras palabras, la llegada del término final conduce a la expiración de la relación obli-

⁵⁰³ LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 575.

⁵⁰⁴ BUSSO, Eduardo, *Código Civil anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1955, t. V, p. 236, N° 35.

gatoria e impone a las partes deberes de liquidación, verbigracia, restitución de cosas, pago de intereses y frutos, rendición de cuentas, etcétera.

No ha previsto el Código para este contrato la posibilidad de prórrogas, diversamente de lo prescripto para el contrato de agrupación de colaboración (art. 1455, inc. b). Sin embargo, nada se opone a que ellas se convengan, cumpliéndose con las formas exigidas por el artículo 1473⁵⁰⁵.

c) *Decisión unánime de los miembros.*

Se trata de una rescisión en los términos del artículo 1076 del Código. No puede ser resuelta por mayorías según lo autorizado por el artículo 1474, inciso j, sino que exige unanimidad de todos los participantes, pues si todos ellos concurrieron para crear el contrato, todos ellos deben concurrir para extinguirlo.

d) *Reducción a uno (1) del número de miembros.*

La existencia de pluralidad de participantes afecta la funcionalidad misma de este contrato asociativo (véase comentario al art. 1442, punto III.1). Por ello, cuando queda reducido a un único participante, el contrato se extingue.

III.2) *Causales de resolución parcial del contrato de consorcio de cooperación*

En el último párrafo del artículo 1478 no se regulan supuestos de extinción del consorcio de cooperación, sino hipótesis de resolución parcial del contrato, ya que concretadas ellas, el propio contrato y, por tanto, el consorcio mismo, sigue en vigencia con participación de los restantes miembros a fin de poder cumplir con el objeto para el que se lo constituyó.

Ello es así, salvo que resultase fáctica o jurídicamente imposible la continuación del contrato, lo que podría darse, por ejemplo, cuando la prestación del consorcista que cae en alguna de las causales fuera “esencial” en los términos del artículo 1443 del Código. Sólo si se presenta la referida situación de imposibilidad fáctica o jurídica, el

⁵⁰⁵ SKIARSKI, ob. cit., p. 729.

contrato asociativo de que se trata habría de extinguirse. Es decir, en este caso la resolución parcial se convierte en causa de extinción del contrato.

La interpretación de las causales referidas por el artículo 1478 *in fine* es la siguiente:

a) *Muerte o incapacidad de la persona humana.*

La muerte de un consorcista (arts. 31, 32, 93 y concs.) o la pérdida de su capacidad de derecho o jurídica (art. 22) no extinguen el contrato, aun si las restantes partes no acuerdan la manera de hacerse cargo de las prestaciones ante los terceros. En este sentido, la solución del artículo 1478 es diferente a la del artículo 1469, ya que no exige semejante acuerdo, sino que declara la continuación de pleno derecho del contrato de consorcio de cooperación.

b) *Disolución o liquidación de la persona jurídica consorcista.*

En rigor, la liquidación es la etapa subsiguiente a la disolución (arts. 163 y 167 del Código), por lo que corresponde tratarlas como una misma causal.

c) *Concurso preventivo, cesación de pagos o quiebra de algunos de los miembros del consorcio.*

La cesación de pagos es el presupuesto objetivo para la apertura de un concurso preventivo o la declaración de quiebra (art. 1° de la ley 24.522) y se la define como el estado del patrimonio que se manifiesta impotente para afrontar, con recursos normales, el cumplimiento de las deudas ciertas, líquidas y exigibles que lo gravan. Ahora bien, la cesación de pagos no tiene virtualidad en nuestro Derecho si no existe apertura de concurso preventivo o declaración de quiebra. No existe en nuestro Derecho, en efecto, la llamada quiebra virtual o de hecho, esto es, la quiebra económica con los efectos legales del concurso, sin declaración judicial de apertura⁵⁰⁶. Por ello, en rigor, las causales bajo examen son solamente dos: el concurso preventivo y la quiebra de un consorcista.

La resolución parcial del contrato por causa de concurso preventivo o quiebra puede justificarse en la pérdida del *intuitu personæ* que

⁵⁰⁶ Sobre este tema, véase: HEREDIA, ob. cit., t. 1, p. 226 y t. 3, ps. 46/50.

conlleva la insolvencia declarada judicialmente, sea el consorcista persona humana o jurídica.

Corresponde advertir sobre la falta de paralelismo entre lo dispuesto por el artículo 1478 *in fine* en cuanto coloca al concurso preventivo como causal de resolución parcial del contrato de consorcio de cooperación, frente a los artículos 1461, inciso d, y 1469 que no aluden a ese procedimiento concursal en materia de extinción del contrato de agrupación de colaboración y de unión transitoria.

Por lo que particularmente toca al supuesto de quiebra, cabe observar:

- a) La quiebra de uno de los miembros del consorcio no se extiende a los demás y tampoco se extienden los efectos del estado fallencial que correspondan, pudiendo seguir la actividad del consorcio salvo, como se dijo, que ello resultase fáctica o jurídicamente imposible. Dicho con otras palabras, la quiebra de un consorcista no afecta el contrato de que se trata.
- b) Ahora bien, la participación que el sujeto quebrado tenga en el fondo común operativo no puede, aun frente a la quiebra, ser agredida por sus acreedores particulares, lo que se desprende del carácter indiviso que dicho fondo tiene según el artículo 1474, inciso p, durante todo el plazo de duración del consorcio. Ello es así, por cierto, sin perjuicio de la aplicación analógica del artículo 57 de la ley 19.550, en cuanto permite a tales acreedores cobrarse sobre las utilidades y la cuota de liquidación, para cuya determinación corresponderá estar a lo pactado en el mismo contrato de formación del consorcio (art. 1474, inc. ñ). Esa cuota de liquidación ingresa, naturalmente, en la masa activa de la quiebra del miembro consorciado fallido, lo mismo que —como bien desapoderado— su “participación de los resultados” (arts. 1472 y 1474, inc. h)⁵⁰⁷.

IV) Significado de la reforma

Se mantiene, en sustancia, el criterio aprobado por el artículo 10 de la ley 26.005.

⁵⁰⁷ HEREDIA, ob. cit., t. 5, p. 462.

CAPÍTULO 17

AGENCIA

Introducción. El contrato de agencia en los Fundamentos de la Comisión de Reformas

Se establece que hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada proponente 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 proponente.

En la definición se ha seguido al Proyecto de 1998. Los principales caracteres son comunes en la legislación comparada. En la Ley de Agencia Española N° 12 de 1992 que implementa la Directiva de CEE 86/653, en el artículo 1°, se distingue que la persona, llamada aquí parte, pueda ser natural o jurídica, incluyendo la "manera continuada o estable a cambio de una remuneración". Esta persona se obliga a "promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones". La Directiva 86/653 del Consejo de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, estableció: "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el empresario, la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario". La ley francesa en su Código de Comercio regula el contrato de agencia en los artículos L134-1 a 134-16 y se lo caracteriza de la siguiente manera: "El agente comercial es un agente que actúa como profesional independiente, sin estar vinculado por un contrato de arrendamiento de servicios, encargado, de modo permanente, de negociar y, eventualmente, de ultimar contratos de venta,

de compra, de alquiler o de prestación de servicios en nombre y por cuenta de productores, de empresarios, de comerciantes o de otros agentes comerciales. Puede ser una persona física o jurídica. Las disposiciones del presente Capítulo no afectarán a los agentes cuya misión de representación se ejerza en el marco de actividades económicas que sean objeto, en lo que concierne a dicha misión, de disposiciones legislativas particulares".

Se destaca el carácter de intermediario independiente que tiene el agente, que lo diferencia del representante de comercio, que no la tiene. Por otra parte, no se exige que ese acto o esa operación de comercio recaigan, a su vez, sobre mercancías. El acto u operación de comercio que el agente promueve puede estar dirigido a la circulación de mercancías o, más genéricamente, a la circulación de bienes muebles y aun de servicios.

Se reconoce el 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. También se admite la posibilidad de 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.

Una norma importante es la que prohíbe que el agente se constituya en garante de la cobranza del comprador presentado al empresario, sino hasta el importe de la comisión que se le pudiese haber adelantado o cobrado, en virtud de la operación concluida por el principal.

Se fijan las obligaciones del agente y del empresario. En cuanto a la remuneración, excepto pacto expreso, 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. Se fijan las bases para el cálculo, para el devengamiento de la comisión y gastos.

El plazo y la extinción han sido materia de gran debate.

Se fijan las siguientes reglas: a) excepto pacto en contrario, se entiende que el contrato de agencia se ha celebrado por tiempo indeterminado; b) la continuación de la relación con posterioridad al ven-

cimiento de un contrato de agencia con plazo determinado, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado; c) cuando la duración es indeterminada, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso; d) el plazo del preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato, excepto pacto en contrario; e) la omisión del preaviso da derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el periodo.

También se disponen normas relativas a las demás causales de extinción.

En cuanto a la compensación por clientela, se prevé que 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.

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.

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.

Concesión. 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 empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.

Se regula la exclusividad, las obligaciones del concedente y las del concesionario.

En cuanto al plazo, se dispone que éste no puede ser inferior a cuatro años. Excepcionalmente, si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales suficientes para su desem-

peño, 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.

La rescisión de contratos de concesión por plazo indeterminado ha dado lugar a numerosas controversias y litigiosidad. Se resuelve el tema diciendo que son aplicables las normas relativas a la agencia en cuanto al preaviso y su omisión. 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 periodo de preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago.

Las normas del Capítulo se aplican a los contratos por los que se conceda la venta o comercialización de software o de procedimientos similares y los contratos de distribución, en cuanto sean pertinentes.

Art. 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.

I) Resumen

El Código incorpora, como nominado, al contrato de agencia, una de las clases reconocidas de contratos de distribución. Lo define de la manera en que se lo reconoce en el mundo de los negocios, como el contrato por el cual el agente, quien actúa de manera independiente, se obliga a promover negocios a favor del empresario, a cambio de una remuneración. Se aclara que el agente no es un empleado del empresario, no asume el riesgo de los negocios, no tiene facultades para concluir el negocio promovido y que el contrato debe instrumentarse por escrito.

II) Concordancias

Forma impuesta (art. 285); medios de prueba (art. 1019); prueba de los contratos formales (art. 1020); contratos nominados e innominados (art. 970); remuneración (art. 1486).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La incorporación de la agencia al Código*

Constituye una novedad en la legislación argentina la regulación del contrato de agencia⁵⁰⁸, al que, junto al contrato de concesión y al contrato de franquicia, se lo emplaza como contrato nominado (en los términos del art. 970 del Código). El contrato de agencia se ubica en el Capítulo 17 del Título IV (*Contratos en particular*), del Libro Tercero (*Derechos personales*).

Los contratos de distribución son aquellos mediante los cuales los productores de bienes o servicios delegan a terceros independientes la actividad de colocación en el mercado de sus productos o servicios.

III.2) *El contrato de agencia*

a) *La actividad del agente.*

En el contrato de agencia, una de las partes, el agente, se obliga a promover negocios por cuenta de la otra parte, el preponente o empresario, a cambio de una remuneración.

El contrato no pone en cabeza del agente la obligación de vender los productos o servicios que constituyan los negocios que promoverá,

⁵⁰⁸ Es bibliografía básica e ineludible sobre el tema FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*, Astrea, Buenos Aires, 1993, ps. 394 y ss.; HOCSMAN, Heriberto S., *Contratos modernos de distribución comercial*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 17 y ss.; LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, ps. 504 y ss., y 613 y ss.; MARTORELL, Ernesto E., *Tratado de los contratos de empresa*, 2ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2002, t. III, ps. 549 y ss.; MARZORATI, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 9; DE AGUINIS, Ana María M., *Contrato de agencia comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1991.

sino, precisamente, de impulsar o fomentar la posibilidad de transacciones por parte del empresario. Es un verdadero creador de vínculos entre el productor y el adquirente final de los bienes que ofrece.

b) *La remuneración.*

El Código deja abierta la posibilidad de que la remuneración que reciba el agente quede librada al convenio al que arriben las partes. Sin perjuicio de ello, si no hay pacto expreso, se determina que la remuneración consistirá en una comisión variable según el volumen o el valor de las operaciones promovidas o, en su caso, concluidas por el agente (art. 1486).

Las partes podrán concluir, por ejemplo, convenios sobre remuneraciones fijas, en dinero o bienes, o mixtas (parte fijas y parte variables).

III.3) *Caracteres de la actividad del agente*

a) *Estabilidad.*

La promoción ocasional de negocios de terceros no constituye a esa persona como su agente. Para que se configure la relación en estudio debe existir permanencia, creándose un vínculo que, precisamente por dicho carácter, obliga a las partes a deberes especiales inexistentes en relaciones ocasionales.

b) *Continuidad.*

Es necesaria la prolongación y persistencia en las tareas del agente, lo que no condice con servicios ocasionales, aislados o intermitentes.

c) *Independencia. Inexistencia de relación laboral.*

La especificidad de la relación agente-empresario es que el agente es un empresario autónomo, que no presenta vínculos laborales ni societarios con el preponente.

No existe entre ellos una sociedad, ni una relación de control externo o interno, más allá de que el contrato pueda ser calificado como de estructura asociativa.

La actividad realizada por el agente conlleva en sí misma una organización empresarial, que lo diferencia con quienes actúan en relación de dependencia con el empresario. El deslinde entre agente y

dependiente es dificultoso⁵⁰⁹, y, muchas veces, bajo el pretexto de un contrato entre empresarios autónomos subyace una relación laboral. En caso de fraude a la ley, como dispone el artículo 12, el contrato será sometido obviamente a la norma imperativa que se trata de eludir⁵¹⁰. Lo que el Código remarca es que debe existir autonomía empresarial para que no exista dependencia laboral.

El agente actúa por riesgo propio, corriendo con todos los costos de su organización empresarial y de su gestión de intermediación, obteniendo ganancias sólo en la medida del éxito de su actividad, y no en razón de una retribución estable.

Las limitaciones fundadas en pautas operativas brindadas por el empresario, la inserción relativa en la estructura de su empresa y la eventual existencia de cláusulas especiales que morigeran el riesgo del agente, no desvirtúan la existencia de autonomía subjetiva, en la medida que se verifique la presencia de una organización profesional y empresarial de parte del agente.

d) *Ausencia de asunción de riesgos.*

El agente no asume los riesgos económicos de los negocios que promueve. Si los negocios se frustran o generan responsabilidades por incumplimiento del agente, por ejemplo, sus consecuencias no son asumidas por el agente. El Código ratifica este principio al prohibir que el agente se constituya en garante del incumplimiento de quien contrató con el empresario por su intermediación, sin perjuicio de la pérdida de su comisión (art. 1482).

III.4) *El agente no representa al empresario*

El artículo define que el agente no representa al empresario, principio que desarrolla en el artículo 1485 del Código. Sin perjuicio del desarrollo que realizaremos cuando analicemos esa norma, la carencia de representación significa que el agente no puede concertar el negocio promovido. Se limita a acercar al cliente, pero la conclusión del contrato debe ser realizada por el empresario.

⁵⁰⁹ GOLDIN, Adrián, *El fraude laboral y los contratos afines*, en L. L. 2011-E-1018.

⁵¹⁰ LORENZETTI, ob. cit., t. I, p. 68.

III.5) *El contrato debe instrumentarse por escrito*

El Código se define por exigir formalidad al contrato de agencia, imponiendo su escritura. La formalidad es requerida a los fines probatorios.

La ausencia de escritura hará aplicables las reglas previstas por los artículos 285 (que impone el otorgamiento de la formalidad) y 1019 y 1020 (los que determinan que el contrato podrá probarse por otros medios, si hay imposibilidad de obtener la prueba, si existe principio de prueba instrumental o comienzo de ejecución).

IV) *Significado de la reforma*

El Código nombra al contrato de agencia, fijando sus características configurativas, las posiciones en las que se sitúan las partes y la formalidad necesaria para su instrumentación.

Art. 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.

I) *Resumen*

El agente tiene exclusividad en sus actividades, sea en el ramo de negocios que actúe, sea en una determinada zona geográfica o respecto de un grupo de personas, lo que debe estar convenido en el contrato.

II) *Concordancias*

Relación con otros empresarios (art. 1481); obligaciones del agente (art. 1483); resolución, otras causales (art. 1494).

III) *Interpretación de la norma*

III.1) *Carácter necesario*

El artículo 1480 impone que el contrato de agencia asegure al agente exclusividad para realizar la actividad encomendada. Este re-

quisito le otorga una notable protección, a fin de impedir que el empresario frustré la finalidad económica del contrato al designar otras personas que compitan con el agente.

El Código considera a la exclusividad un elemento tipificante y obligatorio del contrato, cuestión debatida en la doctrina cuando no se encontraba regulado.

La exclusividad puede radicar en que el empresario esté impedido de designar otras personas en el ramo de negocios en el que actúe el agente (delimitación material), en la zona geográfica (exclusividad geográfica) o con determinado grupo de personas (exclusividad personal).

III.2) *Delimitación material*

La exclusividad puede residir en determinar un ámbito de negocios del empresario en el cual sólo el agente puede actuar. Implica que el empresario incursiona en diversos emprendimientos y el agente promueve alguno de ellos con exclusividad.

III.3) *Determinación del ámbito geográfico*

Puede pactarse que la exclusividad se determine en relación con una zona geográfica determinada o con un mercado específico, en el cual el agente promoverá la contratación sobre bienes o servicios del empresario.

III.4) *Delimitación personal*

Otra modalidad de pactar la exclusividad es que el agente podrá promover negocios con un grupo determinado de personas (v. gr., sindicatos, grupos de pertenencia, determinados organismos estatales, colegios profesionales) y ni el empresario, ni otros agentes, podrán ofrecer productos o servicios a dicho grupo.

III.5) *Modalidades*

En el marco de la libertad contractual, y con el piso asegurado al agente, las partes pueden modalizar de diversas formas la exclusividad. El empresario podría hacer reserva de contratar con determinados

clientes o bajo determinadas circunstancias dentro de la zona de exclusividad, sin que ello importe violación indemnizable.

III.6) *Consecuencias de la violación de la exclusividad*

La violación de la exclusividad del agente implica el incumplimiento del contrato por parte del empresario y la obligación de resarcir los daños y perjuicios, que consistirán en la obligación de abonar al agente la retribución pactada sobre negocios realizados en el ramo de negocios, la zona o las personas en los cuales el agente tuviere exclusividad, y en los que no se le hubiera dado intervención.

IV) *Significado de la reforma*

El Código define a la exclusividad a favor del agente como una cláusula natural del contrato, que lo tipifica. Si bien puede pactarse la exclusividad de maneras diversas, e, incluso, modalizarse, la cláusula es necesaria, lo que constituye una fuerte protección para la posición del agente en la relación.

Art. 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 proponentes, sin que éste lo autorice expresamente.

I) *Resumen*

El agente puede promover negocios para varios empresarios. Pero, como contrapartida de la exclusividad que se le reconoce, el Código impone la prohibición de promover iguales negocios para distintos empresarios.

II) *Concordancias*

Obligaciones del agente (art. 1483); resolución (art. 1494).

III) Interpretación de la norma**III.1) Posibilidad de promover negocios para varios preponentes**

El Código permite que el agente promueva negocios de varios preponentes, lo que permite optimizar la estructura empresarial del agente.

III.2) Exclusividad a favor del preponente. Prohibición de realizar actividades en competencia

La agencia de varios empresarios está delimitada por la prohibición al agente de realizar actividades que impliquen competencia entre los diversos preponentes. Se trata de una noción amplia. El artículo 1481 individualiza a una de las actividades que pueden configurar la conducta vedada: aceptar operaciones del mismo ramo de negocios.

III.3) Alcances de la exclusividad

La exclusividad a favor del preponente importa inhibir al agente a promover negocios por cuenta y orden propia o de otros empresarios. A menos que se haya pactado lo contrario, entendemos que esta exclusividad se encuentra acotada a la zona asignada al agente y a bienes o servicios en competencia con los que debe promover para el preponente.

III.4) Carácter de la exclusividad

Antes de la regulación por el Código, la exclusividad relativa a favor del preponente se consideraba una cláusula implícita en el contrato de agencia, fundada en los deberes de lealtad inherentes a la relación de las partes, impregnada de un espíritu colaborativo y de buena fe, que veda al agente actuar de manera competitiva con el preponente, lo que iría en perjuicio de la finalidad común.

El Código le otorga tal carácter, pues la prohibición de competir existe, aunque no se pacte.

III.5) Convención en contrario

El Código prevé que la exclusividad a favor del preponente puede

ser excluida por convención de partes. Se diferencia de la exclusividad a favor del agente, la que es inderogable contractualmente.

IV) Significado de la reforma

El Código permite que el agente promueva negocios de varios empresarios, lo que le permite mejorar la rentabilidad de sus actividades y optimizar su organización empresarial. Sin embargo, le prohíbe realizar actividades que impliquen competencia entre los diversos empresarios de los cuales es agente, o actuar por sí mismo en negocios que debe promover.

Art. 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.

I) Resumen

El Código prohíbe que el agente garantice las operaciones concretadas a través de su actividad. Permite, en cambio, convenir la pérdida de la comisión pactada para el caso de que finalmente la operación no hubiera sido cobrada por el preponente.

II) Concordancias

Definición y forma (art. 1479); obligaciones del empresario (art. 1484); remuneración (art. 1486).

III) Interpretación de la norma**III.1) Prohibición de pactar la garantía de las operaciones**

Las normas del Código tienden a la protección del agente, considerado parte débil del contrato de agencia.

Una consecuencia de esta impronta es la prohibición de pactar que

el agente garantizará la cobranza de la operación llevada a cabo a través de su intervención.

El agente se limita a promocionar los productos y servicios del empresario, no lo representa y, por ende, no concluye ni ejecuta los contratos realizados a través de su actuación (art. 1485). Su interés radica en cobrar su remuneración, que, por lo general, consistirá en una comisión sobre cada operación concretada con su intervención.

A fin de evitar abusos por parte del empresario, se prohíbe la inclusión de cláusulas de garantía de las operaciones por parte del agente.

III.2) *Pérdida de la comisión*

El Código permite que la consecuencia de la frustración del negocio concretado sea la pérdida de la comisión pactada, sea que haya sido anticipada o esté pendiente de cobro. La cláusula que así lo pacte traslada parte del riesgo del negocio al agente, lo que le impondrá una mayor diligencia en la elección de la contraparte del empresario para quien cumple sus tareas.

IV) *Significado de la reforma*

La prohibición de que el agente se constituya en garante de las operaciones concretadas por el empresario con su intervención constituye una previsión tuitiva para el agente. La pérdida de la comisión en caso de frustración del negocio aparece como una consecuencia razonable, y el Código permite pactar en este sentido.

Art. 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.

I) *Resumen*

El artículo 1483 establece las principales obligaciones del agente, sin perjuicio de las que surjan de los deberes generales aplicables a todos los contratos. Las partes pueden convenir otras obligaciones—sin violar las prohibiciones específicas determinadas para el contrato de agencia—.

II) *Concordancias*

Contratos de larga duración (art. 1011); definición y forma (art. 1479); relación con varios empresarios (art. 1481); representación del agente (art. 1485).

III) *Interpretación de la norma*

III.1) *Obligaciones del agente*

El Código determina las principales obligaciones que debe cumplir el agente en el cumplimiento del contrato de agencia. Los regímenes generales de los contratos y las obligaciones generan otras obligaciones, que también deberá cumplir el agente.

Además de estas obligaciones, de carácter legal, las partes pueden pactar otras, en el amplio límite de la libertad contractual y bajo los

límites fijados por el sistema legal y, en especial, las disposiciones limitativas que contiene el régimen del contrato de agencia.

III.2) *Actuación de buena fe y en defensa de los intereses del empresario*

Un aspecto central que se destaca es la colaboración empresaria entre empresario y agente, tendiente a obtener la mayor rentabilidad posible derivada de la concreción de negocios con terceros, lo que genera un plexo de derechos y obligaciones recíprocos.

Este conjunto de derechos y obligaciones debe interpretarse desde la pauta general de buena fe, con un criterio esencialmente colaborativo. No debe olvidarse el particular vínculo que establecen empresario y agente, que actúan en constante colaboración, procurando un resultado (conclusión de negocios) que es beneficioso a ambos. Siendo el contrato de estructura asociativa, está claro que debe ser leído desde la óptica cooperativa, inherente a esta categoría de negocios.

III.3) *Promoción de los actos u operaciones comprendidos en el contrato*

La promoción de negocios relativos a los productos o servicios del empresario constituye la actividad central del agente, constitutiva de una obligación de hacer (arts. 773 y concs. del Código). Este hacer se expresa en una actividad compleja debida por el agente, comprensiva de actos de distinta naturaleza (jurídicos y materiales) que se unifican en función del fin perseguido: la promoción de negocios del empresario.

Los negocios pueden ser de cualquier especie, referirse a cualquier operación comercial e instrumentarse por cualquier contrato con terceros, siendo irrelevante que tengan por objeto bienes o servicios.

III.4) *Obligación de actuar de manera diligente, como un buen hombre de negocios*

El Código impone que el agente actúe con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, estándar de conducta de una aquilata-da tradición en la legislación argentina (art. 59, Ley de Sociedades; art. 1674 para las obligaciones del fiduciario). En el marco de la eco-

nomía de mercado actual, la actividad del agente no puede reducirse *prima facie* a la apertura de un local comercial a fin de que los consumidores se dirijan a consultar acerca de los negocios del empresario; por el contrario, la realización de una publicidad adecuada al producto o servicio puede resultar imprescindible a fin del éxito de la gestión del agente.

La conducta del agente debe apreciarse en concreto y según las pautas del artículo 1724 del Código. En nuestro sistema legal, la apreciación de la diligencia debe realizarse siempre en concreto, en función de las circunstancias del caso y no por comparación con ciertos modelos de conducta más o menos rígidos. Por ello, la evaluación de la diligencia del agente debe realizarse teniendo en cuenta los bienes o servicios que debe colocar, el prestigio del empresario, el mercado en que debe moverse, los usos y costumbres comerciales de la zona en que actúa, etcétera. La obligación que examinamos es de medios, de forma tal que el agente cumple poniendo su mayor diligencia en concreto a fin de obtener la conclusión de negocios; en este sentido, está obligado, según Lorenzetti, "a poner todos los medios disponibles a fin de concertar contratos para el comitente" conforme al "*standard exigible en la actividad y que surge de la costumbre, ajustado a los parámetros concretos del artículo 512 del Código Civil*"⁵¹¹.

Excepcionalmente las partes pueden haber pactado una cláusula de un mínimo de producción, a tenor de la cual el agente incumple el contrato si no logra mediante su gestión una mínima cantidad de negocios concertados. En estos casos, la obligación asumida por el agente es de resultado, y su incumplimiento faculta la resolución del contrato y el deber de resarcir el daño.

III.5) *Cumplir con las instrucciones del empresario*

El contrato de agencia determina la manera en que desarrollará sus tareas el agente, toda vez que el empresario es quien determina las políticas de comercialización de sus productos. El carácter colaborativo de la relación impone una constante interacción y comuni-

⁵¹¹ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., p. 624.

cación entre las partes, a fin de ir adecuando las actividades a las condiciones del mercado en que se desarrolla.

Tratándose de una relación de duración, las modalidades y condiciones en que se desarrollará la función del agente son, en general, cambiantes, por lo que el contrato prevé las facultades del empresario de fijar las maneras en que el agente promoverá los negocios (art. 1011 del Código).

El límite necesario a la facultad del empresario de dar instrucciones y modificar las condiciones de comercialización estará dado por su ejercicio abusivo (art. 10). El empresario no puede frustrar la finalidad económica del contrato a través de la modificación de condiciones de comercialización que malogre los beneficios previsibles para el agente.

III.6) *Deber de información*

a) *Información sobre los negocios que promueve.*

El agente debe informar al empresario todas las circunstancias relativas a los negocios particulares que promueve y a cuestiones generales relativas a la promoción de sus bienes o servicios.

La información vinculada a negocios particulares se justifica en razón de la facultad del empresario de establecer instrucciones, que pueden acotarse o precisarse con relación a una operación individual (v. gr., la concesión de bonificaciones o descuentos, la determinación de pautas de negociación).

b) *Información sobre cuestiones de mercado.*

Pero además resulta exigible al agente la provisión de información más amplia, tendiente a la mejor colocación de sus bienes y servicios en una zona determinada. Así, el agente deberá brindar información sobre cualquier vicisitud del mercado en su zona, señalando potenciales competidores, déficits en la colocación de ciertos productos, requerimientos del mercado, etcétera.

Este deber de información debe ser interpretado con prudencia. La labor central del agente consiste en la promoción de negocios, y no en la realización de investigaciones, pesquisas y estudios de mercado. Por ello, la información que obtiene como producto natural de su actividad, debe transmitírsela lealmente al empresario, pero no se en-

cuenta obligado a trastocar su estructura empresarial para brindarle un asesoramiento en mercadeo, ajeno a su función contractual.

c) *Información sobre solvencia de terceros.*

El Código impone al agente la obligación de informar al empresario sobre la solvencia de los terceros con los que se proponen o concluyen negocios. El agente es quien, en su ramo, zona o grupo de personas, tiene contacto directo con los potenciales clientes del empresario, por lo que es quien mejor está en condiciones de evaluar sus antecedentes económico-financieros. Este deber tiene la clara finalidad de que el empresario no concluya negocios con personas insolventes o que impliquen asumir altos riesgos de cobrabilidad.

d) *Información sobre reclamaciones.*

Se impone al agente el deber de informar, en el menor tiempo posible, sobre las reclamaciones que recibiera de quienes contrataron con el empresario a través suyo, sobre defectos en los productos o servicios.

III.7) *Recibir reclamaciones de terceros*

El Código coloca en cabeza del agente la obligación de recibir reclamos de los terceros con quienes se concluyeron negocios a través suyo, sobre defectos y vicios de calidad o cantidad de bienes vendidos o de los servicios prestados.

Estando el agente en contacto directo con quienes contratan con el empresario, es la vía más idónea y eficaz para recibir los reclamos sobre defectos de los productos o servicios comercializados, petición que debe ser puesta en conocimiento del empresario de manera inmediata a fin de que éste tome las medidas necesarias para remediar el defecto.

III.8) *Llevar contabilidad en forma*

El agente tiene la obligación de llevar contabilidad, en los términos prescriptos por la Sección 7ª, del Capítulo 5 del Libro I del Código.

El Código impone que la contabilidad individualice todas y cada una de las operaciones, de manera independiente para cada empresa por cuya cuenta el agente actúe.

IV) Significado de la reforma

El Código detalla las obligaciones legales que se imponen al agente, sin perjuicio de los demás deberes que, dentro de los límites que fija la normativa, puedan pactar las partes, o las modificaciones razonables que la ley fija.

Art. 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.

I) Resumen

El empresario está obligado a realizar todos los actos necesarios para que el agente pueda cumplir con la tarea de promoción, poniendo a su disposición información para el completo conocimiento de los productos y servicios, de las decisiones sobre los negocios propuestos y su cumplimiento.

II) Concordancias

Principio de buena fe (art. 9°); abuso del derecho (art. 10); remuneración (art. 1486); gastos (art. 1490); preaviso (art. 1492); resolución (art. 1494).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Deber de actuar de buena fe y realizar todas las actividades que permitan la actividad del agente*a) *El criterio de la buena fe.*

Las facultades y obligaciones que conforman el contrato de agencia deben interpretarse desde la pauta general de buena fe, y con un criterio esencialmente colaborativo. Debe recordarse el particular vínculo que establecen empresario y agente, quienes actúan en constante colaboración, procurando un resultado (conclusión de negocios) que es beneficioso a ambos.

Siendo el contrato de estructura asociativa, debe ser leído desde la óptica cooperativa, inherente a esta categoría de negocios.

b) *La colaboración del empresario.*

La óptica cooperativa que impone la particular relación empresario-agente genera deberes implícitos a cargo de las partes. Además de las obligaciones que puedan pactarse en el contrato, o las que la misma ley impone, el Código impone al empresario un deber general e indeterminado, que será particularizado según las circunstancias del caso, de realizar cuantos actos y hechos estén a su alcance para el ejercicio de su actividad por el agente.

Se trata de un deber genérico, comprensivo de todos los actos necesarios para facilitar la actividad promocional, la realización de negociaciones y, aún más, los actos de cumplimiento de los contratos acordados con los consumidores.

III.2) *Deber de información*a) *El deber general de información.*

El Código impone, de manera genérica, la obligación de poner a disposición del agente, de manera adecuada (en tiempo y cantidad), la información sobre tarifas, características de productos y "demás elementos de que se disponga y sean necesarios para el desarrollo de las actividades del agente".

En particular, debe brindarle acabada información acerca de los bienes y servicios cuya contratación debe procurar el agente, y los

términos contractuales en los que se vinculará el consumidor con el empresario en caso de cerrarse la operación.

b) *Obligación de entregar muestras y catálogos.*

En particular, y como consecuencia de dicho deber general de información, el Código obliga al empresario a entregar al agente determinados elementos promocionales –como muestras y catálogos– y de comercialización –listas de precios–, detalle sólo ejemplificativo ante la evidente variedad de situaciones que pueden presentarse en vinculación con cada tipo de productos o servicios.

c) *Deber de informar sobre la aceptación o rechazo de la propuesta.*

Se impone la obligación de informar al agente, dentro del plazo de uso, o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de conocida, sobre la aceptación o el rechazo de la propuesta.

La información sobre la decisión del empresario es nuclear para la actividad del agente, pues la comunicará a quien propuso el negocio y, además, genera el derecho a la comisión, si así se hubiese pactado.

d) *Deber de informar sobre la ejecución del negocio propuesto.*

El Código establece que dentro de los plazos de uso, o en su defecto, dentro de los quince días hábiles de la recepción de la orden de ejecución del contrato, el empresario deberá informar al agente si el negocio se ejecutó, en forma total o parcial, o no se ejecutó.

Debe informarle cualquier circunstancia relativa a la ejecución del contrato que lo vincula con el consumidor, detallando toda vicisitud que pudiera afectar su cumplimiento, teniendo en cuenta que el agente es el nexo natural entre empresario y consumidor.

Esta información es relevante para el agente pues es el encargado de recibir los reclamos de los terceros y, si la remuneración quedara sujeta a la ejecución del contrato, generará el derecho a su cobro.

III.3) *Pago de la remuneración*

El empresario debe pagar al agente sus remuneraciones, conforme la modalidad pactada. Nos referiremos a este aspecto cuando analicemos los artículos 1486 a 1489, que lo regulan detalladamente.

IV) *Significado de la reforma*

El Código detalla las obligaciones legales que se imponen al empresario, presididas por el deber general de colaboración, sin perjuicio de los demás deberes que, dentro de los límites que fija la normativa, puedan pactar las partes, o las modificaciones razonables a los que la ley fija.

Art. 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.

I) *Resumen*

El Código establece que, como principio, el agente no representa al empresario en la conclusión y ejecución de los negocios que promueve. El agente debe tener poder especial para cobrar los créditos originados en dichos negocios y le está prohibido cualquier clase de renuncia, salvo autorización especial y específica.

II) *Concordancias*

Definición y forma (art. 1479); obligaciones del agente (art. 1483); remuneración (art. 1486).

III) *Interpretación de la norma*

III.1) *Ausencia de representación*

El Código establece, como principio, que el agente no tiene repre-

sentación del empresario para concluir los negocios, celebrar los contratos correspondientes y ejecutarlos.

En otras disposiciones se reconoce la posibilidad de incluir una cláusula de representación del empresario por el agente. Así, el artículo 1483, en su inciso a, impone al agente el deber de ocuparse diligentemente “en su caso” de la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron; en el inciso d, la obligación de informar al empresario de los negocios concluidos, y en el inciso e, el deber de recibir reclamaciones sobre defectos de operaciones promovidas, “aunque él no las haya concluido” —previendo esta posibilidad—.

III.2) *Representación para recibir reclamos*

La excepción al principio de ausencia de representación es la facultad y deber del agente de recibir reclamos por defectos de productos y servicios, estatuido por el artículo 1483, inciso e.

III.3) *Poder especial para realizar cobranzas*

Como consecuencia de la falta de representación del empresario, el agente no está facultado para recibir cobranzas vinculadas a los negocios promovidos. Es necesario que el empresario otorgue poder especial para realizarlos.

La norma tiende a evitar abusos por parte del agente en la gestión de los fondos del empresario.

III.4) *Cláusula especial para renunciar. Desistimiento de cobranza*

En protección del empresario el Código impone que, aun cuando el agente tenga facultades para realizar cobranzas, deberá constar en el poder una cláusula especial para realizar cualquier tipo de renunciaciones a los derechos del empresario, que se ejemplifica a través de la prohibición de hacer quitas o esperas, consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos, particulares o concursales.

La cláusula especial, para ser válida, deberá contener el monto detallado de la quita que puede realizar el agente o el plazo adicional de pago que puede conceder. Éstos son los supuestos previstos por el

Código, pero la especialidad de la cláusula alcanza a cualquier dato que implique la renuncia permitida.

El Código prevé expresamente que el agente no puede desistir de la cobranza encomendada, particularizando la prohibición de renunciaciones a los derechos del empresario.

IV) *Significado de la reforma*

El Código determina que, en principio, el agente carece de facultades de representación del empresario para concluir o ejecutar los contratos vinculados a su gestión y para realizar cobranzas.

Si se le encarga la cobranza, deberá otorgársele poder especial, con cláusulas específicas y detalladas para renunciar derechos del empresario.

La norma tiende a una adecuada protección de los derechos del empresario y evitar la posibilidad de abusos por el agente, inherentes a la actividad de intermediación que realiza.

Art. 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.

I) *Resumen*

La remuneración del agente se determina de manera convencional. Si nada se pacta el Código fija como regla de aplicación supletoria que tendrá derecho a cobrar una comisión, variable según volumen o valor de los negocios promovidos o concluidos, conforme a las prácticas del lugar en donde actúa.

II) *Concordancias*

Definición y forma (art. 1479); obligaciones del empresario (art. 1484); base para el cálculo (art. 1487); devengamiento de la comisión (art. 1488).

III) Interpretación de la norma**III.1) Derecho a la remuneración**

La remuneración es la contraprestación obtenida por el agente por su actividad, sin perjuicio de los intereses inmateriales que pueda perseguir mediante la celebración del contrato.

III.2) La remuneración se determina contractualmente

El Código otorga a las partes amplias facultades para determinar cómo se conforma la remuneración del agente.

En la práctica, se han presentado los siguientes sistemas:

- a) *Comisión*: el agente cobra un tanto por ciento del total facturado por operaciones promovidas o, en su caso, concluidas con su intervención. Puede pactarse la realización del cálculo sobre facturación bruta o neta, lo que debería especificarse al contratar, pues los resultados arrojados por ambos métodos de cálculo pueden diferir sustancialmente. En la doctrina se sostiene que, de no mediar convención sobre el punto, debe entenderse que se acordó el cálculo de la comisión sobre facturación neta.
- b) *Sobreprecio o margen de ganancia*: el agente cobra todo o una parte del sobreprecio pagado por el tercero consumidor por encima del precio base fijado por el empresario. Este sistema permite incentivar al agente a obtener la conclusión de negocios por los montos más altos posibles.

En vigencia del código de comercio, se destacaba⁵¹² que no era de aplicación en materia de agencia el artículo 108, inciso 4º de dicho Código, que prohibía a los corredores tener interés en el mayor valor de las operaciones, atendiendo a la neutralidad de esa figura. Hoy dicha obligación se encuentra incluida, implícitamente, en la prohibición dispuesta para el corredor por el artículo 1348 del Código. Si se aplicara esa norma estaría vedada la remuneración por sobrepuestos a favor del agente, pero esta solución no se compadece con la naturaleza unilateral y parciaria de su actividad.

⁵¹² FARINA, ob. cit., p. 408.

- c) *Sistema mixto*: combina los dos anteriores, correspondiendo al agente una comisión y el pago de una parte del sobreprecio obtenido.

III.3) Falta de determinación contractual.

La remuneración consiste en una comisión

Si las partes no hubieran establecido el modo de determinación de la remuneración del agente, se establece que consistirá en una comisión sobre los contratos promovidos con su intervención. Si se le hubiera otorgado representación, la comisión se devengará sobre los negocios concluidos por el agente.

III.4) Cuantía de la comisión

Si no hubiese acuerdo, la cuantía de la comisión se fijará según los usos y prácticas del lugar en donde actúa el agente. La solución del Código era propuesta antes de su vigencia en aplicación analógica del artículo 274 del Código de Comercio.

IV) Significado de la reforma

Para la determinación de la comisión se establece una regla de aplicación en defecto de convención de partes, fijándose como base de cálculo las operaciones concluidas como consecuencia de su actividad y remitiendo a los usos y costumbres del lugar en donde actúa el agente, lo que despeja las dudas que pueden plantearse si las partes nada han convenido sobre el tema.

Art. 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.

I) Resumen

En defecto de convención en contrario, el agente tiene derecho a cobrar la comisión sobre toda operación vinculada a su actividad concluida durante su vigencia y condicionado al cobro por el empresario. Este derecho se extiende a los negocios iniciados durante la vigencia del contrato y concluidos una vez finalizado, sobre los negocios concluidos con clientes que él haya presentado para otro negocio similar y sobre los negocios concluidos por el preponente violando el derecho a exclusividad, material, personal o territorial que se hubiera otorgado al agente.

II) Concordancias

Remuneración (art. 1486); devengamiento de la comisión (art. 1488); remuneración sujeta a ejecución del contrato (art. 1489).

III) Interpretación de la norma

III.1) La base para el cálculo se determina por contrato

El principio es que la base para el cálculo de la remuneración que tendrá derecho a cobrar el agente será la que se determine en el contrato de agencia. Generalmente será un porcentaje sobre los montos facturados por los negocios en los que intervino (comisión), luego de impuestos directos, y su cobro queda condicionado al pago por parte del cliente.

III.2) Derechos inderogables del agente

a) *El agente cobra sobre todas las operaciones concluidas con su intervención.*

El Código asegura al agente que, cualquiera sea la forma de re-

muneración pactada, tendrá derecho a su cobro sobre las operaciones concluidas (por el empresario o, en su caso, por el agente) con su intervención durante la vigencia del contrato. Pero condiciona su cobro a la cobranza efectiva por parte del empresario.

b) *Operaciones concluidas luego de la finalización del contrato.*

El agente también tiene derecho a remuneración sobre las operaciones iniciadas durante la vigencia de su contrato, y concluidas luego de su finalización.

c) *Operaciones análogas a las presentadas por el agente durante la vigencia del contrato.*

También se garantiza al agente derecho a remuneración cuando el empresario realiza negocios análogos a los presentados por el agente durante la vigencia del contrato, pero concluidos después. Se persigue que el empresario no aproveche el posicionamiento realizado por el agente sin una retribución recíproca.

No hay derecho a remuneración si otro agente tiene derecho a que se le retribuya por dicho negocio.

d) *Violación al derecho a exclusividad del agente. Derecho a remuneración.*

Consecuencia natural de la exclusividad concedida al agente sobre determinados ramos de negocios, sobre grupos de personas precisos o en determinada plaza, cualquier operación concluida por el empresario en estos ámbitos constituirá base para el cálculo de la remuneración.

El principio no se aplica si en el contrato el empresario se reservó el derecho de concluir contratos por sí mismo sobre determinados negocios comprendidos en el ramo en el que actúa el agente, o con ciertas personas incluidas en el ámbito de personas con quienes debe actuar el agente. El pacto que así lo prevea, debe ser especial y expreso.

IV) Significado de la reforma

El Código otorga a las partes la posibilidad de pactar la remuneración del agente de acuerdo a sus respectivos intereses. Sin embargo, asegura el derecho a remuneración sobre todas las operaciones con-

cluidas o que sean producto de su actividad, lo que otorga un adecuado margen de garantía a los beneficios esperados por el agente.

Art. 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).

I) Resumen

Si la remuneración se establece como comisión, ésta se devenga cuando se concluye el contrato y se paga el precio al empresario, y debe abonarse en un plazo de veinte días hábiles desde el cobro, total o parcial, del precio por el empresario.

Los negocios propuestos por el agente se presumen aceptados si no existe rechazo del empresario dentro del plazo de quince días de conocida la propuesta.

II) Concordancias

Remuneración (art. 1486); base para el cálculo (art. 1487); remuneración sujeta a ejecución del contrato (art. 1489).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El devengamiento de la comisión*

a) *Las posiciones antes de la reforma.*

En el derecho comparado y en la doctrina nacional se fijaron dos posiciones sobre el tema: o la comisión se debe desde que se celebra

el negocio promovido, sea por el empresario, sea por el propio agente si tiene representación, o se devenga cuando el contrato se ejecuta.

En esta segunda posibilidad se alude a la existencia de "buen fin" o "ejecución regular", haciendo referencia a la ejecución del contrato por el tercero, constituyéndose en una condición de cobro de parte del agente, aunque bajo esta denominación podría aludirse exclusivamente al cumplimiento íntegro y espontáneo del tercero o alcanzar también el obtenido previa resolución judicial. En todo caso, la consecuencia de adoptar este sistema condicionaba la comisión o sobreprecio al efectivo cumplimiento del contrato por el tercero, siendo que su mera celebración no daba derecho a remuneración, si luego no se cumple. Todo contrato celebrado y no cumplido sería considerado un "negocio frustrado", y la retribución del agente sería aleatoria, dependiendo de la ejecución.

b) *El sistema del Código: la comisión queda sujeta a la conclusión y cobro.*

El Código se pronuncia por la segunda posición referida y concluye que el agente sólo tiene derecho a comisión si el negocio se concluye y se cobra. La propuesta de negocios no genera derecho a comisión, salvo pacto en contrario.

c) *Comisión total o parcial.*

Si las partes nada han pactado, el agente tendrá derecho al cobro de comisión parcial, en caso de ejecución parcial del contrato, pues el artículo menciona que se debe abonar la comisión dentro de un plazo que se cuenta a partir del "pago total o parcial del precio".

III.2) *Plazo de pago de la comisión devengada*

Si no hubiese pacto en contrario, la comisión debe ser abonada dentro del plazo de veinte días hábiles a partir del pago, total o parcial, del precio al empresario.

III.3) *Plazo para la aceptación de la propuesta*

El artículo establece que si el empresario no rechaza la propuesta de negocio comunicada por el agente dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles, se presume aceptada

a los fines del devengamiento de la comisión, en los términos establecidos por la norma.

IV) Significado de la reforma

El Código determina reglas para precisar cuándo se produce el devengamiento de la comisión y su pago, y cuándo se considera aceptada la propuesta a estos fines, aplicables en defecto de convención.

Art. 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.

I) Resumen

Se establece la validez de la cláusula expresa que condiciona el cobro de la remuneración a la ejecución del contrato.

II) Concordancias

Remuneración (art. 1486); devengamiento de la comisión (art. 1488); base para el cálculo (art. 1487).

III) Interpretación de la norma

El devengamiento de la comisión queda sujeto, en principio y salvo pacto en contrario, al cobro por el empresario del precio convenido con el tercero contratante (arts. 1487 y 1488 del Código).

El artículo 1489 establece que la cláusula que condiciona el pago de la remuneración, cualquiera sea su modalidad, a la ejecución del contrato, es válida y debe ser expresa.

La cláusula puede subordinar el pago, total o parcialmente, al pago del precio por parte del tercero (lo que la ley presume), o a cualquier otra prestación que debiera cumplir el tercero contratante. En este último caso, la ley no presume la condicionalidad del pago de la remuneración y exige cláusula expresa.

IV) Significado de la reforma

Se aclara que las cláusulas que subordinan el pago de la remuneración al cumplimiento de prestaciones a cargo del tercero son válidas. Si se trata del pago del precio, el Código la presume, pero si se refiere a otras prestaciones por parte del tercero, debe ser expresa.

Art. 1490 *Gastos.* Excepto pacto en contrario, el agente no tiene derecho al reembolso de gastos que le origine el ejercicio de su actividad.

I) Resumen

Los gastos generados por la actividad del agente son a su cargo, salvo pacto en contrario.

II) Concordancias

Definición y forma (art. 1479); obligaciones del agente (art. 1483).

III) Interpretación de la norma

Considerando el carácter autónomo del agente, el Código establece que todos los costos relativos a la manutención de la empresa promotora, tanto los generales (gastos de empresa) como los particulares de algún negocio en especial, se encuentran a su exclusivo cargo, no pudiendo repetirse del empresario, salvo expreso pacto en contrario.

IV) Significado de la reforma

Se puntualiza que los gastos por la actividad del agente están a su cargo, salvo pacto en contrario.

Art. 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.

I) Resumen

El contrato de agencia es considerado como de plazo indeterminado, salvo que se fije un término de duración. Si se hubiese pactado a plazo, la continuación de la relación luego de vencido dicho plazo convierte al contrato como de plazo indeterminado.

II) Concordancias

Extinción por declaración de una de las partes (art. 1077); disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes (art. 1078); operatividad de los efectos de la extinción por declaración de una de las partes (art. 1079); restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes (art. 1080); reparación del daño (art. 1082).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El contrato de agencia es de plazo indeterminado, salvo pacto en contrario*

El Código establece que, en principio, y salvo pacto en contrario, el contrato es por tiempo indeterminado. Ello, sin perjuicio del derecho de rescisión unilateral que otorga el artículo 1492 a cualquiera de las partes.

La ausencia de fijación de un plazo por las partes demuestra la intención de concluir una relación de larga duración, atenta a la naturaleza misma de la actividad que desarrolla el agente.

III.2) *Contrato con plazo determinado. Continuación de la relación*

Si el contrato es de plazo determinado, cuando vence deberá estarse a lo convenido a fin de determinar la posibilidad de acordar prórrogas automáticas. No habiendo previsión contractual y en ausencia de una

declaración expresa de conclusión por parte de cualquiera de las partes, no existe tácita reconducción por un término análogo al contrato principal, sino continuación "de hecho", pudiendo en cualquier momento una u otra parte declarar la extinción contractual por decisión unilateral.

III.3) *No se determina un plazo mínimo de duración*

A diferencia de lo dispuesto en los contratos de concesión (art. 1506) y franquicia (art. 1512), el Código no fija un plazo mínimo de duración del contrato de agencia.

El artículo 1011 da una pauta clara de interpretación para la determinación del plazo mínimo exigible: "En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que los indujo a contratar". De modo que, un plazo determinado muy corto, que frustre los efectos económicos habituales de acuerdo a las circunstancias del caso (por ejemplo de acuerdo a las inversiones realizadas por el agente), podría declararse inconsistente con la norma.

IV) Significado de la reforma

El Código considera al contrato de agencia como de plazo indeterminado, salvo pacto en contrario. Aclara que no hay tácita reconducción cuando la relación continúa luego de vencido el plazo, sino que el contrato se considera como de plazo indeterminado, con posibilidad de rescisión unilateral por cualquiera de las partes.

Art. 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.

I) Resumen

La facultad de rescindir unilateralmente el contrato por cualquiera de las partes en los contratos con plazo indeterminado implica el deber de preavisar la decisión a la contraparte. Se fija un plazo mínimo de preaviso de un mes por cada año de vigencia del contrato, salvo pacto en contrario.

II) Concordancias

Extinción por declaración de una de las partes (art. 1077); disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes (art. 1078); operatividad de los efectos de la extinción por declaración de una de las partes (art. 1079); restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes (art. 1080); reparación del daño (art. 1082); plazo (art. 1491).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Facultad de rescisión unilateral*

El Código otorga la facultad de rescisión unilateral a cualquiera de las partes en los contratos con plazo indeterminado, o que se hubiesen convertido en tales por continuación de la relación vencido el plazo de duración fijado.

La facultad es natural en los contratos de larga duración y estructurados a partir de la colaboración continua y fluida entre las partes.

Durante mucho tiempo se discutió si esta facultad se debía considerar implícita en los contratos con plazos indeterminados. El Código la reconoce ahora, en general, en el artículo 1077 y en particular en el contrato de agencia.

III.2) *Preaviso*

Para rescindir unilateralmente el contrato, sin consecuencias resarcitorias, la parte rescindente debe comunicar su decisión dentro de un plazo de anticipación (preaviso), que la ley fija en un mes por cada año de vigencia del contrato. En los contratos de duración limitada por un plazo, y relación continuada luego del plazo, a los fines del preaviso se considera la totalidad del tiempo durante el cual duró la relación.

III.3) *Oportunidad para la realización del preaviso*

El Código determina que la finalización del plazo fijado en el preaviso para la conclusión del contrato por decisión unilateral debe operar el último día del mes calendario correspondiente. Por ejemplo, si se dio un plazo de preaviso de tres meses, el contrato se extinguirá el último día del tercer mes, aunque no coincida con el día en que se cumplan los tres meses comunicados.

III.4) *Plazo de preaviso. Cláusula expresa de preaviso*

Se determina un plazo de preaviso de un mes por cada año de vigencia del contrato, sin límites máximos, a diferencia de la solución plasmada en el artículo 1522 para el contrato de franquicia, en el cual se fija que quien rescinde tiene el deber de otorgar un plazo máximo de seis meses, cualquiera haya sido el plazo de duración del contrato.

El plazo mínimo de preaviso fijado puede ser ampliado por cláusula expresa.

IV) Significado de la reforma

El artículo consolida la posición que, por vía jurisprudencial, determina la necesidad de preavisar la decisión de rescisión unilateral por las partes. Establece el plazo mínimo de preaviso, su modo de cómputo y la posibilidad de ampliación por cláusula contractual.

Art. 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.

I) Resumen

La omisión de preaviso, en los términos legales o contractuales, determina la obligación del pago de la indemnización por falta de preaviso.

II) Concordancias

Extinción por declaración de una de las partes (art. 1077); disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes (art. 1078); operatividad de los efectos de la extinción por declaración de una de las partes (art. 1079); restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes (art. 1080); reparación del daño (art. 1082); plazo (art. 1491); preaviso (art. 1492).

III) Interpretación de la norma**III.1) *La omisión de preaviso no obsta a la rescisión del contrato***

La decisión de rescisión unilateral debe ser comunicada con la antelación de un mes por cada año de duración del contrato, o el plazo mayor que se hubiere pactado.

La falta de preaviso no obsta a la plena validez de la rescisión unilateral, por lo que si se comunica una decisión rescisoria sin plazo, o con un plazo menor al que corresponda, el contrato se extingue desde el momento en que se determine en la comunicación.

La omisión de preaviso generará el derecho indemnizatorio a favor de la contraparte.

III.2) *Deber resarcitorio*

Quien rescindió unilateralmente el contrato sin realizar preaviso, u otorgándolo por un plazo menor al correspondiente, debe indemnizar los daños ocasionados por su incumplimiento.

El Código establece que la indemnización consistirá en el pago de todas las ganancias dejadas de percibir por el contratante rescin-

dido durante el período en el cual debió continuar la relación si se hubiese realizado el preaviso.

IV) Significado de la reforma

El Código establece las consecuencias de la falta de preaviso y delimita los daños indemnizables.

Art. 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.

I) Resumen

El Código establece las causales por las cuales se producirá la extinción del contrato de agencia, sin perjuicio de otras que pudieren pactarse contractualmente o surjan de otras disposiciones normativas. Hay causales que operan de pleno derecho, como la muerte de la persona humana o disolución de la persona jurídica y el vencimiento del plazo, y otras que deberán ser alegadas por la parte que pretende la extinción, como el incumplimiento de las obligaciones.

II) Concordancias

Obligaciones del agente (art. 1483); obligaciones del empresario (art. 1484).

III) Interpretación de la norma

III.1) Extinción del contrato de agencia

El contrato de agencia se extingue por causales que operan de pleno derecho, como la muerte de la persona humana, o la disolución de la persona jurídica, y por otras en las que es necesaria la declaración extintora por quien la alega (incumplimiento de obligaciones), según lo dispuesto y con los alcances fijados en el artículo 1495.

III.2) Muerte o incapacidad de la persona humana

a) Muerte o incapacidad del agente.

Antes de la vigencia del Código, para el caso de muerte o incapacidad del agente se sostenía la posibilidad de continuación del contrato por los herederos o representantes del agente, si éstos aseguraran una adecuada prestación de los servicios comprometidos. Desde esta óptica, se postulaba la continuidad *de iure* del contrato (excepto acuerdo en contrario), pero se acordaba al empresario la facultad de resolverlo, demostrando que los sucesores del agente no continuaban la empresa en los mismos términos del causante.

El Código no receptó estas ideas, sino que declara que la muerte o incapacidad del agente produce la "resolución" del contrato de agencia. Se ha tenido en cuenta que el contrato se celebra atendiendo a las cualidades específicas del agente, por lo que el empresario se encuentra plenamente facultado a no continuar la relación con sus sucesores o representantes, sin necesidad de invocar y probar la incapacidad de éstos para conducir el negocio⁵¹³.

Este principio puede ser derogado por voluntad del empresario, quien puede también aceptar la continuidad del contrato con los sucesores, sea de manera expresa o tácita. Esta segunda alternativa tendría lugar en caso de que el empresario, informado de la muerte del agente, no se oponga a la continuación del contrato por sus sucesores y, aún más, realice actos que importen ratificar la continuación del vínculo. Esta manifestación de voluntad, leída desde la óptica de la teoría de los actos propios, tornaría inválida una ulterior manifestación del em-

⁵¹³ En el sentido del texto se pronunciaba FARINA, ob. cit., p. 425.

presario por la que luego de haber aceptado la continuación del vínculo, pretenda la extinción del contrato retrotrayéndose a la muerte del agente originario.

b) Muerte e incapacidad del empresario.

Antes de la sanción del Código se discutía si la muerte de la persona humana preponente generaba la conclusión del contrato de agencia. Por la continuidad, se decía que no pareciera haber razones para alterar el principio general de continuidad del contrato y transmisión a los herederos (art. 1195 del código derogado); en este sentido Farina entendía aplicables analógicamente los artículos 140 (continuidad de la locación de obra pese a la muerte del locatario) y 144 del Código de Comercio derogado (continuidad de la personería del factor pese a la muerte del propietario)⁵¹⁴.

El Código no establece la extinción del contrato por muerte del empresario, por lo que, en principio, no se produce. Lo que nos parece relevante es la continuidad de la empresa, con independencia de su titular subjetivo. Si la empresa continúa, el contrato también lo hará, siendo las prestaciones a cargo del empresario, en principio, fungibles.

Esto podría modificarse en caso que la conducción de la empresa se realice de un modo tal que genere perjuicios al agente, y éste opte por poner fin al vínculo. Pero en tal caso, la extinción del contrato no obedecerá a la muerte sino a la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones a cargo del empresario, cuyos extremos deberán ser alegados y probados por el agente.

III.3) Disolución de la persona jurídica

a) La disolución de la persona jurídica genera la extinción del contrato de agencia.

El Código dispone que la disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, cualquiera sea su posición, extingue el contrato de agencia. La disolución de la persona jurídica provoca el cese de su actividad, por lo que se torna imposible la continuidad del contrato. La extinción por fusión o absorción no produce la resolución.

⁵¹⁴ FARINA, ob. y lug. cit.

b) *Disolución de la persona jurídica preponente.*

La extinción por disolución de la persona jurídica preponente proyecta dos efectos sobre la actividad del agente. Se le deberán abonar los trabajos realizados en forma proporcional al estado de concreción (comisión proporcional) y tendrá derecho a que se le reparen los daños causados por la ruptura del vínculo en el caso de contratos por tiempo determinado, excepto que se demostrare que la disolución obedece a un caso fortuito. No gozará de estos derechos indemnizatorios en caso de contratos por tiempo indeterminado, excepto que el agente probare que la disolución fue practicada como medio de burlar legítimos derechos por él adquiridos.

c) *Disolución de la persona jurídica agente.*

Antes de la sanción del Código, se discrepaba acerca de la extinción del contrato, admitiendo parte de la doctrina la continuidad contractual durante un cierto lapso del proceso liquidativo en que la sociedad puede continuar su actividad comercial.

El Código, ahora, es expreso en la solución extintiva por causa de disolución de la persona jurídica agente.

III.4) *Quiebra de las partes*

El pedido de concurso preventivo de cualquiera de las partes no provoca la extinción del contrato de agencia, sin perjuicio de la aplicación de las normas concursales correspondientes.

El Código establece, en el inciso c, del artículo en comentario, que la quiebra de cualquiera de las partes produce la extinción.

III.5) *Vencimiento del plazo*

El vencimiento del plazo determinado pactado produce la extinción del contrato, siempre que no exista continuación de la relación y el contrato se transforme en uno de plazo indeterminado, en los términos previstos por el artículo 1491 del Código.

III.6) *Incumplimiento de las obligaciones*a) *Resolución por incumplimiento.*

Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por incumpli-

miento, en los términos generales previstos en el Capítulo 13 (*Extinción, modificación y adecuación del contrato*) del Título II, Libro Tercero, especialmente en los artículos 1083 a 1088 del Código.

b) *Pautas especiales fijadas por el artículo para la procedencia de la resolución por incumplimiento.*

El Código establece que no cualquier incumplimiento de las partes genera el derecho resolutorio de la otra parte. Determina que el incumplimiento debe ser:

- (i) Grave y reiterado. La gravedad refiere a que el incumplimiento obligacional debe ser importante y trascendental para la continuidad de la relación contractual;
- (ii) debe demostrar, de manera razonable, la imposibilidad o la intención del incumplidor de cumplir con sus obligaciones.

Las pautas constituyen una aplicación específica del criterio general establecido en el artículo 1084 (ver t. VI, p. 197) el que considera que a los fines de la resolución el incumplimiento debe ser esencial, considerando hechos demostrativos de tal esencialidad cuando el cumplimiento estricto es fundamental en el contexto contractual –inciso a–, cuando el plazo de cumplimiento es esencial –inciso b–; cuando el incumplimiento priva a la otra parte de los beneficios sustanciales esperables –inciso c–; cuando el incumplimiento es intencional –inciso d–, o cuando el deudor manifestó su intención de no cumplir –inciso e–.

c) *Disminución significativa del volumen de negocios del agente.*

El Código menciona a la disminución importante del volumen de negocios como un supuesto particular de incumplimiento a los fines de la resolución. Su referencia en un acápite apartado se funda en que la resolución por esta causal opera por un procedimiento distinto al aplicable ante cualquier otra clase de incumplimiento contractual.

La disminución del volumen de negocios debe ser importante (el Código la califica como significativa), resaltando, otra vez, que no cualquier disminución de producción por parte del agente habilitará la resolución del contrato por el empresario.

Para determinar cuándo se ha producido dicha disminución, habrá que estar al volumen de negocios previsto en el contrato, o, en su

defecto, a los volúmenes que venía comercializando el agente al momento de la voluntad decisoria del empresario.

d) *Otras causales.*

Sin perjuicio de las causales específicas detalladas en este artículo, el contrato de agencia se extinguirá por:

- (i) *Edad, invalidez o enfermedad del agente.* El artículo 1498 prevé, además, que la edad, invalidez o enfermedad del agente generan el derecho de extinguir el contrato, cuando estas circunstancias impiden la continuidad de sus actividades, bajo parámetros razonables de interpretación.

La decisión extintora por esta causal puede ser ejercida por cualquiera de las partes.

- (ii) *Imposibilidad de cumplimiento.* La imposibilidad de cumplimiento se rige por las pautas de los hechos que liberan de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730) y la imposibilidad de pago (art. 995). De ordinario, la imposibilidad de cumplimiento no podrá adjudicarse a la pérdida material de la prestación objeto del contrato, atento a la naturaleza de la relación y la complejidad prestacional del vínculo.

- (iii) *Acuerdo de partes.* El distracto voluntario y bilateral puede utilizarse en cualquier momento, aun existiendo plazos pendientes (art. 1076). En este caso, las partes no se deben indemnizaciones, aunque pueden convenirse compensaciones de algún tipo. Este mecanismo puede ser útil cuando ambas partes han reparado en la inconveniencia del contrato celebrado, y prefieren acordar una salida "limpia", sin efectos perjudiciales ni consecuencias resarcitorias.

- (iv) *Frustración del contrato por alteración de las bases del contrato.* Esta circunstancia, prevista en general en el artículo 1090 del Código, acontece cuando el contexto económico en que el contrato debe cumplirse se ve sustancialmente alterado, y ello incide en la ecuación económica del contrato, que pierde el equilibrio en ostensible perjuicio de alguna de las partes.

Pueden existir derechos de salida del contrato, expresamente convenidos, habitualmente ligados a una previsión de revisión convencional o renegociación. Si del proceso de renegociación no se llega a una adecuada recomposición de la ecuación económica del contrato, puede preverse una rescisión por frustración, como la que comentamos.

IV) Significado de la reforma

El Código determina las causales específicas de extinción del contrato de agencia, detallando sus requisitos, sin perjuicio de la aplicación de las causales generales de extinción del contrato, aplicables al caso.

Art. 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.

D) Resumen

Las diferentes causales de extinción operan de manera diferente, según cómo se presentan los hechos que las constituyen. Si se trata de la muerte o incapacidad del agente, la disolución de la persona jurídica, la quiebra de alguna de las partes o el vencimiento del plazo, el acaecimiento del hecho provoca la extinción; en casos de incumplimiento de las obligaciones, la parte cumplidora deberá expresar su voluntad

de concluir la relación. En el supuesto especial de disminución significativa del volumen de negocios, el agente tendrá derecho a preaviso.

II) Concordancias

Plazo (art. 1491); preaviso (art. 1492); resolución, otras causales (art. 1494).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Maneras en que opera la extinción del contrato*

Se establecen los modos en que operan las distintas causales de extinción del contrato, según cómo se presentan los hechos que las constituyen.

III.2) *Extinción de pleno derecho*

La muerte o incapacidad del agente, la disolución de la persona jurídica (cualquiera sea la posición contractual que ocupe), la quiebra de alguna de las partes y el vencimiento del plazo determinado de duración provocan la extinción del contrato de pleno derecho. No es necesaria voluntad declarativa alguna de partes.

III.3) *Extinción por incumplimiento de las obligaciones*

Si la causal es el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones legales o pactadas, que pongan en duda la posibilidad o la intención de cumplir, la parte cumplidora podrá resolver el contrato.

Si existe una cláusula resolutoria expresa, la resolución tiene efectos a partir de que la parte cumplidora comunica su decisión resolutoria (art. 1086).

Si la resolución se funda en la facultad implícita en todo contrato (art. 1088), con las adecuaciones propias de la causal regulada en este capítulo, la parte cumplidora deberá intimar por un plazo no menor a quince días, excepto que de los usos o de la índole de la prestación resulte la procedencia de uno menor.

III.4) *Extinción por disminución significativa del volumen de negocios del agente*

Si se alega una disminución significativa de negocios del agente, el empresario deberá otorgar un preaviso al agente, de un mes por cada año de vigencia del contrato, en los términos previstos por el artículo 1492 del Código.

El plazo de preaviso disminuye a un máximo de dos meses, cuando el agente disminuye su nivel de venta durante dos ejercicios consecutivos, cualquiera sea la duración que haya tenido el contrato.

IV) Significado de la reforma

Se dilucidan las distintas maneras en que operará la extinción del contrato de agencia, de pleno derecho o mediando la voluntad extintiva de alguna de las partes, fijándose un régimen especial de preaviso en el supuesto de que la extinción se decida por la disminución significativa del volumen de negocios promovidos o, en su caso, concluidos por el agente.

Art. 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.

I) Resumen

La fusión o escisión de la persona jurídica preponente provoca la extinción del contrato de agencia si genera perjuicios al agente. En este caso el preponente debe pagar indemnización por clientela y por preaviso, si se presentan los presupuestos para que proceda el pago.

II) Concordancias

Resolución (art. 1494); preaviso (art. 1492); compensación por clientela (art. 1497).

III) Interpretación de la norma**III.1) *El principio. La fusión o escisión no provoca la extinción del contrato***

El artículo 1494 dispone que la disolución de la persona jurídica que haya celebrado el contrato, como preponente o como agente, no produce la resolución del contrato cuando la disolución ocurre por fusión o escisión. Es la consecuencia natural de que las sociedades fusionantes o escindentes adquieren todos los derechos y asumen todas las obligaciones de las fusionadas o escindidas.

III.2) *La excepción. Fusión o escisión de la sociedad preponente*

El artículo 1496 dispone que el contrato se resuelva cuando la fusión o escisión de la sociedad preponente causa un grave perjuicio al agente. La ley describe a este perjuicio como "detrimento sustancial en la posición del agente", calificando a la situación como grave e importante.

III.3) *Derecho indemnizatorio del agente*

Si el agente puede invocar y probar el detrimento calificado que causa la fusión o escisión de la sociedad preponente, tendrá derecho a compensación por clientela (en los términos y bajo los presupuestos del art. 1497), e indemnización por preaviso (de acuerdo a lo normado en el art. 1492).

Esta compensación e indemnización no obstan a las demás que pudieren corresponder, aplicando los principios generales de la responsabilidad civil por incumplimiento.

IV) Significado de la reforma

El artículo establece una solución particular cuando la sociedad preponente se fusiona o escinde y esta circunstancia provoca perjuicios al agente, otorgándole la posibilidad de reclamar compensaciones e indemnizaciones y pronunciándose especialmente sobre el derecho de recibir compensación por clientela e indemnización por preaviso.

Art. 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.

I) Resumen

El Código establece que, cuando se extingue el contrato, el agente tiene derecho a una indemnización por clientela, si prueba que su actividad incrementó significativamente el giro de negocios del empresario y que este incremento le seguirá produciendo ventajas. La compensación máxima por esta causa es el equivalente a un año de remuneraciones, según el promedio de las recibidas durante los últimos cinco años o el período menor, si el contrato tiene un plazo menor de vigencia. La compensación es independiente de cualquier otra indemnización que pudiese corresponder.

II) Concordancias

Fusión y escisión (art. 1496); compensación por clientela, excepciones (art. 1498).

III) Interpretación de la norma**III.1) *La generación de clientela***

Un rasgo característico del contrato de agencia es que el empre-

sario busca ampliar su clientela a través de la actividad del agente, quien promueve sus negocios.

Si la labor del agente es eficiente, los productos o servicios del empresario se verán mejor posicionados en el mercado y se ampliarán los volúmenes negociados.

La cuestión es determinar a quién pertenece esa clientela. Al empresario, quien coloca los productos o servicios, o al agente, quien la crea o amplía.

III.2) *El derecho a compensación por clientela a favor del agente*

a) *Cláusula contractual que fija el derecho a clientela.*

Las partes pueden pactar que el agente tenga derecho a la compensación por la clientela creada o aumentada a partir de su actuación. Las cláusulas fijarán las condiciones bajo las cuales el agente tendrá derecho a esta compensación.

b) *El derecho legal a compensación por clientela.*

En defecto de convención, el Código otorga al agente el derecho de percibir una compensación por la clientela generada o, en su caso, aumentada, por la actividad realizada durante la vigencia del contrato. Determina dos condiciones para que el derecho a compensación se genere.

c) *Primera condición: incremento significativo del giro de operaciones del empresario causado por la actividad del agente.*

El agente deberá probar que el giro de operaciones del empresario, en el ámbito territorial, de personas o de negocios en el que actuó, se ha incrementado de manera significativa durante la vigencia del contrato. Esta circunstancia surgirá de la comparación entre el volumen de negocios al comienzo de la relación y la existente al final.

El incremento deberá estar causado por la actividad del agente, y no por razones externas a su actividad (por ejemplo, por una demanda extraordinaria de productos derivada de una situación excepcional en el ámbito en el que el agente actúa).

d) *Segunda condición: continuidad de las ventajas en el futuro.*

El derecho a la compensación por clientela surgirá, además, si dicho incremento de volumen de negocios puede continuar, razona-

blemente, en el futuro. Esto es, si la conclusión del contrato de agencia producirá que la clientela creada por el agente abandone el consumo de productos o servicios promovidos, porque, por ejemplo, existe una relación íntima con el agente, éste no tendrá derecho a compensación por clientela.

III.3) *Muerte del agente*

Si el contrato se extingue por muerte del agente, sus herederos tienen derecho a la compensación por clientela.

III.4) *Cuantía de la compensación. Base para el cálculo*

Se establece que el agente (o sus herederos) tendrá derecho a cobrar una compensación equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos. Esto significa que se deben considerar las ganancias que obtuvo el agente durante un año.

Para calcular la compensación se deben promediar los últimos cinco años de remuneraciones, o el período menor de duración del contrato.

III.5) *Derecho a otras indemnizaciones*

El cobro de la compensación por clientela no exime del pago por parte del empresario de las demás indemnizaciones que correspondan por la extinción del contrato (por ejemplo, por omisión de preaviso, o incumplimiento imputable al empresario).

IV) *Significado de la reforma*

El Código se pronuncia por el derecho del agente a cobrar compensación por clientela al extinguirse el contrato, bajo ciertas condiciones. La decisión es trascendente en la relación empresario-agente.

Art. 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.

I) Resumen

El derecho a compensación por clientela cesa si el contrato se extingue por incumplimiento del agente, por decisión del agente, no causada por incumplimiento del empresario, o por edad, invalidez o enfermedad del agente que impidan la continuidad de la relación.

II) Concordancias

Resolución (art. 1494); compensación por clientela (art. 1497).

III) Interpretación de la norma

El Código determina los supuestos en que el agente pierde el derecho a la compensación por clientela, a saber:

III.1) *Extinción por incumplimiento del agente*

No existe derecho a compensación por clientela si el empresario dispone la resolución del contrato por incumplimiento grave y reiterado del agente, que ponga en duda la posibilidad o intención del incumplidor de cumplir con sus obligaciones, o por disminución significativa del volumen de negocios del agente (art. 1494, incs. e, y f).

III.2) *Extinción por decisión incausada del agente*

Tampoco existe derecho a compensación por clientela si el agente extingue el contrato por su propia decisión, y ella no está causada en el incumplimiento calificado del empresario (en los términos del art. 1494, inc. e). Es el caso en que el contrato prevea la facultad rescisoria unilateral o el agente utilice el derecho que el Código le concede en el artículo 1492, primer párrafo.

III.3) *Extinción por edad, invalidez o enfermedad del agente*

Si cualquiera de las partes extingue el contrato alegando la edad, invalidez o enfermedad del agente que impidan la continuidad de la relación, cesa el derecho a la compensación por clientela.

IV) Significado de la reforma

Se especifican los supuestos en que cesa la compensación por clientela.

Art. 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.

I) Resumen

Se admite la validez de la cláusula de no competencia del agente para el período posterior a la finalización del contrato, en casos que éste tenga exclusividad. El pacto de no competencia no puede exceder de un año y sólo se admite si se refiere al ámbito en el que actuó el agente.

II) Concordancias

Exclusividad (art. 1480); obligaciones del agente (art. 1482).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Cláusula de no competencia*

El agente actúa en los ámbitos de negocios, de personas o de productos que se determinen en el contrato. El Código presume el derecho a la exclusividad en dichos ámbitos.

Dicho derecho genera para el empresario el riesgo de que, concluido el contrato, el agente comprometa su actividad a favor de un competidor y, con ello, pierda la clientela.

Es habitual, y el Código así lo admite, que se pacte una cláusula por la cual se prohíba al agente realizar actividades en competencia con el empresario, en los ámbitos en los que actuó durante la vigencia del contrato, con sanciones en caso de incumplimiento. La cláusula puede prever la prohibición de la actividad en competencia, sea a través de agenciar para otros empresarios, sea por medio de emprendimientos propios del agente o por cualquier otro medio, directo o indirecto, que melle la situación de mercado del empresario.

III.2) Límites a la cláusula de no competencia

a) Límite temporal.

La no competencia pactada no puede exceder el plazo de un año desde la finalización del contrato de agencia. Si el plazo pactado fuera mayor, se reduce a un año.

b) Límite de actividades.

La cláusula sólo es válida en tanto implique la no competencia del agente en el ámbito de negocios, de personas o productos en los que actuaba el agente.

c) Las circunstancias del caso.

El Código difiere a un juicio de razonabilidad, según las circunstancias del caso, la validez de la limitación impuesta al agente.

IV) Significado de la reforma

Se admite la cláusula de no competencia del agente, fijando sus límites en resguardo de sus derechos.

Art. 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.

I) Resumen

El principio legal es que no se admite que el agente delegue sus funciones en subagentes. Si se pactara esta posibilidad, las relaciones del agente con el subagente se rigen por las disposiciones de este artículo. El subagente no tiene vínculo directo con el empresario y junto con el agente responden solidariamente frente al empresario por el incumplimiento del contrato de agencia.

II) Concordancias

Definición y forma (art. 1479); obligaciones del agente (art. 1483); resolución, otras causales (art. 1494).

III) Interpretación de la norma

III.1) Principio de no delegabilidad

En principio, el agente puede articular libremente su estructura empresarial a fin de realizar esta promoción, valiéndose para ello de terceros dependientes. No empece a ello el carácter personalísimo del contrato, que se refiere a la indelegabilidad de la calidad de empresario-agente, pero nada tiene que ver con la realización de los actos materiales concretos que dinamizan la promoción de los negocios. Lo infungible es la organización empresarial, que siempre corre por cuenta del agente.

Por ello el Código establece, como principio, que el agente no puede nombrar subagentes para cumplir con las actividades a su cargo previstas en el contrato.

III.2) Cláusula contractual que permite la subagencia

El contrato puede permitir al agente delegar sus obligaciones en otros empresarios, que actúen como subagentes.

III.3) Inexistencia de vínculo del subagente con el empresario

Se establece que el subagente sólo tiene relación con el agente, su cocontratante, y que no la tiene con el empresario.

III.4) *Solidaridad de agente y subagente*

Sin perjuicio de la inexistencia de relaciones entre subagente y empresario, se establece que el agente y el subagente son responsables solidarios frente al empresario por el incumplimiento de las obligaciones que el contrato de agencia pone en cabeza del agente y delegó en el subagente.

IV) *Significado de la reforma*

El Código afirma el carácter personalísimo del contrato de agencia, prohibiendo la contratación de subagentes, salvo cláusula expresa que lo permita. En este caso, todos quienes prestan las actividades de promoción son responsables solidarios frente al empresario por el incumplimiento de las obligaciones.

Art. 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.

I) *Resumen*

Se prevé expresamente que las normas de este Capítulo no se aplican a determinadas actividades de agencia, regidas por normas especiales.

II) *Concordancias*

Definición y forma (art. 1479).

III) *Interpretación de la norma*

Las normas del Capítulo 17 se aplican a los denominados genéricamente agentes comerciales, y no comprenden a otras personas que, bajo la misma denominación, realizan actividades de intermediación bajo reglas propias.

Se nombran, de manera ejemplificativa, los agentes de bolsa, agentes de seguros, agentes financieros y agentes marítimos o aeronáuticos, y, luego, genéricamente, a cualquier intermediario que pueda ser identificado como agente, por su denominación o actividad, pero que esté regido por leyes especiales.

IV) *Significado de la reforma*

El Código excluye de la aplicación de las normas de este capítulo a otros intermediarios que pueden ser identificados como agentes pero, por las características de las actividades que ejercen, se rigen por sus propias reglas especiales.

CAPÍTULO 18

CONCESIÓN

Introducción. El contrato de concesión en los
Fundamentos de la Comisión de Reformas

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 empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.

Se regula la exclusividad, las obligaciones del concedente y las del concesionario.

En cuanto al plazo, se dispone que éste no puede ser inferior a 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.

La rescisión de contratos de concesión por plazo indeterminado ha dado lugar a numerosas controversias y litigiosidad. Se resuelve el tema diciendo que son aplicables las normas relativas a la agencia en

cuanto al preaviso y su omisión. 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.

Las normas del Capítulo se aplican a los contratos por los que se conceda la venta o comercialización de software o de procedimientos similares y los contratos de distribución, en cuanto sean pertinentes.

Art. 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 empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.

D) Resumen

El Código incorpora, como nominado, al contrato de concesión, una de las clases reconocidas de contratos de distribución. Lo define a partir de la autonomía del concesionario (que actúa en nombre y cuenta propia), sus obligaciones nucleares (afectación de su organización empresarial a la comercialización de productos, prestación de servicios y provisión de repuestos y accesorios) y su contraprestación (la existencia de una retribución).

II) Concordancias

Contratos nominados e innominados (art. 970); obligación de provisión de mercaderías (art. 1504, inc. a); obligaciones del concesionario (art. 1505); retribución (art. 1507).

III) Interpretación de la norma

III.1) La incorporación de la concesión al Código

El contrato de concesión se ubica en el Capítulo 18 del Título IV (*Contratos en particular*), del Libro Tercero (*Derechos personales*).

Se trata del contrato de concesión comercial⁵¹⁵, diferente de otros tipos contractuales que comparten denominación pese a ser completamente distintos (como la concesión pública y la concesión privada, que implican autorizaciones para la prestación de servicios a terceros y realización de ciertas actividades)⁵¹⁶.

Al igual que otros contratos de distribución (agencia, franquicia), se incorpora como contrato nominado (conforme al art. 970 del Código).

Los Códigos Civil y Comercial derogados, no preveían esta figura, aunque la misma había adquirido tipicidad social, a tenor de la labor doctrinaria y jurisprudencial.

III.2) Elementos de la definición

El Código caracteriza la concesión a partir de tres elementos dogmáticos:

a) *La autonomía del concesionario*⁵¹⁷: el concesionario "actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros".

Este rasgo es crucial, ya que el concesionario es siempre un comerciante o una empresa autónoma, que encara sus negocios a riesgo propio y comprometiendo su responsabilidad. Existe entre concesionario y concedente un obrar cooperativo, pero que no se traduce en la existencia de controles societarios ni dependencia laboral.

Tampoco existe representación del concedente por el concesionario, que queda personal y directamente obligado respecto de terceros cocontratantes, con las salvedades propias del derecho del consumo.

⁵¹⁵ Es bibliografía básica e ineludible sobre el tema: LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. I, ps. 504 y ss., y 643 y ss.; FARINA, ob. cit., ps. 427 y ss.; HOCSMAN, Heriberto S., *Contrato de concesión comercial*, La Rocca, Buenos Aires, 1994; MARTORELL, *Tratado de los contratos de empresa* cit., t. III, ps. 479 y ss.; MARZORATI, *Sistemas de distribución comercial* cit., ps. 109 y ss.

⁵¹⁶ Sobre esta distinción, véase LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., ps. 646 y ss.

⁵¹⁷ Sobre el tema, HOCSMAN, *Contrato de concesión comercial* cit., ps. 69 y ss. Afirmando la existencia de una concentración vertical empresarial, FARINA, ob. cit., ps. 433 y ss.

La dirección técnica del concedente y la intensidad de sus facultades de control (inherentes a estos sistemas colaborativos), así como el frecuente predominio del concedente (quien suele imponer condiciones mediante contratos de adhesión, quedando el concesionario en muchos casos sujeto a una subordinación económica) no desdibujan la autonomía de los contratantes, por más que den cuenta de un vínculo no totalmente paritario que, en nuestro Código vigente, se encuentra sujeto a las normas de orden público de los artículos 11 (*Abuso de posición dominante*) y 984 a 989 (*Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas*).

- b) *La actividad comercial distributiva del concesionario*: la definición del Código selecciona, de las variadas obligaciones del concesionario, aquellas que definen su actividad distributiva.

La clave de la figura reside en la afectación instrumental de la organización empresarial del concesionario, a fin de distribuir los productos (mercaderías) del concedente. Aquí juega la función de intermediación del concesionario y se materializa la utilidad económica del contrato (ampliación del alcance de los negocios del concedente sin la necesidad de estructurar un sistema minorista, reduciendo costos y riesgos, contando con la intervención de un colaborador autónomo y especializado; aprovechamiento de la estructura organizacional del concesionario, potenciada por la dirección técnica del concedente y la concesión de productos en exclusividad).

El Código alude a la provisión de "mercaderías", con lo que (de acuerdo al significado del término), el tipo contractual se refiere a transacciones sobre cosas muebles.

La prestación de servicios de posventa y de repuestos y accesorios, que se examinan en el comentario al artículo 1505, completa el rol del concesionario, precisando que no es un mero revendedor.

- c) *La onerosidad*: la norma destaca igualmente la onerosidad del contrato, en la medida que el empresario-concesionario realiza su actividad en procura de beneficios propios que, más allá de

otros intangibles (como la obtención de clientela y la maximización del crédito e imagen comercial), se concretan en la obtención de una retribución económica.

III.3) *Caracteres de la concesión*

La caracterización legal permite describir al contrato de concesión como:

- a) Bilateral (art. 966), pues genera obligaciones recíprocas para concedente y concesionario.
- b) Oneroso (art. 967), ya que las prestaciones a cargo del concesionario se ejecutan con miras a una retribución (que, en rigor, se obtendrá en la contratación con terceros y no de manera directa del concedente).
- c) Conmutativo (art. 968), pues las ventajas de las partes se encuentran predeterminadas desde su perfeccionamiento, sin perjuicio del riesgo inherente a la actividad comercial en sí misma.
- d) No formal (art. 969), pues la ley no exige forma alguna para su perfeccionamiento, quedando alcanzado por el principio de libertad de formas (art. 284).
- e) Nominado (art. 970), al encontrarse regulado especialmente en los artículos 1502 a 1511.
- f) De duración (art. 1011), pues sus efectos se extienden en el tiempo.
- g) Preponderantemente de cooperación, pues más allá de que en ciertos tramos de la contratación existan operaciones de cambio (v. gr., provisión de productos), es de su esencia la cooperación empresarial.
- h) Habitualmente celebrado por adhesión (art. 984), siendo por lo general el concedente quien predispone unilateralmente los términos del acuerdo.

IV) *Significado de la reforma*

La concesión se incorpora como contrato nominado, y se definen los elementos típicos que la configuran.

Art. 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.

D) Resumen

El Código establece que, salvo pacto en contrario, el contrato de concesión genera exclusividad para ambas partes dentro del territorio o zona de influencia (que, además, opera como límite geográfico de la actuación del concesionario) y comprende todas las mercaderías del concedente, incluso nuevos modelos.

II) Concordancias

Libertad de contratación (art. 958); obligación del concedente de respetar la exclusividad (art. 1504, inc. b); obligación del concesionario de respetar la exclusividad (art. 1505, inc. a); obligación del concesionario de respetar la zona (art. 1505, inc. b).

III) Interpretación de la norma

III.1) Regla supletoria

La norma contiene una regla supletoria que juega "excepto pacto en contrario".

Por ello, tanto la exclusividad como la extensión de las mercaderías comprendidas, tal como se regulan en el artículo 1503, son elementos naturales del contrato, que pueden ser dejados sin efecto en ejercicio de la libertad de regulación de las partes (art. 958).

Dicha facultad de las partes puede utilizarse para excluir la regla legal (por ejemplo, para pactar que no existe exclusividad para uno o ambos de los contratantes) o para modificar su alcance (por ejemplo,

para permitir actividades competitivas, pero manteniendo la exclusividad, o bien para pactar una exclusividad no acotada a una zona o territorio).

III.2) Exclusividad. Alcance territorial de la concesión

El régimen supletorio legal establece una exclusividad dotada de las siguientes características:

- a) *Territorialidad*: la exclusividad juega en un territorio o zona de influencia.

La zona de influencia marca, además, el límite de actuación del concesionario, quien no puede ejercer actos propios de la concesión fuera de esos límites.

- b) *Bilateralidad*: la exclusividad juega para ambas partes.

Respecto del concedente, no le permite autorizar otra concesión en la zona.

Respecto del concesionario, no le permite por sí o por terceros ejercer actividades competitivas. Del análisis sistemático de la norma se infiere que esta limitación a la concurrencia sólo juega exclusivamente para la zona de influencia.

III.3) Mercaderías comprendidas

La norma aclara que la concesión comprende todas las mercaderías fabricadas o provistas por el concedente y abarca también los nuevos modelos, disipando dudas al respecto y fijando una regla supletoria que puede ser dejada sin efecto por acuerdo de partes.

IV) Significado de la reforma

La norma resuelve controversias interpretativas acerca de la existencia de pactos de exclusividad, tomándolos por regla. Será entonces la parte que pretenda negarlos quien deberá demostrar que se convino lo contrario.

Asimismo, circunscribe la exclusividad a la zona, dándole una adscripción territorial que limita razonablemente los alcances de este derecho.

Art. 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.

I) Resumen

El Código regula las obligaciones del concedente, comprendiendo la provisión de mercaderías y repuestos, la capacitación e información, la autorización de uso de elementos distintivos y el respeto de la exclusividad y la zona.

II) Concordancias

Contratos de duración y cooperación (art. 1011); definición de concesión (art. 1502); exclusividad y mercaderías comprendidas (art. 1503); obligaciones del concesionario (art. 1505).

III) Interpretación de la norma

El Código regula las obligaciones principales del concedente. Tratándose de un contrato de duración y, además, cooperativo, resulta aplicable en su cumplimiento el estándar del artículo 1011.

Las obligaciones reguladas son las siguientes:

- a) *Provisión de mercaderías y repuestos (incs. a, y d):* el concedente debe proveer al concesionario las mercaderías que éste comercializará a terceros (inc. a); esta obligación es esencial, pues activa el circuito distributivo. La provisión se hará con el precio, financiación y garantías previstas en el contrato.

Sin perjuicio de lo que pacten las partes, el Código establece que la provisión debe ser en cantidad suficiente para atender las expectativas de venta, fijando un estándar de razonabilidad (pues una previsión inferior resultaría perjudicial para el concesionario, al acotar sus posibilidades de venta y, correlativamente, de amortizar inversiones y generar rentabilidad).

Se admite la fijación de "objetivos de ventas" si el contrato lo admite. En tal caso, será el concedente quien los determine y notifique al concesionario. Se trata de pautas justificables en el interés del concedente en un adecuado desarrollo de la concesión y la colocación de sus productos en el mercado, aunque no pueden ser establecidas de manera abusiva.

El concedente debe proveer, asimismo, repuestos para los productos comercializados a terceros (inc. d), lo que es un lógico correlato de la obligación del concesionario de mantener disponibilidad de repuestos, no solamente a tenor del contrato de concesión, sino, principalmente, de la normativa en materia de defensa del consumidor. Esta provisión debe hacerse por un plazo razonable, no estando obligados ni concedente ni concesionario a tener repuestos de productos comercializados hace largo tiempo que se encuentren discontinuados.

En conjunto, estas dos obligaciones se refieren a la provisión de productos a comercializar por el concesionario.

- b) *Provisión de elementos materiales e inmateriales complementarios (incs. c, y e):* a los fines del cumplimiento de la con-

cesión, el concedente debe facilitar al concesionario otros elementos, tangibles e intangibles.

Debe brindarle información técnica, entregarle manuales y capacitar al personal (inc. c). Cuanto mayor sea la complejidad técnica de los productos vendidos, más intenso será este deber, aunque la capacitación y los manuales pueden referirse también a prácticas comerciales, pautas de actuación del personal o formas de prestar servicios complementarios.

Debe, además, permitirle el uso de marcas, enseñas comerciales y elementos distintivos dentro de la zona de influencia (inc. e), estando el concesionario autorizado a emplearlos en su actividad publicitaria. En principio, este uso será gratuito.

- c) *Respeto de la exclusividad y la zona (inc. b)*: este deber negativo se relaciona con la exclusividad acordada por el artículo 1503 al concesionario.

Se admite la convención contractual que, pese a la exclusividad, permite al concedente hacer cierto tipo de "ventas directas" (por sí mismo) o ventas especiales, hipótesis que no comprende una actividad permanente del concedente en competencia de su concesionario exclusivo ni tampoco el otorgamiento de otra concesión paralela en la misma zona.

IV) Significado de la reforma

Se regulan obligaciones del concedente, anteriormente no legisladas. Se las establece con sentido amplio, comprendiendo no solamente la provisión sino también de elementos complementarios, necesarios para dinamizar la distribución (información, capacitación, licencias de uso). Igualmente, se regula el deber genérico de respeto de la zona y el territorio.

Art. 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;
- 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.

I) Resumen

El Código regula las obligaciones más relevantes del concesionario, consistentes en la compra en exclusividad, la conservación de stock, el respeto de la zona, la afectación de infraestructura, la prestación de servicios complementarios, el respeto a directivas del concedente y la capacitación del personal.

II) Concordancias

Exclusividad y zona (art. 1503); obligaciones del concedente (art. 1504).

III) Interpretación de la norma

El Código regula las obligaciones principales del concesionario.

Tratándose de un contrato de duración y además, cooperativo, resulta aplicable en su cumplimiento el estándar del artículo 1011.

Las obligaciones reguladas son las siguientes:

- a) *Compra en exclusividad y mantenimiento de stock (inc. a):* el concesionario debe respetar la exclusividad del concedente (art. 1503), comprándole a él las mercaderías y repuestos, con exclusión de todo otro proveedor del mismo ramo.

Son excepciones a esta regla: (i) la venta de mercaderías recibidas en pago de las que comercializa con motivo de la concesión (en cuyo caso, la enajenación será también en provecho del concedente, aunque no debería convertirse en una práctica ficticia tendiente a eludir la exclusividad); (ii) la venta, exposición o promoción de mercaderías o servicios autorizados por el contrato (vinculados o no a la concesión).

La compra debe hacerse en cantidades suficientes para asegurar la continuidad de los negocios y la atención de terceros consumidores, por lo que el concesionario debe conservar siempre un stock mínimo a esos fines (sin perjuicio de que, contractualmente, pueda regularse una venta mínima periódica).

- b) *Respeto de la zona (inc. b):* este deber se vincula con el ámbito territorial de la concesión (art. 1503), y evita la colisión entre diferentes concesionarios.
- c) *Afectación de infraestructura a la concesión (inc. c):* el concesionario debe afectar al cumplimiento de la concesión locales, instalaciones y equipos necesarios para su actividad, acordes a las exigencias cualitativas y cuantitativas de la operatoria.
- A esos fines, debe realizar las inversiones necesarias, lo que se vincula con el plazo mínimo del contrato, acordado a fin de poder amortizarlas.
- d) *Servicios complementarios (inc. d):* en caso de haberse convenido, el concesionario debe mantener y conservar las mercaderías y prestar servicios de preentrega (que pueden incluir diversas tareas: limpieza, empaquetamiento, acondicionamiento, inspecciones técnicas, chequeos de funcionalidad, colocación de accesorios, grabados y colocación de gráficas, etc.).

- e) *Respeto a directivas del concedente (inc. e):* el concedente, en ejercicio de su dirección técnica, puede fijar pautas tendientes a un mejor desarrollo de la actividad distributiva, que el concesionario debe respetar.

El concesionario debe, en consecuencia, adecuar su sistema de ventas e intervenir en actividades y campañas publicitarias en los términos requeridos por el concedente.

Debe, también, ajustar su contabilidad y sistemas administrativos, procurando uniformarlos y darle al concedente una mayor posibilidad de control de su red de concesionarios.

- f) *Capacitación del personal (inc. f):* el personal afectado al cumplimiento de la concesión debe estar capacitado, máxime cuando le corresponde comerciar productos tecnológicos. La capacitación debe ser especial y eminentemente técnica para el personal a cargo de los servicios.

La capacitación debe ser acorde a las pautas brindadas por el concedente, en atención a su conocimiento de los productos a comercializar y su interés prevalente en una adecuada comercialización.

IV) Significado de la reforma

Se regulan detalladamente las obligaciones del concesionario, no legisladas en el sistema vigente.

Art. 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.

I) Resumen

El Código establece un plazo mínimo imperativo de cuatro años, excepcionalmente reducible a dos años si el concedente provee al concesionario instalaciones suficientes para su actividad. La continuidad de la relación al vencimiento del plazo convierte el contrato en una concesión por tiempo indeterminado.

II) Concordancias

Preaviso (art. 1492); omisión de preaviso (art. 1493).

III) Interpretación de la norma**III.1) Plazo mínimo**

El Código establece un plazo mínimo de cuatro años.

Se trata de un plazo de orden público, aplicable:

- a) Cuando las partes no han convenido plazo para el contrato (concesión por tiempo indeterminado). En este caso, el contrato se entiende celebrado por cuatro años y, por ende, los contratantes no pueden hacer ejercicio de la facultad rescisoria prevista por el artículo 1508 hasta que haya transcurrido ese lapso.
- b) Cuando las partes han convenido plazo para el contrato, pero inferior a cuatro años. En este supuesto, la norma que comentamos prevalece ante el acuerdo de partes, por su carácter imperativo.

El aseguramiento de un plazo mínimo es fundamental: el concesionario necesita que el vínculo se prolongue lo suficiente para amortizar las inversiones que hubiera realizado para la ejecución del contrato y para obtener la rentabilidad estimada. Los cuatro años previstos por la norma le permiten efectuar cálculos y previsiones sobre la ecuación económica del contrato, dándole mayor posibilidad de obtener los beneficios buscados al contratar y poniéndolo relativamente a resguardo de inestabilidades económicas coyunturales o puntuales que, de ser menor el plazo, frustrarían sus expectativas de ganancia.

El Código no establece un plazo máximo para el contrato de concesión.

III.2) Reducción excepcional del plazo mínimo

La norma admite la posibilidad de reducir el plazo mínimo a dos años, en aquellos casos en que el concedente provea al concesionario "el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño".

Dicha habilitación obedece a que, proveyendo el concedente la infraestructura requerida para la actividad del concesionario, la inversión de éste será menor, requiriendo de menos tiempo para ser amortizada y comenzar a generar rentabilidad.

Será necesario examinar en cada caso si las instalaciones provistas por el concedente son realmente suficientes (o entrañan una ficción o simulación en el marco de un contrato celebrado por adhesión, a fin de acordar un plazo inferior al mínimo genérico), atendiendo al carácter excepcional de esta reducción del plazo.

III.3) Situaciones posibles al vencimiento del plazo

Al momento de vencer el plazo convenido o el plazo legal (el que fuere mayor), pueden darse tres situaciones:

- a) Que las partes, antes del vencimiento, hayan acordado la prórroga por un nuevo plazo. En este caso, el contrato continuará vigente por el plazo convenido.
- b) Que las partes pongan fin al contrato con motivo del vencimiento del plazo.
- c) Que, sin haber existido prórroga por un nuevo plazo, la relación continúe después del vencimiento. En este supuesto, el contrato se convierte en una concesión de tiempo indeterminado, dando lugar a la facultad de rescisión prevista en el artículo 1508.

En este caso, se computan a los fines del preaviso no sólo el tiempo transcurrido desde la conversión del contrato a plazo en contrato de tiempo determinado, sino también los años transcurridos dentro de la vigencia del plazo legal o contractual (art. 1492).

La regla es conteste con un principio de acuerdo al cual, en los contratos de duración a término, el vencimiento del plazo no implica

tácita reconducción por un plazo igual, dando lugar a la facultad rescisoria unilateral de los contratantes (en igual sentido, art. 1218 en materia de locación).

IV) Significado de la reforma

El Código establece un plazo mínimo imperativo, brindando mayores garantías a los concesionarios de que podrán amortizar inversiones y obtener ganancias. En el régimen preexistente, al ser la concesión un contrato innominado, no existía tal plazo y las partes podían preverlo por lapsos breves y rescindirlo sin que haya transcurrido un tiempo razonable para cubrir los costos iniciales del concesionario.

Art. 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.

I) Resumen

El Código reconoce al concesionario el derecho a remuneración, quedando a cargo de las partes pactar la modalidad de la misma (comisión, margen de reventa, monto fijo u otro). Se colocan a cargo del concesionario los gastos de su actividad, con excepción de los emanados de los servicios de preentrega y garantía gratuita.

II) Concordancias

Caracterización de la concesión (art. 1502).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Retribución*

La norma ratifica el derecho a la retribución del concesionario, estableciendo diversas modalidades de convenirla:

- a) *Comisión*: consiste en un porcentaje de las ganancias obtenidas por las ventas.
- b) *Margen de reventa*: representa la diferencia entre el precio por cada producto pagado por el concesionario al concedente en oportunidad de su provisión y el precio de venta, percibido por el concesionario al comercializar el producto a terceros.
- c) *Monto fijo*: las partes pueden acordar una remuneración fija, a cargo del concedente de manera directa o trasladada al precio final de los productos. La remuneración podrá convenirse de manera global (un único precio mensual), en relación con la cantidad de ventas (una suma de dinero fija por cada producto vendido) u otras modalidades.
- d) *Otras modalidades*: la norma admite la facultad de las partes, en ejercicio de su libertad contractual (art. 958), de pactar otras modalidades de remuneración. No es necesario, ni hace a la configuración del tipo contractual, que dicha remuneración sea íntegramente dineraria.

Puede, también, adoptarse una remuneración mixta, que combine algunos de los mecanismos precedentemente expuestos.

III.2) *Gastos*

En principio, los gastos de explotación de la actividad recaen en cabeza del concesionario. Ello es lógico, pues el concesionario realiza su actividad a su propio riesgo, involucrando su organización empresarial.

La excepción la constituyen los servicios de preentrega (art. 1505, inc. d) y los de garantía gratuita a la clientela (legales o contractuales), que estarán a cargo del concedente en los términos convenidos.

IV) Significado de la reforma

El Código brinda parámetros legales antes inexistentes, fijando que como regla los gastos se cargan al concesionario, a quien le reconoce el derecho a la remuneración. Con amplitud de criterio, brinda directivas legales sobre posibles formas de pactar la remuneración, pero dejándolo abierto a la libertad de contratación de las partes.

Art. 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.

I) Resumen

El Código remite a las normas sobre rescisión de contratos de agencia por tiempo indeterminado que establecen la licitud de la rescisión, la obligatoriedad del preaviso y la indemnización por omisión de preaviso. Además, fija la obligación de recompra de stock a cargo del concedente.

II) Concordancias

Preaviso (art. 1492); omisión de preaviso (art. 1493); plazo mínimo legal y conversión de contrato a plazo en contrato de tiempo indeterminado (art. 1506).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Presupuestos de aplicación*

La norma se aplica a contratos de concesión por tiempo indeterminado, lo que incluye:

- a) Aquellos en los que no se pactó un plazo. En este caso, entendemos que el ejercicio de la facultad resolutoria no puede hacerse en violación al plazo mínimo legal previsto por el artículo 1506.
- b) Aquellos en los que continuó la relación contractual, después de vencido el plazo contractual o legal, sin que se haya especificado uno nuevo (art. 1506, tercer párrafo).

III.2) *Licitud de la rescisión*

La primera regla, que emana de la remisión al artículo 1492, es la licitud de la rescisión unilateral del contrato. Remitimos al comentario de esa norma.

III.3) *Efectos de la rescisión*

Los efectos que acarrea la rescisión son los siguientes:

- a) Obligatoriedad de un preaviso de un mes por cada año de vigencia del contrato (art. 1492). En caso de omisión de preaviso, procedencia de una indemnización sustitutiva (art. 1493). Remitimos al comentario de esas normas.
- b) Obligación del concedente de readquisición del stock. Como consecuencia de la rescisión y de la conclusión del vínculo entre las partes, debe establecerse el destino del stock de mercaderías y repuestos provistos al concesionario. El Código lo resuelve estableciendo una obligación de readquisición a cargo del concedente y aclarando que el precio de recompra será el ordinario de venta a los concesionarios (lo que evita discusiones sobre el valor a considerar) al tiempo del pago (lo que asegura la indemnidad patrimonial del concesionario, que se vería perjudicado si la recompra fuera a valores históricos).

IV) Significado de la reforma

El Código soluciona legislativamente las controversias sobre licitud de la rescisión unilateral, plazo de preaviso e indemnización sustitutiva, cuestiones no reguladas antes de su sanción y generadoras de innu-

merables disputas judiciales. Además, esclarece el destino y el precio del stock remanente de mercaderías y repuestos a la terminación del vínculo, evitando discusiones al respecto.

Art. 1509 *Resolución del contrato de concesión. Causales.* Al contrato de concesión se aplica el artículo 1494.

I) Resumen

El Código regula los supuestos de resolución de la concesión, remitiendo a las normas en materia de agencia.

II) Concordancias

Causales de resolución de la agencia (art. 1494).

III) Interpretación de la norma

Remitimos al comentario del artículo 1494.

IV) Significado de la reforma

El Código aligera la labor de los contratantes, pues en el régimen derogado, siendo la concesión un contrato innominado, se veían en la necesidad de convenir todas las causales de extinción del contrato diferentes a la resolución por incumplimiento (prevista en el art. 216 del Código de Comercio derogado).

Art. 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.

I) Resumen

El Código prohíbe subcontrataciones y cesiones de posición contractual, salvo pacto en contrario.

II) Concordancias

Subcontratos (arts. 1069 a 1072); cesión de la posición contractual (arts. 1636 a 1640).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Los supuestos alcanzados*

La norma contempla diversos supuestos:

- a) La prohibición al concesionario de designar subconcesionarios, agentes o intermediarios de venta.

La norma alcanza diversas contrataciones y operatorias por las que el concesionario no ejecutaría personalmente sus obligaciones, delegando su actividad en terceros. Se incluye específicamente la subconcesión y otras figuras que son especies de subcontratos en los términos de los artículos 1069 y concordantes del Código.

- b) La prohibición a ambas partes de ceder el contrato.

El supuesto alcanzado es la cesión de posición contractual regulada por los artículos 1636 y siguientes del Código.

III.2) *La regla legal*

El Código fija como regla la prohibición de celebrar los contratos alcanzados, salvo pacto en contrario. La restricción referida es un elemento natural del contrato (suprimible por acuerdo de partes).

- a) Respecto a la primera hipótesis alcanzada por la norma, la regla legal se explica en la calidad personalísima del concesionario, que se presume escogido en consideración a sus condiciones particulares (solvencia, reputación, imagen comercial, experiencia, etc.); por ello no es indiferente para el concedente quién ejecuta la concesión.

La subcontratación no libera de responsabilidad al concesionario (arg. art. 1072), pero le permite no ejecutar sus obligaciones con su propia estructura empresarial (delegando esta gestión en un tercero), afectando las legítimas expectativas del concedente de

que podrá expandir el espectro de distribución de sus productos a través de la intervención personal de un concesionario idóneo.

- b) Respecto de la prohibición de cesión de la posición contractual, establecida de manera bilateral, se explica con relación al concesionario por la misma razón expuesta en el párrafo anterior: si la intervención del concesionario es infungible y no se le permite subcontratar, con mayor razón no se encuentra habilitado a ceder su posición en el contrato, que según los casos podría conducir a su liberación de responsabilidad (art. 1637).

Respecto del concedente, la solución se justifica en la medida que el concesionario ha comprometido su estructura empresarial a los fines de la comercialización de productos cuyos estándares de calidad ha evaluado, siempre teniendo en cuenta la confiabilidad de su concedente-proveedor, por lo que un cambio de actores lo dejaría vinculado a un tercero cuya solvencia, diligencia y cooperación no han sido considerados al contratar.

IV) Significado de la reforma

El Código soluciona problemas interpretativos, pues en el régimen preexistente podía sostenerse que era lícito subcontratar a falta de prohibición contractual expresa (no existiendo norma prohibitiva) y que no era lícito (con fundamento en el carácter *intuitu personæ* de las partes), lo que las obligaba a regular siempre este aspecto en los contratos.

Art. 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.

I) Resumen

El Código determina la aplicación de las reglas sobre concesión al subtipo “comercialización de software” y al contrato innominado de distribución.

II) Concordancias

Contratos innominados (art. 970).

III) Interpretación de la norma

El artículo 1511 marca que a ciertas modalidades contractuales les resulta aplicable el régimen del contrato de concesión.

- a) Respecto de las concesiones de comercialización de software o similares⁵¹⁸, la aplicación es directa e integral, aunque la contratación no verse específicamente sobre “mercaderías” en los términos del artículo 1502. La evidente identidad de situación justifica esta aplicación extensiva.

En este subtipo contractual, cobra especial relevancia la protección de los derechos de explotación y uso de software (de propiedad del concedente), que podrían verse afectados por el concesionario (en caso de proceder deslealmente a la venta de copias y reproducciones apócrifas). En estos contratos son pertinentes las cláusulas de protección de la propiedad intelectual del concedente y las reglas de indemnidad por violación del *copyright*.

Otro aspecto particular que plantean es la necesaria idoneidad del concesionario en aspectos técnicos vinculados a la instalación del software y al servicio de posventa, lo que se traduce en un derecho-deber de capacitación.

- b) La norma establece la aplicación de las reglas sobre concesión, siempre y cuando sean pertinentes, a los contratos de distribución. Si bien la distribución es el género al que pertenecen diversas especies de contratos (como la propia concesión, la agencia, la franquicia), la norma se dirige específicamente al contrato de distribución en sentido estricto⁵¹⁹, figura no regulada por

⁵¹⁸ Un extenso tratamiento de esta modalidad de concesión en HOCSMAN, *Contrato de concesión comercial* cit., ps. 295 y ss.

⁵¹⁹ Conf. LLOBERA, Hugo, *Contratos de comercialización*, en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, comp. por Lafferrière, Pontificia Universidad Católica Argentina, El Derecho, Buenos Aires, 2012, p. 445.

el Código (que, por ende, continúa siendo un contrato innominado pero socialmente típico)⁵²⁰.

Básicamente, la distribución se diferencia de la concesión en la naturaleza del vínculo entre las partes (cooperativo en la distribución; de subordinación técnica y económica del concesionario al concedente, en la concesión), que se traduce en la más avanzada integración de empresas, en la unidad de decisión en cabeza del concedente, en la mayor intensidad del control y en el surgimiento de obligaciones complementarias de posventa en el contrato de concesión.

El juicio de pertinencia, que permitirá precisar si son aplicables las normas previstas para la concesión, deberá practicarse en el caso concreto, de acuerdo al problema específicamente involucrado y no de manera global o abstracta. Sin perjuicio de ello, las similitudes y diferencias principales entre ambas figuras contractuales determinan que los artículos 1504, inciso d, y 1505, incisos e, y f, no resulten en principio aplicables a la distribución.

De este modo, respecto de la distribución se altera (por imperio legal) el orden de prelación normativa previsto por el artículo 970, ya que en defecto de la voluntad de las partes (inc. a) será aplicable primeramente la normativa del contrato de concesión y, sólo en aquello en que no resulte pertinente, se recurrirá a normas generales, usos y prácticas y a la técnica de la analogía (incs. b, c, y d).

IV) Significado de la reforma

El Código no solamente regula el contrato de concesión, sino que además brinda un marco legal para contratos análogos que continúan siendo innominados (la distribución), que carecían de toda disciplina legal.

⁵²⁰ Sobre esta figura, ver MÁRQUEZ, José F. y CALDERÓN, Maximiliano R., *Contrato de distribución*, en *Contratos de distribución*, dir. por Marzorati y Molina Sandoval, Heliasta, Buenos Aires, 2010, ps. 13 y ss.

CAPÍTULO 19

FRANQUICIA

Introducción. El contrato de franquicia en los Fundamentos de la Comisión de Reformas

Se ha tomado como base el Proyecto de 1998, introduciendo algunas modificaciones que se consideraron necesarias para adaptarlo a las nuevas modalidades y normativas existentes. Las definiciones normativas han seguido el modelo de Unidroit.

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 podrá tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado.

Se ha dispuesto, como en el Proyecto de 1998, que el sistema de franquicias no restringe, limita o distorsiona la competencia, por cuanto la franquicia es en la Argentina un negocio que beneficia a los pequeños inversores y no se han verificado estas situaciones. De todos modos, en el Título Preliminar está contemplado el abuso de posición dominante.

El plazo no podrá ser inferior a dos años.

Se dan definiciones normativas útiles para la calificación de los vínculos: 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.

Franquicia de desarrollo es aquélla 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 abran dependan o estén 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.

Sistema de negocios es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentada, 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, permitiendo al franquiciado prestar sus servicios o vender los productos conforme al sistema de negocios. Es transmisible cuando su descripción es suficiente para permitir al franquiciado desarrollar su negocio conforme a las pautas creadas o desarrolladas por el franquiciante.

Se precisan las obligaciones del franquiciante y del franquiciado.

En cuanto al plazo, sin perjuicio del mínimo, se contemplan los casos especiales, como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares.

Existe un tratamiento normativo de la cláusula de exclusividad y otras frecuentes en la actividad.

Se recepta la regla de que las partes del contrato son independientes, y que no existe relación laboral entre ellas. En consecuencia, el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario; los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral; el

franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia.

El franquiciante responde por los defectos del diseño del sistema, que causen daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo del franquiciado.

Finalmente se regulan las causas de extinción del contrato.

Art. 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.

I) Resumen

El Código incorpora, como nominado, al contrato de franquicia, una de las clases reconocidas de contratos de distribución. Lo define a partir de las prestaciones nucleares del franquiciante (derecho de usar un sistema probado de comercialización; licencia de uso de nombre, emblema o marca; provisión de know-how; asistencia continua), su contraprestación (prestación directa o indirecta) y la autonomía de las partes.

II) Concordancias

Contratos nominados e innominados (art. 970); sistema de negocios

(art. 1513, inc. c); obligaciones del franquiciante (art. 1514); obligaciones del franquiciado (art. 1515); autonomía de las partes (art. 1520).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La incorporación de la franquicia comercial al Código*

El contrato de franquicia comercial se ubica en el Capítulo 19 del Título IV (*Contratos en particular*), del Libro Tercero (*Derechos personales*).

Al igual que otros contratos de distribución (agencia, concesión), se incorpora como contrato nominado (conforme al art. 970 del Código).

Los códigos civil y comercial derogados no preveían esta figura, aunque la misma había adquirido tipicidad social, a tenor de la labor doctrinaria y jurisprudencial⁵²¹.

III.2) *Elementos de la definición*

El Código caracteriza la franquicia a partir de los siguientes elementos dogmáticos:

- a) *La transmisión de un conjunto de elementos tangibles e intangibles, del franquiciante al franquiciado*: tipifica el contrato esta transferencia a favor del franquiciado, que recae sobre una multiplicidad de activos tangibles e intangibles, algunos de ellos tutelados en materia de propiedad intelectual y otros no. El franquiciante le brinda tales elementos al franquiciado y le permite utilizarlos (licencia o autorización) en su propia actividad empresarial.

Primeramente, existe una autorización de uso de un sistema probado de comercialización de bienes y servicios. Este sistema probado es definido por el artículo 1513, inciso c, como "el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada

⁵²¹ Es bibliografía básica e ineludible sobre el tema: LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. I, ps. 504 y ss., y 643 y ss.; FARINA, ob. cit., ps. 450 y ss.; HOCSMAN, *Contratos modernos de distribución comercial* cit., ps. 201 y ss.; MARZORELL, *Tratado de los contratos de empresa* cit., t. III, ps. 549 y ss.; MARZORATI, *Sistemas de distribución comercial* cit., ps. 183 y ss.

por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible". El franquiciante le comunica al franquiciado este know-how o saber hacer, que ha demostrado ser exitoso para el desarrollo de cierto negocio; aquí reside el interés del franquiciado, quien no contrata fraccionadamente diferentes licencias, sino que de manera global pretende internalizar una praxis (integrada por pautas muy variadas)⁵²², que previsiblemente le dará ganancias.

Subordinadas a esta transmisión del know-how, aparecen: (i) la licencia de uso de nombre comercial, emblema o marca del franquiciante (que permiten aprovechar el crédito del franquiciante y en algunos casos van indisolublemente unidos al modo de encarar el negocio); (ii) la provisión de conocimientos técnicos que resulten relevantes para que el franquiciado pueda implementar el sistema de negocios; (iii) la prestación continua de asistencia técnica y comercial al franquiciado; (iv) eventualmente, el suministro de insumos o productos del franquiciante al franquiciado. El sistema de negocios no es patentable, por lo que debe resguardarse mediante acuerdos contractuales de confidencialidad entre partes. Respecto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás, el franquiciante debe contar con la disponibilidad jurídica, lo que implica: (i) ser titular exclusivo de tales derechos; (ii) en su defecto, tener derecho de utilización y transmisión al franquiciado.

- b) *La contraprestación*: que recae en cabeza del franquiciado, tipifica al contrato como bilateral y oneroso y puede convenirse de múltiples maneras. Se remite al comentario del artículo 1515, inciso e.
- c) *La autonomía societaria de las partes*: es inherente a la franquicia la autonomía de las partes, quienes traban un vínculo de colaboración pero sin que la franquiciada quede subordinada a la franquiciante.

Más allá de la apariencia externa, generada mediante la adopción por la franquiciada de una imagen y un modo de actuar corres-

⁵²² LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., p. 672.

pondientes a la franquiciante, las empresas conservan su identidad y su autonomía. Esto dará lugar a los deslindes de responsabilidad previstos por el artículo 1520.

De allí que no pueda recurrirse a la técnica de la franquicia como forma de eludir una relación societaria de control, en la que la franquiciada sea una empresa subordinada o controlada de la franquiciante; de procederse así se distorsionarían los fines típicos de la figura. Por ello, se establece que el franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado.

III.3) Clases

La definición legal comprende:

- a) Las franquicias de distribución, que tienen por objeto la distribución de un bien o una línea de bienes.
- b) Las franquicias de servicios⁵²³.

III.4) Caracteres

La caracterización legal permite describir al contrato de franquicia como:

- a) Bilateral (art. 966), pues genera obligaciones recíprocas para franquiciante y franquiciado.
- b) Oneroso (art. 967), ya que las prestaciones a cargo del franquiciante se ejecutan en miras a una prestación a cargo del franquiciado.
- c) Conmutativo (art. 968), pues las ventajas de las partes se encuentran predeterminadas desde su perfeccionamiento, sin perjuicio del riesgo inherente a la actividad comercial en sí misma.
- d) No formal (art. 969), pues la ley no exige forma alguna para su perfeccionamiento, quedando alcanzado por el principio de libertad de formas (art. 284).

⁵²³ HOCSMAN, *Contratos modernos de distribución comercial* cit., ps. 212 y ss., y 208 y ss.

- e) Nominado (art. 970), al encontrarse regulado especialmente en los artículos 1512 a 1524.
- f) De duración (art. 1011), pues sus efectos se extienden en el tiempo, con la salvedad de las franquicias provisorias, celebradas para supuestos especiales y reguladas por el artículo 1516.
- g) Preponderantemente de cooperación, pues más allá de que en ciertos tramos de la contratación existan operaciones de cambio (v. gr., provisión de productos o licencias), es de su esencia la cooperación empresarial.
- h) Habitualmente celebrado por adhesión (art. 984), siendo por lo general el franquiciante quien predispone unilateralmente los términos del acuerdo⁵²⁴.

IV) Significado de la reforma

Se incorpora la franquicia comercial como contrato nominado, y se definen los elementos típicos que la configuran.

Art. 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 contra-prestaciones 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

⁵²⁴ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., p. 681; en contra, sosteniendo que es de contenido predeterminado pero no de adhesión, HOCSMAN, *Contratos modernos de distribución comercial* cit., p. 217.

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.

I) Resumen

El Código conceptualiza la franquicia mayorista (en la que el franquiciado puede nombrar subfranquiciados), la franquicia de desarrollo (en la que el franquiciado puede abrir múltiples negocios por un plazo prolongado, que dependan o estén controlados por él) y el sistema de negocios (que es un conjunto de conocimientos prácticos y experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, probado, secreto, sustancial y transmisible).

II) Concordancias

Concepto de franquicia (art. 1512); obligación de información del franquiciante (art. 1513, inc. a); exclusividad (art. 1517); prohibiciones de ceder y subfranquiciar (art. 1518); aplicabilidad del régimen de franquicia a subfranquiciados (art. 1524).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Franquicias mayorista y de desarrollo (incs. a, y b)*

El Código caracteriza dos modalidades de franquicia, a saber:

- a) La franquicia *mayorista*, en la cual el franquiciante otorga fran-

quicia para un territorio a un franquiciado, quien tiene a su vez el derecho de nombrar subfranquiciados y transferirles el uso de la marca y sistemas de franquicias.

En este supuesto, el franquiciado no se vincula de manera directa con los consumidores, sino que celebrará nuevas franquicias con subfranquiciados (minoristas).

En este caso no juegan las limitaciones previstas por el artículo 1518, ya que el otorgamiento de subfranquicias es la finalidad típica de la franquicia mayorista.

- b) La franquicia *de desarrollo*, por la cual el franquiciante le otorga a un franquiciado-desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios durante un término no menor a cinco años, en el que todos los negocios dependan o estén controlados por el desarrollador, ello sin necesidad de subfranquiciar ni ceder la franquicia.

Ésta es otra forma de conformar una cadena de franquicias, siendo en este caso el franquiciado quien tomará a su cargo el desarrollo del sistema y la centralización de su implementación.

III.2) *Sistema de negocios (inc. c)*

Es definido por el Código como “el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible”.

Este conocimiento se coloca en el núcleo de la franquicia, pues entraña un know-how o saber hacer que es el que el franquiciante ofrece como valor agregado y el franquiciado tiene en miras, por haber resultado exitoso para el desarrollo de unidades de negocios.

Este know-how es esencialmente empírico y práctico, susceptible de ser inmediatamente aplicado a un negocio. No puede consistir en principios teóricos o abstractos.

Es, por regla, no patentable, por lo que su protección se efectúa mediante acuerdos contractuales entre partes (pactos de confidencialidad).

Debe ser, además:

- a) Debidamente probado, lo que significa que ha sido utilizado con

buenos resultados con anterioridad (por remisión al art. 1514, inc. a, al menos de dos unidades de negocio en un lapso suficiente). No supera el estándar una idea innovadora pero no probada sobre la forma de conducir un negocio, ni una praxis sometida a prueba sin resultados definidos.

- b) Secreto, por cuanto no es generalmente conocido o fácilmente accesible; de lo contrario, carecería de valor específico que admita el valor que se le da en el contrato.
- c) Sustancial, cuando se componga de información relevante para la venta o prestación de servicios, permitiéndole al franquiciado ajustarse al mismo. No supera el estándar el conocimiento tangencial, lateral, insuficiente para determinar un perfil en los negocios del franquiciado.
- d) Transmisible, cuando su descripción sea suficiente para que el franquiciante se adapte a las pautas referidas. No supera el estándar la información dispersa, demasiado genérica o ininteligible, que no baste para adoptar una forma de hacer negocios.

IV) Significado de la reforma

Se innova mediante una caracterización del sistema de negocios y ciertas modalidades de franquicia que carecían de toda regulación en el sistema legal.

Art. 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.

I) Resumen

El Código regula las principales obligaciones del franquiciante, consistentes en proporcionar información sobre el sistema de negocios (inc. a), transmitir el know-how (inc. b), entregar un manual de operaciones (inc. c), proveer asistencia técnica (inc. d), proveer bienes y servicios si corresponde (inc. e) y proteger el uso de derechos transmitidos al franquiciado (inc. f).

II) Concordancias

Deberes de buena fe y de confidencialidad en las tratativas contractuales (arts. 990 y 991); obligaciones de saneamiento (arts. 1033 y ss.);

concepto de franquicia (art. 1512); sistema de negocios (art. 1513, inc. c). Ley 22.426 de transferencia de tecnología.

III) Interpretación de la norma

De manera enunciativa (no taxativa), el Código expone las principales obligaciones del franquiciante, a saber:

- a) *Información precontractual (inc. a)*: a fin de decidir si contrata, el franquiciado tiene interés legítimo en conocer si el sistema de negocios es probadamente exitoso. Ello será dirimente en la contratación, pues el franquiciado se vincula sobre la base de casos testigos que le sirven para proyectar y pronosticar su propia rentabilidad.

Por ello, el Código pone en cabeza del franquiciante la carga de proporcionar al franquiciado, antes de contratar, información económica y financiera sobre al menos dos casos testigos (pudiendo ser más), en el país o en el extranjero. La información debe abarcar periodos "suficientes" para detectar en ellos una tendencia.

Esta obligación debe ser cumplida de buena fe (art. 990), respondiendo el franquiciante ante el franquiciado si dolosamente le brindase información falsa, retaceada, incompleta o distorsionada con el fin de inducirlo a contratar.

- b) *Transmisión del know-how (inc. b)*: el franquiciante debe transmitir al franquiciado el conjunto de conocimientos aptos para producir los efectos del sistema de negocios. Ésta es su obligación nuclear, que articula las demás.

La transmisión comprende métodos operativos, conocimientos técnicos, secretos de producción, *engineering*, marketing, etcétera.

El patentamiento no es un presupuesto de la transferencia.

La forma de la transmisión de estos elementos dependerá del estatus de cada uno de ellos y, en su caso, podrá someterse a las disposiciones de la ley 22.426 sobre transferencia de tecnología.

- c) *Entrega de manual de operaciones (inc. c)*: este manual condensa

las pautas suficientes y necesarias para la ejecución de la franquicia, y acredita la transmisibilidad del sistema de negocios.

Es fundamental que resulte completo, comprensible para el franquiciado y eminentemente práctico, de modo que defina del modo más concreto posible lo que el franquiciado debe hacer en cada tramo de su actividad alcanzado por la franquicia.

- d) *Asistencia técnica (inc. d)*: el franquiciante no llena sus obligaciones al momento de celebrar el contrato y brindar al franquiciado la capacitación y los elementos para comenzar a operar. Debe, en cambio, brindarle una asistencia permanente cuyo contenido variará de acuerdo a cada franquicia, pero en principio debe interpretarse ampliamente, comprendiendo la capacitación para el uso del sistema operativo, la comunicación de parámetros técnicos para la confección, preparación, conservación y operación de productos o la prestación de servicios, la organización económica y financiera, la dinámica comercial y, eventualmente, la actividad publicitaria.

- e) *Provisión de bienes o servicios (inc. e)*: la franquicia puede implicar un suministro de productos o insumos o la prestación de servicios por el franquiciante.

En tal caso, la provisión debe ser en cantidades adecuadas para que el franquiciado pueda desempeñar su actividad regularmente, y el precio debe ser razonable. La provisión insuficiente, que frustra la franquicia, y la colocación de precios excesivos mediante cláusulas "atadas" que obligan al franquiciado a comprar al franquiciante constituyen, por ende, prácticas ilícitas.

- f) *Transmisión y protección del uso de derechos intangibles (arts. 1512 y 1514, inc. f)*: el artículo 1512 marca la obligación del franquiciante de transmitir al franquiciado derechos intangibles de los que debe ser propietario o, al menos, debe ostentar la disponibilidad jurídica.

El artículo 1514, inciso f, complementa esta disposición, determinando el deber genérico de proteger y defender el uso por el franquiciado, en lo que determina una aplicación especial de la garantía de saneamiento.

Asimismo, se aclara que en las franquicias internacionales la defensa le compete al franquiciado (corriendo por cuenta del franquiciante proporcionarle oportunamente los elementos para ejercer su gestión defensiva) y que el franquiciado podrá intervenir como interesado coadyuvante, lo que hará de acuerdo a las normas de procedimientos provinciales sobre intervención de terceros.

IV) Significado de la reforma

Antes del dictado del Código, las obligaciones del franquiciante carecían de regulación legal y eran materia de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Actualmente, se encuentran pormenorizadamente normadas, aventándose dudas y fijándose criterios generales.

Art. 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 comuniquen 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.

I) Resumen

Se regulan como obligaciones mínimas del franquiciado la ejecución de la actividad objeto de la franquicia siguiendo los parámetros del franquiciante (inc. a), el deber de información hacia el franquiciante (inc. b), deberes positivos y negativos de cuidado y resguardo del sistema y de derechos cuya licencia le fue otorgada (inc. d), el deber de confidencialidad (inc. d) y el cumplimiento de sus contraprestaciones (inc. e).

II) Concordancias

Confidencialidad precontractual (art. 992); concepto de franquicia (art. 1512); sistema de negocios (art. 1513, inc. c); obligaciones del franquiciante (art. 1514); responsabilidad por el hecho de los dependientes (art. 1753).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Carácter "mínimo" de las obligaciones*

La norma regula las obligaciones "mínimas" del franquiciado, lo que marca que podrán ser ampliadas y, en su caso, contractualmente reglamentadas, pero no excluidas ni suprimidas.

III.2) *Obligaciones reguladas*

Las obligaciones previstas son las siguientes:

- a) *Desarrollo de la actividad (inc. a):* le compete al franquiciado ejecutar la actividad objeto de la franquicia. Ello no es facultativo, pues existe un interés legítimo del franquiciado en la operatividad del sistema, que le servirá como mecanismo de captación de mercado, de ampliación de clientela y de difusión de su marca y sus productos o servicios.

Esta actividad debe ser ejecutada cumpliendo las pautas técnicas proporcionadas por el franquiciante en el manual de operaciones (art. 1515, inc. c) o proporcionadas ulteriormente (art. 1515, inc. d). El apartamiento de estos parámetros coloca al franquiciado en una situación de incumplimiento.

- b) *Deber de información (inc. b)*: el franquiciado tiene el deber genérico de brindarle información al franquiciante sobre el desarrollo de su actividad. Tal información hace al interés del franquiciante en el adecuado desenvolvimiento de la franquicia, y además es el presupuesto del cumplimiento de deberes propios en materia de asesoramiento y asistencia.

Este deber de información implica permitir al franquiciante ejercer facultades de control e inspección, que pueden comprender instalaciones o establecimientos comerciales, pero también documentación contable o financiera u otros elementos que integren la práctica empresarial del franquiciado. Estas inspecciones se harán conforme lo pactado o, en su caso, atendiendo al objeto de la franquicia.

- c) *Deber de cuidado y resguardo del sistema y de derechos (inc. c)*: el Código pone en cabeza del franquiciado deberes de cuidado y resguardo de la identificación y el prestigio del sistema y de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en la franquicia.

Por un lado, se protege el valor de la franquicia como sistema de negocios, que se vería afectado ante una utilización negligente o desaprensiva, que lleve a restarle efectividad y credibilidad. Por el otro, se tutela la propiedad y el crédito comercial de derechos intangibles.

Este deber se traduce en débitos pasivos (deber de abstención: no poner en riesgo ni afectar el sistema ni los derechos tutelados) y activos (deber de cooperación: intervenir activamente para su protección).

- d) *Deber de confidencialidad (inc. d)*: el franquiciado debe mantener la confidencialidad de los conocimientos técnicos trans-

mitidos respecto de terceros (proveedores, consumidores, competidores, etc.).

Debe asegurar que este deber sea cumplido por sus propios dependientes (que, con motivo u ocasión de sus funciones accedan a tal información). En caso de infracción, responderá por el hecho de sus dependientes (art. 1753).

La confidencialidad es decisiva, sobre todo respecto del sistema de negocios que no se encuentra patentado, no gozando de medios de protección inherentes a la propiedad intelectual y depreciándose y dejando de existir como tal si se convierte en información de conocimiento público.

La obligación se extiende después de la conclusión del contrato (sin plazo de vencimiento) y también rige, a tenor del artículo 992, respecto de información brindada en las tratativas precontractuales.

- e) *Contraprestaciones (inc. e)*: el franquiciado debe ejecutar sus contraprestaciones a favor del franquiciante.

Estas contraprestaciones pueden ser de cualquier índole y pactarse libremente (art. 958), no haciendo a la configuración del tipo su naturaleza.

Es usual el pago de una prestación dineraria inicial (denominada "derecho de entrada", "fee de entrada" o "regalía inicial"), prestaciones periódicas (regalías fijas o variables en función de los ingresos del franquiciante) y prestaciones complementarias (por uso de marcas, por servicios o asistencia, por suministro de productos, insumos, servicios, etc.).

El Código admite expresamente la posibilidad de asignar carácter de contraprestación a las *contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas a la franquicia*. Se trata de prestaciones en especie, que reportan beneficios al franquiciante al perfeccionar su sistema de negocios, o maximizar los fines distributivos del contrato.

IV) Significado de la reforma

Antes del dictado del Código, las obligaciones del franquiciado

carecían de regulación legal y eran materia de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Actualmente, se encuentran pormenorizadamente normadas, aventándose dudas y fijándose criterios generales.

Art. 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.

I) Resumen

El Código establece un plazo mínimo imperativo de cuatro años, excepcionalmente reducible ante situaciones especiales caracterizadas por su provisoriedad. La continuidad de la relación al vencimiento del plazo produce la prórroga tácita por un año (salvo denuncia previa) y, a la segunda renovación, lo transforma en un contrato de tiempo indeterminado.

II) Concordancias

Preaviso (art. 1492); omisión de preaviso (art. 1493); plazo mínimo legal y conversión de contrato a plazo en contrato de tiempo indeterminado (art. 1506); extinción del contrato (art. 1522).

III) Interpretación de la norma

III.1) Plazo mínimo

El Código, por remisión al plazo previsto en materia de concesión, establece un plazo mínimo de cuatro años, de orden público.

Se remite al comentario del artículo 1506.

Este plazo no resulta aplicable a las franquicias pactadas por tiempo indeterminado, en las que se admite que la rescisión se produzca dentro del tercer año desde la concertación del contrato (art. 1522).

III.2) Reducción excepcional del plazo mínimo

La norma admite la posibilidad de reducir el plazo mínimo, debiendo tenerse en cuenta:

- Que la reducción procede en "situaciones especiales" que tienen como denominador común el hecho de que la actividad cesará en un plazo inferior al mínimo legal, por otorgarse la franquicia para actuar en un ámbito o evento provisorio (como ferias o congresos) o con una duración prevista, de menos de cuatro años.

Lógicamente, en estos casos el plazo del contrato irá en estrecha relación con la duración de la actividad.

- Que, a diferencia de lo que ocurre con la concesión, en estos casos no existe un plazo mínimo. Esta ausencia se justifica en el hecho de que ciertas franquicias para eventos especiales durarán lapsos muy variables, que en casos de ferias o congresos pueden ser brevísimos.

III.3) Situaciones posibles al vencimiento del plazo. Prórroga tácita

Al momento de vencer el plazo convenido o el plazo legal (el que fuere mayor), pueden darse tres situaciones:

- Que las partes, antes del vencimiento, hayan acordado la prórroga por un nuevo plazo. En este caso, el contrato continuará vigente por el plazo convenido.
- Que las partes pongan fin al contrato con motivo del vencimiento del plazo.
- Que, sin haber existido prórroga por un nuevo plazo, la relación continúe después del vencimiento. En este caso, a diferencia de lo que sucede en materia de concesión (en que el contrato

se convierte sin más en una concesión de tiempo indeterminado), el contrato se reputa prorrogado tácitamente por un año.

A fin de evitar esta prórroga automática, las partes deberán denunciar el contrato con una antelación no menor a treinta días (corridos, art. 6°) del vencimiento, variando el plazo de preaviso en función de la antigüedad del contrato (arg. art. 1522).

A falta de esta comunicación (o siendo ésta tardía, por no haber respetado el preaviso), se produce la prórroga.

Si a la segunda renovación efectuada a tenor de esta norma la relación subsiste, entonces sí el contrato muta en una franquicia por tiempo indeterminado.

IV) Significado de la reforma

El Código establece un plazo mínimo imperativo, susceptible de reducirse cuando el contrato se celebre para situaciones especiales más breves. En el régimen preexistente, al ser la franquicia un contrato innominado, no existía tal plazo y las partes podían preverlo por lapsos breves y rescindirlo en cualquier momento.

Art. 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.

D) Resumen

El Código establece que, salvo pacto en contrario, el contrato de franquicia genera exclusividad para ambas partes dentro del territorio o zona de influencia (que, además, opera como límite geográfico de la actuación del franquiciado).

II) Concordancias

Libertad de contratación (art. 958); límite temporal de la prohibición de competencia (art. 1522).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Regla supletoria*

La norma contiene una regla supletoria que puede ser modificada por las partes, quienes pueden excluir la exclusividad (respecto de uno o ambos contratantes) o limitarla en algún sentido (acotándola territorialmente, o fijando excepciones transitorias o permanentes, por ejemplo).

La exclusividad es, entonces, un elemento natural del contrato, que puede ser dejado sin efecto en ejercicio de la libertad de regulación de las partes (art. 958).

III.2) *Exclusividad. Alcance territorial de la concesión*

El régimen supletorio legal establece una exclusividad dotada de las siguientes características:

- a) *Territorialidad:* la exclusividad juega en un ámbito físico determinado (locales designados, territorio o zona de influencia). Este ámbito marca, además, el límite de actuación del franquiciado, quien debe desempeñarse dentro del mismo.
- b) *Bilateralidad:* la exclusividad juega para ambas partes.

Respecto del franquiciante, no le permite autorizar otra franquicia en el territorio, a menos que cuente con el consentimiento del franquiciado. Este consentimiento puede ser tácito e inferirse del conocimiento que tenga el franquiciado de la existencia de otra franquicia y el transcurso de un tiempo prolongado sin que formule oposición alguna.

Respecto del franquiciado, no le permite por sí o por terceros ejercer actividades competitivas ni operar unidades de franquicia. Del análisis sistemático de la norma se infiere que

esta limitación a la concurrencia sólo juega exclusivamente para la zona de influencia.

Esta prohibición dura hasta un máximo de un año desde la extinción del contrato por cualquier causa (art. 1522).

IV) Significado de la reforma

La norma resuelve controversias interpretativas acerca de la existencia de pactos de exclusividad, tomándolos por regla. Será entonces la parte que pretenda negarlos quien deberá demostrar que se convino lo contrario.

Asimismo, circunscribe la exclusividad a la zona, dándole una adscripción territorial que limita razonablemente los alcances de este derecho.

Art. 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.

I) Resumen

Son elementos naturales del contrato de franquicia la prohibición de cesión del contrato y los derechos no dinerarios (salvo en la fran-

quicia mayorista), la exclusividad a favor del franquiciado y la propiedad de la clientela del franquiciante.

II) Concordancias

Libertad de contratación (art. 958); franquicia mayorista (art. 1513, inc. a); exclusividad (art. 1517); subcontratos (arts. 1069 a 1072); cesión de la posición contractual (arts. 1636 a 1640).

III) Interpretación de la norma

El Código regula tres elementos naturales del contrato, que jugarán a falta de previsión contractual en contrario (que resulta lícita, a tenor del art. 958), a saber:

- a) Incesibilidad del contrato y de los derechos que de él emergen respecto del franquiciante (inc. a), que se explica por el carácter *intuitu personæ* del vínculo.

La prohibición no alcanza derechos económicos (respecto de los cuales no hay obstáculo para la transferencia) ni franquicias mayoristas, en las que el otorgamiento de subfranquicias hace precisamente al fin típico del negocio (aunque el franquiciado deberá contar con autorización previa del franquiciante).

- b) Respecto de la exclusividad por parte del franquiciante (inc. b), que no deberá contratar de manera directa bienes o servicios que integran la franquicia dentro de la zona o territorio.
- c) Propiedad de la clientela (inc. c), aclarándose que por regla pertenece al franquiciante (que es quien ha involucrado su marca y su nombre comercial).

Como correlato de esta pauta, el franquiciado no podrá mudar la ubicación de sus locales.

IV) Significado de la reforma

El Código fija una norma interpretativa que resuelve situaciones que se presentan habitualmente en la práctica y que, antes de su sanción, debían ser dirimidas judicialmente.

Art. 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.

I) Resumen

El Código determina la invalidez de ciertas cláusulas que restringen derechos del franquiciado (cuestionamiento justificado de los derechos intelectuales del franquiciante; adquisición de mercaderías a otros franquiciados; reunión y celebración de vínculos no económicos con otros franquiciados).

II) Concordancias

Nulidad parcial (art. 389); libertad de contratación (art. 958); contratos celebrados por adhesión (arts. 984 a 989); integración del contrato (art. 964); derechos intelectuales del franquiciante (art. 1512).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El principio general: la existencia de cláusulas inválidas y la integración del contrato*

El Código enumera tres supuestos de "cláusulas inválidas". Todos ellos se refieren a pactos habituales en los contratos de franquicia que resultan abusivos, al restringir indebidamente los derechos del franquiciado.

La enumeración no resulta taxativa, en la medida que todo contrato de franquicia que fuera celebrado por adhesión y en base a cláusulas generales predispuestas quedará alcanzado por la regla general del artículo 988 respecto a la invalidez de cláusulas abusivas.

Ahora bien, el artículo comentado será aplicable de manera auto-

mática, más allá de que el contrato en cuestión sea o no celebrado por adhesión, al no limitar su órbita de actuación a ese supuesto.

La consecuencia natural de la invalidez parcial del contrato (en la especie, la nulidad de las cláusulas referidas) será la integración del mismo (arts. 389, 964 y 989) y, fundamentalmente, la plena licitud y validez de los actos ejercidos por el franquiciado en infracción a tales cláusulas antijurídicas (incluso los ejercidos antes de declarada la nulidad).

III.2) *Los supuestos*

Las hipótesis regladas por la norma son:

- a) Las cláusulas que prohíben al franquiciado cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante mencionados en el artículo 1512, segundo párrafo (inc. a).

De acuerdo a esa norma, el franquiciante debe reunir una de estas dos condiciones: (i) ser titular exclusivo de los derechos comprendidos en el sistema bajo franquicia (derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás); (ii) derecho de utilización y transmisión al franquiciado de estos derechos.

Es esencial para el franquiciado que el franquiciante cuente efectivamente con la disponibilidad jurídica de estos elementos intangibles que integran el sistema operativo objeto de contratación. De no ser así, estaría expuesto al riesgo de que en cualquier momento un tercero impugne la licitud de las licencias respectivas, frustrando el negocio (y dando lugar a un supuesto de evicción).

No puede, por ende, privárselo de cuestionar fundadamente situaciones irregulares de este tenor, que podrían impactar gravemente en el contrato y en su actividad empresarial, so pena de permitir una injustificada restricción de derechos (art. 988, inc. b).

- b) Las cláusulas que prohíben al franquiciado adquirir mercaderías comprendidas en la franquicia de otros franquiciados dentro del

país, siempre que éstos respondan a las calidades y características contractuales (inc. b).

Esta cláusula, que entraña una renuncia de derechos del franquiciado (art. 988, inc. b), no satisface un interés razonable del franquiciante y supone una restricción indebida de su libertad de contratar, potencialmente violatoria del derecho de competencia.

- c) Las cláusulas que le prohíben al franquiciado reunirse o establecer vínculos no económicos con otros franquiciados (inc. c). El Código descalifica restricciones a la libertad de contratación de un franquiciado con otros franquiciados, en tanto no acarreen perjuicio alguno al franquiciante (estando impedidos de celebrar lazos económicos, que podrían originar una integración horizontal o una sindicación hostil para el franquiciante) y pueden generar una adecuada sinergia y una articulación estratégica. Prohibir estas vinculaciones entrañaría una renuncia de derechos irrazonable (art. 988, inc. b).

IV) Significado de la reforma

El Código declara expresamente la invalidez de ciertos pactos irrazonables que, en el Derecho derogado, hubieran sido lícitos, al no existir regulación alguna que los prohíba.

Art. 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.

I) Resumen

Se establece la independencia de los contratantes y la inexistencia de relación laboral entre ellas, de lo que son corolarios la irresponsabilidad del franquiciante por hechos del franquiciado (inc. a), la inexistencia de relación laboral entre dependientes del franquiciado y franquiciante (inc. b), la irresponsabilidad del franquiciante por falta de rentabilidad del sistema (inc. c) y el deber de identificación independiente.

II) Concordancias

Autonomía de las partes (art. 1512); responsabilidad por defectos del sistema (art. 1521); responsabilidad por el hecho del dependiente (art. 1753). Ley 24.240, responsabilidad en el derecho del consumo (art. 40). Ley 20.744, fraude laboral (art. 15). Ley 20.744, solidaridad laboral (arts. 30 y 31).

III) Interpretación de la norma

III.1) El principio general

Ratificando el principio general del artículo 1512, se establece la independencia de las partes.

El Código aclara que no existe entre ellas relación laboral, debiendo acotarse que en principio tampoco existen relaciones societarias (pues no lo admite el art. 1512 *in fine*) ni de dependencia en sentido civil (como se explica luego).

La ausencia de relación laboral es un rasgo constitutivo de la franquicia, pero no impide efectuar un análisis realista del vínculo, debiendo recordarse que el principio de primacía de la realidad implica la nulidad de los contratos que aparenten relaciones falsas de manera simulada o en fraude a la ley (art. 14, ley 20.744).

En tal sentido, por más que se haya nominado un contrato como franquicia, si en rigor entraña una subordinación laboral y trabajo dependiente, podrá declararse la nulidad del vínculo y estarse a la realidad de los hechos.

III.2) Las consecuencias

De este principio general, se extraen las siguientes consecuencias:

a) *Irresponsabilidad del franquiciante por las obligaciones del franquiciado (inc. a):* es una consecuencia lógica de la autonomía de las partes que el franquiciante no responda por obligaciones del franquiciado (quien, insistimos, tiene su propia estructura empresarial y corre sus propios riesgos).

En principio, entonces, no existe dependencia civil entre ambos, por lo que no se activa la responsabilidad prevista por el artículo 1753 (responsabilidad por el hecho del dependiente).

Este principio cede ante disposición legal expresa en contrario. Es una excepción notable a esta regla de irresponsabilidad el artículo 40 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, que hace responsable a toda la cadena de comercialización (abarcando franquiciante y franquiciado) por daños derivados del riesgo o vicio de la cosa o de la prestación de un servicio.

b) *Irresponsabilidad laboral ante los dependientes del franquiciado, salvo fraude (inc. b):* se establece un principio general que tiene como corolario dirimir las extensas discusiones y controversias jurisprudenciales sobre la responsabilidad del franquiciante y la posible aplicación de los artículos 30 (subcontratación) y 31 (conjunto económico permanente) de la ley 20.744 al contrato de franquicia.

Con respecto al artículo 30, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se encargó de aclarar desde el precedente "Rodríguez"⁵²⁵ que no es aplicable por la mera existencia de un contrato de franquicia o distribución, pues el franquiciado ac-

⁵²⁵ Fallos: 316:713, aunque luego habiendo acotado la validez de la regla de derecho en "Benítez" (Fallos: 332:2815).

túa en nombre propio y a su riesgo, sin perjuicio de los derechos del trabajador en caso de fraude.

Con respecto al artículo 31, si bien la franquicia no da como regla lugar a un conjunto económico (más allá de que establece vínculos interempresarios), la jurisprudencia se hallaba dividida.

La norma comentada disipa las dudas al respecto, fijando un principio claro de acuerdo al cual la mera existencia de una franquicia no permite el encuadre en estos dispositivos. Solamente existirá responsabilidad laboral del franquiciante en caso de fraude (art. 14, ley 20.744), cuando la franquicia haya sido celebrada para ocultar la real existencia de un único sujeto de derecho o de un conjunto económico permanente.

c) *Irresponsabilidad del franquiciante por rentabilidad del sistema (inc. c):* el franquiciado asume los riesgos propios de su actividad empresarial, por lo que la mayor o menor rentabilidad que ésta le reporte sólo pesará sobre él.

Correlativamente, el franquiciante no responde por ese riesgo, excepto que hubiera dado expresas garantías o que la frustración de la rentabilidad no provenga del álea propia de los negocios sino de un defecto de diseño del sistema, a tenor del artículo 1521.

d) *Deber de identificación independiente:* el franquiciado debe indicar claramente su calidad de persona independiente del franquiciante, tanto en sus documentos comerciales (facturas, remitos, etc.) como en sus libros, contabilidad y papeles fiscales. De igual modo, al contratar con terceros debe abstenerse de invocar representación o vinculación con el franquiciante e informar la autonomía a su respecto.

El Código fija el límite de este deber de diferenciación: no debe interferirse en la identidad de la red franquiciada, introduciendo elementos distintivos que afecten la uniformidad de nombres, rótulos, locales, mercaderías, etcétera.

Se trata de aclarar la autonomía de los contratantes respecto de terceros pero sin inficionar la unidad del sistema de franquicias ni de la red de distribución.

IV) Significado de la reforma

Se esclarecen cuestiones no reguladas en el régimen preexistente, fijando un principio general de autonomía (susceptible de excepciones particulares) y resolviendo cuestiones conflictivas, que daban lugar a contradicciones jurisprudenciales y situaciones de inseguridad jurídica.

Art. 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.

I) Resumen

El Código fija la responsabilidad del franquiciante por daños causados al franquiciado por defectos del diseño del sistema, siempre que no obedezcan a la negligencia grave o dolo del franquiciado.

II) Concordancias

Concepto de franquicia (art. 1512); sistema de negocios (art. 1513, inc. c); obligaciones del franquiciante (art. 1514); irresponsabilidad por falta de rentabilidad (art. 1521).

III) Interpretación de la norma**III.1) El problema**

En la franquicia, el franquiciante le permite al franquiciado utilizar un sistema probado de comercialización (art. 1512), que resulta de conocimientos prácticos y la experiencia del franquiciante (art. 1513, inc. c).

Esta licencia o autorización es crucial en el contrato, pues alrededor suyo pivotean las demás obligaciones del franquiciante (aporte de know-how, asistencia técnica permanente, licencia de marcas y otros derechos intangibles, eventual provisión de insumos o productos); el

interés del franquiciado se centra en él, porque apunta a obtener la rentabilidad que previsiblemente le generaría una forma probada de conducir sus negocios.

Desde esta óptica, un defecto en el diseño del sistema de negocios puede traducirse en la frustración del interés del franquiciado, por más que el franquiciante cumpla adecuadamente sus restantes obligaciones.

Puede ocurrir que el franquiciante, al momento de autorizar al franquiciado su sistema de negocios, le garantice ciertos resultados o cierta rentabilidad. El pacto será lícito, y obligará al franquiciante a responder objetivamente cuando dicha rentabilidad no se alcance. A falta de este acuerdo, la regla es la irresponsabilidad del franquiciante por falta de rentabilidad (art. 1521).

Más difícil es precisar qué sucede cuando el franquiciante no garantiza el resultado, pero sí brinda información (a tenor del art. 1514, inc. a) que genera al franquiciado legítimas expectativas, que a posteriori se frustran como consecuencia de defectos o imperfecciones en el diseño del sistema de negocios.

III.2) La solución legal

El Código establece la resarcibilidad de los daños sufridos por el franquiciado por defectos de diseño del sistema.

La alusión al daño "probado" pone énfasis en la certidumbre del daño (excluyendo la indemnización de detrimentos hipotéticos o potenciales; arg. art. 1739) y en la carga de la prueba, que recae en principio sobre el franquiciado (art. 1744).

La ley disciplina las eximentes de responsabilidad de un modo preciso: por más que el sistema resulte defectuoso, si el franquiciado hubiera ejercido la franquicia de manera dolosa o gravemente negligente, no será indemnizado.

Se quiebra el nexo causal, pues en estos casos el franquiciado se verá perjudicado por su propio comportamiento, con independencia del diseño del sistema. Ambos elementos implican hecho del damnificado admitido como eximente, que permite la exclusión o la limitación de la responsabilidad (art. 1729).

La responsabilidad del franquiciante por defectuoso diseño del sistema es compatible con la negligencia leve del franquiciado (que no juega como eximente). El caso fortuito sí lo excusaría de responsabilidad (por ser una regla genérica que juega salvo exclusión expresa, art. 1730), pero debe aclararse que la existencia de vaivenes económicos y cierto dinamismo del mercado por lo general no encuadrarán en esta eximente, por hacer a la necesaria previsibilidad contractual (art. 1728) en el marco de un contrato de larga duración.

La responsabilidad es, entonces, objetiva (art. 1723), al funcionar con independencia de la culpa o dolo del franquiciante (art. 1724).

IV) Significado de la reforma

Se resuelve un problema complejo que, antes de la reforma del Código, carecía de regulación. Se elimina la inseguridad jurídica existente y se asegura al franquiciado el derecho a ser indemnizado.

Art. 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 des-

de 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.

I) Resumen

El Código regula la extinción del contrato de franquicia por muerte o incapacidad (inc. a), por justa causa (inc. b), por vencimiento del plazo en contratos provisionales (inc. c) y, en general, por rescisión (inc. d).

II) Concordancias

Resolución por incumplimiento (arts. 1084 a 1088); plazo mínimo (art. 1516); omisión de preaviso (art. 1493); prohibición de competencia (art. 1517).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Supuestos de extinción del contrato*

El Código sintetiza cuatro supuestos diferentes de extinción del contrato de franquicia:

- a) *Muerte o incapacidad de las partes* (inc. a), lo que es una lógica consecuencia del encuadramiento de este contrato como *intuitu personae* y de confianza. Se encuentra alcanzada la hipótesis de disolución de la sociedad franquiciante o franquiciada.
- b) *Resolución por incumplimiento* (inc. b), fijándose como regla que durante el plazo original el contrato no podrá dejarse sin efecto sin justa causa.

Se refuerza el carácter imperativo del plazo, a la vez que se

admite la posibilidad de resolución por incumplimiento, remitiendo a las normas generales (arts. 1084 y ss.) en la materia.

- c) *Vencimiento del plazo de contratos provisionales* (inc. c), que de acuerdo al artículo 1516 pueden celebrarse por un plazo inferior al mínimo legal, en atención a la provisionalidad de la situación para la que se instrumenta la franquicia.
- d) *Vencimiento del plazo en general* (inc. d). En los contratos no alcanzados por el inciso c, para que se produzca la extinción por vencimiento del plazo es necesario un preaviso de un mes por cada año de duración hasta un máximo de seis meses.

De no procederse a este preaviso, operarán la prórroga automática y, ulteriormente, la conversión en contrato por tiempo indeterminado, según lo previsto por el artículo 1516.

- e) *Rescisión unilateral* (inc. d), sin necesidad de invocar justa causa.

En estos casos se exige el mismo preaviso que en el anterior (un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis), no pudiendo hacerse operativa la rescisión antes de los tres años de celebración del contrato. La omisión de preaviso genera derecho a indemnización a tenor del artículo 1493.

III.2) Limitación temporal de la prohibición de competencia

La última parte de la norma limita temporalmente la restricción de competencia que, de acuerdo al artículo 1517, recae sobre el franquiciado, como consecuencia de la exclusividad bilateral que impone el contrato.

Ello obedece a la imposibilidad de dejar ligado *sine die* al franquiciado a una regla restrictiva pactada en un contrato extinguido (lo que no satisface en absoluto los intereses legítimos del franquiciante), debiendo necesariamente limitarse su duración de manera razonable.

Lo hace fijándola en un plazo máximo de un año (pudiendo por acuerdo de partes fijarse un lapso menor, pero mayor) y acotándola a un "territorio razonable" (que se determinará teniendo en cuenta el que fuera territorio o zona de influencia del franquiciado), librando a

un análisis circunstanciado la determinación final de este ámbito temporal y geográfico de ultraactividad de la no concurrencia.

IV) Significado de la reforma

Antes de la sanción del Código, no existían reglas legales sobre la extinción del contrato de franquicia, lo que daba lugar a dudas y discusiones (sobre todo, respecto al preaviso necesario para rescindir el contrato), hoy superadas.

Art. 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.

I) Resumen

El Código establece que la franquicia no es en sí misma un acuerdo que afecte la competencia.

II) Concordancias

Abuso de posición dominante en el mercado (art. 11). Ley 25.156 de Defensa de la Competencia.

III) Interpretación de la norma

Las redes o cadenas de franquicias, vertebradas mediante vínculos complejos entre un franquiciante y una pluralidad de franquiciados, incide claramente en la configuración del mercado: por un lado, acotando la competencia entre empresas que integran una cadena (mediante cláusulas de exclusividad o no concurrencia); por el otro, dándole al franquiciante la posibilidad de explazar en el mercado mediante la extensa mano que conforman sus franquiciados y, de esta manera, obtener una posición relevante.

Sin embargo, estas articulaciones no pueden reputarse sin más y por sí mismas violatorias de normas en materia de competencia o de

leyes antimonopólicas. El principio general es la licitud del contrato de franquicia y su validez en cuanto tal. Así lo recepta el Código.

Esto no significa que no puedan existir redes de franquicias instrumentadas con un desvío de fines (creadas para desplazar a competidores) o pactos dentro de los contratos que estén en infracción de la legalidad vigente (por ejemplo, que obliguen a los franquiciados a adquirir al franquiciante productos o insumos que no sean necesarios para el negocio, art. 2º, inc. i, ley 25.156; o que impliquen concertación de precios mínimos, art. 2º, inc. a, ley 25.156)⁵²⁶. Asimismo, podría aplicarse según el caso el artículo 11 (*Abuso de posición dominante*).

Los Fundamentos del Proyecto establecen que esta norma atiende a un dato sociológico: la franquicia es en nuestro país un negocio que beneficia a pequeños inversores y no se han verificado situaciones anticompetitivas.

IV) Significado de la reforma

Antes de la reforma del Código no existía ninguna norma similar, por lo que se solucionan problemas interpretativos y se disipan discusiones al respecto.

Art. 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.

I) Resumen

El Código determina la aplicación de las reglas sobre franquicia a las subfranquicias y a las franquicias industriales o de producción.

⁵²⁶ HOCSMAN, *Contratos modernos de distribución comercial* cit., p. 243.

II) Concordancias

Concepto de franquicia (art. 1512); franquicias mayoristas (art. 1513, inc. a); subfranquicia en las franquicias mayoristas (art. 1518, inc. a); contratos innominados (art. 970); subcontratos (arts. 1069 a 1072).

III) Interpretación de la norma

Al igual que en materia de concesión (art. 1511), el Código culmina el capítulo relativo a la franquicia indicando su aplicabilidad a ciertos supuestos particulares (que, en algún caso, podrían resultar dudosos):

- a) Las subfranquicias, habilitadas en caso de franquicia mayorista. La aplicación obedece a que estas subfranquicias son, en sí mismas, franquicias, aunque encuadradas como subcontratos (arts. 1069 y concs.) y enmarcadas por la franquicia principal.
- b) Las denominadas "franquicias industriales" o franquicias de producción implican una licencia del franquiciante al franquiciado para que fabrique, siguiendo sus directivas, productos que luego comercializará bajo la marca del primero.

El franquiciante concentra el rol de productor y el de distribuidor, multiplicando los puntos de producción y suprimiendo costos de transporte, al identificar lugar de producción y lugar de venta.

Estructuralmente, esta modalidad de contratación encuadra en el concepto general de franquicia del artículo 1512, pero le agrega una mayor complejidad al integrar una fase de elaboración de productos.

IV) Significado de la reforma

Se fija la aplicación extensiva del régimen de la franquicia en general a supuestos que carecían de una regulación legal.

CAPÍTULO 20

MUTUO

Introducción. El contrato de mutuo en los Fundamentos de la Comisión de Reformas

El mutuo se regula como contrato consensual. 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.

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.

El mutuo es oneroso, excepto pacto en contrario. Se regulan los intereses, simplificando el modelo del Proyecto de 1998, siguiendo la tesis adoptada en materia de obligaciones. 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.

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.

Se aplican al mutuo las disposiciones relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero o de género, según sea el caso.

Art. 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.

I) Resumen

Se define el contrato de mutuo o préstamo de consumo. Al haberse suprimido del Código la categoría de los contratos reales se lo define como un contrato consensual que, perfeccionado con el consentimiento de las partes, hace nacer las obligaciones propias del mismo: la de entregar en préstamo por el mutuante y la de devolver lo prestado por el mutuario.

II) Concordancias

Cosas fungibles (art. 232); obligaciones de género (arts. 762 y 763); obligaciones de dar dinero (arts. 765 a 772); pago (arts. 865 a 885); mora (arts. 886 a 888); contratos unilaterales y bilaterales (art. 966); contratos onerosos y gratuitos (art. 967); contratos conmutativos y aleatorios (art. 968); contratos nominados e innominados (art. 970).

III) Interpretación de la norma**III.1) Definición del contrato**

El Código, tal como lo hacía el código derogado, define dos categorías de contratos de préstamo: el de uso que tiene por objeto cosas fungibles y, por tanto, obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma especie (mutuo), y el de uso que tiene por objeto una cosa inmueble o mueble no fungible y que, en consecuencia, obliga a devolver la misma cosa recibida (comodato).

Se ha eliminado la clasificación de los contratos en consensuales (aquellos que quedaban perfeccionados por el mero consentimiento de las partes) y reales (los que, además del consentimiento, requerían como elemento constitutivo la entrega de la cosa). El mutuo se en-

contraba en el código derogado incluido en la segunda categoría (art. 1142), por tanto no existía contrato de mutuo mientras no se hubiese hecho entrega de la cosa objeto del mismo. Por ello era necesario regular los efectos de la promesa de mutuo, es decir, aquellos acuerdos en virtud de los cuales alguien prometía dar algo en préstamo a otro (art. 2244). Al regularse el contrato como consensual el mero acuerdo dará nacimiento al contrato de mutuo, por lo cual carece de interés toda regulación específica para la promesa. Como consecuencia de esa eliminación, el mutuo queda perfeccionado, como todos los contratos, cuando existe consentimiento, es decir, aceptación de una oferta (art. 971).

En la definición se incluye como elemento esencial que el objeto esté constituido por una cantidad de cosas fungibles. El código derogado (art. 2241) decía que debía tratarse de cosas consumibles o fungibles aunque no fueran consumibles, por tanto lo indispensable es que fueran fungibles, que es lo que ahora se establece. El concepto de cosa fungible se encuentra en el artículo 232 que las define como aquellas en que cada individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y, en consecuencia, pueden ser sustituidas por otro individuo de la misma especie. Es éste el mismo concepto que definía el código derogado en el artículo 2324.

Se incluye también como elemento tipificante la transferencia de la propiedad de la cosa objeto del mutuo. Esto implica la autorización para consumirla ya que el mutuario gozará de todas las facultades inherentes a su calidad de dueño de la cosa. Cuando en el código derogado el contrato de mutuo requería para su perfeccionamiento la entrega de su objeto, el perfeccionamiento del contrato coincidía con el momento de la tradición, por lo que el dominio se transmitía en el mismo acto de celebración del contrato. Ahora, al tratarse de un contrato consensual, generará la obligación del mutuante de entregarla, por lo que el contrato de mutuo revestirá el carácter de título para la transmisión de la propiedad, requiriéndose para que ésta opere el modo (art. 1892), que consistirá en la tradición posesoria. Ésta se configurará en el momento en que el mutuante haga entrega de la cosa al mutuario. Como consecuencia del efecto traslativo de la propiedad, el mutuante debe ser propietario de la

cosa⁵²⁷. Si no revistiera este carácter al celebrarse el contrato, deberá adquirirlo al momento de cumplir su obligación.

La transmisión de la propiedad de la cosa implicará que el mutuario, en su calidad de dueño, asumirá los riesgos propios de la cosa por lo que la pérdida de ésta, ya sea por su culpa o por caso fortuito, no lo eximirá de su obligación de restituir⁵²⁸. Esto constituye una simple aplicación de la máxima *res perit domino*.

La definición abarca la obligación del mutuario de restituir igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie recibida. Si el mutuo es oneroso, debe agregarse a esta obligación la de pagar los intereses⁵²⁹.

III.2) Clasificación del contrato

Dentro de las categorías enunciadas por el Código, este contrato puede clasificarse como *bilateral* (art. 966), ya que las partes quedarán obligadas recíprocamente: el mutuante a entregar lo prometido en mutuo y el mutuario a restituirlo y, si fuera oneroso, además, a pagar los intereses.

Durante la vigencia del código derogado se incluía al mutuo dentro de la categoría de los contratos unilaterales ya que la prestación a cargo del mutuante (la entrega de la cosa) era constitutiva del contrato y se extinguía en el mismo acto de su perfeccionamiento; en consecuencia, del contrato emergían sólo las obligaciones del mutuario⁵³⁰.

El contrato de mutuo puede ser *gratuito u oneroso*, según se pacten o no intereses (art. 1527). En ambos Códigos derogados, el Civil (art. 2248) y el de Comercio (art. 560), se presumía la gratuidad del mutuo, a pesar de que la realidad de los negocios, sobre todo en materia

⁵²⁷ BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 715.

⁵²⁸ MAYO, Jorge A., en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, dir. por Augusto C. Belluscio y Eduardo E. Zannoni, Astrea, Buenos Aires, 2004, t. 9, p. 1000.

⁵²⁹ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 365.

⁵³⁰ Conf. LORENZETTI, ob. cit., p. 368. Entendía que el contrato era bilateral, BORDA, ob. cit., p. 716.

de préstamos entre comerciantes, imponía la onerosidad. Esto había llevado a la aplicación de la regla general según la cual los actos de los comerciantes no se presumen gratuitos (art. 218, inc. 5°, del Cód. Com. derogado)⁵³¹. Ahora se establece expresamente (art. 1527) la presunción de onerosidad.

Se trata de un contrato *commutativo* (art. 968), ya que al celebrárselo las partes podrán apreciar cuál serán las ventajas para cada una de ellas.

El contrato es *nominado* (art. 970), es decir, la ley lo regula expresamente. Respecto de la forma el Código no impone ningún requisito, por lo que el contrato es no formal (art. 1015).

El contrato de mutuo hace nacer la obligación del mutuario de restituir, lo que presume la existencia de un plazo entre la celebración del contrato y el cumplimiento de esta obligación, por lo que el contrato puede clasificarse como *de ejecución diferida*⁵³².

Respecto a la capacidad para celebrar contratos de mutuo no existen normas específicas, por lo que se aplicarán las generales en materia de capacidad⁵³³ y las inhabilidades para contratar, reguladas en los artículos 1001 y 1002. Con relación a la legitimación de quién puede celebrar este contrato por representación, el código derogado requería facultad expresa (art. 1881, inc. 9°). En este Código el punto está regulado en el artículo 375, inciso m, que requiere facultades expresas para que el apoderado pueda dar o tomar dinero en préstamo, excepto cuando estos actos correspondan al objeto para el que se otorgó el poder en términos generales. Se aplica al respecto la norma sobre representación aparente incluida en el artículo 367.

III.3) Forma del contrato

No se impone para este contrato ningún requisito de forma, por lo que puede ser clasificado como *no formal* (art. 1015). El código de-

⁵³¹ Conf. LORENZETTI, ob. cit., p. 369; ROUILLON, Adolfo A. N. (dir.), *Código de Comercio. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 995; VÍTOLO, Daniel Roque, *Contratos comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 539.

⁵³² LORENZETTI, ob. cit., p. 370.

⁵³³ LORENZETTI, ob. cit., p. 373.

rogado (art. 2246) establecía el mismo principio pero establecía que no podía ser probado en juicio si excediendo de cierto monto, no había sido formalizado en instrumento público o privado de fecha cierta. Esto había permitido a alguna doctrina clasificarlo como formal para la prueba. Sin perjuicio de ello la doctrina comercialista interpretó que la regla del artículo 2246 era sólo para la prueba frente a los terceros pero no entre las partes, entre quienes podría admitirse todo medio probatorio ya que en materia comercial regían sobre el particular los artículos 208 y siguientes del Código de Comercio derogado⁵³⁴.

En este Código se aplicará para la prueba el principio general del artículo 1019, lo que obligará en la generalidad de los casos a instrumentar el contrato de mutuo.

IV) Significado de la reforma

El Código viene a reemplazar las regulaciones de este contrato en el código civil derogado (arts. 2240 a 2254) y en el código de comercio derogado (arts. 558 a 571). Al suprimirse la categoría de contratos reales (arts. 1140 a 1143 del cód. civ. derogado), que exigía para el perfeccionamiento del contrato que se hiciera entrega de la cosa, el contrato nace con el consentimiento. Por tanto, deja de ser un contrato unilateral para clasificarse como bilateral. Con un criterio lógico se impone como característica del objeto que se trate de cosas fungibles, eliminando la categoría de consumibles a estos efectos.

Art. 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.

⁵³⁴ ROUILLON, ob. cit., p. 558.

I) Resumen

Se aplican principios generales de los contratos. En el primer párrafo, la tutela preventiva establecida en el artículo 1032 como complemento de la excepción de incumplimiento regulada en el artículo anterior. En el segundo párrafo, la regla es la general para todos los contratos: la falta de cumplimiento de una de las partes faculta a la otra a exigirlo o, a su opción, a resolverlo (arts. 1086, 1087, 1088).

II) Concordancias

Suspensión del cumplimiento (art. 1031); tutela preventiva (art. 1032); extinción por declaración de una de las partes (arts. 1077, 1078, 1079, 1080, 1081, 1082); resolución del contrato (art. 1083); configuración del incumplimiento (art. 1084); cláusula resolutoria expresa (art. 1086); cláusula resolutoria implícita (arts. 1087 y 1088).

III) Interpretación de la norma

Es un efecto propio de los contratos bilaterales, es decir, aquellos de los cuales nacen obligaciones recíprocas para las partes, la llamada excepción de incumplimiento que permite que, existiendo obligaciones de cumplimiento simultáneo, ante la falta de cumplimiento de una de las partes, la otra pueda posponer el suyo. Este instituto se encontraba regulado en el artículo 1201 del código derogado. Se trata de una excepción de carácter dilatorio ya que sólo permite retrasar el propio cumplimiento hasta que la otra parte cumpla u ofrezca cumplir dando las garantías necesarias. El artículo 1031 de este Código regula el mismo concepto.

Además, el código derogado preveía en la regulación del contrato de compraventa la posibilidad de dejar de cumplir en algunos casos en los que, si bien no había incumplimiento de una obligación simultánea, existían riesgos importantes de que la otra parte no fuera a cumplir. Así, el artículo 1419 permitía al vendedor no entregar la cosa vendida cuando, habiendo dado plazo para el pago, el comprador hubiera caído en estado de insolvencia. También facultaba al comprador a dejar de pagar el precio cuando tuviese motivos fundados de sufrir

evicción o cualquier acción real, respecto de la cosa que había comprado (art. 1425). Ahora, en el artículo 1032, que reconoce como antecedente el artículo 1405 del Proyecto de 1998, se regula con carácter general y bajo el título de *Tutela preventiva* esta posibilidad: "Una parte puede 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".

El artículo en comentario, en su primer párrafo, hace una aplicación concreta de ese concepto al contrato de mutuo. Se entiende que, por aplicación de lo prescripto en el citado artículo 1032, si el mutuario brinda garantías suficientes, el mutuante no podrá dejar de cumplir su obligación.

Respecto del segundo párrafo resulta una simple aplicación de principios generales: en primer lugar como todo contrato tiene por efecto propio la fuerza obligatoria, por lo que una parte puede demandar el cumplimiento forzado de la obligación de la otra. Probablemente en este caso la norma, que repite el mismo concepto del citado artículo 1405 del Proyecto de 1998, tiende a reforzar el carácter consensual del contrato. Recuérdese que en el régimen del código derogado la promesa de dar en préstamo (art. 2244) no permitía exigir el cumplimiento.

Por otro lado, la falta de cumplimiento de su obligación por parte del mutuante permitirá al mutuario optar por la resolución del contrato. Es éste el efecto habitual de todo contrato bilateral: el pacto comisorio. Podría ocurrir que en el contrato de mutuo se haya establecido una cláusula resolutoria expresa (pacto comisorio propiamente dicho). Se regirá entonces por el artículo 1086. En este caso lo más probable es que se haya identificado expresamente el incumplimiento del mutuante como la falta de entrega del objeto del contrato en la fecha establecida. En ese caso bastará que, incumplida esta obligación, el mutuario pueda declarar resuelto el contrato (art. 1086, última parte). Si, por el contrario, en el contrato no se hubiera incluido ninguna cláusula expresa, se la considerará implícita (art. 1087) y deberán darse los presupuestos enunciados en el artículo 1088: incumplimiento relevante en los términos del artículo 1084, mora del deudor (común a todo supuesto de aplicación

de cláusula resolutoria implícita o explícita), emplazamiento por el plazo no menor a quince días con las características detalladas en su inciso c.

IV) Significado de la reforma

Se incluye expresamente para el mutuo la tutela preventiva que autoriza al mutuante a no cumplir su obligación si la situación económica del mutuario lo hace temer por la restitución. Este concepto no se incluía en el código derogado, salvo para el contrato de compraventa (arts. 1419 y 1425).

En el segundo párrafo se hace aplicación específica de principios generales: facultad del mutuario de optar entre demandar el cumplimiento forzado de la obligación del mutuante y resolver él por aplicación de cláusula comisorias. Estas reglas no jugaban en el código derogado dado que al ser un contrato real, el incumplimiento de la promesa del mutuante sólo generaba obligación de resarcir daños y perjuicios si se trataba de un mutuo oneroso (art. 2244).

Art. 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.

I) Resumen

Se establece la presunción de onerosidad del contrato de mutuo.

Se regulan diversos aspectos de los intereses: a) moneda de pago: si el mutuo es dinerario, en la misma moneda prestada; si tiene por objeto otro tipo de cosas fungibles, se liquidan en dinero sobre el valor de la cosa prestada; b) periodicidad del pago: por trimestre vencido, salvo estipulación en contrario; c) carácter irrepetible de los intereses pagados sin obligación al pago; d) presunción del pago de intereses anteriores cuando se extiende recibo por un período posterior sin hacer ninguna mención de la deuda anterior.

II) Concordancias

Intereses compensatorios (art. 767); intereses moratorios (art. 768); intereses punitivos (art. 769); anatocismo (art. 770); facultades judiciales respecto del monto de los intereses (art. 771).

III) Interpretación de la norma

III.1) Presunción de onerosidad

Esta norma viene a reemplazar a los artículos 2248 del Código Civil y 560 del Código de Comercio derogados, ya que como consecuencia de la unificación regirá para todo contrato de mutuo. La citada norma del código civil derogado traía la presunción contraria: no habiendo convención expresa en materia de intereses el mutuo debía reputarse gratuito. A su vez, el Código de Comercio derogado tampoco presumía la onerosidad del contrato ya que, si bien la onerosidad era la regla general en materia de contratos comerciales, el texto expreso del citado artículo 560 la excluía en este caso. Sin embargo, se ha señalado que en materia comercial debía regir el principio general según el cual los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos, consagrado en el artículo 218, inciso 5°, del Código de Comercio derogado⁵³⁵.

El precepto es ahora claro: todo contrato de mutuo devengará intereses, salvo que las partes expresamente estipulen lo contrario.

⁵³⁵ GASTALDI, José María y CENTANARO, Esteban, *Contratos aleatorios y reales*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1998, p. 211; LORENZETTI, ob. cit., p. 369.

III.2) *Intereses. Moneda de pago. Forma de liquidarlos*

La norma establece que la retribución para el mutuante serán los intereses compensatorios. El Código en el artículo 767 se refiere expresamente a éstos y en los artículos 768 y 769 a intereses moratorios y punitivos respectivamente. Se ha señalado que el *interés compensatorio* (también llamado interés retributivo o lucrativo) constituye el precio que se paga por el uso de un capital ajeno⁵³⁶. Se denomina *interés moratorio, resarcitorio, indemnizatorio o punitivo*, al que tiene por finalidad indemnizar el perjuicio que experimenta el acreedor a raíz del retardo en que incurre el deudor en el cumplimiento de su promesa y que se aplica una vez vencido el período convenido de uso del capital. Por último, se denomina *interés punitivo*, al que constituye una cláusula penal y sanciona al deudor moroso por el incumplimiento oportuno de su obligación⁵³⁷.

En un sentido restringido la noción de interés se circunscribe al precio del uso de capitales en dinero, mientras que en un sentido amplio, que es el que adopta la norma que comentamos, debe entenderse como el precio de cualquier capital, sea o no en dinero⁵³⁸. La tasa de interés viene en muchas ocasiones a cumplir otras funciones que es la de retribuir el uso del dinero. Así, en muchos casos cubre: a) el riesgo de restitución que hará aumentar la tasa cuanto menor sea la solvencia del deudor; b) el riesgo inflacionario que hará que la tasa no refleje un interés puro sino que al aplicarse los réditos sobre un capital desvalorizado sólo vengán a compensar el deterioro del valor real de lo prestado; c) el riesgo cambiario, cuando se trate de préstamos en una moneda que represente un valor constante y exista el riesgo de que se admita la restitución del capital en otra moneda de menor valor real; d) la compensación de costos administrativos del acreedor⁵³⁹.

La norma comentada establece que, salvo pacto en contrario, los intereses se pagarán siempre en dinero, ya sea que el capital prestado

⁵³⁶ ROUILLON, Adolfo A. N., *Intereses en Derecho Mercantil y Bancario...*, en E. D. 154-849.

⁵³⁷ ROUILLON, ob. cit. en nota 10.

⁵³⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. y lug. cit.

⁵³⁹ LORENZETTI, ob. cit., p. 382.

fuese dinerario o que consistiera en otro tipo de cosas. El principio es el mismo contenido en el artículo 563 del Código de Comercio derogado que establecía que los intereses se pagaban siempre en dinero. A pesar del claro texto legal se coincidía en que se trataba de una norma de carácter meramente dispositivo⁵⁴⁰ por lo que admitía convención en contrario, con lo que el régimen es el mismo que ahora se sanciona.

Cuando los intereses deban liquidarse sobre un capital compuesto por cosas fungibles que no son dinero, éstas deben valuarse. Para ello se fijan como pautas el valor que las cosas prestadas tenían en el lugar donde deben pagarse los intereses y al momento en que comenzó el período al que éstos corresponden. La norma coincide con la establecida en el artículo 562 del Código de Comercio derogado⁵⁴¹. Si el deudor hubiera incurrido en mora, los intereses moratorios deberán ser calculados según el valor de la cosa prestada, al tiempo y en el lugar en que la cosa debe ser devuelta⁵⁴².

III.3) *Intereses. Periodicidad en el pago*

En el tráfico de los negocios es lo usual que en el contrato de mutuo las partes acuerden la periodicidad con que se liquidarán los intereses. De hecho en el sistema bancario se aplican distintos sistemas financieros que importan liquidar cuotas que incluyen capital e intereses de modo de generar cuotas iguales que al principio incluyen una gran proporción de intereses que va disminuyendo a medida que transcurre el plazo, a la vez que se incrementa la porción de capital.

El Código, adoptando la fórmula del Proyecto de 1998 (art. 1406), fija una presunción: si no existe pacto expreso los intereses se liquidarán por trimestres vencidos o con cada amortización de capital si ésta ocurriera antes del vencimiento del trimestre.

⁵⁴⁰ SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1983, vol. VIII, p. 426.

⁵⁴¹ ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, *Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados*, Depalma, Buenos Aires, 1967, vol. III, p. 54.

⁵⁴² ROUILLON (dir.), *Código de Comercio...* cit., p. 1012.

III.4) *Repetición de intereses pagados voluntariamente*

La norma mantiene el principio establecido por el artículo 566 del Código de Comercio derogado: quien sin estar legalmente obligado ha pagado intereses no convenidos no puede repetirlos. Respecto de la norma derogada se interpretó que tal pago podía ser calificado como el cumplimiento de una obligación natural que no originaba la pretensión accionable de repetición o como una donación⁵⁴³. La norma del Código de Comercio se consideraba aplicable por analogía a los préstamos civiles.

En el sistema del Código este pago puede encuadrarse en lo dispuesto en el artículo 728 que establece que lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepetible.

Deberán analizarse los supuestos en que el pago de intereses indebidos pudiera haber obedecido a un error de hecho, en cuyo caso podrá intentarse la nulidad del acto del pago (art. 866) por haber mediado este vicio de la voluntad (art. 265)⁵⁴⁴. Pareciera que se puede dar con mayor frecuencia un error en el cálculo de la suma a pagar, lo que muchas veces puede obedecer a la aplicación de complejas fórmulas financieras no siempre al alcance del deudor. En este caso será de aplicación la norma del artículo 268 que habilitará la rectificación del cálculo.

III.5) *Presunción de pago*

Este artículo repite el principio contenido en el artículo 567 del Código de Comercio derogado. A su vez era una aplicación de lo dispuesto en el artículo 746 del código civil derogado.

Se supone que quien con periodicidad viene cobrando los servicios de intereses los va aplicando a los distintos períodos en orden consecutivo. Por tanto si ha cobrado una suma por uno de los períodos posteriores sin hacer mención a la existencia de una deuda por períodos anteriores, la ley supone que los ha cobrado.

Se trata de una presunción *juris tantum* que puede destruirse por

⁵⁴³ SPOTA, ob. cit., p. 425.

⁵⁴⁴ FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado teórico práctico de Derecho Comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1976, t. III-B, p. 68.

cualquier medio de prueba que permita acreditar que los intereses anteriores no fueron pagados⁵⁴⁵.

Art. 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.

I) **Resumen**

La norma fija los criterios para determinar el plazo y el lugar para que el mutuario cumpla con su obligación de restituir igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad de las prestadas. Regirá en principio lo acordado por las partes. En defecto de un pacto al respecto se exige el requerimiento de pago del mutuante y se fija el término dentro de los diez días de formulado el mismo. Respecto del lugar se aplican las reglas generales para el pago.

II) **Concordancias**

Fuentes y aplicación del Derecho (art. 1°); objeto del pago (art. 867); obligación con intereses (art. 870); tiempo del pago (art. 871); pago anticipado (art. 872); lugar de pago designado (art. 873); lugar de pago no designado (art. 874); mora automática (art. 886); excepciones al principio de la mora automática (art. 887).

III) **Interpretación de la norma**

La obligación principal del mutuario es restituir igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad entregadas por el mutuante. La presencia de un plazo para la restitución es elemento esencial del contrato, de lo contrario no habría préstamo⁵⁴⁶. El plazo como elemento

⁵⁴⁵ ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio y leyes complementarias...* cit., vol. III, p. 68.

⁵⁴⁶ LORENZETTI, ob. cit., p. 376; GASTALDI y CENTANARO, ob. cit., p. 226.

constitutivo del contrato es de carácter suspensivo dado que pospone el cumplimiento de la obligación hasta su vencimiento⁵⁴⁷. El plazo se estipula a favor de ambas partes, por lo que el mutuario no estará obligado a restituir antes de lo pactado ni tampoco tiene derecho a hacerlo con anticipación a lo estipulado, salvo que se tratare de un mutuo gratuito, caso en el cual el plazo debe considerarse a favor del mutuario, quien puede restituir en forma anticipada⁵⁴⁸.

Lo habitual será que en el contrato de mutuo se fije plazo para la restitución, ya que, vencido éste, se devengarán los intereses moratorios, sea el mutuo oneroso o gratuito. Para el caso en que no exista convención al respecto se aplica en primer término lo que pueda surgir de los usos que siempre se consideraron relevantes en materia comercial y que el artículo 1º del Código atribuye carácter vinculante en situaciones no reguladas legalmente. No existiendo un plazo convencional ni uno fijado por los usos se determina que el mutuante puede exigir la restitución cuando quiera y que el mutuario debe cumplir dentro de los diez días de efectuado el requerimiento. El artículo aquí analizado sigue el criterio del Proyecto de 1998 (art. 1407), cuyo texto mejora ya que éste omite regular lo referente al lugar de restitución. Se varía en alguna medida lo prescripto en el artículo 559 del Código de Comercio derogado que establecía un plazo mínimo de diez días de celebrado el contrato, después del cual el mutuante podía intimar la devolución que, aparentemente, debía ser efectuada de inmediato.

Acerca del lugar, no existiendo pacto al respecto se aplican las reglas generales para el pago, por lo que remitimos al comentario al artículo 874.

IV) Significado de la reforma

El código civil derogado carecía de regulación acerca de lugar y tiempo de restitución. En varias normas se limitaba a indicar que la devolución debía efectuarse en el tiempo convenido (arts. 2240, 2250). Remitía a las reglas sobre obligaciones de dar sumas de dinero o de

⁵⁴⁷ LORENZETTI, ob. cit., p. 376.

⁵⁴⁸ ZAVALA RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 33; ROUILLON (dir.), *Código de Comercio...* cit., p. 1003.

dar cantidades de cosas según que el objeto fuese dinero u otras cosas fungibles (arts. 2252, 2253). El Código de Comercio derogado (art. 559) establecía respecto del plazo que el mutuante podía intimar transcurridos diez días de la celebración del contrato y el mutuario debía abonar cuando le fuese requerido. Ahora se permite al mutuante intimar la restitución en cualquier momento y se faculta a la otra parte a pagar dentro de los diez días de requerido.

Art. 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.

D) Resumen

Se establece la aplicación de la regla general de los contratos bilaterales que es la cláusula resolutoria implícita (art. 1087). Si el mutuo es oneroso, continuarán rigiendo los intereses compensatorios pactados hasta que se cancele totalmente la obligación. A éstos se adicionarán los moratorios. Si se tratara de un mutuo gratuito por lo que el mutuario no estaba obligado a pagar intereses compensatorios, de cualquier modo deberá pagar los moratorios a partir del momento de la mora.

II) Concordancias

Intereses compensatorios (art. 767); intereses moratorios (art. 768); intereses punitorios (art. 769); cláusula resolutoria implícita (art. 1087).

III) Interpretación de la norma

La falta de cumplimiento del mutuario de su obligación de restituir

lo recibido más los intereses pactados, en su caso, originará la mora de éste y, por ende, facultará al mutuante para resolver el contrato en los términos del artículo 1087 y, como consecuencia de la resolución, reclamar la devolución de lo prestado más los intereses compensatorios a los que, como consecuencia de la mora, se adicionarán los moratorios. La mera aplicación de la cláusula resolutoria implícita común a todos los contratos bilaterales requeriría que de tratarse de un incumplimiento parcial, por aplicación del artículo 1088, inciso a, éste sea sustancial. Esto podría discutirse si la mora se produjera por la falta de pago de un servicio de intereses. Sin embargo, el artículo que se comenta, que reconoce por fuente el Proyecto de 1998 (art. 1408), prevé expresamente que la falta de pago de los intereses o de una amortización de capital facultará a ejecutar la totalidad de la deuda. Esto, que habitualmente se pacta en los contratos de préstamo como cláusula de caducidad de plazos, se impone ahora por disposición legal.

Respecto a los intereses ya se hizo referencia a los distintos tipos en el comentario al artículo 1527. Si se trata de un mutuo gratuito no existían intereses compensatorios pero la mora marcará el comienzo del devengamiento de los moratorios que vienen justamente a indemnizar los perjuicios ocasionados por el retardo en el pago.

Si el mutuo fuese oneroso los intereses compensatorios pactados continuarán rigiendo hasta que la obligación se cancele. A ellos se agregarán los moratorios con igual finalidad reparatoria.

Si las partes fijaran el monto de los intereses, regirá lo acordado, con la limitación que impone el artículo 771 que faculta a los jueces a reducir los intereses cuando fueran excesivos. A falta de convención se aplicarán las reglas del artículo 768.

IV) Significado de la reforma

Se incluye expresamente la facultad del mutuante de resolver el contrato y exigir el pago íntegro de lo adeudado por capital e intereses en caso de mora del mutuario, sea ésta total o aun parcial por falta de pago de un servicio de intereses o una cuota de amortización de capital.

Art. 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.

D) Resumen

El efecto propio del contrato de mutuo es la transferencia por el mutuante al mutuario de la propiedad de las cosas objeto del contrato. Por tanto se aplica la responsabilidad por vicios propia de toda transferencia. Se diferencia según se trate de mutuo oneroso o gratuito, ya que en el segundo, tratándose de un contrato que beneficia exclusivamente al mutuario, el mutuante responderá sólo cuando exista mala fe de su parte.

II) Concordancias

Responsabilidad por vicios ocultos (art. 1051); exclusiones (art. 1053); ejercicio de la responsabilidad por vicios ocultos (art. 1054); caducidad de la garantía por vicios ocultos (art. 1055); régimen de las acciones (art. 1056); defecto subsanable (art. 1057); pérdida o deterioro de la cosa (art. 1058).

III) Interpretación de la norma

Es efecto natural del contrato de mutuo que se transmita al mutuario la propiedad de la cosa prestada. Así éste adquirirá las cosas de que podrá gozar para sí, consumir o bien transferir a otros. Luego deberá restituir igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad. Por tanto, el mutuante, como todo transmitente, debe asumir la responsabilidad por vicios de la cosa. Este artículo reconoce su redacción actual en el artículo 1410 del Proyecto de 1998 y reproduce, con algunas modificaciones, la norma del artículo 2247 del Código Civil derogado. Se trata de una aplicación especial de la garantía por vicios de la cosa, circunscribiendo la acción a la indemnizatoria tal como lo hacía la norma derogada⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹ GASTALDI y CENTANARO, ob. cit., p. 238.

Esta norma limita la garantía a los supuestos de transmisión de cosas que no sean dinero. En el código derogado esta distinción no existía por lo que alguna doctrina entendió que cubría el supuesto de la entrega de dinero falso⁵⁵⁰.

Se distingue según se trate de mutuo oneroso o gratuito, lo que no se hacía en la norma derogada. En el primer caso se agrava la responsabilidad del transmitente quien debe responder en todos los casos, conozca o no el vicio, mientras en el mutuo oneroso sólo se lo hace responsable cuando conocía el defecto y no lo advirtió al mutuario.

IV) Significado de la reforma

Se reproduce el texto del artículo 2247 del código derogado, limitándose la garantía a los casos de mutuo no dinerario. Se establece también la señalada diferencia según se trate de mutuo oneroso o gratuito.

Art. 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.

I) Resumen

En los dos primeros incisos se describen dos supuestos para el cálculo de los intereses que no consisten en la mera aplicación de un

⁵⁵⁰ BORDA, ob. cit., p. 724.

porcentaje sobre el capital prestado. El tercero tiende a legitimar cláusulas que de otro modo podrían considerarse abusivas.

II) Concordancias

Concepto del mutuo (art. 1525); onerosidad (art. 1527); contratos asociativos (art. 1442).

III) Interpretación de la norma

Si bien en el mutuo oneroso lo habitual es que los intereses se calculen aplicando un porcentaje fijado sobre el capital adeudado, pueden existir otras modalidades que de alguna manera asocien al mutuante que ha aportado capital para ser invertido en un negocio determinado, a los resultados de éste.

Este artículo reconoce su fuente en el Proyecto de 1998 (art. 1409) y tiende a validar este tipo de cláusulas frente a alguna interpretación que pueda considerarlas abusivas o contrarias a la naturaleza del contrato. De ningún modo el contrato de mutuo pierde su tipicidad porque incluya alguna de estas cláusulas, porque siempre se mantendrá la obligación del mutuario de restituir igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad que las recibidas. A ello agregará el interés acerca de cuya modalidad de cálculo se ha introducido una de estas cláusulas. Podría considerarse innecesario incluir en el Código una prescripción de este tipo dado que en ejercicio de su autonomía de la voluntad las partes pueden incluir en el contrato toda convención que no contrarie normas imperativas. De ello resulta que las menciones de este artículo no constituyen una enumeración taxativa ya que podrán aparecer otros supuestos como resultado de la voluntad de las partes. Sin embargo, tratándose de la fijación de intereses, materia muy sensible a la limitación judicial por resultar abusivas, es útil que la norma valide expresamente estos supuestos.

Si bien en los casos que el artículo prevé existe un interés del mutuante en el resultado del negocio al que el mutuario aplicará los fondos prestados, el contrato no puede confundirse con una sociedad entre mutuante y mutuario por cuanto no se crea entre ellos ningún

sujeto de derecho, ni tampoco con un contrato asociativo regulado en los artículos 1442 y siguientes. Debe advertirse que el artículo 1442 establece como elemento constitutivo del contrato asociativo que exista comunidad de fin entre ambas partes. En el caso del mutuo con interés fijado en proporción a utilidades, el fin del mutuante al celebrar el contrato se limita a la restitución de lo prestado más los intereses que hubieran resultado. Cancelado el mutuo se extingue su relación con el negocio emprendido. Por otra parte, será determinante para distinguir en estos casos al mutuo de la sociedad o el contrato asociativo determinar si quien aportó determinada suma de dinero participa o no de las ganancias que pudiera generar el negocio en cuestión⁵⁵¹.

IV) Significado de la reforma

Se trata de una norma que no reconoce antecedente en la legislación anterior, por lo que constituye una innovación.

Art. 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.

I) Resumen

Dado que del contrato surgen obligaciones para ambas partes: para el mutuante entregar el objeto del contrato y para el mutuario restituirlo, las mismas deben regirse por las disposiciones que regulan la materia de obligaciones.

II) Concordancias

Obligación de dar: efectos (art. 746); entrega (art. 747); tradición (art. 750); Frutos (art. 754); riesgos de la cosa (art. 755); obligación de género, individualización (art. 762); obligaciones de dar dinero (arts. 765 a 772).

⁵⁵¹ PRATESI (h), Juan Carlos, en *Tratado de Derecho Comercial*, dir. por Ernesto Martorell, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, p. 456.

III) Interpretación de la norma

Las normas en materia de obligaciones resultan aplicables al cumplimiento de las prestaciones debidas por mutuante y mutuario como consecuencia del contrato de mutuo. Por tanto esta remisión podría considerarse sobreabundante. De cualquier modo, siguiendo a los artículos 2253 y 2254 del código civil derogado, el Código remite expresamente a las reglas en materia de obligaciones de dar dinero, si se tratara de un mutuo cuyo objeto es dinerario, y a las de género, en los demás casos. El concepto de obligación de género (art. 762) se aplica estrictamente en el caso en que el mutuario debe restituir igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad de las que se le prestaron.

IV) Significado de la reforma

Se adecuan las remisiones que efectúan los artículos 2253 y 2254 del código civil derogado.

CAPÍTULO 21

COMODATO⁵⁵²

Art. 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.

⁵⁵² CENTANARO, Esteban, *Qué es el comodato*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996; NICOLAU, Noemí L. (dir.); ARIZA, Ariel C. y HERNÁNDEZ, Carlos A. (coords.), *Fundamentos de Derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II; REZZÓNICO, Juan Carlos, comentario a los arts. 2255 a 2287 del Cód. Civ., en BELLUSCIO, Augusto (dir.) y ZANNONI, Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 9; SOZZO, Gonzalo, comentario a los arts. 2255 a 2287 del Cód. Civ., en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.) y HERNÁNDEZ, Carlos A. (coord.), *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. III; ZAGO, Jorge A., comentario a los arts. 2255 a 2287 del Cód. Civ., en BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t. 4E.

I) Resumen

La norma en cuestión formula el concepto de comodato. El comodato, que se encontraba regulado en los artículos 2255 a 2287 del código civil, es tratado en forma más simple y precisa, en nueve artículos, en el presente Código.

Se determina el carácter consensual del contrato y se establecen sistematizadamente las obligaciones de cada una de las partes, recepcionando los criterios jurisprudenciales y las opiniones doctrinarias.

Tiene importancia también el tratamiento de la responsabilidad por daños derivados de las obligaciones, de las prohibiciones y del propio cumplimiento del contrato.

Debe articularse la figura con las normas generales en materia de contratos.

II) Concordancias

Cosas fungibles (art. 232); conceptos de muebles e inmuebles (arts. 225, 226, 227); obligaciones de dar (arts. 746 a 749); obligaciones de dar para restituir (arts. 759 a 761); disposiciones generales en materia de contratos (arts. 957 a 965); contratos a título oneroso y gratuito (art. 967); formación del consentimiento (arts. 971 a 983); incapacidad para contratar (arts. 1000 a 1002); objeto del contrato (arts. 1003 a 1011); causa del contrato (arts. 1012 a 1014); forma del contrato (arts. 1015 a 1018); prueba del contrato (arts. 1019 y 1020); efectos del contrato (arts. 1021 a 1024); interpretación del contrato (arts. 1061 a 1068); extinción del contrato (arts. 1076 a 1091).

III) Interpretación de la norma

Formula el concepto de contrato de comodato de una manera simple y precisa.

Cabe recordar que el artículo 2255 del código civil decía que "Habría comodato o préstamo de uso, cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla".

La primera diferencia importante se encuentra en el perfeccionamiento del contrato. Aquí, como bien se aclara en los *Fundamentos* del Proyecto, el comodato se entiende como consensual, poniendo fin a las discusiones sobre el carácter real o consensual del mismo.

Respecto del objeto del contrato, hay una diversidad de prestaciones típicas, donde el comodante se obliga a entregar a la otra parte una cosa no fungible, mueble o inmueble, y la otra tiene a su cargo servirse gratuitamente de ella y la obligación de restitución de la cosa recibida.

De manera tal que se puede perfeccionar el contrato y si no ocurre la entrega de la cosa, la misma podrá ser exigible por las vías del cumplimiento contractual.

En principio la cosa debe ser no fungible, aunque luego normas posteriores establecen algunas posibles excepciones a esta pauta.

En este sentido se recuerda que el propio Código define a las cosas fungibles como 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. En principio, entonces, el comodato recae sobre cosas no fungibles.

Puede ser mueble o inmueble, manteniendo el criterio del código civil derogado, aunque reemplazando el término "raíz" por el de "inmuebles".

Recuérdese también que la definición de los inmuebles en el presente código se encuentra en los artículos 225 y 226.

Asimismo, el concepto de cosas muebles se encuentra recepcionado en el artículo 227.

Respecto del derecho del comodatario a servirse gratuitamente de la cosa, se mejora la redacción respecto del texto derogado, pero se mantiene el principio.

En este sentido debe armonizarse la caracterización de gratuidad con lo establecido en el artículo 967 del presente Código, segunda parte, cuando se señala que "Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo".

La obligación de restitución es consustancial al contrato y no se encontraba contemplada en la definición del código civil derogado.

Una cuestión que se explicita en los *Fundamentos* es la referida a que no puede tener por objeto cosas que estén fuera del comercio por ser nocivas al bien público, lo que implica un límite para esta figura.

Respecto de la prueba, hay que articular los principios establecidos en los artículos 1019 y 1020 respectivamente.

Se está frente a un contrato consensual y como bien lo venía haciendo la jurisprudencia, se consagra la posibilidad de que sean probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción sobre su existencia.

“Atento a que el contrato de comodato no requiere forma especial alguna y puede ser probada por cualquier clase de prueba y encontrándose acreditados los actos concluyentes e inequívocos que llevara a cabo la demandada sobre el inmueble –en el caso, se trataba de un municipio que había construido una plaza en el lugar–, corresponde considerar que entre las partes existe un comodato precario carente de plazo de duración y el comodatario está obligado a su restitución ante el solo pedido del comodante y en las condiciones que éste fijara (del voto del doctor Roncoroni)” (SCJBA, 30-4-2003, “Morixe Hnos. SACel c/Municipalidad de Bragado”, D. J. B. A. 165-175, AR/JUR/2174/2003).

Es interesante reflexionar sobre la legitimación para obligarse a entregar una cosa en comodato, criterio que fue determinado a través de la elaboración jurisprudencial:

“Siendo el objeto del comodato tan sólo el uso de la cosa dada en préstamo, basta que el comodante tenga derecho a usarla para que pueda transmitirla válidamente con ese objeto, por lo que pueden celebrar este contrato no sólo el propietario o el usufructuario, sino también el poseedor y todo aquel que por cualquier título ejerce la tenencia” (C3^aCCom. de Córdoba, 31-3-2009, “Club Deportivo y Cultural Chanta Cuatro c/Albenga, Alejandro Marcelo”, L. L. Online, AR/JUR/3493/2009).

Respecto de las obligaciones que el contrato genera para las partes, también se ha realizado una caracterización que hoy puede ser controvertida. En este sentido se decía que “El comodato es un contrato unilateral porque no entraña ninguna obligación para el comodante,

cuya única actividad es la entrega de la cosa, y sólo confiere al comodatario un derecho personal sin derecho de retención y sin acciones posesorias” (CNCCorr., sala IV, 12-9-78, “Marchisio, Emma E.”, L. L. 1979-D-624, AR/JUR/922/1978).

Ahora, al cambiar el carácter del contrato, consensual, el perfeccionamiento no llega con la entrega de la cosa sino con el mutuo consentimiento de las partes, y a partir de este acuerdo se genera una obligación de entrega para el comodante.

Es claro que el comodatario sólo adquiere un derecho personal de uso, que marca el sentido y proyección del contrato y su destino: “Confesada la concertación de un comodato (art. 2255, Cód. Civ.), el comodante conserva la titularidad y la posesión de la cosa y el comodatario sólo adquiere un derecho personal de usarla conforme al destino para el que le fue entregada (arts. 2265 y 2268, Cód. Civ.)” (CNCiv., sala C, 28-10-85, “Corral, Carlos V. c/Gobierno Nacional –Ministerio de Cultura y Educación–”, L. L. 1986-A-551).

Como hemos señalado, la obligación de restituir que tiene el comodatario no admite ninguna clase de discusiones, situación ésta que venía siendo recogida por la jurisprudencia en forma clara y precisa.

“Cesa el comodato al concluir el tiempo del contrato. El comodatario tiene la obligación de restituir la cosa sin alternativas, quedando constituido en mora automática, si no cumple con este deber primario, que hace a la esencia del contrato, debe indemnizar al comodante el valor locativo, gastos generados con motivo del desalojo y los daños que fueren consecuencia de su actitud” (C1^aCCom. de Mar del Plata, sala II, 23-9-86, “Simonini, María L. c/Puche, Carlos E. y/u otro”, D. J. 1987-1-206, AR/JUR/1751/1986).

Respecto de la gratuidad, que se reitera en el concepto del artículo en análisis, deberá ser confrontado con la situación real en cada uno de los supuestos de hecho, y no debemos confundir gratuidad con generosidad, ya que son términos que se ubican en planos conceptuales diferentes cuando son analizados desde una perspectiva jurídica:

“Reviste el carácter de un contrato de locación y no de comodato, la convención mediante la cual se pacta el uso y goce de una cosa a cambio de una contraprestación dineraria, ya que la gratuidad es un

elemento esencial que hace a la naturaleza del comodato, por lo que la mera existencia de una compensación descarta la aplicación de esta figura" (C1ªCCom. de Bahía Blanca, sala II, 22-11-94, "González, Oscar A. c/Pardo, Norberto O.", L. L. B. A. 1995-808, AR/JUR/2689/1994).

"Si bien es cierto que la gratuidad es un elemento esencial del comodato, éste no pierde tal condición por la circunstancia que el comodante intente obtener o de hecho obtenga alguna ventaja con el préstamo de la cosa, pues no necesariamente es un contrato concertado con fines benéficos, siempre que esa ventaja no consista en un beneficio apreciable en dinero a expensas de quien lo recibe" (CCCom.CCcorr. de Zárate, 24-4-97, "Conforti, Lilia T. c/Bello, Gloria C. y otros", L. L. B. A. 1997-1446, AR/JUR/1707/1997).

"El comodato o préstamo de uso, atento su carácter gratuito, exige un elevado grado de confianza entre los contratantes o a veces un singular espíritu de generosidad por parte del comodante, por lo cual resulta excepcional que el contrato se celebre por escrito" (CNCiv., sala K, 4-7-2000, "Lemos, Raúl c/Varela, Andrés y otros", L. L. 2000-F-44).

"La circunstancia de que el ingreso al inmueble se haya debido al explicable amor materno o a una extrema liberalidad no excluye el comodato, desde que por su misma índole gratuita este contrato unilateral prefigura siempre un ánimo de desprendimiento" (C1ªCCom. de Bahía Blanca, sala I, 18-9-80, "Oviedo de García, Ester c/Farías, Olga", AR/JUR/4923/1980).

"El comodato o préstamo de uso, en virtud de su carácter gratuito, es un vínculo contractual que exige un elevado grado de confianza entre los contratantes, o algunas veces un singular espíritu de generosidad por parte del comodante. Por tales motivos resulta verdaderamente excepcional que el contrato se celebre por escrito, perfeccionándose mediante la simple entrega de la cosa" (CNECC, sala V, 3-11-83, "Fernández de Páez, Olga N. c/Zárate, Ramón R.", *Colección de Análisis Jurisprudencial. Contratos civiles y comerciales*, dir. por Luis F. P. Leiva Fernández, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 635, con nota de AA. VV.; AR/JUR/875/1983).

Respecto de la prueba, si bien es cierto que se aplican los principios generales para todos los contratos, entendemos que hay extremos que son importantes. Antes debía probarse la entrega de la cosa, y hoy lo

que hay que demostrar es la existencia del acuerdo de voluntades, generador de las obligaciones de cada una de las partes.

En este sentido entendemos que jurisprudencia como la que se transcribe a continuación debe ser nuevamente evaluada y considerada para su reformulación:

"Cuando se sostiene la existencia de un vínculo contractual como el nacido de un comodato no escrito, el peticionante debe justificar la entrega de la cosa no fungible –mueble o inmueble– o, al menos, acreditar que es de su propiedad y que la cosa es tenida por quien es demandado" (CNCiv., sala I, 10-10-2005, "Lloves, Jorge c/Peralta de Leporace, Susana", D. J. 2005-3-1257, AR/JUR/4386/2005).

"El préstamo de uso es un contrato no formal en donde basta con el mero consentimiento aun verbal; en cuanto a su prueba, se admite cualquier medio, aunque la cosa prestada valga más que la tasa de la ley. Ello así, porque el legislador ha considerado que el comodato es un contrato de buena fe y que en tales condiciones, las más de las veces se realiza sin otorgarse documento alguno" (CCCom. de 5ª Nom. de Córdoba, 31-5-85, "Spitale, Luis S. c/Romero, Roque", AR/JUR/1897/1985).

"Aun cuando el comodato es un contrato que para su celebración no requiere formalidad especial, pudiendo probarse por cualquier medio (art. 2263, Cód. Civ.), su existencia no se presume, por lo que las probanzas incumben a quien lo invoca" (CCCom. de Lomas de Zamora, sala II, 20-4-78, "Pointis, Carlos A. c/Ragaglia, Jorge", AR/JUR/1908/1978).

"La prueba del comodato no se encuentra sujeta a reglas especiales" (C2ªCCom. de La Plata, sala III, 9-11-78, "Riganti, Esteban V. y otra c/Beliz, María R.", AR/JUR/2960/1978).

"El comodato, conforme lo señala el artículo 2255 del Código Civil, es el acuerdo mediante el cual una de las partes entrega gratuitamente a la otra, alguna cosa no fungible –mueble o raíz– con facultad de usarla. Su constitución no exige forma visceral alguna y permite todo tipo de prueba" (CCCom. de Mercedes, sala II, 6-4-79, "Mandroy, María C. c/Semerina, Héctor F. y otros", AR/JUR/7252/1979).

"El Código Civil regula el comodato como contrato informal, no sujeto a formas determinadas; pero ello no significa que la prueba de

su existencia –no cuestionada– o sus modalidades –que motiva el litigio– puedan acreditarse con pruebas ligeras y poco convincentes” (C1ªCCom. de La Plata, sala I, 5-2-80, “Fagaburu de Mandayo, Josefina c/Luque de Mandayo, Adriana”, AR/JUR/5537/1980).

Es interesante señalar que si bien no está consagrado en el texto expreso de la norma, sí se hace mención a los contratos de comodato de objeto prohibido, situación que reviste importancia ya que existen conflictos referidos a estas cuestiones.

“Corresponde ordenar la restitución del inmueble dado en comodato, ya que el contrato que unió a las partes resulta nulo de nulidad absoluta por contener un objeto prohibido, toda vez que el acuerdo firmado por la actora y la empresa constructora, por el que se adjudicó la vivienda, prohibía dar aquélla en comodato (del voto del doctor Carol)” (STJ de Santiago del Estero, Sala Civil y Comercial, 10-7-2007, “Jaime Bravo; Viviana c/Montalvetti, Mario y otra”, L. L. NOA 2007 [noviembre], 1024; AR/JUR/5276/2007).

También es importante realizar una mención a la vinculación del comodato con la teoría de los contratos conexos, ya que es una figura que suele articularse con dicho esquema de contratación, y en muchos casos debemos recurrir a los principios interpretados conjuntamente para la resolución de conflictos específicos.

“El contrato de locación de un sanatorio y el de entrega en comodato de sus bienes muebles denotan una conexidad necesaria para la realización de una operación económica, por lo cual la renovación del primero estando vencido el segundo supone el consentimiento tácito de la continuación del comodato” (C4ªCCMPaz y Trib. de Mendoza, 30-7-2012, “Gaya, Juan Antonio y ots. c/Calcagni, Rodolfo Mario y ots. s/Cobro de pesos”, L. L. Gran Cuyo 2012 [octubre], AR/JUR/ 36782/2012).

IV) Significado de la reforma

El significado está dado por la formulación de un concepto más claro y preciso, y con mayor precisión terminológica, que permitirá superar algunas divergencias existentes en la doctrina y la jurisprudencia sobre el alcance del concepto establecido en el código civil derogado.

Art. 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.

I) Resumen

La norma trata la situación excepcional del préstamo de cosas fungibles.

II) Concordancias

Cosas fungibles (art. 232); obligaciones de dar para restituir (art. 759); objeto de los contratos (arts. 1003 a 1011).

III) Interpretación de la norma

El principio que consagra el Código es que sólo pueden ser objeto del comodato las cosas no fungibles.

De manera tal que para que el comodato de cosas fungibles sea válido no pueden sustituirse las cosas prestadas por otras de la misma calidad y en igual cantidad, sino que, en cambio, dehen devolverse las mismas cosas prestadas.

Este principio ya se encontraba consagrado en el artículo 2260 del código civil derogado, por lo que no resulta una pauta extraña a la doctrina y la jurisprudencia.

Se ha hecho referencia en doctrina a la situación del préstamo gratuito de envases, siempre y cuando exista consenso en considerar al envase como una cosa fungible.

IV) Significado de la reforma

Mejora terminológicamente la pauta contenida en el anterior artículo 2260 del código civil derogado.

Art. 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.

I) Resumen

Establece las prohibiciones específicas de carácter subjetivo y objetivo que impiden la celebración del comodato.

II) Concordancias

Tutela (arts. 104 a 137); curatela (arts. 138 a 140); personas jurídicas privadas (arts. 157 a 167).

III) Interpretación de la norma

Estos principios se encontraban contenidos en diversos artículos del código civil derogado, a saber: 2257, 2258, 2259, 2262; y hoy son plasmados en el inciso a, del artículo en comentario.

Es importante señalar que, en principio, ni tutores ni curadores ni los apoyos (ver art. 43) pueden dar en comodato los bienes de las personas que se encuentran bajo su asistencia.

En todo caso, debemos señalar que deben tenerse muy en cuenta las normas sobre responsabilidad en el ejercicio de la tutela, y la regulación de los actos prohibidos y los actos que requieren autorización judicial.

Ahora bien, se entiende que si el juez puede autorizar la constitución de derechos reales sobre los bienes del menor si media conveniencia, este principio podría extenderse al comodato, por supuesto cumpliendo el procedimiento judicial respectivo.

Estas pautas son extendidas a la curatela, que se rigen por las reglas de la tutela.

La segunda prohibición está referida a los administradores de bienes ajenos, públicos o privados.

En este sentido se está refiriendo a las personas jurídicas que actúan a través de sus representantes, en principio y sin perjuicio de otros supuestos como pueden ser los que estén vinculados por contratos de mandato, o consignación.

En este caso, es lógico porque se trata de bienes ajenos que han sido confiados a estos representantes para una gestión determinada.

Sin embargo, también es cierto que esta prohibición es dispensable convencionalmente, como no podía ser de otra manera.

La norma en cuestión parece diferenciar los dos supuestos, uno de los cuales no admitiría dispensa de ningún tipo, ni siquiera por autorización judicial, y el otro que admite la dispensa aun facultativa de la prohibición.

Se entiende que es posible llegar al comodato en el caso de la tutela y de la curatela, conjugando las normas de los artículos 121 y 122 del presente Código.

IV) Significado de la reforma

Si bien reitera el principio contenido en el artículo 2262 del código civil derogado, precisa su redacción y distingue los efectos de uno y otro caso.

Art. 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.

I) Resumen

Establece las obligaciones del comodatario.

II) Concordancias

Gastos, restitución anticipada y obligaciones del comodante (arts. 1538, 1539 y 1540); factores subjetivos de atribución de responsabilidad (art. 1724).

III) Interpretación de la norma

La norma consagra las diversas obligaciones que tiene el comodatario.

La primera de ellas es el uso de la cosa conforme al destino convenido. De manera tal que no podrá alterar el destino establecido expresamente en el contrato, y si lo hace puede obtener como consecuencia que el comodante le exija la restitución y el pago de los daños y perjuicios.

Pero también puede ocurrir que no se haya convenido expresamente en el contrato de comodato un destino específico. En este sentido, se originan obligaciones alternativas respecto del destino posible: a) el mismo destino que tenía al tiempo de celebrarse el contrato; b) el destino que se le da a cosas análogas en el mismo lugar donde ésta se encuentra; c) o el que correspondiere según su naturaleza. Ahora bien, la elección del destino es facultativa del comodatario, y no hay entre ellos un rango u orden de prelación.

La segunda obligación está referida al pago de los gastos ordinarios de la cosa y los realizados para servirse de ella. Observamos que son dos clases de gastos y que requieren de una conceptualización a través de la doctrina o de la jurisprudencia.

Esta obligación debe articularse con la pauta establecida en el artículo 1538.

En el código civil derogado, el artículo 2282 establecía que los gastos hechos por el comodatario para servirse de la cosa que tomó prestada no podían ser repetidos.

Se debe entonces entender qué es lo que se ha querido señalar con

el término gastos ordinarios. Esta interpretación y precisión sobre los términos adquiere gran importancia, ya que los gastos ordinarios no se pueden repetir y los gastos extraordinarios sí.

Los gastos ordinarios se corresponden con aquellos que son comunes y regulares, y en relación al uso normal y habitual de la cosa.

También es necesario señalar que están los gastos realizados para servirse de ella, o sea los que son necesarios efectuar para que la cosa pueda cumplir con su destino o función normal y habitual.

Quedará en la jurisprudencia y en la doctrina interpretar cuándo se supera esta línea demarcatoria para establecer si son a cargo del comodatario o del comodante.

La tercera obligación refiere a la conservación de la cosa con prudencia y diligencia.

En este caso, debemos articular esta pauta con el artículo 1724, referido a los factores subjetivos de atribución de responsabilidad.

El artículo 2266 del código civil derogado consagraba una norma similar, aunque con una terminología diferente.

La cuarta obligación se refiere a la responsabilidad por daños, donde se consagra que el comodatario responde por la pérdida o deterioro de la cosa, aun en los supuestos de caso fortuito.

En este último caso, para eximirse de responsabilidad podrá probar que la pérdida o deterioro hubiere ocurrido igualmente, aun en el supuesto de que la cosa estuviere en poder del comodante.

En este caso, la norma consagrada es diversa de la que contenía el artículo 2269 del código civil derogado, donde en principio el comodatario sólo respondía en los supuestos de caso fortuito cuando estuvieren vinculados a una actuación culpable de éste.

Se ve entonces que se ha cambiado sustancialmente el principio en este esquema de responsabilidad por daños.

La quinta obligación está referida a la restitución de la cosa prestada, con sus frutos y accesorios en el tiempo y lugar convenidos.

Se debe entonces señalar algunas precisiones en el cumplimiento de esta obligación: a) debe ser la misma cosa prestada; b) debe restituirse con sus frutos y accesorios; c) la restitución debe hacerse en el tiempo y lugar convenidos.

Respecto de los frutos y accesorios, la norma estaba contenida en el derogado artículo 2271 del código civil, y no hay mayores alteraciones.

Respecto al tiempo en que debe ser restituida, hay distintas alternativas:

- a) En el tiempo convenido expresamente;
- b) a falta de convención, cuando se satisface la finalidad para la cual se prestó la cosa;
- c) si no se pudiere determinar ninguno de los dos momentos de restitución señalados con anterioridad, la misma podrá ser reclamada en cualquier momento.

La parte final del artículo refiere a una situación especial: la pluralidad de comodatarios, y consagra el principio de que responden solidariamente.

En consecuencia, debe articularse con las normas contenidas en los artículos 833 a 843 del Código. En particular, y aplicable a este caso, el comodante tendrá derecho de requerir la restitución a uno, a varios o a todos los comodatarios, en forma simultánea o sucesiva.

Estos principios señalados han sido recogidos mayormente por la jurisprudencia existente en la materia.

Una cuestión importante es la referida a las mejoras realizadas en la cosa dada en comodato. El actual artículo deja en claro que estos gastos realizados para servirse de la cosa son a cargo del comodatario, y por ello debe orientarse con mayor precisión la jurisprudencia que existía en la materia, aunque el principio ya subyacía en dichos precedentes.

“El comodatario no puede resistir la entrega de un inmueble recibido en préstamo de uso alegando ser acreedor del comodante por los gastos y las mejoras necesarias y útiles realizadas, pues de acuerdo con el artículo 2278 del Código Civil carece del derecho de retención y, además, porque el retentor no puede, salvo pacto en contrario, utilizar la cosa que retiene” (SCJBA, 12-5-81, “Musolino, Salvador c/Rojas, Domingo O. y/u otros”, AR/JUR/6180/1981).

“No es concebible que el comodatario pueda ser tratado con mayor rigor que el poseedor de mala fe, que tiene derecho a repetir las mejoras

útiles que hayan aumentado el valor de la cosa hasta la concurrencia del mayor valor existente, desde que su derecho a ser indemnizado emerge de lo dispuesto en los artículos 589 y 2440 del Código Civil, por lo tanto se debe realizar una interpretación irrestricta del artículo 2287 del Código Civil respecto de las expensas extraordinarias” (CNCiv., sala F, 20-4-82, “Andreoli, Alberto c/Vasile, Rosa y otra”, *Colección de Análisis Jurisprudencial* del 1-1-2002, p. 650; AR/JUR/1786/1982).

“Si bien el comodatario no puede exigir su pago al comodante, ello no empece su derecho a cobrar las mejoras que existan al momento en que se restituya el bien y en la medida en que se haya aumentado su valor” (CNCiv., sala F, 20-4-82, “Andreoli, Alberto c/Vasile, Rosa y otra”, *Colección de Análisis Jurisprudencial* del 1-1-2002, p. 650; AR/JUR/1786/1982).

“Si el actor habitaba el inmueble, a título de comodatario, junto a su familia, por lo que la edificación que realizó no importó el ejercicio de actos posesorios, a título de dueño, sino sólo mejoras en el inmueble que ocupaba o compartía con aquiescencia de su dueño, es obvio, entonces, que no se aplica la norma del artículo 2488 del Código Civil, como tampoco son de aplicación los artículos 2427, 2440 y 2441 del Código citado que prevén el conflicto entre poseedor y reivindicante. Así, pues, se trata de resolver si, como señala el artículo 589 del mismo ordenamiento legal, el actor ha de ser resarcido del justo valor de las mejoras útiles, según la valuación al tiempo de la restitución del bien” (CNCiv., sala A, 4-6-86, “Carnoval, Francisco M. c/Cilla, Pedro”, L. L. 1986-D-126, AR/JUR/1004/1986).

“Las tareas realizadas en el inmueble por el comodatario constituyeron mejoras, algunas necesarias y otras útiles, pero todas hacían al mejor uso y habitabilidad de la vivienda, redundando también en beneficio de sus ocupantes, por lo que ello no desnaturaliza al contrato celebrado al que las partes acordaron en denominar comodato, y no lo convierte en una locación máxime cuando se convino un plazo y una modalidad de entrega distintos al régimen aplicable a la locación, por lo que procede el desalojo ante la solicitud del propietario” (CCCom.CCorr. de Zárate, 24-4-97, “Conforti, Lilia T. c/Bello, Gloria C. y otros”, L. L. B. A. 1997-1446, AR/JUR/1707/1997).

“Los arreglos inherentes a la conservación, confort necesario y mejor uso del inmueble, así como el pago de servicios que han beneficiado a la demandada durante los años que viene habitando la finca, deben considerarse comprendidos en los gastos ordinarios que el artículo 2282 del Código Civil pone a cargo del comodatario, por ello el haberlos solventado no crea de por sí presunción alguna del carácter de poseedora, como para repeler el desalojo” (C1ªCCom. de Bahía Blanca, sala II, 5-6-97, “C., E. O. c/C., A.”, L. L. B. A. 1999-223, AR/JUR/5273/1997).

En materia de restitución se observa claramente que la norma pone fuertemente el énfasis en la restitución de la cosa. En este sentido es importante señalar que no hace otra cosa que recoger la jurisprudencia reiterada y vinculada a la nuclear obligación de restituir que tiene el comodatario, ya que de otra manera se desvirtuaría la esencia misma del contrato de comodato.

No puede haber argucias ni excepciones a este principio, sin perjuicio de que se puedan reclamar daños o el cobro de alguno de los rubros por la vía que corresponda.

“La omisión del comodatario demandado judicialmente en rendir la prueba relativa al plazo por el cual se pactó el comodato habilita al comodante a exigir la restitución de la cosa prestada –artículo 2285, Código Civil–, teniéndose por operado dicho requerimiento con la notificación de la demanda” (CNCiv., sala G, 7-7-99, “Rodríguez, Graciela M. c/Nuñez, Silvio”, L. L. 2000-C-729; *Colección de Análisis Jurisprudencial* del 1-1-2002, p. 651; D. J. 2000-2-673; AR/JUR/3360/1999).

“Cuando en el contrato de comodato no se ha pactado un plazo, la ley presume su carácter precario y, por lo tanto, el comodante puede reclamar la restitución de la cosa en cualquier momento” (CNCiv., sala E, 22-10-99, “Borghi de Muzzio, María T. c/Quintana, María y otro”, L. L. 2000-C-183, D. J. 2000-2-172, AR/JUR/4261/1999).

“En caso de duda sobre el plazo de entrega del inmueble dado en comodato, incumbe al comodatario la prueba de su duración, lo que se justifica en que recibe un beneficio sin contraprestación –artículo 2285 del Código Civil–” (CNCiv., sala K, 22-11-2001, “Festino, Edgardo R. c/Casa Mahe SA y otro”, D. J. 2002-1-824, AR/JUR/2153/2001).

“El préstamo de uso concedido sin plazo –expreso o tácito– se acaba por voluntad del prestador, y no tiene obligación de prolongarlo, ni los jueces pueden doblegar la voluntad del comodante imponiéndole plazos de gracia, o como quiera llamárselos, porque el artículo 2285 no lo consiente. Precisamente, porque se trata de un contrato gratuito, su rescisión por la sola voluntad de quien hizo la liberalidad no está sometida a limitaciones que serían propias de un contrato bilateral, y carecen de respaldo normativo los pareceres que restringen los alcances de la ley que confiere al comodante, en el caso del préstamo de uso precario, el poder de exigir la restitución de la cosa cuando quisiere” (C1ªCCom. de Bahía Blanca, 26-5-78, “Antonietti, Juan N. c/Marnich de García, Enriqueta”, AR/JUR/2628/1978).

“En el comodato precario el comodante no puede reclamar la devolución de lo prestado ‘intempestivamente’, repetida frecuentemente en nuestra doctrina, parte de un error. En efecto, sin perjuicio de la fundamental justicia que importa rechazar la exigencia del comodante que en uso de su derecho pueda causar un daño a su deudor por el ejercicio abusivo de sus facultades (art. 1071, Cód. Civ.), lo cierto es que el artículo 2285 del Código Civil acuerda el derecho de reclamar la cosa dada en comodato precario «cuando quisiere»” (C1ªCCom. de Bahía Blanca, 26-5-78, “Antonietti, Juan N. c/Marnich de García, Enriqueta”, AR/JUR/2628/1978).

“Debe descartarse un supuesto enfrentamiento entre el derecho y la moral, si los actores ejercitan un derecho legítimo, cual es el de obtener la devolución de su propiedad dada en comodato hace más de catorce años y nadie le ha imputado incurrieran en abusivo ejercicio de aquél” (C2ªCCom. de La Plata, sala III, 9-11-78, “Riganti, Esteban V. y otra c/Beliz, María R.”, AR/JUR/2960/1978).

“El comodato, que sólo hace adquirir un derecho personal de uso, aunque sea sin plazo, conlleva la obligación de restitución por parte del comodatario cuando el comodante lo quisiere” (SCJBA, 6-5-80, “Vilanova, José A. c/Requena, Juan y otro”, L. L. Online, AR/JUR/1503/1980).

“Cesa el comodato al concluir el tiempo del contrato. El comodatario tiene la obligación de restituir la cosa sin alternativas, quedando constituido en mora automática, si no cumple con este deber primario,

que hace a la esencia del contrato, debe indemnizar al comodante el valor locativo, gastos generados con motivo del desalojo y los daños que fueren consecuencia de su actitud" (C1^aCCom. de Mar del Plata, sala II, 23-9-86, "Simonini, María L. c/Puche, Carlos E. y/u otro", D. J. 1987-1-206, AR/JUR/1751/1986).

"El contrato de comodato, que no tiene plazo de vigencia, concluye cuando el comodante quisiera, sin que éste tenga que pedir la fijación por el juez, pudiendo limitarse a reclamar directamente la devolución de la cosa" (CNCiv., sala A, 19-10-90, "D'Agostino, Alberto A. c/Rodríguez Martens de D'Agostino, Raquel", L. L. 1991-B-297, D. J. 1991-2-61, AR/JUR/1072/1990).

"Debe desestimarse el pago de mejoras voluntarias introducidas al inmueble por el comodatario al finalizar el contrato, pues aun cuando su régimen se considere incluido por extensión o analogía en los supuestos de la locación, aquéllas no generarían derecho al reclamo por no ser necesarias o urgentes—artículo 1544, Código Civil—" (C1^aCCom. de Bahía Blanca, sala I, 13-2-2001, "Morán, Fabiana P. c/Intendencia Municipalidad de Tres Arroyos", AR/JUR/2946/2001, L. L. B. A. 2001-1487).

"Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de desalojo instada por la retención indebida de un inmueble, toda vez que si bien ambas partes coinciden en la existencia de un contrato de comodato verbal, el demandado no produjo prueba alguna en lo relativo al plazo de duración del mismo" (CNCiv., sala G, 22-2-2005, "Baumgarten, Pincus S. c/Orlando, Juan V.", D. J. 2005-2-728, AR/JUR/726/2005).

"La inclusión en el contrato de comodato de la cláusula mediante la cual el comodante cuenta con la facultad de requerir en cualquier momento la restitución del inmueble, aun cuando se concedió el mismo con un plazo determinado—en el caso, tres años—, conlleva a admitir la existencia de un comodato precario, regido por el artículo 2285 del Código Civil, pues de otra manera la inclusión de dicha cláusula no tendría razón de ser" (C2^aCCMPaz y Trib. de Mendoza, 1-9-2005, "Van Hauvert, Bellys N. c/SUVI SA y otros", L. L. Gran Cuyo 2006 [mayo], 482).

La falta de devolución y los daños causados al comodante en la

cosa o en otros derechos de éste deben ser nuevamente considerados en virtud de la alteración del principio de responsabilidad, aun en los supuestos de caso fortuito.

Sin embargo, como se podrá observar, existen diversos supuestos dañosos por incumplimiento de las obligaciones del comodatario: a) la no devolución en tiempo y lugar convenidos; b) las ruinas y deterioros producidos en la cosa; c) el uso indebido de la cosa prestada.

Todos estos supuestos han sido recogidos normalmente por la jurisprudencia:

"Para que la reparación de daños y perjuicios derivados de la retención indebida de un inmueble dado en comodato sea integral, debe comprender el reajuste monetario de los gastos de reparación del inmueble, desde la fecha en que fueron efectivamente abonados por el damnificado" (CSJ de Tucumán, 2-10-79, "Pistono, Aldo D. c/Conti, Alberto y otros", AR/JUR/6405/1979).

"Cesado el vínculo contractual del comodato, la responsabilidad por la continuidad en la ocupación ilegítima del inmueble es de carácter extracontractual y solidaria" (CNCiv., sala G, 24-9-98, "Burrone, Oscar S. y otro c/Llanes, Julián C. y otro", L. L. 1999-C-559, D. J. 1999-3-49, AR/JUR/621/1998).

"No adquieren carácter de caso fortuito que exima de responsabilidad al comodatario—artículo 2269, Código Civil— los factores climáticos invocados—en el caso, lluvias intensas— para no cumplir con su obligación de restituir la cosa en buen estado, si ellos no son imprevisibles sino un acontecimiento habitual en el lugar y época de que se trate" (CCCom. de 3^a Nom. de Córdoba, 2-7-2001, "Mazzoni, Ana c/Delich, María de los A.", L. L. C. 2002-468, AR/JUR/1753/2001).

"Corresponde condenar al comodatario por los daños constatados en el predio que ocupó para la construcción de una ruta nacional, pues, aunque ha restituido la cosa, ha dejado las ruinas y deterioros producidos en el obrador—en el caso, se había dejado volcadas en el terreno sustancias contaminantes—, ya que dadas las características de la cosa, no pueden atribuirse dichas ruinas a los deterioros propios de la cosa, y mucho menos ser la consecuencia de un uso normal que por su destino tienen los inmuebles" (CApel. de Río Grande, Sala Civil, Comercial y del

Trabajo, 27-9-2005, "Estancia Violeta SRL c/Techint SACT", L. L. Patagonia del 1-1-2002, p. 113; AR/JUR/5266/2005).

"Es procedente la acción de daños y perjuicios entablada en virtud de la publicación de una fotografía en una revista sin consignar el nombre del autor, ya que se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 2268 del Código Civil, pues tratándose de un comodato, el uso que debe darse a la cosa es aquel a que está destinada según la naturaleza o costumbre del país, circunstancia que no era desconocida por la demandada porque en anteriores oportunidades ya había colocado el nombre del fotógrafo en otras publicaciones" (CCCom. de Salta, sala I, 24-4-2006, "Ahuerma, Alejandro c/Revista Cable Expres y/o Salta TV y/o Decoteve SA", L. L. NOA 2006 [diciembre], 1294; AR/JUR/5077/2006).

"La permanencia de la demandada sin derecho alguno en el inmueble objeto de un contrato de comodato vencido justifica la procedencia del resarcimiento pretendido por la propietaria del bien" (CCCom. de Resistencia, sala IV, 30-10-2007, "Maspan SA c/Clinis Automotores SRL y/o quienes en definitiva res. resp. y/o deudores", L. L. Online, AR/JUR/7864/2007).

"El reclamo por los daños y perjuicios derivados del incendio del vehículo del actor, mientras se encontraba bajo la custodia del demandado por un préstamo de uso, es procedente, toda vez que con la prueba testimonial se acreditó que el reclamante entregó el automotor para realizar una mudanza en el perímetro de la ciudad y no para circular por una ruta, por lo que se demostró el uso indebido del vehículo por parte del accionado" (CCCom. de Dolores, 6-9-2011, "Chaar, Carlos F. c/López, José A. s/Daños y perjuicios", L. L. B. A. 2012 [febrero], 82; AR/JUR/62869/2011).

IV) Significado de la reforma

Sistematiza las obligaciones del comodatario y cambia el principio de responsabilidad en los supuestos de deterioros y pérdidas por caso fortuito. Recoge el principio de responsabilidad solidaria en el caso de pluralidad de comodatarios, receptando criterios jurisprudenciales.

Art. 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.

I) Resumen

Este artículo trata el supuesto de que la cosa prestada sea hurtada o perdida, señalando las obligaciones y responsabilidades de cada parte.

II) Concordancias

Obligaciones del comodatario (art. 1536); obligaciones del comodante (art. 1540).

III) Interpretación de la norma

La norma en análisis trata el supuesto de que la cosa entregada en comodato fuere hurtada o perdida.

Aquí hay dos situaciones diferentes.

Si el comodatario no sabe que la cosa es hurtada o perdida, debe devolverla inexcusablemente al comodante.

Si el comodatario sabe que la cosa es hurtada o perdida, hay que distinguir dos situaciones: a) si ha sido hurtada o perdida por el dueño; b) si ha sido hurtada o perdida a otra persona o respecto de otra persona.

En este segundo caso, el comodatario también debe restituir la cosa al comodante.

Queda entonces por analizar la única situación que podría excusar de restituir la cosa por parte del comodatario, y que refiere al supuesto

donde el comodatario sabe que la cosa que se le ha entregado ha sido hurtada o perdida al dueño o por el dueño.

En este supuesto, el comodatario no deberá devolverla al comodante, sino que previo deberá cumplir con una comunicación al dueño para que éste la reclame judicialmente en un plazo razonable.

Aquí pueden darse diversas situaciones:

- a) Que el comodatario no comunique al dueño, en cuyo caso será responsable por omitir esta denuncia;
- b) que el comodatario comunique al dueño, pero igualmente restituya la cosa al comodante, en cuyo caso deberá también responder por los daños que cause al dueño por esta conducta;
- c) que el comodatario restituya la cosa al dueño, lo que no puede hacerlo sin previo consentimiento del comodante o resolución del juez que lo autorice.

Consecuentemente, el dueño no puede pretender la devolución de la cosa por el comodatario sin que exista consentimiento del comodante o resolución del juez en tal sentido.

Estas situaciones se encontraban contempladas en los artículos 2277 y 2279 del código derogado.

Los principios se reiteran en forma unificada.

En este sentido es dable observar que se trata de preservar tanto la obligación de restituir al comodante como el derecho de propiedad del legítimo dueño.

IV) Significado de la reforma

Unifica principios que se encontraban en artículos dispersos en el código civil derogado, precisando su contenido y alcance.

Art. 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.

I) Resumen

La norma trata sobre los gastos ordinarios y extraordinarios que realiza el comodatario, y la no viabilidad del derecho de retención.

II) Concordancias

Obligaciones del comodatario y del comodante (arts. 1536 y 1540).

III) Interpretación de la norma

Esta norma, como señaláramos anteriormente, distingue entre gastos ordinarios y gastos extraordinarios.

La conceptualización corresponderá a cada caso concreto; sin embargo, los gastos ordinarios son aquellos necesarios, normales y habituales para usar y servirse de la cosa.

Los gastos extraordinarios son los que exceden ese límite. En este caso, debemos estar a lo previsto en el artículo 1540, inciso d, que obliga a reembolsar los gastos de conservación extraordinarios que el comodatario ha hecho, si los ha notificado previamente o si son urgentes.

En este sentido se recuerda que los arreglos inherentes a la conservación, confort, mejor uso del inmueble, pago de servicios, son considerados ordinarios y a cargo del comodatario.

Pueden ser considerados extraordinarios aquellos que implican reformas estructurales del bien prestado, que mejoran su finalidad y uso notablemente, y que implican un inexcusable mayor valor de la cosa al momento de la restitución.

Sin embargo, se reitera que ello debe ser analizado en cada caso concreto, existiendo diversa jurisprudencia en la materia.

Lo que sí queda claro es que en ningún caso podrá ejercerse derecho de retención alguno, invocando la realización de gastos extraordinarios.

Todos estos principios han sido recogidos por diversos fallos existentes en la materia:

“Los gastos de limpieza, traslado de escombros, pintura, etcétera, conforman gastos ordinarios para servirse de la cosa, que el ordena-

miento legal pone a cargo del comodatario (art. 2282, Cód. Civ.), y si algún rubro excediese ese carácter, como podría ser la reparación de cielorrasos, el comodatario debió cursar el aviso previsto por el artículo 2287 del Código Civil, el que no puede ser reemplazado por la genérica autorización a realizar reparaciones porque tiene por finalidad dar oportunidad al comodante para controlar el presupuesto, o en su caso, optar por hacerlos realizar por su propia cuenta" (CNCiv., sala C, 28-10-85, "Corral, Carlos V. c/Gobierno Nacional -Ministerio de Cultura y Educación-", L. L. 1986-A-551; *Colección de Análisis Jurisprudencial* del 1-1-2002, p. 647; D. J. 1986-2-173; AR/JUR/273/1985).

"A los efectos de la existencia de un comodato no es necesario un contrato celebrado con fines benéficos, ya que la obligación del comodatario de pagar los gastos derivados de la cosa no altera su gratuidad. Es decir, el convenio no pierde su naturaleza de comodato por el hecho que el comodatario abone tasas, impuestos, así como las refacciones que fueran necesarias" (CCCom. de San Isidro, sala I, 16-2-88, "Rossi, Pedro c/Rossi, Roberto", D. J. 1988-2-293, AR/JUR/1629/1988).

"Si algún rubro excede el carácter de gasto ordinario para servirse de la cosa -artículo 2282 del Código Civil-, como podría ser la reparación de cielorrasos, debió el comodatario cursar al comodante el aviso del artículo 2287, el que no puede ser reemplazado por la genérica autorización a realizar reparaciones, porque tiene por finalidad dar oportunidad al segundo para controlar el presupuesto o, en su caso, optar por hacerlas realizar por su propia cuenta" (C1ªCCom. de San Isidro, sala I, 8-11-88, "Espinosa, Carlos A. c/Grande, Marta A. y otros", D. J. 1989-1-387, AR/JUR/2212/1988).

"La circunstancia de que esté a cargo del comodatario el pago de los servicios, tasas e impuestos de todo tipo que se presten o graven el objeto del contrato, no es incompatible con el comodato, habida cuenta de lo que se procura mediante esos pagos, que no es un beneficio, sino sólo el modo de evitar erogaciones mientras el uso de la cosa pertenece a otro que no entrega compensación alguna" (CCCom. de 1ª Nom. de Córdoba, 15-2-94, "Kloter de Glaser, Lea y otro c/Edyca SA", L. L. C. 1994-562, AR/JUR/2756/1994).

"El contrato de comodato no requiere de formalidad alguna para su perfeccionamiento, pues a tal fin basta con la entrega de la cosa y el mero consentimiento, aun manifestado en forma verbal. No es óbice a su gratuidad el hecho de que el comodatario haya abonado tasas, impuestos, servicios e inclusive las refacciones que fuera necesario realizar" (CNCiv., sala A, 12-4-96, "Tomaselli e Hijos SA, José c/Tomaselli, Carlos A.", L. L. 1997-D-826, AR/JUR/4262/1996).

"El convenio no pierde su naturaleza de comodato por el hecho que el comodatario abone tasas, impuestos, así como las refacciones que fueran necesarias" (CCCom.CCorr. de Zárate, 24-4-97, "Conforti, Lilia T. c/Bello, Gloria C. y otros", L. L. B. A. 1997-1446, AR/JUR/1707/1997).

"Los arreglos inherentes a la conservación, confort necesario y mejor uso del inmueble, así como el pago de servicios que han beneficiado a la demandada durante los años que viene habitando la finca, deben considerarse comprendidos en los gastos ordinarios que el artículo 2282 del Código Civil pone a cargo del comodatario, por ello el haberlos solventado no crea de por sí presunción alguna del carácter de poseedora, como para repeler el desalojo" (C1ªCCom. de Bahía Blanca, sala II, 5-6-97, "C., E. O. c/C., A.", L. L. B. A. 1999-223, AR/JUR/5273/1997).

"El pago de los impuestos, servicios y expensas por parte de quien ocupa un inmueble en calidad de comodatario no refleja *animus domini* alguno a los fines de la adquisición de dominio del bien por usucapión, cuando se trata de obligaciones asumidas en el marco del comodato existente, pues si bien dichas conductas son normalmente ejercidas por un poseedor, se presume que quien comenzó a habitar el inmueble como tenedor realiza dichos pagos en esa calidad y no en otra, conforme a lo previsto en el artículo 2353 del Código Civil" (CNCiv., sala H, 15-3-2004, "Chit, Dora c/Sahid, Sara", L. L. del 12-1-2005, 4; AR/JUR/3250/2004).

"El comodatario no puede resistir la entrega de un inmueble recibido en préstamo de uso alegando ser acreedor del comodante por los gastos y las mejoras necesarias y útiles realizadas, pues de acuerdo con el artículo 2278 del Código Civil carece del derecho de retención y,

además, porque el retentor no puede, salvo pacto en contrario, utilizar la cosa que retiene" (SCJBA, 12-5-81, "Musolino, Salvador c/Rojas, Domingo O. y/u otros", AR/JUR/6180/1981).

IV) Significado de la reforma

Ha establecido una norma concreta y precisa sobre los gastos ordinarios y extraordinarios, y la inexistencia del derecho de retención, recogiendo principios receptados por jurisprudencia constante.

Art. 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.

I) Resumen

La norma trata sobre los supuestos legítimos de restitución anticipada.

II) Concordancias

Concuerda con los artículos 1536 y 1540, referidos a las obligaciones del comodatario y del comodante.

III) Interpretación de la norma

La norma se refiere al supuesto en que el comodante facultativamente puede solicitar la restitución de la cosa antes del vencimiento del plazo respectivo.

Claro está que previamente debemos identificar si estamos en presencia de un plazo expreso, de un plazo relacionado con la finalidad del uso de la cosa, o de una situación donde no es posible determinar plazos o términos.

En este último caso, el requerimiento se puede hacer sin necesidad de que concurran los requisitos establecidos en este artículo.

En cambio, si hay un plazo, ya sea expreso o por la finalidad del uso, para que proceda deben concurrir los requisitos establecidos en la norma.

En estos supuestos debe realizarse otra distinción para su procedencia.

La primera excepción refiere a un caso de necesidad, donde deben conjugarse tres requisitos: a) la necesidad; b) que se trate de una circunstancia imprevista; c) que se trate de una circunstancia urgente. Si no se reúnen estos elementos no procederá la restitución antes del vencimiento del plazo.

El otro caso en análisis es cuando el comodante determina que el comodatario está usando la cosa para un destino distinto al pactado, exista o no deterioro de la misma.

Cabe preguntarse si estas restituciones anticipadas generan obligación de resarcir los daños causados al comodatario.

Queda claro que no es procedente un resarcimiento de daños si se la usa para un destino distinto al pactado.

Sin embargo, en el otro supuesto, puede pensarse que aun cuando estamos frente a un contrato gratuito y hay una razón fundada, imprevista y urgente para pedir la restitución anticipada de la cosa, podría generar responsabilidad por daños en virtud de lo dispuesto en el artículo 1540, inciso b, donde el comodante se obliga a permitir el uso de la cosa durante el tiempo convenido.

Estas situaciones se encontraban de alguna manera reguladas en los artículos 2284 y 2285 del código civil derogado.

IV) Significado de la reforma

Regula con mayor precisión los supuestos de restitución anticipada.

Art. 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.

I) Resumen

Establece las obligaciones del comodante.

II) Concordancias

Concepto de comodato (art. 1533); obligaciones del comodatario (art. 1536).

III) Interpretación de la norma

La primera obligación del comodante es entregar la cosa en el tiempo y lugar convenidos. Aquí hay una diferencia sustancial con el régimen anterior del código civil derogado, ya que el artículo 2255 del régimen legal anterior señalaba que el comodato se perfeccionaba con la entrega de la cosa.

De esta manera, y atendiendo al carácter consensual del contrato, si el comodante no entrega la cosa en el tiempo y lugar convenidos, podrá ser compelido por las vías del cumplimiento contractual e incluso responderá por los daños y perjuicios de su incumplimiento.

La segunda obligación refiere a que el comodante no debe obstaculizar el uso de la cosa durante el tiempo convenido, y todas las perturbaciones que hagan o que afecten dicho uso podrán generar responsabilidad por incumplimiento contractual en el comodante.

La tercera de estas obligaciones refiere a un supuesto que ya se encontraba regulado en el artículo 2286 del código civil derogado, y trata de los vicios de la cosa que el comodante oculta al comodatario. Hay una conducta intencional de ocultamiento. Si estos vicios resultan dañinos para el uso de la cosa, y perjudican al comodatario, deberá responder por ellos el comodante.

La última de las obligaciones consignadas en la norma refiere al reembolso de los gastos de conservación extraordinarios que ha realizado el comodatario.

Para que este reembolso sea procedente, el comodatario debió haberlos notificado previamente, o demostrar que eran urgentes.

En este sentido la jurisprudencia señaló diversas pautas:

“La compra de materiales y aun el hecho de introducir mejoras en el bien comodado, no importa aventar la relación originaria, para transformar en poseedor a quien los efectúa; así por lo demás, dado el tiempo transcurrido desde que el comodatario entró en la casa y la gratuidad de la ocupación, el gasto es razonable” (C2^aCCom. de La Plata, sala III, 9-11-78, “Riganti, Esteban V. y otra c/Beliz, María R.”, AR/JUR/2960/1978).

“El comodatario no puede resistir la entrega de un inmueble recibido en préstamo de uso alegando ser acreedor del comodante por los gastos y las mejoras necesarias y útiles realizadas, pues de acuerdo con el artículo 2278 del Código Civil carece del derecho de retención y, además, porque el retentor no puede, salvo pacto en contrario, utilizar la cosa que retiene” (SCJBA, 12-5-81, “Musolino, Salvador c/Rojas, Domingo O. y/u otros”, AR/JUR/6180/1981).

“No es concebible que el comodatario pueda ser tratado con mayor rigor que el poseedor de mala fe, que tiene derecho a repetir las mejoras útiles que hayan aumentado el valor de la cosa hasta la concurrencia del mayor valor existente, desde que su derecho a ser indemnizado emerge de lo dispuesto en los artículos 589 y 2440 del Código Civil, por lo tanto se debe realizar una interpretación irrestricta del artículo 2287 del Código Civil respecto de las expensas extraordinarias” (CNCiv., sala F, 20-4-82, “Andreoli, Alberto c/Vasile, Rosa y otra”, *Colección de Análisis Jurisprudencial* del 1-1-2002, p. 650; AR/JUR/1786/1982).

“Si bien el comodatario no puede exigir su pago al comodante, ello no empece su derecho a cobrar las mejoras que existan al momento en que se restituya el bien y en la medida en que se haya aumentado su valor” (CNCiv., sala F, 20-4-82, “Andreoli, Alberto

c/Vasile, Rosa y otra”, *Colección de Análisis Jurisprudencial* del 1-1-2002, p. 650; AR/JUR/1786/1982).

La temática referida a los daños y a la responsabilidad del comodante debe ser interpretada en forma congruente con otras normas, como bien se puede extraer de los supuestos de hecho vinculados, por ejemplo, a los automotores dados en comodato, que causan un daño, o a los comodatos celebrados en conexidad con otros contratos.

En este sentido es importante recordar las resoluciones jurisprudenciales existentes en referencia a estas cuestiones:

“El dueño responde por el mero hecho de ser titular del dominio de la cosa que produjo el daño, con independencia de su eventual condición de guardián, que puede darse o no según las hipótesis, pero de allí no se sigue que, en virtud de un contrato de comodato, haya perdido la guarda jurídica de la cosa” (CCCom. de Junín, 18-11-87, “Sánchez, Alberto S. c/Mangold, Luis A.”, L. L. 1988-A-540, D. J. 1988-1-815, D. J. 1989-1-816, AR/JUR/1904/1987).

“Es procedente la reparación del daño ocasionado a la comodataria con motivo de la resolución intempestiva del comodato por parte de la comuna, tomando a tal efecto el valor locativo del inmueble —en el caso, se estimó en quince meses—, pues la demandada procedió a modo de un despojo, generando a la actora la necesidad de procurarse vivienda inmediata frente a su omisión de comunicar la resolución del contrato” (C1°CCom. de Bahía Blanca, sala I, 13-2-2001, “Morán, Fabiana P. c/Intendencia Municipalidad de Tres Arroyos”, L. L. B. A. 2001-1487, AR/JUR/2946/2001).

“La transferencia mediante un contrato de comodato de la guarda del acoplado que, circulando con un camión, causó un accidente, no libera de responsabilidad al propietario si el acoplado era un medio material prestado al transportista propietario del camión para la realización de una actividad que se encontraba incorporada al giro empresarial del titular del mencionado acoplado —en el caso, retiro y entrega de leche en su establecimiento—, que éste organizaba y dirigía” (SCJBA, 20-12-2006, “R., M. C. c/De la Canal, Hugo Ernesto y otros”, R. C. y S. 2007-905, AR/JUR/10451/2006).

“El contrato de locación de un sanatorio y el de entrega en comodato

de sus bienes muebles denotan una conexidad necesaria para la realización de una operación económica, por lo cual la renovación del primero estando vencido el segundo supone el consentimiento tácito de la continuación del comodato” (C4°CCMPaz y Trib. de Mendoza, 30-7-2012, “Gaya, Juan Antonio y ots. c/Calcagni, Rodolfo Mario y ots. s/Cobro de pesos”, L. L. Gran Cuyo 2012 [octubre], AR/JUR/36782/2012).

IV) Significado de la reforma

Sistematiza claramente las obligaciones del comodante, eliminando la dispersión existente en el sistema derogado.

Art. 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.

I) Resumen

Se enuncian las diversas posibilidades extintivas del comodato.

II) Concordancias

Obligaciones del comodatario y del comodante (arts. 1536 y 1540); extinción del contrato (arts. 1076 a 1091).

III) Interpretación de la norma

El primer supuesto de extinción del contrato está referido a la destrucción de la cosa. Si la cosa se destruye, el comodato se extingue,

sin que ello genere subrogación legal respecto de ningún otro bien ni tampoco que el comodante tenga obligación de prestar una cosa semejante.

Por supuesto que deberá indagarse si la destrucción de la cosa guardó relación con la conducta del comodatario (art. 1536, inc. d), o con la conducta del comodante (art. 1540, inc. c), y de allí se derivarán las responsabilidades correspondientes.

El segundo supuesto extintivo es el vencimiento del plazo. Aquí se aclara que no importa que se haya usado o no la cosa prestada, quedando igualmente extinguido el contrato en cualquiera de los casos.

El tercer supuesto extintivo es por decisión o voluntad unilateral del comodatario, no pudiendo el comodante exigir responsabilidad alguna por incumplimiento del plazo de comodato.

Y el cuarto supuesto es por la muerte del comodatario, en principio.

Este último supuesto trata de que el comodato es celebrado teniendo muy en cuenta la persona del comodatario, y de allí las calificaciones o notas de generosidad, altruismo y gratuidad que suelen ser consustanciales a este contrato.

Ahora bien, si se estipula lo contrario, el contrato quedará vigente.

También se mantendrá la vigencia cuando no haya sido celebrado exclusivamente en consideración a su persona. En estos supuestos debemos hacer notar que hay que analizar la pluralidad de comodatarios, los sucesores del comodatario y la aplicación de las normas correspondientes para cada uno de estos dos supuestos alternativos.

Estas situaciones aparecen contempladas de alguna manera en los artículos 2271, 2272, 2273 y 2274 del código civil derogado.

IV) Significado de la reforma

Se sistematiza en forma clara y precisa los supuestos de extinción del comodato, superando la dispersión normativa y conceptual del código civil derogado.

CAPÍTULO 22

DONACIÓN

Introducción. El contrato de donación en los Fundamentos de la Comisión de Reformas

La regulación del contrato de donación sigue, en líneas generales, al Proyecto de 1998, el que, a su vez, siguió al de 1993, lo que confiere una base importante y consensuada por la doctrina.

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 ésta lo acepta.

Se incorpora una norma que dispone la aplicación subsidiaria de las reglas de la donación a todos los actos jurídicos a título gratuito, con lo que se elimina la enumeración de las liberalidades que hace el artículo 1791 del código civil. La norma sobre actos mixtos sigue las propuestas de la doctrina nacional. 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 éstas en la parte gratuita y por las correspondientes a la naturaleza aparente del acto en la parte onerosa.

En cuanto al objeto, se dispone que la donación no puede comprender la totalidad del patrimonio del donante, ni una parte indivisa 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.

La regla general en materia de forma es que debe ser hecha por escritura pública cuando es de inmuebles, cosas muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias. La donación de cosas muebles no registrables y de títulos al portador se hace por la tradición del objeto donado. En cuanto a los efectos que causa el contrato, se mo-

difican normas que dieron lugar a controversias y se aclaran las soluciones en materia de evicción y de vicios ocultos.

Las donaciones en particular también son reguladas sobre la base de los modelos referidos. En especial, cabe mencionar que 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.

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.

Es muy importante la modificación que se propicia en punto a las donaciones inoficiosas. El Proyecto en este Capítulo se limita a calificar como tales a las donaciones que excedan de la porción disponible del patrimonio del donante, pero remite a la aplicación de los preceptos relativos a la porción legítima.

La reversión y la revocación de la donación siguen al Proyecto de 1998 y al Proyecto de 1993 (PEN).

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1542 *Concepto.* Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta.

I) Resumen

La definición del contrato, que según se expresa en los *Fundamentos*

del Proyecto ha sido tomada del Anteproyecto de 1954, exige ahora concretamente que la donación debe ser aceptada por el donatario. Con ello queda fuera de toda duda la naturaleza contractual de la donación, al requerirse para su perfeccionamiento el consentimiento de donante y donatario.

Además, se le asigna al contrato sólo efecto obligacional, al disponer que el donante se obliga a transferir gratuitamente la propiedad de una cosa, superando también las críticas que en ese aspecto se habían hecho a la definición contenida en el código derogado, que lo caracterizaba como un contrato con efecto real.

II) Concordancias

Bienes y cosas (art. 16); cosas inmuebles y muebles (arts. 225/227); condiciones prohibidas (art. 344); contratos onerosos y gratuitos (art. 967); retractación de la oferta (art. 975); promesa de celebrar un contrato (art. 995); forma de los contratos (arts. 1015/1017); formación del consentimiento (art. 971); donación bajo condición (art. 1546); cosas muebles registrables (art. 1890).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Naturaleza contractual de la donación*

La donación ha sido caracterizada claramente como contrato, lo que permite distinguirla con precisión de la atribución unilateral gratuita *mortis causa*, que se hace por testamento⁵⁵³.

Es decir que se ha puesto fin al debate existente tanto en nuestro país como en el Derecho Comparado en referencia a la naturaleza jurídica de la donación entre quienes sostenían que se trataba de un acto unilateral, que sólo concedía un beneficio cuya aceptación no difería de la que corresponde a un legado⁵⁵⁴, y los que, por el contrario, en defensa de su naturaleza contractual, consideraban que mientras el

⁵⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 586.

⁵⁵⁴ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1982, t. II, vol. II, p. 71.

legatario tiene que esperar a la muerte del testador para aceptar la oferta, el donatario puede hacerlo mientras la misma no haya sido retractada⁵⁵⁵.

En efecto, queda ahora perfectamente clara la diferencia entre la donación y las atribuciones gratuitas efectuadas por testamento. La donación produce efectos inmediatos, no siendo admisible que los mismos se subordinen a la muerte del donante, según el texto expreso del artículo 1546. El testamento, en cambio, sólo produce efectos a partir de la muerte del testador (art. 2466).

Consecuentemente, al ser la donación un contrato no puede ser revocada sino por las causas legalmente previstas, en cambio el testamento es revocable a voluntad del testador.

III.2) Efecto obligacional de la donación

El presente artículo se aparta tanto del texto del derogado artículo 1789, como del artículo 1346 del Anteproyecto de 1954, pues acorde a sus textos parecía que el contrato de donación era suficiente *per se* para transferir el dominio de la cosa donada. Ahora se adopta una redacción similar a la del contrato de compraventa, en el sentido de que el donante se obliga a transferir la cosa donada, criterio que ya se venía sosteniendo respecto del texto anterior⁵⁵⁶.

III.3) Objeto del contrato

Sin perjuicio del tratamiento que más extensamente se hará al comentar el artículo 1551, debe señalarse que se mantiene el criterio del código derogado en el sentido de que la donación debe versar sobre cosas, las que deben ser entendidas en sentido propio, es decir como objetos materiales susceptibles de valor económico, acorde con lo dispuesto en el artículo 16.

⁵⁵⁵ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, *Lección de Derecho Civil. La transmisión del patrimonio familiar*, trad. de L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1959, vol. III, p. 277.

⁵⁵⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos. Parte especial*, Zavallia Buenos Aires, 1985, t. 2, p. 389; LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 593.

Si se trata de la transferencia de bienes inmateriales, la misma puede hacerse por vía del contrato de cesión, al que, en el caso de ser gratuito, se le aplicarán supletoriamente las reglas de la donación (art. 1543).

La norma no distingue entre cosas muebles o inmuebles, diferencia que sin embargo resulta relevante en relación a la forma y prueba del contrato, si se trata de cosas inmuebles, de muebles registrables o de prestaciones periódicas o vitalicias, según el texto del artículo 1890, al cual se remite.

Además no pueden donarse ni la totalidad de las cosas ni las cosas futuras con arreglo a la prescripción del artículo 1551.

III.4) "Animus donandi"

El nuevo texto no incluye la exigencia del denominado *animus donandi*, entendido como ausencia de constricción para donar, que emergía de la exigencia de que la donación surgiera de la libre voluntad del donante, lo que había llevado a la doctrina a considerar que no resultaba factible la promesa de donación⁵⁵⁷.

En el marco del nuevo ordenamiento, la promesa de donación sólo resulta inadmisibles en los supuestos en que se haya impuesto al contrato una forma determinada bajo pena de nulidad, según surge de lo dispuesto por el artículo 995, que en el caso de donación sólo alcanza a las que refieran a inmuebles, cosas muebles registrables o de prestaciones periódicas o vitalicias.

III.5) Caracteres del contrato

Consensual: El nuevo ordenamiento exige que exista acuerdo de ambas partes, una que se obliga a transferir una cosa y la otra que la acepta, expresa o tácitamente.

Unilateral: La única obligación que la norma consagra es la del donante, que no es otra que la de transferir la cosa donada.

Gratuito: En ese sentido el artículo 967 dispone que los contratos

⁵⁵⁷ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., p. 591; MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1971, t. V, p. 139.

a título gratuito son aquellos que aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, con independencia de toda prestación a su cargo.

Estos contratos han sido considerados como naturalmente desequilibrados, pues una parte entrega una cosa a otra sin recibir nada a cambio, razón por la cual el ordenamiento brinda al adquirente a título gratuito una menor protección⁵⁵⁸. Así, el artículo 392 limita los efectos de la nulidad sólo cuando se trata de terceros de buena fe y a título oneroso. También se consagra una menor responsabilidad del transmitente a título gratuito, el que, como regla, no responde por evicción, salvo los supuestos expresos previstos en el artículo 1556, y si trata de vicios ocultos se lo hace responsable en caso de dolo, acorde a lo que establece el artículo 1558. También se acota la responsabilidad del donante en caso de mora en la obligación de entregar la cosa donada, según lo determina el artículo 1555.

Formal: Si bien el artículo 1015 consagra como regla la libertad de forma, se han dejado a salvo los supuestos en que se haya impuesto una determinada, tal como ocurre con la donación cuando se trata de inmuebles, de cosas muebles registrables o de prestaciones periódicas o vitalicias, cuestión a la que se volverá a dar tratamiento al comentar el artículo 1552.

En orden a las donaciones de cosas muebles no registrables o de títulos al portador, el artículo 1554 establece que deben hacerse por la tradición del objeto donado. Se volverá sobre el punto al comentar dicha norma.

Nominado: El artículo 970 califica como nominados a los contratos que han sido regulados especialmente, como ocurre con el de donación.

IV) Significado de la reforma

La claridad de la definición de la donación implica un avance que no sólo cancela la discusión respecto de su naturaleza jurídica, sino que le acuerda al contrato, ahora con toda claridad, sólo efectos obligacionales.

⁵⁵⁸ MAYO, Jorge A., *Los contratos desequilibrados*, en L. L. Online.

Art. 1543 *Aplicación subsidiaria.* Las normas de este Capítulo se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito.

I) Resumen

El presente artículo dispone la aplicación subsidiaria de las normas relativas a la donación, a los demás actos jurídicos a título gratuito, dejando sin efecto la enumeración de las liberalidades que contenía el artículo 1791 del código derogado, el que en síntesis respondía al criterio del Codificador expresado en la nota a dicho artículo al sostener que "Sea cual fuere el desinterés de una de las partes, sea cual fuere el beneficio de la otra, donde no hay enajenación, no hay donación".

Con relación a dicha aplicación subsidiaria, deberá tenerse en cuenta que en el nuevo ordenamiento, en consonancia con la unificación de los códigos civil y de comercio, un acto será gratuito cuando la gratuidad haya sido estipulada por las partes, surja de los usos y costumbres o resulte de una disposición de la ley.

II) Concordancias

Cesión de derechos (art. 1614); comodato (art. 1533).

III) Interpretación de la norma

La aplicación subsidiaria no se limita sólo a otros contratos gratuitos, sino que expresamente alcanza a todos los actos jurídicos gratuitos, los que pueden ser tanto bilaterales como unilaterales, uniformando de este modo las disposiciones que rigen las liberalidades.

El código derogado contenía presunciones de gratuidad con relación a determinados contratos como la locación de servicios, el mandato o el mutuo, los que sólo eran considerados onerosos si existía un pacto que así lo estableciera.

Por el contrario, el nuevo ordenamiento parte de la presunción de onerosidad de aquellos contratos que se presumían gratuitos, como ocurre con la locación de servicios (art. 1255), el mandato (art. 1322),

el mutuo (art. 1527), el depósito (art. 1357); consecuentemente, quedan nominados como gratuitos sólo la donación y el comodato.

En materia de cesión de derechos se mantiene la posibilidad de que la misma sea gratuita, en cuyo caso explícitamente el artículo 1614 establece que se le aplicarán las reglas de la donación.

En cambio, a las adquisiciones gratuitas a las que hace referencia la ley 24.240 se le aplicarán prioritariamente las disposiciones propias del microsistema de consumo.

IV) Significado de la reforma

La nueva disposición, que elimina el extenso listado de liberalidades a las que no se les aplicaba el régimen de las donaciones, no hace más que acoger la metodología defendida por la doctrina, consistente en definir tipologías genéricas y dentro de ellas un contrato principal o líder, aplicando luego sus disposiciones en forma subsidiaria a otros actos que persiguen el mismo objetivo⁵⁵⁹

Art. 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.

I) Resumen

En los *Fundamentos* del Proyecto (transcriptos en p. 673) se sostiene que para la redacción de este artículo se han tenido en cuenta las propuestas de la doctrina nacional.

Se ha establecido una diferencia entre forma y contenido. Para la primera se ha dispuesto que serán de aplicación las disposiciones de este capítulo, es decir que deberán hacerse por escritura pública cuando se trate de donaciones de bienes inmuebles, muebles registrables o donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias, sin que

⁵⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 239.

la norma efectúe ningún distingo en cuanto a la importancia de la porción gratuita u onerosa de la donación.

En cambio, con relación a su contenido se tiene en cuenta la naturaleza aparente del acto aplicando, según el caso, para la parte gratuita las reglas de la donación y para la parte onerosa las reglas del contrato aparente.

II) Concordancias

Simulación (arts. 333, 335, 336); capacidad (art. 364); poder conferido en términos generales y facultades expresas (art. 375, inc. 1); obligación de saneamiento (arts. 1033/1034); forma (art. 1552); donaciones remuneratorias (art. 1561); donaciones con cargo (art. 1562); alcance de la onerosidad (art. 1564); garantía por evicción (art. 1556, inc. d).

III) Interpretación de la norma

La nueva regulación implica superar los diferentes criterios que se venían sosteniendo doctrinariamente respecto de la forma de la donación en los casos en que la parte onerosa equivalía al valor de la cosa donada, estableciendo que la donación, aun siendo onerosa, debe celebrarse respetando las exigencias formales impuestas por el artículo 1552⁵⁶⁰.

La norma, en cambio, no hace referencia a las reglas en materia de capacidad para las donaciones mixtas, pero debe concluirse que en el caso de que el acto parcialmente gratuito sea de donación, deberán tenerse en cuenta las reglas de los artículos 1548 y 1549, sin importar la cuantía de la parte onerosa.

Es de suma importancia establecer la medida de la onerosidad, porque en función de ella el donante está obligado por saneamiento (arts. 1033, inc. a, y 1034), es decir que responde por evicción y por vicios ocultos.

⁵⁶⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 464.

A su vez, en esa misma medida, no estará obligado a colacionar, ni podrá ser afectado por una acción de reducción.

IV) Significado de la reforma

Como ya se ha expresado en el acápite III, la nueva disposición despeja las dudas que generaba el régimen anterior sobre todo en orden a las exigencias formales de las donaciones onerosas, estableciendo una clara diferencia entre forma y contenido.

Art. 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.

I) Resumen

Si bien en general se admite que la aceptación pueda ser expresa o tácita, acorde con lo dispuesto en el artículo 971, con relación a la aceptación tácita de la donación se establecen dos limitaciones específicas. La primera referida a las donaciones formales, que no son otras que las de inmuebles, muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias, en cuyo caso la aceptación siempre debe ser expresa. La segunda al establecer que la aceptación tácita debe ser interpretada en forma restrictiva.

Además la reforma exige que la aceptación deba hacerse mientras vivan donante y donatario. Es decir que la oferta de donación caduca, siguiendo en ello la regla general del artículo 976.

II) Concordancias

Consentimiento, oferta y aceptación (arts. 971/983); interpretación restrictiva (art. 1062); expresiones oscuras (art. 1068); fundaciones: promesas de donación, cumplimiento de las promesas (arts. 197/198); oferta de donación por causa de matrimonio (art. 453).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Formas de la aceptación*

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 971, la aceptación de la donación puede hacerse de manera expresa o tácita.

La forma tácita se puede inferir de una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia del acuerdo, pero en el caso de la donación se exige que su interpretación se haga de manera restrictiva, lo que implica que no ha de ofrecer duda alguna respecto de la voluntad del aceptante, lo que resulta congruente con la regla de interpretación contenida en el artículo 1068.

III.2) *Obligatoriedad de la oferta de donación*

En función del régimen emergente del código derogado se sostenía que la oferta de donación difería del régimen general previsto para la oferta por el hecho de que el donante no podía renunciar a la facultad de retirarla, ni mantenerla por un plazo determinado, criterio que se sustentaba en la exigencia de que la donación dependiera de la libre voluntad del donante, la que no podía estar constreñida por una oferta con esas características⁵⁶¹.

El nuevo ordenamiento, en cambio, no introduce respecto de la donación ninguna variante con relación a las reglas generales en materia de oferta contractual. Por ello debe concluirse que la misma obliga al proponente, salvo que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso.

Si la donación se hace entre presentes debe ser aceptada inmediatamente, en cambio si se trata de una oferta hecha a un ausente, sin que se le haya fijado plazo, la misma debe ser mantenida hasta el momento en que razonablemente pueda esperarse la recepción de la respuesta (art. 974).

⁵⁶¹ BELLUSCIO, Augusto César, en *Código Civil y leyes complementarias*, dir. por Belluscio y coord. por Zannoni, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 6.

III.3) *Momento de perfeccionamiento del contrato entre presentes*

Si donante y donatario están presentes, es decir cuando existe la posibilidad de intercambio inmediato de oferta y aceptación, ambos deben concurrir al otorgamiento de la escritura, quedando perfeccionado el contrato en un mismo acto.

Si, por el contrario, se trata de una oferta entre ausentes, y el destinatario de la misma no está en condiciones de dar una respuesta inmediata, la oferta puede ser aceptada en otro momento. En ese caso la aceptación debe ser hecha en una nueva escritura pública, en los casos en que dicha forma sea exigible, según lo establecido en el artículo 980.

III.4) *Momento de perfeccionamiento del contrato entre ausentes*

El problema que se planteaba en el código derogado respecto al perfeccionamiento entre ausentes había dividido a la doctrina. De una parte se sostenía que el contrato quedaba perfeccionado desde la fecha de la escritura de aceptación, y no según las reglas del artículo 1154⁵⁶², criterio que no era compartido por quienes entendían que debía aplicarse la regla general, que en ese momento era la que acogía la teoría de la remisión o envío⁵⁶³.

En función del nuevo ordenamiento el perfeccionamiento del contrato entre ausentes se produce cuando la aceptación es recibida por el oferente durante la vigencia del plazo de la oferta, de conformidad a lo establecido en el artículo 980, inciso b, es decir que se adopta en esta materia la teoría denominada de la recepción, con el alcance que determina el artículo 983.

III.5) *Aceptación de la donación por medio de representante*

Nada dice la norma en análisis respecto de la posibilidad de que la aceptación se efectúe por medio de representante, a diferencia de

⁵⁶² SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1982, t. VII, ps. 283/284.

⁵⁶³ BELLUSCIO, en *Código Civil y leyes complementarias* cit., p. 71.

lo que ocurría en el código derogado (art. 1797), razón por la cual deberá hacerse remisión a las reglas generales de la representación, donde sólo se exige poder especial para hacer donaciones u otras liberalidades según texto del artículo 376, inciso 1.

III.6) *Donaciones hechas en razón del futuro matrimonio*

En el caso de que tercero o uno de los contrayentes hagan una oferta de donación en consideración al futuro matrimonio, la misma se considera aceptada por la celebración del mismo, atento a lo dispuesto en el artículo 453.

III.7) *Promesas de donación hechas por los fundadores*

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 187, las promesas de donación hechas por los fundadores en el acto constitutivo son irrevocables a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice su funcionamiento. En ese caso la oferta de donación no caduca por muerte del oferente si la misma se produce después de firmar el acto constitutivo. A su vez la fundación según lo prescripto por el artículo 198 tiene a su disposición todas las acciones para exigir el cumplimiento de las promesas de donación.

III.8) *Caducidad de la oferta y de la aceptación*

El derogado artículo 1795 permitía que tanto el donatario como sus herederos pudieran aceptar la oferta de donación aun cuando el oferente hubiera muerto con antelación.

Dicha disposición fue reputada como anómala⁵⁶⁴ por apartarse de la regla general del artículo 1149 del derogado código según el cual la oferta caducaba por el fallecimiento del oferente. A su vez tanto en el Anteproyecto de 1954 (art. 1347) como en el Proyecto de 1993, de la Comisión creada por decreto 468/92 (art. 1008), o en el Proyecto de 1998 (art. 1424), se había propuesto una fórmula similar a la actual, estableciendo que la aceptación de la donación debía producirse en vida del donante y del donatario.

⁵⁶⁴ BELLUSCIO, ob. cit., p. 20.

III.9) *El nuevo artículo 1545 y los efectos con relación al tiempo*

¿Qué ocurre con las ofertas de donaciones no aceptadas a la entrada en vigencia del Código? ¿Podrán ser aceptadas si el donante muere cuando ya está en vigencia el nuevo Código?

Como sostiene Afda Kemelmajer de Carlucci⁵⁶⁵, en una obra muy valiosa sobre el tema, la respuesta negativa se impone por las siguientes razones:

- No se trata de una situación agotada, o concluida a la que se aplique la ley vigente al momento de su formulación, sino una situación *in fieri*, en formación, pues no hay contrato mientras no exista aceptación. En efecto, esa oferta de donación, durante la vigencia del código civil, no era un supuesto de declaración unilateral de voluntad obligatoria.
- No se está en presencia de una ley supletoria, pues no hay aún contrato, por lo que mal puede hablarse de voluntad contractual presumida.
- Las únicas donaciones no aceptadas reconocidas por el nuevo Código son las del artículo 197 para las fundaciones y por el especial sistema del nacimiento de esta nueva persona jurídica. Allí se dispone que las promesas de donación hechas por los fundadores en el acto constitutivo son irrevocables a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice a la entidad para funcionar como persona jurídica. Si el fundador fallece después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos, a partir de la presentación a la autoridad de contralor solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica.

En definitiva, el artículo 1545 del nuevo Código es inmediatamente aplicable, y las ofertas emitidas con anterioridad a la entrada en vigencia del código civil no podrán ser aceptadas después de la muerte del oferente, desde que no existe, al tiempo de su entrada en vigencia, una situación o relación ya nacida o agotada.

⁵⁶⁵ Ver *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 157.

IV) Significado de la reforma

El criterio aplicado por la reforma no hace más que unificar las reglas en materia de oferta y aceptación contractual y particularmente en orden a su caducidad, disponiendo que ambas caducan cuando el proponente o el destinatario fallecen o se incapacitan antes de la recepción de la aceptación (art. 976).

Art. 1546 Donación bajo condición. Están prohibidas las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante.

D) Resumen

A diferencia de lo que ocurría en el código derogado, que tenía una disposición expresa relativa a la posibilidad de convenir donaciones condicionales, el nuevo ordenamiento, cuando regula este contrato sólo hace referencia a las que se prohíben, resultando por ello aplicables las reglas de los artículos 343/349.

No se ha incorporado al nuevo texto la posibilidad de que el contrato, no obstante su nulidad, pueda ser válido como disposición de última voluntad en caso de haber cumplido con los recaudos formales previstos para este tipo de actos. Se volverá sobre el tema en el punto IV, *Significado de la reforma*.

II) Concordancias

Condición (arts. 343/349); conversión (art. 384); donaciones con cargo (art. 1562). Ley 24.522 (art. 112).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Condiciones prohibidas*

Para interpretar correctamente el texto debe recurrirse a la regulación de las modalidades de los actos jurídicos, habiéndose limitado el

presente texto a establecer que la muerte del donante no puede constituirse en condición suspensiva.

Sin embargo no se trata del único supuesto de condición inadmisibles, pues el artículo 344 también prohíbe esta modalidad, bajo pena de nulidad, cuando la misma resulte contraria a la moral o las buenas costumbres, como así también las que estén prohibidas por el ordenamiento jurídico o que dependan exclusivamente de la voluntad del obligado.

La inclusión de condiciones prohibidas, en principio, torna nula la donación en su totalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 344, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de disposiciones testamentarias, pues en ese caso sólo se anula la cláusula que impone la condición según el artículo 2468.

Sin perjuicio de la regla general respecto de las condiciones prohibidas que producen la nulidad del acto, el propio artículo 344 consagra excepciones a la misma, cuando se trata de una condición de no hacer una cosa imposible cuando es suspensiva, en cuyo caso no se afecta el acto. También la nulidad es parcial cuando la condición afecta de modo grave las libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, decidir sobre su estado civil, en cuyo caso se la tendrá por no escrita, sin afectar el acto en sí.

En síntesis, la donación será válida en tanto la condición impuesta no esté legalmente prohibida, como ocurre con la que supedita los efectos del contrato a la muerte del donante, pero también si las mismas importan dejar al arbitrio del donante la posibilidad de revocar la donación o neutralizar o restringir sus efectos, o cuando sean ilícitas o inmorales o imposibles.

III.2) Artículo 112 de la ley 24.522

Esta norma no ha sufrido modificación, estableciendo que la condición de que los bienes donados no quedarán comprendidos en el desapoderamiento es ineficaz respecto de los acreedores, siendo inoponible a la masa concursal⁵⁶⁶. Es decir que no se trata de una con-

⁵⁶⁶ GARAGUSO, Horacio, *Efectos patrimoniales de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 171.

dición prohibida que conduzca a la nulidad de la donación, debiendo limitarse su efecto al desapoderamiento.

Esta disposición ha sido considerada injusta desde el punto de vista del donante al disponer la inoponibilidad de la condición, pero manteniendo la validez de la liberalidad⁵⁶⁷.

Si, en cambio, el oferente hubiera establecido otras condiciones, la masa concursal en caso de aceptar la donación deberá hacerse cargo de las mismas⁵⁶⁸.

IV) Significado de la reforma

La disposición reformada ha ganado en precisión y claridad, pero sin embargo se le han efectuado observaciones en el sentido de que, en caso de anularse la liberalidad, al no haberse previsto una disposición similar a la que contenía el derogado artículo 1790, que en ese caso le otorgaba el valor de una disposición testamentaria, no se estaría garantizando la verdadera voluntad de los donantes, sobre todo cuando se trata de legos⁵⁶⁹. Sin embargo esta crítica pierde sustento si se tiene en cuenta que por remisión al artículo 384 el acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad.

Art. 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.

⁵⁶⁷ HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, t. 3, p. 1098.

⁵⁶⁸ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1982, t. 3, p. 1026.

⁵⁶⁹ ELÍÁ, Marcos, en Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/análisis-proyecto-nuevo-código-civil.pdf>.

I) Resumen

Sólo se ha regulado la oferta conjunta efectuada a varias personas solidariamente. En ese caso la aceptación de uno o alguno vale por el todo, pero de esto no se sigue que la aceptación de uno o alguno beneficie a los no aceptantes, sino sólo que la aceptación debe aplicarse a la totalidad de la donación y no que valdrá para que quienes hayan aceptado se consideren con derecho de acrecer.

La disposición también resuelve la situación derivada de la muerte de alguno de los destinatarios de la oferta o de su revocación por parte del donante.

II) Concordancias

Solidaridad, concepto (art. 827); derecho de acrecer (art. 2489).

III) Interpretación de la norma

A diferencia de lo que disponía el artículo 1794 del código derogado, que distinguía en el caso de donatarios múltiples según que la oferta fuera hecha en forma separada o solidaria, ahora sólo se regula la situación de las ofertas efectuadas solidariamente.

III.1) Oferta conjunta solidaria

El nuevo texto sólo hace referencia a la oferta conjunta hecha a varios destinatarios solidarios, estableciendo que cualquiera de ellos puede aceptar la cosa y que esa aceptación vale por la totalidad. El que valga por el todo no implica derecho de acrecer, sino tan sólo lo que se ha denominado como *jus non decrescendi*⁵⁷⁰. Es decir que si cualquiera de los destinatarios de la oferta hubiera aceptado, el donante no puede revocarla.

Debe tenerse en cuenta que la solidaridad entre los donatarios múltiples no se presume, por lo que en caso de silencio se debe entender que la donación es divisible (art. 828).

También resuelve el texto la situación que se produce en caso de

⁵⁷⁰ SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos* cit., t. VII, p. 267.

revocación o muerte del donante antes de la aceptación. En el primer caso ya no podrá aceptar y en caso de muerte tampoco podrán hacerlo sus herederos.

III.2) Donación efectuada para constituir propiedad comunitaria indígena

No se trata específicamente de un supuesto de solidaridad de los donatarios pues tiene en cuenta la comunidad como tal, y si bien puede ser constituida por donación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2031, inciso c, esa donación tiene la particularidad de que no está sujeta a ninguna causal de revocación en perjuicio de la comunidad donataria, atento a lo que se establece en el artículo 2032.

IV) Significado de la reforma

Si bien se resuelve adecuadamente la situación de los donatarios solidarios, en especial en caso de revocación o muerte del oferente, no se da respuesta a la situación de donatarios mancomunados.

A su vez la regulación de la donación para la constitución de propiedad comunitaria indígena se inscribe entre las normas que tienden a hacer operativo su reconocimiento por la Constitución de 1994.

Art. 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.

I) Resumen

Se consagra como regla general de la capacidad para donar, mediante remisión, a la que se requiere para disponer de los bienes del donante.

De acuerdo con la nueva metodología en materia de capacidad, que recoge propuestas doctrinarias en el sentido de regular lo relativo a la capacidad al tratar de los hechos y actos jurídicos, hay que remitirse

a lo dispuesto en el Libro Primero, sin perjuicio de las restricciones específicas que se hayan establecido en cada uno de los contratos en particular.

II) Concordancias

Menor de edad y adolescente (art. 25); actos prohibidos a la persona emancipada (art. 28); actos sujetos a autorización judicial (art. 29); persona menor de edad con título profesional habilitante (art. 30); persona con capacidad restringida y incapacidad (art. 32); inhabilitados, pródigo (arts. 48 y 49); ejercicio de la tutela, actos prohibidos (art. 120); actos que requieren autorización judicial (art. 121); curatela, normas aplicables (art. 138); extinción (art. 380); actos que necesitan autorización judicial (art. 692).

III) Interpretación de la norma

No se han reiterado las incapacidades para recibir donaciones que consagraba el artículo 1807 del código derogado, pero, no obstante, debe considerarse que sólo pueden ser donatarios quienes tengan personalidad jurídica, y que tal como se expresa en los *Fundamentos* del Proyecto, las cuestiones relativas a la capacidad se han regulado siguiendo el criterio emergente del Proyecto de 1998.

III.1) Capacidad para donar

Se exige la plena capacidad para disponer de los bienes. La categoría de actos de disposición no ha sido definida, por consiguiente deberá entenderse que se hace referencia a aquellos actos para los cuales no sea suficiente un poder general de administración.

III.2) Incapacidad para hacer donaciones

En orden a las incapacidades, debe distinguirse la situación de los menores de edad, que son aquellos que no han alcanzado los 18 años, de los emancipados por matrimonio, menores con título profesional habilitante, inhabilitados y personas con capacidad restringida, a quienes en

la sentencia que limite su capacidad se les prohíba donar. Sobre algunas de estas situaciones, se efectúan ciertas precisiones a continuación.

a) *Emancipados por matrimonio.*

A tenor de lo dispuesto por los artículos 28, inciso b, y 29, se han previsto diferencias en orden a la capacidad para hacer donaciones, según que los bienes que se pretenden disponer a título gratuito hayan sido recibidos a título gratuito u oneroso.

En el primer supuesto, acorde a la primera de las disposiciones precisadas, se trata de una verdadera incapacidad jurídica, pues no pueden los emancipados donar bienes recibidos a título gratuito, ni siquiera con autorización judicial.

En cambio si se trata de disponer a título oneroso bienes recibidos a título gratuito —por donación—, pueden hacerlo, pero con autorización judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29, la que sólo será concedida cuando el acto sea de toda necesidad o resulte beneficioso”.

Finalmente, el artículo 450 se hace cargo de una situación especial, por la cual se prohíbe a los menores de edad autorizados judicialmente para casarse a otorgar donaciones en la convención matrimonial.

b) *Persona menor de edad con título profesional habilitante.*

El artículo 30 los autoriza no sólo a administrar sino también a disponer, sin necesidad de autorización, de los bienes que hubieran adquirido con el producido de su profesión. Respecto de los restantes bienes, se aplican las reglas relativas a la minoridad en general.

c) *Inhabilitados.*

A ellos se refiere el artículo 48, pero para el caso de la donación debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 49, que exige la intervención de una persona designada en su apoyo a fin de efectuar actos de disposición entre vivos, entre los que cabe incluir a la donación.

III.3) Mandato para donar

No se ha reiterado una norma similar a la que contenía el artículo 1807, inciso 6° del código derogado, según el cual si bien no se

establecía una prohibición absoluta, se requería no sólo un poder especial sino que los mismos debían contener la designación de los bienes a ser donados.

Con el nuevo régimen y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 375, inciso 1, se exige poder especial para hacer donaciones u otras liberalidades, salvo que se trate de pequeñas gratificaciones habituales, pero no se reitera el requisito de la determinación de los bienes a donar.

III.4) *Poderes irrevocables y "post mortem" para hacer donaciones*

Con la anterior legislación y a partir de la exigencia contenida en el artículo 1789 de que la donación dependiera de la libre voluntad del donante, se había resuelto que no era admisible el otorgamiento de un poder irrevocable⁵⁷¹. Además se señalaba que para que el mandato irrevocable fuera factible se requería que se lo otorgara en interés de mandante y mandatario o de un tercero, lo que no ocurría en la donación⁵⁷². Esta exigencia, sin embargo, no surge del texto del artículo 380, inciso c, que permite otorgarlo en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante o de un tercero.

En cuanto a los mandatos *post mortem*, si bien con el nuevo texto no resulta audible el argumento de que faltaba el interés conjunto de donante y donatario exigido por el derogado artículo 1982⁵⁷³, esa posibilidad debe ser descartada en razón de lo dispuesto por el artículo 1330 en el sentido de que el mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo, salvo que pueda valer como disposición de última voluntad.

IV) Significado de la reforma

Es indudable que la disposición simplifica notoriamente el régimen

⁵⁷¹ CNCiv., sala G, 13-6-2003, L. L. 2004-B-44.

⁵⁷² LLORENS, L. R., *Errónea instrumentación: poder irrevocable o "post mortem" para donar*, en *Revista Notarial*, N° 874, Año 80, 1984, p. 76.

⁵⁷³ LLORENS, *Errónea instrumentación: poder irrevocable o "post mortem" para donar* cit., p. 76.

de capacidad para donar y las diversas situaciones deben interpretarse con arreglo a lo dispuesto para los actos gratuitos.

Art. 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.

I) Resumen

El presente artículo unifica el régimen de aceptación de las donaciones por parte de los incapaces, sin distinguir entre aquellos que están sujetos a patria potestad y los sujetos a tutela o curatela, eliminando las diferencias que planteaba el artículo 1808 en sus incisos 2° y 3°.

También supera las diferencias doctrinales entre quienes sostenían que las donaciones hechas por terceros debían ser aceptadas por ambos padres y los que, por el contrario, consideraban que el acto podía ser cumplido por el progenitor que ejerciera la administración, salvo que fuera con cargos.

A diferencia de lo que se había previsto inicialmente en el Anteproyecto que sirviera de base al nuevo Código, se suprimió la exigencia de designar un tutor especial para aceptar la donación en el caso en que el o los donantes fuesen sus representantes.

II) Concordancias

Capacidad de derecho (art. 22); personas incapaces de ejercicio (art. 24); persona menor de edad (arts. 25/30); representación y asistencia (art. 101); tutela especial (art. 109); actos que requieren autorización judicial (art. 121, inc. e); curatela (art. 138).

III) Interpretación de la norma

Tal como se ha expresado precedentemente, si el donatario es incapaz la donación debe ser aceptada por sus representantes. Si se trata de menores lo será por quienes ejercen la patria potestad o por sus

tutores, siempre que éstos no sean los donantes, y en el caso de incapaces o personas con capacidad restringida por razones de salud mental, por el curador que se les designe (art. 101).

Los tutores necesitan autorización judicial para repudiar donaciones según el texto del artículo 121, inciso e, regla que también debe aplicarse a la curatela, atento a lo dispuesto por el artículo 138, primer apartado, pero no para aceptarlas como requería el derogado artículo 1808.

III.1) *Aceptación por mandatario*

El derogado artículo 1808 en su inciso 5° disponía que los mandatarios no podían aceptar donaciones sin un poder especial al efecto o un poder general para hacer donaciones, disposición que no se repite en el nuevo ordenamiento, que sólo requiere poder especial para hacer donaciones, pues según el artículo 375, inciso I, sólo se lo exige para hacer donaciones pero no para aceptarlas.

III.2) *Aceptación de donaciones hechas por el representante legal*

Con la eliminación de la obligación de designar un tutor especial para aceptar donaciones, cuando los donantes fuesen los representantes de los incapaces, sin duda subsistirán las divergencias doctrinarias vertidas respecto del ordenamiento derogado. Al respecto cabe señalar que, aun quienes entendían que esa designación no era exigible en todos los casos, la consideraban necesaria cuando ambos padres o el único representante del incapaz eran los donantes. Este criterio resultaría válido en la actualidad, sobre todo si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 368 respecto del contrato consigo mismo, en su conexión con el artículo 109. Estando prohibida la autocontratación sin duda será menester designar un tutor especial para la aceptación.

III.3) *Aceptación de las donaciones con cargo*

En los casos en que la donación sea con cargo, aun cuando sean hechas por terceros, se requiere autorización judicial para aceptarlas.

IV) Significado de la reforma

El nuevo texto ha eliminado las diferencias entre la situación de los menores sujetos a patria potestad o a tutela y también los sujetos a curatela. También ha eliminado las contradicciones que surgían entre los artículos 1808, inciso 5° y 1797 del código derogado, es decir que se ha receptado la tesis que hacía prevalecer el artículo 1797, permitiendo que la aceptación pueda ser hecha por el mandatario con poder general de administración pero sin facultad expresa para aceptar donaciones⁵⁷⁴.

También el texto reformado deja en claro que en las donaciones con cargo, quienquiera sea el donante, requieren autorización judicial para su aceptación.

Art. 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.

I) Resumen

Del listado de incapacidades que consagraba el artículo 1808 se han mantenido sólo los incisos 4° y 5°. La disposición actual resulta congruente con lo dispuesto en el artículo 120, 2° apartado, en el sentido de que antes de aprobada judicialmente la cuenta final de la tutela, el tutor no puede celebrar contrato alguno con su pupilo, aunque haya cesado la incapacidad.

II) Concordancias

Gastos de la tutela (arts. 120, 130/132).

III) Interpretación de la norma

Como todo representante, los tutores y curadores están obligados

⁵⁷⁴ BELLUSCIO, ob. cit., ps. 22/23 y sus citas.

a rendir cuentas de su gestión. Si bien el artículo 130 les impone hacerlo al término de cada año, al cesar en el cargo o cuando el juez de oficio o a pedido del Ministerio Público las requiera, a los fines de la capacidad para recibir donaciones de sus pupilos deberá computarse exclusivamente la rendición final a que refiere el artículo 131.

III.1) *Forma de la rendición de cuentas*

La rendición es individual y como parte de ella el representante no sólo debe informar de la gestión, sino que debe entregar de inmediato los bienes aunque el tutelado lo exima de ese deber.

Si con motivo de la rendición se originan gastos, éstos deben ser asumidos por el representante, quien sin embargo tiene derecho a su reintegro si las cuentas son rendidas en debida forma.

En síntesis, mientras no se hayan rendido y aprobado las cuentas de la tutela y curatela, con arreglo a lo establecido en el Parágrafo 4º, Sección 2ª del Capítulo 10 del Título I, existe una verdadera incapacidad de derecho de tutores y curadores para ser donatarios de bienes de sus pupilos.

IV) Significado de la reforma

Con la nueva disposición se ratifican las soluciones que surgían de los incisos 4º y 5º del artículo 1808 del código derogado, y además ha quedado claramente establecido en el nuevo ordenamiento el régimen de rendición de cuentas de la tutela y curatela.

Art. 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.

I) Resumen

El presente artículo unifica los requisitos relativos al objeto de la donación.

En primer lugar debe tratarse de cosas en sentido técnico, es decir bienes materiales susceptibles de valor económico.

La disposición, a su vez, importa prohibir que se trate de cosas ajenas o futuras, o de partes alícuotas, o que implique a todo el patrimonio del donante, salvo, en este último caso, que la donación se haga con reserva de usufructo o que el donante tenga otros medios de subsistencia.

II) Concordancias

Bienes y cosas (art. 16); nulidad, criterio de distinción (art. 386); nulidad relativa (art. 388).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Prohibición de la donación de todo el patrimonio del donante*

Si bien la fórmula parece confundir el patrimonio con los bienes que lo integren, siendo éste un atributo de la personalidad, no puede efectuarse una interpretación absolutamente literal del texto.

Consecuentemente, la interpretación deberá hacerse en consonancia con el resto de la regulación contractual, especialmente con la propia definición de la donación, en el sentido de que la misma sólo refiere a cosas y si su objeto son éstos, va de suyo que no puede comprender la totalidad del patrimonio, ni una parte alícuota de él, tal como se había señalado en la nota al proyectado artículo 1014 del Anteproyecto de Reformas al Código Civil de 1993. En virtud de ello habrá de entenderse que sólo se hace referencia a la donación de todas las cosas que integran el patrimonio del donante.

Como ya se había dicho en relación al artículo 1800 del código derogado, si bien es difícil que en la práctica se dé el supuesto de que alguien se desprenda de todos los bienes que integran su patri-

monio, la disposición se justifica para evitar no sólo actos irreflexivos, o los motivados en una captación de voluntad, sino porque existe también un interés social en no dejar al donante en la indigencia⁵⁷⁵.

III.2) *Efecto de las donaciones de todo el patrimonio*

En razón de la modificación introducida respecto de la nulidad de los actos jurídicos⁵⁷⁶, cabe calificar al contrato hecho en violación a la regla del presente artículo como afectado por una nulidad relativa, y al igual que en el anterior ordenamiento no será necesario demostrar para su procedencia que hayan existido vicios de la voluntad⁵⁷⁷.

Además debe señalarse que si a consecuencia de donaciones sucesivas se llega a que el donante se encuentre sin medios de subsistencia, serán de aplicación criterios vigentes respecto del código derogado en el sentido de que la nulidad recaerá sobre la última que lo coloque en situación de carecer de bienes para su subsistencia⁵⁷⁸.

III.3) *Prohibición de donar cosas que no están bajo el dominio del donante*

La prohibición no sólo alcanza a las cosas ajenas, sino también a las cosas futuras, que son aquellas respecto de las cuales el donante no tiene ningún derecho presente, y ni siquiera condicional, para incorporarlas a su patrimonio.

Se ha dicho que son bienes futuros los que al tiempo del contrato no existen en el patrimonio del donante, aunque existan materialmente, y en cambio existen en el patrimonio aquellos derechos que pueden tener una concreción ulterior como, por ejemplo, una cosecha futura⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ SALVAT, Raymundo y ACUÑA ANZORENA, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones*, t. III, N° 1588; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II; LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 406.

⁵⁷⁶ TOBÍAS, José W., *La doble clasificación de las nulidades y la reforma del Código Civil*, en L. L. Online.

⁵⁷⁷ BELLUSCIO, ob. cit., p. 32 y sus citas en nota 22.

⁵⁷⁸ LORENZETTI, *Tratado...* cit., p. 603 y sus citas.

⁵⁷⁹ BORDA, ob. cit.; LORENZETTI, *Tratado...* cit., p. 604.

También se los ha definido como los que no están en el patrimonio del donante y que podrían ingresar en él sólo por un acto que dependa de su voluntad⁵⁸⁰.

III.4) *Prohibición de donar partes alícuotas*

De la propia definición surge que siendo cosas el objeto de la donación, no es posible que el contrato refiera a partes alícuotas, es decir a partes proporcionales con relación a todo el patrimonio, lo que no impide donar porciones indivisas determinadas.

III.5) *Excepciones a la regla*

a) *Reserva de usufructo.*

Una excepción a la donación de la totalidad de patrimonio es aquella que se hace con reserva de usufructo, el que debe constar en forma expresa y en la misma escritura de donación, criterio que venía siendo sostenido por Llerena.

De todos modos no se debe confundir la reserva de usufructo, que constituye un derecho real, con la obligación del donatario de entregar al donante los frutos de la cosa donada.

b) *Tenencia de medios suficientes de subsistencia.*

Se ha obviado repetir la fórmula referida a una "porción conveniente" que contenía el código derogado, reemplazándola por una más precisa cual es la de disponer de otros medios suficientes de subsistencia, como podría ser un beneficio jubilatorio.

De todos modos esos medios deben existir al momento de la donación, siendo indiferente que luego el donante adquiera otros bienes o pierda los que se ha reservado.

La prueba de la insuficiencia o carencia de bienes incumbe a quien solicita la anulación, no siendo relevante el hecho de que se haya declarado en la escritura que quedaban bienes en cantidad suficiente para cubrir las necesidades del donante.

⁵⁸⁰ OSSORIO Y FLORIT, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado y actualizado*, Librería Jurídica, La Plata, 1972, comentario al artículo 1800.

IV) Significado de la reforma

La norma sistematiza adecuadamente los requisitos que también contemplaba el código derogado en orden al objeto de las donaciones.

Art. 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.

I) Resumen

Con esta disposición se ha ganado en claridad al hacer referencia específica a la escritura pública, a diferencia del texto del derogado artículo 1810 que decía que debían ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, locución que había sido considerada imperfecta por la doctrina que propiciaba una fórmula como la actual⁵⁸¹.

Además impone la misma exigencia formal a las donaciones de cosas muebles registrables.

La forma debe ser reputada como solemne absoluta a tenor de lo dispuesto en el artículo 284 *in fine*, pues se exige bajo pena de nulidad, no resultando aplicable la disposición del artículo 285.

II) Concordancias

Libertad de formas (art. 284); forma impuesta (art. 285); escritura pública, definición (art. 299); derechos reales sobre cosas registrables y no registrables (art. 1890).

III) Interpretación de la norma

III.1) Finalidad de la exigencia formal

La exigencia de escritura pública, definida en el artículo 299, para las donaciones de inmuebles y de prestaciones periódicas o vitalicias

⁵⁸¹ BELLUSCIO, ob. cit., p. 62 y sus citas.

importa *per se* una modalidad de información, que protege a los autores del acto tanto de la impremeditación como de la ligereza⁵⁸², o que tiene como principal objetivo la protección contra la precipitación⁵⁸³. Esa cualidad protectoria de la forma se aprecia cuando se establecen, como en este caso, formas solemnes, las que en general refieren a elementos importantes de un patrimonio o que comprometen al donante por un tiempo prologando o indefinido.

III.2) Donaciones incluidas

El nuevo ordenamiento no innova respecto del régimen anterior en materia de inmuebles o de prestaciones periódicas o vitalicias, pero extiende la exigencia formal a las cosas muebles registrables.

A fin de establecer cuáles son las cosas muebles registrables debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1890, que si bien no distingue entre inmuebles y muebles, dispone que son cosas registrables aquellas para las cuales se ha previsto legislativamente la inscripción de los respectivos títulos en un registro a los efectos que correspondan.

En cambio, se trata de cosas no registrables aquellas en que los documentos portantes de derechos sobre su objeto no acceden a su registro a los fines de su inscripción.

III.3) Donaciones al Estado

La falta de exigencia de escritura pública ya estaba incluida en el código derogado, cuestión a la que refiere el artículo 1553 al cual se remite.

III.4) Actos de disposición del fundador

Tampoco es exigible la escritura pública cuando se trate de actos de disposición del fundador, atento a lo dispuesto en el artículo 197, en el sentido de que las promesas de donación hechas en el acto cons-

⁵⁸² CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español común y foral*, Reus, Madrid, 1962, t. I, vol. 2, p. 702.

⁵⁸³ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil* cit., 1979, t. II, 1º; SPOTA, ob. cit., p. 184.

titutivo son irrevocables a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice el funcionamiento como persona jurídica.

A su vez el artículo 198 establece que la fundación tendrá todas las acciones legales para obtener el cumplimiento de las promesas de donación.

III.5) *Prueba de las donaciones formales*

Acorde con lo prescripto por el artículo 285, cuando, como en el caso de la donación, la forma ha sido impuesta bajo pena de nulidad, cabe concluir que su prueba depende del cumplimiento de la forma prescripta, la que no puede ser suplida por ninguna otra, ni siquiera mediando entrega de la cosa donada, porque la tradición no suple las formas legales.

No puede desconocerse que con la anterior regulación se sostenía que si se hubiera hecho tradición de la cosa donada era factible su prueba por vía de confesión judicial⁵⁸⁴, criterio que resulta inaceptable pues en ese caso la única acción sería la de escrituración, explícitamente excluida en el caso de que las formas hayan sido impuestas bajo pena de nulidad, según el texto del ya mencionado artículo 285⁵⁸⁵.

IV) *Significado de la reforma*

Resulta acertada la referencia expresa de la escritura pública como forma de determinadas donaciones, evitando así las críticas que en ese aspecto se habían efectuado al código derogado. En cuanto a la donación de cosas muebles registrables, hubiera sido deseable que se estableciera un valor a partir del cual la forma resulta exigible.

Art. 1553 *Donaciones al Estado.* Las donaciones al Estado pueden ser acreditadas con las actuaciones administrativas.

⁵⁸⁴ SPOTA, Alberto G., *La confesión genuina en el contrato de donación de inmueble*, en L. L. 1988-D-116.

⁵⁸⁵ BELIUSCIO, ob. cit., p. 72.

I) *Resumen*

Una disposición similar fue introducida por la ley 17.711, que no hizo más que reconocer lo que la jurisprudencia anterior venía admitiendo, en el sentido de que se trataba de actos regidos por el Derecho Administrativo y no por el código civil.

De todos modos la norma actual reitera la utilización del verbo "acreditar", lo que había merecido críticas de la doctrina pues pareciera que se trata de un problema de prueba y no de forma.

II) *Concordancias*

Forma (art. 1552).

III) *Interpretación de la norma*

Pese a la utilización del verbo "acreditar", debe concluirse que en realidad no se trata de una cuestión de prueba, sino de una forma alternativa a la que cabe asignarle el mismo carácter que a la impuesta en el artículo anterior, pues la disposición no expresa en forma precisa que estas donaciones constituyan una excepción a la disposición precedente⁵⁸⁶. Es decir que también se trata de una forma solemne absoluta.

Va de suyo que para que la excepción se aplique debe tratarse de donaciones con destino de afectación pública y deben ser aceptadas mediante el correspondiente decreto.

Además la voz "Estado" debe ser interpretada con criterio amplio, comprensiva tanto del Estado nacional como de las provincias y municipios.

La actual redacción de la norma no altera el criterio jurisprudencial en el sentido de que la excepción sólo es aplicable respecto de las donaciones que se hacen al Estado pero no a la inversa, pues en ese caso no se puede obviar la escritura pública⁵⁸⁷.

Hay quienes en base al texto anterior, idéntico en ese aspecto al

⁵⁸⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 424.

⁵⁸⁷ CApel. de Junín, 28-10-82, J. A. 1983-II-398.

actual, venían sosteniendo que pueden considerarse comprendidas en la norma las demás entidades públicas que actúen en el campo del Derecho Público⁵⁸⁸.

IV) Significado de la reforma

Se mantiene el criterio del código derogado que no había generado conflictos interpretativos.

Art. 1554 *Donación manual.* Las donaciones de cosas muebles no registrables y de títulos al portador deben hacerse por la tradición del objeto donado.

I) Resumen

La donación se perfecciona por la sola entrega de la cosa o del título al donatario, de modo tal que si la tradición falta la donación no existirá como tal.

II) Concordancias

Cosas muebles (art. 227); concepto de títulos valores al portador (art. 1837); tipificación de títulos valores a la orden (art. 1838); necesidad de los títulos valores cartulares (art. 1830).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Donaciones de cosas muebles no registrables*

En orden a las donaciones de cosas muebles y títulos al portador se sostenía que era erróneo el criterio de que sólo podían hacerse mediante la entrega de la cosa donada, pues la disposición que contenía el artículo 1815 no excluía el contrato de donación instrumentado que justificaba luego la entrega. Se destacaba que el acto escrito no podía ser una simple promesa de donación, sino que debía tratarse de una oferta que perfeccionaba el contrato con su aceptación⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ BELLUSCIO, ob. cit., p. 63 y sus citas.

⁵⁸⁹ BELLUSCIO, ob. cit., p. 79.

También se señalaba que estas donaciones que se hacen de mano en mano no le quitaban al contrato su carácter consensual, criterio que con mayor razón puede sostenerse actualmente, pues se ha suprimido la categoría de contratos reales. Es decir que se consideraba a la entrega como facultativa, de modo que el contrato podía hacerse por escrito, y que el requisito *res* tenía sólo una finalidad probatoria⁵⁹⁰.

En cuanto a la entrega de la cosa se venía sosteniendo que debía tratarse de una verdadera tradición, es decir que debía ser efectuada con la intención de donar⁵⁹¹.

Con el nuevo texto, una interpretación congruente con la supresión de los contratos reales no puede ser otra que la que se mencionaba en la nota del artículo 1017 del Proyecto de Reformas de 1993 de la Comisión creada por decreto 468/92 PEN, en el sentido de que lo que se ha propuesto es acentuar el formalismo en este tipo de donaciones, haciendo requisito esencial de la donación manual la entrega de la cosa, a diferencia del código derogado en que la entrega aparecía como una alternativa a la donación hecha por instrumento.

III.2) *Donación de títulos*

Con toda precisión el texto incluye sólo a los títulos al portador, siguiendo en ello el criterio que venía sosteniéndose jurisprudencialmente en el sentido de que la sola entrega no alcanzaba a los títulos nominativos, pues los mismos son transmisibles únicamente por vía de cesión o endoso⁵⁹².

IV) Significado de la reforma

Con el nuevo texto pareciera que se ha optado por dar a la donación una nueva exigencia formal, pero que puede llegar a confundirse con un contrato real, lo que resultaría incongruente con la supresión de esa categoría.

⁵⁹⁰ ZAGO, Jorge A., en BUERES y HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, t. 4D, p. 83 y sus citas.

⁵⁹¹ LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios al Código Civil*, La Facultad, La Plata, 1931, t. VI.

⁵⁹² SCJBA, 29-9-2000, L. L. B. A. 2001-78.

SECCIÓN 2ª

EFECTOS

Art. 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.

I) Resumen

El texto de este artículo al establecer la obligación del donante de hacer entrega de la cosa donada reafirma el carácter obligacional del contrato.

Se ha dispuesto que la obligación de entregar la cosa donada surge desde que el donante haya sido constituido en mora.

En su segundo apartado establece el régimen de responsabilidad tanto en el caso de incumplimiento como de mora, la que ha quedado limitada al supuesto de dolo.

II) Concordancias

Obligaciones de dar (arts. 746/749); mora (arts. 886/888); factores subjetivos de atribución de responsabilidad (art. 1724); previsibilidad contractual (art. 1728); responsabilidad por caso fortuito (art. 1733).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Entrega de la cosa donada*

Como ya se ha anticipado, la circunstancia de que se haya establecido en cabeza del donante la obligación de entregar la cosa donada reafirma el carácter obligacional del contrato.

En cuanto al tiempo y forma de efectuarse la entrega, debe recurrirse a las reglas generales referidas a las obligaciones de dar y a las relativas a la mora.

De todos modos debe señalarse que en base al código derogado se entendía que el donante tenía la obligación de entregar la cosa donada con todos sus accesorios y respondía por las pérdidas o dete-

rioros ocurridos antes de la tradición si no se encontraba en mora. En cambio, después de la mora, respondía aun cuando la pérdida hubiera ocurrido por caso fortuito. Sin embargo, aun cuando respondiera en supuestos de caso fortuito, dicha responsabilidad estaba limitada al exacto valor del deterioro o la pérdida.

En cambio, de acuerdo al nuevo texto la situación del donante en orden a su responsabilidad por incumplimiento de la obligación de entregar se limita a los supuestos de incumplimiento doloso. A su vez, en el artículo 1725 define al dolo como la conducta que produce un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

III.2) *Gastos de la entrega*

No se han establecido reglas especiales en orden a quién debe cargar con los gastos derivados de la entrega de la cosa donada, a diferencia de lo que ocurre con la compraventa que los pone en cabeza del vendedor, considerando que debe seguirse el criterio que se venía imponiendo en base al régimen derogado, en el sentido de que corresponden al donatario en el caso de donaciones gratuitas⁵⁹³.

IV) Significado de la reforma

A partir de que la donación constituye una liberalidad resulta acertada la atenuación de la responsabilidad del donante derivada de la falta de entrega de la cosa donada, limitando la acción del donatario a requerir su cumplimiento aplicando las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas.

Art. 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.

⁵⁹³ ZAGO, ob. cit. y fallo de la CNCiv., sala A, 22-2-57, L. L. 87-468.

I) Resumen

El nuevo ordenamiento no innova respecto de la responsabilidad por evicción que contenía el código derogado, manteniendo la regla general en el sentido de hacer responsable al donante, criterio que halla su fundamento en la gratuidad de la donación y que cede en el caso de donaciones onerosas y en la medida de dicha onerosidad. A su vez se establecen excepciones tales como un pacto expreso que la imponga, la donación hecha de mala fe o el supuesto en que la evicción se produzca por causa del donante.

II) Concordancias

Disponibilidad (art. 1030); responsabilidad por evicción (arts. 1044 a 1050); responsabilidad por vicios ocultos (arts. 1051 a 1058).

III) Interpretación de la norma**III.1) Responsabilidad por evicción. Regla general**

La regla general consagrada en este artículo implica que el donante no es responsable ni por evicción ni por vicios redhibitorios que afecten a la cosa donada.

III.2) Excepciones

La regla general no se aplica en los siguientes casos:

- a) Cuando el donante expresamente ha asumido esa obligación, excepción que se justifica por el carácter dispositivo de la evicción que permite convenir su contenido y alcance (art. 1030).
- b) Cuando la donación fue hecha de mala fe, es decir, conociendo el donante que la cosa no era suya, siempre que el donatario desconozca esa circunstancia.
- c) Cuando la donación sea onerosa, haciendo referencia a las donaciones mutuas, a las remuneratorias y a las donaciones con cargos. Sin embargo y en consonancia con lo establecido en el artículo 1557, la garantía de evicción se debe en la medida del valor de servicio que se remunera o en el de los cargos impuestos.

- d) Cuando la evicción se produzca por causa del donante, como puede ser el supuesto que contemplaba el derogado artículo 2146; inciso 5°, si éste incumple una obligación asumida por él, dando lugar con su incumplimiento a la evicción.

IV) Significado de la reforma

No se ha innovado respecto de la regulación que contenía el código derogado, resultando razonable que se estableciera la responsabilidad del donante si la evicción se produce por su causa, y no establecer supuestos particulares como el del mencionado artículo 2146, inciso 5°, que sólo refería al incumplimiento de alguna obligación asumida por el donante.

Art. 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.

I) Resumen

En un solo artículo se regula el alcance de la garantía derivada de la evicción, distinguiendo según que la misma sea con cargos, mutua o remuneratoria o que provenga de un hecho posterior a la donación imputable al donante, único supuesto en que se habilita la reparación de los daños ocasionados.

Finalmente regula la situación de la evicción parcial.

II) Concordancias

Responsabilidad por evicción (arts. 1044/1050); garantía por evicción (art. 1556).

III) Interpretación de la norma

No se ha regulado expresamente en materia de donación todo lo relativo a la forma de hacer efectiva la garantía, por lo que habrá de remitirse al respecto a la regulación contenida en los artículos 1044 a 1050.

III.1) *Alcance de la garantía en las donaciones simples*

La garantía, en los casos en que no se aplica la regla general referida en el artículo precedente, procede sólo frente a turbaciones de derecho e incluso las de hecho provenientes del transmitente.

En esos supuestos se exige que el donatario cite al donante al juicio del cual puede resultar la evicción, cesando la misma en los supuestos previstos por el artículo 1048.

Producida la evicción el donante está obligado a restituir al donatario todo lo que éste hubiese gastado por causa de la donación, como son los gastos de la entrega, de escrituración, pero no el valor de la cosa donada. Entre los gastos deben incluirse aquellos que son necesarios para su defensa de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1047.

III.2) *Alcance de la garantía en las donaciones mutuas, remuneratorias o con cargos*

Cuando se trata de donaciones mutuas, remuneratorias o con cargo, el donante debe reembolsarle, además de los gastos, el valor de la cosa por él recibida, lo gastado en el cumplimiento del cargo, o retribuir los servicios recibidos, respectivamente, distinción que se justifica en la medida de la onerosidad de ese tipo de donaciones.

III.3) *Alcance de la garantía cuando la evicción se produce por un hecho imputable al donante*

Cuando la evicción se produce por un hecho imputable al donante, éste no sólo debe restituir los gastos en que hubiera incurrido el donatario, y si se trata de donaciones onerosas el valor de la cosa por él recibida en las mutuas, lo gastado en el cumplimiento de los cargos o en su caso retribuir el servicio que se pretendió remunerar con la donación, sino que también deberá responder por los demás daños sufridos por el donatario.

III.4) *Evicción parcial*

Con toda precisión el nuevo texto establece que en el supuesto de que la evicción se produzca sólo parcialmente, cada uno de los supuestos precedentes deberá reducirse proporcionalmente.

III.5) *Influencia de la prescripción adquisitiva*

Cuando el derecho del donatario se sanea por prescripción adquisitiva, acorde con lo dispuesto por el artículo 1050, se extingue la garantía.

IV) Significado de la reforma

Se han sistematizado con claridad los efectos de la evicción, según se trate de donaciones simples u onerosas; además se han regulado los efectos de la evicción derivada de incumplimiento del donante y los supuestos de evicción parcial. A todo ello se le ha agregado la posibilidad de saneamiento por prescripción adquisitiva del donatario, respecto de la cosa donada.

Art. 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.

I) Resumen

A diferencia del código derogado que no había previsto normas que permitieran determinar la extensión de la responsabilidad del do-

nante cuando se trataba de vicios redhibitorios, el nuevo texto dispone que sólo responderá cuando hubiera dolo de su parte, en cuyo caso deberá reparar los daños ocasionados.

II) Concordancias

Modos especiales de adquisición del dominio: adquisición de un tesoro, régimen de cosas perdidas, transformación y accesión de cosas muebles (arts. 1951 a 1958).

III) Interpretación de la norma

En el código derogado no se habían previsto normas que permitieran determinar cuál era la extensión de la responsabilidad del donante por vicios ocultos.

Ante esa falta de previsión expresa o de convenio de partes se había considerado que era procedente aplicar analógicamente las reglas referidas a la evicción⁵⁹⁴. En cambio, la disposición actual claramente dispone que el donante responderá sólo si hubo mala fe.

La mala fe a que refiere la norma no puede ser otra que el conocimiento del vicio por parte del donante y la omisión de comunicarlo al donatario⁵⁹⁵.

IV) Significado de la reforma

Resulta acertada la regulación de las consecuencias de los vicios redhibitorios referidos a la cosa donada, limitando la responsabilidad del donante al supuesto en que hubiera actuado de mala fe, lo que se justifica plenamente por la naturaleza gratuita del contrato.

Art. 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.

⁵⁹⁴ BORDA, ob. cit., p. 362.

⁵⁹⁵ MOGGIA, Catalina, en *Código Civil comentado. Contratos. Parte especial*, t. II, dir. por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 357.

I) Resumen

En el nuevo texto se consagra de manera expresa la obligación del donatario de prestar alimentos al donante que no tenga medios suficientes de subsistencia, a los que ya se ha hecho referencia al comentar el artículo 1551.

A su vez ha establecido la posibilidad de que el donatario se libere de esa obligación restituyendo las cosas al donante o su valor si las hubiera enajenado.

II) Concordancias

Ingratitud (art. 1571, inc. d); negación de alimentos (art. 1572).

III) Interpretación de la norma

III.1) Obligación de pasar alimentos

La obligación de pasar alimentos al donante se explica como consagración del deber moral de gratitud de quien ha recibido un beneficio, sin perjuicio de que no exige *animus injuriandi*⁵⁹⁶. En consecuencia, no habrá lugar a la revocación si el donatario ignorase la necesidad del donante, porque no se le podría imputar en ese caso ingratitud⁵⁹⁷.

Se exige en cambio que se trate de donaciones gratuitas o en la medida de la gratuidad, si son parcialmente onerosas.

Otro de los requisitos es que el donante no tenga medios de subsistencia, situación a la que tiene que llegar con posterioridad a la celebración del contrato, porque si hubiera sido anterior éste sería nulo.

También se requiere que no existan obligados legales a prestar alimentos, o que éstos no estén en condición de hacerlo.

III.2) Supuestos de donatarios plurales

No habiendo disposición específica en el sentido de cómo deben contribuir al pago de la obligación alimentaria los distintos donatarios,

⁵⁹⁶ SCJBA, 16-6-81, J. A. 1982-III-283.

⁵⁹⁷ BORDA, ob. cit., p. 396.

con la anterior legislación se habían planteado diversas soluciones, criterios que pueden reiterarse con el nuevo ordenamiento:

- a) Que sólo debe alimentos el último donatario, criterio sostenido por Busso⁵⁹⁸.
- b) Que todos están obligados, criterio que parece más lógico en la medida que esa obligación constituye, como se ha visto, la consagración legal del deber de gratitud⁵⁹⁹.

III.3) Acciones con que cuenta el donante que solicita alimentos

Hay autores, como Busso, que sostenían que el donante a quien el donatario no le presta alimentos sólo contaba con la acción de revocación de la donación. Pero si, como efectivamente ocurre, se trata de una obligación, no puede pensarse que carezca de acción para exigir el cumplimiento, criterio que corresponde predicar con el nuevo ordenamiento. Es decir que el donante tiene a su disposición dos acciones: la de cumplimiento y la de revocación de la donación.

III.4) Posibilidad de liberación del donatario

La parte final del artículo habilita al donatario a liberarse de la obligación alimentaria devolviendo al donante la cosa donada, agregando que si enajenó la cosa puede liberarse pagando su valor.

Esta disposición se justifica porque puede darse el supuesto de que la obligación alimentaria resulte excesivamente gravosa con relación al valor de la cosa donada⁶⁰⁰.

IV) Significado de la reforma

Con el nuevo ordenamiento no se ha innovado en lo esencial, respecto del régimen anterior, que en general no había presentado dificultades, en cuanto a su interpretación y funcionamiento, pero le ha dado autonomía a la obligación alimentaria sin vincularla exclusiva-

⁵⁹⁸ BUSO, Eduardo, *Código Civil anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1944, p. 852, art. 367.

⁵⁹⁹ BELLUSCIO, ob. cit., p. 121 y sus citas.

⁶⁰⁰ BORDA, ob. cit., p. 366.

mente con la posibilidad de revocación por ingratitud, lo que reafirma el derecho del donante para exigir su cumplimiento.

SECCIÓN 3ª

ALGUNAS DONACIONES EN PARTICULAR

Art. 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.

I) Resumen

Estas donaciones no han sido definidas, pero ha de entenderse que son aquellas que donante y donatario se hacen recíprocamente, aunque ha desaparecido la exigencia de hacerlas en un solo y mismo acto.

Se han previsto las consecuencias de la nulidad de una de ellas disponiendo que afecta a la otra. En cambio, para los supuestos de ingratitud o incumplimiento de los cargos, se ha establecido que sólo perjudican al donatario culpable sin extenderse a la efectuada a favor del cumplidor.

II) Concordancias

Alcance de la garantía (art. 1557).

III) Interpretación de la norma

En el código derogado se denominaban donaciones mutuas a aquellas que donante y donatario se hacían recíprocamente, en un solo y mismo acto. No se trataba de un solo contrato, sino de dos contratos de donación, que tenían como exigencia su instrumentación conjunta. Dicha simultaneidad material era considerada como esencial por algunos autores⁶⁰¹, en tanto que para otros bastaba con la simultaneidad intelectual⁶⁰².

⁶⁰¹ MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Lajouane, Buenos Aires, 1899, p. 76, nota al artículo 1819.

⁶⁰² BORDA, ob. cit., p. 370.

Con la anterior redacción se sostenía que a cada una de las donaciones debía dársele el tratamiento de las donaciones simples, pues el término "recíprocamente", que utilizaba el texto derogado, no debía ser entendido en el sentido que se le daba a los contratos bilaterales, ni a las obligaciones recíprocas.

Con el nuevo texto, si nos atenemos a los efectos previstos para el caso de incumplimiento de los cargos y a los supuestos de ingratitud pareciera que puede predicarse igual criterio que el que se venía sosteniendo en el sentido de que ninguno de los contratos tiene una causa onerosa, y por lo tanto no resultan aplicables ni la excepción de incumplimiento contractual, ni el pacto comisorio, ni la nulidad por vicio de lesión⁶⁰³.

Pero la falta de causa onerosa pierde precisión si se tiene en cuenta que las donaciones mutuas integran el elenco de aquellas que dan origen a la responsabilidad por evicción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1557.

III.1) Efectos de la nulidad

A diferencia de lo que disponía el código derogado, que sólo había previsto la influencia de la nulidad resultante de un defecto de forma o vicio del valor de la cosa donada, o por incapacidad de uno de los contratantes, el nuevo ordenamiento no hace distinción alguna. En consecuencia, en todos los supuestos en que una de las donaciones se anule, la ineficacia se transmite a la otra.

III.2) Revocación por ingratitud e incumplimiento de los cargos

Las causales de revocación que menciona la parte final del artículo son la ingratitud o el incumplimiento de los cargos, causales que son sólo imputables al donatario que da lugar a la sanción, razón por la cual la ineficacia no se transmite a la otra donación.

IV) Significado de la reforma

Ratifica en general lo que venía sosteniendo la doctrina en la ma-

⁶⁰³ LORENZETTI, *Tratado...* cit., t. III, p. 631.

teria, pero se ha perdido precisión al no exigirse la instrumentación conjunta y la calificación de ambas como donaciones simples, lo que permitía distinguirlas de la permuta.

Art. 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.

I) Resumen

El Código no sólo se limita a definir este tipo de donaciones como aquellas que se hacen en recompensa de servicios prestados por el donatario al donante, sino que ha establecido sus requisitos, a saber: los servicios deben ser apreciables en dinero; el donatario puede exigir judicialmente el pago de los mismos; se exige además que se deje constancia en el instrumento de donación del servicio que se tiene en mira remunerar, recaudos necesarios para poder calificar a la donación como onerosa y aplicarle el régimen propio de esa categoría de contratos.

II) Concordancias

Bienes propios (art. 464); bienes gananciales (art. 465); actos mixtos (art. 1544).

III) Interpretación de la norma

III.1) Requisitos

Las donaciones remuneratorias están sujetas a los siguientes requisitos:

- Los servicios deben haber sido prestados al donante:* en caso contrario deberá ser considerada una donación simple.
- Los servicios deben ser estimables en dinero,* es decir que el servicio debe tener un precio, que acorde con el nuevo ordenamiento debe presumirse.

- c) *Existencia de acción para su cobro*: el donatario debe contar con una acción para el cobro judicial del servicio, pues si la donación se hiciera por un deber moral de gratitud o por servicios que no dan acción debe ser reputada como simple.
- d) *Licitud del servicio*: aun cuando la exigencia de licitud del servicio no esté específicamente establecida, los servicios que se pretenden remunerar no han de ser ilícitos o inmorales⁶⁰⁴.

III.2) Instrumentación

De conformidad con este artículo, se requiere que en el instrumento de donación se deje expresa constancia del servicio que se remunera. Esa designación permite apreciar el valor del servicio y la medida de la onerosidad de la donación.

Si tal designación falta, la donación no será nula, pero será considerada como donación simple.

Además, la falta de designación tiene importancia cuando se hacen donaciones a personas casadas, pues en el caso que resulte de aplicación el régimen de comunidad, si es remuneratoria el bien ingresado a la sociedad conyugal será ganancial (art. 465, inc. a), y en caso contrario será propio del donatario (art. 464, inc. b).

III.3) Efecto de la aceptación

Aun cuando no esté expresamente establecido, debe concluirse que la aceptación de la donación remuneratoria equivale a la aceptación del pago del servicio prestado por el donatario.

IV) Significado de la reforma

Se unifica en un solo artículo la definición, sus requisitos y el recaudo relativo a su instrumentación.

Sin embargo no se supera el debate relativo a las donaciones vinculadas con servicios cuya acción para el cobro estuviera prescripta, pues por una parte se sostenía que de todos modos debían ser consideradas onerosas, lo que era rebatido por quienes consideraban que

⁶⁰⁴ BORDA, ob. cit., p. 372.

sólo debía ser reputada como simple, en los casos en que la prescripción hubiera sido declarada⁶⁰⁵.

Art. 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.

I) Resumen

El nuevo Código recepta criterios que venían siendo planteados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, regulando en forma clara quiénes se encuentran legitimados para accionar por cumplimiento de los cargos o por revocación frente a su incumplimiento, permitiendo hacerlo al donante y sus herederos, aun cuando éstos hayan sido estipulados en favor de terceros. También regula los efectos de la revocación cuando el tercero beneficiario hubiera aceptado los cargos estipulados en su favor.

II) Concordancias

Cargo (arts. 354/357); estipulación a favor de terceros (art. 1027); alcance de la onerosidad (art. 1564).

III) Interpretación de la norma

Si bien la disposición establece que los cargos pueden ser impuestos,

⁶⁰⁵ MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino* cit., t. V, p. 81.

no cabe duda de que, tratándose de una obligación accesorio, se requiere la conformidad, en este caso por tratarse de un contrato, de donante y donatario.

El cargo constituye una modalidad de las obligaciones y se diferencia de la condición pues ésta suspende la adquisición del derecho si es suspensiva, y siendo resolutoria no da acción de cumplimiento pero sí da derecho a la resolución⁶⁰⁶.

De todos modos el cargo puede ser acordado también como condición, según lo dispuesto en el artículo 354, aunque en caso de duda no se puede presumir la condicionalidad de la donación.

III.1) *Beneficiario del cargo*

El cargo puede ser establecido en favor del propio donante o de un tercero. Si fuera convenido en favor del donatario debe ser interpretado como un mero consejo y, consecuentemente, su incumplimiento no acarrea ningún efecto jurídico. En ese sentido se había expedido Machado⁶⁰⁷. Por su parte Borda entendía que si bien el cargo torna onerosas las donaciones en la medida de su valor, cuando era estipulado en favor del donatario la donación seguía siendo simple⁶⁰⁸. Estos criterios son perfectamente aplicables respecto de la nueva regulación.

III.2) *Contenido del cargo*

La segunda parte del artículo establece el contenido del cargo, que puede consistir en el destino que debe darse a la cosa donada, o bien en una prestación impuesta al donatario.

III.3) *Exigencias formales*

Siendo el cargo una obligación accesorio, debe sujetarse a las mismas exigencias formales y probatorias que se imponen a la donación a la cual accede.

⁶⁰⁶ CSJN, 11-4-96, L. L. 1997-E-700, D. J. 1997-3-592.

⁶⁰⁷ MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino* cit., t. V, p. 85, nota al artículo 1826.

⁶⁰⁸ BORDA, ob. cit., p. 373.

III.4) *Licitud y posibilidad de los cargos*

Los cargos deben ser lícitos y posibles, aun cuando no se haya previsto expresamente dicha exigencia, pero lo relevante es que de no cumplirse con ese recaudo, la nulidad sólo alcanzará al cargo, al haberse derogado el anterior artículo 564, que preveía como consecuencia la nulidad de la donación, sanción que había sido reputada excesiva⁶⁰⁹.

III.5) *Legitimados para demandar el cumplimiento del cargo*

El nuevo texto habilita para demandar el cumplimiento del o de los cargos no sólo al beneficiario y sus herederos, sino también al donante, cuestión esta última cuya omisión había sido criticada por la doctrina, como se verá infra.

III.6) *Donación con cargos: gratuita y onerosa*

A la donación con cargo o donación mixta se le aplicarán las reglas correspondientes a los contratos onerosos en la medida en que el cargo consista en prestaciones apreciables en dinero, y la de los contratos gratuitos en la medida en que el valor de la cosa donada exceda al de los cargos impuestos. Es decir que en cuanto acto oneroso dará lugar a la responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios, y en tanto gratuito no podrá ser objeto de las acciones de colación o reducción.

III.7) *Legitimación activa para accionar por cumplimiento de los cargos*

Se hallan legitimados para accionar por cumplimiento de los cargos, tanto el donante como sus herederos cuando los cargos han sido impuestos en beneficio del primero.

También se los ha legitimado para accionar por cumplimiento de cargos estipulados en favor de terceros, recogiendo el criterio de quienes, como Borda y Spota, venían sosteniendo que si se permitía accionar al donante para revocar la donación, en caso de que los cargos

⁶⁰⁹ BORDA, ob. cit., N° 1125.

estuvieran estipulados en favor de terceros, que es la sanción más grave, no resultaba razonable que se le impidiera accionar por cumplimiento⁶¹⁰.

IV) Significado de la reforma

Constituye un avance que se haya regulado con claridad quiénes son los legitimados activos para la acción de cumplimiento de los cargos incluyendo al donante y sus herederos, aun cuando fueran estipulados a favor de terceros y manteniendo exclusivamente en su favor la acción de revocación por inejecución de los mismos.

Art. 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.

I) Resumen

Siguiendo el criterio del código anterior, la responsabilidad del donatario, si se trata de donaciones simples, se limita a la cosa donada, pudiendo liberarse restituyéndola al donante, o hasta su valor si la ha enajenado o si ha perecido por un hecho suyo. Se libera también si la cosa ha perecido sin su culpa, criterio que tiene justificativo en el hecho de que se trata de una atribución gratuita. Es decir que se adopta una solución similar a la consagrada en el artículo 1559 respecto de la obligación de brindar alimentos.

II) Concordancias

Actos mixtos (art. 1544); obligación de alimentos (art. 1559); alcance de la onerosidad (art. 1564).

⁶¹⁰ SPOTA, *Instituciones...* cit., t. VII, p. 335, N° 1654; BORDA, ob. cit., p. 374.

III) Interpretación de la norma

La revocación de la donación por inejecución del cargo opera primordialmente entre partes. En consecuencia, el donatario deberá restituir al donante los bienes donados o el valor de los mismos, salvo que demuestre que la cosa ha perecido sin su culpa.

En orden a si el donatario puede reclamar además daños y perjuicios, debe responderse negativamente, pues la propia disposición pone un límite a su responsabilidad, que no es otro que el valor de la cosa donada.

IV) Significado de la reforma

Pese a que no se ha establecido la fecha en que debe calcularse el valor de la cosa, es indudable que el nuevo ordenamiento pretende mejorar la situación del donatario, limitando su responsabilidad por incumplimiento de los cargos.

Art. 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.

I) Resumen

En perfecta concordancia con lo dispuesto en el artículo 1544 se establece el alcance de la onerosidad de algunas donaciones como las hechas con cargo o las remuneratorias.

En el caso de las donaciones con cargo, se las considerará onerosas en la medida en que exista equivalencia de valores entre la cosa donada y los cargos impuestos, y respecto de las remuneratorias se las considerará onerosas en la medida que se limiten a una equitativa retribución de los servicios recibidos.

II) Concordancias

Bienes propios (art. 464); bienes gananciales (art. 465); actos mixtos (art. 1544); donaciones remuneratorias (art. 1561); donaciones con cargos (art. 1562).

III) Interpretación de la norma

En consonancia con lo dispuesto por el artículo 1544 para las donaciones mixtas, en éste se determina la medida de la onerosidad en el caso de donaciones con cargos y remuneratorias.

En el caso de las primeras serán onerosas en la medida en que exista equivalencia de valores entre la cosa donada y los cargos.

En cuanto a las remuneratorias, la determinación del régimen aplicable dependerá de la medida de su onerosidad, que queda librada al prudente arbitrio de los jueces, pues la norma se limita a establecer que será onerosa en la medida en que retribuya *equitativamente* el servicio recibido.

En consecuencia, si el valor de lo donado excede la equitativa retribución del servicio, se estará en presencia de un acto mixto, oneroso hasta ese límite y gratuito por el exceso.

III.1) Importancia de la medida de la onerosidad

Establecer la medida de la onerosidad implica que:

- a) En esa medida el donante es responsable por evicción y por vicios redhibitorios.
- b) En esa misma medida no estará el donatario obligado a colacionar, ni podrá ser afectado por una acción de reducción.
- c) En la medida de su onerosidad la donación no podrá ser revocada por las causas por las cuales son revocables las donaciones.
- d) En la medida de la onerosidad, en el caso de cónyuges que tengan el sistema de comunidad, el bien donado será ganancial (art. 465, inc. a), siendo propio en la medida que exceda la equivalencia establecida (art. 464, inc. b).

IV) Significado de la reforma

La disposición resulta congruente con el sistema establecido para las donaciones mixtas y establece el mismo tipo de régimen que tenía el código derogado.

Art. 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.

I) Resumen

El nuevo texto se ha limitado a definir qué se entiende por donación inoficiosa, remitiendo en cuanto a las de colación y reducción al Libro Quinto.

II) Concordancias

Colación (art. 2413); partición por donación y su reducción (art. 2417); porciones legítimas (art. 2445); protección de la legítima (art. 2447); acción de reducción (arts. 2453 a 2459).

III) Interpretación de la norma

Para el código derogado la legítima consistía en la porción de la herencia de la cual los legitimarios no podían ser privados, sin que mediara una causa de desheredación, pero tal como se expresa en los *Fundamentos* del nuevo ordenamiento, se ha optado por derogar el régimen de la desheredación. En consecuencia, la legítima correctamente ha sido definida como la porción que excede la porción disponible. A su vez, sólo se consideran como herederos legitimarios a los descendientes, ascendientes y el cónyuge, que son los únicos a quienes se les asigna una porción de la herencia, de la cual no pueden ser privados por testamento, ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito.

IV) Significado de la reforma

Resulta acertado el criterio del nuevo Código al limitarse a definir qué se entiende por donación inoficiosa, remitiendo en todo lo que constituyan sus efectos al Libro Quinto, referido a la *Transmisión de derechos por causa de muerte*.

SECCIÓN 4ª

REVERSIÓN Y REVOCACIÓN

Art. 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.

I) Resumen

La reversión, o mejor dicho el pacto de reversión del bien donado, consiste en la facultad que se ha reservado el donante y que sólo él puede ejercer, con el fin de que se le restituya el bien donado, en los casos de premoriencia previstos en el presente artículo.

La nueva redacción, a los supuestos que contemplaba el artículo 1844 del código anterior le ha agregado el de la sobrevivencia del donatario y su cónyuge. En cambio no se reitera el supuesto de reversión que preveía el artículo 1803, inciso 1º, que permitía convenir que las cosas volverían al patrimonio del donante si éste no moría en un lance previsto.

De todos modos la doctrina venía considerando que la enumeración contenida en el código derogado era meramente ejemplificativa y, con-

secuentemente, se podía pactar la reversión para el caso de premoriencia del donatario y su cónyuge, o de éste y sus hermanos⁶¹¹.

II) Concordancias

Modalidades de los actos jurídicos, condición (arts. 343 a 349).

III) Interpretación de la norma

La reversión de las donaciones constituye una cláusula accidental del contrato de donación y una excepción al principio de irrevocabilidad de las mismas. Es decir que requiere estar expresamente estipulada y se autoriza en los supuestos enumerados, a saber: la muerte del donatario antes que el donante, o la premoriencia del donatario y sus hijos, o del donatario sin hijos, o del donatario y su cónyuge.

III.1) Naturaleza del pacto

Se trata de una condición resolutoria⁶¹² y por lo tanto se aplicarán, en caso de producirse el hecho tenido en cuenta, los efectos propios de este tipo de modalidad.

III.2) Requisitos del pacto de reversión

El derecho a la reversión debe estar expresamente convenido, aunque no se requiere para ello de fórmulas sacramentales. De todos modos debe surgir del propio contrato y no de pruebas distintas.

Este pacto puede ser convenido en cualquier clase de donaciones, gratuitas o no, solemnes o no, en tanto la norma no hace ningún distinguo, pero no sería posible en las donaciones manuales, si no se entiende que entrega de la cosa sólo es una nueva formalidad, habida cuenta de la necesidad de pacto expreso, lo que importa la necesidad de instrumentación.

Con toda precisión se establece que debe tratarse de una cláusula

⁶¹¹ BELLUSCIO, ob. cit., p. 131..

⁶¹² MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino* cit., p. 115.

expresa, y a su vez que debe ser convenida exclusivamente en favor del donante. En consecuencia, muerto éste el derecho del donatario queda definitivamente consolidado y libre de condiciones.

Si fuera estipulada en favor del donante y sus herederos, valdrá sólo respecto del primero.

Lo que no se ha resuelto es el debate referido a la naturaleza del derecho del donante, pues por una parte se sostenía que la acción de reversión era inherente a su persona y por consiguiente no era transmisible a sus herederos. En cambio, desde otro punto de vista se consideraba factible su cesión⁶¹³.

III.3) Efectos de los supuestos contemplados

a) *Premoriencia del donatario*: La reversión se produce desde su muerte, aun cuando lo sobrevivan sus hijos o cualquier otro descendiente, siendo indiferente la causa de la muerte, debiendo excluirse el supuesto en que la misma hubiera sido provocada por el donante.

b) *Premoriencia del donatario y de sus hijos y descendientes*: Para que opere la reversión en este caso deben haber fallecido antes que el donante, no sólo el donatario, sino éste y sus descendientes.

c) *Premoriencia del donatario sin hijos*: Si se ha convenido de este modo la cláusula de reversión, y el donatario al momento de morir tenía hijos, la norma es clara en el sentido de que la donación no revive por la muerte de esos hijos antes que el donante. También es irrelevante que el donatario hubiera tenido hijos si al momento de fallecer ya no los tenía.

d) *Premoriencia del donatario y su cónyuge*: La norma debe ser entendida como muerte del donatario y su cónyuge antes que el donante, pero debe dejarse a salvo el supuesto en que mediara divorcio vincular, supuesto en el cual la sobrevivencia del excónyuge respecto del donante no tendrá incidencia para impedir la reversión, si el fallecimiento del donatario ocurriera antes que el del donante divorciado.

⁶¹³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., ps. 513 y 514.

III.4) Requisitos de la cláusula de reversión

Debe tratarse de una cláusula expresa y debe estar convenida exclusivamente en favor del donante; si fuera hecha en favor del donante y sus herederos o de terceros, se tendrá por no escrita.

III.5) Plazo de la cláusula de reversión

Tratándose de una condición resolutoria por aplicación de las reglas del dominio revocable, a las cuales remite el artículo siguiente, en especial el artículo 1965, la premoriencia debe ocurrir en el plazo máximo de diez años desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto, que en el caso es la del contrato de donación.

IV) Significado de la reforma

Se han seguido en gran parte las reglas que contenía el código derogado, pero constituye una importante innovación el haber fijado plazo dentro del cual debe cumplirse la condición resolutoria, lo que se inscribe en una decisión legislativa de favorecer el tráfico fundado en títulos que tienen entre sus antecedentes una donación.

Art. 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.

D) Resumen

La norma claramente califica como condición a los supuestos previstos en el artículo anterior. Consecuentemente, de producirse el hecho previsto, la misma opera de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial. Producida la reversión, se ha dispuesto la aplicación de las reglas del dominio revocable a las cuales se hará referencia al efectuar la interpretación del presente artículo.

II) Concordancias

Cumplimiento de la condición suspensiva y resolutoria (art. 348);

dominio revocable (art. 1965); efecto de la revocación (art. 1967); readquisición del dominio perfecto (art. 1968); efectos de la retroactividad (art. 1969); derechos reales sobre cosas registrables y no registrables (art. 1890).

III) Interpretación de la norma

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1965, se entiende por dominio revocable, entre otros, el sometido a una condición resolutoria, como las reguladas en el artículo precedente.

III.1) Efectos en caso de producirse la revocación del dominio

Corresponde distinguir según se trate de cosas registrables o no registrables, a las que se ha hecho referencia en el artículo 1890.

a) Cuando se trata de cosas registrables los efectos del cumplimiento de la condición son retroactivos no sólo entre partes, sino respecto de terceros, salvo que lo contrario surja del título de la donación o de una disposición de la ley.

A su vez, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1969 en los casos en que la revocación del dominio tiene efectos retroactivos, el transmitente, en el caso el donante, tiene derecho a readquirirlo libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio revocable.

Esta disposición se justifica plenamente en razón de que los sucesivos adquirentes no podrán alegar buena fe, si del texto del contrato registrado pudieron conocer la existencia de la condición a la que estaba sometido.

b) En cambio, si no se trata de cosas registrables la revocación del dominio no los afecta salvo que sean adquirentes de mala fe, es decir que conocieran la condicionalidad de la donación, corriendo en ese caso la prueba a cargo de quien alegue dicho conocimiento.

IV) Significado de la reforma

Con toda precisión se remite la cuestión a las normas del dominio revocable, estableciendo una neta distinción entre las cosas registrables y las no registrables en orden al efecto retroactivo de la condición, lo

que se justifica plenamente por el hecho de que la condicionalidad en el caso de los primeros pudo ser conocida por terceros adquirentes que hubiesen obrado con un mínimo de diligencia.

Art. 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.

I) Resumen

La norma regula dos supuestos de renuncia tácita a la reversión, pero ello no impide que la misma pueda ser expresa. En cuanto a las formas tácitas, no innova respecto del texto derogado.

II) Concordancias

Caracteres (art. 944); prueba (art. 948); forma (art. 949).

III) Interpretación de la norma

III.1) Renuncia del derecho a la reversión. Posibilidad

El derecho a la reversión en tanto derecho patrimonial es perfectamente renunciable, pues no está legalmente prohibido, y sólo afecta intereses privados, exigencias para su viabilidad impuestas por el artículo 944.

III.2) Forma de la renuncia

La norma no impone ninguna formalidad para la renuncia, aun cuando esté referida a donaciones solemnes, según surge de lo dispuesto por el artículo 949 y porque incluso se ha previsto la posibilidad de efectuarla de manera tácita.

De todos modos debe tenerse en cuenta que, acorde con lo dispuesto por el artículo 948, la renuncia no se presume y en el caso de la donación se ha limitado la forma tácita a dos supuestos, el primero

es el consentimiento prestado para la venta de la cosa donada, y el segundo, más acotado, consistente en haber consentido que el donatario gravara la cosa donada, pero, en este último caso, la renuncia sólo beneficia a los acreedores titulares de derechos reales respecto de los cuales se ha brindado la conformidad.

IV) Significado de la reforma

El nuevo texto reitera el criterio del código derogado respecto a la viabilidad de la renuncia expresa, como así también los supuestos de la forma tácita, aspectos sobre los que no se habían efectuado objeciones doctrinarias.

Art. 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.

I) Resumen

El nuevo texto no ha innovado respecto de las causas de la denominada revocación de las donaciones, admitiéndola sólo en los supuestos de inejecución de los cargos, incumplimiento del deber de gratitud, y en el caso de que así se lo hubiera convenido por supernacencia de hijos del donante.

A su vez establece cuál es la obligación del donante cuando la donación es onerosa y se opta por su revocación.

II) Concordancias

Actos mixtos (art. 1544); donaciones remuneratorias (art. 1561); donaciones con cargos (art. 1562); alcance de la onerosidad (art. 1564); incumplimiento de los cargos (art. 1570).

III) Interpretación de la norma

Puede ser criticable la fórmula en tanto hace referencia a que debe tratarse de donaciones aceptadas, pues al requerirse el consentimiento del donatario no cabe duda de que, en todos los casos, si el contrato se ha perfeccionado es porque la oferta fue aceptada⁶¹⁴.

Sin embargo el texto no hace más que seguir los lineamientos del Proyecto de 1936 (art. 1012), Anteproyecto de 1954 (art. 1358), Proyecto de Reforma al Código Civil de 1993 (art. 1032); Proyecto de Unificación de 1998 (art. 1440).

Además puede señalarse que la acción tiene tres características principales: a) su ejercicio puede estar vinculado a intereses no patrimoniales; b) para que sea procedente, los hechos que den lugar a ella deben ocurrir con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, y c) el donante al ejercer la facultad de revocar ejerce un verdadero derecho potestativo o de configuración⁶¹⁵.

III.1) *Naturaleza de la acción de revocación*

En referencia a la revocación se había entendido que tal como estaba regulada en el anterior ordenamiento, atendiendo a las causas que la hacían viable, no se trataba propiamente de un supuesto de revocación, sino que se la asimilaba a la resolución por incumplimiento.

Sin embargo, no obstante su similitud se destacaba que, a diferencia del pacto comisorio implícito, no requería para su operatividad de intimación previa pues sólo exigía la mora del deudor.

El legislador, conociendo estas diferencias doctrinarias, al persistir en denominar a este supuesto de ineficacia como revocación, sin duda se ha inclinado por el criterio de quienes la diferenciaban del pacto comisorio a pesar de que el artículo 1078 aplica las mismas reglas generales aplicables tanto a la rescisión unilateral, como a la revocación y a la resolución.

⁶¹⁴ ELÍA, ob. cit.

⁶¹⁵ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Actos revocables*, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, dir. por Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 240 y sus citas.

III.2) *Causales de revocación de la donación*

- a) *Inejecución de los cargos*: Se remite al texto del artículo 1570.
- b) *Ingratitud del donatario*: Se remite al texto del artículo 1571.
- c) *Supernacencia de hijos*: Nuestro Código sólo admite la posibilidad de revocación de las donaciones por supernacencia de hijos si fue expresamente pactada. En base al texto anterior se sostenía que dicho pacto era posible no sólo en el caso de quien no tenía hijos, sino también por quien, teniéndolos, conviene que el nacimiento de otros haga efectiva la condición, criterio que resulta aplicable con la nueva regulación.

También en base a la regulación derogada se había entendido que este tipo de pacto funcionaba como una condición resolutoria, operando *ipso iure*, de modo que el donante no tiene necesidad de ejercer la acción de revocación⁶¹⁶.

III.3) *Efecto de la revocación en caso de donaciones mixtas*

Se ha establecido cómo opera la revocación entre donante y donatario cuando se trata de donaciones remuneratorias, en cuyo caso el donante deberá restituir al donatario el valor del servicio que pretendió remunerar, y también se ha regulado el caso de las donaciones con cargos, supuesto en el cual deberá reembolsar el valor de los mismos.

IV) *Significado de la reforma*

Ha simplificado la regulación anterior enumerando en un solo artículo las causales de revocación de las donaciones, y particularmente ha regulado los efectos de la revocación entre donante y donatario cuando se trata de donaciones mixtas.

Art. 1570 *Incumplimiento de los cargos*. La donación puede ser revocada por incumplimiento de los cargos.

⁶¹⁶ BORDA, ob. cit., p. 401.

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.

D) *Resumen*

Después de admitir en el artículo precedente la posibilidad de revocar la donación por inejecución de los cargos, y de establecer los efectos entre partes en caso de donaciones parcialmente onerosas, en el presente regula en particular los efectos de la revocación respecto de terceros.

Resulta de suma importancia la referencia que se hace respecto del tiempo en el cual se debe calcular el valor de la cosa donada a los fines de su restitución, habiéndose optado por el que la misma tiene al tiempo de promoverse la acción de revocación, con más sus intereses, a diferencia de lo que ocurre en orden a la reversión, en la que no se ha dictado una disposición similar.

Además se ha previsto como regla general que la revocación no perjudica a los terceros beneficiarios de los cargos, pero respecto de aquellos a quienes se le hubieran transmitido los bienes donados, en caso de ser calificados de mala fe se les impone la obligación de restituirlos al donante.

Finalmente, se establece la forma en que el donatario puede liberarse de cumplir con los cargos, como así también las consecuencias derivadas de la enajenación o de la imposibilidad de restitución de lo donado.

II) Concordancias

Revocación (art. 1569).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Requisitos para la procedencia de la revocación por incumplimiento de los cargos*

Uno de los requisitos para que el donante pueda solicitar la revocación está constituido por la mora del donatario en el cumplimiento de los cargos impuestos. En ese aspecto la nueva regulación ha optado por ampliar los supuestos de mora *ex re*, razón por la cual debe concluirse que ha perdido importancia la discusión existente sobre la prevalencia o no que disponía el derogado artículo 1849.

III.2) *Legitimado para solicitar la revocación*

Resulta claro que el donante y sus herederos están habilitados para promover la acción de revocación por incumplimiento de los cargos, acorde a lo dispuesto por el artículo 1562.

A su vez, según lo establecido en el artículo 356 que ha previsto la transmisibilidad del o de los cargos, tanto por actos entre vivos como por causa de muerte, no cabe duda de que la revocación puede ser solicitada no sólo por los herederos del donante, sino también por los cesionarios de éste, descartándose el carácter personalísimo de la acción, a diferencia de lo que ocurre en materia de revocación por ingratitud.

Con la nueva regulación se recepta el criterio de quienes, como Zago o López de Zavalía, sostenían que no se trataba de un derecho personalísimo.

Los terceros beneficiarios del cargo, en cambio, si bien están legitimados para solicitar el cumplimiento de los mismos, carecen de legitimación para solicitar la revocación según lo dispone expresamente el ya citado artículo 1562.

III.3) *Efectos de la revocación*

a) *Efectos entre partes*: La revocación de la donación por inejecución del cargo opera primordialmente entre partes; en consecuencia, el donatario deberá restituir al donante los bienes donados o el valor de los mismos.

Además, y aun cuando la norma no lo exprese, el donatario de acuerdo con las reglas del dominio revocable, particularmente lo dispuesto en el artículo 1968, deberá otorgar la correspondiente escritura pública para la readquisición del dominio, hacer tradición de la cosa donada y proceder a la registración del acto, en el caso de cosas registrables.

b) *Efectos respecto del o de los terceros beneficiarios del cargo*: Aun cuando se revoque la donación por incumplimiento del cargo impuesto en beneficio de terceros, la atribución hecha a los mismos no se altera, y la obligación a su respecto deberá ser cumplida por el donante.

c) *Efectos respecto de terceros*: Los terceros a quienes se les hubiera transmitido las cosas objeto de la donación, según el texto del presente artículo, sólo están obligados a restituirlas si son de mala fe.

Para verificar la mala fe de los terceros hay que tener en cuenta la diferencia entre bienes registrables o no. Para ello hay que remitirse a las reglas del dominio revocable, de modo que cuando se trata de cosas inmuebles o muebles registrables la revocación tendrá efectos retroactivos, salvo que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley (art. 1967), no pudiendo en ese caso los terceros alegar buena fe.

En ese caso el donante tiene derecho a readquirir el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resuelto. Es decir que en materia de cosas registrables se ha seguido la doctrina anterior que sostenía que la revocación podía afectar a terceros sólo si la existencia de los cargos resultaba de la inscripción registral correspondiente⁶¹⁷.

Si no se trata de bienes registrables la revocación por incumplimiento de cargos no tiene efecto retroactivo, acorde con lo establecido

⁶¹⁷ BELLUSCIO, ob. cit., p. 154; SPOTA, ob. cit., N° 1658, p. 340.

por el artículo 1969 *in fine*, y por lo tanto los actos jurídicos realizados por el titular de los mismos resultan oponibles al donante. Con el texto anterior, aplicable también respecto del nuevo, se ha dicho que sólo "es posible sustentar la oponibilidad si se acredita una mala fe calificada: el conocimiento de la existencia de cargos y su incumplimiento"⁶¹⁸.

III.4) Cumplimiento parcial del cargo

No se ha regulado el supuesto referido a la posibilidad de revocación en los casos en que sólo hubiera mediado un incumplimiento parcial del cargo. Consecuentemente, seguirá el debate entre quienes sostienen que sólo es posible si el incumplimiento tiene la gravedad suficiente como para justificarla⁶¹⁹, criterio no compartido por quienes entienden que habilitar la revocación en ese caso excedería las facultades judiciales, pues el juez sólo está habilitado para decidir si hay o no cumplimiento suficiente del cargo⁶²⁰.

IV) Significado de la reforma

Se ha simplificado la regulación y con la remisión que se efectúa a las reglas del dominio revocable se evitan las interpretaciones respecto de la forma en que opera la inejecución de los cargos y sus efectos.

Art. 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.

⁶¹⁸ LORENZETTI, ob. cit., p. 618.

⁶¹⁹ BELLUSCIO, ob. cit., p. 144 y sus citas.

⁶²⁰ BORDA, ob. cit., p. 386.

En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

I) Resumen

Se establecen los supuestos de ingratitud que habilitan la revocación de la donación, los que en todos los casos requieren que el donatario haya obrado con discernimiento, no correspondiendo calificar como ingratitud los hechos cometidos por simple negligencia, imprudencia o impericia.

Debe tenerse en cuenta que la minoridad del donatario no lo exime de responsabilidad, si obró con discernimiento suficiente, con intención y libertad, en cuyo caso podrá serle imputada la ingratitud, pues en ningún caso se exige que medie condena penal.

II) Concordancias

Uniones convivenciales, requisitos (art. 510); registración de uniones convivenciales (art. 511); protección de la vivienda familiar (art. 522); negación de alimentos (art. 1572); fiduciario (art. 1673).

III) Interpretación de la norma

III.1) Supuestos previstos

a) *Si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes.*

El inciso a, hace referencia al hecho de que el donatario atente contra la vida o la persona del donante, de su cónyuge o conviviente, sus ascendientes y descendientes.

Es decir que el nuevo texto ha venido a superar las diferencias doctrinarias relativas a la posibilidad de considerar incurso al donatario en la causal de ingratitud, cuando se atentaba contra la vida de ascendientes o descendientes del donante.

Por una parte, había quienes entendían que no era posible admitir la revocación pues las causales debían reputarse de interpretación restrictiva, criterio que no era compartido, entre otros, por Spota, que

consideraba que si era factible la revocación de las donaciones por agravio a los bienes del donante, con mayor razón debía ser admitida cuando esos agravios estaban dirigidos a sus ascendientes o descendientes⁶²¹. Con la expresa incorporación de los ascendientes, descendientes y del cónyuge no cabe duda de que se ha escogido el segundo criterio.

Lo que queda en duda es si el homicidio consumado sería causal de revocación, posibilidad que existía en base al código derogado pues la acción podía ser intentada por los herederos, que no están incluidos en el actual artículo 1573, lo que importaría consagrar un supuesto de impunidad en desmedro de éstos.

Respecto del conviviente se debe hacer remisión a los requisitos que surgen del artículo 510 que exige que la convivencia se mantenga durante dos años, del artículo 511 que dictamina que la misma esté registrada y en tanto no se hubiera producido su cese en los supuestos previstos por el artículo 523.

b) *Si el donatario injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor.*

Las injurias graves han sido caracterizadas como aquellas hechas para deshonorar a sabiendas a la persona del donante o las mismas personas enunciadas en el inciso a⁶²², y de acuerdo con el texto deben ser de autoría del donatario, autoría que puede ser mediata si han sido cometidas por un tercero instigado por él.

Para apreciar la gravedad de la injuria debe tenerse en cuenta la condición social, el grado de educación y las circunstancias en que las injurias hayan sido vertidas.

Al no estar legitimados los herederos para solicitar la revocación de la donación no sería de aplicación el criterio doctrinario que entendía que debían considerarse incluidas en la causal de ingratitud las injurias hechas al honor del donante fallecido.

c) *Si se priva a las personas enumeradas en el inciso a, injustamente de bienes que integran su patrimonio.*

⁶²¹ SPOTA, ob. cit., p. 342.

⁶²² CCom. de Posadas, sala II, 12-2-2002, L. L. Litoral 2002-1522; CCom. de San Isidro, sala I, 2-4-93, J. A. 1994-I-622.

La referencia a privación de bienes pareciera descartar la posibilidad de que se produzcan daños que no impliquen privación de los bienes, por lo que quizás la fórmula anterior al referir a delitos graves resultaba más precisa.

d) *Si rehúsa alimentos al donante.*

Se remite al artículo 1572.

III.2) *Innecesariedad de condena penal*

En el apartado final el texto establece que en todos los supuestos, es decir, tanto cuando se atente contra la vida, se injurie gravemente o se prive injustamente de bienes a los indicados, será suficiente que el hecho sea imputable al donatario, sin necesidad de condena penal.

En ese aspecto el texto ha recogido criterios doctrinarios que entendían que ni la tentativa ni los restantes supuestos requerían todos los elementos tipificantes del delito penal y, consecuentemente, procederá la revocación si son graves, más allá de que no exista condena en ese ámbito⁶²³.

IV) *Significado de la reforma*

Es importante que se hayan unificado en un único texto los distintos supuestos de ingratitud que habilitan la revocación de la donación, y sobre todo que se haya incluido a los ascendientes, descendientes y cónyuge del donatario entre los posibles afectados por hechos imputables al donatario.

También es importante que se haya establecido con precisión que el autor de los actos que configura la ingratitud debe ser sólo el donatario.

Sin embargo no parece razonable que en todos los casos se excluya a los herederos como legitimados para accionar por revocación, sobre todo si el atentado a la vida del donante ha conducido a su muerte.

Art. 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.

⁶²³ SPOTA, ob. cit., ps. 342/343.

I) Resumen

No obstante que según el texto del presente artículo pareciera que el único requisito consiste en que el donante no pueda obtener alimentos de las personas obligadas por las relaciones de familia, no cabe duda de que deben darse los restantes presupuestos de toda obligación alimentaria.

II) Concordancias

Deberes y derechos de los parientes: enumeración (art. 537); parientes por afinidad (art. 538); objeto de la donación (art. 1551).

III) Interpretación de la norma**III.1) Presupuestos de la obligación alimentaria a cargo del donatario**

a) Se requiere que el donante no tenga medios de subsistencia, situación a la que debe llegar con posterioridad a la celebración del contrato, pues de lo contrario el mismo sería nulo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1551.

b) Se puede concluir como lo venía haciendo la doctrina respecto del código derogado, que no basta con la falta de medios de subsistencia sino que el donante no debe estar en condiciones de procurárselos⁶²⁴.

c) El donante debe carecer de obligados a prestar alimentos por las relaciones de familia, para lo cual hay que remitirse a los artículos 537 y 538.

Según el primero de los artículos precitados, están obligados a prestar alimentos los ascendientes y descendientes, y entre ellos están obligados los más próximos en grado; la obligación también alcanza a los hermanos unilaterales y bilaterales.

En todos los casos si hay más de un obligado deberá prestarlos el que esté en mejores condiciones.

Sin embargo, deberá admitirse la revocación por ingratitud si pese

⁶²⁴ CCCom. de San Isidro, 19-5-2000, *Revista del Notariado*, N° 863, p. 2001; E. D. del 21-9-2000, fallo 50.319.

a tener obligados legales a prestar alimentos al donante, el donatario se negó a prestarlos provisoriamente en casos de urgencia⁶²⁵.

IV) Significado de la reforma

No se ha variado sustancialmente respecto del código derogado, no obstante que la regulación había sido criticada al entender que la obligación del donatario no debía ser subsidiaria⁶²⁶, y no se ha resuelto la forma en que deben contribuir los donatarios múltiples.

Art. 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.

La acción se extingue si el donante, con conocimiento de causa, perdona al donatario o no la promueve dentro del plazo de caducidad de un año de haber sabido del hecho tipificador de la ingratitud.

I) Resumen

Se establecen tanto los legitimados activos como los pasivos de la revocación por ingratitud. Además se regulan las consecuencias derivadas del fallecimiento del donante y del donatario cuando la acción ha sido promovida en vida de los mismos.

Finalmente se establece que si el donante no acciona en el plazo de un año, a partir de que hubiera conocido el hecho tipificante de la ingratitud, la acción se extingue, denominando el presente artículo a dicho plazo como de caducidad, y asignándole el efecto previsto en el artículo 2566.

⁶²⁵ CNCiv., sala C, 28-8-80, L. L. 1981-A-448, J. A. 1981-II-58.

⁶²⁶ BORDA, ob. cit., p. 396.

II) Concordancias

Ingratitud (art. 1571); negación de alimentos (art. 1572); plazo de prescripción de dos años (art. 2562, inc. e); efectos de la caducidad de los derechos (art. 2566).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Legitimado activo*

La disposición reconoce tan sólo al donante como legitimado para promover la acción de revocación por ingratitud. Sólo si la hubiera en vida sus herederos podrán continuarla.

La acción es claramente opcional porque permite que el donante pueda o no intentarla, es decir, puede o no perdonar la ingratitud.

III.2) *Legitimado pasivo*

El único legitimado pasivo es el donatario, lo que resulta razonable en virtud de que es el autor imputable de la ingratitud.

Los herederos del donatario, en cambio, no están legitimados pasivamente para ser demandados, pero si la acción hubiera sido intentada en vida de aquél, puede ser continuada contra sus herederos.

Debe tratarse de una demanda judicial incoada contra el donatario, siendo insuficiente un reclamo extrajudicial.

III.3) *Caducidad de la acción*

Se ha establecido un plazo denominado de caducidad para promover la acción de revocación por ingratitud de un año, que se cuenta desde que se produjo el hecho que da nacimiento a la acción o desde que el mismo llega a conocimiento del donante.

A diferencia de lo que ocurría con el texto del artículo 4034 que aludía al caso de injuria hecha al donante, el artículo actual no distingue la causa de ingratitud, es decir que puede tratarse tanto de atentado contra la vida del donante, como de injurias o incumplimiento de la obligación de prestar alimentos. Además el artículo premencionado se vinculaba con la prescripción de la acción.

Se había dicho respecto del texto anterior que el plazo breve se justifica porque si el donante después de conocer la ofensa deja transcurrir el mismo, ha de presumirse que ha perdonado al donatario⁶²⁷.

Sin embargo la norma en análisis aparece contradictoria con lo establecido en el artículo 2562, inciso e, que ha fijado un plazo de prescripción de dos años para el pedido de revocación de la donación por ingratitud.

IV) Significado de la reforma

Resulta acertado que se haya fijado un plazo para la promoción de la acción de revocación, no sólo para el supuesto de injurias, sino para todos los casos de ingratitud. Sin embargo, la disposición que lo fija en un año se contradice con lo establecido en orden a la prescripción en el artículo 2562, inciso e, si se tiene en cuenta que la acción prescribe desde que la misma resulte viable, y que el término inicial no puede ser otro que el del hecho tipificador de la ingratitud o el de su conocimiento por parte del donante.

Además, no legitimar a los herederos en determinadas circunstancias, como puede ser la muerte del donante a consecuencia del atentado contra su vida, o de injurias graves a su memoria, importa consagrar la impunidad de tales hechos en perjuicio de sus herederos.

CAPÍTULO 23

FIANZA

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 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

⁶²⁷ BORDA, ob. cit., p. 398.

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.

I) Resumen

El artículo define el contrato de fianza, dispone que la obligación del fiador es accesoria y lo obliga a cumplir con la prestación debida por el deudor afianzado, a menos que se trate de una obligación de dar cosa cierta, de hacer *intuitu personæ* o de no hacer, en cuyo caso debe indemnizar el daño causado por la inejecución.

II) Concordancias

Obligaciones de dar (arts. 748, 756, 757, 760, 761, 765); obligaciones de hacer y de no hacer (arts. 773 y 778); obligaciones que pueden ser afianzadas (art. 1577); daño resarcible, indemnización (art. 1738).

III) Interpretación de la norma

III.1) Cuestiones generales

El texto legal mantiene la noción tradicional de la fianza; esto es, que se trata de un contrato accesorio de otro principal, en el cual existe un acuerdo de voluntades entre el acreedor del contrato principal y un tercero (el fiador) que garantiza el cumplimiento de la deuda. El deudor principal es ajeno a este contrato; tan ajeno es que nada importa si consiente o se opone⁶²⁸ a este nuevo contrato. Sin embargo, como se verá en el apartado siguiente, existe alguna atenuación del carácter accesorio de la fianza.

⁶²⁸ LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, ps. 485 y ss.; BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos. Parte general*, Buenos Aires, 1979, t. II, ps. 603 y ss.; OJEA, Juan Manuel y DURAO, Fernando Miguel, en ETCHEVERRY, Raúl, *Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 2, N° 325; BORDA, Alejandro, *El contrato de fianza. Límites a la responsabilidad del fiador*, La Ley, Buenos Aires, 2009, N° 20. La misma solución: arts. 1823, Cód. Civ. español; 628, inc. 2°, Cód. Civ. portugués.

En la legislación comparada se ha insistido particularmente en el carácter accesorio de la obligación del fiador —que la norma recuerda—, en tanto éste asume un compromiso para el caso de que el deudor no cumpla (art. 627, inc. 2°, Cód. Civ. portugués; art. 2335, Cód. Civ. chileno; art. 2102, Cód. Civ. uruguayo; art. 818, Cód. Civ. brasileño; art. 1456, Cód. Civ. paraguayo; art. 2011, Cód. Civ. francés; art. 1822, Cód. Civ. español).

Ninguna duda existe de que se pueden afianzar todo tipo de obligaciones, sean de dar (sumas de dinero o cosas), de hacer o de no hacer. Esto se deduce del segundo párrafo de la norma que se comenta y de lo que dispone expresamente el artículo 1577.

Asimismo, puede inferirse de la norma bajo comentario que el fiador debe —como regla general— la prestación debida por el deudor. Por eso, el párrafo segundo precisa que si la obligación fuese de dar cosa cierta, o de hacer *intuitu personæ* o de no hacer, el fiador solamente queda obligado a indemnizar los daños causados.

En otras palabras, por un lado, es necesario establecer que si la fianza es un contrato accesorio, su objeto debe ser el mismo que el de la obligación principal a la que sirve de garantía⁶²⁹; consiguientemente, si el objeto fuera distinto (por ej.: se promete la entrega de una cosa cierta si el deudor principal no paga su deuda) no habría fianza sino un contrato innominado de garantía⁶³⁰. Pero, por otro lado, la norma consagra una solución lógica: si la obligación principal es de hacer *intuitu personæ* o de no hacer o de dar cosa cierta, ella no puede ser suplida por el fiador. No queda otro camino que imponer al fiador la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el acreedor.

En cambio, si la obligación principal es de dar una cosa fungible o consumible, el fiador debe entregar esa cosa pues no existen obstáculos para que pueda dar cumplimiento específico de la obligación asumida; del mismo modo, si se afianzare una obligación de hacer que no deba ser ejecutada inexorablemente por el deudor, el fiador puede ejecutar esa obligación o hacerla cumplir por otro.

⁶²⁹ ANAYA, Jorge y TRIGO REPRESAS, Félix A., *El "principal pagador" en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial*, en L. L. 2006-A-1153, N° I.

⁶³⁰ ZAGO, Jorge A., en *Código Civil*, dir. por Alberto J. Bueres y coord. por Elena Highton, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, t. 4D, p. 336.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha seguido los lineamientos del código derogado, tanto en lo que hace al carácter accesorio de la fianza (art. 1986, código anterior), a que no puede tener por objeto una prestación diferente a la de la obligación principal (art. 1991, código anterior), como a que si el objeto de esta última fuese la entrega de una cosa cierta o la ejecución de un hecho que el deudor debe ejecutar personalmente, el fiador solamente está obligado a indemnizar el daño (art. 1992), lo cual es absolutamente lógico desde que lo que el fiador ha garantizado en estos casos no es, en rigor, el cumplimiento de la prestación principal (que sólo puede cumplirla el deudor afianzado) sino el de la prestación secundaria que se deriva del incumplimiento de aquélla.

Lo que ha aclarado la reforma es que el deber de indemnizar también existe cuando el deudor afianzado incumple su obligación de no hacer, lo que el texto anterior omitía.

Art. 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.

D) Resumen

El texto legal establece que el fiador no puede obligarse de manera más onerosa que el deudor principal; y, si ello ocurre, debe reducirse su obligación a los límites de la obligación principal. En cambio, el fiador puede obligarse de manera más eficaz, constituyendo todo tipo de garantías.

II) Concordancias

Contratos conexos, definición (art. 1073); fianza, concepto

(art. 1574); garantías unilaterales (art. 1810); derechos reales de garantía, disposiciones comunes (arts. 2184 y ss.).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Extensión de la fianza*

El texto legal establece que el fiador se puede obligar a igual cantidad que el deudor principal e, incluso, a menos. Lo que no puede hacer es obligarse por más, y si ello hubiese ocurrido, deberá reducirse la obligación a los límites de la del deudor principal. En otras palabras, no se anula el contrato sino que se lo conserva, reduciendo la obligación del fiador.

La solución legal es lógica, pues si la fianza es un contrato accesorio no resulta admisible aceptar que tal obligación sea más onerosa que la del deudor principal.

III.2) *Eficacia y onerosidad de la fianza*

La norma legal dispone, además, que la prestación del fiador no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa que la del deudor principal. Sin embargo, añade que el fiador puede constituir garantías en seguridad de su fianza. ¿Es esto una contradicción? De ninguna manera. Veamos.

Es necesario distinguir entre gravosidad u onerosidad y eficacia⁶³¹.

Bien ha señalado Machado que hay mayor gravosidad, por ejemplo, si el fiador se obliga a pagar: a) en un plazo inferior al pactado por el deudor principal; b) en un lugar más lejano que el deudor principal; c) pura y simplemente, cuando el deudor principal lo hizo bajo una condición suspensiva, y d) entregando una cosa determinada, cuando el deudor principal se obligó a pagar alternativamente. En estos casos, el fiador podrá ajustar su obligación a la contraída por el deudor principal, la reducirá—siguiendo la expresión de Vélez— a los límites de la del deudor⁶³².

⁶³¹ Así lo hacen los arts. 1873, Cód. Civ. peruano; 2344, Cód. Civ. chileno; 2094, Cód. Civ. salvadoreño; 2109, Cód. Civ. uruguayo.

⁶³² MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil*, Lajouane, 1899, t. V, N° 548.

La mayor eficacia con la que puede obligarse el fiador, en cambio, está dada por el otorgamiento de otra garantía que se suma a la que ha asumido personalmente. En estos casos, no se agrava la situación del fiador, pues él ya comprometió su patrimonio con la fianza; solamente otorga más eficacia a su obligación desde que da una garantía más fácil de ejecutar, pero siempre le quedará el derecho de repetir lo pagado contra el deudor principal.

En otras palabras, cuando hablamos del agravamiento de la obligación del fiador, es necesario analizar dos aspectos: uno intensivo y uno extensivo. El agravamiento es intensivo si aumenta el número de seguridades, esto es, si el fiador se obliga a prestar otra garantía, lo que el texto legal admite; en cambio, el agravamiento es extensivo e inadmisibles, si la obligación del fiador se ve agravada porque se ha comprometido a una cosa mayor, por un tiempo mayor, a cumplir en un lugar diferente que el deudor principal, de manera pura y simple mientras la obligación del deudor está sujeta a condición, o a afrontar una penalidad por incumplimiento más gravosa que la asumida por el deudor principal.

Cabe añadir que no hay límites respecto de las garantías que puede constituir el fiador. De modo que ellas pueden ser reales o personales. Así, el fiador puede constituir hipotecas, prendas y anticresis; pero también puede lograr que otra persona afiance su obligación: es el llamado fiador del fiador.

Es importante señalar que la mayor gravosidad u onerosidad de la fianza debe ser valorada al momento del cumplimiento de la garantía y no de su constitución, pues es en aquel momento en donde puede evaluarse la real envergadura de la fianza. Pero, a la vez, la fecha de constitución tiene importancia pues no puede agravarse la situación del fiador con modificaciones sobrevenidas a la obligación principal que no hubieran sido previstas cuando se constituyó la fianza⁶³³.

⁶³³ BORDA, *El contrato de fianza. Límites a la responsabilidad del fiador* cit., N° 45; GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías*, en L. L. Actualidad 1997-22.

III.3) Dudas sobre la extensión de la fianza

¿Qué sucede si no resulta claro si el fiador se obligó por una suma igual a la del deudor principal o por una menor? El texto legal nada dice. En principio, resulta razonable pensar que el fiador se obligó por un monto igual al de la deuda principal. Ello es así pues el acreedor que exige que se garantice su crédito está buscando que tal garantía alcance a cubrir la totalidad del crédito y no una cantidad menor.

Pero el silencio que guarda el texto legal puede ser útil en ciertos casos. En efecto, cuando la deuda principal no es precisa en su cantidad (por ejemplo cuando se afianzan todas las consecuencias de un contrato de locación, lo que abarca el precio del alquiler, pero también las expensas comunes, impuestos, tasas, servicios, cláusula penal, daños en la propiedad, etc.), la interpretación debe ser proclive a la menor gravosidad de la fianza⁶³⁴, tanto más si se piensa en su carácter normalmente gratuito.

IV) Significado de la reforma

El Código, al igual que lo hacía el código derogado, no prevé el procedimiento para lograr la reducción, pero parece razonable sostener que ante el reclamo formulado por el acreedor, al fiador le bastará con oponer la norma citada, debiendo el tribunal establecer el *quantum* de la reducción.

Se ha ganado en claridad cuando la norma dispone que el fiador no se puede obligar a estipulaciones que hagan la fianza más onerosa. De esta manera, no sólo se deja de lado la posibilidad de que el fiador pueda obligarse por una suma superior a la deuda principal, sino también que se lo intente obligar en condiciones más gravosas que ese deudor.

Finalmente, el nuevo Código no incorpora el texto del artículo 1995 del código anterior, en lo que respecta a que si hubiese duda sobre si el fiador se obligó por menos o por otro tanto de la obligación

⁶³⁴ GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge A., *Contratos civiles y comerciales. Parte especial*, Universidad, Buenos Aires, 1989, p. 552; BORDA, *El contrato de fianza. Límites a la responsabilidad del fiador* cit., N° 46.

principal, debe entenderse que se obligó por otro tanto. Más allá de que como regla debe afirmarse que debe ser así, la omisión permite resolver con más equidad algunos supuestos, como se ha visto en el punto anterior.

Art. 1576 Incapacidad del deudor. El fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor.

I) Resumen

El texto legal dispone que el fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor. Ninguna relevancia tiene el hecho de que el fiador conozca o no tal incapacidad.

II) Concordancias

Capacidad (arts. 32, 38).

III) Interpretación de la norma

El texto legal dispone que el fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor. Como se ve, éste es un caso en el que la fianza no sigue la suerte de la obligación principal, pues si la siguiera, la nulidad de la obligación principal –causada por la incapacidad del deudor– debería acarrear la nulidad de la fianza.

¿A qué incapacidad del deudor principal se refiere la norma? No puede ser otra que la de los incapaces de hecho⁶³⁵, pues si abarcara además a los incapaces de derecho, se estaría permitiendo una clara violación legal con un simple rodeo.

¿Cabe hacer alguna diferencia según cuál sea la incapacidad del deudor principal? A partir de la reforma, no parece posible⁶³⁶. En

⁶³⁵ VÍTOLO, Daniel Roque, *Contratos comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 521; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, 10ª ed. act. por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, N° 1850.

⁶³⁶ Para la consideración del régimen de Vélez, puede verse: BORDA, *El contrato de fianza. Límites a la responsabilidad del fiador* cit., N° 37.

efecto, en el caso de que el fiador conociera las restricciones impuestas a la capacidad del deudor originada en su menor edad o, si fuese mayor, por su enfermedad mental, adicción o alteración mental permanente o prolongada (art. 32), es razonable interpretar que si ha constituido la fianza es porque ha querido obligarse como deudor principal⁶³⁷. Y si el fiador ignorara la incapacidad o restricción de la capacidad del afianzado, también responde, pues un mínimo de diligencia le hubiese permitido, o bien, descubrir la edad del deudor principal, si fuera menor de edad, o bien, si ha sido declarado incapaz o se ha restringido su capacidad, conocer tal hecho, pues tal resolución debió ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 39), lo que debió ser consultado por el fiador.

No está de más señalar, para terminar, que la solución propuesta es recogida, en general, por la legislación extranjera (art. 1939, Cód. Civ. italiano; art. 1875, Cód. Civ. peruano; art. 824, Cód. Civ. brasileño; art. 1460, Cód. Civ. paraguayo).

IV) Significado de la reforma

La reforma ha mantenido la idea expresada en el artículo 1994 del código anterior y reiterada en el artículo 2020 del mismo cuerpo, de que el fiador responde cuando el deudor principal es incapaz.

Pero a diferencia del artículo 1994, no señala que esta responsabilidad exista aunque el fiador ignorase la incapacidad y que responda como único deudor. La omisión, sin embargo, no acarreará ninguna consecuencia.

En efecto, ya se ha explicado en el párrafo anterior que el hecho de que el fiador ignore la incapacidad del deudor no tiene consecuencia alguna en su responsabilidad. Y es claro que responderá como único deudor, desde el momento en que la obligación principal es inexigible al deudor justamente por la incapacidad de este último.

⁶³⁷ En esta línea: art. 1805, Cód. Civ. venezolano; art. 631, inc. 2º, Cód. Civ. portugués.

Art. 1577 *Obligaciones que pueden ser afianzadas.* Puede ser afianzada toda obligación actual o futura, incluso la de otro fiador.

I) Resumen

El texto legal permite que toda obligación futura o actual, e incluso la de otro fiador, pueda ser afianzada. El campo de aplicación de la norma no se extiende a la llamada –por el artículo siguiente– “fianza general”, de lo que se deduce que solamente abarca el afianzamiento de obligaciones determinadas.

II) Concordancias

Fianza, concepto (art. 1574); extensión de las obligaciones del fiador (art. 1575); fianza general (art. 1578); extensión de la fianza (art. 1580).

III) Interpretación de la norma

Los artículos 1577 y 1578 parecen regular supuestos diferentes. Adviértase que mientras el primero de los artículos se limita a disponer que toda obligación actual o futura puede ser afianzada, el restante hace referencia a un tipo de fianza que llama general, que también comprende obligaciones actuales o futuras, y añadiendo que pueden ser indeterminadas.

Teniendo en cuenta que ambas normas se refieren a obligaciones actuales o futuras, la diferencia entre ellas debe estribar en que el artículo 1577 regula la fianza dada a una obligación precisa y, por tanto, determinada, mientras que el artículo 1578 regula la fianza general, llamada comúnmente “ómnibus”, que puede garantizar una serie de operaciones, incluso indeterminadas.

Separándose así la fianza general del artículo 1578, de la que llamaremos “fianza particular” del artículo 1577, ningún problema hay en que este último permita el afianzamiento de obligaciones presentes o futuras. En verdad, una obligación presente jamás significó inconvenientes para poder ser afianzada; pero sí los traía el afianzamiento de una obligación futura pues, aunque el objeto fuese determinado, la incertidumbre del crédito futuro y la indeterminación de

su cifra final dejaban al fiador en una situación de clara vulnerabilidad, como fuera destacada en otra oportunidad⁶³⁸.

La norma prevé, también, que se puede afianzar la obligación de otro fiador. La norma encierra dos situaciones diferentes. La primera, es aquella en la cual un tercero celebra un contrato con el acreedor, en el cual le garantiza el cumplimiento de la obligación asumida por el fiador principal. La segunda, es aquella en la cual es el fiador el que celebra el contrato con un tercero, para que éste afiance el cumplimiento del deudor principal. Parece claro que ambos supuestos son válidos.

IV) Significado de la reforma

La reforma que incorpora el artículo 1577 debe ser leída de manera complementaria con el artículo 1578. Con esta premisa, se puede decir que *la reforma ha limitado los riesgos hasta hoy existentes* para el fiador, quien a pesar de haber celebrado un contrato de fianza sobre una obligación futura, con objeto determinado, en los hechos padece una creciente inseguridad en razón de la incertidumbre del crédito futuro y la indeterminación de su cifra (comp. con art. 1989, código civil derogado). La cuestión queda resuelta pues los contratos que acabo de referir quedan abarcados en el artículo 1578.

Art. 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.

⁶³⁸ BORDA, *El contrato de fianza. Límites a la responsabilidad del fiador* cit., Nº 30.

I) Resumen

El nuevo Código incorpora la fianza general, la cual puede garantizar obligaciones presentes o futuras e, incluso, indeterminadas, siempre y cuando se consigne el monto máximo por el que se obliga el fiador. La fianza general no puede afianzar obligaciones contraídas transcurridos cinco años desde el momento en que se celebró la fianza. Y puede ser retractada si es una fianza indeterminada, pero los efectos de esta retractación empezarán a correr a partir del momento en que el acreedor ha sido notificado.

II) Concordancias

Fianza, concepto (art. 1574); extensión de las obligaciones del fiador (art. 1575); obligaciones que pueden ser afianzadas (art. 1577); extensión de la fianza (art. 1580).

III) Interpretación de la norma

El nuevo Código presenta dos tipos de fianza. La primera, que se puede denominar fianza particular o de objeto determinado, está regulada por el artículo 1577. El artículo 1578 regula lo que se denomina fianza general, también conocida como fianza omnibus.

Ya se ha visto que ambos tipos de fianza permiten garantizar obligaciones actuales y futuras. La diferencia estriba en que la fianza general admite también el afianzamiento de obligaciones indeterminadas, pero en todos los casos (se afiance una obligación actual o futura o indeterminada), es imprescindible precisar el monto máximo de la garantía.

De esta manera se procura resolver el problema que hoy existe, causado por una creciente tendencia a admitir que está determinado el objeto afianzado⁶³⁹, cuando son supuestos de clara indeterminación de ese objeto, lo cual debería acarrear la nulidad de la fianza. Un

⁶³⁹ CNCom., sala A, 15-4-2004, "Banca Nazionale del Lavoro c/Eddi, Jorge I.", L. L. 2004-C-652; sala D, 30-6-2008, "Vigna, Juan José Alejandro c/Lloyds Bank (BLSA) Ltd.", L. L. 2008-E-688; sala E, 21-8-98, "Banco Los Tilos SA c/Líderes en Tecnología SA y otros", L. L. 1999-B-428.

claro ejemplo de esto se da en el afianzamiento de los contratos de apertura de cuenta corriente bancaria. En estos casos, el contrato pre-redactado que debe firmar el fiador suele establecer que garantiza todas las operaciones realizadas en la cuenta corriente bancaria; sin embargo, con posterioridad a la firma del contrato, el deudor puede pactar débitos automáticos, giros en descubierto o créditos a sola firma, entre otras posibilidades, que jamás fueron imaginadas por el fiador ni le fueron comunicadas.

Esto es lo que se ha dado en llamar, como ya se dijo, la fianza omnibus. No parece que la idea de permitir este tipo de fianza sea la de generar un tipo de contrato aplicable a todas las situaciones jurídicas imaginables en donde se procure garantizar el cumplimiento de una obligación, sino, más bien, a apuntar –sobre la base del principio general de la buena fe– a un grupo de negocios que tengan entre sí alguna relación profesional o de otro tipo, que los conviertan en algo homogéneo⁶⁴⁰, y que parece estar acotado a aquellos negocios vinculados con obligaciones generadas en la actividad bancaria o financiera⁶⁴¹.

El tema, con todo, es de extrema gravedad: el deudor puede generar nuevas deudas y agravar notoriamente el riesgo asumido por el fiador, sin que éste –siquiera– haya tenido conocimiento de esas nuevas deudas contraídas.

Parece claro que hablar de obligaciones que contraiga el deudor sin especificar el tipo de obligaciones afianzadas, sin indicar los sujetos beneficiarios (es decir, los terceros acreedores del deudor), sin fijar límites en su monto ni en el tiempo durante el cual tendrá vida la fianza, es tanto como hacer referencia a obligaciones indeterminadas⁶⁴², que no delimitan adecuadamente el riesgo que asume el fiador.

La manera de neutralizar el riesgo del afianzamiento por obligaciones indeterminadas es imponiendo el deber de precisar el monto

⁶⁴⁰ ESTRADA ALONSO, Eduardo, *La fianza aseguradora*, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LVI, fasc. II, p. 647.

⁶⁴¹ DE NICTOLIS, Rosanna, *Nuove garanzie personali e reali*, Cedam, Padova, 1998, p. 209.

⁶⁴² ZAGO, en *Código Civil cit.*, t. 4D, p. 332.

máximo que se garantiza. En este caso, por más indeterminado que esté el objeto, el fiador tendrá certeza del alcance de su responsabilidad. Por ello, en el Derecho francés, la tendencia es la de admitir la "fianza ómnibus", pero limitándola a cifras inferiores a las que se comprometió a pagar el deudor principal; en otros términos, el fiador se obliga a pagar las deudas del deudor principal hasta un cierto monto⁶⁴³.

El Código sigue esta línea, al imponer un **monto máximo como límite del afianzamiento**⁶⁴⁴.

La norma establece, además, que la fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de cinco años de otorgada. La disposición, como se ve, pone otro límite: *el fiador responderá solamente por las obligaciones nacidas antes de que pasen cinco años, contados desde que se obligó*. Claro está que si el deudor contrajo la deuda antes de que transcurriera ese plazo, la circunstancia de que su incumplimiento fuese posterior no obsta a que el acreedor pueda ejecutar al fiador. La intención de la norma también es clara: marcar un límite temporal cuando se trata de una fianza futura o indeterminada.

Además, y esto resulta trascendente, *el fiador de una obligación indeterminada puede retractar la fianza*, en cuyo caso no responderá por las obligaciones contraídas por el afianzado después de que el fiador haya notificado al acreedor la retractación. ¿Qué ocurre con el tercero de buena fe que ignora la retractación? Ella no puede tener efectos, pues no es justo que quien ha contratado en vista de la fianza prestada sea perjudicado por una retractación que no conocía⁶⁴⁵. El

⁶⁴³ ANCEL, Pascal, *Droit des Sûretés*, Litec, Paris, 1998, p. 43.

⁶⁴⁴ Con todo, la protección dada al fiador podría ser insuficiente. En efecto, si bien la norma procura limitar la responsabilidad del fiador, estableciendo que sólo pueden dar fianza hasta una cantidad máxima de dinero determinada al tiempo de constituirse, esa buena intención queda luego desvirtuada cuando se admite que el fiador puede constituirse como principal pagador, en cuyo caso será considerado deudor solidario (art. 1591), desapareciendo así el beneficio del límite legal, pues los deudores solidarios no gozan de él. Bastará, entonces, obligar al fiador como principal pagador, para eludir el deber de precisar el monto máximo garantizado.

⁶⁴⁵ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1847; ROJÍ-GUEZ, Juan Pablo, *Contrato de fianza civil y comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 29; HERNÁNDEZ, Carlos A., *Unidad y pluralidad en el contrato de fianza*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la UNR*, N° 17/18, p. 295, N° 5.6.

fiador sólo podrá liberarse si acredita que el tercero conocía la retractación, pues, teniendo en cuenta que la buena fe se presume⁶⁴⁶, deberá tenerse por cierto que el tercero la ignoraba.

IV) Significado de la reforma

La reforma regula la fianza general u ómnibus. La intención es limitar la responsabilidad del fiador en este caso a un monto máximo, dentro de un plazo que no puede superar los cinco años contados desde el momento en que se contrató la fianza y que puede ser retractada con efectos a partir de la notificación al acreedor.

Art. 1579 Forma. La fianza debe convenirse por escrito.

I) Resumen

El texto legal se limita a disponer que la fianza debe convenirse por escrito. Si bien cabe la duda de si se trata de una forma probatoria o de una forma solemne relativa, la necesaria protección del fiador obliga a considerarla como una forma solemne relativa.

II) Concordancias

Forma y prueba del acto jurídico, forma impuesta (art. 285); expresión escrita (art. 286); prueba de la existencia de la obligación, presunción de fuente legítima (art. 727); contratos formales (art. 969); libertad de formas (art. 1015).

III) Interpretación de la norma

Los contratos, en general, pueden clasificarse en formales y no formales. Son formales cuando la ley impone determinadas formas que deben cumplirse (art. 1015) (ver t. V, p. 764) y son no formales cuando las partes tienen absoluta libertad para darles la forma que quieran.

⁶⁴⁶ Conf. BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1791; LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 502.

A su vez, los contratos formales se diferencian en formales solemnes y formales al solo efecto de la prueba. Por su parte, los primeros (también llamados *ad solemnitatem*) pueden ser solemnes absolutos o relativos. Los contratos formales solemnes absolutos son aquellos en los que la forma establecida por la ley debe ser inexorablemente cumplida bajo pena de nulidad (por ejemplo, la donación de inmuebles, art. 1552). Los contratos formales solemnes relativos son aquellos en donde el incumplimiento de la forma no permite alcanzar enteramente el fin querido por las partes pero el negocio jurídico no es nulo, pues vale como un contrato por el cual las partes se obligaron a cumplir con la formalidad expresada (es el caso del art. 969, 2ª parte). Finalmente, cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta constituye sólo un medio de prueba de la celebración del contrato (art. 969, 3ª parte) y por ello es una simple forma probatoria o forma a los efectos de la prueba.

Dicho esto, el texto bajo comentario se limita a disponer que la fianza debe convenirse por escrito.

Es claro que no se trata de una forma solemne absoluta pues la norma no dice que la forma escrita sea exigida para su validez. Pero, ¿es una forma solemne relativa o una simple forma probatoria?

Si se dijera que la forma escrita es una simple forma probatoria, es importante señalar que el artículo 1020 establece que los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental o comienzo de ejecución. En otras palabras, más allá del principio de prueba instrumental (conocido hasta el día de hoy como principio de prueba por escrito) o del principio de ejecución, la norma permite acreditar la fianza por testigos —además— si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la forma escrita. Esta interpretación sigue y profundiza la opinión de quienes han sostenido que la fianza mercantil puede acreditarse por testigos si existe principio de prueba por escrito⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ OJEA y DURAO, en ETCHEVERRY, *Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte especial* cit., t. 2, N° 331; PRATESI, Juan Carlos, *Fianza*, en L. L. 1982-A-931, N° VI.

de conformidad con la regla de la informalidad que gobierna el derecho comercial. Se dice que la profundiza desde que prescinde del principio de prueba instrumental para considerar, incluso, que la fianza puede probarse por testigos si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la forma escrita (ver t. V, p. 765, nota 232).

Pero existe también otra interpretación. De lo que se trata es de proteger a una persona, a quien se la califica de fiadora —calificación que ha sido obviamente negada por ésta—, sin que exista un contrato firmado que así lo acredite. No se puede prescindir de la circunstancia de que la fianza es normalmente gratuita, por lo que se estaría pretendiendo imponer una obligación a una persona, que nada recibe a cambio, y sin que exista el contrato en donde surja claramente que se ha obligado (doct. del art. 1068).

Por ello y según este entendimiento la fianza debe ser considerada un contrato formal solemne relativo; por lo tanto, no hay contrato de fianza hasta que no se otorgue el instrumento escrito (arts. 969, 2ª parte, y 1018) (ver t. II, p. 111)⁶⁴⁸.

⁶⁴⁸ Criterio que sostiene el autor de este comentario. Si bien la forma impuesta otorga protección al fiador, ésta, no obstante, puede ser en la práctica insuficiente. Es que la simple forma escrita no constituye un recaudo apto para tener la certeza de que el fiador ha comprendido cabalmente la extensión de su obligación. Máxime cuando todos sabemos que la fianza es prestada, en el mayor número de casos, de manera gratuita, esto es, sin obtener ningún beneficio a cambio, y que muchas veces es dada a raíz de una verdadera imposibilidad moral de negarse a otorgarla, pues están en juego intereses vitales del afianzado, sea su vivienda, sea su propio giro comercial, entre otras razones plausibles.

Por ello, en los regímenes suizo o francés hay un llamado de atención sobre la necesidad de instaurar un régimen verdaderamente protector del fiador. A tal efecto, parece necesario establecer en nuestro régimen legal que la obligación del fiador sólo sea válida: (i) si se obliga de manera personal; (ii) debiendo hacer esta declaración por escrito y de su puño y letra; (iii) fijando claramente los límites en lo que se refiere al monto afianzado, y (iv) asumiendo de manera expresa los eventuales accesorios que puedan existir, los cuales no deben superar un porcentaje claramente establecido y calculado sobre el capital adeudado. Y ello debe ser complementado con una interpretación estricta del contrato de fianza, pues no debe perderse de vista, insisto, que generalmente la obligación del fiador se origina en relaciones de amistad o de parentesco.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha introducido un cambio importante en este tema.

En el régimen anterior, los contratos formales solemnes (o *ad solemnitatem*) se diferenciaban de los contratos formales *ad probationem*, los cuales no constituyen una simple forma probatoria. En efecto, la forma *ad probationem* es aquella que declara que el contrato es válido aunque no se cumpla con la forma legal, pero si es discutido judicialmente, la ausencia de la forma impide probarlo. Éste es el caso de la fianza⁶⁴⁹. En efecto, si bien el artículo 2006 del código civil derogado disponía que la fianza podía contraerse de cualquier forma, ya sea por escritura pública, ya sea por instrumento privado, o de manera verbal, el incumplimiento de la forma escrita impedía probarla, si era negada en juicio. Por ello ha de insistirse en que incumplida la forma, el contrato no puede ser probado por otro medio. Como se ve, la importancia de la forma escrita es nítida.

Como ya se dijo, la necesaria protección del fiador aconseja a elegir esta última opción.

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal establece que, excepto convención en contrario, la fianza comprende los accesorios de la obligación principal, lo cual incluye los intereses y los demás gastos que demande su cobro.

II) Concordancias

Obligaciones principales y accesorias (arts. 856 y 857); extensión de las obligaciones del fiador (art. 1575).

⁶⁴⁹ GARRIDO y ZAGO, *Contratos civiles y comerciales. Parte especial cit.*, p. 572.

III) Interpretación de la norma

El nuevo texto legal ha consagrado la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Entre los accesorios, se destacan los intereses. Como lo establecía el viejo texto del artículo 1997 del código derogado, la obligación del fiador abarca los intereses que devengue la deuda principal, esté ello estipulado en el contrato de fianza o no.

Desde luego que si en la deuda principal no se han pactado intereses compensatorios, ellos no pueden ser reclamados al fiador pues la obligación de éste no puede ser más extensa que la de aquél (art. 1575). Incluso, si en la deuda principal se hubieran pactado intereses pero el fiador hubiese limitado la garantía a una suma precisa y determinada, quedará liberado si paga o deposita judicialmente esa suma dineraria ante el primer requerimiento del acreedor⁶⁵⁰. Tampoco está obligado el fiador a pagar los intereses pactados por las partes del contrato principal si claramente se hubiera convenido que tales intereses no forman parte de la deuda afianzada, lo que debe surgir de una interpretación integral del contrato.

El fiador también está obligado a pagar los gastos que demande el cobro de la obligación afianzada, incluso las costas judiciales, siguiéndose así una tendencia mayoritaria que considera que el fiador debe siempre las costas, pues son un accesorio del crédito principal.

IV) Significado de la reforma

El nuevo Código introduce una norma más amplia que la del artículo 1997 del código derogado.

Por un lado, no se limita a mencionar los intereses que devengue la deuda principal como obligación del fiador, sino que —con mayor rigor— la amplía a todos los accesorios de aquella deuda.

Por otro lado, supera la controversia suscitada alrededor de si las costas judiciales son debidas o no por el fiador. En este punto,

⁶⁵⁰ C2°CCom. de Santiago del Estero, 30-4-96, "Banco Platense SA c/Pece de Rivera, Francisca", L. L. 1997-B-53.

cabe recordar que una interpretación histórica de la ley negaba al acreedor derecho alguno contra el fiador en cuanto a los gastos realizados en juicio, la que se fundaba en que el artículo 1997 del código civil derogado disponía que la obligación del fiador comprendía no sólo la obligación principal sino también los intereses, estuvieran o no estipulados (sin mencionar a las costas) y que, en la nota correspondiente, Vélez hacía notar que en algunas leyes y obras extranjeras se reputaban como obligación accesorio de la principal, los gastos del juicio contra el deudor; pero afirmaba que en realidad no lo eran.

Como ya se dijo, el fiador debe siempre los gastos judiciales, pues son un accesorio del crédito principal. Es ésta, además, la tendencia internacional (arts. 2107, Cód. Civ. uruguayo; 767, inc. 2º, Cód. Civ. alemán; 1942, Cód. Civ. italiano).

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal, prescindiendo de la denominación que se use, dispone que la carta que asegure la solvencia, probidad u otro hecho relativo a quien quiere contratar un crédito u otro contrato, no responsabiliza a su otorgante, excepto que haya obrado de mala fe o negligentemente y siempre que su recomendación haya sido lo que ha llevado a contratar.

II) Concordancias

Fianza, concepto (art. 1574); obligaciones que pueden ser afianzadas (art. 1577); compromiso de mantener una determinada situación

(art. 1582); deber de reparar (art. 1716); factores subjetivos (art. 1724); sujetos responsables (art. 1749).

III) Interpretación de la norma

Las cartas de recomendación son cartas o notas en las cuales el que las redacta y libra asegura la solvencia y probidad de otra persona que procura algún crédito. Significan, solamente, una garantía de orden moral sobre las condiciones de seriedad, probidad y solvencia del recomendado que busca crédito⁶⁵¹ o quiere celebrar determinado contrato.

Como se trata de una garantía de orden moral, el recomendante no asume responsabilidad alguna, como regla. Solamente responderá si ha obrado de mala fe o de manera negligente, y siempre que quien recibe la recomendación acredite que fue esa recomendación la que lo condujo a contratar u otorgar el crédito.

Con otras palabras, si el recomendante prueba que no ha actuado de mala fe o de manera negligente (acreditando —por ejemplo— que a la fecha de otorgar la carta, el recomendado era tenido como persona solvente), no tendrá responsabilidad alguna.

Pero, incluso, aun obrando de mala fe o negligentemente, el recomendante nada deberá si se demuestra que no fue su recomendación la que condujo al tercero a celebrar el contrato u otorgar el crédito al recomendado. Ahora bien, ¿basta para tener por cumplido este recaudo y, consiguientemente, para responsabilizar al recomendante, la mera presentación del recomendado, o es necesario que la recomendación haya influido decisivamente en la celebración del contrato? Parece preferible la segunda opción. Si a la recomendación inicial se han sucedido diversas tratativas entre los contratantes, no parece posible continuar responsabilizando a aquel que hizo el acercamiento; en cambio, si la recomendación influyó de manera decisiva para celebrar el contrato, la responsabilidad del recomendante se presenta nítida, encontrando su fundamento en la mala fe o negligencia de quien la emite⁶⁵².

⁶⁵¹ FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Cartas de crédito*, en L. L. 1987-D-817, N° I.b.

⁶⁵² ZAGO, en *Código Civil* cit., t. 4D, p. 383.

Como se ve, estas cartas no constituyen fianza⁶⁵³, pues mientras la fianza es un contrato que genera obligaciones para el fiador ante el incumplimiento del deudor, la carta de recomendación no es un contrato ni genera obligaciones –como regla– en cabeza del recomendante.

Para concluir, cabe señalar que en el ámbito del Derecho Bancario se suele hablar de cartas de recomendación o patrocinio, atribuyéndoles carácter de fianza. En verdad, las cartas de patrocinio son diferentes de las cartas de recomendación. En efecto, aquéllas constituyen una declaración unilateral por la cual quien la emite procura hacer valer su prestigio para que la destinataria de la declaración se avenga a negociar en las mejores condiciones con una tercera persona con la cual la emitente se declara vinculada y que resulta la beneficiaria de la declaración⁶⁵⁴. Este vínculo no existe en la carta de recomendación.

Pero, sin perjuicio de la diferencia marcada, es necesario afirmar que tampoco la carta de patrocinio es una fianza. Y la reforma se hace eco de esta falta de analogía, desde que dispone que el otorgante de una carta de patrocinio –como regla– no se obliga, lo que sí ocurre, en cambio, con el fiador.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha mantenido las líneas del código derogado referidas a las cartas de recomendación, pero ha hecho ciertas modificaciones que han permitido precisar sus particularidades.

En primer lugar, se amplía razonablemente el campo de aplicación de las cartas de recomendación, que no están acotadas a la búsqueda del crédito sino que abarca la celebración de cualquier contrato.

En segundo lugar, ha considerado que el recomendante debe responder no sólo cuando ha obrado de mala fe sino también cuando lo

⁶⁵³ Lo mismo establecen los arts. 1904, Cód. Civ. peruano y 2808, Cód. Civ. mexicano.

⁶⁵⁴ TONON, Antonio, *Las cartas de patrocinio: ¿un nuevo tipo de garantía?*, en L. L. 1983-B-963, Nº II.

ha hecho de manera negligente. Esta negligencia o imprudencia, que ya fue prevista por Freitas en su *Esboço* (art. 3322), es una solución que ha sido recogida por la doctrina⁶⁵⁵ y expresamente prevista en los Proyectos de reforma del Código Civil de los años 1987 (art. 2011), 1993 (art. 1427) y 1998 (art. 1509).

En tercer lugar, se ha suprimido la hipótesis de insolvencia sobreviniente del recomendado⁶⁵⁶, la que obviamente no puede obligar al recomendante, pues el recomendado era solvente al tiempo de la recomendación.

En cuarto lugar, se asimilan las cartas de recomendación a las cartas de patrocinio, simplificando el sistema y evitando toda posibilidad de aplicar elípticamente la fianza a esas cartas.

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal incorpora una figura que, sin constituir una fianza, responsabiliza a quien ha incumplido su compromiso de mantener o generar una determinada situación de hecho o de derecho. La consecuencia del incumplimiento es el deber de indemnizar el daño causado a quien ha obrado en función de dicho compromiso.

II) Concordancias

Fianza, concepto (art. 1574); obligaciones que pueden ser afianzadas (art. 1577); cartas de recomendación o patrocinio (art. 1581);

⁶⁵⁵ FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO, *Cartas de crédito* cit., p. 817, Nº I.b; BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, Nº 1842.

⁶⁵⁶ En sentido similar, Proyectos de Código Civil de 1987, art. 2011; 1993, art. 1427, y 1998, art. 1509. Los Códigos Civiles de México (arts. 2809/2810) y Paraguay (arts. 1469/1470) se pronuncian en similar sentido.

deber de reparar (art. 1716); factores subjetivos (art. 1724); sujetos responsables (art. 1749).

III) Interpretación de la norma

Sin llegar a incorporar de manera expresa la figura de la llamada inhibición o indisposición voluntaria (con lo que se evita la discusión sobre si es un derecho real o personal), el texto legal introduce su idea, esto es, la posibilidad de que el titular de un derecho autolimite su facultad de disponerlo o gravarlo.

La norma dispone —cual si fuera una inhibición voluntaria, considerada como un derecho personal— que quien se compromete a mantener o generar una determinada situación de hecho o de derecho, responde si incumple ese compromiso.

Como se advierte, no existe una verdadera imposibilidad de modificar o no crear la situación de hecho o de derecho tenida en cuenta. Lo que la figura genera es una obligación de indemnizar —si se dan los restantes recaudos de la responsabilidad— el daño causado por no cumplir con el compromiso asumido. Por ello, los actos que violan la obligación de mantener o generar la situación prevista tienen pleno valor, o, con otras palabras, el compromiso es inoponible a terceros. De modo que el único derecho que el acreedor tiene —ante el incumplimiento del compromiso asumido— es el de accionar por los perjuicios sufridos.

Se advierten así las diferencias con la fianza: en la figura legal, la responsabilidad se limita a los daños causados por el hecho de haber violado el compromiso de mantener o generar una determinada situación de hecho o de derecho; en cambio, en la fianza, la responsabilidad del fiador abarca toda la obligación asumida contractualmente. En el primer caso, el límite de la obligación está dado por el valor de la cosa sobre la que se pactó la indisponibilidad; en el segundo, se responde con todo el patrimonio.

En definitiva, el compromiso de mantener o generar una determinada situación de hecho o de derecho no es exigible, pero su incumplimiento acarrea la responsabilidad del obligado. Por lo tanto, sin que sea considerado una fianza, la norma castiga a quien ha asumido

el indicado compromiso, para el caso de que no lo cumpla (como ocurre cuando se obliga a mantener bajo su dominio determinada propiedad como demostración de solvencia, y luego la enajena), condenándolo a indemnizar los daños causados.

IV) Significado de la reforma

Esta es una norma novedosa de la reforma, que incorpora de modo elíptico la inhibición o indisposición voluntaria.

La reforma es positiva, pues permite castigar cierto comportamiento malicioso: el de manifestar que se es dueño de cierto bien para demostrar una solvencia, de la que en verdad se carece. Esa manifestación carece de todo valor, pero el hombre común, de buena fe, confía en ese tipo de declaraciones. Por eso es conveniente que se castigue a quien obra de tal desaprensiva manera.

SECCIÓN 2ª

EFFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal consagra el beneficio de excusión como defensa que el fiador puede oponer, como regla, ante el reclamo del acreedor. El objeto de la medida es obligar al acreedor a ejecutar primeramente los bienes del deudor, sin importar que éstos satisfagan completamente o no el crédito.

II) Concordancias

Garantía común de los acreedores (art. 743); derecho al cobro (art. 844); obligaciones principales y accesorias, efectos (art. 857).

III) Interpretación de la norma

El beneficio de excusión es el derecho que goza el fiador de exigir al acreedor que excuta o ejecute los bienes del deudor antes de que agreda sus propios bienes. Se trata de una excepción dilatoria⁶⁵⁷. En efecto, el acreedor puede reclamar directamente al fiador el cumplimiento de la obligación principal, pero se expone a que éste le oponga el beneficio de excusión y, de esa forma, paralice su pretensión hasta que ejecute de manera efectiva la totalidad de los bienes del deudor principal⁶⁵⁸. Si el reclamo se hiciera en un proceso ejecutivo, el beneficio de excusión debe introducirse como una excepción de inhabilidad de título⁶⁵⁹.

El derecho que goza el fiador es absolutamente lógico si no se pierde de vista que la fianza es una obligación accesorio y subsidiaria que garantiza una deuda principal, la que no deja de ser tal por el hecho de que se haya constituido una fianza. Con palabras de Borda, el deudor principal no ha quedado definitivamente desplazado de su obligación principal⁶⁶⁰.

Como excepción dilatoria que es, su validez está condicionada a que sea opuesta en tiempo oportuno; esto es, en el plazo que los códigos procesales fijan para oponer tales excepciones o, cuánto más, al momento de contestar la demanda⁶⁶¹. Si el fiador no la opone en tiempo oportuno habrá perdido el derecho de hacerlo en el futuro. Se trata, además, de un derecho personal del fiador que no puede ser aplicado de oficio por el juez⁶⁶². Ejecutado que sea el deudor o acreditada su falta de bienes (v. gr., con oficios a los diversos registros de la propiedad), la acción continúa contra el fiador. Si el deudor adquiere bienes durante el trámite del juicio, el fiador tendrá derecho

⁶⁵⁷ RODRÍGUEZ, *Contrato de fianza civil y comercial* cit., p. 42.

⁶⁵⁸ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1870.

⁶⁵⁹ RODRÍGUEZ, *Contrato de fianza civil y comercial* cit., p. 42.

⁶⁶⁰ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1870.

⁶⁶¹ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1870; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos. Parte especial*, Zavalla, Buenos Aires, 2003, t. 5, p. 106. Así, por ejemplo, lo dispone el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 347, inc. 8°).

⁶⁶² BOZZI, Giuseppe, *La fideiussione*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 118.

a invocar tal circunstancia como hecho nuevo⁶⁶³, a los efectos de que el acreedor agreda el bien incorporado.

¿Será necesario que el fiador indique, además, los bienes del deudor que pueden ser embargados y ejecutados para que se tenga por válidamente opuesto el beneficio de excusión? La mayoría de las legislaciones extranjeras responden afirmativamente⁶⁶⁴. El texto legal, en cambio, permite al fiador oponer el beneficio de excusión, sin necesidad de indicar los bienes del deudor que pueden ser embargados. Es tarea del acreedor procurar encontrar los bienes del deudor, embargarlos y ejecutarlos, pero se entenderá que la búsqueda ha sido vana si acredita que no existen bienes inscriptos a nombre del deudor en los registros públicos y que lo ha interpelado de manera infructuosa⁶⁶⁵.

El acreedor no puede negarse a percibir un pago parcial del deudor como consecuencia de la ejecución de sus bienes. En efecto, la regla del artículo 869 se ve expresamente modificada por el artículo 1583, que obliga al acreedor a aceptar en tales casos un pago parcial, pudiendo reclamar al fiador sólo el saldo insoluto⁶⁶⁶. Es una solución acorde con el carácter subsidiario de la fianza.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha mantenido las reglas establecidas en los artículos 2012 y 2013 del código derogado.

Art. 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;

⁶⁶³ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 510.

⁶⁶⁴ En esta línea: Cód. Civ. francés, art. 2023; italiano, art. 1944; español, art. 1832; brasileño, art. 827; peruano, art. 1880; paraguayo, art. 1471.

⁶⁶⁵ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1870; RODRÍGUEZ, *Contrato de fianza civil y comercial* cit., p. 42.

⁶⁶⁶ Igual solución prevén expresamente los Códigos Civiles de Chile (art. 2364), El Salvador (art. 2114) y Uruguay (art. 2124).

- 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.

I) Resumen

El texto legal establece los casos en que el beneficio de excusión no es invocable por el fiador. Ellos son cuando el fiador lo ha renunciado, cuando la fianza es judicial o cuando el deudor principal ha quebrado o se ha presentado en concurso preventivo o no puede ser demandado en el país o carece de bienes en el territorio argentino. La enumeración normativa no es exhaustiva pues tampoco podrá invocarse el beneficio de excusión si la fianza es solidaria o principal pagador.

II) Concordancias

Principio de inexcusabilidad (art. 8°); prueba de la renuncia (art. 948); fianza solidaria (art. 1590); principal pagador (art. 1591).

III) Interpretación de la norma

El texto legal dispone que no es necesaria la previa excusión de los bienes del deudor principal si éste se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra (art. 1584, inc. a). La norma abarca dos situaciones.

La primera de ellas es la quiebra. La quiebra implica, por sí misma, que el pasivo del deudor es superior a su activo; y el efecto principal que trae aparejado el decreto de quiebra es el desapoderamiento de todos los bienes del deudor, pasando todos ellos a integrar la masa de la quiebra y quedando en manos de los acreedores. Ante tal circunstancia, el acreedor se queda sin posibilidad de ejecutar los bienes del deudor y por ello puede atacar directamente al fiador. Este último, por su parte, tendrá derecho a verificar su crédito en la quiebra del deudor principal.

El nuevo Código, además, asimila la presentación del deudor en concurso a la quiebra, solución que proviene, en cuanto antecedente, del Proyecto de Código Civil de 1998 (art. 1494)⁶⁶⁷.

Tampoco es invocable el beneficio de excusión cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente dentro del territorio de nuestro país (art. 1584, inc. b)⁶⁶⁸. El fundamento está dado por las enormes dificultades que tendría el acreedor para cobrar su crédito. Por otra parte, el fiador que afianza a un deudor que no puede ser demandado en la República sabe que no podrá oponer esta excepción y no puede alegar su ignorancia (art. 8°). Lo dicho en último término es, también, la razón por la cual el fiador no goza de este beneficio cuando la fianza es judicial (art. 1584, inc. c).

El texto legal impide invocar el beneficio de excusión cuando el deudor carece de bienes en la República (art. 1584, inc. b). Con esta solución se deja atrás el arcaico artículo 2014 del código derogado que impedía invocar el beneficio de excusión cuando los bienes del deudor, aunque situados en el territorio del nuestro país, se hallaren fuera de la jurisdicción del juez que intervenga. Hoy en día no hay mayores inconvenientes para ejecutar bienes en extraña jurisdicción, y es por ello que las legislaciones más modernas se limitan a exigir que los bienes del deudor se encuentren en el país⁶⁶⁹.

Tampoco puede invocarse el beneficio de excusión cuando el fiador ha renunciado expresamente a él (art. 1584, inc. d). La renuncia a invocar el beneficio de excusión debe ser clara, pero no exige el uso de términos sacramentales, aunque siempre habrán de interpretarse los actos que induzcan a probarla de manera restrictiva (art. 948), lo

⁶⁶⁷ Véase BORDA, *El contrato de fianza. Límites a la responsabilidad del fiador* cit., N° 53, en donde se sostuvo que el concurso no es igual a la quiebra; aquél importa sólo una gran dificultad económica o financiera, y no la insolvencia, como esta última, por lo que no se ve la razón por la que se impide invocar el beneficio de excusión en el primer caso.

⁶⁶⁸ Sobre la cuestión, véase a BORDA, *El contrato de fianza. Límites a la responsabilidad del fiador* cit., N° 78.

⁶⁶⁹ En igual sentido: arts. 2118, Cód. Civ. uruguayo; 2816, Cód. Civ. mexicano; 1831, Cód. Civ. español, y 640, Cód. Civ. portugués.

que conduce a sostener que la voluntad de no oponer el beneficio de excusión deberá ser inequívoca.

Aunque la norma que se está comentando no lo dice, el beneficio de excusión no es invocable —como se anticipó— cuando se trate de fianzas solidaria y principal pagador. Ello es así porque el artículo 1590 considera fianza solidaria a aquella en la que se ha renunciado al beneficio de excusión; por lo tanto, no puede haber fianza solidaria que mantenga vivo ese derecho. En cuanto al principal pagador, el artículo 1591 lo considera un deudor solidario y éstos no tienen la facultad de oponer el beneficio de excusión.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha suprimido varios incisos del artículo 2013 del código anterior; se verá los verdaderos alcances de esta supresión.

Ha desaparecido la norma que establece que el beneficio de excusión no es invocable cuando el fiador ha sucedido como heredero al deudor principal (art. 2013, inc. 4º, código anterior). Esta disposición se entendía dentro de la redacción original del código civil derogado, cuando el heredero ocupaba exactamente el lugar del causante, lo que —en el caso de la fianza— implicaba que el fiador respondía como deudor principal pues ocupaba la posición de este último. La ley 17.711, al incorporar la presunción de que la aceptación de la herencia se hace bajo beneficio de inventario, trajo como consecuencia la imposibilidad de confundir el patrimonio del causante deudor con el de su heredero fiador, lo que llevó a interpretar el referido inciso 4º del artículo 2013, de manera restrictiva⁶⁷⁰. La reforma finaliza el proceso: *suprime esa disposición y establece que las deudas del causante son afrontadas con la masa hereditaria* (art. 2317).

El artículo 2013, inciso 5º, del código derogado disponía que si el deudor estaba ausente de su domicilio al momento de vencer la obligación, el fiador no podía oponer el beneficio de excusión. La solución era criticada, pues se sostenía —razonablemente— que no debe bastar la mera o simple ausencia para evitar la excusión previa, sino que la

⁶⁷⁰ BORDA, *El contrato de fianza. Límites a la responsabilidad del fiador* cit., N° 53.

ausencia debe ser calificada, es decir, que obligue a designarle curador⁶⁷¹. La reforma da un paso más y decide eliminar el mencionado inciso.

Concordantemente con la supresión de las obligaciones naturales dentro del régimen jurídico, la reforma elimina el inciso 7º del artículo 2013 del código derogado, que establecía que el fiador no podía oponer el beneficio de excusión cuando la obligación afianzada es natural.

También desaparece el inciso 9º del artículo 2013 del viejo código que preveía que si el acreedor es la hacienda nacional o provincial, el fiador no puede oponer el beneficio de excusión. Se elimina, así, un injustificable privilegio⁶⁷².

Como se dijo más arriba, la reforma ha ajustado lo que establecía el artículo 2014 del código anterior respecto del lugar en que se hallen los bienes a la realidad tecnológica actual. Deja de tener transcendencia el hecho de que los bienes se hallaren fuera de la jurisdicción del juez que interviene. Lo que importa, para que el fiador no pueda gozar del beneficio de excusión, es que los bienes del deudor no estén en el país.

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal dispone que el fiador de uno de los codeudores solidarios puede exigir que se ejecuten los bienes de los restantes co-

⁶⁷¹ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1877.

⁶⁷² Genera dudas en cambio la supresión del art. 2014 del código anterior, que disponía que el fiador no gozaba del beneficio de excusión cuando los bienes del deudor hayan sido embargados por otro acreedor o cuando el cobro dependiera de alguna manera del resultado de otro pleito, como sería si se debiera esperar el resultado de un juicio de reivindicación.

deudores solidarios, aunque no hubieran sido afianzados por él, antes que los propios. Asimismo, si se trata del fiador de un fiador, se le confiere la facultad de exigir al acreedor que, antes de que agreda sus propios bienes, excuta los del fiador afianzado y los del deudor principal.

II) Concordancias

Solidaridad pasiva, derecho a pagar (art. 834).

III) Interpretación de la norma

El texto legal establece que en el caso de que la deuda principal hubiera sido contraída solidariamente por varios deudores y sólo uno hubiera sido afianzado, el fiador tendrá derecho a oponer el beneficio de excusión no sólo con relación a su deudor afianzado sino respecto de los demás codeudores⁶⁷³. Se trata de una solución de equidad que obliga a los deudores —que se han aprovechado del contrato— a pagar antes que al fiador⁶⁷⁴; y, además, es una consecuencia lógica del carácter accesorio de la fianza: hasta tanto no se ejecuten los bienes de todos los deudores solidarios no podrá agredirse al fiador de uno de ellos⁶⁷⁵. Debe dejarse bien en claro que tal derecho del fiador solamente existe ante una deuda principal solidaria; si fuese simplemente mancomunada, el beneficio sólo es oponible si el acreedor no le reclama al deudor afianzado.

La segunda parte de la norma establece que el fiador del fiador goza del beneficio de excusión ante el acreedor, tanto respecto del deudor principal como del fiador afianzado⁶⁷⁶. La disposición pone de manifiesto dos cuestiones: a) que la fianza dada por la obligación del fiador es válida⁶⁷⁷, lo que la reforma establece de manera expresa en

⁶⁷³ Idéntica solución: arts. 2362, Cód. Civ. chileno; 2122, Cód. Civ. uruguayo.

⁶⁷⁴ POTHIER, Robert-Joseph, *Oeuvres*, Cosse et Marchal, 1864, t. II, N° 412.

⁶⁷⁵ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1875.

⁶⁷⁶ Igual solución: arts. 1888, Cód. Civ. peruano; 1836, Cód. Civ. español; 643, Cód. Civ. portugués.

⁶⁷⁷ Ello ha sido expresamente previsto en los arts. 1940, Cód. Civ. italiano; 1868, Cód. Civ. peruano; 2335, Cód. Civ. chileno, y 630, Cód. Civ. portugués.

el artículo 1577, y b) que esta “subfianza” también tiene los caracteres de accesoriedad y subsidiariedad, propios de la fianza.

Más allá de lo expresado, cabe señalar que son aplicables a la relación entre subfiador y fiador principal, las normas que regulan la relación entre éste y el deudor. En otras palabras, la subfianza podrá ser simple o solidaria y el subfiador tendrá los mismos derechos y obligaciones que la ley establece para el fiador principal. Por lo demás, si bien se trata de un contrato accesorio de la fianza principal ello no significa que el subfiador deba encontrarse en la misma situación que el fiador afianzado⁶⁷⁸.

En esto conviene insistir pues se ha sostenido, de manera errónea, que si el fiador no goza del beneficio de excusión, tampoco lo tendrá el subfiador puesto que éste no puede ser de mejor condición que el fiador⁶⁷⁹. En verdad, no existe razón alguna para sostener tal afirmación, pues el contrato de subfianza también se celebra con el acreedor principal y éste siempre conserva el derecho a otorgar ventajas al subfiador que no le hubiera dado al fiador. En esta línea, los Códigos Civiles de Chile (art. 2360) y Uruguay (art. 2119) establecen que el subfiador goza del beneficio de excusión contra el fiador y contra el deudor, aun cuando el fiador lo renuncie, lo que es plenamente aplicable en nuestro Derecho.

¿Puede ocurrir que el subfiador haya renunciado al beneficio de excusión y el fiador principal no? No existe inconveniente. Lo que ocurrirá es que el subfiador no podrá oponer el beneficio de excusión respecto de su fiador afianzado pero sí con relación al deudor principal.

Parece importante señalar que el subfiador es un fiador de segundo grado que obtiene el acreedor y que el afianzado, en verdad, es siempre el deudor principal, aunque, claro está, para que el cumplimiento del subfiador sea exigible debe haber sido infructuoso el previo intento dirigido contra el fiador⁶⁸⁰, siempre y cuando no haya renunciado al

⁶⁷⁸ ZAGO, en *Código Civil* cit., t. 4D, p. 415.

⁶⁷⁹ LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 2ª ed., Jacobo Peuser, 1901, t. VI, p. 289. De acuerdo con lo que se ha defendido en el texto: LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos...* cit., t. 5, p. 115.

⁶⁸⁰ BOZZI, *La fideiussione* cit., p. 136.

beneficio de excusión. Por esa misma razón —esto es que el subfiador es un fiador de segundo grado que obtiene el acreedor—, la subfianza subsiste si la fianza principal se extingue por confusión entre deudor y fiador⁶⁸¹.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha reiterado las soluciones de los artículos 2016 y 2019 del código derogado.

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal dispone que el fiador cuente con todo el plazo otorgado al deudor principal para cumplir con la obligación, aun en el caso de que éste se hubiera presentado en concurso preventivo o se hubiese decretado su quiebra. Si se quiere eludir esta disposición, el acreedor deberá convenirlo de manera expresa.

II) Concordancias

Tiempo del pago (art. 871); mora del deudor (art. 886); excepciones al principio de la mora automática (art. 887); fianza, concepto (art. 1574); obligaciones que pueden ser afianzadas (art. 1577).

III) Interpretación de la norma

El texto legal, que recoge la idea del artículo 501 del Código suizo de las Obligaciones, establece que —como regla— el fiador cuenta con todo el plazo otorgado al deudor principal, aun en el caso de que éste se hubiera presentado en concurso preventivo o se hubiese decretado

⁶⁸¹ Conf. arts. 2383, Cód. Civ. chileno; 2143, Cód. Civ. uruguayo.

su quiebra. La norma apunta al contrato de tracto sucesivo, pues si fuese de cumplimiento instantáneo, el incumplimiento del deudor acarrea la exigibilidad inmediata y plena de la deuda al propio deudor y, consiguientemente, al fiador.

Pero, cuando se trata de un contrato de tracto sucesivo, el incumplimiento parcial del deudor (el de una cuota, por ejemplo) no faculta al acreedor a cobrar toda la deuda al fiador, sino que éste podrá cumplir la obligación de la manera convenida, a menos que se hubiera acordado lo contrario de manera expresa.

Conviene insistir: si se quiere exigir al fiador el pago íntegro de la deuda que ha sido convenida como de tracto sucesivo, cuando el deudor ha incumplido, es necesario pactarlo de manera expresa o establecer la caducidad de los plazos.

El Tribunal Supremo español tuvo oportunidad de resolver el siguiente caso: Un fiador garantizó una obligación de un deudor que consistía en el pago de una suma de dinero en el plazo máximo de seis años, con amortizaciones semestrales. El deudor incumplió y el acreedor, en ejercicio del derecho que había convenido, declaró resuelto el contrato y exigió al fiador el pago completo de la deuda. El fiador pidió el rechazo de la pretensión, argumentando que el acreedor debió haberle reclamado el pago de cada cuota a su vencimiento, en tanto ello implicaba una menor onerosidad para el propio fiador. El Tribunal hizo lugar a la demanda destacando que el contrato había previsto que el incumplimiento del deudor permitía al acreedor resolver el contrato y exigir el total de la deuda; y esto fue lo afianzado⁶⁸².

La solución es correcta. Sin embargo, parece necesario precisar las ideas. A veces puede suceder que no baste con considerar que se ha pactado la caducidad de los plazos sino que deberá valorarse primordialmente los términos del contrato celebrado con el fiador. Se puede explicar con un ejemplo.

⁶⁸² TS, sala 1ª, sentencia del 20-10-93. P.: Teófilo Ortega Torres, transcripción de los fundamentos de derecho del fallo, en REYES LÓPEZ, María José, *Fianza y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos. Comentario y jurisprudencia*, General de Derecho, 1996, p. 262.

En un contrato de refinanciación de deuda, el deudor se obligó a pagarla en cuatro cuotas anuales: la primera el 12%, las dos siguientes el 25% y la última el 38% restante. Además se convino que la falta de pago de cualquiera de las cuotas acarrearla la caducidad de los plazos y el consiguiente derecho en cabeza del acreedor a exigir el pago de la totalidad de la deuda. En el mismo contrato se pactó una fianza, que tenía la particularidad de que el fiador se comprometía a pagar la deuda en cuatro cuotas anuales e iguales del 25% cada una. Producido el incumplimiento del deudor, la Cámara Nacional en lo Comercial resolvió —con fundamento en el artículo 1195 del código civil derogado— que el acreedor tenía derecho a exigir la totalidad de la deuda al fiador en razón de que la fianza había sido otorgada en un contrato que expresamente preveía aquel derecho⁶⁸³.

La solución es desacertada. Si fiador y acreedor pactaron un sistema diferente de pago parece claro que este preciso acuerdo debe ser respetado; de lo contrario, jamás se podría dar el caso de que la deuda fuese pagada de la manera fijada en el contrato de fianza. En efecto, si el deudor hubiera pagado bien, lo habría hecho de la manera que él pactó; y si no lo hubiera hecho (como ocurrió en el caso), el acreedor estaría facultado para exigir la totalidad de la deuda (según la otra cláusula pactada entre deudor y acreedor, a la que el tribunal hace referencia). Y, entonces, ¿cuándo se aplicaría lo pactado con el fiador, cuyo compromiso era pagar la deuda en cuatro cuotas anuales e iguales del 25% cada una? La respuesta es nunca. Como se ve, de seguirse el criterio de la sentencia, el acuerdo celebrado entre acreedor y fiador sería, en los hechos, inaplicable, lo cual constituye un verdadero sinsentido jurídico.

Añádase otra razón. No se desconoce que en el contrato principal se había pactado la caducidad de los plazos en caso de incumplimiento del deudor, ni tampoco el derecho del acreedor a exigir el pago total de lo adeudado ante tal incumplimiento. Más todavía: no se puede olvidar que la fianza es un contrato accesorio, en este caso de ese contrato principal referenciado. Pero, más importante que todo ello es

⁶⁸³ CNCom., sala D, 14-7-95, "Banco Almafuerce Coop. Ltda. c/Guzzo, Rosario S. E. y otro", L. L. 1996-B-310, J. A. 1996-III-278.

que entre fiador y acreedor hubo un acuerdo especial que modificaba la forma de cumplimiento pactada en el contrato principal. Y es pacíficamente admitido que las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales.

IV) Significado de la reforma

La reforma introduce una novedosa norma que aclara la situación del fiador ante el incumplimiento del deudor principal. La regla es que gozará de todo el plazo convenido para cumplir sin que el acreedor pueda exigirle el pago íntegro e inmediato como consecuencia de la resolución del contrato.

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal dispone que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones y defensas propias que contra él tenga; pero, además, podrá esgrimir las excepciones y defensas que el deudor principal pueda deducir contra el mismo acreedor, incluso aunque el deudor las hubiera renunciado.

II) Concordancias

Defensas oponibles (art. 742).

III) Interpretación de la norma

El texto legal dispone que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones y defensas personales que contra él tenga; pero, además, podrá esgrimir las excepciones y defensas que el deudor principal pueda deducir contra el mismo acreedor. El texto nada aclara respecto de si la disposición es aplicable o no a la fianza solidaria. Sin embargo, considerando que tanto la fianza simple como la fianza solidaria cons-

tituyen obligaciones accesorias, y recordando aquello de que donde la ley no distingue el intérprete no debe distinguir, cabe concluir que el fiador solidario goza de los derechos establecidos en este artículo 1587. Alguna duda puede plantearse respecto del fiador principal pagador; pero teniendo en cuenta que el artículo 1591 coincide sustancialmente con el artículo 2005 del código derogado, se comparte la opinión de López de Zavalía, quien le extiende a este principal pagador la facultad de invocar las defensas mencionadas⁶⁸⁴.

Es importante destacar que el fiador debe oponer las defensas en tiempo oportuno, si quiere mantener vivo su derecho. Por ello, correctamente se ha resuelto que el fiador que no opuso defensa alguna en un juicio ejecutivo seguido contra él, no puede pretender, más tarde, iniciar un pleito cuyo objeto sea que se declare que la fianza quedó extinguida⁶⁸⁵.

El texto legal añade que el hecho de que el deudor renuncie a invocar una excepción o defensa propia, no le impide al fiador hacer valer tal excepción o defensa⁶⁸⁶; ello es así, pues es inadmisibile que el deudor principal empeore la situación del fiador⁶⁸⁷. El fiador podrá invocar, por lo tanto, cualquier causa de liberación o de nulidad o rescisión de la obligación, que hubiese sido renunciada por el deudor. Aunque no se aclara expresamente (como sí lo hacía el art. 2021 del código civil derogado), el fiador puede oponer las excepciones incluso en contra de la voluntad del deudor. Es que si las puede invocar en el caso de que el deudor las hubiera renunciado, con mayor razón en este caso en el que aún el deudor no ha perdido el derecho a oponerlas.

En otras palabras, el fiador —como regla general— puede oponer al acreedor todas las excepciones que personalmente tenga o las que

⁶⁸⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte especial* cit., t. 5, p. 97; BORDA, *El contrato de fianza. Límites a la responsabilidad del fiador* cit., N° 55.

⁶⁸⁵ CCom. de Mercedes, sala II, 16-12-80, "Tombari c/Ratto de Aguirrebarrena", L. L. 1981-B-422.

⁶⁸⁶ El derecho del fiador a oponer las excepciones que hubieran sido renunciadas por el deudor ha sido expresamente reconocido por el Código de las Obligaciones suizo (art. 502) y por los Códigos Civiles de Perú (art. 1885), México (art. 2813), Portugal (art. 637, inc. 2°) y Alemania (art. 768).

⁶⁸⁷ ZAGO, en *Código Civil* cit., t. 4D, p. 421.

tenga su deudor afianzado. La única excepción a esta regla está dada por la incapacidad del deudor, que no puede ser invocada por el fiador para excusar su responsabilidad, tal como lo dispone el artículo 1576, cuyo comentario habrá de considerarse.

Borda plantea algún interrogante en materia de prescripción. Por un lado, está claro que el fiador puede oponer la prescripción, como excepción que es. Por lo tanto, si el plazo de prescripción está cumplido, la renuncia del deudor a sus beneficios no perjudica al fiador, quien podrá oponer la excepción. Pero ¿qué ocurre si el plazo no ha vencido y el deudor realiza actos que interrumpan ese plazo? ¿Son oponibles tales actos al fiador? La respuesta afirmativa se impone, pues mientras la prescripción no haya operado por los actos del propio deudor, el acreedor está liberado de interrumpir la prescripción para conservar su derecho⁶⁸⁸.

Una cuestión similar se da en el caso de que la obligación principal hubiera sido contraída con dolo o violencia. En este supuesto, si el deudor, una vez cesada la violencia o develado el engaño, confirma el acto jurídico, no podrá oponerse en adelante al cumplimiento de la obligación asumida, y, por lo tanto, el fiador tampoco podrá alegar ese vicio de la voluntad, pues la excepción ha desaparecido objetivamente⁶⁸⁹. Pero mientras el acto principal no sea confirmado o continuare la situación que ha viciado la voluntad, el fiador podrá invocar tal hecho para liberarse⁶⁹⁰.

IV) Significado de la reforma

La reforma no innova en este tema.

Más allá de una simplificación de los textos, conviene advertir que ha separado la excepción fundada en la incapacidad del deudor, excepción que el artículo 2020 del código civil derogado impedía invocar y que, en la reforma, aparece en otra norma (art. 1576).

⁶⁸⁸ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1883.

⁶⁸⁹ CASANOVAS MUSSONS, Anna, *La relación obligatoria de fianza*, 1ª parte, N° 2.4.1.1, Bosch, Barcelona, 1984.

⁶⁹⁰ BORDA, *El contrato de fianza. Límites a la responsabilidad del fiador* cit., N° 37.

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal consagra la inoponibilidad al fiador de la sentencia dictada en un proceso en el que no ha intervenido, y en el que han sido partes el acreedor y el deudor principal. Por lo tanto, si el acreedor pretende cobrar su crédito contra el fiador deberá citarlo inexcusablemente; y, si no lo hace, tendrá que iniciar una nueva demanda contra él.

II) Concordancias

Obligaciones principales y accesorias, definición (art. 856); efectos (art. 857); compensación, fianza (art. 925); fianza, concepto (art. 1574); obligaciones que pueden ser afianzadas (art. 1577); principal pagador (art. 1591); extinción de la fianza, novación (art. 1597).

III) Interpretación de la norma

El texto legal dispone –con contundencia– que la sentencia relativa a la validez o exigibilidad de la deuda principal no es oponible al fiador, si éste no fue citado a intervenir oportunamente. La nueva redacción, es más clara y precisa que la del artículo 2023 del código derogado, que preveía que el fiador, en el mismo caso (esto es, cuando no fue citado a juicio y se dictó sentencia), podía alegar las excepciones personales y las que tuvo el deudor y no opuso en su momento.

En otras palabras, el fiador puede ser demandado junto con el deudor o citado como tercero⁶⁹¹; en ambos casos deberá oponer todas las excepciones que tenga pues la consecuencia del juicio será, en el primer caso, que la sentencia tendrá los efectos de la cosa juzgada contra él y, en el segundo caso, que no podrá oponer en una posterior acción las defensas que omitió deducir en ésta. Esta intervención del fiador se justifica en el hecho de que si bien, como regla, su respon-

sabilidad es subsidiaria, configurados que sean los presupuestos de ejecución contra el deudor, se evidencia que el acreedor puede agredir tanto a aquél como al fiador⁶⁹². Pero si el fiador no ha sido demandado ni citado como tercero en el proceso iniciado contra el deudor, tendrá derecho a oponer todas las excepciones personales o de su deudor afianzado en el juicio posterior que contra él inicie el acreedor, pues la sentencia dictada en aquel proceso le es inoponible⁶⁹³.

Con todo, cabe reconocer que existe una hipótesis en donde se pueden presentar algunas dudas. Es el caso del reclamo al fiador de las costas devengadas en un juicio de desalojo.

Se sostiene que el fiador no puede ser demandado en este juicio pues él no puede entregar la cosa locada; solamente puede entregarla el locatario⁶⁹⁴. En otras palabras, el fiador se ha obligado a garantizar el pago de los créditos nacidos del contrato de locación pero no se ha obligado a devolver la cosa misma. Teniendo presente esto, se ha negado la posibilidad de que el fiador intervenga en el juicio de desalojo sobre la base de considerar que el objeto del juicio es la resolución del contrato de locación y la devolución de la cosa, y que, por lo tanto, el fiador no ha celebrado el contrato ni puede devolver la cosa⁶⁹⁵.

Sin embargo, la mera circunstancia de que se puedan imponer costas al demandado, costas que son debidas por el fiador de acuerdo con lo que dispone el artículo 1580, pone en evidencia la necesidad de que éste sea citado como tercero interesado⁶⁹⁶. Más clara es, aún, la posibilidad de su citación si a la acción de desalojo se añade un reclamo de daños derivado del incumplimiento de la obligación de devolver la cosa locada⁶⁹⁷.

Por otra parte, es procedente afirmar que el fiador debe las costas

⁶⁹² CNCiv., sala D, 13-12-83, "Barreiros, Norberto c/Zaipro SA", E. D. 108-631.

⁶⁹³ VÍTOLO, *Contratos comerciales* cit., p. 523.

⁶⁹⁴ KENNY, Héctor E., *Legitimación del fiador en los procesos locativos*, en E. D. 204-759, N° III.

⁶⁹⁵ CCCom. de Morón, sala I, 2-4-91, "Guerreiro, Joaquín c/Clavero, Luis", E. D. 144-531.

⁶⁹⁶ CCCom. de Morón, en pleno, 16-3-93, "Rosa, Gonzalo O. c/Ávila, Héctor A. s/Desalojo", E. D. 152-197; ZAGO, en *Código Civil* cit., t. 4D, p. 419.

⁶⁹⁷ WETZLER MALBRÁN, A. Ricardn, *La citación del fiador en el juicio de desalojo*, en E. D. 144-529.

⁶⁹¹ ZAGO, en *Código Civil* cit., t. 4D, p. 425.

devengadas en el desalojo porque el artículo 1592 otorga al fiador subrogado en los derechos del acreedor la facultad de exigir todos los daños que hubiese sufrido como consecuencia de la fianza, y el pago de las costas lo son.

Finalmente, no ha de olvidarse que el fiador puede intervenir en las instancias entre el acreedor y el deudor sobre la exigibilidad o validez de la obligación principal (y en un juicio de desalojo se está discutiendo si se da o no la causal de resolución contractual), y que si no hubiese intervenido, la sentencia le será inoponible (art. 1588), lo que demuestra cabalmente la legitimidad de la intervención del fiador en el proceso de desalojo. Ello se ve corroborado por el artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando se refiere a la intervención obligada de aquella persona a cuyo respecto las partes consideren que la controversia es común⁶⁹⁸.

Ahora, este derecho a intervenir en el proceso implica que puede no intervenir; de lo cual se deduce que entre deudor y fiador no existe un litisconsorcio necesario⁶⁹⁹, sino facultativo. En efecto, existe un litisconsorcio facultativo pues las pretensiones del locador contra el locatario y el fiador son conexas (art. 68, CPCCN); una es el desalojo intentado contra el locatario, otra el cobro de los gastos judiciales reclamados al fiador⁷⁰⁰. En síntesis, el locador que no trae al juicio de desalojo al fiador –sea simple, solidario o principal pagador– no podrá ejecutar, contra él, las costas devengadas en ese proceso, aunque las podrá reclamar en otro.

IV) Significado de la reforma

La reforma no innova sobre los lineamientos del artículo 2023 del código derogado, pero –con una redacción más clara y precisa– impide al acreedor agredir al fiador, si éste no ha sido citado a intervenir en el proceso que ha iniciado contra el deudor principal.

⁶⁹⁸ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Costas al fiador en el juicio de desalojo*, en L. L. 1984-C-810, en especial N° V, VI y VII; CNCiv., sala H, 6-7-2005, “Giuliani, Alberto N. c/Castro, Mónica S.”, J. A. 2005-III, fasc. N° 11, p. 71.

⁶⁹⁹ Esta inexistencia de litisconsorcio es sostenida en Italia por BOZZI, *La fideiussione* cit., p. 109.

⁷⁰⁰ KENNY, *Legitimación del fiador en los procesos locativos* cit., p. 759, N° VI.

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal establece el beneficio de división como regla. Esto es, en el caso de pluralidad de fiadores, cada uno responderá por su cuota, a menos que se hubiera renunciado al mentado beneficio, en cuyo caso cada fiador deberá la totalidad de la deuda. Si los fiadores no han fijado el porcentaje de la cuota se presume que responden por partes iguales.

II) Concordancias

Obligaciones simplemente mancomunadas (arts. 825 y ss.).

III) Interpretación de la norma

El texto legal establece que si hay dos o más fiadores de una misma deuda, y no se hubiera renunciado al beneficio de división, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, no pudiendo el acreedor exigir a ninguno de ellos sino la cuota que le corresponda. Los fiadores contraen, por lo tanto, una obligación simplemente mancomunada (arts. 825 y ss.).

El beneficio de división es, entonces, el derecho que cada fiador tiene a pagar solamente la parte proporcional de la deuda, en caso de incumplimiento del afianzado; ello, consecuentemente, faculta al acreedor a exigir a cada fiador sólo la parte que le corresponda pagar. Como corolario, la insolvencia de alguno de los cofiadores será soportada por el acreedor.

La norma, además, presume *iuris tantum* que la división de la deuda entre los fiadores es por partes iguales, consagrándose así lo que la doctrina venía sosteniendo⁷⁰¹. Si se pretende dividir la deuda entre ellos en diferentes proporciones, hay que establecerlo expresamente.

⁷⁰¹ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 512; BORDA, *El contrato de fianza. Límites a la responsabilidad del fiador* cit., N° 54.

Debe dejarse en claro que el beneficio de división sólo opera cuando estamos frente a varios fiadores de un mismo deudor. Si, en cambio, nos encontráramos con varios deudores solidarios y cada uno de ellos (o algunos de ellos) tuviera a su vez un fiador, el acreedor podrá válidamente reclamar el total de la deuda a uno de esos fiadores⁷⁰². Entre esos fiadores no hay beneficio de división pues cada uno de ellos afianza a un deudor solidario diferente.

Cuando los fiadores han renunciado al beneficio de división, la insolvencia de un cofiador perjudica directamente a los restantes fiadores quienes deberán cubrir la deuda en forma completa. Claro está que el fiador que ha pagado tiene acción de regreso contra los demás por la respectiva porción; y si uno de ellos es insolvente, la parte del insolvente deberá repartirse entre todos los cofiadores, incluso el que ha pagado⁷⁰³.

En este caso de renuncia al beneficio de división, es válido afirmar, como se lo hace en el Derecho español, que el fiador está facultado a subrogarse en los derechos del acreedor pagado, lo cual le permitirá ejercer no sólo los derechos y prerrogativas que éste tuviera contra el deudor sino también los que tuviera contra cualquiera de los cofiadores⁷⁰⁴.

Es importante destacar que el texto legal que regula el beneficio de división no hace mención alguna a que la fianza sea o no solidaria. La solidaridad solamente es tenida en cuenta con relación al beneficio de excusión (art. 1590). Y es correcto. Veamos. Si una pluralidad de fiadores afianza solidariamente la obligación del deudor principal, el acreedor podrá reclamar a cada fiador el ciento por ciento de la deuda, pues cada fiador se ha comprometido a pagar la totalidad de la deuda afianzada; después podrá repetir la parte proporcional a los demás cofiadores. En cambio, no hay obstáculo en que una pluralidad de

fiadores afiance —pura y simplemente— la deuda principal, pero entre ellos pacten la solidaridad; si no la pactaran, el acreedor solamente podrá reclamar la cuota proporcional; pero si la acordaran, a pesar de que la fianza sea pura y simple, a cada fiador se le podrá reclamar la totalidad de la deuda.

Hay coincidencia en que el beneficio de división puede ser opuesto en cualquier etapa del proceso⁷⁰⁵. En cambio, se discute sobre si opera de pleno derecho o no. Borda se pronuncia negativamente, sosteniendo que debe ser efectivamente deducido⁷⁰⁶. Para Zago⁷⁰⁷, la deuda está dividida entre los fiadores desde el momento en que se dio el correspondiente consentimiento, y de ello se deduce que el acreedor solamente puede cobrar la parte proporcional a cada cofiador. La diferencia no es menor pues si se admite que la división opera de pleno derecho, el pago que hiciera el fiador en exceso de su parte puede ser repetido al propio acreedor, lo cual no resulta posible si el beneficio operare sólo a petición de parte, pues el pago hecho implica una renuncia a tal beneficio⁷⁰⁸.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha mantenido la regla del beneficio de división. En otras palabras, en el caso de pluralidad de fiadores, ellos responden exclusivamente por su cuota, excepto que se haya renunciado al beneficio.

También ha llenado una laguna que tenía el código derogado: ante la falta de aclaración respecto de la manera en que se debe dividir la deuda entre los fiadores, se presume que es por partes iguales.

A diferencia del artículo 480 del código de comercio derogado que disponía que el fiador responde solidariamente como el deudor prin-

⁷⁰² BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1878.

⁷⁰³ Es la solución expresamente prevista por los arts. 1954, Cód. Civ. italiano; 774 y 426, Cód. Civ. alemán; 1844, Cód. Civ. español; 1893, Cód. Civ. peruano; 832, Cód. Civ. brasileño, y 1483, Cód. Civ. paraguayo.

⁷⁰⁴ ALONSO, Beatriz, *Protección del fiador en vía de regreso*, Tecnos, Madrid, 1993, ps. 213 y ss. Este derecho a subrogarse es reconocido también por los arts. 2378, Cód. Civ. chileno; 2139, Cód. Civ. uruguayo, y 831, Cód. Civ. brasileño.

⁷⁰⁵ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1879; RODRÍGUEZ, *Contrato de fianza civil y comercial* cit., p. 45.

⁷⁰⁶ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1879.

⁷⁰⁷ ZAGO, en *Código Civil* cit., t. 4D, p. 430; BORDA, *El contrato de fianza. Límites a la responsabilidad del fiador* cit., N° 54.

⁷⁰⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte especial* cit., t. 5, p. 120.

cial sin poder invocar el beneficio de división, la reforma distingue entre solidaridad y beneficio de división. La solidaridad ahora solamente existe si así se ha convenido o si el fiador renuncia al beneficio de excusión y apunta particularmente a la relación entre deudor y fiador. Entre los fiadores puede haber o no solidaridad, y se aplicarán entre ellos las reglas de las obligaciones simplemente mancomunadas o solidarias.

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal establece cuándo la fianza es solidaria: (i) cuando así se convino expresamente, y (ii) cuando el fiador ha renunciado al beneficio de excusión. Es importante señalar que tanto la convención expresa como la renuncia mencionadas deben ser acordadas con el acreedor, que es con quien se celebra el contrato de fianza.

II) Concordancias

Fianza, concepto (art. 1574); excepciones al beneficio de excusión (art. 1584, inc. d).

III) Interpretación de la norma

El texto legal dispone que la fianza es solidaria cuando el fiador ha renunciado al beneficio de excusión o ha pactado con el acreedor la solidaridad. Por lo tanto, el acreedor tiene derecho, en ambos casos, a ejecutar directamente al fiador y por el total de la deuda, sin excutir los bienes del deudor en forma previa.

¿Qué ocurre si hay pluralidad de fiadores? ¿Puede el acreedor reclamar la totalidad del crédito a cualquiera de ellos? Indudablemente, el acreedor podrá reclamar la deuda a cualquiera de los fiadores si éstos han renunciado al beneficio de división (art. 1589). Pero el ar-

tículo 1590 no se refiere al beneficio de división sino que establece que la responsabilidad del fiador es solidaria con la del deudor cuando así se convino expresamente o cuando el fiador hubiera renunciado al beneficio de excusión. Veamos, entonces, las posibilidades.

- (i) *Todos o algunos de los cofiadores pactaron la solidaridad con el acreedor respecto del deudor:* si el acreedor puede exigirle al deudor la totalidad de la deuda, parece razonable que también se la pueda exigir a aquellos fiadores que pactaron con el acreedor la solidaridad con el deudor.
- (ii) *Todos o algunos de los cofiadores renunciaron al beneficio de excusión:* esta renuncia no parece afectar a los fiadores, pues la renuncia a invocar el beneficio de excusión, solamente, trae como consecuencia la imposibilidad de exigir al acreedor que primero ejecute los bienes del deudor, pero ningún efecto tiene sobre la posibilidad de dividir la deuda entre los fiadores, lo que dependerá de que hayan o no renunciado al beneficio de división.

Dicho esto, es momento de señalar que la fianza solidaria es distinta de la obligación solidaria. Mientras en la fianza solidaria existen dos obligaciones y el fiador responde por una deuda ajena, en la obligación solidaria existe una sola obligación y cada codeudor responde por una deuda propia⁷⁰⁹.

Más aún, la solidaridad de la fianza no destruye el carácter accesorio de ella⁷¹⁰. Esta afirmación tiene fundamental importancia. En efecto, si la obligación principal es nula, la fianza –aunque sea solidaria– también lo será; en cambio, la nulidad parcial de la deuda no libera al codeudor solidario. Si la obligación principal se torna de cumplimiento imposible, el fiador –solidario o no– quedará liberado; por el contrario, el obligado solidario debe cumplir su obligación aunque ella se haya tornado de cumplimiento imposible para su codeudor. Todo fiador puede exigir su liberación en los casos previstos por el artículo 1594; en cambio, el codeudor solidario carece del derecho enunciado en el artículo indicado.

⁷⁰⁹ ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Comares, Navarra, 1988, p. 184; GUILARTE ZAPATERO, *Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías* cit., p. 73.

⁷¹⁰ Así lo sostiene Vélez Sársfield en la nota al art. 2004 del código civil derogado.

Otra diferencia más que debe puntualizarse entre fianza solidaria y obligación solidaria es que si la relación fiador-deudor constituyera una obligación solidaria, el fiador sólo tendría acción de repetición por la cantidad adeudada en proporción a la cuota correspondiente. En cambio, como la obligación del fiador es accesorio, éste tendrá derecho a repetir la totalidad de lo pagado y a oponer las acciones personales que tanto el propio fiador como el deudor principal tengan contra el acreedor (art. 1587); y, además de ello, queda subrogado en los derechos del acreedor (art. 1592).

Para finalizar, es importante resaltar que la fianza solidaria queda regida por las reglas de la fianza simple, en las demás cuestiones y que, por lo tanto, como se dijo antes, mantiene el carácter accesorio que el artículo 1574 establece.

IV) Significado de la reforma

La reforma mantiene la idea del artículo 2003 del código anterior, en cuanto a que considera que la fianza es solidaria cuando así las partes lo han convenido o cuando el fiador ha renunciado al beneficio de excusión.

En cambio, elimina —convenientemente— la parte final del artículo 2003, esto es, que deja de ser solidaria la fianza otorgada para garantizar una deuda cuyo acreedor sea la hacienda nacional o provincial.

Y también se deja de considerar que la fianza es solidaria cuando se ha renunciado al beneficio de división, lo que se desprende de la parte final del artículo 2004 del código civil derogado. Esta solución también es razonable. La norma distingue la relación que hay entre los fiadores, de la que cada uno de estos fiadores tenga con el deudor principal, tal como se explicó en el párrafo anterior.

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal dispone que quien se obliga como principal pagador, aunque añada el calificativo de fiador, no es un fiador sino un deudor solidario.

II) Concordancias

Obligaciones solidarias (arts. 827 y ss.).

III) Interpretación de la norma

A diferencia de la legislación comparada, que sólo distingue entre fianza simple y solidaria⁷¹¹, la nuestra incluye un tercer tipo: la fianza principal pagador.

En efecto, este artículo dispone que “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”.

¿Se trata de una fianza o de una deuda solidaria? Ésta es una cuestión fundamental.

El texto legal mantiene el contenido del artículo 2005 del código derogado, lo que permite aprovechar lo que se ha dicho sobre el tema. Se ha señalado que el fiador principal pagador es lisa y llanamente un deudor solidario⁷¹² pues ha dejado de ser fiador por la incompatibilidad que existe entre ambas calidades⁷¹³.

Afirmar que el fiador principal pagador es un deudor solidario acarrea las consecuencias mencionadas al comentar el artículo anterior; esto es, que la nulidad parcial de la deuda, como no libera al codeudor

⁷¹¹ Entre otros muchos, los regímenes francés, italiano, español, peruano, chileno, paraguayo, uruguayo.

⁷¹² LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 490; BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A., *Lineamientos generales sobre “garantías” de la obligación en el Derecho Privado*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 7, N° V.

⁷¹³ CNCiv., sala H, 27-5-97, “Regina, José M. c/Bethencourt, Ubaldo y otro”, L. L. 1997-E-13.

solidario, tampoco liberaría al fiador principal pagador; que éste debería cumplir su obligación aunque ella se hubiera tornado de cumplimiento imposible para su deudor afianzado, tal como ocurre con el deudor solidario; y que carecería del derecho enunciado en el artículo 1594.

Para alguna doctrina, sin embargo, esta interpretación resulta disvaliosa⁷¹⁴.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha mantenido el texto del artículo 2005 del código derogado.

SECCIÓN 3ª

EFFECTOS ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal dispone que el fiador que cumple con su prestación queda subrogado en los derechos del acreedor. Y se le confiere la facultad de exigir: (i) el reembolso de lo que ha pagado, y reclamar (ii) los intereses desde el día del pago y (iii) los daños que haya sufrido.

II) Concordancias

Acción subrogatoria (art. 739); pago (arts. 865 y ss.); modos de extinción de la obligación (arts. 921 y ss., 933 y ss.); subsistencia del plazo (art. 1586).

⁷¹⁴ Por ejemplo, BORDA, *El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador* cit., Nº 43, lugar al que se remite para un desarrollo de la postura crítica.

III) Interpretación de la norma

El texto legal dispone que el fiador que cumple con su prestación queda subrogado en los derechos del acreedor. Cumplir la prestación implica tanto haber pagado la deuda como que la obligación se hubiera extinguido por otra vía, como la compensación o la novación.

Subrogarse en los derechos del acreedor importa poder ejercer todas las acciones, privilegios y garantías que el acreedor tenía contra el deudor, sin importar si tales beneficios son anteriores o posteriores a la constitución de la fianza⁷¹⁵. El derecho del fiador existe aun en el caso de que se hubiese obligado o hubiera pagado en contra de la voluntad del deudor, y no requiere de cesión alguna⁷¹⁶.

La idea resulta clara: el fiador que ha pagado se coloca en el lugar del acreedor y puede ejercer todas las facultades que éste tenía contra el deudor.

Sin embargo, es necesario precisar que la acción que se le confiere al fiador no es exclusivamente una acción subrogatoria sino que se trata de una acción compleja que comprende también la de reembolso.

En efecto, el sistema, tal como está regulado, excede el marco de un pago con subrogación, pues si bien algunas de las facultades conferidas al fiador nacen de que, efectivamente, se subroga en los derechos del acreedor (en ello se funda su derecho a recuperar del deudor lo pagado), otras facultades nacen de un derecho propio y personal (así la posibilidad de reclamar tanto los intereses a partir del pago o del vencimiento de la obligación principal si el pago se hizo anticipadamente, como de los daños que hubiera sufrido).

Por otra parte, la acción que se le confiere al fiador no es exclusivamente de reembolso, la que en ciertas cuestiones es más estrecha que la acción subrogatoria. Adviértase que si bien el *quantum* de la acción de reembolso es más amplio que el de la subrogatoria, esta última permite ejercer las prerrogativas que gozaba el acreedor, lo cual no forma parte del objeto de aquella otra acción.

Dentro de la acción subrogatoria, es necesario preguntarse si los

⁷¹⁵ La misma solución en el Derecho inglés: ANDREWS, Geraldine y MILLETT, Richard, *Law of guarantees*, Sweet & Maxwell, 2001, p. 382.

⁷¹⁶ Así lo dispone el art. 1476 del Cód. Civ. paraguayo.

alcances de la subrogación se mantienen en el caso de que el deudor principal fuera un incapaz. En el Derecho Comparado se admite la acción del fiador en la medida que no pretenda recuperar más que el beneficio recibido por el incapaz⁷¹⁷, lo cual lo habilita a subrogarse en los derechos del acreedor hasta el límite indicado. Esta solución, si bien no ha sido expresamente plasmada en nuestra ley, parece aplicable⁷¹⁸ a tenor de lo que dispone el artículo 1000.

Asimismo, es importante resaltar que el derecho principal del fiador es subrogarse en el derecho del acreedor para recuperar lo efectivamente pagado. Esto significa que si el fiador ha transigido con el acreedor por una suma menor que la realmente adeudada, su derecho se limita a lo pagado y no podrá, por tanto, pretender cobrar la deuda originalmente contraída por el deudor⁷¹⁹, excepto que el acreedor le hubiera cedido el crédito⁷²⁰.

Pasando a la acción de reembolso, ya se ha dicho que el fiador puede reclamar no sólo lo pagado sino también los intereses legales desde el día de pago, y la indemnización de todos los perjuicios que hubiese sufrido con motivo de la fianza⁷²¹. Esto incluye el reclamo por el daño moral sufrido⁷²² y ha permitido –en momentos de alta inflación– admitir el reclamo por actualización monetaria⁷²³.

Aunque la norma no lo diga de manera expresa, si el fiador ha pagado anticipadamente la obligación, sólo podrá reclamarle al deudor después de que venza el plazo originariamente pactado⁷²⁴ y parece razonable que los intereses legales sean debidos a partir de la fecha

⁷¹⁷ Arts. 1950, Cód. Civ. italiano y 1477, Cód. Civ. paraguayo.

⁷¹⁸ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1896.

⁷¹⁹ Así lo disponen expresamente los arts. 1839, Cód. Civ. español; 1889, Cód. Civ. peruano; 2831, Cód. Civ. mexicano.

⁷²⁰ Conf. arts. 2374, Cód. Civ. chileno; 2132/2133, Cód. Civ. uruguayo.

⁷²¹ En igual sentido: Códigos Civiles de México (art. 2829), Uruguay (art. 2131), Chile (art. 2370), Paraguay (art. 1470), Brasil (art. 832), Perú (art. 1890), España (art. 1838) y Francia (art. 2028).

⁷²² BORDA, *El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador* cit., N° 58.

⁷²³ CSJN, 2-9-86, "Automotores Cavendish SA c/Minoli, Néstor E.", L. L. 1987-B-665, N° 1654; E. D. 122-196.

⁷²⁴ Códigos Civiles de España (art. 1841), Perú (art. 1896) y Uruguay (art. 2135).

de vencimiento y no del momento del pago⁷²⁵, pues el apuro del fiador en pagar no puede convertirse en un perjuicio para el deudor.

IV) Significado de la reforma

La reforma, con un lenguaje más simple, mantiene los lineamientos de los artículos 2029 y 2030 del código derogado. Se omite, en cambio, incorporar un texto análogo al artículo 2031, que disponía que si el fiador ha pagado anticipadamente la obligación, sólo podrá reclamarle al deudor después de que venza el plazo originariamente pactado. De todos modos, la solución no puede ser diferente, pues el deudor no puede ver agravada su deuda por el apuro del fiador.

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal obliga al fiador a avisar al deudor principal el pago que ha hecho. Además, establece en qué casos el deudor puede oponerse al reclamo que le haga el fiador: (i) cuando tenga defensas que oponer al acreedor y no ha dado su consentimiento para que el fiador pague; (ii) cuando haya pagado al acreedor antes de haber conocido el pago hecho por el fiador. En este último caso, el fiador conserva el derecho de repetir contra el acreedor.

II) Concordancias

Obligaciones principales y accesorias, definición (art. 856); efectos (art. 857); fianza, concepto (art. 1574); derechos del fiador (art. 1594); efectos entre los cofiadores, subrogación (art. 1595).

⁷²⁵ VÍTOLO, *Contratos comerciales* cit., p. 525.

III) Interpretación de la norma

El texto legal es complejo, pues incluye regulaciones de carácter expreso y otras implícitas.

En primer lugar, se impone al fiador la obligación de avisar al deudor principal el pago que ha hecho al acreedor. En verdad, se trata de una obligación de limitados efectos, como se verá en los párrafos que siguen, y más bien se presenta como una recepción concreta de los llamados deberes secundarios de conducta (en este caso, el deber de colaboración), imbricados todos ellos en el principio general de la buena fe.

En segundo lugar, se establece que el fiador que ha pagado sólo podrá reclamar al propio acreedor en el caso de que el deudor principal también hubiera abonado la deuda antes de tomar conocimiento de aquel pago. Se puede afirmar, entonces, que el fiador no tiene acción contra el deudor cuando ha pagado sin habérselo informado, siempre que el deudor haya pagado a su vez⁷²⁶. La norma, además, constituye una aplicación concreta del enriquecimiento sin causa, pues, si el fiador no tuviera acción contra el acreedor, éste habría percibido dos veces el mismo pago, lo que es inadmisibles.

De lo dicho se infiere, en tercer lugar, que si el fiador ha pagado y el deudor también lo ha hecho, pero después de haber conocido el pago realizado por el fiador, éste tendrá derecho a reclamar lo pagado al deudor.

En cuarto lugar, se dispone que el deudor puede oponer al fiador —que paga sin su consentimiento— todas las defensas que tenía contra el acreedor. En otras palabras, la regla es que el deudor puede oponer al fiador todas las defensas que tenía contra el acreedor, excepto que el fiador hubiera pagado con el consentimiento del deudor. La norma procura evitar que el deudor sufra un perjuicio causado por el pago inconsulto hecho por el fiador⁷²⁷.

Sin embargo, cabe señalar, se ha resuelto que el fiador podrá repetir

⁷²⁶ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 516.

⁷²⁷ BORDA, *El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador* cit., N° 58.

el pago si fue hecho a raíz de haber sido demandado judicialmente y aunque el deudor tuviese excepciones que extinguían la deuda⁷²⁸.

IV) Significado de la reforma

La reforma clarifica la redacción del artículo 2033 del código derogado, que la doctrina había reinterpretado⁷²⁹. Acota los alcances del consentimiento del deudor a la imposibilidad de que éste pueda oponer al fiador las defensas que tenía contra el acreedor. Para las demás cuestiones, lo que importa es el conocimiento que tenga el deudor del pago hecho por el fiador: si no lo tiene y paga al acreedor, se libera; si lo tiene y paga, el fiador podrá repetir contra él lo pagado.

El primer párrafo de la norma comentada no tiene mayor importancia. Lo relevante, a mi juicio, es que el deudor conozca que el fiador ha pagado, sea porque éste se lo ha comunicado, sea porque lo ha conocido por otra vía. No sería razonable que el fiador no pudiera agredir al deudor si éste —sabiendo el pago hecho por el fiador— paga de todas maneras al acreedor. Se estaría amparando un obrar de mala fe.

La reforma ha suprimido el criticado⁷³⁰ artículo 2034 del código anterior, que trata con excesivo rigor al fiador en tanto se le exige producir la prueba y presentar los recursos que pudieran destruir la acción del acreedor para conservar su derecho a repetir contra el deudor.

Art. 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;

⁷²⁸ CNCiv., sala K, 27-9-2002, "Peroni, Norma c/Wajsman, Carlos y otro", L. L. 2002-F-1029.

⁷²⁹ Véase por todos: BORDA, *El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador* cit., N° 58.

⁷³⁰ ZAGO, en *Código Civil* cit., t. 4D, p. 453; BORDA, *El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador* cit., N° 58.

- 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.

D) Resumen

El texto legal autoriza al fiador a trabar embargo u otras garantías sobre los bienes del deudor, cuando su patrimonio se vea afectado —pues el acreedor ya le ha reclamado el pago judicialmente—, o cuando está en grave riesgo a raíz de ciertos comportamientos del deudor.

II) Concordancias

Aviso, defensas (art. 1593).

III) Interpretación de la norma

El texto legal faculta al fiador a obtener, o bien el embargo de los bienes del deudor, o bien otras garantías suficientes, cuando el acreedor ya le ha reclamado el pago o en otras situaciones que revelan una posibilidad seria de que deba pagar o que sus posibilidades de recuperar lo pagado sean mínimas. Veamos los seis supuestos legales.

El primero ocurre cuando el fiador ha sido demandado judicialmente a pagar, lo cual revela que deberá cumplir la obligación en un corto tiempo. La norma es particularmente importante en los casos en que se trate de un fiador solidario o principal pagador, pues si fuera simple, le bastaría con oponer el beneficio de excusión.

El segundo se refiere al deudor que no cumplió con su obligación en tiempo oportuno. El incumplimiento del deudor, además de generar un evidente riesgo de insolvencia, agrava la situación del fiador, en tanto comenzarán a devengarse los intereses moratorios.

El tercero apunta al deudor que expresamente se ha obligado a exonerar al fiador en cierto tiempo, y no lo ha hecho. Nada importa si esto se ha pactado en el momento de dar la fianza o en un acto posterior⁷³¹.

El cuarto prevé el caso de que hubieran transcurrido cinco años desde que se constituyó la fianza. Si esto ha ocurrido, el fiador puede trabar embargo sobre los bienes del deudor, excepto que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso, sea implícito (como ocurre con la fianza dada en garantía de las obligaciones del tutor, que se extiende hasta el fin de la tutela), sea que hubiese sido contraída expresamente por un tiempo más largo.

El quinto se refiere al deudor que ha puesto en riesgo sus bienes. Se mencionan las hipótesis de su disipación, el emprendimiento de un negocio distinto a los propios de su actividad o la entrega de bienes en seguridad de otras obligaciones. Es claro que el juzgamiento de las hipótesis de riesgo debe ser estricto; esto es, que exista una verdadera disipación de bienes que ponga en serio riesgo de ruina al deudor; o que se trate de riesgos diferentes a los que está acostumbrado a asumir en su propia actividad, que por tanto no conoce en profundidad ni le resultan familiares; o que entregue bienes en garantía de otras obligaciones, sin dejar los suficientes para responder por la deuda afianzada⁷³². Un hecho relevante de esta situación de riesgo es la quiebra e, incluso, el concurso del deudor⁷³³.

El sexto observa al deudor que pretende irse del país sin dejar bienes que cubran la deuda afianzada, lo que permite inferir sin mayores problemas que el fiador será perjudicado finalmente. El mismo derecho a embargar o trabar otras cautelares debe reconocerse al fiador cuando el deudor ya se ha marchado, ya que si se lo concede cuando es sólo una expectativa, con mayor razón corresponderá otorgarlo cuando la expectativa ya está consumada⁷³⁴.

Para concluir, cabe señalar que el derecho a pedir el embargo de bienes u otras garantías no podrá ejercerse cuando el fiador se obligó

⁷³¹ MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil* cit., t. V, N° 559.

⁷³² Conf. ZAGO, en *Código Civil* cit., t. 4D, p. 436.

⁷³³ VÍTOLO, *Contratos comerciales* cit., p. 524.

⁷³⁴ MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil* cit., t. V, N° 559.

en contra de la voluntad del deudor, pues si así lo hizo, deberá cargar con las consecuencias gravosas de su actitud voluntaria⁷³⁵.

IV) Significado de la reforma

La reforma reconoce el derecho del fiador a trabar embargo sobre los bienes del deudor en los mismos supuestos que contemplaba el artículo 2026 del código anterior.

Pero introduce algunos cambios que, en general, mejoran la situación del fiador. Ellos son:

- (i) Se añaden dos casos más en los que el fiador puede pedir el embargo de los bienes del deudor. Uno, cuando el deudor se ha obligado a exonerar de la fianza en cierto tiempo, y no lo hace; supuesto éste que ya había sido reconocido por Machado⁷³⁶. El otro, cuando han transcurrido cinco años desde que se constituyó la fianza (excepto que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso), lo que está previsto como causal de exoneración, exclusivamente, en el artículo 2025 del código civil derogado.
- (ii) En todos los casos enumerados, además del embargo, el fiador puede pedir la constitución de otras garantías, lo que claramente incluye la traba de medidas cautelares.
- (iii) Se elimina la exoneración de la fianza, figura que carece de relevancia pues sólo tiene operatividad si se logra la conformidad del acreedor. Hasta que ello no suceda, la fianza sigue vigente, pues debe resguardarse el derecho del acreedor⁷³⁷.
- (iv) Se suprime el artículo 482 del código de comercio derogado que preveía que el fiador tenía derecho a pedir el embargo de los bienes del deudor cuando este último se presentara en concurso. No obstante la supresión, la solución no puede variar, pues, como se ha dicho, el concurso implica que se han puesto en peligro los bienes del deudor, y ello habilita trabar embargo.

⁷³⁵ GARRIDO y ZAGO, *Contratos civiles y comerciales. Parte especial* cit., p. 581.

⁷³⁶ MACHADO, en *Exposición y comentario del Código Civil* cit., t. V, N° 559.

⁷³⁷ CNCom., sala C, 17-8-2005, "Banco Credicoop Ltda. c/Khann, Federico Roberto y otros", D. J. 2005-3-1027.

SECCIÓN 4ª

EFFECTOS ENTRE LOS COFIADORES

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal establece que el cofiador que paga en exceso queda subrogado en los derechos del acreedor contra los restantes cofiadores. Y si uno de ellos es insolvente, la pérdida debe ser soportada por todos. La norma, sin embargo, no puede ser interpretada aisladamente, sino en conjunto con las disposiciones referidas a las obligaciones simplemente mancomunadas y solidarias.

II) Concordancias

Obligaciones simplemente mancomunadas, concepto (art. 825); caso de insolvencia (art. 842); defensas oponibles (arts. 742 y 1587).

III) Interpretación de la norma

Cuando hay más de un fiador debe estudiarse la relación que existe entre estos garantes. Lo primero que debe recordarse es que existen fiadores que gozan del beneficio de división o que han renunciado a él. Mientras los primeros sólo deben la parte correspondiente de la deuda al acreedor, los segundos deben la totalidad, más allá de la acción de repetición que por la parte proporcional tengan contra los restantes cofiadores.

¿Qué sucede si uno de los fiadores, haya renunciado o no al beneficio de división, paga la totalidad de la deuda afianzada?

El texto legal dispone que el cofiador que ha pagado más de lo que corresponde, lo que abarca la hipótesis de pago completo de la deuda afianzada, queda subrogado en todos los derechos del acreedor

contra los restantes cofiadores. La norma es importante pues amplía la protección del fiador pagador al colocarlo en la situación del acreedor. Asimismo, parece razonable conferir al cofiador que ha pagado el derecho a reclamar a los restantes cofiadores no sólo la parte proporcional de lo pagado sino también los intereses correspondientes desde que se efectuó el pago⁷³⁸.

Los restantes cofiadores, por su parte, están facultados a oponer contra el fiador pagador todas las excepciones que el deudor podía oponer contra el acreedor o las que ellos mismos tenían (arg. art. 1587)⁷³⁹.

¿Y qué ocurre si uno de los fiadores resulta insolvente?

El texto legal, en su segundo párrafo, dispone que la pérdida es soportada por todos los cofiadores, incluso el que realiza el pago. Sin embargo, es necesario diferenciar entre fiadores simplemente mancomunados y solidarios, al tiempo que debe atenderse a la circunstancia del pago que alguno de ellos pueda haber efectuado al acreedor respectivo.

Si nadie ha pagado todavía, y los fiadores se han obligado de manera simplemente mancomunada, la obligación de cada uno de ellos se limita al pago de su parte correspondiente (art. 825); por lo tanto, la insolvencia de un cofiador es absorbida directamente por el acreedor. En cambio, si los fiadores se han obligado solidariamente, aunque nadie haya pagado aún, responden por el fiador insolvente y su parte proporcional se divide entre ellos (art. 842).

Si uno de los fiadores ha pagado la totalidad de la deuda, y su obligación es simplemente mancomunada, tiene derecho a reclamar lo pagado en exceso a los restantes cofiadores, pero si uno de ellos resultara insolvente, tal insolvencia no puede distribuirse entre los cofiadores sino que recae en cabeza del que pagó en exceso⁷⁴⁰. Es que

⁷³⁸ Así se lo reconoce en el *common law*: ANDREWS y MILLETT, *Law of guarantees* cit., p. 404.

⁷³⁹ Igual solución en los Códigos Civiles de Chile (art. 2879), Uruguay (art. 2140), Paraguay (art. 1484) y México (art. 2838).

⁷⁴⁰ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., t. III, p. 518; BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos* cit., t. II, N° 1901; RODRÍGUEZ, *Contrato de fianza civil y comercial* cit., p. 53.

si en la fianza simplemente mancomunada, la insolvencia de uno de los fiadores recae en cabeza del acreedor, es evidente que cuando uno de los fiadores ha pagado en exceso, deberá asumir el costo de su comportamiento, sin posibilidad de distribuirlo entre los restantes cofiadores, pues, de lo contrario, los cofiadores se verían perjudicados por la conducta imprudente del fiador que ha pagado.

En cambio, si un fiador solidario ha pagado la totalidad de la deuda, es razonable que pueda repetir contra sus cofiadores la parte proporcional, más la parte del cofiador insolvente. En este caso, al cofiador pagador no se le puede imputar una conducta imprudente; por el contrario, ha pagado conforme lo pactado.

IV) Significado de la reforma

La reforma no varía los lineamientos de los artículos 2037 y 2038 del código derogado. Como se ha visto, con fundamento en la equidad, resulta necesario interpretar la disposición comentada con otras referidas a las obligaciones simplemente mancomunadas y solidarias.

SECCIÓN 5ª

EXTINCIÓN DE LA FIANZA

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal, sin mencionar otras causales de extinción de la fianza, se limita a fijar cuatro causales específicas vinculadas: (i) al hecho del acreedor que impide al fiador subrogarse en su derecho; (ii) a la prórroga de la obligación principal sin conformidad del fiador; (iii) al transcurso de sesenta días desde que el fiador intimó al acreedor a que accione o impulse la acción contra el deudor, y (iv) a un supuesto especial de la fianza general.

II) Concordancias

Efectos del pago por el deudor (art. 880); confusión (art. 931); novación, definición (art. 933); dación en pago (art. 942); renuncia y remisión, aceptación (art. 946); efectos (art. 952); imposibilidad de cumplimiento (art. 955); fianza general (art. 1578); transacción (art. 1641).

III) Interpretación de la norma

El texto legal señala que existen cuatro "causales especiales" de extinción de la fianza. Con esto se quiere indicar que estas causales de extinción que se enuncian no son las únicas, pero sí son particulares de la fianza.

La solución legal es correcta. La fianza se extingue por otras razones además, las cuales pueden encuadrarse en dos grandes grupos: por un lado la extinción por las causales propias de las obligaciones en general (lo que se suele llamar extinción directa) y, por otro, la extinción del contrato principal que acarrea la muerte de la fianza como contrato accesorio que es (denominada comúnmente como extinción indirecta).

En efecto, la fianza se extingue por las mismas causas que las obligaciones en general⁷⁴¹. En otras palabras, la fianza se extingue por el pago (efectivo e integral), la novación, la compensación, la transacción, la confusión, la dación en pago, la renuncia de los derechos del acreedor, la prescripción, la remisión de la deuda y la imposibilidad

⁷⁴¹ Lo mismo establecen, de manera expresa, los Códigos Civiles de Francia (art. 2034), España (art. 1847), México (art. 2842) y Paraguay (art. 1486).

de pago (arts. 880, 933, 1641, 931, 942, 946, 952, 955). En este punto, es importante tener presente que si bien la fianza se extingue, los efectos no siempre son iguales⁷⁴². Así, por ejemplo, el pago de la deuda al acreedor extingue la fianza; sin embargo, habrá que distinguir según que el pago haya sido hecho por el deudor principal o por el fiador, pues en el primer caso se extingue la obligación principal, en cambio, en el segundo, el fiador podrá subrogarse en los derechos del acreedor y accionar contra el deudor.

Por otra parte, como la fianza es un contrato accesorio, sigue la suerte del contrato principal. Dicho de otro modo, cuando el contrato principal se extingue, se extingue también la fianza. Ésta es la forma indirecta de extinción de la fianza. La principal causal de extinción de la fianza será el cumplimiento por el deudor de la deuda afianzada. Pero no es la única. También se extingue si el deudor cede su posición contractual sin haber estado facultado para ello, si el acreedor renuncia enteramente a cobrar su crédito al deudor o remite la deuda, o si prescribe la obligación principal, entre otras posibilidades⁷⁴³.

El texto legal se limita, como se dijo, a fijar causales especiales de extinción de la fianza, las que se abordarán seguidamente.

En primer lugar, se extingue la fianza cuando por el hecho del acreedor, el fiador no puede subrogarse en las garantías reales o privilegios que accedían al crédito al tiempo de la constitución de la fianza. Esto significa que la fianza se extingue por el hecho (una acción o una negligente omisión) del acreedor que hace imposible la subrogación a sus derechos por parte del fiador. Es que si el fiador tiene la facultad de subrogarse en el derecho que el acreedor tenía contra el deudor, parece razonable concluir que si el acreedor ha puesto al fiador en caso de no poder subrogarse en sus acciones, el fiador queda liberado de la parte que hubiera podido obtener del deudor. Es importante que se trate de garantías o privilegios que existían al tiempo de obligarse el fiador, pues si la fianza ha sido dada con anterioridad

⁷⁴² Sobre esta intrincada cuestión: BORDA, *El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador* cit., N° 63.

⁷⁴³ Sobre esta cuestión en extenso: BORDA, *El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador* cit., N° 64.

a la existencia de tales derechos o privilegios, la pérdida imputable de ellos al acreedor no tiene incidencia en la fianza que subsiste⁷⁴⁴.

En segundo lugar, se extingue la fianza si se prorroga el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, sin consentimiento del fiador. La solución es lógica pues la prórroga importa un alargamiento de la responsabilidad del fiador que éste no ha consentido y que, por lo tanto, no lo puede afectar. A mi juicio, más allá de la conveniencia de la solución que se propone de manera expresa, la prórroga pactada entre deudor y acreedor, sin la conformidad del fiador, produce la novación de la obligación principal y, consiguientemente, la extinción de la fianza. ¿Qué sucede si el acreedor se abstiene de demandar el cumplimiento de la obligación a su vencimiento? Esto se resuelve en el inciso d.

En tercer lugar, la fianza general se extingue si transcurren cinco años desde su otorgamiento en garantía de obligaciones futuras y éstas no han nacido. La norma está acotada a la fianza general prevista en el artículo 1578, e importa una limitación temporal importante que la reforma hace en consideración a la amplitud de la garantía dada y las consecuencias económicas sobre el patrimonio del fiador.

En cuarto lugar, la fianza se extingue 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. De esta manera se limita el riesgo de la denominada prórroga tácita, esto es, cuando el acreedor se abstiene de demandar el cumplimiento de la obligación a su vencimiento, facultando al fiador a intimar al acreedor para que accione o impulse el procedimiento. En el Derecho italiano, se distingue entre el fiador que limitó o no de manera expresa su obligación al término de la obligación principal. En el primer caso, el fiador continúa obligado siempre que el acreedor iniciara la demanda contra el deudor dentro de los dos meses del vencimiento de la obligación principal; en el segundo, la obligación del fiador permanece si el acreedor iniciara la demanda contra el deudor dentro de los seis meses del vencimiento de la obligación y siempre que la continuara diligentemente (art. 1597, Cód. Civ. italiano).

⁷⁴⁴ Art. 1847, Cód. Civ. paraguayo.

IV) Significado de la reforma

La reforma se limita a establecer causales específicas de extinción de la fianza, lo que implica –a pesar de la supresión del artículo 2042 del código anterior– mantener las demás causales de extinción de las obligaciones que existen, sea que el contrato de fianza muera por la extinción de la obligación principal que garantiza, sea que se extinga por los otros medios que la ley prevé.

Pero las causales específicas son importantes. Las dos primeras estaban previstas en la legislación derogada. Pero con las dos restantes se mejora la situación del fiador. En primer lugar, al facultarlo a intimar al acreedor a que inicie la acción contra el deudor, bastándole que transcurran sesenta días desde esta intimación para que el incumplimiento del acreedor acarree la liberación del fiador, sin necesidad de sumar la insolvencia del deudor, tal como lo exigía el artículo 2018 del código civil derogado. En segundo lugar, estableciendo un límite temporal en la fianza general por obligaciones futuras que no han nacido.

Art. 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.

I) Resumen

El texto legal dispone que la fianza se extingue por la novación de la obligación principal, aunque el acreedor haga reserva de conservar sus derechos contra el fiador. La excepción a esta regla general está dada por el acuerdo preventivo homologado del deudor; acuerdo que, si bien implica novación de la deuda original, no extingue la fianza.

II) Concordancias

Voluntad de novar (art. 934); novación, efectos (art. 940). Ley

19.550, transformación, concepto, licitud y efectos (art. 74). Ley 24.522, novación (art. 55).

III) Interpretación de la norma

La novación extingue la obligación principal y sus accesorios, pero el acreedor puede impedir la extinción de las garantías reales o personales que afectaban la anterior obligación si hace reserva expresa de ello (art. 940). En cambio, la extinción de la fianza por la novación de la deuda principal, conforme lo dispone el artículo 1597, es absoluta y no puede subsistir aunque se haya hecho esa reserva⁷⁴⁵. ¿Cualquier modificación de la obligación principal importa novación? Machado se pronuncia negativamente y sostiene que la obligación principal subsiste, pero para el fiador no regirá la alteración⁷⁴⁶. No deberá olvidarse que la intención de novar no se presume (art. 934), por lo que su interpretación debe hacerse con carácter restrictivo.

Si bien los casos más frecuentes de novación son de carácter objetivo, también es posible que la fianza se extinga por haber cambiado la persona del acreedor. Es claro que si el acreedor cede su posición contractual y ello no fue previsto en el contrato de fianza, el fiador queda liberado pues su obligación se limitaba a garantizar el cumplimiento a ese acreedor. Hay casos, sin embargo, en que la fianza pervive. Por ejemplo, no existe novación subjetiva de la obligación principal que dé lugar a la extinción de la fianza en los casos de transformación del tipo social del deudor afianzado. Ello es así pues si la transformación no disuelve la sociedad ni altera sus derechos y obligaciones (art. 74, ley 19.550), tampoco se ven modificadas las obligaciones del fiador⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ RACCIATTI (h), Hernán y ROMANO, Alberto Antonio, *Sobre la subsistencia de la fianza y su extinción por novación subjetiva de la obligación principal*, en L. L. 1993-D-157, N° VII; CNCom., sala C, 24-8-92, "Isec SRL c/Bossie, Ercilia M. y otra", L. L. 1993-D-159.

⁷⁴⁶ MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil* cit., t. V, N° 563. En el Derecho italiano se ha sostenido que la modificación que importa una reducción de la deuda se extiende automáticamente al fiador, mientras que la que agrava la deuda principal, le es inoponible (BOZZI, *La fideiussione* cit., p. 92).

⁷⁴⁷ CNCom., sala E, 13-8-2003, "Banca Nazionale del Lavoro SA c/Schmidt, Francisco E. R. y otros", L. L. 2004-A-580.

El texto legal en su segundo párrafo dispone que 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. La norma mantiene la solución establecida por el artículo 55 de la ley 24.522, solución ésta que, en verdad, ha traído una importante controversia sobre sus verdaderos alcances, esto es, si la obligación del fiador se mantiene en los términos originales, aunque el obligado principal se hubiera visto beneficiado con quitas y esperas propias del acuerdo concursal, o no⁷⁴⁸.

Resulta esencial advertir que tanto el artículo 55 de la Ley de Concursos y Quiebras como el texto que propone el Código se limitan a mantener la fianza como efecto especial de esta novación concursal, pero nada dicen respecto del monto o límite de la garantía. Entonces, ¿por qué inferir que la obligación del fiador se mantiene en los términos estrictos de la obligación original? En definitiva, lo que la norma remarca es que la obligación del fiador no se extingue, sigue viva, pero nada establece sobre el *quantum* de esa garantía.

Bien apunta Muguillo⁷⁴⁹ que el referido artículo 55 (y lo que se dice es aplicable al art. 1597): (i) de ningún modo impone una alteración de la naturaleza accesoria de la fianza; (ii) ni modifica los efectos de la cosa juzgada que, como regla goza la resolución que homologa el acuerdo, los cuales –en el caso– importan fijar el límite de la obligación del deudor y de sus garantes; (iii) ni deja de lado uno de los efectos propios de la transacción (y el acuerdo homologado lo es), como es el de que sus efectos son aprovechables por los demás codeudores solidarios (art. 835, inc. d); (iv) ni genera una obligación abstracta o sin causa, al menos en su monto, sino que se limita a establecer que el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones, excepto las del fiador y las de los codeudores solidarios.

Lo dicho lleva a sostener que no existe razón alguna que justifique mantener el monto de la obligación del fiador o de los codeudores

⁷⁴⁸ BORDA, *El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador* cit., N° 78.

⁷⁴⁹ MUGUILLO, Roberto A., *La novación de la deuda por homologación del acuerdo y la responsabilidad de fiadores y codeudores solidarios en la nueva Ley de Concursos*, en RDCO, N° 217, p. 85, N° IV y V.

solidarios en los términos originales. Lo que los textos legales mencionados establecen es que la obligación del fiador no se ha extinguido por novación, pero nada obsta a que ella quede limitada a los términos del acuerdo homologado.

IV) Significado de la reforma

La reforma mantiene los lineamientos del artículo 2047 del código anterior y añade lo que dispone el artículo 55 de la ley 24.522. Es de señalar que no resuelve expresamente el conflicto interpretativo que esta última disposición ha generado en torno al *quantum* de la obligación del fiador, como se ha visto en el punto anterior: si es el de la deuda afianzada o si es el que se arrije en el acuerdo concursal. La discusión sigue abierta.

Art. 1598 Evicción. La evicción de lo que el acreedor ha recibido en pago del deudor, no hace renacer la fianza.

I) Resumen

El texto legal dispone que si el acreedor pierde por evicción lo recibido en pago, la fianza no renace.

II) Concordancias

Dación en pago, definición (art. 942); reglas aplicables (art. 943); efecto relativo de los contratos, regla general (art. 1021).

III) Interpretación de la norma

Cuando el acreedor acepta el pago de otra cosa que la debida, libera al deudor, pues la obligación se extingue (art. 942); si luego la pierde por evicción tendrá derecho a ser indemnizado por éste pero la obligación primitiva no revive, excepto pacto expreso y sin perjuicio de terceros (art. 943). En otras palabras, la aceptación de otra cosa por el acreedor ha provocado la novación de la deuda

originaria y por ello el fiador queda definitivamente liberado aunque aquél pierda luego la cosa recibida.

Es importante señalar que el pacto expreso en contrario previsto por el artículo 943 no puede afectar al fiador. Es que, en primer lugar, la norma del artículo 1598 es concluyente: la evicción de lo que el acreedor ha recibido en pago del deudor no hace renacer la fianza. Pero, además, es necesario tener presente que el propio artículo 943 deja a salvo de ese "pacto expreso" a los terceros, y el fiador lo es.

¿Qué sucede si la dación en pago es hecha por el propio fiador, y luego el acreedor pierde la cosa por evicción? ¿Habrá quedado liberado el fiador? El Tribunal Supremo español, en solución compartida por quien aquí comenta, ha respondido que no. Es que el artículo 1849 del Código Civil de España –análogo al proyectado artículo 1598– es aplicable solamente cuando la dación en pago es ofrecida por el deudor principal, pero no por el mismo fiador⁷⁵⁰. Si el fiador ha hecho la dación en pago, y luego la cosa se pierde por evicción, deberá indemnizar al acreedor.

Una duda final: el texto legal establece que la evicción de lo que el acreedor ha recibido en pago del deudor no hace renacer la fianza. Y ha de ser interpretado que se refiere a la dación en pago. Sin embargo, la redacción es amplia y parecería abarcar también a la entrega de la cosa debida por el deudor. En este caso, ¿tampoco responde el fiador por evicción? Sí responde. Si se pierde la cosa debida por evicción, para el acreedor ha habido un incumplimiento de la obligación originaria, y el fiador debe por lo tanto responder. Si se trata, en cambio, de una dación en pago, la situación es diferente, pues el acreedor ha aceptado una prestación distinta a la prometida, y el fiador no tiene por qué hacerse cargo de ello.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha mantenido la pauta del artículo 2050 del código derogado.

⁷⁵⁰ TS, sala 1ª, sentencia del 12-11-91. P.: González Poveda, transcripción de los fundamentos de Derecho del fallo en GUILARTE ZAPATERO, *Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías* cit., p. 210.

CAPÍTULO 24

CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA

Art. 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.

I) Resumen

Se define el contrato oneroso de renta vitalicia con características similares a la regulación que contenía el código derogado.

II) Concordancias

Contratos unilaterales y bilaterales (art. 966); contratos a título oneroso y a título gratuito (art. 967); contratos conmutativos y aleatorios (art. 968); contratos formales (art. 969); contratos nominados e innominados (art. 970); estipulación a favor de tercero (art. 1027).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Definición del contrato*

El artículo define al contrato oneroso de renta vitalicia con características similares al código derogado (art. 2070).

Por este contrato una de las partes se obliga a entregar a otra una suma de dinero u otro bien cuyo valor pueda apreciarse en dinero (un inmueble, por ejemplo) y la otra, a cambio, se obliga a pagar una renta a la misma persona o a un tercero. Es elemento esencial del contrato que el término de pago de la renta se establezca tomando en consideración la duración de la vida de una persona humana, ya existente, que puede ser el deudor de la renta, el acreedor de la misma, o un tercero. Así en el ejemplo más simple los sujetos involucrados en la relación serán sólo las dos partes: el constituyente de la renta que entrega a la otra el capital y el deudor de la renta que se obliga a pagarle una suma periódica durante el término de la vida de alguno

de los dos. Si, en cambio, el constituyente de la renta deseara beneficiar a un tercero, serían tres los involucrados: quien entrega el capital, quien paga la renta —únicas partes del contrato— y un tercero beneficiario para quien el contrato genera el derecho a percibirla. En este último caso estaríamos frente a una estipulación a favor de tercero regulada en el artículo 1027. Podría existir otra persona vinculada con la relación contractual en el caso de que, por cualquier motivo, se deseara vincular el plazo del pago de la renta con la vida de una persona totalmente ajena a las partes y aun al beneficiario, a quien en doctrina se ha denominado “cabeza de renta”⁷⁵¹.

Debe diferenciarse este contrato de aquel por el cual alguien se obliga a pagar gratuitamente una suma a otro durante todo el término de la vida de alguno de los dos, o aun de un tercero. Éste es un supuesto de donación de una prestación periódica y vitalicia a la que el Código se refiere en el artículo 1552. También debe distinguirse de los supuestos de rentas vitalicias establecidas mediante actos de última voluntad, en cuyo caso se tratará de legados o de cargos impuestos a herederos o legatarios⁷⁵².

En el código derogado este contrato revestía carácter real (art. 2071) por lo que no quedaba constituido sino por la entrega de la cosa. Al haberse eliminado la categoría de contratos reales se trata de un contrato consensual que, como todos, queda perfeccionado con el consentimiento de las partes.

Se aclara en la definición que el pago de la renta debe pactarse durante todo el tiempo de la vida de una persona humana *ya existente*. Esta calificación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19, permite comprender el supuesto de una persona concebida por nacer. Si el nacimiento se produce con vida, el contrato surtirá efecto (art. 21). De lo contrario, al considerarse que la persona nunca existió (art. 21), el contrato no quedará perfeccionado, por faltarle un elemento esencial.

⁷⁵¹ GASTALDI, José María y CENTANARO, Esteban, *Contratos aleatorios y reales*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1998, p. 52; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, 9ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 636, prefiere utilizar la denominación adoptada por la doctrina italiana de “vida contemplada”.

⁷⁵² Ver nota al art. 2070 del Código derogado. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1983, vol. VIII, p. 340.

III.2) *Caracteres*

Se trata de un contrato *bilateral* (art. 966) dado que del mismo nacen obligaciones recíprocas para ambas partes: para el constituyente de la renta, la de entregar el capital, y para el deudor, la de pagar la renta. Esta clasificación se prestó a discusiones durante la vigencia del código derogado puesto que al tratarse de un contrato real la prestación a cargo del constituyente de la renta era un elemento esencial para la formación del contrato y, por ende, no podía considerársela como una obligación emergente del mismo⁷⁵³.

Es un contrato *a título oneroso* (art. 967) ya que las ventajas que cada una de las partes persiguen por el contrato le son concedidas en virtud de las prestaciones que recíprocamente se obligan a hacer. Cuando por voluntad de las partes se establece que la renta se pague a un tercero, existirá respecto de éste una liberalidad por parte del constituyente de la renta de la que el Código se ocupa en el artículo 1600, lo que no varía la clasificación del contrato en la categoría de los onerosos dadas las relaciones entre las partes.

Dentro de la categoría de los contratos a título oneroso debe clasificárselo como contrato *aleatorio* (art. 968) ya que las ventajas y las pérdidas para ambas partes dependerán de un acontecimiento incierto, que es la duración de la vida contemplada para fijar el plazo de pago de la renta. Debe distinguirse la calidad de contrato aleatorio de la de contrato condicional. Cuando el contrato se sujeta a condición, es su plena vigencia o su resolución lo que se sujeta a un hecho futuro e incierto (art. 343), según que se trate de una condición suspensiva o resolutoria, respectivamente. En el caso del contrato aleatorio no existe condición alguna: el contrato producirá siempre sus efectos propios por lo que ambas partes deberán cumplir en cualquier caso sus respectivas obligaciones. Lo que se encuentra sujeto al hecho futuro e incierto (la muerte de la persona cuya vida se ha considerado) es la relación económica que existirá entre los bienes recibidos por el

⁷⁵³ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 563, sostiene el carácter unilateral. En contra, BORDA, ob. cit., p. 631.

deudor de la renta y la cuantía de la obligación asumida por éste, dado que ésta depende de la época de la muerte del "cabeza de renta"⁷⁵⁴.

Se trata de un contrato *nominado* (art. 970) ya que tiene una regulación especial en la ley.

III.3) *El alea en el contrato*

Surge con claridad de la definición del contrato el carácter de aleatorio, ya que es un elemento característico de éste que el pago de la renta se pacte durante un plazo incierto vinculado con la duración de la vida de una persona humana. Es decir que, al celebrarse el contrato, ninguna de las partes podrá evaluar con precisión cuál es la relación que existirá entre los sacrificios que realiza y las ventajas que obtendrá con el contrato. Cuando la alea propia del contrato desaparece por presumirse que las partes conocían que la persona cuya vida se había contemplado padecía una enfermedad que permitía prever su muerte a breve plazo, el contrato es nulo. Así lo dispone el artículo 1608, tal como lo hacía el artículo 2078 del código derogado. Sin embargo, las partes pueden, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, introducir algunas cláusulas que limiten el alea. Puede, por ejemplo, fijarse un plazo máximo para el pago de la renta, es decir que si la persona cuya vida se ha contemplado vive más de un determinado plazo, la obligación del deudor se extingue. Pareciera que en la medida en que el plazo máximo estipulado sea razonable, de modo que no torne al contrato en leonino, se trata de un contrato válido y que puede ser encuadrado dentro de la figura⁷⁵⁵.

Se ha analizado el caso en que la renta a abonar sea similar a los frutos que produce el capital entregado. En este caso puede entenderse que no existe onerosidad para el deudor de la renta ya que nunca arriesgará más allá de los frutos que percibe por el bien recibido. La Corte Suprema de Justicia consideró que en un caso de estas características faltaban la onerosidad y, en consecuencia, la aleatoriedad del contrato⁷⁵⁶.

⁷⁵⁴ GASTALDI y CENTANARO, ob. cit., p. 62.

⁷⁵⁵ Así lo entiende BORDA, ob. cit., p. 630. En contra, RISOLÍA, Marco A., *La presunción legal de lesión subjetiva en un contrato de renta vitalicia*, en L. L. 1983-D-42.

⁷⁵⁶ CSJN, 14-7-83, "F. E. c/Suárez, Emilio y otro", L. L. 1983-D-42, con nota de Marco Aurelio Risolía.

Como todo contrato oneroso, en la medida en que del mismo surja una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada porque la renta que eventualmente se deba pagar no pueda de modo alguno mantener una proporción con el valor del capital transmitido, el acto podrá ser atacado por vicio de lesión (art. 332)⁷⁵⁷.

III.4) *Capacidad para celebrar el contrato*

El Código ha omitido las referencias a la capacidad para celebrar este contrato que contenía el código derogado en el artículo 2073. Por tanto, resultarán aplicables las normas generales en materia de capacidad (arts. 22, 23 y 24) y las inhabilidades generales reguladas en los artículos 1001 y 1002. Deben tenerse en cuenta las restricciones antes señaladas respecto de la relación entre el constituyente de la renta y el beneficiario de la misma cuando éste sea un tercero, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 1600, a cuyo comentario nos remitimos.

IV) *Significado de la reforma*

La definición del contrato es similar a la contenida en el artículo 2070 del código derogado. Se ha aclarado que la persona humana cuya vida se toma en consideración para fijar el plazo del pago de la renta debe existir al momento de celebración del contrato, lo que resultaba del artículo 2078 del código derogado. La existencia deberá computarse desde el momento de la concepción en el seno materno (art. 19). La definición del código anterior establecía que la renta debía ser anual, si bien la doctrina entendía que podía ser pactada por cualquier otro período de tiempo, por ejemplo, en forma mensual⁷⁵⁸. Se deja claro ahora que puede pactarse con cualquier periodicidad.

Art. 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.

⁷⁵⁷ Ver el erudito voto del Dr. Borda en CNCiv., sala A, 18-12-64, "Peralta c/Trepat", J. A. 1965-III-347.

⁷⁵⁸ SPOTA, ob. cit., ps. 342 y 344.

I) *Resumen*

El artículo contempla el supuesto en que el beneficiario de la renta es una persona distinta de quien ha entregado el capital. Aquí se ha operado una estipulación a favor de terceros. La norma presume que en este caso quien ha entregado un capital con la finalidad de que se pague a otro un beneficio está realizando respecto de éste una liberalidad. Sin embargo, se prevé la posibilidad de que esta estipulación reconozca otra causa de carácter oneroso.

II) *Concordancias*

Estipulación a favor de terceros (art. 1027); donación, concepto (art. 1542); actos mixtos (art. 1544); capacidad para donar (art. 1548); capacidad para recibir donaciones (art. 1549); inhabilidad de tutores y curadores para aceptar donaciones (art. 1550); donaciones inoficiosas (art. 1565); revocación de las donaciones (arts. 1569 a 1573).

III) *Interpretación de la norma*

Al comentar el artículo anterior se ha explicado que el contrato de renta vitalicia puede obligar al deudor de la renta a pagarla a la misma persona que le ha transmitido el capital, en cuyo caso ambos revestirán recíprocamente los caracteres de deudor y acreedor, pero puede darse el caso en que se establezca que la renta debe ser pagada a una persona distinta de aquella que ha entregado el capital. En este caso del contrato surge un derecho a favor de un tercero beneficiario (el acreedor de la renta). Es el supuesto de estipulación a favor de terceros regulado en el artículo 1027 a cuyo comentario nos remitimos.

En este caso la ley presume que el constituyente de la renta (estipulante en el contrato a favor de terceros) ha realizado un sacrificio (la entrega del capital) para que la ventaja sea recibida por otro. Si bien entre las partes existe el esquema propio de todo contrato a título oneroso (art. 967), hay una persona que, aparentemente, recibe un beneficio sin que para ello deba obligarse a prestación alguna. El Código presume que en este supuesto se ha configurado una liberalidad a favor de ese tercero, por lo cual deben aplicarse supletoriamente las

normas sobre el contrato de donación. Es la misma solución del artículo 2072 del código derogado. Esto no supone en modo alguno incluir a este contrato en el concepto de donación, ya que ésta requiere como elemento constitutivo la entrega de una cosa gratuitamente por parte del donante al donatario (art. 1542).

La aplicación subsidiaria implicará valorar la capacidad del estipulante según las reglas que el artículo 1548 establece para donar y el artículo 1549 para aceptar donaciones. Sin duda, regirá también la prohibición del artículo 1550 para que quienes han sido tutores o curadores reciban donaciones de sus pupilos hasta tanto no se haya operado la rendición de cuentas. Probablemente el campo donde revista mayor trascendencia esta norma es el de la posibilidad de que mediante la liberalidad que el estipulante ha realizado a favor del beneficiario de la renta se haya excedido la parte disponible del patrimonio del primero, en cuyo caso se aplicarán las reglas propias de la inoficiosidad de las donaciones (art. 1565). Es decir que este contrato no puede bajo la apariencia de onerosidad que deriva de su inclusión en esta categoría encubrir la disposición de un bien que, si se realizara bajo la forma de donación sería atacable por acciones de colación o reducción, con la finalidad de que quien no pudo ser beneficiario en calidad de donatario reciba a título de renta el valor del mismo bien.

La anulación del beneficio a favor del tercero no implicará la nulidad del contrato, ya que el deudor de la renta deberá cumplir su obligación a favor del constituyente de la misma⁷⁵⁹. Es la solución general para la estipulación a favor de terceros que el código derogado consagraba expresamente en el artículo 2079.

De cualquier modo se deja a salvo la posibilidad de que la vinculación entre el estipulante (constituyente de la renta) y el beneficiario exista otra relación de carácter oneroso que excluya la calificación de liberalidad que supone la norma. Así puede, mediante este procedimiento, retribuirse servicios que el beneficiario ha prestado al estipulante o compensarse alguna otra prestación de carácter oneroso que éste hubiera cumplido a su favor.

⁷⁵⁹ Ver nota al art. 2072 del código derogado.

IV) Significado de la reforma

El artículo repite en lo esencial lo prescripto en el artículo 2072 del código derogado cuya redacción se simplifica.

Art. 1601 *Forma.* El contrato oneroso de renta vitalicia debe celebrarse en escritura pública.

I) Resumen

Se establece la necesidad de que el contrato sea formalizado mediante escritura pública. Pero no dice que la omisión de la forma requerida ocasione la nulidad del contrato, tal como se dispone en el artículo 1552 para la donación de inmuebles y de prestaciones periódicas y vitalicias. En consecuencia, se trata de un contrato formal en los términos del artículo 969, aplicándose en caso de que no se hubiera otorgado la escritura lo dispuesto en la segunda parte de este artículo.

II) Concordancias

Contratos formales (art. 969); contratos que deben ser otorgados por escritura pública (art. 1017); otorgamiento pendiente del instrumento (art. 1018); forma de la donación de inmuebles (art. 1552).

III) Interpretación de la norma

Se establece que el contrato deberá ser instrumentado por escritura pública. Si el capital transmitido fuera un inmueble regiría la exigencia general del artículo 1017, inciso a. De cualquier modo, cualquiera fuera la naturaleza de los bienes objeto del contrato, deberá formalizarse por escritura pública en virtud de lo dispuesto expresamente por esta norma, lo que hace en consecuencia aplicable el inciso d, del artículo 1017.

El artículo 2071 del código derogado exigía también la formalización por escritura pública y agregaba que la exigencia era bajo pena de nulidad. Sin embargo se coincidía en que dicha mención no excluía la aplicación del artículo 1185 del mismo Código, por lo que el contrato

celebrado por instrumento privado facultaba a cualquiera de las partes a demandar la escrituración⁷⁶⁰. En ese sentido debe señalarse que cuando el artículo 1810 del código derogado imponía con carácter de solemnidad absoluta la escritura pública para las donaciones de bienes inmuebles, establecía en forma expresa que no era de aplicación para ese supuesto el artículo 1185⁷⁶¹.

En este Código el contrato oneroso de renta vitalicia estará encuadrado dentro de la categoría de los contratos formales (art. 969), por tanto no producirá sus efectos propios mientras no se hubiera otorgado la formalidad requerida. Sin embargo, dado que no se establece para esta figura la sanción de nulidad, resultará aplicable el artículo 1018 que opera la conversión del contrato en otro que genera la obligación de ambas partes de otorgar el instrumento requerido. Por tanto si, demandada a hacerlo, alguna de las partes fuera remisa el juez podrá otorgarla en representación de quien no lo hiciera en forma voluntaria.

La aplicación subsidiaria de las reglas de la donación dispuesta por el artículo 1600 no alcanza a la exigencia de forma. Esto era expresamente aclarado en el artículo 2072 del código derogado.

IV) Significado de la reforma

Se ha mantenido la exigencia de formalizar el contrato por escritura pública incluida en el código derogado (art. 2072). Resulta aclarado que la omisión de la forma exigida permite demandar su cumplimiento, por lo que la solemnidad no es constitutiva del contrato.

Art. 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.

⁷⁶⁰ Se admitió la demanda por escrituración en CCCLab. de Rafaela, L. L. Litoral 2006-1097 (L. L. Online, AR/JUR/2640/2006) y en C1*CCom. de Bahía Blanca, sala II, 7-9-2006, L. L. B. A. 2006-1454 (L. L. Online, AR/JUR/5221/2006).

⁷⁶¹ BORDA, ob. cit., p. 642; LORENZETTI, ob. cit., p. 564; MAYO, Jorge A., en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, dir. por Augusto C. Belluscio y Eduardo E. Zannoni, Astrea, Buenos Aires, 2004, t. 9, p. 617.

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.

I) Resumen

Se establece el carácter de obligación de dar dinero de la renta a abonar (arts. 765 a 772). Se aclara que el contrato debe indicar los períodos por los que se devenga la renta (en forma anual, mensual, quincenal, etc.) y el valor de cada cuota. A falta de fijación de éste se presume la igualdad entre las distintas cuotas. El devengamiento de la renta es vencido, sin perjuicio de lo cual deberá pagarse la parte proporcional en caso de que el cabeza de renta hubiera fallecido durante el período.

II) Concordancias

Obligaciones de dar dinero (arts. 765 a 772); imprevisión (art. 1091).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Carácter de obligación dineraria de la renta. Sus consecuencias*

La obligación que por el contrato asume el deudor de la renta constituye una obligación de dinero. Si se hubiese pactado en otros bienes o servicios, éstos podrán ser convertidos a dinero. Es éste el mismo régimen previsto en el artículo 2074 del código derogado. Por tanto se aplicará a esta obligación el régimen de las obligaciones de este tipo tanto en lo atinente al régimen nominalista, los intereses y todas las normas generales y especiales aplicables⁷⁶².

⁷⁶² LORENZETTI, ob. cit., p. 570.

Cuando la renta se hubiese fijado en otro tipo de bienes se aplicará, a fin de fijar el monto en pesos de la obligación, la norma respecto de la cuantificación del valor establecida en el artículo 772.

Si la renta se pactara en moneda extranjera, regirán las normas de los artículos 765 y 766 a cuyos comentarios nos remitimos.

Ha sido un tema de análisis reiterado en doctrina y jurisprudencia la posibilidad de que, dado que la renta deberá pagarse durante un lapso indeterminado y, generalmente, extenso, su monto establecido en dinero sufra los efectos de procesos inflacionarios, lamentablemente frecuentes en nuestro país. Así, mientras que el constituyente de la renta ha transmitido su capital al momento de celebrarse el contrato por lo que el deudor no se verá afectado por las variaciones del valor de la moneda, el acreedor de la renta verá sensiblemente disminuido el poder adquisitivo de las sumas que él debe percibir periódicamente. Esto frustrará el carácter previsional del contrato ya que la renta que debe cumplir un efecto alimentario resultará insuficiente para tal fin⁷⁶³. Al respecto debe tenerse en cuenta que la ley 23.928 prohíbe toda forma de actualización monetaria o repotenciación de las deudas dinerarias.

En caso de que el valor real de la renta se viese disminuido sustancialmente como consecuencia de haberse modificado por acontecimientos extraordinarios las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, será de aplicación el instituto de la imprevisión regulado en el artículo 1091⁷⁶⁴. Si bien en el encabezamiento de esta norma se limita la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos conmutativos, la frase final prevé expresamente el caso de los contratos aleatorios cuando la prestación se ha tomado excesivamente onerosa por causas extrañas al alea propia del contrato. El alea natural del contrato oneroso de renta vitalicia es, como hemos dicho, la duración de la vida del cabeza de renta y no una depreciación extraordinaria del valor de la renta.

Dado que el artículo en comentario establece que en caso de que la renta se pacte en bienes que no son cosas la conversión de éstas a

⁷⁶³ BORDA, ob. cit., p. 646.

⁷⁶⁴ SPOTA, ob. cit., p. 356; LORENZETTI, ob. cit., p. 572; MAYO, ob. cit., p. 620. CNCiv., sala D, 29-11-73, E. D. 56-223.

dinero se efectuará al momento de cada pago⁷⁶⁵, puede ser una solución adecuada para mantener actualizado el valor de la renta fijarla en bienes no dinerarios cuyo valor intrínseco garantice al acreedor el mantenimiento del valor adquisitivo de la renta.

III.2) Periodicidad

El carácter periódico de la renta es un elemento esencial del contrato (art. 1599). Lo mismo establecía el artículo 2070 del código derogado, salvo que disponía que la renta fuese anual. La doctrina fue unánime en considerar que la norma no era imperativa por lo que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad podían pactar el pago en forma mensual, trimestral, semestral, etcétera⁷⁶⁶. Si las partes pactaran que la renta se pagase únicamente al cumplirse el plazo incierto por muerte del cabeza de renta, el contrato no sería nulo pero entendemos que ya no se trataría de un contrato típico de renta vitalicia sino de un contrato atípico, dado que la finalidad previsional de esta figura estaría desnaturalizada.

Al fijar la periodicidad del pago, con seguridad, las partes determinarán cuál es el monto de cada una de las cuotas. En caso de que se omitiera, la norma fija la igualdad de las cuotas entre sí.

III.3) Muerte del cabeza de renta durante el transcurso de un período

La norma dispone que la renta se devenga por período vencido, lo que es una regla habitual en las obligaciones periódicas y la que, para este supuesto, aplicaba el artículo 2081 del código derogado. Sin embargo, éste establecía que si la renta se había pagado por adelantado, y la muerte del cabeza de renta —y, en consecuencia, la extinción de la obligación de pago— ocurría durante el período pagado por adelan-

⁷⁶⁵ BORDA, ob. cit., p. 640, en nota 3488 cita doctrina según la cual la conversión debía realizarse según el valor que los bienes tuviesen al inicio del contrato, la que considera injusta por lo que propicia la solución que hoy el Código establece en forma expresa.

⁷⁶⁶ BORDA, ob. cit., p. 631, y bibliografía citada en nota 3460; LORENZETTI, ob. cit., p. 571; GASTALDI y CENTANARO, ob. cit., p. 69.

tado, lo pagado quedaba a favor del acreedor⁷⁶⁷. Se dispone ahora lo contrario. En este supuesto el deudor deberá sólo la suma que corresponda al lapso comprendido entre el comienzo del período y la muerte del cabeza de renta. Si el pago se efectuó por adelantado, el beneficiario deberá reintegrar la suma cobrada de más.

IV) Significado de la reforma

En este artículo se han resumido y sistematizado los artículos 2072 y 2074 respecto del carácter dinerario de la renta. Con relación a la periodicidad la definición del artículo 2070 del código derogado la establecía en forma anual. Este Código deja librado a la voluntad de las partes fijar el período. Este artículo regula tal aspecto. Por último se reitera que la renta se devenga por períodos vencidos (régimen del art. 2081 del código derogado), pero se elimina la regla contenida en el mismo precepto en virtud de la cual cuando se había cobrado por adelantado un período, el acreedor había adquirido esa suma con carácter irrevocable.

Art. 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.

I) Resumen

Se reitera un aspecto del contrato que las partes pueden convenir libremente: la pluralidad de acreedores de la renta. En este caso podrá pactarse que perciban la renta simultáneamente o bien uno después de otro. De ser simultánea la percepción las partes podrán acordar en

⁷⁶⁷ SPOTA, ob. cit., p. 364.

qué proporciones se distribuirá. De lo contrario el beneficio será percibido por partes iguales.

Respecto al derecho de acrecer, es decir que fallecido uno de los acreedores, el otro perciba la totalidad de la renta, éste debe ser pactado expresamente. De lo contrario se extinguirá la porción que correspondía al fallecido. Era ésta la regla del artículo 2084 del código derogado⁷⁶⁸. Por supuesto que para la aplicación de esta norma se supone que se ha elegido un cabeza de renta distinto de los beneficiarios, ya que de lo contrario la muerte produciría la extinción definitiva del derecho.

El derecho a cobrar la renta vitalicia es un derecho patrimonial que, como tal, puede ser objeto del contrato de cesión de derechos (art. 1616). Asimismo en virtud del principio general contenido en el artículo 2277 la herencia comprenderá todos los derechos y obligaciones que no se extinguen por el fallecimiento, entre ellos el derecho a continuar percibiendo la renta hasta el momento en que fallezca la persona cuya vida se tomó en consideración para fijar el plazo, la que, por supuesto, debe ser distinta al acreedor fallecido.

II) Concordancias

Derechos que pueden ser cedidos (art. 1616); usufructo a favor de varias personas (art. 2132); apertura de la sucesión (art. 2277).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Pluralidad de beneficiarios*

Tal como se ha desarrollado al enunciar los elementos del contrato nada obsta para que el contrato de renta vitalicia se celebre a favor de más de una persona. Cualquier combinación es posible: pueden ser dos las personas constituyentes de la renta y, por tanto, acreedores de la misma; puede celebrarse para ser cobrada por el constituyente de la renta y por un tercero en forma simultánea o sucesiva; puede ocurrir que uno de los beneficiarios sea cabeza de renta y el otro no. Hasta

⁷⁶⁸ MAYO, ob. cit., p. 626.

que el derecho a la renta se extinga por fallecimiento de la persona cuya vida se tomó en consideración, todas estas alternativas son posibles. El artículo 2084 del código derogado preveía la posibilidad de pluralidad de beneficiarios.

Si se establece que la percepción del beneficio será sucesiva, habrá que fijar cuál es el término durante el cual la cobrará el primero. En rentas establecidas a favor de terceros con finalidad de prestarles asistencia, se podrá pensar en el caso de quien la establezca a favor de varios hermanos en forma sucesiva, extinguiéndose respecto de cada uno a determinada edad. También que la cobren en forma simultánea mientras todos sean menores de edad y vayan acreciendo a medida que algunos de ellos adquieran la mayoría. Como es obvio si alguno de los beneficiarios fuera cabeza de renta, su muerte extinguiría el derecho a la renta para todos. En todos estos casos se habría sujetado la percepción del beneficio a un plazo, también podría haberse estipulado una condición que diera por extinguido el derecho a la percepción de alguno de los beneficiarios.

El artículo no aclara cuál es la solución cuando no se ha estipulado si el beneficio a favor de varias personas debe ser cobrado en forma simultánea o sucesiva. Tampoco lo aclaraba el artículo 2084 del código derogado. Respecto del mismo se ha interpretado que, a falta de convención al respecto, debía entenderse que los beneficiarios son simultáneos y no sucesivos⁷⁶⁹. Pareciera la interpretación lógica de la norma.

Respecto del derecho de acrecer entre los beneficiarios el Código sigue la regla general (por ejemplo, respecto del usufructo en el art. 2132) de que este derecho debe ser expresamente estipulado, de lo contrario el derecho se extingue parcialmente respecto de cada uno de los rentistas. Era la regla del artículo 2084 del código derogado.

III.2) *Transmisibilidad del derecho a la renta*

Como consecuencia del contrato el beneficiario de la renta ha incorporado a su patrimonio el derecho a su percepción. Si el beneficio ha tenido por finalidad, como es habitual, satisfacer sus propias necesidades, es probable que se haya considerado su propia vida para

⁷⁶⁹ BORDA, ob. cit., p. 636.

fijar el plazo en cuyo caso, el fallecimiento extinguirá el beneficio. En cambio, si la duración del contrato no depende de la vida del beneficiario y éste fallece antes, sus herederos adquirirán el derecho a percibir la renta. El artículo en comentario lo establece expresamente sin perjuicio de ser una consecuencia del principio contenido en el artículo 2277 según el cual la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen con su fallecimiento.

Nada obsta, sin embargo, para que se estipule el efecto contrario. En una renta en la que el capital fue transmitido por alguien distinto del beneficiario con la finalidad de ayudar a éste, será muy común que se incluya en el contrato una cláusula por la cual el beneficio se extinga con la muerte del beneficiario originario o bien que el deudor de la renta deba seguir pagándola al constituyente hasta el cumplimiento del plazo.

Con respecto a la transmisión del derecho por actos entre vivos, la regla general es que todo derecho puede ser objeto de cesión, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención o de la naturaleza del derecho (art. 1616). En este caso, tratándose de un derecho de naturaleza patrimonial no existe impedimento legal alguno para la transferencia. El código derogado (art. 2075) establecía la nulidad de la cláusula que prohibiera al acreedor ceder la renta. Ahora no se repite tal prohibición, de lo que se deduce que pueden convenirse cláusulas que restrinjan esta posibilidad. Pareciera que esta estipulación será habitual en las rentas constituidas para favorecer a un tercero.

No existe impedimento legal para que, en principio, la renta pueda ser embargada. El artículo 2076 del código derogado disponía que si la renta constituía una pensión alimentaria no podía ser objeto de prenda ni de embargo. Tal norma se ha suprimido, lo que no obsta para que, por aplicación de las normas generales, se disponga la inembargabilidad de una renta vitalicia que, en el caso concreto, reúna las características de pensión alimentaria por ser indispensable para satisfacer las necesidades primarias del beneficiario.

IV) *Significado de la reforma*

El artículo sistematiza las disposiciones del artículo 2084 del código

derogado. Se elimina la prohibición contenida en el artículo 2075 respecto de la inclusión de cláusulas que prohibieran la cesión de la renta. También desaparece la norma del artículo 2076 que establecía que la renta vitalicia no podía ser embargada ni prendada.

Art. 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.

I) Resumen

Se establece expresamente la aplicación a este contrato de la resolución legal por incumplimiento o cláusula comisorias tácita que permitirá que el constituyente de la renta pueda ante la falta de pago de la renta optar entre la demanda por incumplimiento o la resolución del contrato. En este caso podrá requerir la restitución del capital entregado. Respecto de la renta vitalicia que tenga por beneficiario a un tercero distinto al constituyente de la renta, se aplicarán las reglas propias de la estipulación a favor de tercero: éste tendrá la facultad de demandar el cumplimiento del contrato. La facultad de resolver el contrato sólo la tendrá el constituyente.

II) Concordancias

Estipulación a favor de tercero (art. 1027); relaciones entre las partes (art. 1028); resolución total o parcial (art. 1083); configuración del incumplimiento (art. 1084); conversión de la demanda por cumplimiento (art. 1085); cláusula resolutoria expresa (art. 1086); cláusula resolutoria implícita (art. 1087).

III) Interpretación de la norma

III.1) Resolución del contrato por incumplimiento del deudor

El artículo 2088 del código derogado establecía el principio con-

trario al de la norma aquí comentada: salvo que las partes hubieran incluido una cláusula comisorias expresa (art. 1203 del código derogado), la falta de pago de la renta sólo facultaba al acreedor a demandar el cumplimiento y no a resolver el contrato. Es decir, no regía respecto de este contrato la cláusula comisorias tácita (art. 1204 del código derogado). Esto implicaba para el acreedor de la renta un riesgo que, en muchos casos, desalentaba el uso de esta figura contractual como medio de previsión de contingencias futuras. En efecto, una persona constituía una renta transmitiendo en propiedad al deudor de la renta un capital que el adquirente podía disponer a su voluntad y quedaba a la espera de que le fuera pagada la renta, generalmente durante un lapso prolongado. Las vicisitudes patrimoniales del deudor de la renta podían tornar ilusorio el derecho al cobro, con lo cual, cercenar al acreedor el derecho a la recuperación del capital entregado resultaba a todas luces injusto. Borda⁷⁷⁰ sostenía que la reforma del artículo 1204 por la ley 17.711 había resuelto el tema, dado que el pacto comisorio se consideraba implícito en todos los contratos bilaterales, entre los cuales incluía el que nos ocupa. La circunstancia de que en el código derogado el contrato oneroso de renta vitalicia fuera real excluía para la mayoría de la doctrina la aplicación de la cláusula comisorias tácita del artículo 1204 dado que en esta figura, de naturaleza unilateral, no había prestaciones recíprocas⁷⁷¹.

El artículo 1604 que reconoce su fuente en el artículo 1517 del Proyecto de 1998 viene a resolver el problema, ya que consagra en forma expresa el derecho del constituyente de la renta o de sus herederos de resolver el contrato ante la falta de pago de la renta. Tratándose de una cláusula comisorias tácita deberán cumplir los pasos establecidos en el artículo 1087.

Por vía de la resolución del contrato el constituyente de la renta podrá recuperar el capital entregado.

Respecto de la mora del deudor debe tenerse en cuenta que cada uno de los períodos de renta constituye una obligación independiente

⁷⁷⁰ Ob. cit., p. 648.

⁷⁷¹ LORENZETTI, ob. cit., p. 576; SPOTA, ob. cit., p. 365; MAYO, ob. cit., p. 628.

por lo que la mora de una cuota no hace caducar los plazos de todas, salvo que esto se pacte en forma expresa⁷⁷².

Debe analizarse la posibilidad de que el deudor de la renta hubiera enajenado el bien recibido, en cuyo caso los efectos de la resolución dependerán de la solvencia de éste. Sin embargo, ya sea como consecuencia de la inclusión en el contrato de una cláusula comisoraria expresa, lo que debe considerarse una buena práctica contractual, o por imperio del artículo que comentamos, si el capital hubiera consistido en un inmueble, el riesgo de que se ejerza la potestad resolutoria surgirá del mismo título de adquisición. Quien recibió el capital ejercerá entonces, respecto de éste, un dominio revocable (art. 1965) por estar sujeto a condición resolutoria. Esto permitirá al acreedor de la renta insatisfecho demandar la restitución del actual titular del bien⁷⁷³. Este derecho caducará, respecto del tercer adquirente del bien al plazo de 10 años ya que transcurrido este plazo el dominio quedará perfeccionado (art. 1965).

III.2) *Derechos del tercero acreedor*

Si el deudor de la renta incumple su obligación frente al tercero que ha sido beneficiario de ésta sin haber sido parte en el contrato, el artículo determina que se aplique la disposición 1027 a cuyo comentario remitimos. En virtud de este precepto el tercero tendrá facultad para demandar el cumplimiento de la prestación pero no para resolver el contrato del cual no ha sido parte. Es éste el principio general en materia de estipulación a favor de terceros.

IV) *Significado de la reforma*

Este artículo modifica sustancialmente lo prescripto en el artículo 2088 del código derogado. En éste se limitaba el derecho del acreedor de la renta a la demanda para perseguir el pago de las rentas adeudadas, prohibiéndose la aplicación de la cláusula comisoraria salvo que fuese incluida en forma expresa.

⁷⁷² CNCiv., sala G, 10-6-88, "Schilman de Bacciaone, E. c/Pamilo, C", L. L. 1989-A-241.

⁷⁷³ BORDA, ob. cit., p. 652, y Acuña Anzorena allí citado.

Art. 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.

I) *Resumen*

Se dispone expresamente uno de los efectos propios de la estipulación a favor de terceros. Una vez que el tercero aceptó el beneficio nace para él una acción directa respecto del deudor. Su relación es directa y no por subrogación del constituyente de la renta.

II) *Concordancias*

Estipulación a favor de tercero (art. 1027); relaciones entre las partes (art. 1028).

III) *Interpretación de la norma*

Existe estipulación a favor de tercero cuando un contrato contiene una estipulación a favor de alguien que no es parte en el mismo. El instituto estaba regulado en el artículo 504 del código derogado y se trata con mucha mayor precisión en el artículo 1027 a cuyo comentario remitimos. El derecho del tercero nace sujeto a la condición resolutoria de no ser revocado antes de su aceptación por el beneficiario. Es decir que el beneficio se consolidará en cabeza del tercero cuando éste lo acepte, lo que podrá realizar o no según lo desee. El estipulante (en nuestro caso, el constituyente de la renta) podrá revocar el beneficio hasta tanto reciba la aceptación del tercero beneficiario. Para después de consolidado el beneficio, el citado artículo 1027 dispone que *el tercero aceptante obtiene directamente los derechos y facultades resultantes de la estipulación a su favor*.

Por su parte, el deudor de la renta podrá oponer al tercero excepciones resultantes del mismo contrato (por ej., una supuesta nulidad del mismo) u otras que se funden en otras relaciones que mantenga con él (por ej., la compensación con otra obligación en la que el deudor de la renta resulte acreedor del tercero beneficiario). Esto surge

expresamente del primer párrafo del artículo 1028 e impide que el deudor de la renta rehúse el pago basándose en excepciones de carácter personal que pueda oponer al estipulante (constituyente de la renta) dado que éste es ajeno a la relación obligacional que se ha establecido en forma directa entre el deudor de la renta y el tercero beneficiario.

IV) Significado de la reforma

Este artículo que reconoce su fuente en el artículo 1518 del Proyecto de 1998 sienta una prescripción que no estaba incluida en forma expresa en el código derogado. Sin perjuicio de ello, los mismos efectos se atribúan en virtud de la interpretación del régimen de contrato a favor de terceros regulado en el artículo 504 de tal ordenamiento.

Art. 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.

I) Resumen

Se establece un elemento esencial del contrato: la renta debe pagarse mientras viva la persona cuya vida se ha contemplado para fijar el plazo de pago. Si se hubiesen considerado varias personas, se deberá pagar hasta que muera la última. No se permite que, una vez celebrado el contrato, pueda alguna de las partes substituir la persona cuya vida se ha contemplado o agregar otra. El deudor de la renta deberá probar el hecho del fallecimiento que extingue su obligación.

II) Concordancias

Declaración del fallecimiento presunto (art. 89); fin de la existencia de las personas (art. 93); comprobación de la muerte (art. 94); con-moriencia (art. 95); medio de prueba de la muerte (art. 96).

III) Interpretación de la norma

Es de la esencia del contrato oneroso de renta vitalicia que el pago de ésta se extienda mientras viva una o más personas cuya vida se ha considerado para la celebración del contrato. Así, el plazo de pago es incierto en cuanto depende de un hecho extintivo: la muerte de esa o esas personas. Esto constituye el alea propio de la figura. No interesa cuál es la causa del fallecimiento ya que éste se ha tomado como un hecho extintivo ajeno al contrato⁷⁷⁴, salvo que se diera alguno de los supuestos previstos en el artículo 1608, en cuyo caso el contrato será nulo por inexistencia del alea.

Para el supuesto de que se hubiera tomado en consideración la vida de una pluralidad de personas, el Código, tal como lo hacía el artículo 2085 del derogado, establece que la renta se debe por entero hasta el fallecimiento de la última. Esta norma jugará en la medida en que las partes no hubiesen establecido un régimen distinto, tal como que la renta se extinga proporcionalmente, lo que puede resultar lógico si las vidas contempladas son las de una pluralidad de beneficiarios.

Se prohíbe la sustitución de la persona tenida en cuenta o el agregado de una nueva ya que esto tornaría incierta la obligación de pago de la renta⁷⁷⁵.

El deudor de la renta es quien se beneficia con la extinción del plazo por lo que es quien debe probar el hecho que lo libera de continuar con el pago. Nada obsta a que sea el acreedor quien espontáneamente dé por conocido el fallecimiento y, por tanto, extinguido su derecho a percibir la renta.

IV) Significado de la reforma

El artículo resume lo dispuesto en los artículos 2083 y 2085 del código derogado. Se agrega la prohibición de substituir a la persona cuya vida se ha considerado para fijar el plazo o agregar una nueva. También se pone a cargo del deudor probar la muerte que extinguirá el plazo.

⁷⁷⁴ LORENZETTI, ob. cit., p. 575.

⁷⁷⁵ LORENZETTI, ob. cit., p. 575.

Art. 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.

I) Resumen

Se establece en forma expresa el derecho del constituyente de la renta, o, fallecido éste, de sus herederos, de demandar la resolución del contrato ante el incumplimiento del deudor de una obligación expresamente asumida de garantizar el pago de la renta o la disminución, por cualquier causa del valor de la garantía prestada. Se aclara que en este caso sólo se debe devolver el capital por lo que el beneficiario de la renta retiene los períodos percibidos.

II) Concordancias

Operatividad de los efectos de la extinción por declaración de una de las partes (art. 1079); resolución en los casos de extinción de declaración de una de las partes (art. 1080); resolución de contrato bilateral (art. 1081); cláusula resolutoria implícita (art. 1087); presupuestos de la resolución por cláusula resolutoria implícita (art. 1088).

III) Interpretación de la norma

Es lo habitual en este contrato que quien entrega el capital cumpla su obligación en el momento de su celebración o inmediatamente después. Así, una de las partes ha satisfecho íntegramente la prestación a su cargo. En cambio, la otra queda obligada al pago de un canon durante un plazo que se presume prolongado. En consecuencia, es conveniente que el contrato prevea mecanismos para garantizar a largo plazo el crédito del beneficiario de modo que su derecho no se torne ilusorio ante una disminución del patrimonio del deudor. Se podrán requerir garantías personales, como fianza, o reales, tales como hipoteca o prenda, que graven los bienes que constituyen el capital u otros, ya sean de propiedad del deudor o de un tercero.

La constitución de garantías constituye un elemento accidental del contrato, es decir que si las partes no las hubieran previsto el acreedor carecerá de derecho para exigir las. En este sentido el artículo se refiere expresamente a las garantías *a las que se obliga*. Similar era el criterio del código derogado que en el artículo 2080 imponía al deudor la obligación de dar las garantías *a las que se hubiere obligado*.

La falta de cumplimiento de esta obligación facultará a quien entregó el capital o a sus herederos a demandar la resolución del contrato. Serán de aplicación entonces las normas del artículo 1087 referentes a la resolución por cláusula resolutoria implícita. Nótese que el derecho se confiere a quien entregó el capital —parte del contrato— y no al beneficiario de la renta que, en caso de no coincidir con el constituyente de la misma, no ha sido parte en él. Es el mismo criterio que surge al analizar la resolución por falta de pago de las rentas (art. 1604).

Esta facultad resolutoria para el supuesto de no prestación de las garantías estaba prevista en el artículo 2087 del código derogado, respecto del cual se planteaba la discusión de si sólo debía restituirse el capital o si también quien hubiera percibido las rentas debía devolverlas⁷⁷⁶. La norma 1607, siguiendo el mismo criterio que el Proyecto de 1998 (art. 1520), resuelve expresamente la cuestión disponiendo que sólo ha de restituirse el capital. El criterio coincide con el establecido en el artículo 1081, inciso b, referente a la extinción de los contratos bilaterales por declaración de una de las partes.

El artículo prevé también como supuesto que habilita la facultad resolutoria la disminución de las garantías brindadas. Por supuesto debe tratarse de una disminución importante, que haya convertido a su valor en significativamente inferior al del capital entregado. Esta disminución habrá de mensurarse comparando el valor actual de la garantía con el que tenía al momento de su constitución. El artículo 2087 del código derogado habilitaba este supuesto de facultad resolutoria cuando la garantía había disminuido por un hecho del deudor, entendiéndose al respecto que no había responsabilidad si la garantía había disminuido por fuerza mayor o por el hecho de un tercero⁷⁷⁷. La

⁷⁷⁶ BORDA, ob. cit., p. 651. Este autor se inclina por la postura de que debían restituirse las rentas cobradas. En sentido contrario, MAYO, ob. cit., p. 627.

⁷⁷⁷ BORDA, ob. cit., p. 650, y bibliografía citada en nota 3513.

norma en estudio deja de lado este requisito y dispone que cualquiera fuese la causa de la disminución del monto de la garantía quien constituyó la renta podrá demandar la resolución del contrato. Por supuesto en este caso deberá previamente probar la disminución y requerir el mejoramiento de la garantía. En todos los casos deberá admitirse que el deudor pueda paralizar la acción resolutoria dando las garantías prometidas o restituyendo las dadas a su valor originario⁷⁷⁸.

IV) Significado de la reforma

La norma mejora lo dispuesto en el artículo 2087 del código derogado. Se establece que la resolución procederá en cualquier caso de disminución del valor de las garantías, lo que el código derogado reservaba para el caso en que tal disminución se debiera a un hecho del deudor. Se aclara que en este punto sólo se devuelve el capital. No se deben intereses sobre éste ni la restitución de las rentas pagadas.

Art. 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.

I) Resumen

La enfermedad de la persona cuya vida se contempló para fijar el plazo existente al momento de la celebración del contrato y que causa la muerte dentro de los treinta días de celebrado éste hace presumir la falta de alea. Por tanto el contrato queda resuelto. Lo mismo se establece para el caso de suicidio de esa persona en igual plazo.

II) Concordancias

Extinción por declaración de una de las partes (art. 1077); dispo-

⁷⁷⁸ BORDA, ob. cit., p. 650.

siciones generales para la extinción de una de las partes (art. 1078); resolución por ministerio de la ley (art. 1089).

III) Interpretación de la norma

Es un elemento esencial del contrato oneroso de renta vitalicia el alea consistente en cuál ha de ser la duración de la vida de una o más personas expresamente designadas. Cuando se tratara de una única persona que al celebrarse el contrato ya se encontraba afectada por una enfermedad terminal, la ley presume que las partes, o una de ellas, tenían conocimiento de esta circunstancia y, por tanto, el hecho que condicionaba el pago no revestía el necesario grado de incertidumbre propio de los contratos aleatorios. Una de las partes o ambas sabían que no existía riesgo ya que la persona iba a morir a breve plazo. Éste es el fundamento de la norma, que es similar al artículo 2078 del código derogado⁷⁷⁹.

Si se hubiera tomado en consideración la vida de más de una persona, la muerte de una de ellas en las circunstancias que prevé el artículo no constituirá causal de resolución ya que el alea se mantiene respecto de la vida de las demás.

Adoptando el mismo criterio que el Proyecto de 1998 (art. 1521) se excluye de la causal de resolución establecida en este artículo el caso de que se trate del fallecimiento del deudor de la renta. Pareciera que esta innovación puede generar situaciones injustas: si alguien celebra el contrato adquiriendo un importante capital a cambio del cual asume la obligación de pagar la renta durante toda su vida y al momento de celebrar el contrato sabía que moriría en breve plazo, habría realizado un acto fraudulento en beneficio de sus herederos que recibirán por herencia el capital adquirido. En este caso deberá atacarse el contrato por el vicio de dolo (arts. 271, 272).

El artículo 1608 lo prevé como un supuesto de resolución legal del contrato y no de nulidad del mismo como lo trataba el artículo 2078 del código derogado. Expresamente se establece que en este caso, a

⁷⁷⁹ LORENZETTI, ob. cit., p. 575; GASTALDI y CENTANARO, ob. cit., p. 62; BORDA, ob. cit., p. 637, analiza otros fundamentos.

diferencia del tratado en el artículo anterior, deben restituirse todas las prestaciones: es decir que quien recibió el capital deberá devolverlo al que lo entregó o, eventualmente, a sus herederos. A la vez, quien percibió la renta –que nunca será muy importante dado lo exiguo del plazo– deberá devolverla.

El artículo incluye el supuesto en que la persona cuya vida fue considerada para fijar el plazo se quitara la vida en forma voluntaria dentro del mismo plazo, ya que también en este caso se presume que al celebrarse el contrato tal decisión ya estaba tomada, con lo cual el alea tampoco existía⁷⁸⁰.

Respecto del concepto de enfermedad, en doctrina se ha establecido que incluye tanto la física como la psíquica. En cambio, debe descartarse la circunstancia de que la persona se encuentre embarazada y fallezca en el parto, ya que en este caso no existe enfermedad alguna⁷⁸¹. Se ha analizado el supuesto en que al celebrarse el contrato la persona tuviese una edad avanzada que hubiera generado una declinación importante que pudiera hacer presumir el fallecimiento en un plazo muy breve⁷⁸². En este caso habrá que analizar a través de pericias médicas en qué medida el deterioro podía permitir prever el fallecimiento.

IV) Significado de la reforma

Se adopta un criterio similar al del artículo 2078 del código derogado. Se incluye el supuesto del suicidio de la persona cuya vida ha sido tomada en consideración para fijar el plazo de la renta. Se lo encuadra como supuesto de resolución del contrato y no como de nulidad del mismo. Se excluye como hipótesis de resolución el caso en que la muerte es del deudor de la renta, por ser su vida la contemplada.

⁷⁸⁰ Lo contrario había opinado Borda examinando el art. 2078 del Código derogado (ob. cit., p. 639).

⁷⁸¹ LORENZETTI, ob. cit., p. 576; BORDA, ob. cit., p. 639.

⁷⁸² BORDA, ob. cit., p. 639.

CAPÍTULO 25

CONTRATOS DE JUEGO Y DE APUESTA

Art. 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.

I) Resumen

La definición del contrato de juego hace referencia al acuerdo de voluntades vinculado a la interacción entre las partes en relación a una actividad de destreza física o intelectual, que genera para el que resulte vencido la obligación –jurídicamente exigible– de pagar un bien mensurable en dinero.

II) Concordancias

Principio de buena fe (art. 9°); obligaciones en general (arts. 724, 725, 726); pago (arts. 865 a 885); definición de contrato (art. 957); libertad de contratación (art. 958); efecto vinculante de los contratos (art. 959); buena fe (art. 961); carácter de las normas legales (art. 962); derecho de propiedad (art. 965); contratos unilaterales y bilaterales (art. 966); contratos conmutativos y aleatorios (art. 968); contratos nominados e innominados (art. 970).

III) Interpretación de la norma

III.1) Breve referencia a la evolución de la regulación del juego

El juego ha sido desde la antigüedad una actividad vinculada con la diversión y la recreación, razón por la cual el legislador ha incentivado algunas clases de juegos que se considera que enaltecen el espíritu. Asimismo, ha prohibido otros, por considerarlos inmorales⁷⁸³. Finalmente, producto de la proliferación y oferta pública de estas actividades (bin-

⁷⁸³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 535.

gos, rifas, tragamonedas, juegos televisivos con sorteos y premios, etc.), el Estado las reguló y organizó administrativamente. Posteriormente, algunas de estas actividades pasaron por etapa de “privatización” que permitió que los particulares intervinieran en su organización y ejecución. A este nuevo panorama hubo que sumarle la aparición de publicidad masiva de ofertas de productos y servicios asociados a la recreación.

Así las cosas, la situación relacionada con los contratos de juego y apuesta es completamente diferente a la originalmente regulada en el código derogado, ya que en la actualidad conviven elementos vinculados con la regulación y control administrativos, con acciones permitidas a los particulares por el propio Estado y la figura del consumidor como objeto de protección, fruto de la dimensión pública y masiva que los juegos han adquirido en la vida cotidiana⁷⁸⁴.

Se ha distinguido en la doctrina, en cuanto a su regulación, entre “juegos tutelados”, “juegos tolerados” y “juegos prohibidos”⁷⁸⁵. Los primeros serían los regulados en los artículos 1609 y 1610 del Código: aquellos que implican cierta destreza física o intelectual entre los participantes, los cuales generan una obligación exigible judicialmente. Los segundos, serían aquellos que no generan obligaciones exigibles, pero para los cuales se prevé la irrepetibilidad de lo pagado. Y los últimos serían aquellos a los que no se reconoce ningún efecto jurídico válido entre las partes.

III.2) Caracterización del contrato de juego

Sin perjuicio de que siempre han existido divergencias en torno a la necesidad de regulación del juego, la doctrina actual mayoritaria considera que se trata “de un contrato en el que la causa de la recreación y la lucrativa se hallan inescindiblemente unidas”⁷⁸⁶.

Se trata de un contrato bilateral, ya que las partes se obligan recíprocamente, es decir, la una hacia la otra. Podría configurarse un contrato plurilateral, en tanto la definición actual –a diferencia del

⁷⁸⁴ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., p. 536.

⁷⁸⁵ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *Un nuevo concepto de alea contractual*, en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, vol. 39, 2000.

⁷⁸⁶ ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, *Los contratos de juego y apuesta*, Bosch, Madrid, 1996, citado en LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit.

artículo 2052 del código anterior que se refería a “dos o más personas” –menciona el hecho de que la competencia podría darse entre dos o más partes. En este caso, no obstante, las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente.

Por otra parte, se caracteriza por ser aleatorio por definición ya que las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto, aun cuando se trate del resultado de una actividad de destreza física o intelectual.

Es oneroso, en tanto la celebración del contrato de juego prevé el cumplimiento de una obligación de dar un bien mensurable en dinero.

Finalmente, se trata de un contrato no formal y nominado, conforme a los artículos 969 y 970.

III.3) Destreza “física” o “intelectual”

El artículo en comentario merece una mención especial en cuanto, como consecuencia de la celebración de este contrato, se pueden generar obligaciones exigibles derivadas de una competencia que implique tanto *destreza física* como *intelectual*. A diferencia de ello, el código derogado preveía esta posibilidad sólo respecto a los juegos relacionados con destreza física. Así, el artículo 2055 disponía: “Prohíbese demandar en juicio deudas de juego, o de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o apuestas semejantes, con tal que no haya habido contravención a alguna ley o reglamento de policía”.

La norma actual comprende a todos los juegos relacionados con el desarrollo de destreza intelectual de los participantes –además de los de destreza física–, los cuales hoy en día proliferan en diversos formatos y medios.

En el artículo en análisis no se regulan los contratos de juego de puro azar.

IV) Significado de la reforma

La reforma es relevante, en primer lugar, en tanto mejora la definición de contrato de juego.

En este artículo en particular, se refiere al tipo de contrato de juego que suele calificarse por la doctrina como “tutelado” o “protegido”, y lo vincula al requisito de que implique una actividad de destreza física o intelectual. La superación del riesgo que las partes asumen en la competencia siempre debe ser tomada como un hecho incierto que, producido, generará una obligación exigible de dar un bien mensurable en dinero.

Debe subrayarse que la reforma deja de lado la distinción entre “contrato de juego” y “apuesta”, presente en los artículos 2052 y 2053 del código derogado. Dicha distinción básicamente se enfocaba en el hecho de que en el primero necesariamente participaba en la actividad lúdica el contratante, mientras que en el segundo no era necesario que así sea —la apuesta podía referirse a la competencia entre terceros extraños a los contratantes—. También es positiva en este aspecto la reforma, porque se trataba de una diferenciación conceptual carente de practicidad en tanto ambas figuras se regían por un régimen jurídico común y resulta razonable identificarlas a tal efecto⁷⁸⁷.

Art. 1610 *Facultades del juez.* El juez puede reducir la deuda directamente originada en el juego si resulta extraordinaria respecto a la fortuna del deudor.

I) Resumen

El artículo 1610 establece la clara facultad morigeradora del juez para el caso en que el propósito recreativo del juego genere obligaciones derivadas de él que impliquen un perjuicio extraordinario para una parte. Se trata de una regla protectoria.

II) Concordancias

Principio de buena fe (art. 9°); abuso del derecho (art. 10); abuso de la posición dominante (art. 11); orden público (art. 12); facultades

⁷⁸⁷ VINTI, Ángela M., *La regulación de los contratos de juego y apuesta y renta vitalicia en el Proyecto de Código*, en AP/DOC/1983/2013.

del juez (art. 960); buena fe (art. 961); carácter de las normas legales (art. 962); prelación normativa (art. 963); derecho de propiedad (art. 965).

III) Interpretación de la norma

La potestad de morigerar la deuda por parte del juez se encontraba en el código derogado, en el artículo 2056 que rezaba: “Los jueces podrán moderar las deudas que provengan de los juegos permitidos por el artículo anterior, cuando ellas sean extraordinarias respecto a la fortuna de los deudores”.

Se trata de una norma vinculada con el espíritu de equidad y protección a la persona en todas las actividades desplegadas en la esfera de la vida privada, previstas en el articulado. Apunta a la necesidad de evitar el sobreendeudamiento y también, en ciertos casos, el abuso del derecho.

En el nuevo articulado, el ejercicio de dicha facultad por parte del juez debe evaluar: el tipo de juego implicado —debe referirse al despliegue de destreza física o intelectual—, el patrimonio del deudor y el monto de la deuda de juego en cuestión.

IV) Significado de la reforma

La importancia de esta norma radica en el otorgamiento de facultades judiciales específicas para reducir la deuda de juego. Responde al paradigma protectorio de la persona presente en todo el articulado. Resulta consistente con lo dispuesto para la protección de los consumidores (según lo expresado en los Fundamentos al Anteproyecto de Código Civil y Comercial elaborados por la Comisión reformadora)⁷⁸⁸.

Art. 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 irrepentible. Sin embargo, es repetible el pago hecho por persona incapaz, o con capacidad restringida, o inhabilitada.

⁷⁸⁸ Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/>.

I) Resumen

El artículo en comentario hace referencia a las obligaciones generadas en un juego de puro azar, sea prohibido o permitido. En ambos casos, no hay acción para exigir el pago. Si se trata de un juego no prohibido por las leyes locales, lo pagado con motivo del mismo, es irrepetible. Pero esta regla se flexibiliza –siguiendo con el paradigma protectorio– cuando la parte que efectuó el pago es incapaz o tiene capacidad restringida o está inhabilitada para la celebración del contrato.

II) Concordancias

Principio de buena fe (art. 9°); abuso del derecho (art. 10); orden público (art. 12); capacidad de derecho (art. 22); capacidad de ejercicio (art. 23); personas incapaces de ejercicio (art. 24); definición de obligación (art. 724); requisitos (art. 725); deber moral (art. 728); disposiciones generales de los contratos (arts. 957, 958, 960, 961, 962, 963, 966, 968); art. 24 (personas incapaces de ejercicio).

III) Interpretación de la norma

III.1) Juegos de suerte o puro azar

El artículo 1611 se refiere a la regulación de los juegos de “suerte” o puro azar, que excluye cualquier interacción por parte de los contratantes –a diferencia del concepto de juego que incorpora una competencia de destreza, regulado en los artículos 1609 y 1610–.

Se distingue entre juegos de puro azar permitidos (o tolerados) y prohibidos. Y se priva de acción a cualquier obligación que se derive de estas dos clases de juego. Así, el efecto de los acuerdos sobre juegos de esta clase sería el del cumplimiento de un deber moral. Sin embargo, en el primer caso, el pago efectuado es irrepetible, con la excepción dada en el caso de intervención de una persona con capacidad restringida o inhabilitada⁷⁸⁹.

⁷⁸⁹ VINTI, ob. cit.

III.2) Capacidad

Se ha dicho que “la capacidad es la aptitud, o el grado de aptitud, o la posibilidad jurídica de la persona para ser titular de derechos, o de intereses y de deberes jurídicos, o de relaciones jurídicas [...] precisamente por el solo hecho de serlo. Se trata de una cualidad crucial que la define y caracteriza de manera especial [...] y que como atributo es innato, necesario, vitalicio e indisponible”⁷⁹⁰.

El Código clasifica la capacidad en capacidad de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce sólo reconoce limitaciones y gradaciones relativas, que se aplican con carácter restrictivo y sólo pueden ser impuestas por la ley. Dichas limitaciones lo son en relación con determinados hechos y responden a razones de orden público, interés general, moral o comunitario. En relación con la capacidad de ejercicio se adopta una postura similar⁷⁹¹. Es claro que el nuevo Código sostiene como principio general a la capacidad, sólo limitada por ley o sentencia judicial⁷⁹².

El artículo en comentario es un claro ejemplo de una norma protectora especial, fundada en la necesidad de resguardar a la persona en situación de vulnerabilidad, ya sea por una limitación de la capacidad total o parcial, ya sea por inhabilitación.

IV) Significado de la reforma

Se reitera una regla tradicional, referida a que 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. Se mantiene la

⁷⁹⁰ COBAS, Manuel, en LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. I, p. 106, art. 22.

⁷⁹¹ “Art. 23 – *Capacidad de ejercicio*. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

⁷⁹² FERNÁNDEZ, Silvia E., *El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, en LORENZETTI, Ricardo Luis, *Suplemento Especial, Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, noviembre de 2014.

regla del código anterior que sostenía que si se trata de un juego no prohibido, lo pagado es irrepetible. A ello, el texto de la reforma agrega una norma protectoria adicional, referida a la posibilidad de repetir el pago hecho por persona incapaz, o con capacidad restringida, o inhabilitado.

En este caso, la consideración de la capacidad se torna un punto fundamental, ya que es el único supuesto en el cual se le confiere acción de repetición a uno de los participantes de un juego de apuesta o puro azar.

Art. 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.

I) Resumen

Se protege al que participa en sorteos y apuestas ofrecidos al público. Se responsabiliza al oferente frente al apostador y participante, y se establece que la publicidad debe individualizarlo; en caso de no hacerlo, extiende la responsabilidad al que efectúa dicha publicidad. Los contratos de juego y apuesta hoy suelen utilizarse como contratos accesorios de otros contratos (compraventa, locación, mutuo, etc.), con la finalidad de incentivar el consumo y, como tal, se han constituido en un medio legítimo para favorecer el intercambio en el mercado.

II) Concordancias

Abuso del derecho (art. 10); abuso de posición dominante (art. 11); libertad de contratar (art. 1099); contratos conexos (arts. 1073, 1074, 1075); relación de consumo (arts. 1092, 1093, 1094, 1095); información y publicidad dirigida a los consumidores (arts. 1100, 1101, 1102, 1103); información sobre medios electrónicos (art. 1107). Ley 24.240 de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

III) Interpretación de la norma

III.1) *La situación de vulnerabilidad como presupuesto de protección*

Quien realiza una oferta pública de sorteos o apuestas será un proveedor, profesional de la actividad, con información privilegiada sobre el mercado y sobre las ventajas que puede obtener de la actividad. Frecuentemente, por otra parte, los sorteos y apuestas realizados por oferta pública se asocian a la oferta de algún producto o servicio y, precisamente, se utilizan como incentivo para el consumo de bienes o servicios⁷⁹³. Es decir, constituyen un medio para captar clientes y obtener beneficios por parte del proveedor. Cuando ello ocurre, se trata de una relación de consumo y se suelen presentar casos de conexidad contractual⁷⁹⁴, regulados en este Código en los artículos 1073, 1074 y 1075.

La contraparte, el apostador o participante, se encontrará en una situación de vulnerabilidad. Se ha dicho que la vulnerabilidad es el supuesto de hecho de la norma protectoria y que se encuentra en dicha situación el sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica y por ello necesita protección del Derecho⁷⁹⁵. En este caso, el participante o apostador se encontrará en esta posición desventajosa y la norma viene a brindar un equilibrio a la relación entre las partes, dando herramientas de protección al sujeto que puede ser –actual o potencialmente– vulnerable.

III.2) *La fractura del tipo general del contrato*

Aquí resultan evidentes las consecuencias de lo que Lorenzetti ha calificado como uno de los aspectos más innovadores del Código: la fractura del tipo general del contrato, dedicando un título al contrato en general y otro título a los contratos de consumo. En este sentido, afirma Lorenzetti: “Es un método único en el Derecho Comparado y

⁷⁹³ PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Publicidad y falsas expectativas en los contratos aleatorios y accesorios de consumo*, en L. L. 2008-F-518.

⁷⁹⁴ En este sentido, ver CNCiv., sala K, 7-4-2008, “Machuca, Augusto Antonio c/Pepsico de Argentina SRL”, publicado con nota de PÉREZ BUSTAMANTE, ob. cit.

⁷⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 35-37.

tiene un impacto directo en materia de interpretación [...] En virtud de todo ello, corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales⁷⁹⁶. De la misma manera, siguiendo esta regla de interpretación, el contrato de juego o apuesta podría ser paritario –y en ese caso se aplicarían las normas referidas al contrato en general– o podría calificarse como de consumo –y allí sería de aplicación el régimen protectorio–.

Este artículo, referido a la oferta pública de sorteos y apuestas, podría encuadrarse en el segundo caso. Pero más allá de que resulte aplicable el régimen protectorio general en materia de relaciones de consumo, aquí se prevén normas protectorias específicas para el supuesto en análisis, lo que refuerza la tutela del apostador o participante.

III.3) *Los medios de protección específicos*

La norma brinda protección al participante o apostador en cuatro instancias diferenciadas. Por un lado, en tanto le reconoce acción judicial para exigir el cumplimiento contra el oferente de la apuesta o sorteo.

Adicionalmente, hace responsable al oferente frente al apostador o participante.

Por otra parte, se instituye el deber de individualizar al oferente en la publicidad. Por último, se responsabiliza a quien realiza la publicidad en el caso de no cumplir con la individualización del oferente.

Esta norma es consistente con la protección especial que brinda el articulado del Código en las relaciones y contratos de consumo (Libro Tercero, Título III), especialmente en cuanto a lo referido al deber de información y la regulación de la publicidad. Asimismo, con la regla

⁷⁹⁶ LORENZETTI, Ricardo L., *La interpretación de los contratos*, en *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, 2015 (febrero), p. 191; AR/DOC/237/2015.

especial de interpretación de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (art. 987).

IV) Significado de la reforma

Siguiendo con el paradigma protectorio presente en el Código, se regulan las ofertas públicas de sorteos y apuestas, y se le confiere acción para exigir su cumplimiento a quien haya participado, en concordancia con el papel fundamental que tiene la protección del consumidor en el articulado.

Art. 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.

I) Resumen

Sin perjuicio de haber realizado una regulación restrictiva del contrato de juego y apuesta, el articulado excluye expresamente todas las actividades de juego promovidas y reguladas por el Estado en todos sus niveles. Éstas quedan reguladas por el Derecho local.

II) Concordancias

Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal. Ley 3313 de Creación de la Lotería de Beneficencia. Decreto 598/90 (PEN), Transforma la Lotería Nacional en Lotería Nacional Sociedad del Estado, aprueba su estatuto. Decreto 588/98 (PEN), requisitos, condiciones y obligaciones para la organización, administración o explotación de juegos de azar en los distintos medios de comunicación masiva. Resolución 157/98, reglamentación de los juegos de azar. Resolución 17/2011, marco normativo para la organización de concursos, sorteos y/o competencias.

III) Interpretación de la norma

Si bien es cierto que en el artículo en comentario se sigue haciendo referencia al tema de los juegos y apuestas, en este caso “se trata de

actividades que están reguladas, fundamentalmente, por normas establecidas por la administración de carácter público⁷⁹⁷. Se refiere al juego explotado, promovido y reglamentado por el Estado nacional, provincial o municipal.

Cierto sector de la doctrina ha criticado fuertemente el rol del Estado en tanto promotor, explotador y monopolizador de gran parte de la oferta de juegos de azar, mientras otro sector lo ha defendido⁷⁹⁸. Los argumentos a favor de que el Estado explote y reglamente los juegos de azar parten de la premisa de la ineficacia de las prohibiciones para erradicar el juego, por un lado. Así, se ha afirmado que "el Estado al monopolizar la explotación de los juegos de azar, persigue encausar el juego que, como se ha dicho, es propio desde siempre de la actividad humana, para contrarrestar en la medida de lo posible, dos situaciones: por un lado la generación de conductas adictivas en especial en niños y jóvenes a través de estrictos controles y por otro lado, el abuso de los inescrupulosos que se desenvuelven en la clandestinidad, sacando provecho y beneficio de los sectores más desprotegidos y necesitados de nuestra sociedad"⁷⁹⁹. Por otro, la posibilidad de generar recursos que pueden ser destinados a la satisfacción de diversas necesidades sociales.

IV) Significado de la reforma

La evolución del juego y las apuestas llevó a que el propio Estado lo promueva a través de autorizaciones administrativas de todo tipo, que incluyen casinos, lotería, máquinas tragamonedas, bingos y muchos otros. Asimismo, las legislaciones locales reglamentan fuertemente estas actividades, las controlan y obtienen el lucro que de ellas deriva. En este caso, la actividad alentada por el Estado es regulada por normas de Derecho Público local y no le corresponde ningún papel al Código Civil en esta regulación. Así, básicamente, se mantiene la regla prevista en el artículo 2069 del código derogado, aunque de una manera más clara, más precisa y más amplia.

⁷⁹⁷ LORENZETTI, *Tratado de los contratos* cit., Cap. LIII, p. 551.

⁷⁹⁸ MORALES, Luis Fernán, *El contrato de juego de azar en la Provincia de Santiago del Estero*, en L. L. NOA 2007 (marzo), p. 131; AR/DOC/3951/2006.

⁷⁹⁹ MORALES, ob. cit.

ÍNDICE SUMARIO

CAPÍTULO 7

TRANSPORTE

Introducción. Los Fundamentos de la Comisión de Reformas	9

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1280 – <i>Definición</i>	11
I) Resumen	11
II) Concordanancias	11
III) Interpretación de la norma	12
IV) Significado de la reforma	13
Art. 1281 – <i>Ámbito de aplicación</i>	13
I) Resumen	13
II) Concordanancias	13
III) Interpretación de la norma	13
IV) Significado de la reforma	16
Art. 1282 – <i>Transporte gratuito</i>	16
I) Resumen	16
II) Concordanancias	16
III) Interpretación de la norma	16
IV) Significado de la reforma	17
Art. 1283 – <i>Oferta al público</i>	18
I) Resumen	18

II) Concordancias	18
III) Interpretación de la norma	18
IV) Significado de la reforma	20
Art. 1284 – Plazo	20
I) Resumen	20
II) Concordancias	20
III) Interpretación de la norma	20
IV) Significado de la reforma	21
Art. 1285 – Pérdida total o parcial del flete por retraso	21
I) Resumen	21
II) Concordancias	21
III) Interpretación de la norma	22
IV) Significado de la reforma	23
Art. 1286 – Responsabilidad del transportista	23
I) Resumen	23
II) Concordancias	23
III) Interpretación de la norma	23
III.1) Introducción	23
III.2) El transporte de personas y la dimensión constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema	24
III.3) Reglas generales aplicables	25
IV) Significado de la reforma	26
Art. 1287 – Transporte sucesivo o combinado	26
I) Resumen	26
II) Concordancias	26
III) Interpretación de la norma	26
IV) Significado de la reforma	27

SECCIÓN 2ª

TRANSPORTE DE PERSONAS

Art. 1288 – Comienzo y fin del transporte	28
I) Resumen	28
II) Concordancias	28
III) Interpretación de la norma	28
IV) Significado de la reforma	29

Art. 1289 – Obligaciones del transportista	29
I) Resumen	29
II) Concordancias	29
III) Interpretación de la norma	29
IV) Significado de la reforma	31
Art. 1290 – Obligaciones del pasajero	31
I) Resumen	31
II) Concordancias	31
III) Interpretación de la norma	31
IV) Significado de la reforma	32
Art. 1291 – Extensión de la responsabilidad	32
I) Resumen	33
II) Concordancias	33
III) Interpretación de la norma	33
IV) Significado de la reforma	33
Art. 1292 – Cláusulas limitativas de la responsabilidad	34
I) Resumen	34
II) Concordancias	34
III) Interpretación de la norma	34
IV) Significado de la reforma	34
Art. 1293 – Responsabilidad por el equipaje	34
I) Resumen	35
II) Concordancias	35
III) Interpretación de la norma	35
IV) Significado de la reforma	35
Art. 1294 – Cosas de valor	36
I) Resumen	36
II) Concordancias	36
III) Interpretación de la norma	36
IV) Significado de la reforma	37
Art. 1295 – Interrupción del transporte sucesivo	37
I) Resumen	37
II) Concordancias	38
III) Interpretación de la norma	38
IV) Significado de la reforma	38

SECCIÓN 3ª

TRANSPORTE DE COSAS

Art. 1296 – Obligaciones del cargador	38
I) Resumen	39
II) Concordancias	39
III) Interpretación de la norma	39
IV) Significado de la reforma	40
Art. 1297 – Responsabilidad del cargador	40
I) Resumen	40
II) Concordancias	41
III) Interpretación de la norma	41
IV) Significado de la reforma	41
Art. 1298 – Carta de porte	41
I) Resumen	41
II) Concordancias	41
III) Interpretación de la norma	42
IV) Significado de la reforma	43
Art. 1299 – Segundo ejemplar	43
I) Resumen	43
II) Concordancias	43
III) Interpretación de la norma	43
IV) Significado de la reforma	44
Art. 1300 – Guía	44
I) Resumen	44
II) Concordancias	44
III) Interpretación de la norma	44
IV) Significado de la reforma	45
Art. 1301 – Inoponibilidad	45
I) Resumen	45
II) Concordancias	45
III) Interpretación de la norma	46
IV) Significado de la reforma	46
Art. 1302 – Disposición de la carga	46
I) Resumen	46
II) Concordancias	46

III) Interpretación de la norma	47
IV) Significado de la reforma	47
Art. 1303 – Portador del segundo ejemplar	47
I) Resumen	47
II) Concordancias	47
III) Interpretación de la norma	48
IV) Significado de la reforma	48
Art. 1304 – Derechos del destinatario	48
I) Resumen	48
II) Concordancias	49
III) Interpretación de la norma	49
IV) Significado de la reforma	50
Art. 1305 – Puesta a disposición	50
I) Resumen	50
II) Concordancias	50
III) Interpretación de la norma	50
IV) Significado de la reforma	51
Art. 1306 – Entrega	51
I) Resumen	51
II) Concordancias	51
III) Interpretación de la norma	52
IV) Significado de la reforma	52
Art. 1307 – Impedimentos y retardo en la ejecución del transporte	52
I) Resumen	53
II) Concordancias	53
III) Interpretación de la norma	53
IV) Significado de la reforma	54
Art. 1308 – Impedimentos para la entrega	54
I) Resumen	54
II) Concordancias	54
III) Interpretación de la norma	54
IV) Significado de la reforma	55
Art. 1309 – Responsabilidad del transportista frente al cargador	55
I) Resumen	55
II) Concordancias	55

III) Interpretación de la norma.	55
IV) Significado de la reforma.	56
Art. 1310 – Responsabilidad por culpa	56
I) Resumen.	56
II) Concordancias	56
III) Interpretación de la norma.	56
IV) Significado de la reforma.	57
Art. 1311 – Cálculo del daño	57
I) Resumen.	57
II) Concordancias	57
III) Interpretación de la norma.	58
IV) Significado de la reforma.	58
Art. 1312 – Pérdida natural	58
I) Resumen.	58
II) Concordancias	59
III) Interpretación de la norma.	59
IV) Significado de la reforma.	59
Art. 1313 – Limitación de la responsabilidad. Prohibición	59
I) Resumen.	60
II) Concordancias	60
III) Interpretación de la norma.	60
IV) Significado de la reforma.	60
Art. 1314 – Comprobación de las cosas antes de la entrega.	60
I) Resumen.	61
II) Concordancias	61
III) Interpretación de la norma.	61
IV) Significado de la reforma.	62
Art. 1315 – Efectos de la recepción de las cosas transportadas	62
I) Resumen.	62
II) Concordancias	62
III) Interpretación de la norma.	62
IV) Significado de la reforma.	63
Art. 1316 – Culpa del cargador o de un tercero	63
I) Resumen.	63
II) Concordancias	63

III) Interpretación de la norma.	64
IV) Significado de la reforma.	64
Art. 1317 – Transporte con reexpedición de las cosas	64
I) Resumen.	64
II) Concordancias	65
III) Interpretación de la norma.	65
IV) Significado de la reforma.	65
Art. 1318 – Representación en el transporte sucesivo.	65
I) Resumen.	65
II) Concordancias	66
III) Interpretación de la norma.	66
IV) Significado de la reforma.	66

CAPÍTULO 8

MANDATO

Introducción. El contrato de mandato en los Fundamentos del Proyecto	66
Art. 1319 – Definición.	68
I) Resumen.	68
II) Concordancias	69
III) Interpretación de la norma.	69
IV) Significado de la reforma.	73
Art. 1320 – Representación.	74
I) Resumen.	74
II) Concordancias	74
III) Interpretación de la norma.	74
IV) Significado de la reforma.	75
Art. 1321 – Mandato de representación.	75
I) Resumen.	75
II) Concordancias	76
III) Interpretación de la norma.	76
IV) Significado de la reforma.	77
Art. 1322 – Onerosidad.	78
I) Resumen.	78

II) Concordancias	78
III) Interpretación de la norma	78
IV) Significado de la reforma	79
Art. 1323 – Capacidad	80
I) Resumen	80
II) Concordancias	80
III) Interpretación de la norma	81
IV) Significado de la reforma	82
Art. 1324 – Obligaciones del mandatario	82
I) Resumen	83
II) Concordancias	83
III) Interpretación de la norma	84
IV) Significado de la reforma	89
Art. 1325 – Conflicto de intereses	90
I) Resumen	90
II) Concordancias	90
III) Interpretación de la norma	90
IV) Significado de la reforma	91
Art. 1326 – Mandato a varias personas	91
I) Resumen	91
II) Concordancias	91
III) Interpretación de la norma	92
IV) Significado de la reforma	92
Art. 1327 – Sustitución del mandato	92
I) Resumen	92
II) Concordancias	93
III) Interpretación de la norma	93
IV) Significado de la reforma	95
Art. 1328 – Obligaciones del mandante	95
I) Resumen	95
II) Concordancias	96
III) Interpretación de la norma	96
IV) Significado de la reforma	98
Art. 1329 – Extinción del mandato	98
I) Resumen	98

II) Concordancias	98
III) Interpretación de la norma	99
IV) Significado de la reforma	102
Art. 1330 – Mandato irrevocable	102
I) Resumen	102
II) Concordancias	103
III) Interpretación de la norma	103
IV) Significado de la reforma	104
Art. 1331 – Revocación	104
I) Resumen	104
II) Concordancias	105
III) Interpretación de la norma	105
IV) Significado de la reforma	106
Art. 1332 – Renuncia	106
I) Resumen	106
II) Concordancias	107
III) Interpretación de la norma	107
IV) Significado de la reforma	108
Art. 1333 – Muerte o incapacidad del mandatario y del mandante	108
I) Resumen	108
II) Concordancias	109
III) Interpretación de la norma	109
IV) Significado de la reforma	110
Art. 1334 – Rendición de cuentas	110
I) Resumen	110
II) Concordancias	110
III) Interpretación de la norma	111
IV) Significado de la reforma	112

CAPÍTULO 9

CONTRATO DE CONSIGNACIÓN

Art. 1335 – Definición	112
I) Resumen	113
II) Concordancias	113

III) Interpretación de la norma	113
IV) Significado de la reforma.	116
Art. 1336 – Indivisibilidad	116
I) Resumen.	116
II) Concordancias	116
III) Interpretación de la norma	116
IV) Significado de la reforma.	118
Art. 1337 – Efectos	118
I) Resumen.	118
II) Concordancias	118
III) Interpretación de la norma	118
IV) Significado de la reforma.	120
Art. 1338 – Obligaciones del consignatario	120
I) Resumen.	121
II) Concordancias	121
III) Interpretación de la norma	121
IV) Significado de la reforma.	122
Art. 1339 – Plazos otorgados por el consignatario	122
I) Resumen.	122
II) Concordancias	122
III) Interpretación de la norma	122
IV) Significado de la reforma.	123
Art. 1340 – Crédito otorgado por el consignatario	123
I) Resumen.	124
II) Concordancias	124
III) Interpretación de la norma	124
IV) Significado de la reforma.	125
Art. 1341 – Prohibición	125
I) Resumen.	125
II) Concordancias	125
III) Interpretación de la norma	125
IV) Significado de la reforma.	127
Art. 1342 – Retribución del consignatario	127
I) Resumen.	128
II) Concordancias	128

III) Interpretación de la norma	128
IV) Significado de la reforma.	129
Art. 1343 – Comisión de garantía.	129
I) Resumen.	129
II) Concordancias	129
III) Interpretación de la norma	129
IV) Significado de la reforma.	130
Art. 1344 – Obligación de pagar el precio	130
I) Resumen.	131
II) Concordancias	131
III) Interpretación de la norma	131
IV) Significado de la reforma.	132

CAPÍTULO 10

CORRETAJE

Art. 1345 – Definición	132
I) Resumen.	137
II) Concordancias	137
III) Interpretación de la norma	137
IV) Significado de la reforma.	141
Art. 1346 – Conclusión del contrato de corretaje. Sujetos	141
I) Resumen.	142
II) Concordancias	142
III) Interpretación de la norma	142
IV) Significado de la reforma.	143
Art. 1347 – Obligaciones del corredor	143
I) Resumen.	144
II) Concordancias	144
III) Interpretación de la norma	144
IV) Significado de la reforma.	150
Art. 1348 – Prohibición	150
I) Resumen.	151
II) Concordancias	151

III) Interpretación de la norma	151
IV) Significado de la reforma.	152
Art. 1349 – Garantía y representación	152
I) Resumen.	153
II) Concordancias	153
III) Interpretación de la norma	153
IV) Significado de la reforma.	155
Art. 1350 – Comisión.	155
I) Resumen.	155
II) Concordancias	155
III) Interpretación de la norma	156
IV) Significado de la reforma.	159
Art. 1351 – Intervención de uno o de varios corredores	159
I) Resumen.	159
II) Concordancias	159
III) Interpretación de la norma	160
IV) Significado de la reforma.	160
Art. 1352 – Supuestos específicos de obligación de pagar la comisión	161
I) Resumen.	161
II) Concordancias	161
III) Interpretación de la norma	161
IV) Significado de la reforma.	162
Art. 1353 – Supuestos específicos en los que la comisión no se debe.	162
I) Resumen.	162
II) Concordancias	162
III) Interpretación de la norma	162
IV) Significado de la reforma.	164
Art. 1354 – Gastos	164
I) Resumen.	165
II) Concordancias	165
III) Interpretación de la norma	165
IV) Significado de la reforma.	165
Art. 1355 – Normas especiales	165
I) Resumen.	165
II) Concordancias	165

III) Interpretación de la norma	166
IV) Significado de la reforma.	167

CAPÍTULO 11

DEPÓSITO

Síntesis del régimen jurídico del depósito.	
Los Fundamentos de la Comisión de Reformas	167

SECCIÓN 1*

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1356 – Definición	169
I) Resumen.	169
II) Concordancias	169
III) Interpretación de la norma	170
III.1) La guarda como obligación principal y como prestación accesoria	170
III.2) Alcances de la obligación de guarda y conservación. Obligación de medios o de resultado	170
III.3) Caracteres del contrato	171
III.4) Objeto del depósito	174
IV) Significado de la reforma.	175
Art. 1357 – Presunción de onerosidad	175
I) Resumen.	175
II) Concordancias	176
III) Interpretación de la norma	176
III.1) El depósito oneroso.	176
III.2) La obligación de pagar la retribución. El depósito de cosa ajena.	176
III.3) El depósito gratuito	177
IV) Significado de la reforma.	177
Art. 1358 – Obligación del depositario	178
I) Resumen.	178
II) Concordancias	178
III) Interpretación de la norma	178
III.1) La diligencia debida por el depositario. La culpa leve en concreto	178
III.2) El depositario profesional	179

III.3) La prohibición del uso de la cosa	180
III.4) Restitución de la cosa depositada con sus frutos	181
IV) Significado de la reforma.	181
Art. 1359 – Plazo	182
I) Resumen.	182
II) Concordancias	182
III) Interpretación de la norma	182
III.1) Restitución anticipada reclamada por el depositante	182
III.2) Restitución anticipada por el depositario	183
III.3) Depósito sin plazo.	184
IV) Significado de la reforma.	184
Art. 1360 – Depósito oneroso	184
I) Resumen.	184
II) Concordancias	185
III) Interpretación de la norma.	185
III.1) La retribución del depositario	185
III.2) El derecho del depositario a la percepción íntegra de su retribución.	185
III.3) Los gastos extraordinarios de conservación	186
IV) Significado de la reforma.	187
Art. 1361 – Lugar de restitución.	187
I) Resumen.	187
II) Concordancias	187
III) Interpretación de la norma	188
III.1) Lugar de la restitución de la cosa depositada	188
III.2) El pacto en contrario	188
III.3) La regla en el depósito irregular	189
IV) Significado de la reforma.	189
Art. 1362 – Modalidad de la custodia.	189
I) Resumen.	189
II) Concordancias	190
III) Interpretación de la norma	190
III.1) Modalidades en el cumplimiento de la obligación de guarda y custodia. Los llamados “depósitos activos”	190
III.2) Obligación de dar aviso al depositante	191
IV) Significado de la reforma.	191

Art. 1363 – Persona a quien debe restituirse la cosa.	191
I) Resumen.	191
II) Concordancias	192
III) Interpretación de la norma	192
III.1) La restitución al depositante	192
III.2) La persona designada en el contrato	192
III.3) El depósito realizado en interés de un tercero	193
IV) Significado de la reforma.	194
Art. 1364 – Pérdida de la cosa	194
I) Resumen.	194
II) Concordancias	194
III) Interpretación de la norma.	194
III.1) La diligencia debida por el depositario.	194
III.2) Las eximentes alegables	195
IV) Significado de la reforma.	196
Art. 1365 – Prueba del dominio	196
I) Resumen.	196
II) Concordancias	196
III) Interpretación de la norma.	196
III.1) Legitimación para reclamar la devolución de la cosa depositada	196
III.2) Cumplimiento de la obligación de restituir.	197
III.3) Relaciones entre el depositario y el dueño de la cosa depositada.	197
IV) Significado de la reforma.	198
Art. 1366 – Herederos	198
I) Resumen.	198
II) Concordancias	198
III) Interpretación de la norma.	198
IV) Significado de la reforma.	200

SECCIÓN 2ª

DEPÓSITO IRREGULAR

Art. 1367 – Efectos	200
I) Resumen.	200
II) Concordancias	200

III) Interpretación de la norma	201
III.1) El depósito irregular	201
III.2) Las cosas fungibles como objeto del depósito irregular.	201
III.3) La individualización de la cosa fungible. La entrega en saco cerrado	203
III.4) Entrega de cosas fungibles y autorización de uso. Aplicación de las reglas del mutuo.	203
IV) Significado de la reforma.	205

SECCIÓN 3ª

DEPÓSITO NECESARIO

Art. 1368 – Definición	205
I) Resumen.	205
II) Concordancias	206
III) Interpretación de la norma	206
III.1) El depósito necesario. Antecedentes.	206
III.2) Los elementos caracterizantes del depósito necesario	207
III.3) La regulación del <i>depositum miserabile</i>	208
IV) Significado de la reforma.	208
Art. 1369 – Depósito en hoteles	209
I) Resumen.	209
II) Concordancias	209
III) Interpretación de la norma	209
III.1) El depósito en hoteles. El contrato de hospedaje	209
III.2) Integración normativa: Responsabilidad civil del hotelero y Ley de Defensa del Consumidor	211
III.3) Comienzo de la responsabilidad del hotelero. Alcances	212
IV) Significado de la reforma.	213
Art. 1370 – Responsabilidad	213
I) Resumen.	213
II) Concordancias	213
III) Interpretación de la norma	214
III.1) Efectos introducidos por el viajero.	214
III.2) Los vehículos guardados.	214
IV) Significado de la reforma.	215

Art. 1371 – Eximentes de responsabilidad	215
I) Resumen.	215
II) Concordancias	215
III) Interpretación de la norma	216
III.1) Responsabilidad objetiva del hotelero	216
III.2) El caso fortuito ajeno a la actividad	216
III.3) El robo a mano armada	216
III.4) Los efectos dejados en los vehículos	217
IV) Significado de la reforma.	217
Art. 1372 – Cosas de valor	218
Art. 1373 – Negativa a recibir.	218
I) Resumen.	218
II) Concordancias	218
III) Interpretación de las normas	218
III.1) Efectos de gran valor. Obligación de denunciarlos e indicar su valor.	218
III.2) Objetos excesivamente valiosos. Facultad del hotelero	219
III.3) La previsibilidad contractual como límite de la extensión de resarcimiento.	220
IV) Significado de la reforma.	220
Art. 1374 – Cláusulas que reducen la responsabilidad	220
I) Resumen.	221
II) Concordancias	221
III) Interpretación de la norma	221
III.1) Invalidez de las cláusulas limitativas	221
IV) Significado de la reforma.	221
Art. 1375 – Establecimientos y locales asimilables	222
I) Resumen.	222
II) Concordancias	222
III) Interpretación de la norma	223
III.1) Situaciones asimiladas al depósito necesario	223
III.2) La cuestión de la onerosidad. El estacionamiento gratuito en shopping centers, supermercados u otros establecimientos comerciales.	224
III.3) Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor	226
III.4) Supuestos enunciados	226

III.5) Responsabilidad objetiva. Eximentes. Las cosas dejadas en los vehículos	231
IV) Significado de la reforma.	232

SECCIÓN 4ª

CASAS DE DEPÓSITO

Art. 1376 – <i>Responsabilidad</i> .	232
Art. 1377 – <i>Deberes</i> .	233
I) Resumen.	233
II) Concordancias	233
III) Interpretación de las normas	233
III.1) Casas de depósitos. Responsabilidad del depositeario.	233
III.2) Cuantificación de los daños	235
III.3) Obligaciones del depositario.	235
IV) Significado de la reforma.	236

CAPÍTULO 12

CONTRATOS BANCARIOS

Introducción a los contratos bancarios. Los Fundamentos de la Comisión de Reformas	236

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

PARÁGRAFO 1º

TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES CONTRACTUALES

Art. 1378 – <i>Aplicación</i> .	239
I) Resumen.	239
II) Concordancias	240
III) Interpretación de la norma	240
Art. 1379 – <i>Publicidad</i> .	241
I) Resumen.	241
II) Concordancias	242
III) Interpretación de la norma	242

Art. 1380 – <i>Forma</i> .	244
I) Resumen.	245
II) Concordancias	245
III) Interpretación de la norma	245
Art. 1381 – <i>Contenido</i> .	245
I) Resumen.	246
II) Concordancias	246
III) Interpretación de la norma	246
Art. 1382 – <i>Información periódica</i> .	247
I) Resumen.	247
II) Concordancias	247
III) Interpretación de la norma	247
Art. 1383 – <i>Rescisión</i> .	248
I) Resumen.	248
II) Concordancias	248
III) Interpretación de la norma	248

PARÁGRAFO 2º

CONTRATOS BANCARIOS CON CONSUMIDORES Y USUARIOS

Art. 1384 – <i>Aplicación</i> .	249
I) Resumen.	250
II) Concordancias	250
III) Interpretación de la norma	250
Art. 1385 – <i>Publicidad</i> .	251
I) Resumen.	251
II) Concordancias	251
III) Interpretación de la norma	251
Art. 1386 – <i>Forma</i> .	252
I) Resumen.	253
II) Concordancias	253
III) Interpretación de la norma	253
Art. 1387 – <i>Obligaciones precontractuales</i> .	254
I) Resumen.	254

II) Concordancias	255
III) Interpretación de la norma	255
Art. 1388 – Contenido	256
I) Resumen.	256
II) Concordancias	256
III) Interpretación de la norma	256
Art. 1389 – Información en contratos de crédito	257
I) Resumen.	257
II) Concordancias	257
III) Interpretación de la norma	258

SECCIÓN 2ª

CONTRATOS EN PARTICULAR

PARÁGRAFO 1º

DEPÓSITO BANCARIO

Art. 1390 – Depósito en dinero	258
I) Resumen.	259
II) Concordancias	259
III) Interpretación de la norma	259
Art. 1391 – Depósito a la vista	260
I) Resumen.	260
II) Concordancias	261
III) Interpretación de la norma	261
Art. 1392 – Depósito a plazo	262
I) Resumen.	262
II) Concordancias	262
III) Interpretación de la norma	262

PARÁGRAFO 2º

CUENTA CORRIENTE BANCARIA

Art. 1393 – Definición	263
I) Resumen.	263

II) Concordancias	264
III) Interpretación de la norma	264
Art. 1394 – Otros servicios	265
I) Resumen.	265
II) Concordancias	265
III) Interpretación de la norma	265
Art. 1395 – Créditos y débitos	265
I) Resumen.	266
II) Concordancias	266
III) Interpretación de la norma	266
Art. 1396 – Instrumentación	266
I) Resumen.	267
II) Concordancias	267
III) Interpretación de la norma	267
Art. 1397 – Servicio de cheques	267
I) Resumen.	267
II) Concordancias	267
III) Interpretación de la norma	267
Art. 1398 – Intereses	268
I) Resumen.	268
II) Concordancias	268
III) Interpretación de la norma	268
Art. 1399 – Solidaridad	269
I) Resumen.	269
II) Concordancias	269
III) Interpretación de la norma	269
Art. 1400 – Propiedad de los fondos	270
I) Resumen.	270
II) Concordancias	270
III) Interpretación de la norma	270
Art. 1401 – Reglas subsidiarias	271
I) Resumen.	271
II) Concordancias	271
III) Interpretación de la norma	271

Art. 1402 – Créditos o valores contra terceros	272
I) Resumen	272
II) Concordancias	272
III) Interpretación de la norma	272
Art. 1403 – Resúmenes	272
I) Resumen	273
II) Concordancias	273
III) Interpretación de la norma	273
Art. 1404 – Cierre de cuenta	275
I) Resumen	275
II) Concordancias	275
III) Interpretación de la norma	275
Art. 1405 – Compensación de saldos	276
I) Resumen	276
II) Concordancias	276
III) Interpretación de la norma	276
Art. 1406 – Ejecución de saldo	277
I) Resumen	277
II) Concordancias	277
III) Interpretación de la norma	277
Art. 1407 – Garantías	278
I) Resumen	279
II) Concordancias	279
III) Interpretación de la norma	279

PARÁGRAFO 3°

PRÉSTAMO Y DESCUENTO BANCARIO

Art. 1408 – Préstamo bancario	279
I) Resumen	279
II) Concordancias	279
III) Interpretación de la norma	280
Art. 1409 – Descuento bancario	280
I) Resumen	281
II) Concordancias	281
III) Interpretación de la norma	281

PARÁGRAFO 4°

APERTURA DE CRÉDITO

Art. 1410 – Definición	282
I) Resumen	282
II) Concordancias	282
III) Interpretación de la norma	282
Art. 1411 – Disponibilidad	283
I) Resumen	283
II) Concordancias	283
III) Interpretación de la norma	284
Art. 1412 – Carácter de la disponibilidad	284
I) Resumen	284
II) Concordancias	284
III) Interpretación de la norma	284

PARÁGRAFO 5°

SERVICIO DE CAJA DE SEGURIDAD

Art. 1413 – Obligaciones a cargo de las partes	285
I) Resumen	285
II) Concordancias	285
III) Interpretación de la norma	285
Art. 1414 – Lónites	288
I) Resumen	288
II) Concordancias	288
III) Interpretación de la norma	288
Art. 1415 – Prueba de contenido	289
I) Resumen	289
II) Concordancias	289
III) Interpretación de la norma	290
Art. 1416 – Pluralidad de usuarios	293
I) Resumen	293
II) Concordancias	293
III) Interpretación de la norma	294

Art. 1417 – Retiro de los efectos	294
I) Resumen.	295
II) Concordancias	295
III) Interpretación de la norma	295

PARÁGRAFO 6°

CUSTODIA DE TÍTULOS

Art. 1418 – Obligaciones a cargo de las partes	296
I) Resumen.	296
II) Concordancias	296
III) Interpretación de la norma	296
Art. 1419 – Omisión de instrucciones	297
I) Resumen.	298
II) Concordancias	298
III) Interpretación de la norma	298
Art. 1420 – Disposición. Autorización otorgada al banco	298
I) Resumen.	298
II) Concordancias	299
III) Interpretación de la norma	299

CAPÍTULO 13

CONTRATO DE FACTORAJE

Art. 1421 – Definición	300
I) Resumen.	300
II) Concordancias	300
III) Interpretación de la norma	300
Art. 1422 – Otros servicios	301
I) Resumen.	302
II) Concordancias	302
III) Interpretación de la norma	302
Art. 1423 – Créditos que puede ceder el factoreado	303
I) Resumen.	303
II) Concordancias	303
III) Interpretación de la norma	304

Art. 1424 – Contrato. Elementos que debe incluir	304
I) Resumen.	304
II) Concordancias	304
III) Interpretación de la norma	305
Art. 1425 – Efecto del contrato	306
I) Resumen.	306
II) Concordancias	306
III) Interpretación de la norma	306
Art. 1426 – Garantía y aforos	306
I) Resumen.	307
II) Concordancias	307
III) Interpretación de la norma	307
Art. 1427 – Imposibilidad del cobro del derecho de crédito cedido	307
I) Resumen.	307
II) Concordancias	307
III) Interpretación de la norma	307
Art. 1428 – Notificación al deudor cedido	308
I) Resumen.	308
II) Concordancias	308
III) Interpretación de la norma	308

CAPÍTULO 14

CONTRATOS CELEBRADOS EN
BOLSA O MERCADO DE COMERCIO

Art. 1429 – Normas aplicables	309
I) Resumen.	310
II) Concordancias	310
III) Interpretación de la norma	310

CAPÍTULO 15

CUENTA CORRIENTE

Art. 1430 – Definición	311
I) Resumen.	311
II) Concordancias	312

III) Interpretación de la norma	312
III.1) La cuenta corriente en el Código y la anterior cuenta corriente mercantil	312
III.2) La definición de cuenta corriente en el Código	313
III.3) Inserción de la cuenta corriente en las clasificaciones de contratos del Código	315
IV) Significado de la reforma.	316
Art. 1431 – Contenido	316
I) Resumen.	316
II) Concordancias	316
III) Interpretación de la norma.	316
III.1) Vocación universal del contrato de cuenta corriente	316
III.2) Créditos excluidos de la cuenta corriente.	317
IV) Significado de la reforma.	318
Art. 1432 – Plazos	318
I) Resumen.	318
II) Concordancias	319
III) Interpretación de la norma.	319
III.1) Reglas supletorias en materia de plazos en la cuenta corriente	319
III.2) Períodos del contrato.	319
III.3) Duración del contrato	319
III.4) Dinámica del contrato con períodos sucesivos.	320
IV) Significado de la reforma.	320
Art. 1433 – Intereses, comisiones y gastos	320
I) Resumen.	321
II) Concordancias	321
III) Interpretación de la norma.	321
III.1) Intereses en la cuenta corriente.	321
III.2) Inclusión de comisiones y gastos relacionados	322
IV) Significado de la reforma.	323
Art. 1434 – Garantías de créditos incorporados	323
I) Resumen.	323
II) Concordancias	323
III) Interpretación de la norma.	323
III.1) Mantenimiento condicional de las garantías de los créditos incorporados a la cuenta corriente.	323
IV) Significado de la reforma.	324

Art. 1435 – Cláusula “salvo encaje”	324
I) Resumen.	325
II) Concordancias	325
III) Interpretación de la norma.	325
III.1) La cláusula “salvo encaje”	325
III.2) Excepciones a la cláusula “salvo encaje”	325
III.3) Opciones del receptor de la remesa	326
IV) Significado de la reforma.	326
Art. 1436 – Embargo	326
I) Resumen.	327
II) Concordancias	327
III) Interpretación de la norma.	327
III.1) Dinámica de la cuenta corriente y derechos de acreedores de las partes.	327
III.2) Efectos del embargo del saldo eventual de la cuenta corriente	328
IV) Significado de la reforma.	328
Art. 1437 – Ineficacia	328
I) Resumen.	329
II) Concordancias	329
III) Interpretación de la norma.	329
III.1) Ineficacia del crédito incorporado a la cuenta corriente.	329
IV) Significado de la reforma.	329
Art. 1438 – Resúmenes de cuenta. Aprobación	329
I) Resumen.	330
II) Concordancias	330
III) Interpretación de la norma.	330
III.1) Resúmenes de la cuenta corriente: autonomía de la voluntad	330
III.2) Comunicación y aprobación de los resúmenes de la cuenta corriente	331
III.3) Observaciones al resumen. Acción de rectificación de la cuenta corriente	331
IV) Significado de la reforma.	332
Art. 1439 – Garantías	332
I) Resumen.	332
II) Concordancias	332

III) Interpretación de la norma	332
III.1) Garantías sobre el saldo de la cuenta corriente: sentido de la norma.	332
III.2) Garantías admisibles. Saldo final y saldo parcial de la cuenta corriente.	333
IV) Significado de la reforma.	334
Art. 1440 – Cobro ejecutivo del saldo.	334
I) Resumen.	334
II) Concordancias	335
III) Interpretación de la norma.	335
III.1) La cuenta corriente y la vía ejecutiva: consideraciones generales	335
III.2) Primer caso: resumen de cuenta conformado por el deudor o reconocido en sede judicial	336
III.3) Segundo caso: resumen con saldo certificado por contador y sin observaciones del deudor	336
IV) Significado de la reforma.	337
Art. 1441 – Extinción del contrato	337
I) Resumen.	338
II) Concordancias	338
III) Interpretación de la norma	338
III.1) Aplicación de las reglas generales en materia de extinción de los contratos	338
III.2) Supuestos expresamente contemplados en el artículo 1441 del Código	339
IV) Significado de la reforma.	340

CAPÍTULO 16

CONTRATOS ASOCIATIVOS

Introducción. Los contratos asociativos en los Fundamentos de la Comisión de Reforma	340

SECCIÓN I*

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1442 – Normas aplicables	344
I) Resumen.	344

II) Concordancias	345
III) Interpretación de la norma	345
III.1) La regulación sistemática de los contratos de colaboración asociativa	345
III.2) La colaboración asociativa dentro del Código	346
III.2.A) El deber colateral de colaboración.	346
III.2.B) La colaboración gestoría	347
III.2.C) La colaboración societaria	347
III.2.D) La colaboración asociativa: el contrato asociativo	347
III.3) Los contratos asociativos no dan lugar a una sociedad, ni se les aplican las normas sobre sociedades.	348
III.4) No son personas jurídicas	351
III.5) No son sujetos de derecho.	353
III.6) Inaplicabilidad de las reglas a las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria	353
IV) Significado de la reforma.	355
Art. 1443 – Nulidad	355
I) Resumen.	355
II) Concordancias	355
III) Interpretación de la norma	355
III.1) Generalidades	355
III.2) Nulidad del contrato asociativo por causa que afecta a una de las partes	357
III.3) Resolución del contrato asociativo por causa de incumplimiento de una parte	359
III.4) Imposibilidad de cumplimiento	361
IV) Significado de la reforma.	361
Art. 1444 – Forma	361
I) Resumen.	361
II) Concordancias	361
III) Interpretación de la norma	362
III.1) Inexigibilidad de requisitos de forma (constitutiva).	362
IV) Significado de la reforma.	363
Art. 1445 – Actuación en nombre común o de las partes	363
I) Resumen.	363
II) Concordancias	363

III) Interpretación de la norma	363
III.1) Fuentes normativas específicas. Importancia de su consideración	363
III.2) Ámbito de aplicación del artículo 1445 y solución normativa que impone	364
Art. 1446 – <i>Libertad de contenidos</i>	367
I) Resumen	367
II) Concordancias	367
III) Interpretación de la norma	367
III.1) Libertad de configuración interna de los contratos asociativos	367
IV) Significado de la reforma	370
Art. 1447 – <i>Efectos entre partes</i>	370
I) Resumen	370
II) Concordancias	370
III) Interpretación de la norma	370
III.1) Inscripción de los contratos asociativos	370
III.2) Contratos asociativos no inscriptos	372
IV) Significado de la reforma	372

SECCIÓN 2ª

NEGOCIO EN PARTICIPACIÓN

Art. 1448 – <i>Definición</i>	372
I) Resumen	373
II) Concordancias	373
III) Interpretación de la norma	373
III.1) El negocio en participación: antecedentes y naturaleza jurídica	373
III.2) Fundamento económico del contrato. Diferencia con el contrato de sociedad	375
III.3) Sujetos del contrato	376
III.3.A) Las sociedades anónimas y en comandita por acciones como “parte” del “negocio en participación”	378
III.4) Objeto del contrato	378
III.5) Relaciones jurídicas internas	379
III.5.A) Obligaciones y derechos del gestor	380

III.5.B) Obligaciones y derechos del partícipe	381
III.5.C) Responsabilidades del gestor y del partícipe	383
III.5.D) Capacidad procesal del gestor	383
III.6) Informalidad	383
IV) Significado de la reforma	384
Art. 1449 – <i>Gestor. Actuación y responsabilidad</i>	384
I) Resumen	384
II) Concordancias	384
III) Interpretación de la norma	385
III.1) Actuación personal del gestor	385
III.2) Responsabilidad del gestor ilimitada	385
III.2.A) Responsabilidad frente al o los partícipes	386
III.2.B) Responsabilidad frente a los terceros con quien se vincula	386
III.3) Actuación conjunta. Responsabilidad solidaria	387
IV) Significado de la reforma	387
Art. 1450 – <i>Partícipe</i>	387
I) Resumen	387
II) Concordancias	387
III) Interpretación de la norma	388
III.1) Deber de abstención del partícipe	388
III.2) Inexistencia de acciones recíprocas	388
III.3) Infracción al deber de abstención. Apariencia jurídica	389
IV) Significado de la reforma	390
Art. 1451 – <i>Derechos de información y rendición de cuentas</i>	390
I) Resumen	390
II) Concordancias	391
III) Interpretación de la norma	391
III.1) Generalidades	391
III.2) Derecho de información	391
III.3) Derecho de rendición de cuentas	392
IV) Significado de la reforma	394
Art. 1452 – <i>Limitación de las pérdidas</i>	394
I) Resumen	395
II) Concordancias	395

III) Interpretación de la norma	395
III.1) Limitación de la responsabilidad del partícipe por causa de pérdidas	395
III.2) Extinción del contrato	396
IV) Significado de la reforma	398

SECCIÓN 3ª

AGRUPACIONES DE COLABORACIÓN

Art. 1453 – Definición	398
I) Resumen	398
II) Concordancias	398
III) Interpretación de la norma	398
III.1) Caracterización del contrato de agrupación en colaboración	398
III.2) Partes del contrato	400
IV) Significado de la reforma	401
Art. 1454 – Ausencia de finalidad lucrativa	402
I) Resumen	402
II) Concordancias	402
III) Interpretación de la norma	402
III.1) Prohibición de lucro	402
III.2) Prohibición de inmiscuirse en la actividad de las partes agrupadas	403
IV) Significado de la reforma	403
Art. 1455 – Contrato. Forma y contenido	403
I) Resumen	405
II) Concordancias	405
III) Interpretación de la norma	405
III.1) El contrato de agrupación de colaboración: forma y contenido	405
III.1.A) Expresión escrita	405
III.1.B) Contenido del contrato	406
III.2) Inscripción del contrato de agrupación de colaboración	414
IV) Significado de la reforma	414
Art. 1456 – Resoluciones	415
I) Resumen	415
II) Concordancias	415

III) Interpretación de la norma	415
III.1) Resoluciones inherentes a la realización del objeto del contrato	415
III.2) Impugnación judicial de las resoluciones	417
III.3) Modificación del contrato	418
IV) Significado de la reforma	419
Art. 1457 – Dirección y administración	419
I) Resumen	419
II) Concordancias	419
III) Interpretación de la norma	419
III.1) Administración y dirección	419
IV) Significado de la reforma	422
Art. 1458 – Fondo común operativo	422
I) Resumen	422
II) Concordancias	422
III) Interpretación de la norma	422
III.1) Fondo común operativo	422
IV) Significado de la reforma	425
Art. 1459 – Obligaciones. Solidaridad	425
I) Resumen	426
II) Concordancias	426
III) Interpretación de la norma	426
III.1) Responsabilidad de los participantes por obligaciones asumidas en nombre de la agrupación	426
III.2) Responsabilidad de los participantes por obligaciones asumidas por el representante común en nombre de otros participantes	428
IV) Significado de la reforma	429
Art. 1460 – Estados de situación	429
I) Resumen	429
II) Concordancias	429
III) Interpretación de la norma	430
III.1) Estados de situación	430
III.2) Imputación de beneficios, pérdidas, ingresos y gastos	431
IV) Significado de la reforma	431
Art. 1461 – Extinción	431
I) Resumen	432
II) Concordancias	432

III) Interpretación de la norma.	432
III.1) Extinción del contrato de agrupación de colaboración. Causales.	432
IV) Significado de la reforma.	438
Art. 1462 – Resolución parcial no voluntaria de vínculo	438
I) Resumen.	438
II) Concordancias	439
III) Interpretación de la norma.	439
III.1) Resolución parcial por incumplimiento de obligaciones. Exclusión del participante	439
III.2) Resolución total por incumplimiento de obligaciones	442
IV) Significado de la reforma.	442

SECCIÓN 4ª

UNIONES TRANSITORIAS

Art. 1463 – Definición.	443
I) Resumen.	443
II) Concordancias	443
III) Interpretación de la norma.	443
III.1) Caracterización del contrato de unión transitoria.	443
III.2) Partes del contrato.	446
IV) Significado de la reforma.	447
Art. 1464 – Contrato. Forma y contenido	447
I) Resumen.	448
II) Concordancias	449
III) Interpretación de la norma.	449
III.1) El contrato de unión transitoria: forma y contenido.	449
III.1.A) Expresión escrita	449
III.1.B) Contenido del contrato.	449
IV) Significado de la reforma.	455
Art. 1465 – Representante	455
I) Resumen.	456
II) Concordancias	456
III) Interpretación de la norma.	456
III.1) Representación de los miembros de la unión transitoria	456

III.2) Revocación “sin” justa causa y “con” justa causa	459
III.3) Representación cambiaria de la unión transitoria.	460
IV) Significado de la reforma.	461
Art. 1466 – Inscripción registral.	461
I) Resumen.	461
II) Concordancias	461
III) Interpretación de la norma.	461
III.1) Inscripciones registrales exigibles. Remisión.	461
IV) Significado de la reforma.	462
Art. 1467 – Obligaciones. No solidaridad	462
I) Resumen.	462
II) Concordancias	463
III) Interpretación de la norma.	463
III.1) Responsabilidad de los miembros de la unión transitoria. Inexistencia de solidaridad presumida	463
III.2) Solidaridad convencional	466
IV) Significado de la reforma.	467
Art. 1468 – Acuerdos.	467
I) Resumen.	467
II) Concordancias	468
III) Interpretación de la norma.	468
III.1) Régimen deliberativo	468
III.2) Impugnación de los acuerdos	470
IV) Significado de la reforma.	470
Art. 1469 – Quiebra, muerte o incapacidad.	470
I) Resumen.	470
II) Concordancias	470
III) Interpretación de la norma.	470
III.1) Extinción del contrato por quiebra, muerte o incapacidad de una de las partes	470

SECCIÓN 5ª

CONSORCIOS DE COOPERACIÓN

Art. 1470 – Definición.	472
I) Resumen.	472
II) Concordancias	472

III) Interpretación de la norma	473
III.1) El consorcio de cooperación como contrato asociativo	473
III.2) Miembros del consorcio de cooperación	474
IV) Significado de la reforma	475
Art. 1471 – Exclusión de función de dirección o control	475
I) Resumen	475
II) Concordancias	475
III) Interpretación de la norma	475
III.1) El consorcio como organización de carácter horizontal	475
IV) Significado de la reforma	477
Art. 1472 – Participación en los resultados	477
I) Resumen	477
II) Concordancias	477
III) Interpretación de la norma	477
III.1) Finalidad de lucro y participación en las ganancias	477
IV) Significado de la reforma	479
Art. 1473 – Forma	479
I) Resumen	479
II) Concordancias	479
III) Interpretación de la norma	479
III.1) Expresión escrita	479
III.2) Inscripción del contrato de agrupación de colaboración	480
IV) Significado de la reforma	480
Art. 1474 – Contenido	481
I) Resumen	482
II) Concordancias	482
III) Interpretación de la norma	482
III.1) Contenido del contrato	482
IV) Significado de la reforma	492
Art. 1475 – Reglas contables	492
I) Resumen	492
II) Concordancias	492
III) Interpretación de la norma	492
III.1) Contabilidad del consorcio de cooperación	492
III.2) Libro de actas	494
IV) Significado de la reforma	495

Art. 1476 – Obligaciones y responsabilidad del representante	495
I) Resumen	495
II) Concordancias	495
III) Interpretación de la norma	495
III.1) Obligaciones del representante del consorcio de cooperación	495
III.2) Responsabilidades del representante del consorcio de cooperación	496
IV) Significado de la reforma	497
Art. 1477 – Responsabilidad de los participantes	498
I) Resumen	498
II) Concordancias	498
III) Interpretación de la norma	498
III.1) Responsabilidad mancomunada de los consorcistas	498
III.2) Responsabilidad solidaria de los consorcistas	499
IV) Significado de la reforma	499
Art. 1478 – Extinción del contrato	499
I) Resumen	499
II) Concordancias	499
III) Interpretación de la norma	500
III.1) Causales de extinción del contrato de consorcio de cooperación	500
III.2) Causales de resolución parcial del contrato de consorcio de cooperación	501
IV) Significado de la reforma	503

CAPÍTULO 17

AGENCIA

Introducción. El contrato de agencia en los Fundamentos de la Comisión de Reformas	504
Art. 1479 – Definición y forma	507
I) Resumen	507
II) Concordancias	508
III) Interpretación de la norma	508
III.1) La incorporación de la agencia al Código	508
III.2) El contrato de agencia	508
III.3) Caracteres de la actividad del agente	509

III.4) El agente no representa al empresario	510
III.5) El contrato debe instrumentarse por escrito	511
IV) Significado de la reforma.	511
Art. 1480 – Exclusividad.	511
I) Resumen.	511
II) Concordancias	511
III) Interpretación de la norma.	511
III.1) Carácter necesario.	511
III.2) Delimitación material	512
III.3) Determinación del ámbito geográfico.	512
III.4) Delimitación personal	512
III.5) Modalidades	512
III.6) Consecuencias de la violación de la exclusividad	513
IV) Significado de la reforma.	513
Art. 1481 – Relación con varios empresarios	513
I) Resumen.	513
II) Concordancias	513
III) Interpretación de la norma	514
III.1) Posibilidad de promover negocios para varios preponentes	514
III.2) Exclusividad a favor del preponente. Prohibición de realizar actividades en competencia.	514
III.3) Alcances de la exclusividad	514
III.4) Carácter de la exclusividad	514
III.5) Convención en contrario.	514
IV) Significado de la reforma.	515
Art. 1482 – Garantía del agente	515
I) Resumen.	515
II) Concordancias	515
III) Interpretación de la norma.	515
III.1) Prohibición de pactar la garantía de las operaciones	515
III.2) Pérdida de la comisión	516
IV) Significado de la reforma.	516
Art. 1483 – Obligaciones del agente.	516
I) Resumen.	517
II) Concordancias	517

III) Interpretación de la norma.	517
III.1) Obligaciones del agente	517
III.2) Actuación de buena fe y en defensa de los intereses del empresario	518
III.3) Promoción de los actos u operaciones comprendidos en el contrato	518
III.4) Obligación de actuar de manera diligente, como un buen hombre de negocios	518
III.5) Cumplir con las instrucciones del empresario	519
III.6) Deber de información	520
III.7) Recibir reclamaciones de terceros	521
III.8) Llevar contabilidad en forma	521
IV) Significado de la reforma.	522
Art. 1484 – Obligaciones del empresario	522
I) Resumen.	522
II) Concordancias	522
III) Interpretación de la norma.	523
III.1) Deber de actuar de buena fe y realizar todas las actividades que permitan la actividad del agente	523
III.2) Deber de información	523
III.3) Pago de la remuneración	524
IV) Significado de la reforma.	525
Art. 1485 – Representación del agente.	525
I) Resumen.	525
II) Concordancias	525
III) Interpretación de la norma	525
III.1) Ausencia de representación.	525
III.2) Representación para recibir reclamos	526
III.3) Poder especial para realizar cobranzas	526
III.4) Cláusula especial para renunciar. Desistimiento de cobranza	526
IV) Significado de la reforma.	527
Art. 1486 – Remuneración	527
I) Resumen.	527
II) Concordancias	527
III) Interpretación de la norma	528
III.1) Derecho a la remuneración	528

III.2) La remuneración se determina contractualmente	528
III.3) Falta de determinación contractual. La remuneración consiste en una comisión	529
III.4) Cuantía de la comisión	529
IV) Significado de la reforma.	529
Art. 1487 – Base para el cálculo.	529
I) Resumen.	530
II) Concordancias	530
III) Interpretación de la norma.	530
III.1) La base para el cálculo se determina por contrato	530
III.2) Derechos inderogables del agente.	530
IV) Significado de la reforma.	531
Art. 1488 – Devengamiento de la comisión	532
I) Resumen.	532
II) Concordancias	532
III) Interpretación de la norma.	532
III.1) El devengamiento de la comisión.	532
III.2) Plazo de pago de la comisión devengada	533
III.3) Plazo para la aceptación de la propuesta	533
IV) Significado de la reforma.	534
Art. 1489 – Remuneración sujeta a ejecución del contrato	534
I) Resumen.	534
II) Concordancias	534
III) Interpretación de la norma.	534
IV) Significado de la reforma.	535
Art. 1490 – Gastos	535
I) Resumen.	535
II) Concordancias	535
III) Interpretación de la norma.	535
IV) Significado de la reforma.	535
Art. 1491 – Plazo	535
I) Resumen.	536
II) Concordancias	536
III) Interpretación de la norma.	536
III.1) El contrato de agencia es de plazo indeterminado, salvo pacto en contrario.	536

III.2) Contrato con plazo determinado. Continuación de la relación	536
III.3) No se determina un plazo mínimo de duración	537
IV) Significado de la reforma.	537
Art. 1492 – Preaviso	537
I) Resumen.	538
II) Concordancias	538
III) Interpretación de la norma.	538
III.1) Facultad de rescisión unilateral.	538
III.2) Preaviso.	539
III.3) Oportunidad para la realización del preaviso	539
III.4) Plazo de preaviso. Cláusula expresa de preaviso	539
IV) Significado de la reforma.	539
Art. 1493 – Omisión de preaviso	539
I) Resumen.	540
II) Concordancias	540
III) Interpretación de la norma.	540
III.1) La omisión de preaviso no obsta a la rescisión del contrato	540
III.2) Deber resarcitorio	540
IV) Significado de la reforma.	541
Art. 1494 – Resolución. Otras causales	541
I) Resumen.	541
II) Concordancias	541
III) Interpretación de la norma.	542
III.1) Extinción del contrato de agencia.	542
III.2) Muerte o incapacidad de la persona humana	542
III.3) Disolución de la persona jurídica	543
III.4) Quiebra de las partes	544
III.5) Vencimiento del plazo	544
III.6) Incumplimiento de las obligaciones	544
IV) Significado de la reforma.	547
Art. 1495 – Manera en que opera la resolución	547
I) Resumen.	547
II) Concordancias	548
III) Interpretación de la norma.	548
III.1) Maneras en que opera la extinción del contrato	548

III.2) Extinción de pleno derecho.	548
III.3) Extinción por incumplimiento de las obligaciones.	548
III.4) Extinción por disminución significativa del volumen de negocios del agente	549
IV) Significado de la reforma.	549
Art. 1496 – Fusión o escisión	549
I) Resumen.	549
II) Concordancias	549
III) Interpretación de la norma.	550
III.1) El principio. La fusión o escisión no provoca la extinción del contrato	550
III.2) La excepción. Fusión o escisión de la sociedad preponente.	550
III.3) Derecho indemnizatorio del agente	550
IV) Significado de la reforma.	550
Art. 1497 – Compensación por clientela	551
I) Resumen.	551
II) Concordancias	551
III) Interpretación de la norma.	551
III.1) La generación de clientela.	551
III.2) El derecho a compensación por clientela a favor del agente.	552
III.3) Muerte del agente	553
III.4) Cuantía de la compensación. Base para el cálculo	553
III.5) Derecho a otras indemnizaciones	553
IV) Significado de la reforma.	553
Art. 1498 – Compensación por clientela. Excepciones	553
I) Resumen.	554
II) Concordancias	554
III) Interpretación de la norma.	554
III.1) Extinción por incumplimiento del agente.	554
III.2) Extinción por decisión incausada del agente	554
III.3) Extinción por edad, invalidez o enfermedad del agente.	555
IV) Significado de la reforma.	555
Art. 1499 – Cláusula de no competencia	555
I) Resumen.	555
II) Concordancias	555

III) Interpretación de la norma	555
III.1) Cláusula de no competencia	555
III.2) Límites a la cláusula de no competencia.	556
IV) Significado de la reforma.	556
Art. 1500 – Subagencia	556
I) Resumen.	557
II) Concordancias	557
III) Interpretación de la norma.	557
III.1) Principio de no delegabilidad	557
III.2) Cláusula contractual que permite la subagencia.	557
III.3) Inexistencia de vínculo del subagente con el empresario	557
III.4) Solidaridad de agente y subagente	558
IV) Significado de la reforma.	558
Art. 1501 – Casos excluidos	558
I) Resumen.	558
II) Concordancias	558
III) Interpretación de la norma.	558
IV) Significado de la reforma.	559

CAPÍTULO 18

CONCESIÓN

Introducción. El contrato de concesión en los Fundamentos de la Comisión de Reformas	559
Art. 1502 – Definición	560
I) Resumen.	560
II) Concordancias	560
III) Interpretación de la norma.	560
III.1) La incorporación de la concesión al Código.	560
III.2) Elementos de la definición	561
III.3) Caracteres de la concesión	563
IV) Significado de la reforma.	563
Art. 1503 – Exclusividad. Mercaderías	564
I) Resumen.	564

II) Concordancias	564
III) Interpretación de la norma	564
III.1) Regla supletoria	564
III.2) Exclusividad. Alcance territorial de la concesión	565
III.3) Mercaderías comprendidas	565
IV) Significado de la reforma	565
Art. 1504 – Obligaciones del concedente	566
I) Resumen	566
II) Concordancias	566
III) Interpretación de la norma	567
IV) Significado de la reforma	568
Art. 1505 – Obligaciones del concesionario	568
I) Resumen	569
II) Concordancias	569
III) Interpretación de la norma	569
IV) Significado de la reforma	571
Art. 1506 – Plazos	571
I) Resumen	572
II) Concordancias	572
III) Interpretación de la norma	572
III.1) Plazo mínimo	572
III.2) Reducción excepcional del plazo mínimo	573
III.3) Situaciones posibles al vencimiento del plazo	573
IV) Significado de la reforma	574
Art. 1507 – Retribución. Gastos	574
I) Resumen	574
II) Concordancias	574
III) Interpretación de la norma	575
III.1) Retribución	575
III.2) Gastos	575
IV) Significado de la reforma	576
Art. 1508 – Rescisión de contratos por tiempo indeterminado	576
I) Resumen	576
II) Concordancias	576
III) Interpretación de la norma	576
III.1) Presupuestos de aplicación	576

III.2) Licitud de la rescisión	577
III.3) Efectos de la rescisión	577
IV) Significado de la reforma	577
Art. 1509 – Resolución del contrato de concesión. Causales	578
I) Resumen	578
II) Concordancias	578
III) Interpretación de la norma	578
IV) Significado de la reforma	578
Art. 1510 – Subconcesionarios. Cesión del contrato	578
I) Resumen	578
II) Concordancias	579
III) Interpretación de la norma	579
III.1) Los supuestos alcanzados	579
III.2) La regla legal	579
IV) Significado de la reforma	580
Art. 1511 – Aplicación a otros contratos	580
I) Resumen	580
II) Concordancias	581
III) Interpretación de la norma	581
IV) Significado de la reforma	582

CAPÍTULO 19

FRANQUICIA

Introducción. El contrato de franquicia en los Fundamentos de la Comisión de Reformas	583
Art. 1512 – Concepto	585
I) Resumen	585
II) Concordancias	585
III) Interpretación de la norma	586
III.1) La incorporación de la franquicia comercial al Código	586
III.2) Elementos de la definición	586
III.3) Clases	588
III.4) Caracteres	588
IV) Significado de la reforma	589

Art. 1513 – Definiciones	589
I) Resumen.	590
II) Concordancias	590
III) Interpretación de la norma.	590
III.1) Franquicias mayorista y de desarrollo (incs. a, y b)	590
III.2) Sistema de negocios (inc. c)	591
IV) Significado de la reforma.	592
Art. 1514 – Obligaciones del franquiciante	592
I) Resumen.	593
II) Concordancias	593
III) Interpretación de la norma.	594
IV) Significado de la reforma.	596
Art. 1515 – Obligaciones del franquiciado	596
I) Resumen.	597
II) Concordancias	597
III) Interpretación de la norma.	597
III.1) Carácter “mínimo” de las obligaciones	597
III.2) Obligaciones reguladas	597
IV) Significado de la reforma.	599
Art. 1516 – Plazo	600
I) Resumen.	600
II) Concordancias	600
III) Interpretación de la norma.	600
III.1) Plazo mínimo	600
III.2) Reducción excepcional del plazo mínimo	601
III.3) Situaciones posibles al vencimiento del plazo. Prórroga tácita	601
IV) Significado de la reforma.	602
Art. 1517 – Cláusulas de exclusividad	602
I) Resumen.	602
II) Concordancias	603
III) Interpretación de la norma.	603
III.1) Regla supletoria.	603
III.2) Exclusividad. Alcance territorial de la concesión.	603
IV) Significado de la reforma.	604
Art. 1518 – Otras cláusulas.	604
I) Resumen.	604

II) Concordancias	605
III) Interpretación de la norma.	605
IV) Significado de la reforma.	605
Art. 1519 – Cláusulas nulas	606
I) Resumen.	606
II) Concordancias	606
III) Interpretación de la norma.	606
III.1) El principio general: la existencia de cláusulas inválidas y la integración del contrato	606
III.2) Los supuestos	607
IV) Significado de la reforma.	608
Art. 1520 – Responsabilidad.	608
I) Resumen.	609
II) Concordancias	609
III) Interpretación de la norma.	609
III.1) El principio general.	609
III.2) Las consecuencias.	610
IV) Significado de la reforma.	612
Art. 1521 – Responsabilidad por defectos en el sistema	612
I) Resumen.	612
II) Concordancias	612
III) Interpretación de la norma.	612
III.1) El problema.	612
III.2) La solución legal	613
IV) Significado de la reforma.	614
Art. 1522 – Extinción del contrato	614
I) Resumen.	615
II) Concordancias	615
III) Interpretación de la norma.	615
III.1) Supuestos de extinción del contrato	615
III.2) Limitación temporal de la prohibición de competencia	616
IV) Significado de la reforma.	617
Art. 1523 – Derecho de la competencia	617
I) Resumen.	617
II) Concordancias	617

III) Interpretación de la norma	617
IV) Significado de la reforma	618
Art. 1524 – Casos comprendidos	618
I) Resumen.	618
II) Concordancias	619
III) Interpretación de la norma	619
IV) Significado de la reforma.	619

CAPÍTULO 20

Mutuo

Introducción. El contrato de mutuo en los Fundamentos de la Comisión de Reformas	620
Art. 1525 – Concepto	621
I) Resumen.	621
II) Concordancias	621
III) Interpretación de la norma	621
III.1) Definición del contrato	621
III.2) Clasificación del contrato	623
III.3) Forma del contrato	624
IV) Significado de la reforma.	625
Art. 1526 – Obligación del mutuante	625
I) Resumen.	626
II) Concordancias	626
III) Interpretación de la norma	626
IV) Significado de la reforma.	628
Art. 1527 – Onerosidad	628
I) Resumen.	628
II) Concordancias	629
III) Interpretación de la norma.	629
III.1) Presunción de onerosidad	629
III.2) Intereses. Moneda de pago. Forma de liquidarlos	630
III.3) Intereses. Periodicidad en el pago.	631
III.4) Repetición de intereses pagados voluntariamente	632
III.5) Presunción de pago	632

Art. 1528 – Plazo y lugar de restitución	633
I) Resumen.	633
II) Concordancias	633
III) Interpretación de la norma	633
IV) Significado de la reforma.	634
Art. 1529 – Incumplimiento del mutuario	635
I) Resumen.	635
II) Concordancias	635
III) Interpretación de la norma	635
IV) Significado de la reforma.	636
Art. 1530 – Mala calidad o vicio de la cosa	637
I) Resumen.	637
II) Concordancias	637
III) Interpretación de la norma	637
IV) Significado de la reforma.	638
Art. 1531 – Aplicación de las reglas de este Capítulo	638
I) Resumen.	638
II) Concordancias	639
III) Interpretación de la norma.	639
IV) Significado de la reforma.	640
Art. 1532 – Normas supletorias	640
I) Resumen.	640
II) Concordancias	640
III) Interpretación de la norma.	641
IV) Significado de la reforma.	641

CAPÍTULO 21

COMODATO

Art. 1533 – Concepto	641
I) Resumen.	642
II) Concordancias	642
III) Interpretación de la norma.	642
IV) Significado de la reforma.	648

Art. 1534 – Préstamo de cosas fungibles	649
I) Resumen.	649
II) Concordancias	649
III) Interpretación de la norma.	649
IV) Significado de la reforma.	649
Art. 1535 – Prohibiciones	649
I) Resumen.	650
II) Concordancias	650
III) Interpretación de la norma.	650
IV) Significado de la reforma.	651
Art. 1536 – Obligaciones del comodatario	651
I) Resumen.	652
II) Concordancias	652
III) Interpretación de la norma.	652
IV) Significado de la reforma.	660
Art. 1537 – Cosa hurtada o perdida	661
I) Resumen.	661
II) Concordancias	661
III) Interpretación de la norma.	661
IV) Significado de la reforma.	662
Art. 1538 – Gastos	662
I) Resumen.	663
II) Concordancias	663
III) Interpretación de la norma.	663
IV) Significado de la reforma.	666
Art. 1539 – Restitución anticipada	666
I) Resumen.	666
II) Concordancias	666
III) Interpretación de la norma.	666
IV) Significado de la reforma.	667
Art. 1540 – Obligaciones del comodante	667
I) Resumen.	668
II) Concordancias	668
III) Interpretación de la norma.	668
IV) Significadn de la reforma.	671

Art. 1541 – Extinción del comodato	671
I) Resumen.	671
II) Concordancias	671
III) Interpretación de la norma.	671
IV) Significado de la reforma.	672

CAPÍTULO 22

DONACIÓN

Introducción. El contrato de donación en los fundamentos de la Comisión de Reformas.	673

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1542 – Concepto	674
I) Resumen.	674
II) Concordancias	675
III) Interpretación de la norma.	675
III.1) Naturaleza contractual de la donación	675
III.2) Efecto obligacional de la donación.	676
III.3) Objeto del contrato	676
III.4) <i>Animus donandi</i>	677
III.5) Caracteres del contrato	677
IV) Significado de la reforma.	678
Art. 1543 – Aplicación subsidiaria	679
I) Resumen.	679
II) Concordancias	679
III) Interpretación de la norma.	679
IV) Significado de la reforma.	680
Art. 1544 – Actos mixtos	680
I) Resumen.	680
II) Concordancias	681
III) Interpretación de la norma.	681
IV) Significado de la reforma.	682

Art. 1545 – Aceptación	682
I) Resumen.	682
II) Concordancias	682
III) Interpretación de la norma	683
III.1) Formas de la aceptación	683
III.2) Obligatoriedad de la oferta de donación.	683
III.3) Momento de perfeccionamiento del contrato entre presentes	684
III.4) Momento de perfeccionamiento del contrato entre ausentes	684
III.5) Aceptación de la donación por medio de representante	684
III.6) Donaciones hechas en razón del futuro matrimonio	685
III.7) Promesas de donación hechas por los fundadores	685
III.8) Caducidad de la oferta y de la aceptación.	685
III.9) El nuevo artículo 1545 y los efectos con relación al tiempo	686
IV) Significado de la reforma.	687
Art. 1546 – Donación baja condición.	687
I) Resumen.	687
II) Concordancias	687
III) Interpretación de la norma.	687
III.1) Condiciones prohibidas.	687
III.2) Artículo 112 de la ley 24.522	688
IV) Significado de la reforma.	689
Art. 1547 – Oferta conjunta	689
I) Resumen.	690
II) Concordancias	690
III) Interpretación de la norma.	690
III.1) Oferta conjunta solidaria.	690
III.2) Donación efectuada para constituir propiedad comunitaria indígena	691
IV) Significado de la reforma.	691
Art. 1548 – Capacidad para donar	691
I) Resumen.	691
II) Concordancias	692
III) Interpretación de la norma.	692
III.1) Capacidad para donar	692
III.2) Incapacidad para hacer donaciones.	692
III.3) Mandato para donar	693
III.4) Poderes irrevocables y <i>post mortem</i> para hacer donaciones	694
IV) Significado de la reforma.	694

Art. 1549 – Capacidad para aceptar donaciones	695
I) Resumen.	695
II) Concordancias	695
III) Interpretación de la norma.	695
III.1) Aceptación por mandatario	696
III.2) Aceptación de donaciones hechas por el representante legal.	696
III.3) Aceptación de las donaciones con cargo	696
IV) Significado de la reforma.	697
Art. 1550 – Tutores y curadores	697
I) Resumen.	697
II) Concordancias	697
III) Interpretación de la norma.	697
III.1) Forma de la rendición de cuentas	698
IV) Significado de la reforma.	698
Art. 1551 – Objeto	698
I) Resumen.	699
II) Concordancias	699
III) Interpretación de la norma.	699
III.1) Prohibición de la donación de todo el patrimonio del donante	699
III.2) Efecto de las donaciones de todo el patrimonio	700
III.3) Prohibición de donar cosas que no están bajo el dominio del donante.	700
III.4) Prohibición de donar partes alicuotas	701
III.5) Excepciones a la regla.	701
IV) Significado de la reforma.	702
Art. 1552 – Forma	702
I) Resumen.	702
II) Concordancias	702
III) Interpretación de la norma.	702
III.1) Finalidad de la exigencia formal.	702
III.2) Donaciones incluidas	703
III.3) Donaciones al Estado	703
III.4) Actos de disposición del fundador	703
III.5) Prueba de las donaciones formales.	704
IV) Significado de la reforma.	704
Art. 1553 – Donaciones al Estado	704
I) Resumen.	705

II) Concordancias	705
III) Interpretación de la norma	705
IV) Significado de la reforma	706
Art. 1554 – Donación manual	706
I) Resumen	706
II) Concordancias	706
III) Interpretación de la norma	706
III.1) Donaciones de cosas muebles no registrables	706
III.2) Donación de títulos	707
IV) Significado de la reforma	707

SECCIÓN 2ª

EFFECTOS

Art. 1555 – Entrega	708
I) Resumen	708
II) Concordancias	708
III) Interpretación de la norma	708
III.1) Entrega de la cosa donada	708
III.2) Gastos de la entrega	709
IV) Significado de la reforma	709
Art. 1556 – Garantía por evicción	709
I) Resumen	710
II) Concordancias	710
III) Interpretación de la norma	710
III.1) Responsabilidad por evicción. Regla general	710
III.2) Excepciones	710
IV) Significado de la reforma	711
Art. 1557 – Alcance de la garantía	711
I) Resumen	711
II) Concordancias	712
III) Interpretación de la norma	712
III.1) Alcance de la garantía en las donaciones simples	712
III.2) Alcance de la garantía en las donaciones mutuas, remuneratorias o con cargos	712
III.3) Alcance de la garantía cuando la evicción se produce por un hecho imputable al donante	713

III.4) Evicción parcial	713
III.5) Influencia de la prescripción adquisitiva	713
IV) Significado de la reforma	713
Art. 1558 – Vicios ocultos	713
I) Resumen	713
II) Concordancias	714
III) Interpretación de la norma	714
IV) Significado de la reforma	714
Art. 1559 – Obligación de alimentos	714
I) Resumen	715
II) Concordancias	715
III) Interpretación de la norma	715
III.1) Obligación de pasar alimentos	715
III.2) Supuestos de donatarios plurales	715
III.3) Acciones con que cuenta el donante que solicita alimentos	716
III.4) Posibilidad de liberación del donatario	716
IV) Significado de la reforma	716

SECCIÓN 3ª

ALGUNAS DONACIONES EN PARTICULAR

Art. 1560 – Donaciones mutuas	717
I) Resumen	717
II) Concordancias	717
III) Interpretación de la norma	717
III.1) Efectos de la nulidad	718
III.2) Revocación por ingratitud e incumplimiento de los cargos	718
IV) Significado de la reforma	718
Art. 1561 – Donaciones remuneratorias	719
I) Resumen	719
II) Concordancias	719
III) Interpretación de la norma	719
III.1) Requisitos	719
III.2) Instrumentación	720
III.3) Efecto de la aceptación	720
IV) Significado de la reforma	720

Art. 1562 – Donaciones con cargos	721
I) Resumen.	721
II) Concordancias	721
III) Interpretación de la norma.	721
III.1) Beneficiario del cargo.	722
III.2) Contenido del cargo	722
III.3) Exigencias formales	722
III.4) Licitud y posibilidad de los cargos	723
III.5) Legitimados para demandar el cumplimiento del cargo.	723
III.6) Donación con cargos: gratuita y onerosa	723
III.7) Legitimación activa para accionar por cumplimiento de los cargos	723
IV) Significado de la reforma.	724
Art. 1563 – Responsabilidad del donatario por los cargos	724
I) Resumen.	724
II) Concordancias	724
III) Interpretación de la norma.	725
IV) Significado de la reforma.	725
Art. 1564 – Alcance de la onerosidad.	725
I) Resumen.	725
II) Concordancias	726
III) Interpretación de la norma.	726
III.1) Importancia de la medida de la onerosidad	726
IV) Significado de la reforma.	727
Art. 1565 – Donaciones inoficiosas	727
I) Resumen.	727
II) Concordancias	727
III) Interpretación de la norma.	727
IV) Significado de la reforma.	728

SECCIÓN 4ª

REVERSIÓN Y REVOCACIÓN

Art. 1566 – Pacto de reversión	728
I) Resumen.	728
II) Concordancias	729

III) Interpretación de la norma.	729
III.1) Naturaleza del pacto	729
III.2) Requisitos del pacto de reversión	729
III.3) Efectos de los supuestos contemplados	730
III.4) Requisitos de la cláusula de reversión	731
III.5) Plazo de la cláusula de reversión	731
IV) Significado de la reforma.	731
Art. 1567 – Efectos	731
I) Resumen.	731
II) Concordancias	731
III) Interpretación de la norma.	732
III.1) Efectos en caso de producirse la revocación del dominio.	732
IV) Significado de la reforma.	732
Art. 1568 – Renuncia	733
I) Resumen.	733
II) Concordancias	733
III) Interpretación de la norma.	733
III.1) Renuncia del derecho a la reversión. Posibilidad.	733
III.2) Forma de la renuncia.	733
IV) Significado de la reforma.	734
Art. 1569 – Revocación	734
I) Resumen.	734
II) Concordancias	734
III) Interpretación de la norma.	735
III.1) Naturaleza de la acción de revocación	735
III.2) Causales de revocación de la donación.	736
III.3) Efecto de la revocación en caso de donaciones mixtas	736
IV) Significado de la reforma.	736
Art. 1570 – Incumplimiento de los cargos	736
I) Resumen.	737
II) Concordancias	738
III) Interpretación de la norma.	738
III.1) Requisitos para la procedencia de la revocación por incumplimiento de los cargos.	738
III.2) Legitimado para solicitar la revocación	738

III.3) Efectos de la revocación	739
III.4) Cumplimiento parcial del cargo	740
IV) Significado de la reforma	740
Art. 1571 – Ingratitud	740
I) Resumen	741
II) Concordancias	741
III) Interpretación de la norma	741
III.1) Supuestos previstos	741
III.2) Innecesariedad de condena penal	743
IV) Significado de la reforma	743
Art. 1572 – Negación de alimentos	743
I) Resumen	744
II) Concordancias	744
III) Interpretación de la norma	744
III.1) Presupuestos de la obligación alimentaria a cargo del donatario	744
IV) Significado de la reforma	745
Art. 1573 – Legitimación activa	745
I) Resumen	745
II) Concordancias	746
III) Interpretación de la norma	746
III.1) Legitimado activo	746
III.2) Legitimado pasivo	746
III.3) Caducidad de la acción	746
IV) Significado de la reforma	747

CAPÍTULO 23

FIANZA

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1574 – Concepto	747
I) Resumen	748
II) Concordancias	748

III) Interpretación de la norma	748
III.1) Cuestiones generales	748
IV) Significado de la reforma	750
Art. 1575 – Extensión de las obligaciones del fiador	750
I) Resumen	750
II) Concordancias	750
III) Interpretación de la norma	751
III.1) Extensión de la fianza	751
III.2) Eficacia y onerosidad de la fianza	751
III.3) Dudas sobre la extensión de la fianza	753
IV) Significado de la reforma	753
Art. 1576 – Incapacidad del deudor	754
I) Resumen	754
II) Concordancias	754
III) Interpretación de la norma	754
IV) Significado de la reforma	755
Art. 1577 – Obligaciones que pueden ser afianzadas	756
I) Resumen	756
II) Concordancias	756
III) Interpretación de la norma	756
IV) Significado de la reforma	757
Art. 1578 – Fianza general	757
I) Resumen	758
II) Concordancias	758
III) Interpretación de la norma	758
IV) Significado de la reforma	761
Art. 1579 – Forma	761
I) Resumen	761
II) Concordancias	761
III) Interpretación de la norma	761
IV) Significado de la reforma	764
Art. 1580 – Extensión de la fianza	764
I) Resumen	764
II) Concordancias	764
III) Interpretación de la norma	765
IV) Significado de la reforma	765

Art. 1581 – Cartas de recomendación o patrocinio	766
I) Resumen.	766
II) Concordancias	766
III) Interpretación de la norma.	767
IV) Significado de la reforma.	768
Art. 1582 – Compromiso de mantener una determinada situación	769
I) Resumen.	769
II) Concordancias	769
III) Interpretación de la norma.	770
IV) Significado de la reforma.	771

SECCIÓN 2ª

EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

Art. 1583 – Beneficio de excusión	771
I) Resumen.	771
II) Concordancias	771
III) Interpretación de la norma.	772
IV) Significado de la reforma.	773
Art. 1584 – Excepciones al beneficio de excusión	773
I) Resumen.	774
II) Concordancias	774
III) Interpretación de la norma.	774
IV) Significado de la reforma.	776
Art. 1585 – Beneficio de excusión en caso de coobligados	777
I) Resumen.	777
II) Concordancias	778
III) Interpretación de la norma.	778
IV) Significado de la reforma.	780
Art. 1586 – Subsistencia del plazo	780
I) Resumen.	780
II) Concordancias	780
III) Interpretación de la norma.	780
IV) Significado de la reforma.	783
Art. 1587 – Defensas	783
I) Resumen.	783

II) Concordancias	783
III) Interpretación de la norma.	783
IV) Significado de la reforma.	785
Art. 1588 – Efectos de la sentencia	786
I) Resumen.	786
II) Concordancias	786
III) Interpretación de la norma.	786
IV) Significado de la reforma.	788
Art. 1589 – Beneficio de división	789
I) Resumen.	789
II) Concordancias	789
III) Interpretación de la norma.	789
IV) Significado de la reforma.	791
Art. 1590 – Fianza solidaria	792
I) Resumen.	792
II) Concordancias	792
III) Interpretación de la norma.	792
IV) Significado de la reforma.	794
Art. 1591 – Principal pagador	794
I) Resumen.	795
II) Concordancias	795
III) Interpretación de la norma.	795
IV) Significado de la reforma.	796

SECCIÓN 3ª

EFECTOS ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR

Art. 1592 – Subrogación	796
I) Resumen.	796
II) Concordancias	796
III) Interpretación de la norma.	797
IV) Significado de la reforma.	799
Art. 1593 – Aviso. Defensas	799
I) Resumen.	799
II) Concordancias	799

III) Interpretación de la norma.	800
IV) Significado de la reforma.	801
Art. 1594 – Derechos del fiador	801
I) Resumen.	802
II) Concordancias	802
III) Interpretación de la norma.	802
IV) Significado de la reforma.	804

SECCIÓN 4ª

EFECTOS ENTRE LOS COFIADORES

Art. 1595 – Subrogación	805
I) Resumen.	805
II) Concordancias	805
III) Interpretación de la norma.	805
IV) Significado de la reforma.	807

SECCIÓN 5ª

EXTINCIÓN DE LA FIANZA

Art. 1596 – Causales de extinción	807
I) Resumen.	808
II) Concordancias	808
III) Interpretación de la norma.	808
IV) Significado de la reforma.	811
Art. 1597 – Novación.	811
I) Resumen.	811
II) Concordancias	811
III) Interpretación de la norma.	812
IV) Significado de la reforma.	814
Art. 1598 – Evicción	814
I) Resumen.	814
II) Concordancias	814
III) Interpretación de la norma.	814
IV) Significado de la reforma.	815

CAPÍTULO 24

CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA

Art. 1599 – Concepto	816
I) Resumen.	816
II) Concordancias	816
III) Interpretación de la norma	816
III.1) Definición del contrato	816
III.2) Caracteres	818
III.3) El alea en el contrato.	819
III.4) Capacidad para celebrar el contrato	820
IV) Significado de la reforma.	820
Art. 1600 – Reglas subsidiarias	820
I) Resumen.	821
II) Concordancias	821
III) Interpretación de la norma	821
IV) Significado de la reforma.	823
Art. 1601 – Forma.	823
I) Resumen.	823
II) Concordancias	823
III) Interpretación de la norma	823
IV) Significado de la reforma.	824
Art. 1602 – Renta. Periodicidad del pago.	824
I) Resumen.	825
II) Concordancias	825
III) Interpretación de la norma	825
III.1) Carácter de obligación dineraria de la renta. Sus consecuencias	825
III.2) Periodicidad	827
III.3) Muerte del cabeza de renta durante el transcurso de un período	827
IV) Significado de la reforma.	828
Art. 1603 – Pluralidad de beneficiarios	828
I) Resumen.	828
II) Concordancias	829
III) Interpretación de la norma	829

III.1) Pluralidad de beneficiarios	829
III.2) Transmisibilidad del derecho a la renta	830
IV) Significado de la reforma.	831
Art. 1604 – Acción del constituyente o sus herederos	832
I) Resumen.	832
II) Concordancias	832
III) Interpretación de la norma.	832
III.1) Resolución del contrato por incumplimiento del deudor	832
III.2) Derechos del tercero acreedor.	834
IV) Significado de la reforma.	834
Art. 1605 – Acción del tercero beneficiario	835
I) Resumen.	835
II) Concordancias	835
III) Interpretación de la norma.	835
IV) Significado de la reforma.	836
Art. 1606 – Extinción de la renta	836
I) Resumen.	836
II) Concordancias	836
III) Interpretación de la norma.	837
IV) Significado de la reforma.	837
Art. 1607 – Resolución por falta de garantía.	838
I) Resumen.	838
II) Concordancias	838
III) Interpretación de la norma.	838
IV) Significado de la reforma.	840
Art. 1608 – Resolución por enfermedad coetánea a la celebración	840
I) Resumen.	840
II) Concordancias	840
III) Interpretación de la norma.	841
IV) Significado de la reforma.	842

CAPÍTULO 25

CONTRATOS DE JUEGO Y DE APUESTA

Art. 1609 – Concepto.	843
I) Resumen.	843

II) Concordancias	843
III) Interpretación de la norma.	843
III.1) Breve referencia a la evolución de la regulación del juego	843
III.2) Caracterización del contrato de juego.	844
III.3) Destreza “física” o “intelectual”	845
IV) Significado de la reforma.	845
Art. 1610 – Facultades del juez	846
I) Resumen.	846
II) Concordancias	846
III) Interpretación de la norma.	847
IV) Significado de la reforma.	847
Art. 1611 – Juego y apuesta de puro azar	847
I) Resumen.	848
II) Concordancias	848
III) Interpretación de la norma.	848
III.1) Juegos de suerte o puro azar	848
III.2) Capacidad	849
IV) Significado de la reforma.	849
Art. 1612 – Oferta pública	850
I) Resumen.	850
II) Concordancias	850
III) Interpretación de la norma.	851
III.1) La situación de vulnerabilidad como presupuesto de protección.	851
III.2) La fractura del tipo general del contrato.	851
III.3) Los medios de protección específicos	852
IV) Significado de la reforma.	853
Art. 1613 – Juegos y apuestas regulados por el Estado	853
I) Resumen.	853
II) Concordancias	853
III) Interpretación de la norma.	853
IV) Significado de la reforma.	854